

## CONFRONTO DI IDEE

---

**FRANCESCO ZACCHÈ**

### **Relazione alla tavola rotonda su “La pena da Beccaria ad oggi”\***

1. «Quando la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile (...) Il processo medesimo deve essere finito nel più breve tempo possibile»<sup>1</sup>. Le parole di Cesare Beccaria risalgono a duecentocinquanta anni fa, ma sono ancora di stringente attualità. Il processo non funziona, non è in grado di produrre risultati in tempi ragionevoli. E l'insostenibile durata del procedimento genera uno scollamento tra il tempo della commissione del reato e il tempo dell'esecuzione della pena, tale da provocare un diffuso senso d'inefficienza del sistema repressivo e d'insicurezza collettiva, amplificata dalle rappresentazioni mediatiche del crimine. Di qui – ed è quanto a noi oggi importa – la tendenza a scaricare le tensioni relative all'irrogazione delle sanzioni penali sul processo e, in particolare, a trasfigurare la custodia cautelare in una sorta di pena (in senso lato) anticipata. In breve, il processo da strumento deputato alla verifica della responsabilità per un fatto penalmente rilevante si erige a mezzo di “difesa della società”, di “repressione della devianza” e la detenzione assurge a condizione ordinaria in cui si trova l'imputato in attesa di giudizio.

Ma così i ruoli si ribaltano. Il processo sul merito dell'imputazione diventa servente rispetto al procedimento cautelare, sotto almeno due profili. Anzitutto, si esige sempre di più un penetrante vaglio sui gravi indizi di colpevolezza che, se confermati in sede di riesame e/o in Cassazione, spesso diventano la pietra angolare nel successivo giudizio di merito, segnandone le sorti. In secondo luogo, è il procedimento cautelare a dettare le cadenze del processo principale, ora dilatando le attività processuali fino al limite dei termini massimi di durata della custodia, ora accelerando l'instaurazione del dibattimento, come avviene nell'immediato custodiale. Una vera e propria eterogenesi dei fini, questa, contraria ai principi che, in tema di libertà personale, la Costituzione e le Carte internazionali ci consegnano.

Basti pensare all'art. 5, co. 1, CEDU. La norma recita che «ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza». Però, qui, il termine “sicurezza” non riguarda la sicurezza del cittadino contro i pericoli provocati dalla criminalità;

---

\* La presente relazione riproduce l'intervento avvenuto l'11 dicembre 2014, presso l'aula Calasso dell'Università La Sapienza di Roma, in occasione della presentazione del fasc. n. 2 del 2014 di *questa Rivista* dedicato a “Pena e penitenziario: sicurezza interna e garanzie europee”.

<sup>1</sup> BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di PISAPIA, Milano, 1973, 69.

nell'ottica convenzionale, la sicurezza è prima di tutto un diritto rispetto alle interferenze della pubblica autorità nella libertà d'un individuo: "la sicurezza dal sovrano".

2. Non è un caso, allora, se nella recente risoluzione sulle condizioni detentive all'interno dell'Unione - adottata nel solco del "Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia nel settore della detenzione" (Com[2001] 327), approvato in via definitiva dalla Commissione europea il 14 giugno 2011 - il Parlamento europeo stigmatizzi il fatto che in alcuni Stati membri gran parte della popolazione carceraria sia composta da detenuti in attesa di giudizio. Per il legislatore europeo, la detenzione provvisoria è una misura eccezionale e periodi eccessivamente lunghi di carcerazione hanno un effetto negativo sull'individuo.

Nella stessa sentenza Torreggiani<sup>2</sup>, i giudici di Strasburgo richiamano più volte le raccomandazioni, Rec(99)22 e Rec(2006)13, con le quali il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa invita gli Stati a riorientare le loro politiche penali verso il minimo ricorso alla carcerazione allo scopo, tra l'altro, di risolvere il problema della crescita della popolazione carceraria. In sintesi, le raccomandazioni spingono gli Stati a una riduzione al minimo del ricorso alla custodia cautelare in carcere; la detenzione provvisoria d'una persona sospettata d'un delitto deve essere l'eccezione piuttosto che la regola, la custodia non può essere obbligatoria, giammai deve essere utilizzata a scopi punitivi.

