

CARCERE SENZA ACCUSA?

di Massimo Ceresa-Gastaldo

(Professore ordinario di Diritto processuale penale, Università L. Bocconi di Milano)

Sommario: 1. L'ingrata sorte della presunzione d'innocenza. – 2. Custodia *sine die*. – 3. Il rischio di un ragionamento circolare. – 4. Azione cautelare e azione penale. – 5. Controindicazioni e rimedi.

1. Per affrontare il tema della libertà personale, nella prospettiva – così sapientemente posta dal binomio che intitola il convegno – delle logiche e delle esperienze del processo penale, non si può prescindere da un'amara constatazione: sono purtroppo oggi ancora radicate e più che mai diffuse quelle prassi applicative degli istituti cautelari irrispettose della presunzione costituzionale di innocenza denunciate negli studi di Enrico Marzaduri.

Prassi applicative destinate «a prevale[re] sul dato normativo o, comunque, [a] privilegia[rne] una lettura assai spesso contrastante con l'affermazione dei diritti individuali»¹, che testimoniano «l'ingrata sorte dei contenuti garantistici trasfusi nell'art. 27 comma 2 Cost.», come notava l'Autore nel 2010, in occasione dell'importante incontro ferrarese dedicato a *Diritti individuali e processo penale nell'Italia Repubblicana*².

Una «preoccupante distanza tra quanto prescritto, prima dalla Costituzione poi dal codice, e quanto discende dall'amministrazione quotidiana della giustizia», che è l'effetto, purtroppo, «dell'incapacità del sistema di dare risposte tempestive sul piano sanzionatorio», che si pretende di compensare con il «recupero delle esigenze repressive in ambito processuale»³; il tutto in una dimensione, evidentemente, ancora

* Contributo destinato al volume *Logiche ed esperienze del processo penale*. Per Enrico Marzaduri, a cura di B. Galgani, D. Negri e S. Ruggeri.

¹ E. Marzaduri, *La prassi applicativa delle disposizioni sulla custodia cautelare ed i sofferti rapporti con la garanzia sancita nell'art. 27 comma 2 Cost.*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia Repubblicana*, Ferrara, 12-13 novembre 2010, Milano 2011, 266.

² E. Marzaduri, *op. cit.*, 265.

³ E. Marzaduri, *op. cit.*, 268. Va infatti osservato che proprio il disagio rappresentato dalla percezione dell'ineffettività della pena costituisce il maggior nutrimento del plauso sociale per il carcere preventivo. La perdita di fiducia nella decisione del giudice porta a sovrapporre pericolosamente il piano cautelare e quello

fortemente contaminata dalle matrici inquisitorie, che proprio sul terreno cautelare raggiungono sempre pericolosi livelli di concentrazione⁴.

Certo, la timidezza del testo costituzionale⁵ – il cui dettato «riproduce, quasi con le stesse parole, una definizione cara al legislatore fascista»⁶ – ha avuto probabilmente una qualche “responsabilità” nel favorire letture lassiste del principio⁷: tanto da doversi ammettere «la sostanziale incapacità dell’art. 27, secondo comma Cost. ad orientare le scelte normative in termini davvero rispettosi della distinzione tra l’imputato ed il condannato con sentenza definitiva»⁸.

È per questo che si sono stratificate nel tempo, condivise dalla stessa dottrina progressista, le (ritenute) “legittime ragioni” della pena senza giudizio.

Per la verità, quella «foglia di fico» rappresentata dal «patetico sofisma» secondo cui la custodia dell’imputato sarebbe una misura processuale, o cautelare e comunque non penale, non poteva bastare a nascondere il carattere di illegittima pena *sine iudicio* della coercizione preventiva; e avrebbe dovuto rivelare tutta la sua fallacia quantomeno nel momento in cui alla misura si sono assegnate le medesime finalità special preventive della pena, dalla quale mutua lo stesso contenuto afflittivo⁹.

punitivo: la coercizione processuale finisce per essere vissuta – non solo, per la verità, nell’immaginario collettivo e nelle sue proiezioni giornalistiche, ma nell’opinione inconfessata di molti operatori e nelle prassi di tante procure e tribunali – come l’unica, vera, effettiva sanzione che il processo è in grado di assicurare. Con buona pace dell’art. 27 co. 2 Cost. che, nel vietare di considerare colpevole l’imputato sino alla sentenza definitiva, mette al bando iniziative cautelari che abbiano finalità anticipatorie della pena. Per un approfondimento del tema v., volendo, M. Ceresa-Gastaldo, *La legge, il giudice la pena, Introduzione* a H. Belluta, M. Ceresa-Gastaldo, C. Fiorio, R. Fonti, D. Vicoli e D. Vigoni, *Procedura penale esecutiva*², a cura di M. Ceresa-Gastaldo, Torino 2025, 16.

