

QUESTIONI APERTE

MARIO CATERINI

***Carcer passus in poenam cedit:*
l'enigmatica costituzionalità della
custodia preventiva decifrata dalla
categoria dogmatica della pena informale**

Il saggio analizza la legittimità costituzionale della custodia cautelare e la sua relazione con la pena, sostenendo che lo scomputo del presofferto non sia un mero istituto di equità, ma un implicito principio costituzionale. Attraverso una ricostruzione storica che muove dal diritto romano, attraverso lo *ius commune* e il pensiero illuminista fino alle codificazioni italiane dell'Ottocento e del Novecento, l'articolo dimostra come il principio del *carcer passus in poenam cedit* sia il risultato di un lungo e controverso percorso evolutivo. Il nucleo dell'argomentazione si fonda sulla risoluzione dell'apparente antinomia tra la presunzione di non colpevolezza (art. 27 Cost.) e l'ammissa privazione della libertà personale prima della condanna (art. 13 Cost.). Tale dilemma viene superato attraverso la categoria dogmatica della pena informale, definita come una sofferenza che, pur essendo conseguenza del reato, è *ab origine* priva di un formale scopo punitivo. La carcerazione preventiva si configura come una *species* di tale *genus*: una pena informale mediata dallo Stato, la cui legittimità *ex ante* sembra garantita dalla sua finalità cautelare. Tuttavia, in caso di condanna, la mancata detrazione del presofferto trasformerebbe la misura cautelare in un *surplus* di afflizione, rendendo sproporzionato il complessivo patimento conseguente al reato e violando i principi di legalità, proporzionalità e la stessa funzione rieducativa della pena. Lo scomputo opera, quindi, come un meccanismo di 'legalizzazione' *ex post*, che assorbe la pena informale in quella forense, ristabilendo l'equilibrio del sistema e confermando la sua coerenza costituzionale. Lungi dal legittimare l'abuso della custodia cautelare, la categoria della pena informale ne rafforza la natura di *extrema ratio*, denunciando il danno irreparabile per gli assolti e la compromissione della funzione rieducativa della pena per i condannati.

Carcer passus in poenam cedit: The Enigmatic Constitutionality of Pre-trial Detention Deciphered by the Dogmatic Category of Informal Punishment.

The essay analyzes the constitutional legitimacy of pre-trial detention and its relationship with the penalty, arguing that the deduction of time served is not a mere institute of equity, but an implicit constitutional principle. Through a historical reconstruction that moves from Roman law, passes through the 'ius commune' and Enlightenment thought up to the Italian codifications of the nineteenth and twentieth centuries, the article demonstrates how the principle of 'carcer passus in poenam cedit' is the result of a long and controversial evolutionary path. The core of the argument is based on the resolution of the apparent antinomy between the presumption of not-guilt (Art. 27 of the Constitution) and the permitted deprivation of personal liberty before conviction (Art. 13 of the Constitution). This dilemma is overcome through the dogmatic category of informal punishment, defined as a suffering that, despite being a consequence of the crime, is ab origine devoid of a formal punitive purpose. Pre-trial detention is configured as a 'species' of this 'genus': an informal punishment mediated by the State, whose 'ex ante' legitimacy is guaranteed by its precautionary purpose. However, in the event of a conviction, the

failure to deduct the time served would transform the precautionary measure into a 'surplus' of affliction, making the overall suffering resulting from the crime disproportionate and violating the principles of legality, proportionality, and the re-educational function of the penalty itself. The deduction, therefore, operates as an 'ex post' 'legalization' mechanism, which absorbs the informal punishment into the forensic one, re-establishing the system's balance and confirming its constitutional coherence. Far from legitimizing the abuse of pre-trial detention, the concept of 'informal punishment' reinforces its nature as an 'extrema ratio', by highlighting the irreparable harm to those who are acquitted and the undermining of the rehabilitative function of the formal sentence for the convicted.

SOMMARIO: 1. L'importante ruolo della storia nel rapporto tra pena e carcerazione preventiva. - 2. Il carcere preventivo nel diritto romano: funzione custodiale e profili punitivi nelle fonti giustinianee. - 3. La detrazione della carcerazione preventiva dalla pena nello *ius commune*. - 4. Illuminismo e presunzione d'innocenza: le radici dello scomputo del presofferto carcerario. - 5. Lo scomputo del presofferto detentivo nella dottrina e nelle codificazioni italiane ottocentesche. - 5.1. L'elaborazione dottrinale del XIX secolo: lo scomputo un principio conteso. - 5.2. I modelli legislativi pre-Zanardelli: l'esempio sardo e toscano. - 5.3. Il lungo cammino verso lo scomputo integrale: i progetti di codificazione (1866-1887). - 5.4. Lo scontro finale: le voci dissenzienti e il dibattito nelle commissioni parlamentari (1888-1889). - 6. Lo scomputo del presofferto cautelare nella codificazione del Novecento: dalla difesa sociale del progetto Ferri al tecnicismo autoritario del codice Rocco. - 6.1. La rottura positivista: il progetto Ferri del 1921 e il primato della difesa sociale. - 6.2. Verso il codice Rocco: il progetto preliminare del 1927 e l'inasprimento della disciplina *in fieri*. - 6.3. Le voci della tradizione liberal-garantista: le critiche delle Corti, delle Università e dell'Avvocatura. - 6.4. Dalla Commissione ministeriale all'inattesa risoluzione del codice Rocco: l'obbligatorietà dello scomputo. 7. L'implicito imperativo costituzionale dello scomputo del presofferto cautelare: l'eredità della Costituente. - 7.1. Le (superabili) obiezioni alla necessità costituzionale dello scomputo del presofferto. - 7.2. La conferma giurisprudenziale: lo scomputo del presofferto come principio irrinunciabile e diritto fondamentale della persona. - 8. La risoluzione del dilemma: la custodia preventiva come pena informale e lo scomputo del presofferto come condizione di legittimità costituzionale. - 9. La pena informale come limite costituzionale all'abuso della custodia cautelare.

*Toda formalidad es un
obstáculo a la comprensión*
José Ortega y Gasset

1. *L'importante ruolo della storia nel rapporto tra pena e carcerazione preventiva.* Il principio secondo cui il periodo di carcerazione preventiva deve essere detratto dalla pena applicata dal giudice in caso di condanna, oggi è considerato un caposaldo dei sistemi penali moderni, quasi scontato, ma nel tempo non ha sempre goduto di un vigore chiaro e uniforme. La sua declinazione è variata sensibilmente nel corso dei secoli, riflettendo differenti concezioni della funzione della pena e della detenzione preventiva. La ricerca stori-

ca si rivela, pertanto, strumento promettente per comprendere le radici e le trasformazioni di tale istituto, nonché le implicazioni che esso ha avuto e continua ad avere sull'equilibrio tra garanzie individuali ed esigenze di giustizia.

Il primo interrogativo che ha guidato questa ricerca è se e in che misura il tempo trascorso in custodia cautelare debba essere computato ai fini della determinazione della pena. La questione, apparentemente tecnica, solleva interrogativi fondamentali sulla natura stessa della carcerazione preventiva. Se quest'ultima è intesa come mera misura cautelare, volta ad assicurare la presenza dell'imputato al processo e a prevenire l'inquinamento delle prove, sembrerebbe logico escluderne la detrazione dalla pena, la quale, invece, secondo le principali e classiche teorie dovrebbe mirare a funzioni preventive, generali o speciali, o a retribuire. Tuttavia, se la detenzione preventiva assume, di fatto, una dimensione afflittiva e, per certi versi, punitiva, allora sorge l'esigenza di valutare il tempo trascorso in carcere e di 'compensare', in qualche modo, la sofferenza patita prima della sentenza.

La ricerca storica si rivela uno strumento essenziale per orientarci in questo complesso ambito teorico. Come affermava Cicerone, la storia è *lux veritatis, magistra vitae e nuntia vetustatis*¹: luce della verità, maestra di vita e messaggera dei tempi antichi. Queste parole sono particolarmente appropriate per chi si avvicina allo studio della pena e della sua evoluzione. La comparazione diacronica ci permette di illuminare il presente con le esperienze del passato.

La ricerca sull'evoluzione storica del principio di detrazione della custodia cautelare dalla pena assume rilevanza anche per esplorare la tesi secondo cui la carcerazione preventiva sarebbe una particolare specie di pena informale², all'interno della quale è possibile collocare anche la pena naturale³. Questa

¹ CICERONE, *De Oratore*, libro II, 9, ed. Prato, 1854, 129.

² V. *infra* § 8. Per FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Bari-Roma, 2000, 384 ss., spec. 391, invece, le pene informali sono quelle caratterizzate da sofferenze che non trovano un riconoscimento nel mondo del diritto e che si possono presentare anche sproporzionate rispetto alla gravità del reato, perché hanno un «carattere casuale, relativamente spontaneo, sregolato e soprattutto privato dell'intervento punitivo».

³ Recentemente, com'è noto, Corte cost., 6 marzo 2024, n. 48, in *Cass. pen.*, 2024, 9, 2676-2678, si è occupata della pena naturale poiché nel nostro ordinamento non esiste una disciplina specifica, però ha dichiarato non fondata la questione di legittimità, almeno relativamente all'art. 529 c.p.p., sollevata in riferimento agli artt. 3, 13 e 27, co. 3, Cost. Ne hanno trattato, tra gli altri, PADOVANI, *La 'pena naturale' al vaglio della Corte costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 17 aprile 2024; MANTOVANI, *Precisazioni su poenae naturales e delitti colposi*, in www.sistemapenale.it, 10 giugno 2024; PERRONE, *Pene naturali*

tesi si fonda sull'idea che, sebbene la detenzione preventiva sia disposta dallo Stato, essa comunque sorge come conseguenza dell'azione criminosa. La tesi, dunque, accanto alle più tradizionali forme di pena naturale 'immediata' perché connaturata al fatto e senza mediazione di terzi⁴, pone altre forme di pena informale 'mediata' dalle autorità giudiziarie⁵ o, comunque, dalle autorità statuali, come nel caso di trattamenti inumani e degradanti subiti dal detenuto⁶, o addirittura 'mediata' da privati, come nel caso della sofferenza da processo

e doppio castigo. L'humanitas ai confini delle teorie sulle funzioni della pena, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 4, 772-779; sull'ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze del 20 febbraio 2023, AIMI, *Alla Corte costituzionale un'inedita questione in tema di proporzionalità della "pena naturale" nell'omicidio colposo realizzato ai danni di un prossimo congiunto*, in www.sistemapenale.it, 18 aprile 2023; FLORIO, *La riscoperta della "poena naturalis": note a margine di una recente questione di costituzionalità*, in *Leg. pen.*, 2023, 4, 240-262; più recentemente, ID., *La pena naturale*, Napoli, 2025, 248 ss. Seppur ancora agli albori nel panorama giuridico italiano, il dibattito sulla pena naturale risulta invece sviluppato in altri ordinamenti, in particolare di area ispanofona, dove la dottrina ha dedicato ampio spazio all'analisi della tematica, anche in ragione della presenza, in taluni sistemi, di specifiche disposizioni normative che la disciplinano, sia sotto il profilo del diritto penale sostanziale sia di quello processuale. Si vedano, tra gli altri, BOBADILLA BARRA, *La 'pena natural': fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno*, in *Política criminal*, 2016, 11, 548-619; BUSTOS RUBIO, *El reflejo de la poena naturalis en la poena forensis. Posibilidades en derecho penal español*, in *Teoría & derecho*, 2016, 19, 118-145; CHOCLÁN MONTALVO, *La pena natural*, in *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1999, 3, 1910-1916; GAROFALO ÁLVAREZ-GONZÁLEZ FONT, *La pena natural como criterio de oportunidad procesal en la Ley 143 del Proceso penal de Cuba. Presupuestos teóricos y prácticos para su aplicación*, in www.derechopenalonline.com, 28 novembre 2022; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La pena natural. Un criterio de oportunidad procesal necesario para Cuba*, in *Cadernos de derecho actual*, 2020, 13, 248-268; A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La poena naturalis en el derecho penal vigente*, in *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, a cura di García Valdés et al., Madrid, 2008, vol. I, 1121-1148; MAPELLI CAFFARENA, *Pena natural - "poena naturalis" - o daños colaterales en la realización de una infracción penal*, in *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, a cura di Silva Sánchez, Montevideo, 2017, 1003-1014; REDONDO HERMIDA, *La 'pena natural' en la jurisprudencia penal española*, in *La ley penal*, 2009, 4, 73 ss.; SÁNCHEZ BENÍTEZ, *La pena natural o poena naturalis en el derecho penal español*, in *Estudios penales y criminológicos*, 2025, 46, 1 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *¿Puede considerarse el remordimiento una 'poena naturalis'?*, in ID., *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Buenos Aires, 2017, 267-272; ID., *Malum passionis: mitigar el dolor del derecho penal*, Barcellona, 2018, 158 ss.; ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2014, 743 ss. Nella letteratura tedesca, in riferimento al § 60 StGB, a livello monografico si segnala SPOTTE, *Die poena naturalis im Straf- und Strafzumessungsrecht*, Frankfurt am Main, 2014.

⁴ Per l'idea secondo cui la vera pena naturale è solo quella con uno 'stretto' legame causale con il reato realizzato, senza mediazione di terzi, si vedano CHOCLÁN MONTALVO, *La pena natural*, cit., 1910-1916; BUSTOS RUBIO, *El reflejo de la poena naturalis*, cit., 121; recentemente, in Italia, FLORIO, *La pena naturale*, cit., 15 ss.

⁵ Sia consentito il rinvio a CATERINI, *La pena naturale de lege lata*, in *Arch. pen. web*, 2025, 2, 1 ss.

⁶ GALLO, *Pena naturale versus "risarcimento" della sofferenza. Condizioni detentive degradanti e rimedi ex art. 35 ter o.p.: un'ipotesi di pena naturale 'mediata'*, in *Arch. pen. web*, 2025, 2, 1 ss.

mediatico⁷.

La carcerazione preventiva, pur essendo concepita come misura cautelare volta ad assicurare la presenza dell'imputato al processo e a prevenire l'inquinamento delle prove, di fatto assume una dimensione afflittiva e, per certi versi, punitiva. Questa dimensione afflittiva, intrinseca alla privazione della libertà personale, può essere intesa come una pena informale nel senso che essa scaturisce, in modo pressoché consequenziale, dalla commissione del reato. In altre parole, l'atto illecito innesca una serie di avvenimenti che portano, attraverso l'intervento dello Stato, alla restrizione della libertà dell'indagato o imputato.

La ricerca storica, in questo contesto, diventa fondamentale per comprendere come questa dimensione afflittiva della carcerazione preventiva sia stata percepita e valutata nel corso del tempo. Se la detrazione della custodia cautelare dalla pena non è sempre stata un principio valido e uniforme, ciò suggerisce che la linea di demarcazione tra misura cautelare e pena è stata storicamente sfumata e oggetto di diverse interpretazioni. In particolare, l'interrogativo che ha guidato la ricerca riflette proprio questa ambiguità. Se la detenzione preventiva fosse considerata esclusivamente e strettamente una misura cautelare, la sua detrazione dalla pena non sempre sarebbe proprio logica e coerente. Tuttavia, se si riconosce che essa comporta una sofferenza che anticipa la pena vera e propria, allora la detrazione diventa non solo una necessità di giustizia e di equità, ma un principio che dovrebbe assurgere a rango costituzionale, come verificheremo in seguito⁸.

In questa prospettiva, la ricerca storica può fornire elementi preziosi per valutare se e in che misura la carcerazione preventiva sia stata, di fatto, considerata una forma di pena naturale o informale nel corso dei secoli. Le diverse declinazioni del principio di detrazione, le oscillazioni dottrinali e giurisprudenziali, le considerazioni sull'effettiva durezza delle condizioni carcerarie, sono tutti elementi che possono contribuire a illuminare la complessa relazione tra reato, detenzione preventiva e pena, e a verificare la validità della tesi secondo

⁷ CATERINI-GALLO, *Il processo mediatico come pena naturale: verso il riconoscimento della sofferenza in una prospettiva penologica compensativa*, in *Leg. pen.*, 2025, in corso di pubblicazione.

⁸ V. *infra*, par. 7, 7.1, 7.2 e 8.

cui la carcerazione preventiva sarebbe una *species* del *genus* pena informale.

2. *Il carcere preventivo nel diritto romano: funzione custodiale e profili punitivi nelle fonti giustiniane.* Il sistema giuridico romano classico e giustiniano ha tramandato una concezione ben definita della funzione del carcere all'interno dell'ordinamento penale. Il principio cardine è cristallizzato in un celebre frammento attribuito a Ulpiano, ma riportato da Modestino nel Digesto: «*carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*»⁹. Questa massima stabiliva chiaramente che la prigionia non doveva essere vista come uno strumento per infliggere una punizione in sé, ma come un luogo destinato alla custodia e al trattenimento degli individui: tipicamente gli imputati in attesa di giudizio o i condannati in attesa dell'esecuzione di una pena diversa dalla detenzione, come la morte, l'esilio, i lavori forzati o le pene corporali¹⁰. L'incarcerazione, dunque, non rientrava, in linea generale e di principio, nel novero delle pene contemplate dall'ordinamento romano, ma assolveva a una funzione prioritariamente cautelare e strumentale rispetto al processo o all'esecuzione delle vere e proprie pene¹¹. La sofferenza derivante

⁹ D. 48.19.8.9. A Roma, durante l'età repubblicana, esistevano diverse forme di persecuzione per i crimini, spesso sovrapposte temporalmente. Nonostante le varie modalità di accertamento dei reati, si ritiene che la carcerazione non fosse vista come una punizione, ma solo come misura cautelare. Anche se l'argomento più forte a sostegno di ciò proviene dall'età imperiale, supportato dal richiamato brano di Ulpiano, gli studiosi tendono a credere che già in epoca repubblicana la *ductio in publica vincula* non fosse una sanzione. In ogni caso, sia il processo comiziale che le procedure straordinarie dell'ultimo secolo della Repubblica prevedevano la possibilità di una carcerazione preventiva degli imputati. Nei *iudicia populi*, qualora l'imputato non fosse in grado di fornire garanzie, poteva essere trattenuto fino alla conclusione del processo. Anche per i reati minori, i *tresviri capitales* potevano incarcerare chi non offriva garanzie, salvo l'*intercessio* dei tribuni della plebe. Per le *quaestiones perpetuae* sorgono dubbi sulla carcerazione preventiva. Alcuni studiosi, seguendo Mommsen, ritengono che questo sistema non la ammettesse, essendo vietata dalla *lex Sempronia de capite civis* e dalla *lex Iulia de vi*. Altri sostengono che la *lex Iulia* consentiva deroghe per ordine pubblico. La tesi più condivisa è che la *ductio in publica vincula* fosse limitata a casi eccezionali, legati alla gravità del reato o alla delicatezza della situazione. Sulla carcerazione preventiva nel diritto romano si vedano MESSANA, *Riflessioni storico comparative in tema di carcerazione preventiva (A proposito di D. 48.19.8.9 Ulp. de off. proc.)*, in *Annali del Seminario Giuridico - AUPA*, vol. XLI, 1991, 63 ss.; LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano. Dai Severi a Giustiniano*, Bari, 1994; SCOGNAMIGLIO, *Lucio Vettio e i limiti alla carcerazione preventiva*, in *Riv. dir. romano*, 2018, 32 ss.

¹⁰ BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, 408 ss.; SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998, 84 ss.

¹¹ Alcuni studiosi, del resto, hanno sostenuto che la detenzione, come vera e propria pena, fosse utilizzata già in età repubblicana, almeno come misura straordinaria disposta dal Senato. Ad esempio, KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, Mo-

dalla detenzione preventiva era vista come una conseguenza inevitabile della custodia, non come lo scopo proprio della misura carceraria in sé. La vera punizione era quella inflitta con la sentenza alla fine del processo¹².

È però interessante analizzare più da vicino il menzionato principio del Digesto ed esaminare anche alcune altre specifiche fonti del *Corpus iuris civilis* che, pur non invertendo del tutto tale principio, introducevano elementi di segno in parte diverso, suggerendo una possibile, seppur limitata, rilevanza del tempo trascorso in stato di accusa o in effettiva custodia carceraria, ciò ai fini della determinazione o della mitigazione della pena alla fine del processo. La richiamata massima «*carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*», dunque, rappresentava la pietra angolare della concezione romana della detenzione preventiva, che molto influenzerà anche il diritto dei secoli successivi. Essa rifletteva una logica che distingueva abbastanza nettamente la fase cautelare dalla fase sanzionatoria. Questo principio implicava una disomogeneità qualitativa tra l'afflizione derivante dalla mera privazione della libertà a scopo cautelare e quella prodotta dalle vere e proprie pene comminate dall'ordinamento, quali l'esilio, la condanna ai lavori forzati (*damnatio ad metalla* o *ad opus publicum*), le pene corporali o la stessa pena capitale.

L'obiettivo primario dell'incarcerazione preventiva, pertanto, era quello di assicurare che l'imputato non si sottraesse al giudizio e fosse disponibile per l'esecuzione dell'eventuale condanna. L'afflizione derivante dalla custodia carceraria, pur potendo essere gravosa a causa delle condizioni materiali della

naco, 1962, 72, contrariamente all'opinione prevalente, riteneva che in alcuni casi la *ductio in publica vincula* potesse avere una funzione punitiva, soprattutto in epoca pre-sillana nella quale le pratiche e le concezioni del diritto penale erano diverse e meno definite rispetto all'età successiva. BALZARINI, *Il problema della pena detentiva nella tarda repubblica: alcune aporie*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, a cura di Diliberto, Napoli, 1993, 373 ss. ha approfondito la tesi dell'uso della detenzione come vera e propria pena, sostenendo che essa è stata utilizzata, almeno come misura straordinaria del Senato, anche in epoca repubblicana. Questo Autore riteneva che il Senato potesse disporre la detenzione come sanzione in determinate circostanze, soprattutto in casi di particolare gravità o urgenza. Metteva in discussione, inoltre, la rigida separazione tra misura cautelare e pena detentiva, suggerendo che in alcuni contesti le due funzioni potessero sovrapporsi o confondersi.

¹² Spunti in DAVID, *Carcer enim ad continendos non puniendos haberi debet*, in *Acta Universitatis Danubius*, vol. 11, n. 3, 2015, 50 ss. Partendo dalla massima di Ulpiano sulla carcerazione come luogo di custodia e non di punizione, l'Autore, tra l'altro, mette in evidenza come la concezione della pena sia cambiata nel corso della storia, influenzata dalle rivoluzioni borghesi e dalle idee dell'Illuminismo.

detenzione, era concepita come un ‘male’ accessorio e strumentale alle esigenze del processo o dell’esecuzione. Non possedeva, in linea di principio, quel carattere di retribuzione per l’illecito commesso, né necessariamente la valenza infamante o la specifica sofferenza fisica o sociale che connotavano molte pene tipiche del sistema romano. L’esilio comportava la perdita dello *status* civico e l’allontanamento dalla comunità; i lavori forzati implicavano una durissima condizione di sfruttamento fisico; le pene corporali miravano all’inflizione diretta di dolore o a mutilazioni o menomazioni. La custodia, invece, per quanto penosa, rimaneva formalmente distinta, finalizzata alla sola contenzione.

Nonostante la chiarezza del principio generale, alcune fonti suggeriscono che la durata dello stato di accusa o della detenzione potesse non essere del tutto irrilevante ai fini della determinazione della vera e successiva pena. Un passo significativo in tal senso si trova in un altro frammento di Modestino nel Digesto: «*Si diutino tempore aliquis in reatu fuerit, aliquatenus poena eius sublevanda erit: sic etiam constitutum est non eo modo puniendos eos, qui longo tempore in reatu agunt, quam eos qui in recenti sententiam excipiunt*»¹³. Questo testo introduceva un temperamento basato sulla durata (*diuturnitas temporis*) dello stato di *reatus*¹⁴. Modestino affermava che se un individuo era rimasto “imputato” (*in reatu*) per lungo tempo, la sua pena doveva essere “in qualche misura alleviata” (*aliquatenus sublevanda*). Aggiungeva che non dovevano essere puniti allo stesso modo coloro che affrontavano il processo dopo lungo tempo rispetto a coloro la cui sentenza interveniva in tempi brevi. Il termine *reatus*, come abbiamo già visto, si riferiva allo stato di imputazione, che non implicava necessariamente una continua permanenza in carcere. Tuttavia, data la prassi romana d’incarcerare molti imputati, specialmente per

¹³ D. 48.19.25.

¹⁴ *Reatus* era un termine tecnico, probabilmente introdotto da Messalla, indicante lo stato di chi è formalmente accusato, senza essere né assolto né condannato. L’esatto significato della parola ha però dato origine nel tempo a equivoci e confusioni, soprattutto perché in epoca medievale alcuni giuristi lo equipararono semanticamente all’*homicidium*, attribuendogli così non più il valore di condizione conseguente all’accusa, ma quello di fatto criminoso in sé. Per un approfondimento su questa evoluzione si veda ZUPPETTA, *Corso completo di diritto comparato*, Napoli, 1871, vol. II, 199 ss.; da ultimo BAMBÌ, *Reato ‘fatto criminoso’. E scusate l’errore*, in *‘Iuris quidditas’. Liber amicorum per Bernardo Santalucia*, Napoli, 2010, 1 ss.

reati gravi, è plausibile che un lungo stato di *reatus* coincidesse spesso con una lunga detenzione preventiva. L'affermazione che la pena doveva essere *sublevanda* (alleviata, mitigata) apriva alla necessità di considerare il fattore tempo nella determinazione della sanzione. Non si trattava, probabilmente, di un preciso computo o di una formale detrazione della detenzione preventiva dalla pena, ma di un criterio di equità o clemenza che il giudice poteva applicare in considerazione della prolungata soggezione dell'individuo al processo e, spesso, alla carcerazione. Questo passo, quindi, pur non contraddicendo del tutto il principio *carcer ad continendos*, suggerisce che la dimensione temporale del processo e della connessa eventuale detenzione potesse acquisire rilevanza ai fini di una moderazione della pena vera e propria.

Un riferimento ancora più diretto alla possibile valutazione del tempo di carcerazione preventiva si trova in una costituzione degli imperatori Onorio e Teodosio, inclusa nel Codice giustiniano, nota ai commentatori successivi come legge *Omnes*¹⁵. Questo provvedimento affrontava specificamente il caso dei condannati a diversi tipi di esilio (*diversis exiliis destinatos*) che, prima dell'esecuzione della pena, avessero già trascorso in carcere (*in carceris custodia*) il periodo di tempo corrispondente alla durata dell'esilio stesso (*metas temporis praestituti*). Per costoro, la costituzione imperiale disponeva esplicitamente la liberazione (*custodia liberari praecipimus*), sciogliendoli dalla pena residua (*solutos poena vinculisque laxatos*) e dall'obbligo di subire ulteriormente le sofferenze dell'esilio (*nec formidare miserias ullas exilii*).

La giustificazione addotta dalla stessa costituzione è di particolare interesse: «*Sit satis immensorum cruciatuum semel fuisse supplicia, ne, qui diu privati sunt aerae communis haustu et lucis adspectu non intra breve spatium, catenarum ponderibus praegravati, etiam exilii poenam sustinere iterum compellantur*». Qui, la sofferenza patita durante la carcerazione preventiva – descritta con forza come *immensorum cruciatuum supplicia* – veniva esplicitamente riconosciuta come un “supplizio” così gravoso da essere considerato sufficiente (*satis*) a compensare o sostituire la vera e propria pena dell'esilio. La legge stessa, quindi, operava una comparazione tra due forme di afflizione qualitativamente diverse – la custodia carceraria e l'esilio – e le giudicava, in questo

¹⁵ C. 9.47.23.

specifico contesto e sulla base dell'intensità della sofferenza carceraria, funzionalmente equivalenti ai fini sanzionatori. L'espressione «*ne... etiam exilii poenam sustinere iterum compellantur*» (affinché... non siano costretti a subire di nuovo anche la pena dell'esilio) conferma che la detenzione subita veniva considerata un adempimento sostanziale della funzione afflittiva che anche l'esilio avrebbe comportato.

Questo testo è importante perché, almeno nel diritto romano post-classico, stabiliva esplicitamente che la detenzione preventiva in carcere era presa in considerazione ai fini della quantificazione della pena e, dall'altro lato, che la sofferenza patita preventivamente era riconosciuta come un fattore giuridicamente rilevante, quasi un equivalente funzionale della vera e formale pena, anche se con precipuo riferimento alla pena dell'esilio. Pur trattandosi di una norma specifica e non estensibile a tutte le pene, la legge *Omnes* dimostra che il sistema giuridico romano, almeno in epoca tardo-imperiale, in casi determinati e sulla base di una valutazione della gravità della sofferenza carceraria, superava la rigida barriera concettuale tra *custodia* e *poena*. Riconosceva, così, che la detenzione preventiva assumeva di fatto una valenza punitiva che poteva essere giuridicamente valorizzata fino a sostituire una pena formalmente comminata.