La realtà italiana è opposta. All'epoca della sentenza Torreggiani, la Corte europea è *frappée*, attonita: il 40% della popolazione carceraria era imputata. Certo, sappiamo che la presunzione d'innocenza riconosciuta dall'art. 27, co. 2, Cost. opera fino al terzo grado di giudizio, ma di questo 40% una misura rilevante è rappresentata da persone in attesa di giudizio: il 19%.

3. Per risolvere il problema del sovraffollamento, in tale cornice, ci saremmo aspettati un intervento legislativo significativo sulle misure cautelari. In questo biennio, invece, le riforme che hanno toccato le cautele presentano un carattere frammentario, oltre a manifestare al loro interno un doppio volto. Siano sufficienti due esempi.

Anzitutto, la L. 9 agosto 2013, n. 94 che ha innalzato il limite astratto per disporre la custodia cautelare ai delitti per i quali sia prevista la pena non inferiore nel massimo a cinque anni. In un'ottica deflazionistica dell'uso della carcerazione provvisoria, il ritocco verso l'alto è indubbiamente positivo. Nondimeno l'operazione risulta sospetta quando, poi, lo stesso legislatore

---

<sup>2</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia.

pone una deroga espressa alla preclusione per il reato di finanziamento illecito dei partiti, oppure adegua le pene con cui si punisce lo *stalking* al riformulato art. 280 c.p.p. Di fronte a tali scelte, traspare l'idea che alcuni reati – ritenuti a torto o a ragione odiosi dall'opinione pubblica in un dato contesto storico – debbano trovare una risposta “sanzionatoria” pronta e certa da parte dello Stato.

In secondo luogo, il novellato art. 282-*quater* c.p.p. il quale stabilisce che, quando la persona sottoposta alle misure cautelari di cui agli artt. 282-*bis* e 282-*ter* c.p.p. prende parte a programmi di prevenzione dalla violenza, questi ultimi possono essere valutati in sede di revoca o di sostituzione della misura cautelare ex art. 299 c.p.p. Insomma, soggetti di cui si deve ancora dimostrare la responsabilità penale maturano sconti “cautelari”, se accettano d'entrare in progetti rieducativi contro la violenza di cui sono imputati.

4. Ora, è vero che in Parlamento oggi pende un importante progetto di legge, approvato con modificazioni in seconda lettura dalla Camera dei Deputati. È il disegno di legge n. 1232, nato su impulso dell'on. Donatella Ferranti, recante «Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali», il quale riprende, tra l'altro, alcune idee provenienti dai lavori della commissione ministeriale presieduta dal dott. Giovanni Canzio, in tema di riforme del processo penale.

Nel merito, il disegno di legge mostra l'apprezzabile volontà di restringere la sfera d'uso della custodia cautelare in carcere, limitandone gli abusi e i relativi drammatici riverberi sul sovraffollamento. Lo asserisce lo stesso preambolo. Il quesito di fondo, però, è se il progetto di legge sia in grado d'imporre il doveroso cambio di marcia, o se piuttosto esso sia prigioniero d'una logica angusta, da cui traspare la difficoltà del legislatore ad affrancarsi dagli abituali schemi culturali.

Senza entrare nell'analisi d'una disciplina ancora *in itinere*, ai nostri fini è sufficiente cogliere lo spirito del progetto di legge e la sua coerenza rispetto al dichiarato obiettivo di circoscrivere l'area d'incidenza della detenzione provvisoria nei margini della stretta necessità. Le linee d'intervento sono sostanzialmente tre.