⁴ E. Marzaduri, *loc. ult. cit.*; Id., *Law in the book e law in action: la libertà personale tra rispetto della presunzione di non colpevolezza ed anticipata esecuzione delle sanzioni detentive*, in www.lalegislazionepenale.eu, 19.9.2016, 7.

⁵ Per la ricostruzione della genesi della formula v., per tutti, G. Illuminati, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Bologna 1979, 20.

⁶ Lo osserva M. Chiavario, *Profili della disciplina della libertà personale nell’Italia degli anni Settanta*, in *La libertà personale*, a cura di L. Elia e M. Chiavario, Torino 1977, 240, che ricorda – richiamando la *Relazione al progetto preliminare di un nuovo Codice di procedura penale*, in *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, VIII, Roma, 1929, p. 22 – come il legislatore fascista «da un lato sprezzantemente respingeva “in pieno la assurda presunzione di innocenza”, come “stravaganza derivante da quei veti concetti, germogliati dai principi della Rivoluzione Francese, per cui si portano ai più esagerati e incoerenti eccessi le garanzie individuali”, dall’altro proclamava quale “certo e inconcusso ... principio che l’imputato non può essere ritenuto colpevole prima della sentenza irrevocabile di condanna”».

⁷ E. Marzaduri, *La prassi applicativa*, cit., 269.

⁸ E. Marzaduri, *Considerazioni sul significato dell’art. 27, comma 2, Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F.R. Dinacci, Milano 2010, 323.

⁹ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*⁶, Bari 2000, 563. D’altra parte, osserva l’A., «i principi etico-politico, come quelli della logica, non ammettono contraddizioni, pena la loro inconsistenza: possono spezzarsi, ma non piegarsi a piacere; e una volta ammesso che un cittadino presunto innocente può essere

Ma così non è stato, com'è ben noto. Anche la funzione di prevenzione speciale ha finito per essere ben presto riconosciuta, dalla stessa Corte costituzionale, come finalità legittimamente perseguibile con l'intervento cautelare¹⁰.

2. Sta di fatto che ancora oggi si assiste al quotidiano abuso del ricorso alla coercizione processuale.

Un abuso riconosciuto da tutti – persino dalle fonti istituzionali – e impietosamente messo a nudo dai dati statistici¹¹, che certificano il costante peggioramento del tasso di sovraffollamento carcerario¹², ormai tornato ad attestarsi (nonostante la caduta, negli ultimi decenni, del tasso di criminalità) su valori ben superiori a quello solo temporaneamente raggiunto nel 2016, quando si riusciva ad ottenere l'archiviazione

incarcerato per “necessità processuali”, nessun gioco di parole può impedire che esso lo sia anche per “necessità penali”» (*ibid.*, 565).