In definitiva, il diritto romano, pur affermando con chiarezza il principio della funzione meramente custodiale del carcere (*carcer ad continendos, non ad puniendos*), presentava fonti che ne modulavano la portata. La distinzione tra l'afflizione derivante dalla custodia preventiva (strumentale al processo) e quella prodotta dalle vere e proprie pene (sanzioni per l'illecito) rimaneva il cardine del sistema. Tuttavia, testi come il frammento di Modestino sulla rilevanza del *reatus diuturnus* e, in modo ancor più netto, la legge *Omnes* relativa al computo del carcere anticipato rispetto alla pena dell'esilio dimostrano che la durata e la gravosa sofferenza della detenzione preventiva non erano giuridicamente irrilevanti. In particolare, la legge *Omnes* evidenziava che, almeno in relazione all'esilio, la sofferenza carceraria poteva essere normativamente equiparata a una pena, giustificandone la remissione.

Questi elementi indicano una capacità del sistema giuridico romano di riconoscere, seppur in contesti specifici, l'effettiva afflittività della detenzione pre-

ventiva soprattutto se prolungata. Pur senza configurare il carcere preventivo come pena in senso proprio e generalizzato, queste fonti evidenziano una tensione latente nel sistema romano tra il principio formale del carcere come mera custodia e il riconoscimento pragmatico della gravosa afflittività della detenzione, aprendo la strada a quelle interpretazioni e prassi successive che avrebbero ulteriormente valorizzato la permanenza preventiva in carcere come fattore di riduzione o esclusione della pena.

3. *La detrazione della carcerazione preventiva dalla pena nello ius commune.* Partendo dal richiamato e tradizionale principio romanistico che concepiva il carcere come mero luogo di custodia (*carcer ad continendos*)¹⁶, può risultare ora utile esplorare l'evoluzione storica e dottrinale, influenzata dal diritto canonico e dallo *ius commune*, che portò a un riconoscimento, prima *de facto* e poi *de iure*, della necessità di tenere in considerazione la carcerazione preventiva ai fini della determinazione della pena.

La giustizia penale nell'Europa dell'*ancien régime* fu attraversata da tensioni concettuali e prassi applicative spesso divergenti dalla lettera della legge. Una di queste aree di frizione riguardava la natura e la funzione del carcere prima della sentenza. Se, da un lato, lo *ius civile*, largamente imperniato intorno alle fonti romanistiche, proclamava il ripetuto principio secondo cui il carcere aveva una funzione meramente custodiale, dall'altro la realtà della detenzione preventiva, spesso protratta in condizioni di estrema durezza, sollevava interrogativi sulla sua effettiva valenza punitiva. La ricerca ha messo in luce che la permanenza in carcere in attesa di giudizio veniva concretamente valutata dai tribunali non solo come misura cautelare, ma anche come circostanza idonea a giustificare una riduzione della pena.

Il principio romano della funzione puramente custodiale del carcere, sebbene formalmente recepito negli ordinamenti giuridici secolari europei, subì nel corso dei secoli significative erosioni e reinterpretazioni. Un primo impulso verso una concezione punitiva dell'incarcerazione derivò dal diritto canonico,

¹⁶ «Regulariter carcer non ad poenam ma ad custodiam dari debeat», cfr. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis partis primæ tomus secundus*, Lione, 1614, *Variarum quaestionum et communium opinionum criminalium*, l. II, tit. IV, *De carceribus et carceratis*, q. XXVII, n. 104, 16.

che iniziò a utilizzarla come sanzione per determinate infrazioni disciplinari o morali¹⁷. Successivamente, la recezione del diritto comune a partire dal Basso Medioevo fornì gli strumenti dottrinali affinché la prigionia potesse essere incorporata anche negli ordinamenti laici come pena specifica per taluni delitti¹⁸. Si venne così a delineare una natura ambigua dell'istituto carcerario: luogo di custodia per gli imputati in attesa di giudizio, ma anche pena formale per determinate categorie di reati. Questa dualità, tuttavia, non eliminava la questione fondamentale relativa alla valutazione del tempo trascorso in custodia cautelare. Poteva questo periodo, pur formalmente non punitivo, acquisire una rilevanza ai fini della determinazione della pena, anche quando quest'ultima non consisteva in una forma detentiva?

Furono le stesse fonti romane a offrire argomenti interpretativi per giustificare una valutazione del tempo di carcerazione preventiva utile alla quantificazione della pena. La richiamata affermazione di Modestino: «*Si diutino tempore aliquis in reatu fuerit, aliquatenus poena eius sublevanda erit*»¹⁹, sebbene in un contesto originario riferito alla durata complessiva dello stato di imputazione, permise di leggersi l'indicazione a considerare il lungo periodo di attesa come causa di mitigazione della pena. Ancora più esplicita, come abbiamo già visto, appariva la costituzione imperiale nota come legge *Omnes*, che disponeva la liberazione e la remissione della pena dell'esilio per coloro che avessero già scontato in carcere il tempo prestabilito per tale allontanamento. Sebbene questa norma, come abbiamo evidenziato, si riferisse specificamente al computo del carcere preventivo rispetto alla pena dell'esilio, giuristi come André Tiraqueau ne proposero una sorta di applicazione analogica anche ad altre

¹⁷ SUAREZ DE PAZ, *Praxis ecclesiastica et secularis, cum actionum formulis et actis processuum Hispanorum* (Salamanca, 1583), Lione, 1739, tomo II, parte 4, cap. unico, n. 7, 304. Furono infatti i canonisti a legittimare il carcere quale vera e propria pena, specialmente per reati minori o in sostituzione di altre sanzioni. Questa visione si allontanava dall'idea del carcere come mera detenzione preventiva, attribuendogli una funzione punitiva intrinseca. Tale evoluzione, pur non negando l'afflittività della prigionia anche in ambito secolare, riconosceva formalmente il carcere come strumento sanzionatorio a pieno titolo, influenzando le prassi giudiziarie e le riflessioni dei giuristi successivi. Recentemente, in tal senso e con altri riferimenti bibliografici, si veda GARLATI, *Sepolti vivi. Il carcere al tempo delle Pratiche criminali: riti antichi per funzioni nuove*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 23 ss.

¹⁸ GARLATI, *Sepolti vivi*, cit., 26, parla di «una lenta ma inarrestabile emersione».

¹⁹ «Se qualcuno sarà rimasto imputato per lungo tempo, la sua pena dovrà essere in qualche misura alleviata».

pene, così argomentando: «*nam cum poena carceris poenam exilii minuat, cur non et caeteras minuet? Et cum eadem sit ratio, idem quoque ius constituendum est*»²⁰. Altri giuristi, come Antonio Gómez, sostenevano più cautamente che lo scomputo previsto dalla legge *Omnes* valesse solo se la carcerazione era avvenuta *post sententiam*, ribadendo la natura formalmente custodiale della prigione preventiva²¹.

Al di là delle raffinatezze interpretative delle *leges* romane, il fattore decisivo che spinse la prassi giudiziaria a considerare la detenzione preventiva come causa di riduzione della pena fu la constatazione della durezza estrema delle condizioni carcerarie dell'epoca. Le prigioni dell'Antico Regime erano spesso luoghi sovraffollati, insalubri, privi di igiene, dove i detenuti pativano fame, freddo, malattie e violenze. Questa realtà, definita icasticamente come *mala mansio* o addirittura «*locus horribilis, atque ipsi inferno coequalis*»²², trasformava la permanenza in carcere, anche se formalmente solo custodiale, in una severa afflizione fisica e psicologica.

Sempre Tiraqueau affrontava specificamente la questione della detenzione prolungata subita prima della sentenza. Egli sosteneva che chi fosse stato detenuto più a lungo (*diutius in carcere detentus*) doveva essere punito con maggior clemenza (*clementius est puniendus*)²³. L'Autore non si limitava a un generico richiamo alla clemenza, ma proponeva un principio più netto: dalla pena che l'imputato avrebbe dovuto teoricamente ricevere doveva essere detratto (*detrahatur*) ciò che egli aveva già sofferto (*passus est*) a causa della detenzione prolungata. Tiraqueau fondava la sua tesi su due ordini di ragioni: l'equità e le fonti romane. Invocava espressamente la già richiamata legge *Omnes* del Codice di Giustiniano, traendone un principio generale di equità: è sufficiente aver già subito i "tormenti immensi" del carcere prolungato. La lunga carcerazione veniva vista quasi come un'espiazione anticipata (*satisfac-*

²⁰ TIRAQUEAU, *Operum Tomus Quintus*, Verona, 1590, *De poenis temperandis aut remittendis*, causa XLI, 44.

²¹ GÓMEZ, *Commentariorum variarumque resolutionum iuris civilis, communis et regii* (Venezia, 1535), tratto da *Variae resolutiones iuris civilis, communis et regii tomis tribus distinctae*, Madrid, 1794, tomo III, cap. 9, 213.

²² MATHEU Y SANZ, *Tractatus de re criminali, sive controversiarum usufrequentium in causis criminalibus* (Lione, 1676), Madrid, 1760, contr. 18, n. 69, 92.

²³ TIRAQUEAU, *Operum Tomus Quintus*, cit.

tionem quandam pro delicto importat). Pur riconoscendo la dottrina formale secondo cui il carcere non era propriamente una pena (*non sit proprie poena*), Tiraqueau ne sottolineava con forza l'estrema reale afflittività, definendolo, sulle orme del Digesto, *mala mansio* (duro alloggio), considerandola orribile perché privava della libertà.

Vincenzo de Franchis affrontava invece un caso specifico. Un uomo condannato all'esilio per un certo tempo venne trattenuto in carcere dopo la condanna, ma ciò per debiti, dunque illeciti di natura civile²⁴. La questione che si poneva era se questo tempo di carcere post-condanna, dovuto a debiti, doveva comunque essere computato (detratto) dal tempo dell'esilio²⁵. De Franchis riportava l'opinione prevalente secondo cui, in questo caso, il tempo di carcere non si scomputava, poiché la detenzione non era la pena per il delitto, ma per un obbligo civile. Esprimeva, tuttavia, la sua opinione contraria e più favorevole al reo, sostenendo che le ragioni di equità ("non aggiungere afflizione all'afflitto", "non subire due pene") valevano sempre, indipendentemente dalla causa formale della detenzione post-condanna. Il carcere, affermava de Franchis, è sempre afflittivo e partecipa della natura della pena. Inoltre, la detenzione per debiti era da lui considerata accessoria alla pena originaria in quanto tra i due momenti vi era un legame indiretto, ma reale. Pur non essendo la condanna penale la causa diretta della detenzione per debiti, per de Franchis esisteva un legame indiretto, ma innegabile tra le due. Il reo, infatti, non si sarebbe trovato in carcere per debiti in quel momento specifico se non fosse già stato condannato all'esilio e, di conseguenza, detenuto. Il giurista campano evidenziava, dunque, che la detenzione per debiti era una conseguenza o un effetto secondario della condizione di condannato all'esilio. La

²⁴ La funzione originaria del carcere, quella di custodia, ha fatto sì che esso avesse un ruolo storico importante anche nel diritto processuale civile, in particolare nell'ambito dell'esecuzione e delle misure cautelari. Fino al XIX-XX secolo, infatti, parallelamente all'esecuzione sui beni del debitore, si praticavano forme di esecuzione personale che coinvolgevano direttamente la sua persona. In sostanza, il debitore insolvente poteva essere arrestato e incarcerato fino al completo saldo del debito. Questa pratica ha generato complesse questioni classificatorie proprio per la sua natura ibrida a cavallo tra diritto civile e penale. In tema si veda PACE GRAVINA, *Contrainte par corps. L'arresto personale per debiti nell'Italia liberale*, Torino, 2004; PALMIERI, *Le prigioni del Papa. Cultura, legislazione e pratiche penitenziarie nello Stato pontificio (1831-1870)*, Roma, 2025, 117 ss.

²⁵ DE FRANCHIS, *Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani* (Venezia, 1594), *Editio novissima*, Ginevra, 1672, 580-581.

condanna penale creava una situazione di vulnerabilità o di esposizione a ulteriori detenzioni, in questo caso per debiti. Detto in altri termini, la detenzione per debiti era una conseguenza mediata del reato. Di conseguenza, ad avviso dell'Autore, non si poteva separare nettamente la detenzione per debiti dalla pena originaria. Le due detenzioni erano collegate da un filo logico e cronologico. Questa visione della detenzione per debiti come "accessoria" presenta interessanti implicazioni. De Franchis sottolineava, infatti, che il carcere, indipendentemente dalla causa formale, è sempre afflittivo e ha "natura di pena". La sofferenza del detenuto non cambiava se la detenzione si scontava per un crimine o per un debito. Questa sofferenza continua, anche se per una causa diversa, era comunque legata alla condizione di condannato. Sulla base di tale afflittività continua e del legame con la condanna penale, de Franchis invocava il principio del *favor rei* e l'equità. Il tempo trascorso in carcere, anche per debiti, doveva essere scomputato dall'esilio. De Franchis, infine, criticava una visione troppo formalistica del diritto, che separava rigidamente la responsabilità penale da quella civile. Egli guardava alla sostanza delle situazioni: la privazione della libertà e la sofferenza del detenuto, indipendentemente dall'etichetta giuridica del titolo o motivo della detenzione.

Paolo Caballo, invece, ricordava che la lunga carcerazione prima della sentenza di condanna "giovava molto" al reo, in quanto aveva l'effetto di diminuirne la pena, o talvolta di estinguerla o rimetterla del tutto²⁶. La ragione di ciò risiedeva nella considerazione secondo cui la lunga carcerazione preventiva comportava una certa 'soddisfazione' (espiazione/sofferenza) per il delitto, poiché il carcere, sebbene non fosse propriamente una pena, causava comunque massima afflizione e, dunque, partecipava a una certa natura e in una certa misura della pena. Pertanto, la lunga durata del tempo preventivamente trascorso in carcere, per equità naturale, veniva in aiuto della diminuzione della condanna. Caballo aggiungeva che talvolta tale carcerazione operava la piena liberazione dalla pena: ciò allorché il reo, pur se legittimamente, fosse stato incarcerato in via preventiva, ma il prolungamento della detenzione fosse avvenuto per cause estranee alla sua volontà, oppure se si dubitasse del de-

²⁶ CABALLO, *Resolutionum Criminalium Centuriae Duae*, Venezia, 1607, 321-322, richiamato anche da SAVELLI, *Pratica universale*, Firenze, 1697, 63, n. 12.

litto, o se concorressero altre circostanze che rendevano il reo meritevole di favore.

I giudici, dunque, nell'esercizio del loro *arbitrium* – quella discrezionalità regolata, tipica del sistema di *ius commune*, che permetteva di adattare la norma generale al caso concreto²⁷ – tendevano a considerare la sofferenza da carcerazione preventiva come una pena di fatto, già scontata dall'imputato. Come affermava esplicitamente Castillo de Bovadilla, nella pratica si teneva conto della «*larga prision, que se le da por parte de pena*», e talvolta nelle sentenze si motivava esplicitamente la riduzione con formule quali: «*Atenta la larga prisión, que se le da por parte de pena*»²⁸. Anche Cerdán de Tallada riconosceva che, per i rei di gravi delitti, «*la carcel se la da casi por pena antes del supplicio*»²⁹. Questa valutazione permetteva ai giudici di temperare il rigore della legge con una certa equità e *benignidad real*³⁰. Si riconosceva, in tal modo, che l'imputato aveva già “purgato” in parte la sua colpa attraverso la preventiva sofferenza carceraria. Sembra che un periodo minimo di detenzione, intorno all'anno e mezzo o due anni (limite teorico, spesso disatteso, per la durata dei processi), fosse generalmente considerato necessario per accedere a questa mitigazione³¹.

La prassi giudiziaria dell'epoca moderna considerava anche un altro fattore temporale come possibile causa di mitigazione: l'antichità della commissione del delitto rispetto al momento del processo o della condanna. Giuristi come Antonio Gómez³² e Francisco de Avilés³³ sostenevano che il semplice trascor-

²⁷ In tema, ampiamente, MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli orientamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, 1998.

²⁸ CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz y de guerra* (Madrid, 1597), Madrid, 1704, Lib. III, 25, 268.

²⁹ CERDÁN DE TALLADA, *Visita de la carcel y de los presos: en la qual se tratan largamente sus cosas y casos de prision... según el Derecho divino, natural, canonico, civil, y leyes de partida, y fueros de Aragón y de Valencia*, Valencia, 1574, 51.

³⁰ Per *benignidad real* s'intende una forma di clemenza giudiziaria che, pur basandosi sulla discrezionalità del giudice, era vista come una manifestazione della volontà del sovrano di essere indulgente e di non applicare la legge in modo eccessivamente severo.

³¹ ORTEGO GIL, *La estancia en prisión como causa de minoración de la pena (siglos XVII-XVIII)*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 54, 1, 2001, 66.

³² GÓMEZ, *Commentariorum*, cit., tratto da *Variae resolutiones*, cit., tomo III, cap. 1, 6-7, nelle *Additiones* al cap. 1, 57.

³³ DE AVILÉS, *Nova Diligens ac per Utilis Expositio Capitum seu Legum Praetorum ac Iudicum Syndicatus Regni Totius Hispaniae*, Salamanca, 1571, glossa *Derechamente*, f. 41 v.

rere del tempo potesse diminuire la necessità della pena (*temporis diuturnitatem post delictum commissum, esse causam minuendi poenam*), forse perché la ‘memoria sociale’ del fatto si affievoliva, le prove perdevano forza o si presumeva una possibile emenda del reo. Questa causa di mitigazione, basata sul tempo trascorso dal delitto, tendeva però a confluire e talvolta a sovrapporsi con la considerazione del tempo trascorso in carcere³⁴. Tuttavia, alcuni giuristi, come Matheu y Sanz³⁵, criticarono questa equiparazione. Pur riconoscendo che l’opinione comune tendesse a mitigare la pena per la sola antichità del crimine (*receptior et communior sententia in praxi admissa est, quod ex sola diuturnitate temporis commissi criminis, poena temperetur*), Matheu pensava più rigorosamente, però, che solo la sofferenza realmente patita in carcere potesse giustificare una riduzione. Essere *in reatu*, per lui, significava subire i concreti tormenti della prigionia (*in carcere detineri, catenis, vel compedibus gravari...*), e queste sofferenze tollerate a lungo erano «*compensandae sunt cum poena*». Chi non avesse subito tali afflizioni, anche se il delitto era antico, non avrebbe avuto diritto ad alcuna riduzione per questa via (*nequaquam computari aliquid poterat in poena*).

Anche l’analisi della pratica giudiziaria, ad esempio in Spagna in particolare quella della *Real Audiencia de Galicia* tra XVII e XVIII secolo, conferma l’applicazione di questi principi³⁶. Le sentenze iniziarono a menzionare esplicitamente, soprattutto dalla fine del XVII secolo, il computo della «*larga prisión*» come motivo per ridurre la pena o addirittura per applicare un semplice ammonimento (*apercibimiento*), specie per reati minori o figure di partecipazione marginale. Divennero così abbastanza comuni formule come «*no acemos mayor condenacion atendiendo a su larga prisión*» o «*computandose por parte de su destino el tiempo que sufrió de arresto*»³⁷. Questa prassi si sviluppò parallelamente a una tendenza più generale, particolarmente accentua-

³⁴ È possibile che tale sovrapposizione o proprio confusione sia stata favorita dall’inesatta comprensione nel passo di Modestino (48, 19, 25, pr.) del termine *reatus* (v. *supra*, par. 1) inteso, diversamente da come faceva il Digesto, come fatto criminoso e non come condizione di accusato. Per approfondimenti, si veda BAMBI, *Reato ‘fatto criminoso’*, cit.

³⁵ MATHEU Y SANZ, *Tractatus de re criminali*, cit., contr. 67, 337-339.

³⁶ Si veda ampiamente ORTEGO GIL, *La estancia en prisión*, cit., 56 ss.

³⁷ Formule riportate sempre da ORTEGO GIL, *La estancia en prisión*, cit., 58, con ivi indicazioni bibliografiche relative alle *Sentencias* citate.

ta nel XVIII secolo, a utilizzare la prigione stessa come pena abituale, anche per reati per cui non era formalmente prevista dalla legislazione regia, specialmente nei confronti delle donne o per sanzionare gradi minori di partecipazione criminale. Si assistette così a una trasformazione *de facto* della funzione carceraria: da luogo primariamente custodiale, temperato dalla possibile valutazione della sofferenza ai fini della diminuzione della pena, a strumento punitivo esso stesso, anticipando sviluppi che troveranno piena consacrazione solo con le codificazioni penali successive³⁸.

In definitiva, l'analisi della dottrina e della prassi giudiziaria tra XVI e XVIII secolo rivela una complessa interazione tra la concezione formale del carcere come luogo di custodia e la sua realtà di luogo di sofferenza. Pur mantenendo fede al principio romano *carcer ad continendos*, i giuristi dell'epoca, facendo leva sui principi dello *ius commune* e sul proprio *arbitrium* temperato dalla *clementia*, riconobbero frequentemente che la prolungata permanenza nella *mala mansio* carceraria costituiva una pena di fatto. Questa sofferenza veniva quindi computata o "presa in parte di pena", portando a una riduzione della sanzione finale. Tale prassi non solo mitigava il rigore della legge, ma accompagnava anche una più generale tendenza a impiegare l'istituto carcerario con finalità direttamente punitive, segnando un'importante evoluzione nella storia della penalità e della giustizia criminale moderna.

4. *Illuminismo e presunzione d'innocenza: le radici dello scomputo del pre-sofferto carcerario.* Il dibattito sulla carcerazione preventiva e la sua relazione con la pena hanno interessato anche il pensiero illuminista, che per primo pose le basi teoriche per una tutela efficace della libertà individuale e per la razionalizzazione del sistema penale³⁹. Cesare Beccaria, com'è noto, consacrò il principio della presunzione d'innocenza, affermando che «un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può toglier-

³⁸ GARLATI, *Sepolti vivi*, cit., ricostruisce l'evoluzione storica della funzione del carcere nel sistema del diritto comune italiano e, utilizzando come fonte privilegiata le *Pratiche criminali*, evidenzia la transizione del carcere da strumento meramente custodiale a vera e propria sanzione penale.

³⁹ Per un'ampia panoramica sull'illuminismo penale, recentemente si veda *Radici e prospettive illuministiche nei sistemi penali contemporanei*, a cura di Mongillo-Caterini-Muñoz Conde-Slokar, Pisa, 2024, *passim*.

gli la pubblica protezione, se non quando sia deciso che egli abbia violato i patti coi quali le fu accordata»⁴⁰. Per Beccaria, la privazione della libertà prima di una condanna definitiva era una sorta di pena e, in quanto tale, doveva essere ammessa solo «quando la necessità lo chiede», limitandone rigorosamente gli scopi alla prevenzione della fuga o dell'occultamento delle prove⁴¹. Qualsiasi rigore eccedente tale necessità era considerato tirannico. Analogamente, Voltaire, nel suo *Commentaire sur le livre Des délits et des peines*, condannò le pratiche che violavano la presunzione d'innocenza e che consentivano l'abuso della carcerazione preventiva⁴². Così, ancora, Gaetano Filangie-

⁴⁰ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Milano, 1981, 92. AMODIO, *La scuola positiva e il pensiero di Beccaria: un dissenso nascosto dietro la «venerazione riconoscente»*, in *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di Chiodi-Garlati, Torino, 2015, 96, evidenzia che in Beccaria non c'è una trattazione sistematica della presunzione d'innocenza, mentre per CAIANIELLO, *Protezione della pena. Profili processuali (Dei delitti e delle pene, § XLXI)*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2014, 2, 330, Beccaria «sembra far propria una accezione statistica del principio». Nota, poi, la contraddizione, una specie di ossimoro, ove l'illuminista milanese (cap. XXX *Dei delitti e delle pene*) fa riferimento all'«innocenza del reo» accostando gli esiti antitetici di un processo. La locuzione rivela quanto il pensiero di Beccaria fosse ancora legato al linguaggio giuridico dell'epoca. Non bisogna dimenticare, del resto, che «*reatus*» assumeva «un significato tecnico non molto diffuso, neppure nelle fonti giuridiche, in particolare nel Digesto: indica 'lo stato, la condizione di reo', cioè 'la situazione di colui che si trova formalmente accusato, per tutto il tempo in cui non è né assolto, né condannato', con tutte le conseguenze pregiudizievoli che ne potevan derivare», cfr. BAMBI, *Reato 'fatto criminoso'*, cit., 1-2 e, più in generale, *supra* nota n. 14. Rimane, in ogni caso, che il Marchese, pur non potendo fare a meno di riprodurre, forse inconsapevolmente, la terminologia dei «criminalisti» a lui contemporanei, innovò radicalmente il sistema, così da «inventare il principio della presunzione d'innocenza usando una lingua inadeguata ad esprimerlo», cfr. AUDEGEAN, *Chi è il «reo»? Dei delitti e delle pene sotto la lente di un traduttore*, in *Quaderni fiorentini*, 2014, 43, 1035. Sul tema si veda limpidamente anche GARLATI, *Echi del passato e istanze riformiste: Beccaria e il processo penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 8; ID., *I cardini dell'Illuminismo penale alla prova del tempo. L'esperienza milanese tra luci e ombre*, in *Radici e prospettive illuministiche*, cit., 46, secondo cui le affermazioni di Beccaria, «senza necessità di una trattazione sistematica delineano i contorni della presunzione di non colpevolezza. E tanto bastava per ribaltare i sacri crismi del processo inquisitorio e aprire spiragli per un processo pubblico e dai tratti garantistici».

⁴¹ «...la privazione della libertà essendo una pena, essa non può precedere la sentenza se non quando la necessità lo chiede. La carcere è dunque la semplice custodia di un cittadino finché sia giudicato reo, e questa custodia essendo essenzialmente penosa, deve durare il minore tempo possibile e dev'essere meno dura che si possa [...]. La strettezza della carcere non può essere che la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti», cfr. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 101-102.

⁴² «*Un homme est-il accusé d'un crime, vous l'enfermez d'abord dans un cachot affreux; vous ne lui permettez communication avec personne, vous le chargez de fers, comme si vous l'aviez déjà jugé coupable. [...] Quel est l'homme que cette procédure n'épouvante pas? quel est l'homme juste qui puisse être sûr de n'y pas succomber? O juges! Voulez-vous que l'innocent accusé ne s'enfuie pas, facilitez-lui les moyens de se défendre. La loi semble obliger le magistrat à se conduire envers l'accusé plutôt en ennemi qu'en juge*», cfr. VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre Des délits et des peines* (1766), in *Oeuvres complètes de Voltaire*, Kehl, tomo 29, 1784, 260-261.

ri, riaffermando il principio della presunzione d'innocenza, denunciò il tormento della detenzione preventiva e si appellò ai monarchi europei affinché ascoltassero «i sospiri degl'infelici, che gemono sotto il flagello delle vostre barbare leggi», propugnando un processo trasparente e una custodia cautelare “dignitosa”, suggerendo anche la distinzione delle carceri a seconda se destinate a persone condannate o ancora in stato di accusa⁴³.

L'insistenza del pensiero illuministico, in particolare di Beccaria, sulla necessità e sulla portata minima della carcerazione preventiva derivava direttamente dalla filosofia utilitaristica, volta a limitare la violenza statale e ad assicurare che ogni misura afflittiva servisse a uno scopo chiaro e razionale. La critica, in particolare di Filangieri, alla pratica diffusa di confinare indiscriminatamente “accusati e convinti” in prigioni che operavano come strumenti di supplizio e non di mera custodia, metteva ben in evidenza che la detenzione preventiva era comunque afflittiva anche se mascherata da semplice custodia. Questa critica rivelava una profonda preoccupazione per l'abuso del potere statale e per la manipolazione delle categorie giuridiche per aggirare i diritti fondamentali.

Le argomentazioni degli Illuministi, in sostanza, hanno posto le basi filosofiche e giuridiche per la moderna regolamentazione della carcerazione preventiva e dello stesso scomputo del presofferto cautelare, in quanto le loro idee sottintendono che una detenzione preventiva, a maggior ragione se prolungata o arbitraria, costituisce una forma celata di punizione, rendendo necessari meccanismi di compensazione o riparazione. Il concetto esplicito dello scomputo del presofferto, dunque, non sembra trovare una formulazione diretta nelle opere degli Illuministi del '700. Tuttavia, i principi filosofici che li animarono, in particolare quelli di proporzionalità, umanità e riduzione della

⁴³ FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Parigi, 1853, 134 ss., tra l'altro, proponeva di «non ricorrere nella *citazione* alla cattura, che in quei soli casi, nei quali o si può sospettare della fuga dell'accusato, o si ha ragion di punire il suo disprezzo per la legittima autorità. Lasciar libera la persona sulla parola di un fideiussore, sempre che la natura del delitto, e la gravezza della pena minacciata dalla legge non ricerchi una sicurezza maggiore; procurare che anche in questi casi la custodia dell'accusato non sia indegna di un innocente; [...] trattare, in una parola, l'accusato da cittadino, finché il suo delitto non venga interamente provato. [...] Un'altra cosa andrebbe aggiunta a questa riforma: la distinzione delle carceri degli accusati da quelle dei convinti. Un uomo, ch'è accusato di un delitto, finché non è convinto di averlo commesso non deve perdere il diritto all'opinione pubblica» (136).

sofferenza, posero le basi per la sua affermazione e sviluppo. L'enfasi illuminista sull'umanità delle punizioni e sulla limitazione della sofferenza, infatti, implica intrinsecamente che qualsiasi periodo di detenzione, ancor più se eccessivo, debba essere giuridicamente riconosciuto e compensato.