5. Un primo aspetto riguarda la scelta di potenziare l'impiego delle misure cautelari diverse dalla custodia cautelare in carcere.

Così, il legislatore scommette sulle misure interdittive, il cui uso oggi è estremamente ridotto, portando la loro durata dal termine di due mesi a quello annuale. Al contempo, si vuole modificare l'art. 275, co. 3, primo periodo, c.p.p. e l'art. 299, co. 4, c.p.p., riconoscendo la possibilità di procedere

all'applicazione cumulativa nei confronti della stessa persona e per il medesimo fatto di più misure coercitive e interdittive, prima e al di fuori dei casi previsti dagli artt. 276 e 307 c.p.p. In un'ottica di deflazione carceraria, inoltre, si cerca di favorire l'adozione degli strumenti di controllo a distanza, mediante l'inserimento nell'art. 275 c.p.p. del co. 3-*bis*. Con tale norma, si chiede al giudice un *surplus* motivazionale, nel senso che, quando dispone la detenzione provvisoria, egli deve specificare le ragioni per le quali ritiene inidonea la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo di cui all'art. 275-*bis* c.p.p.

Ciò detto, è dubbio che le misure interdittive, di per sé, siano in grado d'incidere sul sovraffollamento: per come concepite, esse toccano settori della criminalità - ad esempio, quella economica - che gravano in una percentuale minima sulla popolazione carceraria. Certo, è positiva la combinazione delle misure coercitive diverse dalla custodia. Ma, sulla scorta delle indicazioni provenienti dall'Europa, sarebbe auspicabile un'estensione - non prevista dal disegno di legge - dell'impiego del c.d. "braccialetto elettronico" alle altre misure coercitive non detentive, nonché l'introduzione di alternative cautelari, prime fra tutte, la cauzione.

6. Il secondo versante dell'intervento legislativo concerne la tendenziale conferma degli automatismi nell'applicazione e proroga della custodia cautelare.

Per prima cosa, il Parlamento rinuncia ad abrogare i co. 1-*bis* e 2-*ter* dell'art. 275 c.p.p. che, sebbene di modesto valore, manifestano - fra l'altro - l'idea d'una esecuzione provvisoria della condanna di primo grado o in appello. Si rinuncia altresì ad abrogare gli artt. 276, co. 1-*ter* e 284, co. 5-*bis*, c.p.p., benché all'inizio dell'*iter* legislativo se ne fosse disposta l'abolizione. Nell'attuale versione, sopravvive la regola secondo cui, in caso di trasgressione del divieto d'allontanamento dal luogo in cui si eseguono gli arresti domiciliari, il giudice sostituisce la misura in corso col carcere. Si toglie, tuttavia, l'assolutezza dell'automatismo, considerato che si autorizza l'organo giudicante a mantenere la coercizione meno afflittiva, qualora la violazione della prescrizione sia di lieve entità. Una modifica identica, poi, viene proposta in ordine al divieto di concedere gli arresti domiciliari a chi, nei precedenti cinque anni, abbia subito una condanna per evasione.

La titubanza a riaffidare al giudice il pieno potere sull'*an* e sul *quomodo* dello strumento coercitivo emerge con tutta evidenza pure dalla volontà di fotografare, con qualche leggero ritocco, l'odierna disciplina dell'art. 275, co. 3, c.p.p. Per un ampio catalogo di reati, infatti, la libertà del prevenuto rimane condizionata ai gravi indizi di colpevolezza e alla prova negativa del bisogno cautelare, ossia alla valutazione da parte del giudice di elementi idonei a di-

mostrare l'insussistenza dei *pericula libertatis*.

Verificati i presupposti cautelari, quindi, si apre l'alternativa. Scatta la presunzione assoluta d'adeguatezza del carcere per i reati di mafia *ex art. 416-bis* e per i delitti di associazione sovversiva o con finalità di terrorismo ai sensi degli artt. 270 e 270-*bis* c.p. Nell'ultima versione approvata dalla Camera dei Deputati, è stato eliminato dall'elenco dei reati per i quali vige il regime derogatorio il riferimento al delitto di scambio elettorale politico mafioso, nonché al delitto d'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti. L'eliminazione di quest'ultimo richiamo è dovuta alla sentenza cost. n. 231 del 2011.