Passando alla legislazione settecentesca che implementò i principi illuministici, è noto che la Legge criminale toscana del 30 novembre 1786, conosciuta come Leopoldina, fu un'applicazione pionieristica di tali principi. Anche questa legge - come abbiamo visto per le opere dei più illustri Illuministi - non conteneva una disposizione esplicita sulla detrazione del periodo di carcerazione preventiva dalla pena irrogata dal giudice⁴⁴. La Leopoldina, tuttavia, mostrava una chiara attenzione alla limitazione della durata e alla mitigazione delle condizioni della carcerazione preventiva. L'art. XXIX, ad esempio, incaricava i giudici di usare «tutta l'attenzione, e premura per la sollecita ultimazione dei Processi, e massimamente dei Carcerati», specificando che «la carcere, la quale soffrono i Rei mentre pende il Processo, non è che per sempli-

⁴⁴ Bisogna evidenziare invece che, secondo Francesco Carrara, già da molto tempo le leggi toscane (verosimilmente quelle del 1786) avevano implementato la deduzione della detenzione preventiva indebita non per "arbitrio" giudiziale, ma «per obbligo imposto loro dalla legge»: cfr. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa* [...]. *Parte generale*. Terza edizione con aggiunte, Lucca, 1867, § 727, 447, nt. 2. Carrara conferma l'affermazione in *Il carcere preventivo e l'applicazione della pena. Lettera all'avv. Gustavo Sangiorgi*, in *Opuscoli di diritto criminale*², Lucca, 1870, vol. II, 495-501: 497-498: «Permetti però che io ti richiami un istante su quanto dici a pag. 138 linea 3. Ivi tu accenni con dolore (e il dolore sarebbe giustissimo): non ho presente che esista legislazione che abbia fatto applicazione completa del principio da me propugnato, vale a dire del principio che nell'applicazione della pena ad un condannato debba imputarsi la carcere preventiva sofferta a causa delle procedure. Questa legislazione degna di esser tolta ad esempio, esiste. Essa la trovi nel codice Toscano del 1856 agli articoli 69, 70; e la troveresti ancora in altre più antiche leggi della Toscana, dove sempre si è tenuta a calcolo la carcere preventiva in diminuzione di pena». Dalla lettura della Leopoldina, però, a noi non risulta questa esplicita disciplina. È possibile che Carrara si riferisse a una prassi interpretativa o ad altri principi non esplicitamente codificati nella Leopoldina, frutto della tradizione liberale toscana, che rifletteva una particolare attenzione alla limitazione della carcerazione preventiva, compresa una forma di scomputo del presofferto. Anche VESCOVI, *Carcerazione preventiva*, in *Digesto italiano*, vol. II, p. 2, Torino, 1889, 220, attribuisce alle leggi toscane del 1786 il criterio dello scomputo del presofferto custodiale, addirittura nella forma totale (senza distinzione tra periodo di carcerazione preventiva debita e indebita, come invece faceva Carrara), ma non citando alcuna specifica disposizione della Leopoldina. Le affermazioni di Carrara e di Vescovi riguardo allo scomputo del presofferto in base alla legislazione toscana del 1786, pertanto, sembrerebbero più una generalizzazione della vocazione liberale della Leopoldina in materia di privazione della libertà e d'indennizzo per errori giudiziari, piuttosto che una descrizione di una puntuale norma di scomputo applicabile ai condannati. In tal senso sembrano militare anche alcune affermazioni di PUCCIONI, *Il codice penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurisprudenza*, Pistoia, 1855, vol. II, 198 ss.

ce loro custodia, onde esige che ne venga ad essi alleggerito l'incomodo, non solo con la minor durata possibile, ma ancora per ogni altro mezzo compatibile con lo stato di *Rei*, nel quale si trovano»⁴⁵. L'art. XXXI ribadiva la necessità di «render meno lunga, e meno grave la carcerazione» e di garantire la «mondezza delle carceri». Queste disposizioni riflettevano una sensibilità verso la sofferenza del detenuto in attesa di giudizio, mirando a ridurre l'afflittività attraverso la celerità processuale e le condizioni detentive più umane, senza però prevedere un esplicito meccanismo di compensazione sulla pena finale.

Altre norme della Leopoldina che militavano nello stesso senso erano il principio di proporzionalità delle pene, affermato nel preambolo⁴⁶, e l'art. XLVI che prevedeva la creazione di una “cassa” per indennizzare «quelli individui, i quali per le circostanze dei casi, o certe combinazioni fatali si saranno trovati senza dolo, o colpa di alcuno sottoposti ad esser processati criminalmente, e molte volte ritenuti in carcere con pregiudizio del loro decoro, ed interesse, e di quello della loro famiglia, e saranno poi stati riconosciuti innocenti e come tali assoluti». Quest'ultima disposizione riconosceva esplicitamente il danno e la sofferenza (anche derivante dalla carcerazione) subiti da chi era stato ingiustamente processato o detenuto, prevedendo un risarcimento monetario. Sebbene non si trattasse di una detrazione dalla pena (poiché riguardava gli assoluti), era comunque un chiaro riconoscimento statale della sofferenza causata dal sistema giudiziario e della necessità di compensarla.

⁴⁵ È evidente come questo codice incarnò direttamente i principi enunciati da Cesare Beccaria nella sua opera *Dei delitti e delle pene*, e per taluni versi anche il suo lessico, tanto che pure la Leopoldina, come aveva fatto Beccaria con la celebre locuzione ossimorica «innocenza del reo» (v. *supra*, nota n. 40) utilizza l'espressione “reo” in riferimento ad una persona ancora in stato di accusa.

⁴⁶ «Con la più grande soddisfazione del Nostro paterno cuore abbiamo finalmente riconosciuto che la mitigazione delle pene congiunta con la più esatta vigilanza per prevenire le ree azioni, e mediante la celere spedizione dei Processi, e la prontezza, e sicurezza della pena dei veri Delinquenti, in vece di accrescere il numero dei Delitti ha considerabilmente diminuiti i più comuni, e resi quasi inauditi gli atroci, e quindi siamo venuti nella determinazione di non più lungamente differire la riforma della Legislazione Criminale, con la quale abolita per massima costante la pena di Morte, come non necessaria per il fine propostosi dalla Società nella punizione dei *Rei*, eliminato affatto l'uso della Tortura, la Confiscazione dei beni dei Delinquenti, come tendente per la massima parte al danno delle loro innocenti famiglie che non hanno complicità nel delitto, e sbandita dalla Legislazione la moltiplicazione dei delitti propriamente detti di *Lesa Maestà* con raffinamento di crudeltà inventati in tempi perversi, e fissando le pene proporzionate ai Delitti, ma inevitabili rispettivi casi, ci siamo determinati a ordinare con la pienezza della Nostra Suprema Autorità quanto appresso».

L'assenza di una norma specifica sulla detrazione del presofferto per i condannati potrebbe essere attribuita anche alla variegata tipologia delle pene previste dalla Leopoldina, che andavano ben oltre la sola carcerazione, includendo lavori pubblici a tempo o a vita, l'ergastolo, la gogna, le staffilate, l'esilio, il confino e le pene pecuniarie⁴⁷. La difficoltà di quantificare e detrarre la carcerazione preventiva da pene che comportavano tipologie di sofferenza eterogenee (come l'umiliazione pubblica o il lavoro forzato), infatti, avrebbe reso complessa l'implementazione di un meccanismo di scomputo diretto e applicabile a tutte le pene.

5. Lo scomputo del presofferto detentivo nella dottrina e nelle codificazioni italiane ottocentesche. La massima *carcer passus in poenam cedit* rappresenta oggi uno dei cardini del diritto penale di matrice liberale, ponendosi al crocevia tra le esigenze di una giustizia interpretata in senso punitivo e l'ineludibile tutela della libertà individuale. Come abbiamo già visto, però, la questione della detrazione dalla pena definitiva del periodo di carcerazione sofferto in via preventiva non è mai stata un mero tecnicismo, ma ha sempre incarnato una questione politica e filosofica sul rapporto tra Stato e cittadino. La sua risoluzione definisce il grado di civiltà giuridica di un ordinamento, misurando quanto il potere statale sia disposto a riconoscere e "rimborsare" la privazione di libertà imposta a un individuo prima che la sua colpevolezza sia stata accertata con sentenza irrevocabile.

Ci proponiamo ora di ricostruire l'articolato e travagliato percorso storico-

⁴⁷ Il codice Leopoldino, pur essendo celebrato per l'abolizione pionieristica della pena di morte, delle mutilazioni e della tortura, ha mantenuto alcune pene corporali "truculente" come la gogna, le staffilate e la frusta. Ciò sembra rivelare un compromesso pragmatico o un'adozione incompleta, forse politicamente necessaria, degli ideali più umanitari. La transizione dall'*ancien régime*, dunque, fu un processo graduale e spesso incoerente, anche in uno Stato riformista all'avanguardia come quello della Toscana di fine '700. La Leopoldina, del resto, con la sua dettagliata categorizzazione e regolamentazione delle pene detentive (carcere, ergastolo, lavori pubblici per tre, cinque, sette, dieci, quindici, venti anni ed a vita) segna un cruciale cambiamento sistemico. Si assiste a un abbandono dell'imprigionamento arbitrario, indifferenziato e spesso di durata indeterminata, a favore di un sistema di detenzione più razionalizzato e strutturato. Questo rappresenta un passo importante verso il moderno sistema penitenziario, dove la detenzione stessa è diventata la forma primaria di punizione, rendendo necessarie regole precise per la sua durata, le sue condizioni e l'eventuale computo del tempo già scontato in custodia prima della condanna. Sulla codificazione leopoldina si vedano *La Leopoldina nel diritto e nella giustizia in Toscana*, a cura di Berlinguer-Colao, Milano, 1989; ZULIANI, *La riforma penale di Pietro Leopoldo. Presentazione storica e indice delle edizioni della Legge toscana del 30 novembre 1786*, Milano, 1995.

giuridico che ha condotto alla formulazione dell'art. 40 del codice penale per il Regno d'Italia del 1889, noto come codice Zanardelli. L'obiettivo è dimostrare, attraverso l'analisi della dottrina coeva e dei lavori preparatori, che l'affermazione del principio dello scomputo integrale e obbligatorio non ebbe un'evoluzione lineare né fu una conclusione scontata. Al contrario, essa fu il risultato di un profondo e acceso dibattito, un campo di scontro ideologico in cui si opposero diverse visioni della potestà punitiva, della funzione della pena e dei limiti del potere statale. Lungi dall'essere un approdo pacifico, la soluzione zanardelliana fu una conquista, ottenuta superando tenaci resistenze e ponderando complesse alternative che trovarono voce autorevole fino alle ultime fasi del processo di codificazione.

L'analisi prenderà le mosse dal contesto dottrinale preunitario, esaminando i diversi sistemi teorici e i modelli normativi che costituivano il punto di partenza per i legislatori del nuovo Regno. Seguirà la disamina dei vari progetti di codice che si susseguirono dal 1866, tracciando la progressiva, ma non lineare, affermazione di un approccio più liberale. Esamineremo, infine, i dibattiti parlamentari e, in particolare, le discussioni in seno alla Commissione senatoria del 1888 e alla Commissione reale di revisione del 1889, dove le diverse anime si confrontarono in un ultimo, decisivo scontro per definire la portata di un principio tanto fondamentale, anche se oggi appare quasi scontato.

5.1. L'elaborazione dottrinale del XIX secolo: lo scomputo un principio contestato. Il dibattito ottocentesco sullo scomputo del presofferto rappresentò un punto controverso nel periodo preunitario. Tale questione non si limitava a una mera disquisizione accademica, ma rifletteva sostanziali divergenze filosofiche e politiche riguardo alla natura dello Stato, ai limiti del suo potere e al delicato equilibrio tra la sicurezza collettiva e la libertà individuale. La frammentazione dei codici penali negli Stati preunitari testimoniava la molteplicità e la divergenza degli approcci teorici.

La portata innovatrice e la natura controversa della soluzione adottata dal codice Zanardelli possono essere pienamente comprese solo attraverso un'analisi di questo precedente contesto dottrinale e legislativo. L'evoluzione del diritto penale italiano, culminata nel codice Zanardelli, fu legata a un con-

fronto dinamico tra teoria e prassi. Francesco Carrara, figura centrale di questo dibattito, ancorava costantemente le sue argomentazioni a una profonda esperienza pratica, derivante dal suo «lungo tirocinio nel foro»⁴⁸. Egli lamentava spesso gli «improvvidi ordinamenti»⁴⁹ e discuteva le difficoltà pratiche nell'applicazione dei principi giuridici. Ciò indica che i sistemi teorici non erano meri e astratti esercizi intellettuali, ma erano profondamente radicati nelle realtà del sistema giudiziario, nelle condizioni carcerarie e negli impatti sociali. Le soluzioni legislative, quindi, emergevano da una complessa interazione tra l'avanzamento teorico e le sfide pragmatiche della loro attuazione. Di conseguenza, l'analisi che segue non si limiterà a descrivere le teorie, ma esaminerà anche le loro implicazioni pratiche, le verifiche dei loro effetti e le difficoltà incontrate nel tradurre la teoria in legislazione vigente.

Francesco Carrara ha brillantemente compendiato e analizzato quattro sistemi principali che dominarono il dibattito ottocentesco sullo scomputo del presofferto⁵⁰. Questi sistemi non erano semplici classificazioni accademiche, ma incarnavano distinte filosofie giuridiche e ideologie politiche, rivelando differenti posizioni teoriche sulla natura dello Stato, i limiti del suo potere e la gerarchia dei valori tra sicurezza collettiva e libertà individuale.

Il «sistema politico», il più rigoroso tra quelli identificati da Carrara, propugnava la negazione recisa di ogni scomputo⁵¹. I suoi sostenitori partivano dal

⁴⁸ CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*³, Prato, 1889, vol. 4, *Foglio di lavoro per la Commissione sulla riforma carceraria*, 309.

⁴⁹ *Ibid.*, 313.

⁵⁰ *Ibid.*, 309 ss.

⁵¹ Ad esempio, il codice per il Regno delle Due Sicilie del 1819 non contemplava la detrazione del presofferto cautelare, mentre all'art. 52 sanciva che «ogni condanna s'intende cominciata ad espiare pe' detenuti, dal giorno in cui è divenuta irrevocabile; pe' non detenuti, dal momento della esecuzione effettiva». La lettera della norma, dunque, escludeva proprio la decurtazione della carcerazione preventiva. «Dallo stesso articolo risulta benanche che il tempo per esempio, della detenzione, trascorso precedentemente alla esecuzione effettiva della pena non può mai considerarsi nella durata della medesima. [...] I giudici però nella latitudine del grado potrebbero tener conto della precedente sofferta detenzione», cfr. CARACCIOLI, *Istituzioni di diritto penale esposte secondo l'ordine delle leggi penali del Regno delle Due Sicilie*, Palermo, 1842, 430. Del resto, CANOFARI, *Comentario sulla parte seconda del Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1819, 126, osservava che «sarebbe ingiurioso che di due individui rei ugualmente di un delitto medesimo, l'uno che ha già sofferto un anno di arresto fosse condannato a due anni di prigionia ed alla pena identica fosse condannato l'altro che non è stato se non per pochi giorni arrestato». Disciplina simile a quella del Regno delle Due Sicilie era nel codice penale per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla del 1820, che all'art. 41 recitava: «la durata della pena temporanea comincia dal giorno in cui la sentenza è passata in giudicato». Non dissimile l'art. 31 del codice

presupposto che la carcerazione preventiva fosse una «conseguenza legittima della necessità in cui si trova la giustizia di carcerare un inquisito durante un processo, onde provvedere alla sicurezza sociale»⁵². In questa prospettiva, la detenzione cautelare non era considerata un'anticipazione di pena da detrarre, ma un "male meritato" dal colpevole, il quale, con il proprio delitto, aveva costretto la società a privarlo della libertà. Una visione ancora più radicale, di stampo statalista e prevalente tra alcuni criminalisti francesi, negava la stessa possibilità di definire "ingiusto" il mancato scomputo se così era prescritto dalla legge dello Stato, considerata l'unica fonte del diritto⁵³. Questa concezione rifletteva una visione autoritaria del rapporto tra Stato e individuo, in cui la necessità sociale e la volontà legislativa prevalevano incondizionatamente sul diritto del singolo, anche di fronte a una palese sproporzione della sofferenza complessivamente patita.

Carrara confutava energicamente questa impostazione. Egli sosteneva che il suo nucleo argomentativo celava un vizio di *petitio principii*, poiché presupponeva che il carcere preventivo fosse "debito" (dovuto o meritato) per dimostrare che non dovesse comportare una detrazione dalla pena finale, creando un circolo vizioso logico. Inoltre, Carrara affermava che negare lo scomputo violava i «criterii inalterabili della proporzione e della eguaglianza» che ogni

criminale per gli Stati Estensi del 1855: «La durata delle pene temporanee comincia dal giorno in cui la sentenza è passata in giudicato». Nel codice penale per il Principato di Lucca del 1807 non si rinvengono disposizioni che consentivano la decurtazione del presofferto. Neppure nelle leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il Regno delle Due Sicilie del 1808 si rinvengono disposizioni sullo scomputo. Il decreto n. 141 «che contiene il regolamento pe' Giudici di pace e pe' tribunali», all'art. 196 però recitava: «Qualunque reo, che sia stato detenuto per un anno, e non sia stato fra questo tempo costituito dal giudice, avrà il diritto di chiedere una consegna a persona sicura, salvo il diritto, che avrà di dolersi dell'ingiusta detenzione. Il giudice non potrà in questo caso ricusare la suddetta abilitazione all'imputato, ed il giudizio sarà proseguito sotto questo modo di custodia». Oltralpe, l'art. 23 del codice penale francese del 1810 sanciva questo criterio: «*La durée de la peine des travaux forcés à temps, et de la peine de la réclusion, se comptera du jour de l'exposition*». Con legge del 28 aprile 1832, la disciplina venne modificata; mentre l'art. 23 sanciva che la durata delle pene temporanee conterà dal giorno nel quale la condanna sarà divenuta irrevocabile, l'art. 24 disponeva delle deroghe volte a disincentivare le impugnazioni dell'incolpato: «Nondimeno a riguardo delle condanne alla prigione pronunziate contro gli individui in istato di detenzione preventiva, la durata della pena, se l'imputato non abbia fatto ricorso, conterà dal giorno del giudizio o dell'arresto, non ostante l'appello o il ricorso del pubblico ministero, e qualunque sia l'esito dell'appello o del ricorso. Lo stesso avverrà nel caso in cui la pena sia stata ridotta sull'appello o sul ricorso del condannato».

⁵² Lo riferisce, compendiando le diverse teorie, CRIVELLARI, *Il codice per il Regno d'Italia*, Torino, 1892, vol. III, 192.

⁵³ CARRARA, *Foglio di lavoro per la Commissione sulla riforma carceraria*, cit., 328.

legislatore dovrebbe «religiosamente» osservare⁵⁴. La legge, stabilendo pene certe e graduate, si uniformava alla proporzione; tuttavia, l'intervento di una quantità incerta e variabile, come la durata della custodia preventiva, dipendente dal «caso o dell'arbitrio di terzi», alterava questa giustizia proporzionale. Questo poteva portare a risultati illogici, come l'equiparazione di tempi molto diversi di detenzione effettiva. La negazione dello scomputo, inoltre, capovolgeva i rapporti di proporzione e uguaglianza tra correi e complici.

Carrara contestava anche la premessa secondo cui la carcerazione preventiva fosse sempre e comunque una conseguenza diretta del delitto. Egli la definiva «relativamente falsa», poiché nella realtà essa era spesso il risultato di «cento eventualità indipendenti affatto da ogni sollecitudine dell'inquisito e dei suoi protettori»⁵⁵, quali trasferimenti o malattie dei giudici, irreperibilità dei testimoni, contumacia dei coimputati o, più in generale, la mole degli affari⁵⁶. La percezione che il colpevole potesse abbreviare la detenzione confessando era altrettanto vana, poiché anche le confessioni non impedivano lunghi ritardi dovuti a contingenze procedurali.

Il rifiuto di Carrara della «funesta dottrina dell'autocrazia della legge dello Stato» e la proclamazione della «santissima verità» di un diritto inerente a ogni individuo, derivante da una «legge giuridica suprema ed anteriore a qualunque dettato dei legislatori sociali»⁵⁷, rivelano un profondo conflitto filosofico. Questa non era solo una discussione di politica criminale, ma uno scontro sulla definizione stessa di giustizia, sulla fonte legittima dell'autorità e sulla corretta relazione tra individuo e Stato in un quadro giuridico liberale. Il principio conteso dello scomputo divenne un microcosmo del più ampio scontro ideologico che caratterizzò l'epoca del Risorgimento, dove i concetti di diritti naturali, libertà individuali e costituzionalismo sfidavano e cercavano di smantellare il potere statale assolutista.

All'estremo opposto si collocava il «sistema giuridico», che propugnava indi-

⁵⁴ *Ibid.*, 331-332.

⁵⁵ *Ibid.*, 334.

⁵⁶ A riprova di ciò, Carrara citava il caso di un suo cliente che subì quasi due anni di carcerazione preventiva a causa di indagini in Russia e delle evasioni di un coimputato, evidenziando l'ingiustizia di non considerare tali ritardi.

⁵⁷ CARRARA, *Foglio di lavoro per la Commissione sulla riforma carceraria*, cit., 330.

stintamente e sempre lo scomputo completo del presofferto cautelare⁵⁸. In maniera limpida Carmignani affermava che «talora la qualità del delitto, richiede che anche prima della pena il delinquente venga trattenuto nelle carceri. Ma la carcerazione, qualunque ne sia il titolo, è sempre un male; perciò, vuole ragione che il lungo squallore sofferto dai delinquenti, benché non a titolo di pena, debba essere poi dalla pena dedotto»⁵⁹.

Questo sistema era espressione della pura dottrina liberale, fondata sui principi di giustizia, proporzionalità ed uguaglianza. La carcerazione preventiva era considerata un'«ingiustizia necessaria»⁶⁰, un'anticipazione di pena che, una

⁵⁸ A questo sistema era ispirato il codice penale della Repubblica di San Marino del 1865 che al suo art. 170 recitava: «Comincia l'espiazione della pena: / 1. Pei condannati alle pene di lavori pubblici o di prigionia dal giorno, in cui vennero sottoposti alla carcerazione preventiva; / 2. Pei condannati alle stesse pene, che non subirono carcerazione preventiva, dal giorno, in cui si costituirono in carcere per sentire pronunciare la sentenza».

⁵⁹ CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, traduzione italiana sulla quinta edizione di Pisa del prof. Caruana Dingli riveduta e annotata da Filippo Ambrosoli, Milano, 1882, 137. A sostegno anche CANONICO, *Del reato e della pena*², Torino, 1872, 330, secondo cui «la restrizione alla libertà individuale che precede la condanna, anche ridotta entro i limiti della nuda necessità, essendo pur sempre una deroga al diritto dell'individuo per motivi di utilità sociale, non ha ragione di essere se non come un'anticipazione condizionale di pena, non altrimenti legittimabile fuorché da una sentenza di condanna che ne tenga conto».

⁶⁰ CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*³, Prato, 1889, vol. IV, *Inmoralità del carcere preventivo*, 299 ss. Carrara, con un discorso che sembra ancora attuale, considerava la carcerazione preventiva non solo un inconveniente giuridico, ma una «vera calamità pubblica» e una delle «grandi cause demoralizzatrici del popolo». Egli ne delineava gli effetti devastanti sia sulla moralità individuale che sulla società nel suo complesso. La detenzione preventiva, secondo Carrara, «deprime ed abbatte il sentimento della personale dignità» negli individui innocenti, lasciando una «macchia immeritata». Questi individui si sentivano «decaduti nella opinione de' suoi concittadini», poiché la successiva liberazione spesso «non cancella nella mente di molti il torto del carcere patito». Ciò poteva condurre a un disprezzo per le leggi, a un odio per la società e a una fatale familiarità con la prigionia, compromettendo la forza morale che prima li spingeva a resistere alle tentazioni del male. Carrara sosteneva che l'essere stato in carcere, anche senza condanna, lasciava nell'animo un grado di avvilitamento e una «fatale sfiducia nella vita illibata». La «promiscuità» nelle carceri giudiziarie era descritta come una «sentina» (fogna) dove «galantuomini» e «giovani intemerati» erano esposti alla «feccia» della società, imparando «oscenità» e «sfacciatamente di male» dalla compagnia di «vagabondi, facinorosi, ladri, e femmine spudorate». Questo «nefando consorzio» poteva portare a una «irreparabile rovina morale». Carrara attribuiva questa devastazione ai «pubblici ufficiali che per uno zelo convertito in libidine, corrono a carcerare ad ogni lieve sospetto» e alle «improvvide leggi che accarezzarono quel falso zelo». Per questo motivo, egli invocava una riforma urgente, esortando a «diradare quanto è possibile ed accorciare le carcerazioni preventive» e a «ordinare in modo che non siano tirocinio di pervertimento morale». Dal punto di vista economico, Carrara argomentava che lo «strabocchevole abuso» della detenzione preventiva costituiva un ostacolo maggiore all'attuazione completa e universale del sistema penitenziario (cellulare), principalmente a causa delle difficoltà finanziarie associate. Egli immaginava che la riduzione della detenzione preventiva avrebbe liberato «molti e molti locali» e generato vistosi risparmi, contribuendo così a «grandemente diminuire le difficoltà pecuniarie che osteggiano il sistema penitenziario». Carrara corroborava le sue affermazioni

volta accertata la colpevolezza, doveva essere matematicamente detratta per ristabilire l'equilibrio della giustizia. Non computare il presofferto significava, in questa visione, alterare la pena stabilita dalla legge, rendendola diseguale e sproporzionata a seconda delle contingenze processuali spesso non imputabili all'accusato. L'argomento nodale era quello secondo cui sia la pena che la custodia giudiziaria erano forme di "repressione"; pertanto, la vera misura della pena inflitta a un delinquente doveva essere la somma complessiva di entrambi i mali. Affermare di aver represso un colpevole solo con la pena, quando in realtà gli si era fatto sopportare anche il male della custodia preventiva, era una finzione intollerabile.

A questa dottrina venivano mosse delle obiezioni. In primo luogo, si contestava che lo scomputo intero e completo alterasse la natura e la condizione delle penalità prestabilite dal legislatore. Si sosteneva che il carcere-pena, con

con dati statistici precisi, evidenziando il costo sistemico dell'ingiustizia e il suo circolo vizioso. Questi dati mostravano che circa il 42,7% delle persone sottoposte a detenzione preventiva non era poi condannato. Le statistiche, inoltre, escludevano un numero significativo di detenuti per disposizioni delle preture e dalle autorità di polizia, suggerendo che la scala reale della detenzione preventiva fosse considerevolmente maggiore rispetto alle cifre ufficiali. L'esposizione dettagliata di Carrara sui costi morali ed economici della detenzione preventiva elevava il dibattito oltre la mera teoria giuridica, evidenziando le concrete conseguenze sociali. Le precise statistiche del 1869 fornivano prove empiriche convincenti per le sue affermazioni, dimostrando che l'«abuso» della detenzione preventiva non era solo un'ingiustizia teorica, ma un enorme onere per le finanze pubbliche e una significativa fonte di demoralizzazione sociale e di aumento della criminalità. La «demoralizzazione del popolo» e la trasformazione di «galantuomini» in individui «infetti da una fatale corruzione» illustravano un circolo vizioso negativo. Carrara affrontava direttamente anche la questione se una persona innocente, avendo subito «tanti danni patrimoniali» e causato «tanti dolori» alla propria famiglia a causa di un «equivoco della polizia giudiziaria» o di una «ostinata allucinazione di qualche ufficiale», avesse diritto a un indennizzo. Egli rispondeva affermativamente, sostenendo che si trattava di una «vera obbligazione morale e civile». Se la società impone a tutti i cittadini la legge generale secondo cui chiunque abbia causato un danno ad altri deve risarcirlo, essa non può negare questo «precetto di universale giustizia» a sé stessa. Carrara confutava l'argomento secondo cui la società, detenendo un innocente, agisse *suo jure* (secondo il proprio diritto) e quindi non dovesse alcun risarcimento. Egli utilizzava la distinzione di Fichte tra agire *contra jus* e *sine jure*. La società, spiegava, non agisce *contra jus* quando detiene un innocente se esistono sospetti ragionevoli. Tuttavia, quando l'individuo viene successivamente riconosciuto innocente, la società è considerata aver agito *sine jure*, poiché l'innocente non aveva alcun obbligo di subire la detenzione. Pertanto, la società incorreva nell'obbligo di risarcire. Carrara, inoltre, osservava che il principio dell'indennizzo per l'innocente era stato proclamato legislativamente due volte in Italia (in Toscana nel 1786 e a Napoli nel 1819), ma che «sempre è rimasto un voto filantropico», fallendo nella pratica a causa delle «difficoltà che s'incontrano nel comporre un sistema di ordinamento che ne rende giusta l'applicazione». In tema d'indennizzo si veda pure LUCCHINI, *Il carcere preventivo ed il meccanismo istruttorio che vi si riferisce nel processo penale. Studio di legislazioni comparate antiche e moderne seguito da uno schema-progetto di legge*, Venezia, 1872, 269.

il suo trattamento più rigoroso (allocazioni, restrizioni, vitto, lavoro, comunicazione), fosse intrinsecamente diverso dalla carcerazione-custodia, che sottoponeva a un trattamento meno duro. Equiparare identici periodi di carcerazione-custodia e di carcere-pena era quindi una «equazione falsa», data la «grandissima differenziale di patimento»⁶¹. Carrara riconosceva il peso di questa obiezione, ma riteneva che potesse essere in gran parte mitigata dal “sistema eclettico”. Più in generale, egli sosteneva che, di fronte alla necessità di scegliere tra due sistemi assoluti opposti, *in dubio benigniora sunt eligenda*. Aggiungeva che la maggior parte dei prolungamenti eccessivi della detenzione preventiva poteva essere eliminata con migliori ordinamenti procedurali e maggiore solerzia da parte dei pubblici ufficiali. Carrara metteva in discussione anche la presunta disparità di sofferenza, argomentando che l’«incubo terribile della incertezza del proprio avvenire»⁶² durante la detenzione preventiva poteva essere psicologicamente più tormentoso della sofferenza certa della pena, dove la fine è nota⁶³. Egli criticava coloro che, «da lunge nella quiete del loro scrittoio», pretendevano di calcolare con esattezza le sofferenze dei detenuti, definendoli «indovini» che spesso si ingannavano⁶⁴.

Una seconda obiezione, che Carrara definiva «frivola e immeritevole di seria confutazione», era quella secondo cui la negazione dello scomputo fungesse da «freno salutare» per impedire troppi appelli e ricorsi in Cassazione. Carrara liquidava tale argomento come «ipocrita» e «contraddittorio», sostenendo che una tale politica puniva i timidi e le potenziali vittime innocenti di errori giudiziari, costringendoli ad accettare sentenze ingiuste per paura di una detenzione prolungata⁶⁵.

Il concetto di “ingiustizia necessaria” per la carcerazione preventiva rappresentava una tensione caratteristica del dibattito. Il sistema giuridico mirava a mitigare questa ingiustizia trattando la detenzione come parte integrante della punizione. La difesa di Carrara di questo sistema, pur riconoscendone i pre-

⁶¹ CARRARA, *Foglio di lavoro per la Commissione sulla riforma carceraria*, cit., 337.

⁶² *Ibid.*, 339.

⁶³ In tema anche LUCCHINI, *Il carcere preventivo*, cit., 255.

⁶⁴ *Ibid.*, 339-340.

⁶⁵ Carrara, per supportare l’inconsistenza dell’obiezione, utilizzava la metafora della costruzione di un porto marittimo a grandi spese, per poi gettare «scogli alla sua bocca» rendendolo inaccessibile alle navi.

sunti difetti, attraverso l'invocazione del principio *in dubio benigniora sunt eligenda*, evidenziava una chiara preferenza per la libertà individuale e l'equità rispetto all'opportunismo statale o a un'interpretazione rigida della proporzionalità penale. La sua argomentazione, secondo cui l'angoscia mentale dell'incertezza nella detenzione preventiva potesse superare le difficoltà fisiche della prigione penale, dimostrava una comprensione della sofferenza umana, enfatizzando l'aspetto qualitativo della punizione oltre la mera durata quantitativa. Questo rifletteva un più ampio moto verso principi umanitari nel diritto penale, cercando attivamente di quantificare, compensare e umanizzare l'ingiustizia intrinseca della detenzione preventiva.

Il "sistema empirico" rimetteva la decisione di scomputare o meno il presofferto al «prudente arbitrio» del giudice⁶⁶. Sebbene potesse apparire flessibile, questo sistema fu oggetto di aspre critiche da parte della dottrina liberale⁶⁷. Carrara lo definì «il peggiore di tutti, ed il più irragionevole». Egli lo considerava un modo per «esautorare la legge», dalla quale i cittadini attendevano la soluzione di un problema così importante, e di consegnare lo «scettro all'instabile sentimento dei giudicanti»⁶⁸. Carrara tracciava un parallelo con la riforma francese del 1832⁶⁹, ove «i dottrinari», dopo ampi dibattiti, nel novellare il codice «finirono con lo sdraiarsi sul giaciglio delle circostanze attenuanti, e consegnarono ai signori giurati la riforma di quelle draconiane penalità»,

⁶⁶ Era questo il sistema adottato dal codice penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna del 1859 che all'art. 56, co. 3, recitava: «Il carcere sofferto dal condannato prima della sentenza potrà essere computato nella pena del carcere imposta pel reato». Anche il codice penale francese, dopo la versione originaria del 1810 e la modifica del 1832 (v. *supra* nota n. 51), con la legge del 13 ottobre 1892 accolse un criterio per alcuni versi ispirato a quello empirico in quanto se, da un lato, l'art. 23 disponeva che «la durata di ogni pena preventiva della libertà decorre dal giorno in cui il condannato è detenuto per virtù della sentenza, divenuta irrevocabile, che pronunziò la pena», dall'altro lato l'art. 24 aggiungeva che «quando vi sia stata carcerazione preventiva, questa sarà integralmente dedotta dalla durata della pena che avrà pronunziata la sentenza; a meno che la sentenza stessa non abbia ordinato, con disposizione speciale motivata, che lo scomputo non si effettui, o si effettui solo in parte. Per ciò che riguarda la carcerazione preventiva nel periodo fra la data della sentenza e il momento in cui la condanna diviene irrevocabile, essa sarà sempre scomputata nei seguenti casi: 1° se il condannato non si è gravato contro la sentenza; 2° se essendosi gravato, sul suo appello o sul suo ricorso la pena fu ridotta».

⁶⁷ In tal senso anche VESCOVI, *Carcerazione preventiva*, cit., 219, che a supporto invocava la massima di Bacone: *optima est lex quae minimum relinquit arbitrio iudicis, optimus iudex qui minimum sibi*.

⁶⁸ CARRARA, *Foglio di lavoro per la Commissione sulla riforma carceraria*, cit., 343. Ancora prima, per gli stessi Stati, nel codice del 1839, l'art. 62, co. 3, prevedeva identica disposizione.

⁶⁹ V. *supra*, nota n. 51.

etichettando tale approccio come «l'ultimo e disperato ripiego degli incipienti legislatori». L'arbitrio giudiziale, in un ambito così critico come quello della quantità della pena, era visto come una regressione a pratiche assolutistiche e un attentato alla certezza del diritto.

La ferma condanna di Carrara dell'arbitrio giudiziale rivela un fondamento del pensiero giuridico liberale: la preminenza della legge codificata e l'esigenza basilare della certezza del diritto. Sebbene la flessibilità giudiziale potesse apparire desiderabile per la sua capacità di adattarsi ai singoli casi, secondo Carrara dava la stura ad una eccessiva discrezionalità. Questa arbitrarietà era una caratteristica distintiva dei sistemi penali pre-illuministi che riformatori come Carrara si sforzavano di smantellare.

Il «sistema eclettico», sempre secondo Francesco Carrara, rappresentava un tentativo di compromesso più strutturato, assumendo due forme principali. La prima, che trovò la sua più compiuta espressione nel codice toscano del 1853⁷⁰, consisteva nel «distinguere in due periodi la custodia preventiva, e nel dichiarare debito il primo periodo, indebito sempre il secondo»⁷¹. Si presumeva che un certo lasso di tempo (ad esempio, un mese per i reati correzio-

⁷⁰ L'art. 69 del codice penale del Granducato di Toscana del 1853, all'art. 69 sanciva: «§ 1. Il tempo d'una custodia illegale, o d'un prolungamento di custodia legale, si detrae, secondo il ragguglio stabilito nell'art. 75, dal tempo della pena restrittiva relativamente determinata, in cui si debba condannare il colpevole, ancorché questa venga, per tal detrazione, a scendere al di sotto del limite inferiore. / § 2. E se la pena, in cui si debba condannare il colpevole, è una multa, si diffalcano dalla medesima tante cinque di lire, quanti sono stati i giorni della custodia illegale, o del prolungamento della custodia legale». L'art 70, poi, stabiliva la durata massima della custodia legale: «Esiste prolungamento di custodia legale, quando la medesima eccede lo spazio / a) di sei mesi, nelle cause spettanti alla giurisdizione delle corti regie; b) di tre mesi, nelle cause spettanti alla giurisdizione dei tribunali di prima istanza; / c) di cinque giorni, nelle cause spettanti alla giurisdizione dei tribunali minori». L'art. 75, infine, sanciva il ragguglio tra pene di specie diversa: «Nel concorso di più pene restrittive di specie diversa, le pene inferiori accrescono la durata delle superiori. Al qual effetto due giorni di casa di forza, tre di carcere, e quindici di esiglio particolare, equivalgono scambievolmente fra loro». Per taluni versi un criterio simile era adottato anche dal codice penale universale austriaco del 1803, in Italia vigente nei territori all'epoca sotto la dominazione austriaca, anche se non prevedeva una detrazione del presofferto cautelare, ma una circostanza attenuante. Il § 39, in tema di «circostanze mitiganti, che riguardano la persona del reo», infatti, alla lett. k) comprendeva anche il caso in cui il reo, «se per essersi protratta senza sua colpa l'inquisizione ha dovuto rimanere più lungo in carcere». Soluzione simile era adottata anche nel regolamento sui delitti e sulle pene per lo Stato Pontificio del 1832, il cui art. 39, inseriti nel titolo VI in tema di «circostanze escludenti, ed attenuanti il delitto», tra queste contemplava anche «la carcerazione che eccede tre mesi» che doveva «essere considerata per comprenderla nella durata della pena, qualora si tratta di pena temporanea».

⁷¹ Sistema così riassunto da CRIVELLARI, *Il codice per il Regno d'Italia*, cit., 193.

nali e tre mesi per i casi criminali) fosse necessario per l'istruttoria e, pertanto, dovesse rimanere a carico del condannato; solo il tempo eccedente tale soglia, considerato "indebito", veniva scomputato. Carrara, almeno nei primi scritti sul tema, approvava esplicitamente questa forma, definendo «giustissimo questo precetto»⁷². Egli affermava che questa prima forma di eclettismo «risponde a tutti gli obietti ed elimina tutte le difficoltà»⁷³. Sottolineava che già da molto tempo le leggi toscane avevano implementato la deduzione della detenzione preventiva indebita non per "arbitrio" giudiziale, ma «per obbligo imposto loro dalla legge»⁷⁴. La più antica legge toscana, infatti, secondo Carrara permetteva che la detrazione assorbisse l'intera pena da infliggere, «o col decretare che la carcere sofferta tenga luogo di pena (formula antica) o col decretare che la pena s'intenda espiata con la sofferta (formula moderna)»⁷⁵. La seconda forma di eclettismo consisteva nello stabilire un ragguaglio tra la custodia e la pena, calcolato «sulla rispettiva proporzione dei dolori»⁷⁶, ad esempio tre giorni di carcerazione preventiva considerati corrispondenti a due giorni di pena detentiva, riconoscendo implicitamente la diversa afflittività tra il carcere di custodia e quello di espiazione. Tuttavia, la posizione di Carrara su questa seconda forma era diversa. Sebbene ammettesse che un tale ragguaglio potesse essere giusto e accettabile «nei debiti limiti» quando applicato al confronto tra una «casa di forza» o la «galera» e il «carcere», non lo avrebbe creduto giusto né lo avrebbe accettato «quando volesse estendersi al confronto tra carcere pena, e carcere custodia»⁷⁷. Le ansietà e le angosce del carcere preventivo, come abbiamo visto, per Carrara erano un «arcano che a stento si rivela agli occhi stessi del difensore»⁷⁸. Pertanto, la sua riserva nel ragguagliare la sofferenza della carcerazione penale con quella della custodia preventiva tramite un semplice rapporto basato sulla "proporzione dei dolori" derivava dalla consapevolezza che tale ragguaglio potesse non cogliere la profonda e spesso maggiore sofferenza psicologica intrinseca all'incertezza della deten-

⁷² CARRARA, *Foglio di lavoro per la Commissione sulla riforma carceraria*, cit., 345.

⁷³ *Ibid.*, 344.

⁷⁴ Sul punto, però, si vedano le nostre osservazioni espresse nella nota n. 44.

⁷⁵ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Prato, 1886, vol. II, 252-253, nota n. 2.

⁷⁶ CARRARA, *Foglio di lavoro per la Commissione sulla riforma carceraria*, cit., 345.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*, 340.

zione preventiva.

Il sistema eclettico, in particolare il modello toscano del 1853, rappresentava una significativa evoluzione pragmatica nel pensiero giuridico. Esso riusciva a gestire la complessa tensione tra la necessità dello Stato di ricorrere alla detenzione preventiva (per scopi investigativi e di sicurezza) e il diritto fondamentale dell'individuo a non subire afflizioni sproporzionate o ingiustizie a causa di ritardi procedurali. L'energica approvazione di Carrara del modello toscano lo poneva come una soluzione legislativa progressista ed efficace, in netto contrasto con l'approccio rigido francese da lui criticato. Ciò evidenziava la diversità e la capacità innovativa di alcuni sistemi giuridici italiani preunitari, dimostrando che talune legislazioni stavano già aprendo la strada a pratiche penali più liberali e umane. Il codice Toscano emerge come un importante precedente storico, mostrando come un compromesso strutturato potesse bilanciare il potere statale e i diritti individuali nel contesto della detenzione preventiva, fornendo un modello per il futuro diritto penale italiano unificato.

Carrara, del resto, criticava costantemente il diritto francese per il suo «antico rigore» e la sua «maggiore latitudine nello arrestare i prevenuti anche di lievi delitti»⁷⁹. Egli evidenziava il fallimento della legislazione francese nel considerare la detenzione preventiva nella sentenza, anche quando gli appelli erano pendenti, indicando l'art. 24 del codice d'istruzione come «inesorabile». Criticava anche la proposta di De Rauschenberg per una deduzione discrezionale, sostenendo che la clausola secondo cui la pena non dovesse mai essere completamente eliminata favoriva paradossalmente i reati più gravi rispetto a quelli minori⁸⁰. Carrara infatti, come abbiamo visto, contrapponeva con orgoglio il sistema toscano a quello francese, sottolineandone la pratica di lunga data di deduzione legalmente obbligatoria della detenzione preventiva, fino al punto di consentire che assorbisse l'intera pena. Sottolineava inoltre il ruolo pionieristico della Toscana nel sancire, sin dal 1786, il diritto all'indennizzo a carico dello Stato⁸¹.

⁷⁹ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, ed. 1886, cit., 251.

⁸⁰ DE RAUSCHENBERG, *De l'indépendance civile chez les français en 1862*, Parigi, 1862, § 13.

⁸¹ Carrara notava con soddisfazione che studiosi stranieri come VAN LEEUWEN jr., nella dissertazione *Danno reo assoluto illato, cum privatim tum publice resarciendo* (Utrecht, 1843), riconoscevano la

La dottrina penalistica del XIX secolo era caratterizzata da una certa dinamicità, da proficui dibattiti utili a raffinare le dottrine, come dimostra il dialogo, sul tema in oggetto, che si sviluppò tra Carrara, Gustavo Sangiorgi⁸² e Luigi Zuppetta⁸³. Quest'ultimo contestava la «formula conciliativa» del *Programma* di Carrara (§ 727)⁸⁴, asserendo che il giurista toscano fosse «illuso dalla imperfetta dottrina del dritto romano» per aver categorizzato la detenzione preventiva tra «le circostanze che portano a presumere una eccezionale sensibilità fisica nel reo, per la quale la forza fisica oggettiva della pena ordinaria si renderebbe di troppo più grave a lui che non agli altri», riferendosi al § 725 sempre del *Programma* di Carrara, che trattava fattori attenuanti come età, sesso o malattia che rendevano la pena ordinaria sproporzionatamente grave⁸⁵. Zuppetta, invece, sosteneva che la deduzione della detenzione preventiva doveva essere un diritto assoluto («di pieno dritto») basato sulla «giustizia distributiva», piuttosto che una mitigazione basata sull'effetto della sofferenza⁸⁶. Egli affermava esplicitamente che la formula di Carrara non era «il vero ed ultimo pronunciato della scienza»⁸⁷.

Nonostante riproponesse la propria «formula conciliativa», Carrara, in edizioni successive del suo *Programma*, dimostrò umiltà intellettuale e una limpida consapevolezza della continua evoluzione della scienza giuridica, riconoscendo l'«ultima dottrina» la quale propugnava la deduzione di tutta la deten-

primazia della Toscana in questo campo.

⁸² SANGIORGI, *Il carcere preventivo e l'applicazione della pena: lettera al professore Serafini*, in *Archivio giuridico*, vol. IV, 1869, 132-138, il quale sosteneva l'idea dello scomputo completo del tempo trascorso in carcere prima della sentenza definitiva di condanna. In risposta, v. CARRARA, *Il carcere preventivo e l'applicazione della pena. Lettera all'avv. Gustavo Sangiorgi*, cit., 495 ss.

⁸³ ZUPPETTA, *Corso completo di diritto penale comparato*⁸, Napoli, 1871, vol. II, 789.

⁸⁴ «A questa serie di cause appella il carcere preventivo sofferto dal reo prima della sentenza: il quale quando ecceda una certa misura deve essere portata in diminuzione della penalità meritata; perché il dolore di questa penalità si renderebbe più grave sopraggiungendo dopo i patimenti di una lunga prigionia. Tale è la formula conciliativa con cui si è risolto la disputa fra coloro che tutta la carcere preventiva volevano si detraesse dalla pena, e coloro che niente volevano le si avesse riguardo», cfr. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1867, 444-445.

⁸⁵ *Ibid.*, 443.

⁸⁶ ZUPPETTA, *Corso completo di diritto penale comparato*, cit., 788.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 789. Anche Carlo Giacchetti si mostrava critico nei confronti della formula conciliativa, ritenendo che la distinzione tra due periodi della carcerazione preventiva - uno computabile e l'altro no - fosse in contrasto con il principio, universalmente riconosciuto, secondo cui il colpevole non deve scontare nulla oltre la pena meritata. Cfr. GIACCHETTI, *Dei reati e delle pene in generale secondo il codice penale italiano*, Firenze, 1889, vol. I, 746.

zione preventiva, senza distinguere tra periodo “debito” e “indebito”⁸⁸. Egli spiegava la semplice logica alla base di questa visione progressista: «anche il carcere preventivo è una pena; dunque dovete tutta computarla nella pena meritata»⁸⁹. Carrara illustrava come anche il periodo “debito”, se non dedotto, portasse a disuguaglianze tra coimputati che avevano commesso lo stesso crimine, ma avevano subito una custodia iniziale di diversa durata.

Il dialogo tra Carrara, Zuppetta e Sangiorgi, unito alle riflessioni del primo e alla sua apertura all’«ultima dottrina», indica che la scienza penalistica nell’Italia del XIX secolo era tutt’altro che statica. Era invece un ambiente culturale in continuo fermento assecondando un dibattito utile al raffinamento delle teorie e al progresso dell’elaborazione dottrinale. La critica di Zuppetta alla categorizzazione di Carrara evidenzia una differenza metodologica: se la deduzione fosse una questione di mitigazione della sofferenza oppure un diritto fondamentale radicato nella “giustizia distributiva”. L’apertura di Carrara all’«ultima dottrina» dimostra il progresso suscitato da scambi intellettuali, dove anche figure eminenti potevano rivedere le loro posizioni aprendosi a diverse e più evolute soluzioni.

Il dibattito sullo scomputo del presofferto nell’Italia del XIX secolo ha rappresentato un crogiolo critico per la verifica dei principi fondamentali di proporzionalità e libertà individuale, posti a confronto con le esigenze pratiche della sicurezza collettiva e dell’autorità statale. I diversi sistemi proposti, dibattuti e criticati da figure di spicco come Francesco Carrara e i suoi contemporanei, tra cui Luigi Zuppetta e Gustavo Sangiorgi, riflettono gli sforzi volti a conciliare questi valori concorrenti all’interno del sistema penale. La soluzione finale adottata dal Codice Zanardelli avrebbe necessariamente attinto da queste divergenti posizioni. La scelta di un modello piuttosto che un altro implicava una presa di posizione sulla natura dello Stato, sui limiti del suo potere e sulla gerarchia dei valori tra sicurezza collettiva e libertà individuale. La

⁸⁸ VESCOVI, *Carcerazione preventiva*, cit., 218, evidenziava infatti che Carrara «nel Programma (parte generale, § 727) insegna che il carcere preventivo debba esser portato in diminuzione della pena meritata, allorquando ecceda una certa misura; ma egli propone questa formola conciliativa unicamente per fare un passo sulla via della pratica applicazione del principio e disarmare inveterate diffidenze, mentre, come insegnamento teorico, egli non dissimula la sua preferenza per la dottrina della completa detrazione dalla pena della custodia subita *ante iudicium*».

⁸⁹ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, ed. 1886, cit., 253-254.

dialettica tra queste teorie avrebbe animato il processo di codificazione dello scomputo del presofferto cautelare.

5.2. *I modelli legislativi pre-Zanardelli: l'esempio sardo e toscano.* La frammentazione politica della penisola si rifletteva in una profonda disomogeneità normativa anche in materia di scomputo del presofferto, dando vita, come abbiamo anticipato nel precedente paragrafo, ad un florilegio di disposizioni legislative eterogenee. Del resto, i due modelli legislativi più influenti e discussi dai codificatori post-unitari furono quelli del Regno di Sardegna e del Granducato di Toscana.

Il codice Sardo del 1859, che sarebbe poi stato esteso a gran parte del nuovo Regno d'Italia, incarnava pienamente il sistema empirico. L'art. 56 disponeva che il carcere sofferto dal condannato prima della sentenza poteva essere computato nella pena del carcere imposta per il reato. La norma presentava una doppia limitazione: in primo luogo, lo scomputo era meramente facoltativo, lasciato alla discrezionalità del giudice; in secondo luogo, era applicabile solo alla pena del carcere, escludendo le pene più gravi e quelle di natura diversa⁹⁰. Per tutti gli altri reati, come notavano i critici, «fosse pure l'imputato stato trattenuto in carcere per mesi e per anni, tutta la prigione anticipata rimaneva fuori della sanzione della legge»⁹¹. Si trattava di una soluzione timida, che riconosceva il problema senza però osare affermare un diritto del condannato, preferendo affidarsi all'arbitrio del magistrato.

Di tutt'altra fatta e sensibilità era il codice toscano del 1853, il più compiuto esempio di sistema eclettico. La sua disciplina, contenuta principalmente negli artt. 69 e 70, come abbiamo visto era fondata sulla distinzione tra un periodo di custodia "debito" e uno "indebito". Il legislatore toscano presumeva che un certo periodo di detenzione fosse una conseguenza necessaria dell'istruttoria e dovesse quindi rimanere a carico del reo. Questo periodo

⁹⁰ SANGIORGI, *Il carcere preventivo e l'applicazione della pena*, cit., in merito a questa disposizione osservava criticamente che il legislatore aveva posto come eccezione ciò che doveva essere la regola.

⁹¹ CRIVELLARI, *Il codice per il Regno d'Italia*, cit., 213. Nel sistema tripartito a cui era informato il codice sardo, i reati punibili con la pena del carcere erano quelli correzionali, cioè i delitti. Per tutti gli altri, anche se l'imputato era stato in custodia preventiva per lungo tempo, non c'era la possibilità dello scomputo dalla pena finale.

“debito” era fissato in tre mesi per le cause di competenza delle corti regie, in un mese per quelle dei tribunali di prima istanza e in cinque giorni per quelle dei tribunali minori. Solo il tempo di carcerazione che eccedeva questi limiti, definito «prolungamento della custodia legale», veniva considerato «indebito» e doveva essere obbligatoriamente scomputato dalla pena. Il codice prevedeva inoltre un sofisticato sistema di raggugli: due giorni di casa di forza, tre di carcere e quindici di esilio particolare equivalevano fra loro. Anche per le pene pecuniarie era previsto un meccanismo di detrazione.

Questi due modelli legislativi rappresentavano i poli dialettici con cui i giuristi del Regno d'Italia dovettero confrontarsi. La soluzione finale del codice Zanardelli non può essere pienamente compresa se non come un consapevole e meditato rigetto di entrambi: da un lato, il rifiuto della discrezionalità e dell'arbitrio insiti nel sistema sardo; dall'altro, il superamento della logica casistica e della presunzione di “debito” a carico dell'imputato che caratterizzavano il pur avanzato sistema toscano. La tenacia di questi modelli è testimoniata dal fatto che, ancora nel 1888 nell'ambito della discussione sul progetto Zanardelli, in seno alla Commissione del Senato fu proposto un sistema «che si avvicina a quello del Codice toscano»⁹², a dimostrazione di quanto fosse ardua la sfida di unificare il diritto penale italiano sotto un unico, nuovo principio.

5.3. Il lungo cammino verso lo scomputo integrale: i progetti di codificazione (1866-1887). Il percorso che condusse all'adozione del principio dello scomputo integrale fu tutt'altro che lineare. I numerosi progetti di codice penale che si susseguirono dall'unità d'Italia fino al 1887 testimoniano un'evoluzione graduale, caratterizzata da incertezze, compromessi e, infine, da una decisa svolta in senso liberale.

I primi tentativi di codificazione rifletterono le esitazioni dei giuristi nell'allontanarsi completamente dai modelli preunitari, oscillando tra il sistema empirico e quello eclettico. Il progetto De Falco del 1866 propose una soluzione ibrida. L'art. 76 stabiliva che «in qualunque pena si potrà, secondo le circostanze, imputare il carcere sofferto prima della sentenza», mantenendo

⁹² *Progetto di codice penale, Relazione della Commissione speciale del Senato*, Roma, 1888, 52.

quindi un'impostazione facoltativa. Tuttavia, introduceva un elemento di obbligatorietà, disponendo che «tale imputazione avrà sempre luogo pel tempo che abbia oltrepassato sei mesi nelle pene criminali, e tre mesi nelle pene correzionali»⁹³. Questo progetto tentava di fondere la discrezionalità del sistema sardo con la logica dei termini fissi di quello toscano, senza però abbracciare pienamente nessuno dei due.

Poco dopo, la prima Commissione ministeriale, nei suoi lavori del 1867, approfondì il dibattito. Durante la seduta del 20 gennaio, su proposta di Mancini, si discusse di rendere lo scomputo valido per ogni pena⁹⁴. Tuttavia, l'idea di una piena equiparazione incontrò subito resistenze. Il commissario Ambrosoli sollevò un'obiezione destinata a diventare centrale nel dibattito futuro: la «convenienza di non equiparare la detenzione scevra di intensità, che è (o dev'essere) quella preventiva, alla pena che dev'essere più intensa, per esempio, della reclusione»⁹⁵. La Commissione, accogliendo questa preoccupazione, adottò una soluzione di compromesso basata su un ragguaglio, sancito nell'art. 35 del progetto di Codice penale per il Regno d'Italia del 1867: «in qualunque pena, compresa quella della detenzione surrogata alla multa, si dee computare il tempo del carcere preventivo, sofferto prima della sentenza; ma nelle pene della reclusione e della relegazione rigorosa si computa per metà, e in quelle della relegazione semplice, del confino e dell'esilio si computa per il doppio»⁹⁶. Apparve qui, per la prima volta in modo esplicito nei lavori preparatori, l'idea di uno scomputo differenziato in base all'intensità del patimento, paragonabile al modello eclettico nella seconda forma descritta da Carrara⁹⁷.

Questa logica del compromesso trovò la sua consacrazione nel progetto Vighiani del 1874. L'art. 53, co. 2, di questo progetto segnò un passo decisivo, sancendo l'obbligatorietà dello scomputo, ma mantenendo una netta differenziazione: «il carcere sofferto prima che la sentenza sia divenuta irrevocabi-

⁹³ La stessa norma poi confluì nell'art. 48 del *Progetto del codice penale per il Regno d'Italia lasciato nel Ministero dal Commendatore G. De Falco Ministro di Grazia e Giustizia*, Roma, 1873, 14.