Piuttosto ci chiediamo se la previsione del doppio binario per i reati di associazione sovversiva o con finalità di terrorismo ai sensi degli artt. 270 e 270-*bis* c.p. potrà reggere al vaglio di un eventuale giudizio di legittimità costituzionale. Ad avviso dei giudici di Palazzo della Consulta, per «struttura» e «connotazioni criminologiche», è solo l'associazione di tipo mafioso a sostenere, «nella generalità dei casi concreti (...) e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, una esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere». Benché si tratti di un assunto di per sé discutibile, conosciamo il pensiero della Corte costituzionale: «l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato e dotato di particolare forza intimidatrice», per cui l'unico strumento idoneo «a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità»<sup>3</sup>, è il carcere. I reati di cui agli artt. 270 e 270-*bis* c.p., invece, non postulano necessariamente la creazione d'una struttura complessa e gerarchicamente ordinata, né l'esistenza di radicamenti sul territorio, e così via. In breve, in essi, difettano quelle peculiari connotazioni da cui si può enucleare una congrua regola d'esperienza in forza della quale sarebbe la sola custodia cautelare l'unico strumento idoneo a fronteggiare le esigenze cautelari.

Per tutti gli altri illeciti inseriti nell'art. 275, co. 3, c.p.p. dal pacchetto sicurezza del 2009, la Camera dei Deputati mantiene la presunzione *iuris tantum* di adeguatezza del carcere. Qui, il legislatore non fa altro che adattare la formula dell'art. 275 c.p.p. agli approdi della Corte costituzionale. E nel fare questo è agevolato dalla giurisprudenza costituzionale che, come abbiamo accennato, ha spostato l'asse di riflessione sulla razionalità e non arbitrarietà delle massime d'esperienza che sorreggono il doppio regime presuntivo. A questo pun-

---

<sup>3</sup> Per la presente e le precedenti citazioni nel capoverso, v. Corte cost., n. 265 del 2010, in *Cass. pen.*, 2011, 152.

to, sarei *tranchant* e riterrei più opportuno ripristinare la disciplina ordinaria per tutti gli illeciti ivi richiamati, coerentemente con la scelta originaria d'escludere da qualunque presunzione molte fattispecie portatrici della medesima o, addirittura, d'una maggiore gravità in termini d'offesa e/o di trattamento sanzionatorio. Cerco di essere più chiaro: per i delitti di strage o d'infanticidio, valgono le regole ordinarie; per i delitti di omicidio o di sfruttamento sessuale dei minori, vige il regime speciale, con grave pregiudizio del principio d'eguaglianza. Non solo: se è vero che il legislatore può ricorrere alle presunzioni nella misura in cui le stesse siano ragionevoli e lascino spazi all'esercizio del diritto di difesa, va comunque tenuto conto del fatto che, in materia cautelare, lo sguardo debba essere rivolto alla libertà personale, un diritto inviolabile, il quale ha una tendenziale priorità nel bilanciamento con le contrapposte esigenze statuali<sup>4</sup>.

7. Passiamo, infine, al terzo nucleo dell'intervento riformatore. Il disegno di legge mira a diminuire l'impiego della detenzione provvisoria attraverso l'ennesima riscrittura dei vincoli che il giudice deve osservare nell'applicazione dello strumento cautelare.

La constatazione da cui muove il legislatore è che, nella prassi, la giurisprudenza tende a giustificare i presupposti cautelari con motivazioni apparenti, o perché prive dell'autonoma valutazione delle prove e delle esigenze cautelari, o perché totalmente assorbite sui gravi indizi di colpevolezza, specialmente quando entrano in gioco le cc.dd. "esigenze di difesa sociale". È a questi indirizzi che il Parlamento cerca di porre un freno, lavorando sia sulla specificazione dei presupposti cautelari di cui all'art. 274 c.p.p. sia sulla struttura della motivazione dell'ordinanza limitativa della libertà personale.