⁹⁴ *Il progetto del codice penale per il Regno d'Italia coi lavori preparatorj per la sua compilazione raccolti ed ordinati sui documenti ufficiali*, vol. I, Firenze, 1870, verbale n. 25, seduta del 20 gennaio 1867, 191.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*, 287.

⁹⁷ V. *supra*, par. 5.1.

le si computa per intero nella esecuzione delle condanne correzionali, e per una metà in quella delle condanne criminali»⁹⁸. La relazione ministeriale che accompagnava il progetto giustificava questa scelta come il sistema «che è apparso ad un tempo il più mite ed il più giusto». Il testo della relazione è importante perché, per la prima volta in un documento ufficiale di tale importanza, si riconosceva lo scomputo come una «norma giuridica» di «necessità» fondata su un principio di giustizia volto alla «riparazione possibile e naturale di computare il patimento stesso in conto di pena»⁹⁹. Allo stesso tempo, però, la relazione respingeva l'idea di uno scomputo assoluto, proprio in virtù della diversa natura delle pene, accogliendo implicitamente l'argomento della diversa «intensità» di sofferenza tra custodia e pena criminale. Il progetto Vigliani, dunque, pur rappresentando un significativo progresso, rimaneva ancorato a una logica di mediazione, incapace di abbracciare fino in fondo il sistema giuridico puro.

La vera e propria svolta verso l'adozione del principio dello scomputo integrale e incondizionato si ebbe con i lavori della commissione ministeriale del 1876, presieduta dall'allora Guardasigilli Pasquale Stanislao Mancini, e trovò la sua definitiva consacrazione nel progetto presentato da Giuseppe Zanardelli nel 1887.

La Commissione ministeriale del 1876 affrontò la questione nella seduta del 3 giugno. Il dibattito fu acceso. Il commissario Nocito si oppose fermamente allo scomputo totale, riproponendo l'argomento della diversa intensità del patimento, «non potendosi nella pena considerare soltanto l'elemento della durata, ma anche quello del regime, e quindi non potendosi mettere alla pari il carcere di custodia con quello di pena». Egli, inoltre, sollevò una preoccupazione di ordine pratico: il rischio che i detenuti potessero «trarre in lungo i processi, e col carcere preventivo eludere in tutto o in gran parte la pena»¹⁰⁰. Nonostante questa autorevole opposizione, la Commissione, dopo un'ampia

⁹⁸ *Progetto del nuovo codice penale per il Regno d'Italia presentato al Senato il 24 febbraio 1874 da O. Vigliani Ministro di Grazia e Giustizia*, Milano, 1874, 169. La norma aggiungeva che «quando si tratti di condanna a pena pecuniaria, si computa col ragguglio stabilito nell'articolo 55».

⁹⁹ *Ibid.*, 42.

¹⁰⁰ *Progetto del codice penale del Regno d'Italia. Lavori della Commissione istituita con Decreto del 18 maggio 1876 dal Ministro Guardasigilli (Mancini)*, Parte I, *Processi verbali ed emendamenti*, Torino, 1876, 77.

discussione cui presero parte anche Pessina e Carrara, deliberò «che lo scomputo del carcere preventivo sia totale da tutte le pene»¹⁰¹.

La relazione del Ministro Mancini del 25 novembre 1876 fornì la giustificazione teorica di questa scelta epocale. Mancini affermò che «prevale oggidì la dottrina che la intera carcerazione preventiva debba essere computata in sconto di pena». Egli definì tale computo un atto di giustizia, «l'unico modo di riparare alla durezza di quel provvedimento». Con lucidità, respinse l'obiezione del prolungamento artificioso delle procedure, definendola un «caso raro e quasi inammessibile» di fronte ai ben più «frequentissimi, nei quali gl'imputati possono languire lungo tempo nelle prigioni, o per la molteplicità dei processi, o per malattia o traslocamento di giudice, o per qualsiasi altro impedimento affatto indipendente da loro»¹⁰².

Fu però il progetto Zanardelli del 1887 a dare a questo principio la sua formulazione più matura e argomentata. L'art. 39 del progetto stabiliva: «Nelle pene restrittive della libertà personale e nelle pecuniarie si computa la carcerazione sofferta prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile»¹⁰³. La relazione ministeriale di Zanardelli rappresenta un vero e proprio manifesto di questa visione. In essa, il Guardasigilli compì un passo decisivo, spostando il fondamento dello scomputo da considerazioni sulla sofferenza a un principio prettamente giuridico e astratto. Egli scrisse parole destinate, in questo ambito, a rimanere fondamentali: «Anche a me non sembra opportuno che, trattandosi di pene carcerarie, si faccia ai condannati un trattamento diverso secondo le diverse specie di pena inflitta, poiché del tempo passato nel carcere preventivo non si deve tener conto al condannato stesso per la quantità di sof-

¹⁰¹ «La Sotto-Commissione, alla quale venne affidata la cura di coordinare l'articolo coi precedenti e di formularlo secondo quei deliberati, adotta poi, come il più rispondente ai medesimi, il disposto dell'articolo 34 del Progetto del 1868 con qualche lieve modificazione. L'articolo 52 rimane quindi compilato nel modo seguente: "In qualunque pena, comprese le pecuniarie, o le surrogate alle medesime, si deve computare il tempo del carcere sofferto prima della sentenza divenuta irrevocabile: nelle pene del con fino e dell'esilio si computa per il doppio"».

¹⁰² *Progetto del codice penale del Regno d'Italia presentato alla Camera dei deputati nella tornata del 25 novembre 1876 dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti Mancini, con la relazione ministeriale*, Libro primo, Roma, 1877, 130-132.

¹⁰³ *Progetto del codice penale per il Regno d'Italia e disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Zanardelli), Disegno di legge e testo del codice*, Roma, 1887, p. 19. La norma aggiungeva che «Un giorno di carcerazione si computa per tre giorni di confino o di esilio locale; e rispetto alle pene pecuniarie si applica il ragguglio stabilito nell'articolo 22».

ferenze cagionategli dalla detenzione, ma soltanto per la privazione di libertà individuale che ha patita; e, per questo aspetto, un giorno di restrizione subito prima vale quanto un giorno di restrizione subito dopo la condanna»¹⁰⁴.

Con questa argomentazione, Zanardelli neutralizzò l'obiezione della diversa "intensità" della pena, non negandola, ma dichiarandola irrilevante. Ciò che contava non era la qualità soggettiva della sofferenza, ma la quantità oggettiva di un bene giuridico ritenuto fungibile - la libertà - che è sottratta al cittadino e che deve essergli "rimborsata" giorno per giorno. Questo ragionamento permise di superare i compromessi dei progetti precedenti e di fondare lo scomputo sulla base di un concetto evocante l'eguaglianza formale. L'unica eccezione prevista era un ragguaglio per la pena del confino o dell'esilio locale (un giorno di carcere per tre di confino o esilio), giustificata non da una diversa intensità, ma dalla diversa "qualità" della pena, che incideva sulla libertà in modo differente. La svolta liberale era compiuta: il sistema giuridico puro aveva trovato la sua prima importante affermazione ufficiale.

5.4. Lo scontro finale: le voci dissenzienti e il dibattito nelle commissioni parlamentari (1888-1889). L'approdo al principio dello scomputo integrale, sancito con chiarezza nel progetto Zanardelli, non rappresentò però la fine del dibattito. Al contrario, proprio nelle fasi finali del processo legislativo, in seno alle commissioni parlamentari, le voci dissenzienti si levarono con rinnovato vigore, dando vita a un confronto serrato che mise in discussione la soluzione proposta dal Guardasigilli. Questi dibattiti conclusivi sono fondamentali per comprendere quanto la scelta dello scomputo totale fosse tutt'altro che scontata.

Quando il progetto Zanardelli giunse all'esame del Senato, la norma sullo scomputo divenne immediatamente oggetto di un'accesa controversia. La relazione del Senatore Enrico Pessina, presentata a nome della Commissione speciale, documentò con precisione l'asprezza della discussione: «un'altra norma ha dato luogo a discussione in seno della Commissione senatoria è quella relativa al computo del carcere sofferto prima che la condanna sia pro-

¹⁰⁴ *Ibid.*, *Relazione ministeriale. Libro primo*, 148-149.

nunciata ed abbia acquistato la forza del giudicato»¹⁰⁵. Le obiezioni mosse contro la proposta di Zanardelli riprendevano temi già emersi nei decenni precedenti, dimostrando la persistenza di correnti di pensiero contrarie a un'equiparazione totale tra custodia e pena. Emersero tre principali proposte alternative. La prima mirava a conservare «un computo più proporzionato ai modi speciali di esecuzione delle varie pene restrittive di libertà»¹⁰⁶, riproponendo l'idea di un ragguglio basato sull'intensità del patimento. Una seconda proposta richiamava esplicitamente il modello del codice toscano. L'argomentazione era netta: «la equiparazione del carcere preventivo alla reclusione accorderebbe [...] maggior favore a colui che è condannato a pena più grave perché il carcere preventivo risponde in intensità alla detenzione, non certo alla reclusione»¹⁰⁷. Una terza proposta, infine, introduceva un nuovo concetto destinato ad avere un peso significativo nel dibattito. Si propose «che il carcere preventivo sia computato nell'ultimo periodo della pena, non ne' precedenti, che debbono scontarsi interi per serbare la desiderata efficacia educativa sull'animo del colpevole»¹⁰⁸.

Quest'ultima proposta era l'espressione di una filosofia penale integralmente «correzionalista», in parziale antitesi con la visione liberal-giuridica di Zanardelli, il quale, pur non smentendo una visione anche pedagogica della pena, ne subordinava gli effetti al rispetto del principio di proporzione¹⁰⁹. Se per Za-

¹⁰⁵ *Progetto di codice penale, Relazione della Commissione speciale del Senato*, Roma, 1888, 51.

¹⁰⁶ *Ivi*, 52.

¹⁰⁷ *Ivi*.

¹⁰⁸ *Ivi*.

¹⁰⁹ Filosofia che emergeva dalle parole dello stesso Zanardelli: «Posto che la pena non deve avere come essenziale scopo l'afflizione del reo, né il carattere odioso di una semplice vendetta sociale, ma costituire un ragionevole e proporzionato freno al delitto, studiato tanto in chi lo commette quanto nell'inclinato a commetterlo, e così negli intimi suoi elementi come negli effetti morali e sociale che produce, era logico che si provvedesse a togliere dalla pena carceraria inutili rigori, a null'altro conducenti che ad inasprire l'animo del condannato e a renderlo più ribelle alle leggi e pericoloso al civile consorzio», cfr. *Progetto del codice penale per il Regno d'Italia e disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione: presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei culti (Zanardelli)*, seduta del 22 novembre 1887, Roma 1887, p. 91. Ciò senza smentire la visione anche pedagogica della pena: «E tutto ciò s'ispira sempre all'alto e vero concetto della legge penale, che nel delinquente, non sempre volgare né sempre perverso, non dimentica l'uomo e il cittadino, e che non ha soltanto ufficio di intimidire e di reprimere, ma eziandio di correggere e di educare», cfr. *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli (Zanardelli) nell'udienza del 30 giugno 1889 per l'approvazione del testo definitivo del Codice Penale*, Roma 1889, 13. In tema si veda RUSSO, *Il reinserimento sociale del detenuto nella legislazione penalistica dell'Italia liberale*, in *Historia et ius*, 13 novembre 2023, 1 ss.

nardelli la pena era in primo luogo una retribuzione giuridica e l'afflizione non poteva essere sproporzionata, per i sostenitori dell'altra tesi la pena era un percorso pedagogico e rieducativo, con tappe ben definite (segregazione, lavoro, ecc.) che non dovevano essere alterate o abbreviate. Lo scomputo integrale avrebbe "inquinato" questo percorso fin dal suo inizio, compromettendone l'efficacia. La forza di quest'ultima idea fu tale che la Commissione senatoria, «con scarsa maggioranza accolse la proposta di emendamento consistente nell'aggiungersi alla parola *irrevocabile* le altre: *e ne sarà tenuto conto al condannato nell'ultimo stadio della pena da espiare*»¹¹⁰. L'approvazione di questo emendamento, seppur di misura, dimostra quanto il risultato finale fosse in bilico e quanto profonda fosse la spaccatura in seno all'*élite* giuridica del Senato.

Lo scontro decisivo avvenne nella Commissione reale istituita per la revisione finale del codice. Il verbale della seduta del 24 febbraio 1889 offre una testimonianza diretta e vivida del confronto di idee che si svolse attorno all'art. 39 (futuro art. 40 del codice Zanardelli). Il senatore Calenda si fece portavoce e ispiratore del richiamato emendamento della Commissione del Senato, difendendolo con argomentazioni articolate su un doppio profilo. Espresse il timore, di opportunità politica, basato su una «dolorosa esperienza», che lo scomputo totale avrebbe incentivato la «mania di ricorrere in cassazione», già a livelli allarmanti («nel distretto della cassazione di Napoli di ogni 12 ricorsi, 11 vengono respinti»). Il condannato, non avendo nulla da perdere, avrebbe usato il ricorso come un espediente per ritardare l'inizio della pena vera e propria, godendo della relativa mitezza della custodia cautelare. L'argomento maggiore di Calenda, del resto, era di natura giuridica e volto alla salvaguardia della funzione emendatrice della pena. Sosteneva che «il vero periodo emendatore è il primo mediante la segregazione; per cui, quanto si toglie a questo, altrettanto si toglie alla efficacia emendatrice della pena». La custodia cautelare, anche se cellulare, era per lui «cosa ben diversa dalla espiazione della vera pena», poiché priva degli obblighi penitenziari e del lavoro. La sua proposta era quindi di computare il presofferto «nel periodo successivo alla segrega-

¹¹⁰ *Progetto di codice penale, Relazione della Commissione speciale del Senato, cit., 52.*

zione continua», per non intaccare la fase più dura e rieducativa della pena¹¹¹. Di fronte a questa posizione, emersero proposte di mediazione. I senatori Auriti e Costa, preoccupati dalla diversa intensità delle pene, ma anche dalle diverse condizioni delle carceri nel Regno (alcune cellulari, altre no), proposero un ragguaglio fisso: «che tre giorni di detenzione preventiva corrispondessero a due di pena»¹¹². Il Presidente Eula appoggiò un'idea simile, suggerendo che «nella pena della reclusione il carcere preventivo contasse ogni tre giorni, per due di espiazione, indistintamente per tutti»¹¹³, per evitare una «cassistica» ingestibile basata sul tipo di carcere in cui era stata scontata la custodia.

La difesa del principio dello scomputo integrale fu altrettanto vigorosa. Il relatore Lucchini ribatté che l'emendamento Calenda «sconvolgerebbe l'economia di tutto il sistema punitivo del Progetto» e, soprattutto, avrebbe fatto «perdere al condannato il beneficio dell'ultimo periodo della pena, cioè sulla liberazione condizionale, che il Progetto considera non tanto come un beneficio al condannato, quanto come un beneficio alla società»¹¹⁴. I deputati Puccioni e Marcora difesero il criterio dello scomputo totale, il secondo definendolo principio di «sacra giustizia», sottolineando che il prolungamento della detenzione spesso non dipende dal reo, ma dalla «poca solerzia o dalla soverchia estensione dell'istruttoria»¹¹⁵. Marcora aggiunse l'osservazione pratica che in carceri moderne come quelle di Milano, la custodia preventiva poteva essere addirittura più afflittiva dell'espiazione stessa.

L'esito del dibattito fu decisivo: «Messi ai voti gli emendamenti del senatore Calenda, e quello del senatore Costa (cui si associò il professore Faranda), non sono approvati. Messo ai voti il testo dell'articolo, è approvato, con la riserva di chiarirne meglio il tenore»¹¹⁶.

L'affermazione finale del principio dello scomputo integrale non fu solo il successo di una visione liberale, ma anche della praticità legislativa. Le alter-

¹¹¹ I virgolettati sono tratti dal *Codice penale per il Regno d'Italia, Verbali della Commissione istituita con Regio Decreto 13 dicembre 1888*, Roma, 1889, 121-123.

¹¹² *Ibid.*, 122-123.

¹¹³ *Ibid.*, 123.

¹¹⁴ *Ibid.*, 121.

¹¹⁵ *Ibid.*, 122-123.

¹¹⁶ *Ibid.*, 124.

native proposte, pur basate su articolate teorie penitenziarie, si rivelarono complesse e di difficile applicazione. La proposta di Calenda avrebbe interferito con la struttura dei periodi della pena e con l'istituto della liberazione condizionale. Le proposte di ragguglio avrebbero introdotto calcoli complessi e, come temuto da Eula, una casistica potenzialmente ingiusta. La soluzione di Zanardelli, nella sua semplicità – un giorno per un giorno – si impose come la più chiara, universale e facilmente amministrabile. Il legislatore, alla fine, preferì la certezza del diritto e l'uguaglianza formale di fronte alla privazione della libertà, rispetto a sistemi più articolati, ma anche più incerti e potenzialmente arbitrari.

In conclusione, il percorso che ha condotto alla formulazione dell'art. 40 del codice Zanardelli rivela una traiettoria complessa e tutt'altro che lineare¹¹⁷. Partendo da un panorama legislativo frammentato, in cui coesistevano l' "arbitrio" del sistema sardo e il complesso eclettismo di quello toscano, i legislatori del nuovo Regno d'Italia intrapresero un lungo cammino di riflessione e dibattito. I primi progetti post-unitari, come quelli di De Falco e Vigliani, testimoniarono un'inevitabile fase di compromesso, un tentativo di bilanciare il nascente principio di giustizia 'riparativa' con la radicata percezione di una differenza qualitativa tra custodia cautelare e pena espiata.

La vera svolta si ebbe con i lavori guidati da Mancini e, soprattutto, con il progetto Zanardelli del 1887, che fondò il principio dello scomputo integrale non più su considerazioni di sofferenza soggettiva, ma su un criterio oggettivo e giuridico: la privazione della libertà individuale come bene fungibile, da "rimborsare" al cittadino giorno per giorno. Questa soluzione, tuttavia, non fu accolta pacificamente. Lo scontro finale in seno alla Commissioni del Senato e a quella di revisione tra il 1888 e il 1889, dimostra in modo inequivocabile che l'adozione di tale principio non fu scontata.

Il conflitto non fu una questione puramente tecnica, ma una contesa tra op-

¹¹⁷ Per un primo commento all'art. 40 del codice Zanardelli si vedano MEL, *Il nuovo codice penale italiano*, Roma, 1890, 93-94; TUOZZI, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice d'Italia*, vol. I, pt. I, Napoli, 1890, 444-445. Si veda, inoltre, FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, vol. I, *Dei reati e delle pene in genere*, Milano, 1906, 167-168. Una trattazione più dettagliata in ALIMENA, *Diritto penale*, Napoli, 1912, vol. II, 169-173. Per l'esposizione concisa delle principali questioni insorte anche nella giurisprudenza successiva, DI MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, Torino, 1924, vol. I, 89 ss.

poste filosofie del diritto penale. Da un lato, una visione “correzionalista” e penitenziaria, rappresentata con vigore dal senatore Calenda, che vedeva la pena come un percorso rieducativo da non alterare e temeva le conseguenze pratiche di una norma troppo liberale. Dall’altro, una visione “garantista” incentrata sul principio di proporzione, incarnata da Zanardelli e difesa da Lucchini, Puccioni e Marcora, che poneva al centro la certezza del diritto e l’uguaglianza formale del cittadino di fronte alla privazione della sua libertà. L’affermazione di quest’ultima visione non fu solo ideologica, ma anche pragmatica. Di fronte ad alternative complesse, che avrebbero introdotto calcoli, ragguagli e potenziali casistiche complesse, la semplicità e l’universalità della formula “un giorno per un giorno” si imposero come la soluzione più lineare e gestibile. In definitiva, l’art. 40 del codice Zanardelli, nella sua apparente e cristallina semplicità, rappresenta una delle conquiste più significative e durature del pensiero giuridico liberale italiano dell’Ottocento. Non fu una norma benevolmente concessa, ma il frutto di un successo politico e dottrinale, maturato attraverso decenni di dibattiti. Esso sancì la scelta consapevole di privilegiare la certezza del diritto, l’uguaglianza formale e il principio di proporzione rispetto a sistemi più complessi, potenzialmente arbitrari o orientati a fini pedagogici, affermando così un principio di garanzia che rimane, ancora oggi, un caposaldo dello Stato di diritto.

6. *Lo scomputo del presofferto cautelare nella codificazione del Novecento: dalla difesa sociale del progetto Ferri al tecnicismo autoritario del codice Rocco.* Il principio dello scomputo integrale e obbligatorio del presofferto cautelare, faticosamente conquistato e consacrato nell’art. 40 del codice Zanardelli, rappresentò uno degli apici della tradizione giuridica liberale e garantista dell’Ottocento. Esso non era una mera norma tecnica, ma l’espressione di una precisa filosofia penale che poneva al centro la libertà individuale e il principio di proporzione, considerando la detenzione preventiva, come abbiamo visto nel precedente paragrafo, un’“ingiustizia necessaria” che lo Stato era tenuto a compensare. L’avvento del XX secolo e le profonde trasformazioni politiche e ideologiche che lo caratterizzarono, tuttavia, segnarono una drastica e consapevole rottura con questo modello. L’analisi dei lavori prepa-

ratori che dal progetto Ferri del 1921 condussero al codice Rocco del 1930 rivela non una semplice evoluzione, ma un vero e proprio sforzo per lo smantellamento di quel caposaldo garantista. Il principio dello scomputo, in questo tentativo, cessò di essere un diritto del cittadino per trasformarsi in uno strumento discrezionale nelle mani del giudice, un meccanismo da calibrare non più in base a un principio di giustizia, ma in funzione delle esigenze di difesa sociale e della valutazione della pericolosità del reo. Ci proponiamo ora di ricostruire tale involuzione, dimostrando che il passaggio dal garantismo liberale al tecnicismo autoritario si è compiuto attraverso un percorso legislativo che ha contestato e progressivamente eroso le garanzie individuali in nome della primazia dello Stato e della sua potestà punitiva, pur alla fine mantenendo, in maniera inattesa, il criterio della detrazione del presofferto per le vigorose resistenze della cultura giuridica dell'epoca.

6.1. *La rottura positivista: il progetto Ferri del 1921 e il primato della difesa sociale.* Il primo, significativo attacco al principio zanardelliano dello scomputo integrale giunse con il progetto preliminare di codice penale del 1921, stilato dalla Commissione reale presieduta da Enrico Ferri¹¹⁸. Tale progetto, intriso della filosofia e delle istanze politico-criminali della Scuola positiva¹¹⁹, si fondava, com'è noto, su un radicale capovolgimento di prospettiva: al centro del sistema penale non più il "delitto" come entità giuridica astratta, ma il "delinquente" come soggetto socialmente pericoloso¹²⁰. La finalità ultima del diritto penale non era più la retribuzione di una "colpa morale"¹²¹, ma la "difesa sociale" contro la pericolosità manifestata dall'individuo¹²². Questa imposta-

¹¹⁸ *Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti, Relazione del presidente Enrico Ferri approvata dalla Commissione*, Milano, 1921. Si veda, nella dottrina coeva, PALOPOLI, *Il progetto Ferri fra la scuola positiva e il moderno indirizzo criminale*, in *Scuola positiva*, 1925, 13 ss.

¹¹⁹ VASSALLI, *Codice penale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, vol. VII, 270.

¹²⁰ Recentemente, in tema si veda M. MESSINETTI, *Tra il vecchio e il nuovo ordine penale. Il progetto di 'codice penale italiano per i delitti' di Enrico Ferri*, Napoli, 2020, *passim*.

¹²¹ FERRI, *Difese penali*, Torino, 1923, vol. II, 793, secondo il quale il delinquente doveva sempre rispondere di fronte alla legge, «all'infuori di ogni dottrina filosofica e di ogni credenza religiosa, non per la colpa morale che esso abbia del fatto delittuoso da lui compiuto, ma per la pericolosità che con esso ha rilevato».

¹²² GENTILE, *La difesa sociale*, in *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?*, a cura di Pittaro, Trieste, 2012, 75 ss.

zione teorica non poteva non avere conseguenze dirimpenti anche sull'istituto dello scomputo del presofferto.

L'art. 108 del progetto Ferri, infatti, sanciva questa rottura in modo inequivocabile. Per le pene più gravi, la «segregazione semplice e rigorosa», la norma stabiliva che «il giudice può computare la detenzione preventiva». L'obbligo di legge, cardine del sistema zanardelliano, veniva così degradato a mera facoltà giudiziale. La *Relazione* dello stesso Ferri al progetto ne esplicitava senza infingimenti la logica sottostante: «La ragione di questa norma, che è nel codice penale francese ed è meno rigida di quella del codice penale toscano, sta nel criterio direttivo per cui le disposizioni repressive sono adeguate alla pericolosità del delinquente anziché alla obbiettività giuridica del delitto e quindi fanno prevalere al diritto personale le esigenze imprescindibili della difesa sociale»¹²³.

L'argomentazione di Ferri era rivelatrice: il diritto individuale allo scomputo, considerato un caposaldo di giustizia da Carrara e Zanardelli, veniva declassato a un interesse personale soccombente rispetto alle superiori «esigenze imprescindibili della difesa sociale»¹²⁴. La detenzione preventiva, inoltre, non era più vista come un'anticipazione di pena da “rimborsare”, ma come una conseguenza diretta e quasi meritata dell'azione criminale. Se il giudice, in base alla pericolosità del reo, riteneva necessario un certo periodo di segregazione per neutralizzarlo, «non vi è ragione», argomenta la *Relazione*, «di diminuire in ogni caso tale periodo collo scomputo della detenzione durante l'istruttoria, che è pure una conseguenza necessaria del delitto commesso, quando questo sia tale da ammettere il mandato di cattura». In questa visione, la sofferenza patita prima della condanna non era più un'ingiustizia da riparare, ma un costo che il delinquente, avendo costretto lo Stato a intervenire, doveva sopportare.

Il progetto Ferri, tuttavia, presentava una significativa contraddizione che svelava la natura profondamente politica delle scelte sottese. Il secondo capoverso dello stesso art. 108, infatti, stabiliva un regime opposto per determinate categorie di rei: «ai condannati al confino ed all'esilio locale ed ai condannati

¹²³ *Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti, Relazione*, cit., 123.

¹²⁴ *Ibid.*

per delitti politico-sociali la detenzione preventiva deve essere computata»¹²⁵. Per questi soggetti, lo scomputo tornava ad essere un obbligo del giudice. La *Relazione* giustificava tale eccezione affermando che in questi casi si rende «ossequio al prevalente diritto individuale»¹²⁶. Si manifestava così una scissione: il principio della difesa sociale, che giustificava il sacrificio del diritto individuale per i delinquenti comuni, veniva accantonato per i delinquenti politico-sociali, per i quali l'interesse della persona tornava a prevalere. Questa doppia via dimostra come il criterio della “pericolosità” non fosse un parametro scientifico assoluto, ma uno strumento politico applicato selettivamente. Il principio dello scomputo perdeva la sua universalità e diventava una variabile dipendente dalla natura, comune o socio-politica, del reato, anticipando una logica binaria che, sebbene in modo non sempre coincidente, avrebbe trovato ben più drastica applicazione nel regime fascista¹²⁷.

6.2. *Verso il codice Rocco: il progetto preliminare del 1927 e l'inasprimento della disciplina* in fieri. Se il progetto Ferri aveva inferto il primo colpo alla tradizione liberal-garantista, il progetto preliminare di un nuovo codice penale del 1927, elaborato in pieno consolidamento del regime fascista, ne rappresentò il tentativo di sistematico superamento. Trascurate le pur percepibili residue sfumature politiche del progetto positivista, il legislatore si orientò verso quel tecnicismo giuridico funzionale ad un sistema autoritario, volto a costruire un sistema penale particolarmente efficiente e severo, in cui le esigenze dello Stato prevalevano in modo netto e incondizionato sui diritti dell'individuo¹²⁸. L'art. 137 di questo progetto può rappresentare uno degli emblemi di tale svolta e merita un'analisi dettagliata nelle sue tre componenti

¹²⁵ Nell'ottica positivista i delitti politico-sociali meritavano un trattamento meno rigoroso stante i motivi non egoistici e rivolti all'interesse collettivo da cui prendevano le mosse; cfr. GILIBERTI, *Il sistema del “doppio binario”*, in *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?*, cit., 16.

¹²⁶ *Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti*, *Relazione*, cit., 123-124.

¹²⁷ Critico verso questa proposta del progetto Ferri, FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, vol. II, *Parte generale del diritto penale*, Milano, 1926, 235.