A tale proposito, il disegno di legge modifica l'art. 292, co. 2, lett. c e c-bis, c.p.p. esigendo che l'organo giurisdizionale, in sede d'adozione del provvedimento, debba non solo esporre ma anche compiere l' "autonoma valutazione" delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che sorreggono la misura disposta, dei motivi per cui non sono rilevanti gli elementi forniti dalla difesa e, infine, delle ragioni per cui le esigenze di cui all'art. 274 c.p.p. non possono essere altrimenti soddisfatte. Contestualmente, si prevede in capo al tribunale del riesame l'obbligo d'annullare l'ordinanza impugnata, nelle ipo-

---

<sup>4</sup> Va segnalata, in siffatta cornice, Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 8 luglio 2014, Nedim Sener c. Turchia, dove la Corte europea - preso atto dell'esistenza nell'ordinamento turco d'una presunzione relativa di necessità della detenzione provvisoria, tra l'altro, nei casi in cui l'illecito contestato riguardi l'appartenenza a un'organizzazione terroristica - ha affermato che tutto ciò non può giustificare l'assenza nella motivazione di ragioni specifiche e dettagliate idonee a giustificare la protrazione della misura detentiva.

tesi in cui manchi la motivazione o il provvedimento non contenga l'autonoma valutazione delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa. Si superano, così, gli indirizzi giurisprudenziali che riconoscevano, in tali circostanze, il potere del tribunale delle libertà d'integrare la motivazione, con l'effetto d'eludere il diritto dell'imputato a conoscere immediatamente le ragioni poste a fondamento del titolo cautelare e di contestarle in sede d'impugnazione di merito.

Quanto alle novità attinenti alla descrizione dei *pericula libertatis*, il legislatore propone d'introdurre nella lett. *b* e nella lett. *c* dell'art. 274 c.p.p. che il pericolo di fuga e di reiterazione del reato sia, oltretutto concreto, attuale. Inoltre, si aggiunge che, in tali situazioni, il pericolo concreto e attuale non può essere desunto in via esclusiva dal titolo del reato per cui si procede.

Sul primo ritocco, *nulla quaestio*. Sebbene a rigore sia superfluo, dato che nel concetto di pericolo concreto è insito quello dell'attualità, siffatto requisito può comunque ritornare utile per ribadire che una limitazione della libertà personale non debba essere imputabile né a condotte del prevenuto remote nel tempo - ad esempio, sulla base di precedenti penali assai risalenti - né in base a generiche congetture sulla sua propensione a commettere reati.

Meno chiara è la seconda interpolazione. All'inizio dell'*iter* parlamentare, il disegno di legge prevedeva che le situazioni di pericolo attuale e concreto non potessero essere desunte dalla gravità del reato e dalla modalità del fatto per cui si procede, così come la personalità dell'imputato non poteva essere desunta unicamente dalle circostanze del fatto addebitato. La norma, in breve, serviva ad affermare la regola per cui la prognosi sui bisogni cautelari si deve fondare pure su elementi estranei alla dinamica del fatto di reato, in maniera tale da impedire sovrapposizioni con il distinto vaglio sui gravi indizi di colpevolezza. Con l'odierna riformulazione, il Parlamento abbandona tali propositi, introducendo una norma sostanzialmente inutile. Che dal titolo del reato, o dalla sua fattispecie astratta, non si possa arguire la sussistenza dei *pericula libertatis* appare del tutto scontato. Diversamente opinando, si entrerebbe in palese collisione con la presunzione d'innocenza, poiché a quel punto le limitazioni della libertà personale si fonderebbero unicamente sul *fumus commissi delicti*. Ma, così, si tornerebbe a una sorta di cattura obbligatoria.