¹²⁸ In tema, tra i tanti, si vedano DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La profezia di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, 127 ss.; PELISSERO-COLAO-NEPPI MODONA, *Alfredo Rocco e il codice penale fascista*, in *Democrazia e diritto*, 2011, 175 ss.; COCO, *Arturo Rocco: uno studioso, un metodo, un codice*, in *Arch. pen.*, 2018, 1, 1 ss.

fondamentali¹²⁹.

In primo luogo, il progetto generalizzava la facoltatività dello scomputo, stabilendo che «la carcerazione sofferta prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile può essere detratta dalla durata complessiva della pena temporanea detentiva». La discrezionalità, che nel progetto Ferri era limitata alle pene più gravi, diventava ora la regola generale – salvo nel caso della multa o dell’ammenda per cui lo scomputo del presofferto era obbligatorio – sancendo l’abbandono del principio di obbligatorietà.

In secondo luogo, con una scelta di ancor più chiaro stampo reazionario, il progetto introduceva un divieto assoluto di scomputo per intere categorie di delinquenti. Il terzo capoverso dell’art. 137 recitava: «Per i delinquenti abituali, professionali o per tendenza condannati alla reclusione, sola o congiunta a pena pecuniaria, la carcerazione preventiva non si detrae dalla durata della pena». Questa norma segnava un passaggio di particolare significatività: non si puniva più soltanto il fatto-reato, ma in qualche modo lo *status* stesso del reo in quanto alla fine per queste categorie di soggetti la repressione, nel complesso, sarebbe risultata più vigorosa. La *Relazione Appiani*, che riassumeva i lavori della Commissione ministeriale, giustificava tale esclusione in base alla necessità di un trattamento più rigoroso per le persone socialmente pericolose¹³⁰. Per un individuo etichettato come delinquente “abituale” o “per tendenza”, il tempo trascorso in carcere prima della condanna diventava giuridicamente irrilevante, una sofferenza priva di qualsiasi valore compensativo. Si formalizzava così una figura di cittadino “altro”, un soggetto a cui venivano negati *a priori* gli effetti di un principio di equità riconosciuto, seppur discrezionalmente, agli altri condannati.

In terzo luogo, il progetto introduceva un’ulteriore penalizzazione attraverso

¹²⁹ *Progetto preliminare di un nuovo codice penale*, Roma, 1927, 53. Art. 137: «(Carcerazione preventiva). La carcerazione sofferta prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile può essere detratta dalla durata complessiva della pena temporanea detentiva. / Se sia inflitta soltanto la multa o l’ammenda, la detrazione della carcerazione preventiva è obbligatoria. / Per i delinquenti abituali, professionali o per tendenza condannati alla reclusione, sola o congiunta a pena pecuniaria la carcerazione preventiva non si detrae dalla durata della pena. / Quando si faccia luogo alla detrazione, due giorni di carcerazione preventiva si computano per un giorno di pena detentiva. La carcerazione preventiva è considerata, agli effetti della detrazione, come reclusione o arresto».

¹³⁰ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, pt. 1^a, *Relazione introduttiva di S.E. Giovanni Appiani, Presidente della Commissione*, Roma, 1929, 122.

un meccanismo di ragguglio sfavorevole: «Quando si faccia luogo alla detrazione, due giorni di carcerazione preventiva si computano per un giorno di pena detentiva». Questa ‘svalutazione’ del presofferto si fondava, come spiegato sempre nella *Relazione Appiani*, sulla presunta maggiore afflittività della pena rispetto alla custodia cautelare. La logica era quella di una distinzione tecnica e funzionale tra le due forme di detenzione, come affermato icasticamente nella relazione: «la carcerazione preventiva e la pena detentiva hanno finalità diverse, essendo la prima una necessità procedurale, costituendo la seconda esecuzione di una sanzione punitiva. Dalla diversità degli scopi deriva logicamente il principio che la carcerazione preventiva non devesi mai scomputare»¹³¹. Questa affermazione, presentata come una ineluttabile deduzione logica, rappresentava l’esatta inversione del pensiero liberale: lo scomputo non era più un diritto, ma un’eccezione alla regola di non computabilità, una concessione benevola dello Stato da applicare con parsimonia e con un ‘tasso di cambio’ penalizzante.

6.3. *Le voci della tradizione liberal-garantista: le critiche delle Corti, delle Università e dell’Avvocatura.* La proposta radicale dell’art. 137 del progetto del 1927 non passò inosservata. Al contrario, suscitò una reazione vasta e quasi unanime da parte dell’comunità giuridica italiana, le cui obiezioni testimoniano, almeno sulla questione in oggetto, la tenace sopravvivenza della cultura liberale e garantista di fronte all’avanzata del nuovo autoritarismo. Le censure non furono semplici suggerimenti tecnici, ma una vera e propria difesa dei fondamenti ideologici che il progetto mirava a smantellare.

La critica più diffusa riguardava la trasformazione dello scomputo da obbligo a mera facoltà del giudice. La Corte d’Appello di Napoli, con parole che riecheggiano la dottrina classica, affermò che «l’obbligo di tale scomputo promana da un assoluto principio di giustizia, poiché altrimenti si verifica una detenzione preventiva, senza titolo giuridico»¹³². Sulla stessa scia, la Sezione della Corte d’Appello di Perugia propose lapidariamente che «alla parola può

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. II, pt. 2, *Osservazioni e proposte*, Roma, 1929, 219.

dovrebbe sostituirsi la parola “deve”¹³³. L’Università di Perugia definì la norma inaccettabile, in quanto la detrazione «deve essere obbligatoria, in ossequio ai più sani principii, propugnati dalla dottrina»¹³⁴. Queste posizioni rivelano un profondo conflitto concettuale: per i critici, lo scomputo era un diritto dell’individuo, un argine alla potestà statale; per gli ideatori del progetto, una concessione dello Stato, espressione del suo potere discrezionale.

Anche il ragguglio di due giorni di presofferto per un giorno di pena fu oggetto di aspre censure, venendo percepito come una manifesta iniquità. La Commissione Reale degli Avvocati di Asti lo definì “ingiusto”, sostenendo che «la carcerazione preventiva è per il cittadino, pari, per ogni effetto, alla definitiva»¹³⁵. Molti sottolinearono, ad esempio la Corte d’Appello di Bologna, come la durata della custodia cautelare dipendesse da contingenze processuali non imputabili al reo, quali la «complessità o difficoltà dell’istruzione» o le «esigenze del servizio delle udienze penali», rendendo ancora più iniqua la sua ‘svalutazione’¹³⁶.

Ma fu il divieto assoluto di scomputo per i delinquenti abituali, professionali o per tendenza a sollevare obiezioni ancor più severe, in quanto percepito come una violazione del principio di proporzionalità e una forma di accanimento punitivo. La Corte d’Appello di Aquila osservò: «la circostanza, poi, che si tratti di delinquenti abituali ecc. può essere ragione di aggravamento della pena da infliggersi e può altresì giustificare tutte le misure di sicurezza, che si renderanno opportune, ma non può costituire valida ragione di esclusione dell’anzidetta computazione»¹³⁷. Analogamente, in modo acuto le Commissioni Reali degli Avvocati e Procuratori di Livorno si chiesero: «E perché, per i delinquenti abituali, la detrazione non dovrebbe essere concessa, quando l’abitualità al delitto è già colpita severamente da altre disposizioni?»¹³⁸. Queste critiche mettevano a nudo la logica del progetto: non si trattava più di punire un reato, ma di neutralizzare un tipo d’autore, negandogli per-

¹³³ *Ibid.*, 220.

¹³⁴ *Ibid.*, 221.

¹³⁵ *Ibid.*, 222.

¹³⁶ *Ibid.*, 218.

¹³⁷ *Ibid.*, 218.

¹³⁸ *Ibid.*, 224.

sino i riverberi dei principi basilari di equità. L'insieme di queste osservazioni costituisce una testimonianza vivida dello scontro tra due visioni: da un lato, una ancorata ai principi di giustizia, proporzionalità e tutela dei diritti individuali; dall'altro, un nuovo paradigma fondato sull'efficienza repressiva, la difesa sociale e la primazia incondizionata dello Stato.

6.4. *Dalla Commissione ministeriale all'inattesa risoluzione del codice Rocco: l'obbligatorietà dello scomputo.* Il dibattito si trasferì con toni accesi in seno alla Commissione ministeriale per la revisione del progetto. Nei verbali delle sedute del 28 e 29 aprile 1928, emerge una chiara spaccatura tra due visioni opposte. Da un lato, commissari come Gregoraci e Longhi difesero strenuamente il sistema liberal-garantista del codice vigente all'epoca, definendolo una conquista del pensiero giuridico italiano e un principio di «moderazione e di giustizia»¹³⁹. Dall'altro, il relatore Massari, facendosi portavoce della nuova impostazione, argomentò che la carcerazione preventiva «né processualmente, né strutturalmente possa essere ritenuta una pena»¹⁴⁰, ma una necessità procedurale i cui scopi sono estranei a quelli della sanzione penale¹⁴¹. La proposta contenuta nel progetto preliminare del 1927, con la sua logica discrezionale, fu infine respinta con nove voti contro sei¹⁴². La Commissione, tuttavia, non tornò alla completa obbligatorietà della detrazione, ma raggiunse una soluzione di compromesso: lo scomputo sarebbe rimasto facoltativo per i delinquenti abituali, professionali e per tendenza¹⁴³.

Il progetto definitivo del 1929, all'art. 141, pur eliminando il discusso ragguglio di due a uno, manteneva ferma la discrezionalità del giudice e il divieto di scomputo per determinate categorie di rei¹⁴⁴. Sarà questo il testo che approde-

¹³⁹ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, *Atti della Commissione ministeriale*, pt. 2, *Verbali delle sedute*, Roma, 1929, 423-424.

¹⁴⁰ *Ibid.*, 419.

¹⁴¹ ALIMENA, *Diritto penale*, cit., 169, in maniera convincente, però, si chiedeva «perché mai non si dovrebbe tener conto, a favore del condannato, del tempo regolarmente trascorso in un qualsiasi stato di restrizione della libertà? È vero che questa carcerazione preventiva non corrisponde, nei suoi particolari, a qualsiasi specie di pena definitivamente inflitta, ma, poiché essa corrisponde a ciò che è più importante (cioè alla restrizione della libertà) deve bastare».

¹⁴² *Atti della Commissione ministeriale*, pt. 2, *Verbali delle sedute*, cit., 420.

¹⁴³ *Ibid.*, 424.

¹⁴⁴ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, *Progetto definitivo*, pt.

rà all'esame della Commissione parlamentare, divenendo teatro dello scontro finale.

Nella seduta del 21 gennaio 1930, le due anime del dibattito si scontrarono nuovamente con particolare vigore. Da una parte, i senatori De Blasio e Stoppato si fecero portavoce della tradizione liberal-garantista, chiedendo il ritorno al principio puro e semplice di obbligatorietà dello scomputo. Il senatore Stoppato, in particolare, definì la detrazione un atto di «umanità e di giustizia», affermando che «è giusto computarla sempre, altrimenti si autorizzerebbe il giudice ad un vero aumento di pena»¹⁴⁵.

Dall'altra parte, i commissari Fera e D'Amelio difesero la discrezionalità, vista come strumento essenziale di individualizzazione della pena e di difesa sociale. Il primo sostenne che il giudice doveva avere la facoltà di negare lo scomputo a chi non lo meritasse oppure concederlo, ad esempio in un «procedimento protrattosi per nullità, alle quali l'imputato non abbia dato causa»¹⁴⁶; mentre D'Amelio, il presidente della Commissione, ribadì che la detrazione non spettava, a rigore di «stretto diritto», poiché la carcerazione preventiva «non è pena», ma un male necessario che il reo si è attirato con la sua condotta, soprattutto in riferimento a quella carcerazione preventiva subita dopo aver proposto impugnazione. Di fronte a posizioni così diverse, il presidente, pur tentando una mediazione, non poté far altro che registrare il dissenso e deliberare di «richiamare l'attenzione del Ministro su queste proposte»¹⁴⁷.

L'esito di questo scontro, che sembrava destinato a confermare la linea reazionaria¹⁴⁸, fu invece per molti versi inatteso. Nella sua Relazione al Re per l'approvazione del testo definitivo del codice penale, Alfredo Rocco, infatti,

3°, *Testo del progetto definitivo*, Roma, 1929, 49-50. Art. 141 «(Carcerazione preventiva) / La carcerazione sofferta prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile può essere detratta dalla durata complessiva della pena temporanea detentiva. / Se sia inflitta soltanto la multa o l'ammenda, la detrazione della carcerazione preventiva è obbligatoria. / Per i delinquenti abituali, professionali o per tendenza condannati alla reclusione, sola o congiunta a pena pecuniaria, la carcerazione preventiva non si detrae dalla durata della pena. / La carcerazione preventiva è considerata, agli effetti della detrazione, come reclusione od arresto».

¹⁴⁵ *Atti della Commissione parlamentare chiamata a dare il proprio parere sul progetto di un nuovo codice penale*, Roma, 1930, 165.

¹⁴⁶ *Ibid.*, 165.

¹⁴⁷ *Ivi.*

¹⁴⁸ Secondo UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1963, 23, nel pensiero giuridico di Arturo Rocco si profila «una salda dottrina di reazione».

accolse le critiche della Commissione parlamentare. Pur continuando a negare che lo scomputo fosse un obbligo di «stretto diritto», ammise la sua necessità per superiori ragioni di equità: «Il progetto [...] stabiliva la regola che la carcerazione preventiva non si dovesse detrarre [...]. La Commissione parlamentare propose invece che la custodia preventiva venisse sempre computata nella durata della pena. Ho accolto la proposta, stabilendo che la carcerazione sofferta prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile si detrae dalla durata complessiva della pena [...] A questa modificazione sono stato indotto da ragioni non di stretto diritto, ma di equità [...] è quindi equo che essa non vada ad aggiungersi alla durata della pena, perché altrimenti questa, se non giuridicamente, almeno praticamente, verrebbe aumentata»¹⁴⁹.

L'argomentazione usata dal Ministro invero un atto di pragmatismo politico. Rocco, abilmente, abbandonò la rigida logica della “difesa sociale” e dello “stretto diritto” che i suoi collaboratori, come Massari, avevano tenacemente difeso. Adottò invece il linguaggio e le ragioni dei suoi critici, parlando di “equità” e riconoscendo l'effetto “pratico” dell'aumento della pena in caso di divieto dello scomputo, facendo apparire la soluzione finale non come una negazione dell'idea originaria, ma un atto magnanimo del legislatore fascista, capace di temperare il rigore con l'equità¹⁵⁰.

Le ragioni di questo cambiamento di rotta, verosimilmente, sono da ricercarsi nella realtà politica del momento. La resistenza dell'intero ceto giuridico era stata molto forte e compatta per essere ignorata. Forzare verso l'approvazione di una norma così invisibile avrebbe contribuito ad alienare al nuovo codice il consenso di magistrati, avvocati e professori, essenziale per la sua applicazione. Inoltre, le soluzioni di compromesso emerse (come la discrezionalità per i soli delinquenti abituali) si erano rivelate complesse e potenzialmente fonte di disparità di trattamento. Di fronte a questo stallo, la soluzione più semplice, chiara e politicamente abile era quella di tornare al principio accolto nel codice Zanardelli. In questo modo, Rocco chiudeva un dibattito spinoso, proba-

¹⁴⁹ *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli (Rocco) presentata nell'udienza del 19 ottobre 1930 per l'approvazione del testo definitivo del codice penale*, Roma, 1930, 31

¹⁵⁰ UNGARI, *Alfredo Rocco*, cit., 9, ha messo in evidenza come Alfredo Rocco non fosse, comunque, un mero ed ossequioso esecutore di indicazioni governative o solo un neutrale esperto di meccanismi normativi.

bilmente si guadagnava il plauso della comunità giuridica e presentava il risultato non come una resa alla forza degli argomenti giuridici contrari, ma come un'indulgente scelta ponderata.

In conclusione, il percorso che ha condotto alla formulazione dell'art. 137 del codice Rocco rivela una traiettoria complessa e tutt'altro che lineare. Partendo dal codice Zanardelli del 1889 con la sua certa e liberale scelta a favore dello scomputo totale del presofferto carcerario, il dibattito degli anni Venti ha visto l'emergere di una radicale contesa ideologica. I progetti Ferri e, soprattutto, il Progetto preliminare Rocco del 1927 tentarono di sostituire al principio di proporzionalità della reazione statutale quello della "difesa sociale", trasformando lo scomputo da un diritto a una facoltà discrezionale, negandolo del tutto a determinate categorie di rei e introducendo meccanismi punitivi come il ragguglio sfavorevole. Questa pressione di provenienza ideologica, tuttavia, si scontrò con la resistenza quasi unanime dei vertici delle istituzioni giuridiche italiane. Le critiche delle Corti, delle Università e degli Ordini forensi, unite ai dibattiti serrati nelle Commissioni ministeriale e parlamentare, costrinsero i redattori del codice a una serie di progressive ritirate: prima l'abbandono del ragguglio due a uno, poi la trasformazione del divieto assoluto per i delinquenti "pericolosi" in una mera facoltà discrezionale. Il capitolo finale di questa vicenda, scritto personalmente da Alfredo Rocco nella Relazione al Re e nel testo definitivo del 1930, segnò il capovolgimento della posizione iniziale. Abbracciando le "ragioni di equità" dei suoi critici, Rocco ripristinò il principio dello scomputo obbligatorio e universale, riportando la legislazione italiana all'impostazione del codice Zanardelli¹⁵¹.

L'art. 137 del codice Rocco, pertanto, disegna una di quelle anomalie

¹⁵¹ È noto, del resto, che il codice penale fascista non trascurò, almeno nella forma, la tradizione liberale ottocentesca, aprendosi con l'affermazione di principi fondamentali come quello di legalità, d'irretroattività e del divieto di interpretazione analogica. Il legislatore fascista poté mantenere queste garanzie formali perché l'ideologia autoritaria trovò piena espressione non tanto nella parte generale, ma nella parte speciale del codice e nel carattere fortemente politico di molte delle sue disposizioni; cfr. NEPPI MODONA, *Legislazione penale*, in *Storia d'Italia. Il mondo contemporaneo*, a cura di Levi-Levra-Tranfaglia, Firenze, 1978, 599; più in generale, ID., *Continuità e rottura tra Stato liberale e regime fascista*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 3, 1173 ss. Sull'indirizzo eclettico seguito dal codice Rocco, capace di dissimulare le sue molte tendenze autoritarie combinando istituti di chiara matrice autoritaria con principi propri della tradizione penalistica liberale, mantenendo, almeno in apparenza, il valore di questi ultimi, si veda VASSALLI, *Codice penale*, cit., 274.

all'interno di un corpo normativo in buona parte improntato a principi autoritari¹⁵². Esso rappresenta una non frequente istanza in cui la tradizione dottrinale, il buonsenso pratico della magistratura e dell'avvocatura e il pragmatismo politico si sono coalizzati contro un rigido progetto ideologico calato dall'alto. La storia di questa norma, quindi, non è solo un frammento di storia del diritto, ma forse un caso di studio sulla natura complessa e spesso imprevedibile del processo legislativo, anche in un regime autoritario.

7. L'implicito imperativo costituzionale dello scomputo del presofferto cautelare: l'eredità della Costituente. La Costituzione della nostra Repubblica, com'è noto, rappresenta il culmine di un processo costituente intrapreso in un momento cruciale della storia italiana, immediatamente successivo alla caduta del regime fascista e alla Seconda guerra mondiale. L'Assemblea costituente aveva il compito di edificare un nuovo ordine democratico eretto sui diritti fondamentali e sulla sovranità popolare. In questo contesto, i lavori preparatori non sono semplici documenti storici, ma utili strumenti ermeneutici per cogliere la *ratio legis* e l'intento più profondo dei Costituenti. Essi esaltano i valori, evidenziano i compromessi e rivelano le preoccupazioni che hanno contribuito a forgiare il testo della nostra Carta fondamentale, offrendo una basilare lente interpretativa utile ad affrontare anche le molte questioni sottese allo scomputo del presofferto cautelare.

L'analisi dei lavori preparatori della Costituzione italiana rivela un quadro sistematico di principi fondamentali che, interpretati congiuntamente, militano verso la necessarietà costituzionale dello scomputo del presofferto cautelare dalla pena definitiva. I Costituenti, pur non codificando esplicitamente tale principio, hanno ben piantato le basi per una sua ineludibile derivazione logi-

¹⁵² Il coevo codice di procedura penale, a differenza dell'attuale (art. 657 c.p.p.), non conteneva invece alcuna disposizione in merito alla detrazione del presofferto. La L. 18 giugno 1955, n. 517, modificò l'art. 271 c.p.p. del 1930, inserendo questa disposizione: «La durata della custodia preventiva si inizia per ogni effetto dal giorno in cui l'imputato viene arrestato in seguito a mandato o ad ordine dell'autorità giudiziaria, ovvero in conseguenza di uno degli atti menzionati negli artt. 235, 236 e 238. Se l'imputato è detenuto per un altro reato, la predetta decorrenza rispetto al nuovo reato si inizia dal giorno della notificazione del mandato o dell'ordine di cattura. Tuttavia, nel caso di condanna dell'imputato per un reato precedente, la notificazione del mandato o dell'ordine di cattura non può produrre l'effetto indicato nell'art. 137 del c. p., se non dal giorno in cui è stata scontata la pena per quel reato».

ca e valoriale, informata da una profonda reazione agli abusi del regime passato¹⁵³.

In primo luogo, l'inviolabilità della libertà personale (art. 8 nel progetto, art. 13 Cost.) è stata affermata come un principio 'supremo', sul quale non vi fu dissenso di sorta in Assemblea¹⁵⁴. La formula «la libertà personale è inviolabile» fu posta a fondamento dell'intento di garantire il cittadino da ogni forma di arbitrio. Le discussioni si sono concentrate anche sulla rigorosa delimitazione dei poteri in materia di detenzione preventiva. Si cercò di respingere ogni ipotesi di un semplice «rinvio alla legge» per la disciplina della libertà personale, poiché, come evidenziato da Lelio Basso, l'esperienza fascista aveva dimostrato che «un semplice rinvio alla legge, senza che nella Costituzione siano indicati per lo meno i limiti entro cui il legislatore si può muovere [...] sembrava veramente e sembra ancora oggi [...] una cosa impossibile»¹⁵⁵. Venne, al contrario, fermamente ribadita la necessità di vincoli costituzionali precisi, con l'intervento imprescindibile dell'autorità giudiziaria. Fu difeso con forza anche il meccanismo delle 48 ore per il fermo/arresto di polizia e ulteriori 48 ore per la convalida o l'emissione di un ordine o mandato di cattura da parte dell'autorità giudiziaria. Pietro Mancini, nel respingere le proposte di allungamento dei termini, avvertì che, altrimenti, il cittadino «rimarrà in carcere qualche mese, prima che a suo riguardo venga presa una decisione»¹⁵⁶. La tassativa determinazione di tali limiti, lungi dall'essere una questione di dettaglio, rappresentava una «garanzia della libertà del cittadino»¹⁵⁷ e un baluardo contro l'arbitrio dell'esecutivo e della magistratura¹⁵⁸.

¹⁵³ Per una rapida disamina di taluni principi costituzionali che militano a favore della detrazione del presofferto, si veda DEL COCO, *La fungibilità della custodia cautelare nell'ottica costituzionale*, in *Giur. it.*, 1999, 3, 513 ss.

¹⁵⁴ Per una ricostruzione degli itinerari della giurisprudenza costituzionale in materia di libertà personale, si veda RUOTOLO, *Gli itinerari della giurisprudenza costituzionale in tema di libertà personale*, in *Quest. giust.*, 2004, 2-3, 235 ss., con particolare riferimento agli interventi della Corte in ordine alla disciplina contenuta nell'art. 13 Cost. in merito alla detenzione e ai limiti massimi della carcerazione preventiva.

¹⁵⁵ *Atti della Assemblea costituente*, vol. III, Roma, 1947, seduta del 10 aprile 1947, 2675.

¹⁵⁶ *Atti della Assemblea costituente*, vol. I, Roma, 1947, Prima sottocommissione, seduta del 17 settembre 1946, 52.

¹⁵⁷ Intervento di Pietro Bulloni, in *Atti della Assemblea costituente*, vol. III, cit., seduta del 10 aprile 1945, 2683-2684.

¹⁵⁸ Il Presidente Umberto Tupini, infatti, dichiarò che «un tale limite mi sembra così modesto da garanti-

L'approvazione dell'emendamento proposto da Francesco Murgia, Ennio Avanzini e Lodovico Benvenuti, che inseriva nell'art. 8 del progetto (poi confluito nell'art. 13 Cost.) la norma secondo cui «la legge determina i limiti massimi della carcerazione preventiva», fu un ulteriore e fondamentale passo in questa direzione, riconoscendo la necessità di un controllo anche sulla durata complessiva delle misure cautelari¹⁵⁹. L'on. Murgia stesso, in replica ad alcune obiezioni, chiarì le ulteriori ragioni del suo emendamento, evidenziando che se fosse stato respinto «nessun limite vi sarebbe alla carcerazione preventiva degli imputati. Il 20 per cento dei detenuti sono assolti in istruttoria dopo lunghissima carcerazione, talvolta anche di anni; escono dal carcere semidistrutti nel fisico e nello spirito e molte volte anche economicamente rovinati, senza che nessuna seria prova abbia legittimato tale lunga carcerazione»¹⁶⁰.

I lavori preparatori rivelano una quasi ossessiva e storicamente comprensibile preoccupazione dei Costituenti nel tutelare la libertà personale e, conseguentemente, nel circoscrivere la carcerazione preventiva, confinandone la giustificazione nelle ragioni tipiche di una misura eccezionale e del tutto provvisoria. L'acceso dibattito sui limiti temporali e il netto rifiuto di ogni proposta di estensione, anche di fronte a preoccupazioni di ordine pratico, dimostrano la chiara volontà di impedire che la carcerazione preventiva si trasformasse in una anticipata punizione *de facto*. L'insistenza su un rigoroso controllo giurisdizionale immediato e sull'«atto motivato dell'Autorità giudiziaria» come fondamento della privazione della libertà, contribuisce a delineare tale misura come uno strumento che non può avere, almeno *ex ante*, una funzione punitiva, ma solo strumentale al processo.

re ogni possibilità di arbitrio di trattamento vessatorio», ivi, 2678.

¹⁵⁹ Queste le ragioni esposte da Francesco Murgia: «Non esiste, infatti, né nella Costituzione, né nel Codice di procedura penale alcun principio o norma che fissi un limite all'attesa dell'imputato detenuto. La ragione unica e sola della privazione della libertà di un cittadino è quella di una presunzione di colpevolezza. E qui due sono i casi: o tale presunzione ha a sostegno una prova sicura di responsabilità dell'imputato, e in tal caso esso deve essere rinviato a giudizio senza ritardo, o tale prova difetta o vi sono soltanto degli indizi che non assurgono a serietà di prova e in tal caso l'imputato deve essere scarcerato per assoluzione, o quanto meno deve essergli concessa la libertà provvisoria, la quale non è assoluzione; libertà provvisoria che è legittimata dalla vaghezza degli indizi e sancita dalle più grandi Costituzioni, da quella degli Stati Uniti a quella inglese», cfr. *Atti della Assemblea costituente*, vol. III, cit., seduta del 10 aprile 1947, 2689.

¹⁶⁰ *Ivi*, 2696.

Se a questo periodo di sofferenza, costituzionalmente concepito come non sanzionatorio ma nei fatti comunque afflittivo, non seguisse la detrazione dalla pena poi imposta dal giudice, il condannato subirebbe una limitazione complessiva della propria libertà sproporzionata e superiore a quella stabilita dalla legge, trasformando una misura cautelare in una punizione aggiuntiva e, a questo punto, riteniamo incostituzionale. Dunque, nell'ottica sottintesa dal Costituente, la detenzione preventiva non è una pena, ma un 'male' necessario e provvisorio, la cui durata deve essere contenuta al minimo¹⁶¹; ciò non toglie che quella sofferenza pregressa, se non fosse scomputata dalla pena inflitta dal giudice al momento della condanna, sarebbe illegittima proprio perché infrangerebbe quel principio d'inviolabilità della libertà personale la cui eccezionale deroga deve essere ridotta al minimo anche nei suoi effetti, tra i quali non può non includersi la detrazione del presofferto. Supporta, evidentemente, la stessa necessità dello scomputo anche la chiara consapevolezza nel Costituente, ben emersa durante i suoi lavori, della sofferenza e dei danni derivanti da una detenzione cautelare eccessiva.