Detto questo, è evidente che l'inserimento dell'attualità del pericolo nella fattispecie cautelare e la rimodulazione della struttura dell'ordinanza ex art. 292 c.p.p. rappresentino un messaggio importante contro gli abusi della prassi: la maggiore analiticità richiesta in sede di motivazione sui requisiti della fattispecie cautelare permette alle parti un controllo più incisivo sul fondamento del titolo cautelare. Nondimeno, purtroppo, l'esperienza insegna come la riscrittura delle regole, mediante attributi, avverbi, incisi, ecc., non sia mai risolutiva

dei problemi che le hanno originate.

**8.** Per un'effettiva deflazione della custodia in carcere servirebbe ben altro. E le strade da percorrere sembrerebbero almeno due.

Anzitutto, occorrerebbe ritagliare un procedimento cautelare autonomo e svincolato da intersezioni con il procedimento principale. In quest'ottica, andrebbe ulteriormente coltivata l'idea d'istituire presso ogni tribunale o, eventualmente, presso le corti d'appello, una o più apposite sezioni specializzate a cui devolvere in via esclusiva la competenza per ogni provvedimento sull'applicazione e sulle successive sorti - sostituzione e revoca - delle misure cautelari personali.

In secondo luogo, andrebbe abrogata la lett. c) dell'art. 274 c.p.p., in stretta osservanza con la regola di trattamento espressa nell'art. 27, co. 2, Cost. che vieta d'equiparare imputato e condannato. Le premesse ci sono già. Come si legge nella sentenza cost. n. 265 del 2010, una delle funzioni della presunzione d'innocenza è di «segnare, in negativo, i confini di ammissibilità» della custodia in carcere. «Affinché le restrizioni della libertà personale dell'indagato o imputato nel corso del procedimento siano compatibili con la presunzione di non colpevolezza è necessario che esse assumano connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena, irrogabile solo dopo l'accertamento definitivo della responsabilità: e ciò, ancorché si tratti di misure - nella loro specie più gravi - ad essa corrispondenti sul piano del contenuto afflittivo». Pertanto, «l'applicazione delle misure cautelari non può essere legittimata in alcun caso esclusivamente da un giudizio anticipato di colpevolezza, né corrispondere - direttamente o indirettamente - a finalità proprie della sanzione penale, né, ancora e correlativamente, restare indifferente ad un preciso scopo (c.d. "vuoto dei fini")»<sup>5</sup>. A rigore, dunque, la custodia cautelare risulta costituzionalmente tollerabile nella misura in cui assicuri le finalità proprie del processo, perché legate al suo svolgimento - la c.d. "cautela strumentale" espressa dalla lett. a dell'art. 274 c.p.p. - o al suo risultato - la c.d. "cautela finale" contenuta nella lett. b dell'art. 274 c.p.p. Viceversa, è incerta la compatibilità costituzionale dell'uso del carcere *ante iudicatum* per soddisfare funzioni di prevenzione speciale o generale<sup>6</sup>.

Certo, questo spunterebbe le armi alla magistratura. E, considerate le peculiarità della criminalità operante in Italia, una modifica in tal senso sarebbe salutata, nella migliore delle ipotesi, come un salto in un futuro ideale, nelle peg-

---

<sup>5</sup> Corte cost., n. 265 del 2010, cit., 148, da cui sono tratte anche le citazione che precedono nel capoverso.

<sup>6</sup> Cfr., però, Corte cost., n. 1 del 1980, in *Giur. cost.*, 1980, I, spec. 8-9.



giori, come un salto nel buio. In realtà, si tratterebbe d'un salto nel passato e, per di più, di un salto nel secolo dei lumi. Scrive Cesare Beccaria nel capitolo dedicato alla prontezza della pena: «la strettezza del carcere [provvisorio] non può essere che la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti»<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 69.