In secondo luogo, la netta scelta del Costituente di affermare che «l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva» fu un'opzione ben consapevole e una reazione alle prassi fasciste¹⁶². Sempre Pietro Mancini, richiamando l'esperienza del codice di procedura penale del 1913, definì la presunzione d'innocenza una «grande conquista» che i codici fascisti avevano «messa da parte». Egli ne sottolineò il valore, non solo tecnico-giuridico, ma anche «essenzialmente politico»¹⁶³, come barriera contro l'arbitrio. Roberto Lucifero, invece, evidenziò una questione che sembra importante nell'economia del nostro discorso: «Oggi in Italia chi è trattenuto in arresto in attesa di giudizio ha lo stesso trattamento di colui che è stato condannato. In fondo, la vera realizzazione pratica dei principi di cui si sta discutendo, è quella di stabilire un diverso trattamento tra colui che è stato riconosciuto colpe-

¹⁶¹ Correttamente, infatti, AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Cass. pen.*, 2014, 1, 12 ss., afferma che la libertà deve essere posta al vertice del sistema e che la custodia cautelare deve essere ridotta a un ambito molto ristretto.

¹⁶² Per una rapida disamina dei lavori della Costituente e per la corretta interpretazione del principio di presunzione di non colpevolezza, ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 3, 940 ss.

¹⁶³ *Atti della Assemblea costituente*, vol. I, cit., seduta del 17 settembre 1946, 58-59.

vole e sconta una pena, e colui che è in attesa di giudizio e dev'essere giustamente presunto innocente»; chiedeva, perciò, «che questa differenza di trattamento venisse affermata nell'articolo»¹⁶⁴. Questa, vana, istanza di distinzione del trattamento tra condannato e presunto innocente costituisce ulteriore argomento a favore del valore costituzionale dello scomputo del presofferto: se la misura preventiva non è una pena, le sue condizioni di esecuzione non dovrebbero essere equiparabili a quelle della pena; se, però, lo sono e limitano sensibilmente la libertà personale, allora un sistema che non prevedesse la detrazione del presofferto cautelare sarebbe in violazione anche di quest'altro principio costituzionale.

È significativo pure il rigetto dell'emendamento di Matteo Rescigno, che avrebbe voluto limitare la presunzione di innocenza «fino alla sentenza, anche non definitiva, di condanna»¹⁶⁵. La Commissione, tramite Umberto Tupini, preferì mantenere la propria formulazione, ritenendola «più chiara per esprimere quel concetto [...] che esprimono tutti coloro che presumono il reo innocente finché non sia stato definitivamente condannato»¹⁶⁶. Ciò conferma la netta volontà del Costituente di estendere la presunzione fino all'ultimo grado di giudizio, rendendo illegittimi gli effetti punitivi legati alla detenzione pre-sentenza. Francesco Caroleo, pur vedendo respinto il suo emendamento, nel presentarlo espresse un concetto che rafforza l'idea che il Costituente ha voluto evitare, almeno *ex ante*, qualsiasi valore punitivo alla carcerazione preventiva: «Qualunque imputazione - resta fermo il fatto dell'imputazione, cioè dell'attribuzione provvisoria del reato - è inefficiente - cioè non produttiva,

¹⁶⁴ *Ibid.* A tal proposito, suonano molto calzanti le parole di ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza*, cit., 950- 951: «Quando si afferma che l'art. 27 comma 2° vieta ogni equiparazione, quanto al trattamento, dell'imputato al colpevole, potrebbe sembrare ovvio e scontato il principio che si enuncia. La distinzione tra le due figure, secondo logica, dovrebbe essere una semplice conseguenza intuitiva derivante dall'esistenza stessa del processo penale [...]. Tale distinzione finisce invece con l'affievolirsi, e l'esigenza di tenerla ben chiara si trasforma di conseguenza in un valore politicamente significativo, che va riaffermato di volta in volta: in contrapposizione con le ricorrenti tendenze, più o meno chiaramente espresse, a tollerare forme inaccettabili di assimilazione. Difatti il fenomeno, segnalato, dell'utilizzazione di strumenti sanzionatori atipici indipendenti dall'accertamento della responsabilità, ovviamente non si verifica mediante l'infissione di una pena vera e propria (giuridicamente tale), ma con forme di trattamento a questa equiparabili solamente di fatto. Il principio di legalità rimane formalmente rispettato, ma il conflitto con la presunzione d'innocenza si direbbe inevitabile».

¹⁶⁵ *Atti della Assemblea costituente*, vol. III, cit., seduta del 15 aprile 1947, 2877.

¹⁶⁶ *Ibid.*, 2880.

nemmeno in via provvisoria, di responsabilità penale – sino alla condanna definitiva. E questo dovrebbe servire di avviamento a quelle aspirazioni, dicevo, di possibilità di riduzione, per lo meno, se non di eliminazione della custodia preventiva»¹⁶⁷.

In sintesi, se l'individuo è costituzionalmente considerato non colpevole prima della condanna definitiva, ogni misura restrittiva della sua libertà anteriore a tale condanna non può che avere, *ex ante*, natura cautelare e non punitiva. Non detrarre il presofferto, invece, significherebbe trattare retroattivamente quel periodo come se fosse una sorta di pena a sé stante, indipendente, ponendo di fatto un soggetto in un lasso di tempo in cui la Costituzione lo presume innocente. Questa logica è confermata dal dibattito in Assemblea, dove fu stabilito un legame esplicito tra la presunzione di innocenza e la necessità di riduzione o addirittura di eliminazione della custodia cautelare, rafforzando l'idea che essa, da un lato, non possa *ex ante* mai assumere i connotati di una sanzione, mentre, dall'altro, che essa debba scomputarsi dopo la condanna definitiva, considerata la fungibilità tra pena detentiva e carcerazione preventiva, così evitando che quest'ultima assurga o equivalga ad un *surplus* autonomo di pena, in violazione anche del principio di presunzione d'innocenza.

La finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.), inoltre, è legata allo *status* di "condannato". La norma, dunque, ben sottolinea che la pena, con la sua tendenza alla rieducazione, si applica solo, appunto, al condannato. La detenzione preventiva, intervenendo su un presunto innocente prima della condanna definitiva, non può, per sua natura e per definizione costituzionale, avere una finalità rieducativa. Umberto Terracini, nel dibattito sulla durata massima delle pene, evidenziò che «se le pene detentive superano un certo limite, non soltanto cessa la possibilità che esse abbiano una capacità educativa, ma, al contrario, sono fonte di un processo di abbruttimento progressivo»¹⁶⁸. Da ciò consegue non solo che una pena, per avere potenzialità rieducative, deve avere un limite commisurato alla dignità umana, ma anche che una

¹⁶⁷ *Ibid.*, 2878.

¹⁶⁸ *Atti della Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria*, Roma, 1947, seduta del 25 gennaio 1947, 183.

detenzione preventiva - priva del resto di tale finalità rieducativa - se non scomputata si configurerebbe come una pura afflizione, in contrasto con il senso di umanità e la dignità della persona.

La questione della riparazione per ingiusta detenzione, infine, nella Costituente non fu oggetto di dibattiti particolarmente estesi. Tuttavia, l'inclusione nell'art. 22 del progetto di Costituzione (corrispondente all'art. 24 Cost.) del principio secondo cui «la legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari» è un elemento significativo ai fini del nostro discorso. Questo principio, sebbene generale, riflette la perfetta consapevolezza dei Costituenti che la privazione della libertà può essere il risultato di un errore e, in tal caso, merita una compensazione. Durante i lavori della Costituente Girolamo Bellavista insistette sul fatto che tale principio, oltre ad essere una «manifestazione liberale», non dovesse essere un mero «diritto di istanza», ma coincidere con il riconoscimento di un «diritto subiettivo di pretendere risarcimenti e riparazioni» per chi aveva subito un'ingiusta privazione della libertà¹⁶⁹. Così pure Giovanni Leone era a favore di un più deciso passo verso «la teoria di Santi Romano che ha [...] affermato il principio della riparazione dei danni derivanti da ingiuste condanne come responsabilità dello Stato per atti illegittimi; la riparazione dei danni nascenti dalla preventiva detenzione, dell'innocente, come responsabilità dello Stato per atti illegittimi»¹⁷⁰.

Tutto ciò rafforza l'idea secondo cui la *ratio* sottesa alle discussioni in Costituente era quella che il tempo trascorso in detenzione prima della sentenza definitiva è un "male" da compensare, ponendo le basi costituzionali ove tale compensazione è necessaria non solo nel caso in cui successivamente l'imputato sia stato assolto (esplicitamente in tal senso l'art. 24 Cost.), ma anche quando sia stato condannato in via definitiva, compensazione, in quest'ultimo caso, da realizzare attraverso la detrazione del presofferto cautelare. Anche se in tal senso non c'è una norma costituzionale esplicita, militano in questa direzione sia la volontà sottintesa del Costituente, sia la relazione sistematica delle richiamate norme della Carta fondamentale. Sempre Giovanni Leone a proposito della carcerazione preventiva, richiamando France-

¹⁶⁹ *Atti della Assemblea costituente*, vol. III, cit., seduta del 26 marzo 1947, 2512.

¹⁷⁰ *Ibid.*, seduta del 27 marzo 1947, 2561.

sco Carrara, parlava di «immoralità necessaria» che, in quanto tale, lo Stato doveva limitare¹⁷¹. Posto, però, che la libertà personale dalla stessa nostra Costituzione, sebbene non assoluta, è definita come inviolabile¹⁷², le sue limitazioni, seppur necessitate, devono essere poi compensate, pure nel caso di condanna definitiva, con lo scomputo della carcerazione preventiva, altrimenti il *surplus* di detenzione sarebbe in palese contrasto anche con l'art. 13 Cost. In sintesi, l'interpretazione sistematica degli articoli 13 e 27 Cost.¹⁷³, alla luce dei lavori preparatori, porta a sostenere che lo scomputo del presofferto cautelare è un imperativo costituzionale. La carcerazione preventiva è una misura eccezionale, provvisoria, afflittiva e formalmente non punitiva, applicata a un individuo che è presunto innocente. Ignorare il periodo di detenzione preventiva nel computo della pena finale equivarrebbe a violare la presunzione di innocenza, a snaturare la finalità rieducativa della pena, a trasformare una misura cautelare in una sanzione di fatto aggiuntiva e anticipata e, in ultima analisi, a ledere la dignità umana. Il sistema penale, qualora non prevedesse lo scomputo, sarebbe, quindi, intrinsecamente incostituzionale, contravvenendo allo spirito e alla lettera di un patto fondamentale volto a tutelare la libertà personale.

Possiamo sostenere, dunque, che la stessa carcerazione preventiva è costituzionalmente legittima solo nel momento in cui, nel caso di successiva condanna, la sua durata sia detratta dalla pena inflitta dal giudice. Lo scomputo del presofferto è una condizione di legittimità della misura cautelare limitativa della libertà personale. Ciò non solo in ragione dei richiamati artt. 13 e 27 Cost., ma anche per l'art. 3 Cost. poiché, a nostro avviso, il mancato scompu-

¹⁷¹ *Ibid.*, 2559.

¹⁷² L'inviolabilità di una libertà, infatti, non ne postula l'assolutezza, ma, nell'ottica del Costituente, ne subordina le restrizioni a un rigoroso rispetto del principio di legalità. Tale principio si attua mediante la duplice garanzia formale della riserva di legge e di giurisdizione. Pur non esauendo gli strumenti di tutela contro l'arbitrio del potere statale, queste garanzie di matrice liberale assumevano un valore fondamentale quale reazione e antitesi allo smantellamento dello Stato di diritto avvenuto nel periodo fascista. In tema si veda ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza*, cit., 957.

¹⁷³ Per una coerente interpretazione sistematica degli artt. 13 e 27 Cost. in relazione alla carcerazione preventiva, onde superare l'apparente contraddizione tra le due norme in quanto la prima legittima esplicitamente l'uso della carcerazione preventiva che, del resto, sarebbe difficilmente giustificabile sul piano logico se l'imputato è presunto innocente, come vuole l'art. 27 Cost., si veda. ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza*, cit., 953 ss.

to si porrebbe in contrasto pure con il principio di eguaglianza, di ragionevolezza e, comunque, di proporzione¹⁷⁴. Se la quantità di pena effettivamente espiata dipendesse dalla durata, spesso contingente e imprevedibile, della custodia cautelare, si determinerebbe una palese e irragionevole disparità di trattamento. La ricorrenza e la durata del presofferto, infatti, sono frequentemente influenzate da fattori accidentali, quali la complessità delle indagini, i carichi di lavoro degli uffici giudiziari o altre eventualità fattuali del tutto occasionali, che non hanno alcuna relazione con la gravità del reato o la colpevolezza del reo¹⁷⁵. In assenza di scomputo, soggetti condannati per il medesimo reato e alla medesima pena finirebbero per scontare periodi di detenzione complessivamente diversi, violando il canone dell'uguaglianza. Tale distorsione risulterebbe ancora più manifesta nel caso di concorso di persone nel reato: un correo sottoposto a una lunga carcerazione preventiva subirebbe una repressione di fatto più severa rispetto a un altro che, per circostanze fortuite, non sia stato raggiunto dalla misura cautelare o lo sia stato per un periodo più breve.

Come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, quello che per lungo tempo è stato discusso, sino ai lavori preparatori del codice Rocco, con la Costituzione non è più discutibile, non è più una mera opzione del legislatore ordinario eventualmente illuminato da esigenze di equità e giustizia, ma è divenuto una necessità costituzionale, perché il mancato scomputo del presofferto cautelare dalla pena definitiva inflitta dal giudice genererebbe una serie di profonde e insanabili violazioni dei menzionati principi della nostra Carta fondamentale. In conclusione, lo scomputo del presofferto non è un mero tecnicismo, ma un fondamentale istituto di garanzia che funge da cerniera tra i principi cardine del nostro sistema penale costituzionalmente orientato. È il meccanismo che assicura che la sofferenza patita durante la custodia cautelare, pur necessaria per finalità processuali, venga riconosciuta e compensata, riallineando la

¹⁷⁴ V. meglio *infra*, par. 7.1.

¹⁷⁵ Sottolinea il contrasto con l'art. 3 Cost., scaturente da un'irragionevole disparità di trattamento collegata alla maggiore o minore sollecitudine nello svolgimento del procedimento penale, MARZADURI, *Sulle condizioni applicative del principio di fungibilità fra la carcerazione preventiva e la carcerazione per esecuzione di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 1541.

quantità di ‘afflizione’ effettivamente subita a quella legalmente imposta. La sua obbligatorietà discende dalla necessità di preservare l’inviolabilità della libertà, l’uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, la presunzione di non colpevolezza e la finalità rieducativa della pena, così come volute e scolpite dai Padri costituenti.

7.1. *Le (superabili) obiezioni alla necessità costituzionale dello scomputo del presofferto.* Nonostante le argomentazioni, a nostro avviso solide, a sostegno della sua indispensabilità costituzionale, è opportuno porsi l’interrogativo se il principio della detrazione del presofferto, desumibile a livello codicistico dal combinato disposto degli artt. 137 c.p. e 657 c.p.p., sia effettivamente irrinunciabile. In altri termini, se il nostro ordinamento non prevedesse lo scomputo della carcerazione preventiva, imponendo al condannato di scontare per intero la pena irrogata, potrebbe ancora ritenersi razionale e costituzionalmente coerente? Un tentativo di risposta a tale quesito non può che muovere da una disamina delle classiche funzioni della pena, poiché l’obbligo di eseguire per intero la sanzione, senza detrazioni, potrebbe trovare una sua logica in un compito specifico che la pena stessa dovrebbe assolvere e che, altrimenti, non verrebbe integralmente realizzato.

Una prima argomentazione potrebbe far leva sulle esigenze di prevenzione generale. Si potrebbe, infatti, sostenere che il mancato scomputo del presofferto rafforzerebbe la capacità dissuasiva del sistema penale, poiché la sofferenza complessiva derivante dal reato risulterebbe maggiore. Tale impostazione, tuttavia, oltre a ridurre la prevenzione generale a una sua inaccettabile accezione puramente negativa di mera deterrenza¹⁷⁶, si scontrerebbe frontalmente con i principi costituzionali di eguaglianza e di proporzione sanciti dall’art. 3 Cost. Negare la detrazione, infatti, avallerebbe una palese disparità di trattamento e di sofferenza a parità di disvalore del fatto, fondata unica-

¹⁷⁶ L’applicazione di una pena manifestamente eccessiva, giustificata unicamente da finalità di prevenzione generale, compromette inevitabilmente la necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio. Tale individualizzazione è, per contro, un presupposto irrinunciabile affinché la pena possa assolvere alla sua funzione costituzionalmente orientata, ovvero la rieducazione del reo; in tema, tra gli altri, FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in *Diritto penale e giustizia costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli, 2006, 137; ID., *Pena “patteggiata” e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1990, 2385 ss.

mente sulla circostanza occasionale e contingente che per un reo sia stata disposta la custodia cautelare e per un altro no. Non sembrano dunque emergere ragioni di legittima prevenzione generale in grado di giustificare un sistema che neghi la detrazione del presofferto, essendo peraltro sufficiente, a tal fine, l'impedimento già previsto dall'art. 657, co. 4, c.p.p. allo scomputo della custodia subìta per un fatto precedente al reato per il quale deve essere applicata la pena, norma che risulta coerente con le esigenze di prevenzione generale¹⁷⁷.

Un'obiezione teoricamente più insidiosa e articolata potrebbe emergere, invece, in relazione alla prevenzione speciale e alla finalità rieducativa della pena, così come delineata dall'art. 27, co. 3, Cost. Il ragionamento muove da un presupposto logico, evidenziato anche dalla giurisprudenza costituzionale: la pena, per poter esplicare la sua funzione rieducativa, deve necessariamente «seguire, e non già precedere, il fatto criminoso cui accede e che mira a sanzionare»¹⁷⁸, poiché «le finalità “rieducative” [...] certamente non possono mai riguardare un reato “da commettere”»¹⁷⁹. Se si accetta, dunque, che il presofferto è fungibile con la pena detentiva, ne dovrebbe conseguire che anche il primo debba tendere alla medesima finalità costituzionale, cioè la rieducazione.

Qui, però, l'obiezione logica si scontra con la realtà normativa e fattuale. Alla custodia cautelare non è impressa alcuna finalità rieducativa; essa è legittimata da esigenze cautelari (art. 274 c.p.p.) che attengono a questioni processuali volte ad inibire alcune condotte dell'incolpato e che nulla hanno a che vedere con la sua rieducazione. Anzi, l'idea stessa di rieducare un soggetto che, ai sensi dell'art. 27, co. 2, Cost., è presunto innocente, si palesa come una contraddizione¹⁸⁰. Resta fermo, del resto, che il regime di detenzione

¹⁷⁷ Corte cost., 14 aprile 1988, n. 442, in *Cass. pen.*, 1989, 1631 ss.

¹⁷⁸ Il comma in questione, che prevede il computo della sola custodia cautelare sofferta dopo la commissione del reato per il quale si deve determinare la pena da eseguire, mira a evitare che il meccanismo si trasformi in un incentivo a delinquere per chi abbia accumulato una sorta di “credito” di pena.

¹⁷⁹ Corte cost., 14 aprile 1988, n. 442, cit.

¹⁸⁰ L'art. 1 della Legge 26 luglio 1975, n. 354, sull'ordinamento penitenziario, al co. 7, infatti, sancisce che «il trattamento degli imputati deve essere rigorosamente informato al principio per cui essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva». Il riferimento agli “imputati” consente di affermare che «ad essi non si può applicare alcun trattamento rieducativo», cfr. DIDI, *Manuale di diritto penitenziario*, Pisa, 2022, 191. Ciò trova chiara conferma nell'art. 1 del DPR 30 giugno 2000, n. 230,

dell'indagato/imputato dovrebbe essere orientato alla minima afflittività¹⁸¹, e, quantomeno, ad evitare la desocializzazione derivante dai sistemi carcerari¹⁸². Dunque, pena e misura cautelare, pur avendo una analoga afflittività¹⁸³, perseguono finalità differenti, separate dal solco tracciato dalla presunzione d'innocenza¹⁸⁴. Seguendo fino in fondo questa linea argomentativa, si potrebbe giungere a una conclusione paradossale: proprio perché la carcerazione preventiva non può avere una funzione rieducatrice, essa non dovrebbe essere detratta dalla pena da eseguire. La fungibilità tra le due, infatti, creerebbe un'antinomia costituzionale difficilmente risolvibile: o si viola la presunzione d'innocenza (art. 27, co. 2, Cost.), pretendendo di rieducare durante la custodia cautelare¹⁸⁵, oppure si tradisce la finalità rieducativa della pena (art. 27, co.

Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà, rubricato «Interventi di trattamento», che al co. 1 recita: «Il trattamento degli imputati sottoposti a misure privative della libertà consiste nell'offerta di interventi diretti a sostenere i loro interessi umani, culturali e professionali», mentre al co. 2 sancisce che «Il trattamento rieducativo dei condannati e degli internati è diretto, inoltre, a promuovere un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, nonché delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo a una costruttiva partecipazione sociale». Dunque, agli imputati (o agli indagati, co. 3), nessun trattamento rieducativo, ma solo offerta di interventi volti a sostenere i loro interessi umani, culturali e professionali. Sul divieto di finalità rieducative nel trattamento penitenziario dell'imputato, si veda in particolare PALMIERI, *libertà personale e regime detentivo dell'imputato. La pena della carcerazione preventiva*, in *Il Foro napoletano*, 2019, 2, 384 ss.

¹⁸¹ In questo senso milita l'art. 277 c.p.p., secondo cui «le modalità di esecuzione delle misure devono salvaguardare i diritti della persona ad esse sottoposta, il cui esercizio non sia incompatibile con le esigenze cautelari del caso concreto».

¹⁸² MOCCIA, *La peregrina emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, 152 ss.

¹⁸³ Sulle criticità derivanti dal fatto che, salvo alcune marginali particolarità, l'Ordinamento penitenziario del 1975 tratta in modo sostanzialmente identico, in particolare sotto il profilo delle condizioni afflittive, i condannati definitivi e gli imputati, raggruppandoli nella categoria generica di "detenuti", si veda CORSO, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2015, 372 ss. Sebbene l'Ordinamento penitenziario preveda norme a tutela degli imputati, come la separazione dai condannati (art. 14) e il diritto alla cella singola (art. 6), queste si rivelano spesso inattuato. La separazione ha uno scarso impatto concreto ed è quasi sempre inapplicata per il sovraffollamento. Allo stesso modo, il diritto alla cella singola è vanificato da un'eccezione che permette di derogarvi in base alla capienza dell'istituto, rendendo entrambe le norme delle mere dichiarazioni programmatiche o di principio.

¹⁸⁴ Sull'identità strutturale e la distinzione funzionale tra carcerazione preventiva e pena, si veda ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza*, cit., 957 ss.

¹⁸⁵ Correttamente sempre ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 43, evidenziava proprio l'inammissibilità, alla luce della presunzione d'innocenza, di un trattamento rieducativo. Ancora, GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 49: «non sembra possano esservi dubbi nel concludere che lo stesso art. 27 comma 2 Cost. conduca decisamente al ripudio di una concezione della custodia preventiva in funzione di prevenzione speciale, cioè come *measure de sûreté* fondata su un giudizio di pericolosità che postuli la colpevolezza dell'imputato».

3, Cost.), consentendo che una sua parte sia espiata attraverso una misura, il presofferto, che a tale fine non è orientata. Se così fosse, l'ordinamento, per essere coerente con sé stesso, dovrebbe imporre al reo di espiare per intero la pena dopo la condanna definitiva, a prescindere dalla carcerazione preventiva già sofferta.

Tale ragionamento, però, prova troppo. Esso giunge a una conclusione inaccettabile perché non si confronta con il richiamato principio di proporzione (art. 3 Cost.), inteso non come mero fondamento di una pena retributiva, ma come limite invalicabile alla potestà punitiva dello Stato e, in ultima analisi, come condizione della stessa finalità rieducativa¹⁸⁶. Una pena la cui afflittività complessiva risulti sproporzionata, a causa della somma tra la sanzione formale e la sofferenza già patita in via cautelare, verrebbe inevitabilmente percepita dal reo come ingiusta e vessatoria. Tale percezione di iniquità è la condizione diametralmente opposta a quella che può predisporre un individuo ad accogliere un progetto rieducativo. La rieducazione, in altre parole, presuppone una sanzione percepita come “giusta” e non può essere essa stessa la causa di un inasprimento del trattamento complessivo del reo, in palese contraddizione della *ratio* per cui l'art. 27, co. 3, Cost. è stato concepito¹⁸⁷. Anche le stesse esigenze di prevenzione generale positiva, intesa come orientamento culturale, necessitano della percezione della pena come “giusta”, percezione inconci-

¹⁸⁶ Sul principio di proporzione come limite garantistico al potere punitivo dello Stato, ricavabile dai parametri della “ragionevolezza” (art. 3 Cost.) e della finalità rieducativa della pena (art. 27, co. 3, Cost.), in dottrina, tra gli altri, cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 88 ss. e in part. 92; PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 443 ss.; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 165-166. Sia permesso il rinvio anche a CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *Giust. pen.*, 2012, c. 91 ss. A livello monografico, più recentemente sul principio di proporzione si vedano VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021; RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020; RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, 2018. Il criterio della proporzione come limite della stessa legittimità della pena irrogata in concreto oggi è sancito anche a livello europeo, in negativo, dall'art. 49, co. 3, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

¹⁸⁷ Ricordiamo proprio quanto affermò Umberto Terracini: «se le pene detentive superano un certo limite, non soltanto cessa la possibilità che esse abbiano una capacità educativa, ma, al contrario, sono fonte di un processo di abbruttimento progressivo», cfr. *Atti della Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria*, cit., seduta del 25 gennaio 1947, 183.

liabile con una reazione sanzionatoria nel suo complesso sproporzionata¹⁸⁸. In definitiva, è proprio la comune e analoga afflittività a unire la pena detentiva e la misura cautelare in carcere e a renderle fungibili ai fini della detrazione. Sono le differenti finalità a dover cedere il passo di fronte a questo dato fattuale, e non il contrario. Non dare un valore giuridico alla “sofferenza” che accomuna pena e cautela significherebbe violare il principio di proporzionalità e, con esso, la stessa speranza di realizzazione del percorso rieducativo. Le obiezioni basate su una rigida e astratta distinzione funzionale tra i due istituti, pertanto, si rivelano incapaci di superare il vaglio di una lettura sistematica e valoriale dei principi costituzionali.

7.2. La conferma giurisprudenziale: lo scomputo del presofferto come principio irrinunciabile e diritto fondamentale della persona. La lettura sistematica dei principi costituzionali sinora offerta, che conduce a ritenere lo scomputo del presofferto un imperativo ineludibile, ha trovato solida e costante conferma nella giurisprudenza, sia costituzionale sia di legittimità. L’analisi dell’evoluzione giurisprudenziale dimostra come il principio del *carcer passus in poenam cedit* sia stato progressivamente depurato da interpretazioni restrittive e, infine, elevato al rango di principio fondamentale dell’ordinamento, la cui violazione sarebbe intollerabile perché costituzionalmente illegittima.

Un primo, fondamentale intervento chiarificatore è da ascrivere alla Corte costituzionale, che già nel 1979 ha smantellato il pregresso consolidato orientamento giurisprudenziale che subordinava la fungibilità all’accertamento irrevocabile dell’ingiustizia della carcerazione. Tale indirizzo postulava quale condizione indefettibile per lo scomputo della custodia, anche l’accertamento irrevocabile della ingiustizia o della inutilità della custodia predetta¹⁸⁹. La Consulta, invece, ha affermato che la detrazione è subordinata alla sola condizio-

¹⁸⁸ Sulla necessità che la pena sia avvertita come “giusta” anche al fine di orientare i consociati verso la condivisione dei valori, PAGLIARO, *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 448 ss., spec. 451-452; ID., *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, ivi, 1981, 25; ID., *Verifica empirica dell’effetto di prevenzione generale*, ivi, 1986, 353 ss.; MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982, 81 ss.

¹⁸⁹ Per la ricostruzione dell’evoluzione giurisprudenziale e i relativi riferimenti, si veda DEL COCO, *La fungibilità della custodia cautelare nell’ottica costituzionale*, cit.; si veda pure SECHI, *In tema di fungibilità tra custodia cautelare e pena inflitta per altro reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1501 ss.

ne posta dalla legge (all'epoca l'art. 271 c.p.p. 1930), ovvero che il reato per cui si procede non sia stato commesso dopo la cessazione della custodia preventiva. Richiedere un giudicato sull'ingiustizia della carcerazione, secondo la Corte, significherebbe «presumere che la detenzione sia giusta fino al raggiungimento di una prova contraria [...], disattendendo nella sostanza il principio del *favor libertatis*»¹⁹⁰.

Il ragionamento della Corte, pur sviluppato con specifico riferimento a un caso in cui era intervenuta una sentenza assolutoria, offre un argomento utile anche a sostegno dell'obbligatorietà costituzionale dello scomputo del presofferto per il condannato. La logica sottesa alla pronuncia, infatti, si fonda sulla natura stessa della carcerazione preventiva e sulla sua qualificazione *ex ante*. La Corte, nel proteggere l'assolto dal «rischio di trovarsi ad avere sofferto un periodo di carcerazione non dovuta»¹⁹¹, qualifica implicitamente la detenzione cautelare come una sofferenza *sine titulo* fino a che non intervenga, in quello stesso procedimento, una condanna definitiva a legittimarla *ex post*. Questo principio, volto a evitare che un'ingiustizia di fatto si consolidi in un'ingiustizia di diritto per l'innocente, illumina per converso anche la posizione del colpevole. Infatti, se la carcerazione preventiva è un 'male' che lo Stato impone in nome di esigenze processuali a un soggetto presunto innocente, la sua afflittività è identica a prescindere dall'esito del giudizio. Il riconoscimento di tale afflittività non può dunque dipendere dalla futura assoluzione o condanna. Per l'assolto, la carcerazione si rivela un'ingiustizia da riparare; per il condannato, essa, *ex post*, si rivela un'anticipazione di pena che deve essere necessariamente scomputata da quella applicata dal giudice. Negare la detrazione al condannato significherebbe creare un'irragionevole disparità di trattamento: la medesima sofferenza, patita *ex ante* nelle medesime condizioni di presunta innocenza, *ex post* verrebbe giuridicamente riconosciuta per l'assolto e ignorata per il condannato. Quest'ultimo, di fatto, subirebbe una pena complessiva - data dalla somma del presofferto e della pena irrogata - superiore a quel-

¹⁹⁰ Corte cost., sent. 4 maggio 1979, n. 13, in www.cortecostituzionale.it. La Corte, disattendendo l'interpretazione restrittiva del giudice *a quo*, dichiarò non fondata la questione proprio perché, a suo avviso, una corretta lettura della norma, orientata al *favor libertatis*, già imponeva la detrazione senza la necessità di attendere il giudicato sulla non colpevolezza.

¹⁹¹ *Ibid.*

la legalmente prevista per il reato commesso, in palese violazione del principio di proporzionalità e di legalità della pena. La carcerazione preventiva, se non scomputata, si trasforma in un *surplus* punitivo, una sanzione aggiuntiva inflitta senza un titolo specifico e in un momento in cui il soggetto era ancora costituzionalmente presunto non colpevole. La fungibilità, pertanto, non è una mera concessione, ma il meccanismo logico-giuridico attraverso cui l'ordinamento riconosce la natura afflittiva della custodia cautelare e la riconduce a legalità, assorbendola nella pena legittimamente irrogata e ristabilendo così l'equilibrio afflittivo.

La *ratio* del limite temporale posto dalla legge (oggi art. 657, co. 4, c.p.p.) è stata poi approfondita in successive pronunce. La Corte costituzionale ha chiarito che tale limite si giustifica alla luce di una duplice e correlata esigenza. La prima, di natura specialpreventiva, è quella di «evitare che l'istituto della fungibilità si risolva in uno stimolo a commettere reati, trasformando il pregresso periodo di carcerazione in una “riserva di impunità”¹⁹², una sorta di “licenza a delinquere”. La seconda, di natura logico-sistematica, risiede nel fatto che la pena, come abbiamo già detto, per poter esplicare le sue funzioni, «particolarmente quelle di prevenzione speciale e rieducativa», deve necessariamente «seguire, e non già precedere, il fatto criminoso»¹⁹³. Una pena anticipata rispetto al reato, infatti, non solo non potrebbe mai costituire uno strumento di risocializzazione, ma rischierebbe di incoraggiarne la commissione. La carcerazione sofferta prima della commissione del reato per cui si procede, dunque, è una carcerazione *inutiliter data* ai fini di un futuro scomputo, proprio perché priva di quel nesso cronologico e funzionale che solo può legittimare la fungibilità tra afflizione cautelare e afflizione sanzionatoria. Se così non fosse, e si ammettesse lo scomputo di una carcerazione anteriore al reato, la pena inflitta per quest'ultimo verrebbe neutralizzata da una sofferenza pregressa del tutto estranea, sul piano logico e funzionale, alla sanzione da espiare, con un'evidente vanificazione della sua portata rieducativa e preventiva.

Se la giurisprudenza costituzionale ha delineato con chiarezza i fondamenti e

¹⁹² Corte cost., sent. 11 luglio 2014, n. 198, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁹³ Corte cost., sent. 14 aprile 1988, n. 442, cit.

i limiti della fungibilità, è stata la Corte di cassazione a elevarla esplicitamente al rango di principio cardine dell'ordinamento. In numerose e conformi pronunce, la Suprema corte ha affermato che «la computabilità della custodia cautelare nella pena da espiare relativa allo stesso fatto costituisce un principio fondamentale del nostro ordinamento»¹⁹⁴. La forza di tale principio è tale da essere qualificato non solo come regola ordinamentale, ma come un vero e proprio «diritto fondamentale della persona»¹⁹⁵. Questa qualificazione ha conseguenze pratiche di particolare rilievo, specialmente in materia di estradizione. La Cassazione, infatti, ha costantemente ritenuto che il mancato riconoscimento del principio dello scomputo da parte dello Stato richiedente costituisca un motivo ostativo alla consegna, ai sensi dell'art. 698, co. 1, c.p.p., che vieta l'extradizione se essa può comportare la violazione di uno dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano. La consegna, in tali casi, sarebbe illegittima e *inutiliter data*, poiché finalizzata all'esecuzione di una pena che, per l'ordinamento italiano, è già stata (in tutto o in parte) espiata¹⁹⁶. L'irrinunciabilità del criterio della detrazione è dunque confermata su più fronti: la Corte costituzionale ne ha implicitamente sancito la necessità logica e la coerenza con i principi del *favor libertatis*, della proporzionalità e della finalità della pena; la Corte di cassazione ne ha consacrato lo *status* di principio fondamentale e di diritto inviolabile, la cui lesione non è tollerata nemmeno nelle relazioni internazionali. La carcerazione preventiva, pertanto, è legittima, in caso di condanna, solo se e in quanto fungibile con la pena successiva; negare tale fungibilità significherebbe non solo violare una norma di equità, ma tradire alcuni caposaldi costituzionali dello Stato di diritto.

8. *La risoluzione del dilemma: la custodia preventiva come pena informale e lo scomputo del presofferto come condizione di legittimità costituzionale.* Il lungo percorso storico-giuridico tracciato nei paragrafi precedenti ha messo in luce la costante e tormentata dialettica tra la funzione formalmente custodiale della carcerazione preventiva e la sua innegabile sostanza afflittiva. Dalla mas-

¹⁹⁴ *Ex multis*, Cass., Sez. VI, 17 settembre 2004, n. 46451, in *Cass. pen.*, 2005, 7/8, 2284 ss., con nota di GERACI.

¹⁹⁵ Cass., Sez. VI, 18 giugno 2020, n. 22257, in *Dejure*.

¹⁹⁶ Cass., Sez. VI, 28 novembre 2013, n. 1279, in *Dejure*.

sima romana *carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*, passando per le prassi equitative dello *ius commune* che riconoscevano la *mala mansio* carceraria come una pena di fatto, fino alla consacrazione del principio dello scomputo nel codice Zanardelli e alla sua inattesa sopravvivenza nel codice Rocco, emerge un filo conduttore: la progressiva, seppur mai pacifica, presa di coscienza della necessità di non ignorare il “male” patito dall’individuo prima della condanna e in conseguenza del fatto di reato. Questo itinerario, culminato nell’affermazione giurisprudenziale dello scomputo come principio fondamentale e diritto irrinunciabile, ci consegna un dato di partenza ineludibile: nel nostro sistema, la detrazione del presofferto non è una mera concessione del legislatore, ma un imperativo costituzionale. Tuttavia, proprio la sua irrinunciabilità solleva un dilemma insidioso in apparenza difficilmente solubile: come può un ordinamento che, all’art. 27 della Costituzione, sancisce la presunzione di non colpevolezza fino alla condanna definitiva, ammettere al contempo, all’art. 13, una misura come la carcerazione preventiva, che nella sua essenza materiale è indistinguibile dalla pena detentiva?

La carcerazione preventiva e la pena, come abbiamo evidenziato, presentano una sostanziale identità strutturale, pur essendo formalmente distinte sul piano funzionale. Entrambe consistono nella privazione della libertà personale, ma la prima persegue finalità cautelari, la seconda finalità punitive rivolte alla rieducazione e alla prevenzione dei reati. Questa distinzione, tuttavia, rischia di apparire come un artificio nominalistico di fronte alla realtà della sofferenza patita dal detenuto in custodia cautelare. L’uso della carcerazione preventiva come “sanzione atipica”, come strumento di controllo sociale anticipato, è una tentazione costante che mina le fondamenta dello Stato di diritto¹⁹⁷. La contraddizione sembrerebbe palese: si tratta un presunto innocente come un colpevole, assoggettandolo di fatto ad una misura afflittiva paragonabile alla pena prima ancora di averne accertato la responsabilità. È proprio per sciogliere questo dilemma, che rischia di inibire la coerenza costituzionale del sistema, che si può rivelare utile il ricorso a una categoria dogmatica: quella della pena informale, all’interno della quale è possibile far confluire anche

¹⁹⁷ ILLUMINATI, *Presunzione d’innocenza*, cit., 922 ss.

quella della pena naturale¹⁹⁸.

Per superare l'impasse, proponiamo un modello analitico di pena informale/naturale fondato su tre essenziali elementi costitutivi¹⁹⁹. Il primo è la sofferenza: un'afflizione, un danno, un nocimento di natura fisica, psichica, morale o patrimoniale che colpisce l'autore del fatto. Sotto questo profilo, non vi è una particolare distinzione qualitativa ed essenziale rispetto alla pena formale/forense, che è anch'essa, nella sua essenza, *malum passionis propter malum actionis*. Il secondo elemento è il nesso di causalità: la sofferenza deve essere una conseguenza diretta o mediata del fatto di reato commesso²⁰⁰. Il terzo elemento, che a nostro avviso è il vero criterio distintivo rispetto alla pena formale o forense, è l'assenza di uno scopo punitivo originario. La pena informale è un "male" che, *ab origine*, non è 'geneticamente' programmato per punire: o esso scaturisce "naturalmente" e fortuitamente dal fatto stesso, come nella pena naturale in senso stretto; oppure, se mediato dall'intervento di un terzo, persegue ufficialmente finalità diverse da quella punitiva, come nel caso della pena informale.

Applicando questo modello alla carcerazione preventiva, la sua natura di pena informale sembra emergere con chiarezza. Essa è innegabilmente una sofferenza (primo elemento). È una conseguenza del fatto-reato (secondo elemento), poiché, sebbene mediata da un provvedimento giurisdizionale, è il sospetto fondato della commissione di un illecito penale a innescare il meccanismo cautelare²⁰¹. Infine, e questo è il punto cruciale, essa è formalmente priva di uno scopo punitivo (terzo elemento). Le esigenze cautelari previste

¹⁹⁸ V. *supra*, note nn. 3 e 4.

¹⁹⁹ Senza poter qui replicare la descrizione e giustificazione di questa categoria, faremo ora riferimento al paradigma di pena informale/naturale elaborato in CATERINI, *La pena naturale de lege lata*, cit., 1 ss.

²⁰⁰ Per una diversa idea secondo cui la vera e propria pena naturale è solo quella che ha uno 'stretto' legame causale con il fatto-reato realizzato, senza possibilità di mediazione di terzi, si vedano CHOCLÁN MONTALVO, *La pena natural*, cit., 1910-1916; BUSTOS RUBIO, *El reflejo de la poena naturalis*, cit., 121; recentemente, in Italia, FLORIO, *La pena naturale*, cit., 15 ss.

²⁰¹ Sulla natura "sostanziale" delle disposizioni che disciplinano la custodia preventiva, v. GAITO, *Custodia preventiva e successione di leggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1361 ss., secondo il quale «si tratta di norme che, per funzione e struttura, sono limitative della libertà, così come la pena. Ed infatti, come la pena, si applicano sul presupposto sostanziale della colpevolezza, con una differenza solo quantitativa: per l'applicazione della pena la colpevolezza deve essere accertata con sentenza; per la custodia preventiva basta che la colpevolezza sia probabile, in quanto desumibile dall'esistenza di sufficienti indizi».

dall'art. 274 c.p.p. (pericolo di inquinamento probatorio, di fuga o di reiterazione del reato) sono, per definizione costituzionale, estranee alla logica della punizione, che può seguire solo a una condanna definitiva. La carcerazione preventiva, quindi, *ex ante*, cioè prima della condanna definitiva, non sembra essere una pena forense anticipata, ma una pena informale mediata dallo Stato.

Questa qualificazione permette di risolvere l'apparente contraddizione tra presunzione d'innocenza e legittimità della custodia cautelare. *Ex ante*, ovvero durante il procedimento e prima della condanna, la carcerazione preventiva, alle condizioni che vedremo *infra*²⁰², sembra costituzionalmente tollerabile proprio perché non è una pena formale. La sua legittimità si fonda sulla sua finalità cautelare e, potremmo dire, sulla sua natura, appunto, di pena informale, una sofferenza che lo Stato impone non per punire, ma per salvaguardare il corretto svolgimento del processo. La presunzione d'innocenza, almeno teoricamente, sembra salva perché al soggetto non viene inflitta una sanzione in senso proprio e formale.

Tuttavia, questa legittimità è condizionata e provvisoria. Nel momento in cui interviene una sentenza di condanna definitiva, il quadro muta radicalmente. La presunzione d'innocenza viene meno e la pena forense deve essere eseguita. A questo punto, la sofferenza patita durante la carcerazione preventiva non può essere ignorata. Se non venisse considerata, essa rimarrebbe come un *surplus* di afflizione, una pena di fatto che si somma a quella di diritto, generando una sanzione complessiva sproporzionata e, quindi, illegittima. La sofferenza cautelare, in caso di condanna, diventerebbe *inutiliter data*: una privazione di libertà inflitta a un soggetto che, riconosciuto colpevole, viene comunque costretto a scontare per intero la pena, come se nulla fosse accaduto prima.

È qui che interviene, come meccanismo di sanante 'legalizzazione' retroattiva, lo scomputo del presofferto. La detrazione non è un mero atto di clemenza o un calcolo contabile, ma l'istituto che opera la "trasformazione" della pena informale in pena formale. *Ex post*, attraverso lo scomputo, l'ordinamento riconosce la fungibilità sostanziale tra le due forme di sofferenza e assorbe la

²⁰² V. par. 9.

prima nella seconda. L'atto di detrarre il *carcer passus* ristabilisce la 'legalità' e la proporzionalità del sistema sanzionatorio. Esso assicura che la quantità totale di afflizione subita dal condannato non ecceda quella ritenuta proporzionata dalla legge e dal giudice con la sentenza. La carcerazione preventiva, che *ex ante* era legittima perché non era una pena formale, *ex post* diventa parte integrante della pena stessa, evitando così che il condannato subisca un doppio castigo.

Lo scomputo, dunque, non è un corollario, ma la *conditio sine qua non* della legittimità costituzionale della carcerazione preventiva. Senza la garanzia della sua futura detrazione, la custodia cautelare si ridurrebbe a una violazione intollerabile di alcuni principi costituzionali. Violerebbe il principio di uguaglianza e di proporzionalità (art. 3 Cost.), perché la pena effettivamente subita dipenderebbe dalla durata, spesso casuale, della fase cautelare. Violerebbe il principio di legalità della pena (art. 25, co. 2, Cost.), perché il condannato sconterebbe una quantità di pena non predeterminata dalla legge, ma risultante dalla somma di una pena legale e di un'aggiuntiva sofferenza di fatto. Violerebbe la finalità rieducativa della pena (art. 27, co. 3, Cost.), perché una sanzione percepita come sproporzionata e ingiusta genera rigetto e non adesione al percorso di reinserimento sociale. Violerebbe, in ultima analisi, la presunzione di non colpevolezza (art. 27, co. 2, Cost.), perché la sofferenza patita in quello stato, se non compensata attraverso la detrazione, si tradurrebbe in una sanzione aggiuntiva e illegittima perché eseguita in un tempo e in una condizione di presunzione d'innocenza.

In definitiva, il dilemma della legittimità della carcerazione preventiva si può risolvere non negandone la natura afflittiva, almeno per come oggi eseguita, ma inquadrandola nella categoria dogmatica della pena informale. La sua compatibilità con la presunzione d'innocenza sembra tendenzialmente garantita, *ex ante*, dalla sua finalità non punitiva²⁰³. La sua compatibilità con i prin-

²⁰³ La finalità non punitiva, ovviamente, da sola non è sufficiente ad assicurare la compatibilità della carcerazione preventiva con i principi costituzionali. VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, vol. III, 1099 ss., ad esempio, analizzava in modo critico le funzioni della custodia preventiva alla luce dei principi della nostra Costituzione, con particolare attenzione alla tensione tra la tutela della libertà individuale (art. 13 Cost.) e la presunzione di non colpevolezza (art. 27, co. 2, Cost.). Pur riconoscendone la natura polifunzionale, sottolineava come la legittimità costituzionale dell'istituto

cipi di legalità e proporzionalità della pena sembra tendenzialmente assicurata, *ex post*, dal meccanismo dello scomputo, che ne riconosce la sostanza afflittiva e l'assorbe nella pena formale/forense. La detrazione del presofferto cessa così di essere un mero istituto di equità per divenire la chiave di volta che tiene in equilibrio l'intera costruzione costituzionale della custodia cautelare, assicurando che l'afflizione della cautela non si trasformi in un'illegittima pena sproporzionata. Il principio *carcer passus in poenam cedit*, pertanto, non è solo un antico brocardo, ma anche la sintesi moderna di un imperativo costituzionale.

9. *La pena informale come limite costituzionale all'abuso della custodia cautelare.* Il percorso argomentativo sin qui svolto, volto a decifrare l'enigmatica costituzionalità della custodia cautelare attraverso la categoria della pena informale, potrebbe essere frainteso. Potrebbe apparire come un tentativo di offrire una legittimazione teorica, una sorta di giustificazione costituzionale, a una prassi che, nella realtà italiana, si manifesta spesso in forme patologiche e abusive. È doveroso, in conclusione, sgombrare il campo da ogni equivoco: l'obiettivo di questo lavoro non è avallare l'uso corrente della custodia cautelare, ma, al contrario, dimostrare come la sua corretta qualificazione dogmatica, alla luce dei principi costituzionali, imponga un ripensamento radicale e una sua applicazione rigorosamente limitata e parsimoniosa. La categoria della pena informale, lungi dal giustificare l'esistente, ne svela le profonde contraddizioni con il dettato costituzionale, erigendosi ad ulteriore argomento contro l'abuso della custodia preventiva.

La tesi qui sostenuta - che la custodia cautelare sia una pena informale mediata dallo Stato, la cui legittimità è condizionata *ex post* dallo scomputo del presofferto - non deve essere intesa come un *placet* a un suo uso disinvolto.

dipendesse da un rigoroso ancoraggio a finalità processuali, quali l'esigenza istruttoria e la funzione cautelare finale, cioè garantire l'esecuzione della pena. Vassalli, infatti, già a quel tempo criticava aspramente l'utilizzo della carcerazione preventiva per scopi di prevenzione speciale o di "difesa sociale", poiché tale impostazione finisce per trasformare la misura in una sanzione penale anticipata, inflitta a un soggetto non ancora condannato e in palese violazione della presunzione di non colpevolezza. Secondo Vassalli, quando la detenzione preventiva viene giustificata sulla base della pericolosità del reo o dell'allarme sociale, essa trascende i suoi fini cautelari e assume i connotati di una pena di fatto, un'anticipazione punitiva che il sistema costituzionale non può tollerare.

Il fatto che la sofferenza patita in stato di presunzione d'innocenza venga successivamente "compensata" attraverso la detrazione non ne annulla la sua intrinseca gravità. La privazione della libertà personale rimane, come sottolineato dai Padri costituenti, il più incisivo dei sacrifici che lo Stato possa imporre a un individuo, e il fatto che avvenga in una fase in cui la colpevolezza non è ancora accertata la rende una misura eccezionale, un'"immoralità necessaria" da contenere entro i limiti della più stretta indispensabilità. La detrazione del presofferto non è un beneplacito per l'abuso della cautela, ma il *minimum* costituzionale per sanare, sul piano della proporzionalità, una sofferenza che è già stata inflitta. Pertanto, l'argomento secondo cui "tanto poi si scomputa" è fallace e costituzionalmente inaccettabile, poiché ignora che ogni singolo giorno trascorso in carcere da un presunto innocente rappresenta una ferita per lo Stato di diritto, che la successiva detrazione, in caso di condanna, può solo suturare, ma non cancellare. Senza contare che lo stesso supposto argomento è, a monte, logicamente e ulteriormente infondato, e la sua debolezza emerge *a fortiori* in tutta la sua drammaticità se si considera la posizione di coloro che, dopo aver patito la carcerazione preventiva, vengono definitivamente assolti. Per questi soggetti, lo scomputo del presofferto è un meccanismo inapplicabile e la sofferenza subita si rivela un danno irreparabile. L'ordinamento prevede, è vero, una riparazione per ingiusta detenzione anche nel caso di misura cautelare²⁰⁴, ma questa si risolve in una compensazione meramente monetaria, un rimedio di per sé insoddisfacente e incapace di restituire il bene primario della libertà personale, il tempo di vita sottratto, la dignità violata e l'onorabilità compromessa. L'esistenza stessa di un danno non pienamente riparabile per l'innocente dimostra che la carcerazione preventiva è un male che non può essere neutralizzato *ex post* con facilità. Ogni

²⁰⁴ È l'art. 314 c.p.p. a prevederla: «Chi è stato prosciolto con sentenza irrevocabile perché il fatto non sussiste, per non aver commesso il fatto, perché il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, ha diritto a un'equa riparazione per la custodia cautelare subita, qualora non vi abbia dato o concorso a darvi causa per dolo o colpa grave. [...] Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano, alle medesime condizioni, a favore delle persone nei cui confronti sia pronunciato provvedimento di archiviazione ovvero sentenza di non luogo a procedere». L'articolo in questione, inoltre, al co. 4 precisa che «Il diritto alla riparazione è escluso per quella parte della custodia cautelare che sia computata ai fini della determinazione della misura di una pena», evitando così che ci si possa avvalere due volte della 'compensazione' per la medesima ingiusta detenzione, una volta in termini di scomputo del presofferto, un'altra volta in termini d'indennizzo monetario.

sua applicazione comporta il rischio di un'assoluta ingiustizia, un rischio che lo Stato di diritto può correre solo in circostanze di eccezionale e comprovata necessità.

L'intera ricostruzione storica qui offerta, dal diritto romano fino ai lavori dell'Assemblea costituente, milita inequivocabilmente in questa direzione. Il lungo e travagliato cammino che ha portato all'affermazione del principio *carcer passus in poenam cedit* è la storia di una battaglia per contenere l'arbitrio del potere statale, per trasformare il carcere da strumento di punizione anticipata a misura di mera custodia. L'eredità del pensiero illuminista e la ferma volontà dei Costituenti di porre l'inviolabilità della libertà personale come architrave del nuovo ordine democratico convergono su un punto: la carcerazione preventiva è un "male necessario", la cui applicazione deve essere rigorosamente ancorata a presupposti di legge e giustificata da esigenze ineludibili, rappresentando sempre e comunque l'*extrema ratio*.

A queste considerazioni si aggiunge un argomento decisivo che emerge proprio dalla natura di pena informale della custodia cautelare: il suo impatto sulla finalità rieducativa della pena, sancita dall'art. 27, co. 3, Cost. Come abbiamo ricordato, il trattamento cautelare dell'imputato non può, per definizione, avere finalità rieducative, perché sarebbe un controsenso voler "rieducare" un soggetto che la Costituzione presume non colpevole. Il regime detentivo dell'imputato, dunque, non può tendere alla sua reintegrazione sociale, ma solo a limitare, per quanto possibile, i danni della desocializzazione carceraria. Se così è, e se attraverso il meccanismo dello scomputo una parte significativa o talvolta l'intera pena detentiva viene di fatto espiata in regime cautelare, ne consegue un effetto tanto logico quanto problematico: una porzione o tutta la pena formalmente inflitta per rieducare viene scontata in un contesto che, per imperativo costituzionale, è privo di qualsiasi funzione risocializzante. Se, come abbiamo visto²⁰⁵, questa considerazione non può essere un ostacolo all'obbligatorietà dello scomputo - pena la violazione del principio di proporzionalità -, essa deve però costituire un potente argomento a favore di un uso assolutamente parsimonioso della custodia cautelare. Ogni giorno di presofferto, in caso di condanna definitiva, è un giorno sottratto alla fun-

²⁰⁵ V. *supra*, par. 7.1.

zione costituzionale della pena. Un ricorso estensivo alla carcerazione preventiva non solo anticipa l'afflizione, ma svuota di significato il percorso rieducativo che dovrebbe seguire alla condanna, trasformando la pena in mera retribuzione detentiva.

La realtà italiana, purtroppo, si muove in direzione opposta a quella indicata da questi principi. L'uso della custodia cautelare ha assunto nel nostro Paese dimensioni patologiche, trasformandosi da *extrema ratio* a strumento ordinario di gestione del processo, specialmente in risposta a cicliche ondate di "emergenza criminale"²⁰⁶. La c.d. legislazione dell'emergenza²⁰⁷, infatti, ha introdotto presunzioni di adeguatezza e di necessità della custodia in carcere per intere categorie di reati, invertendo l'onere della prova e rendendo la detenzione la regola anziché l'eccezione²⁰⁸. Questa tendenza sembra mascherare sotto la finalità cautelare una vera e propria funzione di pena anticipata²⁰⁹, volta a soddisfare le istanze securitarie dell'opinione pubblica e a compensare le inefficienze del sistema processuale²¹⁰.

I dati statistici confermano questa drammatica realtà. Al 31 dicembre 2023, i detenuti in attesa di primo giudizio in Italia erano il 14,4% del totale, a cui si aggiungevano gli appellanti pari al 6% e i ricorrenti in cassazione pari al 3,3%, per un totale di detenuti non condannati in via definitiva pari al 25,7%²¹¹. Complessivamente, dunque, i detenuti non definitivi costituiscono una porzione molto importante della popolazione carceraria, la cui sensibile diminu-

²⁰⁶ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 1989, 336 ss.

²⁰⁷ MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 152 ss.

²⁰⁸ MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017, 98 ss.; GIOSTRA, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2012, 4897 ss.; LA REGINA, *Misure cautelari. La presunzione di adeguatezza*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2012, 1 ss.

²⁰⁹ MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 159 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 336 ss.; NOBILI, *Verso un nuovo garantismo? Spunti per gli studenti di sociologia del diritto*, in *Critica del diritto*, 1996, 240 ss. e 248 ss.; MANNA, *Riflessioni introduttive sulle recenti riforme in tema di "svuota-carceri"*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, 1 ss., spec. 14.

²¹⁰ «Noi riteniamo che la custodia cautelare sia, come la pena, almeno attualmente, un male necessario se, però, essa è limitata dalla stessa necessità. In realtà, a noi sembra che oggi essa finisca sovente per costituire un rozzo e superficiale rimedio alle disfunzioni, alle lungaggini processuali, assumendo su di sé finalità di intimidazione-retribuzione che la stravolgono», cfr. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 153.

²¹¹ *Nodo alla gola. XX Rapporto sulle condizioni di detenzione dell'Associazione Antigone*, 22-23, reperibile all'indirizzo www.rapportoantigone.it/ventesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/wp-content/uploads/2024/05/Antigone_XXRapporto_NodoAllaGola.pdf.

zione sarebbe sufficiente a mitigare di molto il problema del sovraffollamento carcerario. Questi numeri, uniti al cronico sovraffollamento e alle condizioni spesso degradanti degli istituti penitenziari, dipingono un quadro in cui la sofferenza della pena informale non solo è inflitta su larga scala a presunti innocenti, ma avviene in un contesto che ne aggrava l'afflittività, in palese contrasto con il senso di umanità.

Appare dunque chiaro, in conclusione, che la ricostruzione dogmatica qui proposta non intende in alcun modo offrire una sponda teorica a tale deriva. Al contrario, la qualificazione della custodia cautelare come pena informale ne svela la natura intimamente problematica e ne rafforza la necessità di un contenimento rigoroso. Se la carcerazione preventiva è una pena, seppur informale, la sua applicazione a un presunto innocente è un atto grave da poter essere giustificato solo da necessità assolute e inderogabili. La categoria della pena informale, quindi, non legittima l'abuso, ma lo denuncia, fornendo un ulteriore e sistematico argomento costituzionale per ricondurre la custodia in carcere alla sua dimensione originaria: quella di misura eccezionale, provvisoria e strumentale, il cui connesso sacrificio della libertà individuale può essere tollerato solo se strettamente necessario e se bilanciato dalla certezza che, in caso di condanna, quel *carcer passus* sarà integralmente computato *in poenam*.