¹⁰ L'iniziale affermazione secondo cui il rispetto della prescrizione dell'art. 27 co. 2 Cost. «necessariamente comporta che la detenzione preventiva in nessun caso possa avere la funzione di anticipare la pena da infliggersi solo dopo l'accertamento della colpevolezza», potendo dunque «essere predisposta unicamente in vista della soddisfazione di esigenze di carattere cautelare o strettamente inerenti al processo» (C. cost., 4.5.1970 n. 64, in *GCoS* 1970, 663 con nota di M. Chiavario, *La scarcerazione automatica tra la “scura” della Corte costituzionale e la “restaurazione” legislativa*; G. Conso, *La nuova scarcerazione automatica*, in *AP* 1970, I, 367) – con la quale si mise finalmente in luce il diretto rapporto intercorrente tra la previsione dell'art. 13 co. 5 Cost. e la presunzione costituzionale di non colpevolezza e si chiuse «un lungo capitolo di inciviltà processuale»: così G. Amato, *Commento all'art. 13 Cost.*, in *Rapporti civili, Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1977, 23, con riferimento alla decisione e al combinato effetto delle modifiche normative contestualmente varate – fu ben presto smentita: neppure quattro anni più tardi (C. cost., 23.1.1974 n. 17), liquidando con poche battute il profilo relativo alla coerenza con il *decisum* del 1970, ed avvalendosi «in modo palesemente orientato dell'arma della ragionevolezza» (Id., *op. cit.*, 24), il Giudice delle leggi produsse una «involuzione d'indubbio significato politico», che, come osservava G. Grevi, *op. cit.*, 215, fornì la «copertura *ex ante* al nuovo corso legislativo», poi avallato dalla Corte costituzionale, che abbandonava la precedente concezione della custodia preventiva quale misura avente «scopi essenzialmente connessi al processo e natura prevalentemente cautelare» (C. cost., 18.7.1973 n. 147, in sintonia con le precedenti decisioni: C. cost., 4.5.1970 n. 64, C. cost., 19.6.1970 n. 96, C. cost. 12.7.1972 n. 135 e C. cost., 6.6.1973 n. 74) a favore del riconoscimento della funzione di prevenzione speciale come legittima finalità cautelare (C. cost., 23.1.1980 n. 1). Decisamente critico con l'atteggiamento della Corte costituzionale, «assai difficilmente compatibile con la presunzione di non colpevolezza» V. Grevi, *loc. ult. cit.*; Id., *Scelte politiche e valori costituzionali in tema di libertà personale dell'imputato*, in *PD* 1974, 609; nello stesso senso G. Conso, *Quasi un dietrofront*, in *AP* 1974, I, 327; severo anche il giudizio di G. Illuminati, *Presunzione di innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *RIDPP* 1978, 919; A. Pizzorusso, *Sui rapporti tra scarcerazione automatica per decorrenza dei termini e nuovo mandato di cattura*, in *FI* 1974, I, c. 607. Sull'involuzione della posizione della Corte costituzionale in materia si sofferma E. Marzaduri, *Considerazioni*, cit., 319.

¹¹ I dati relativi alla presenza dei detenuti in rapporto alla capienza regolamentare degli istituti penitenziari, suddivisi anche per posizione giuridica, sono reperibili nella sezione statistiche del sito del Ministero della Giustizia (https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST1453634).

¹² Nonostante il crollo del tasso di criminalità registrato in Italia, come osserva criticamente L. Ferrajoli, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Bari 2024, 3.

della procedura “Torreggiani”; e continuano a segnalare l’ancora sempre troppo alta presenza nelle carceri italiane di detenuti in attesa di giudizio.

Con una netta prevalenza, si noti, delle misure disposte e mantenute nei confronti di persone in attesa di primo giudizio, dal momento che oltre i due terzi del totale dei detenuti non definitivi sono incarcerati durante le indagini preliminari, e rimangono ristretti per l’intera durata della fase.

Insomma, in quel limbo sospeso fra essere e dover essere¹³, l’esile garanzia della presunzione di innocenza non riesce a proteggere l’indagato, che precipita nell’inferno del carcere (oltre il 65% delle misure cautelari è carcere)¹⁴, dove gli si fa espiare, senza alcuna garanzia di predeterminazione dell’entità della pena anticipata, la sua colpa. Una colpa, si noti, che non solo è ben lontana dall’essere accertata, ma che non è neppure formalizzata in un’accusa dalla quale la persona privata della libertà si possa effettivamente difendere.

E non c’è da stupirsi, allora, se il legislatore ancora di recente ha sentito l’urgenza di intervenire sulla disciplina codicistica cautelare, rimodulando (ci si riferisce alla c.d. legge Nordio dell’agosto scorso) il procedimento di adozione delle misure – e di quella carceraria in particolare – nel tentativo di mettere un freno a questa incontenibile *escalation*¹⁵.

¹³ L’efficace espressione è di P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato*, Torino 2009, 13, che muove dalla constatazione che «la divaricazione tra *law in books* e *law in action* sembra, tuttora, in questa materia, estremamente significativa».

¹⁴ Com’era peraltro facile immaginare, non ha raggiunto l’obiettivo di deflazionare il ricorso al carcere preventivo la manovra legislativa, dalle pur dichiarate intenzioni garantiste, volta ad innalzare il termine di durata massima delle misure interdittive. L’interpolazione operata al comma 2 dell’art. 308 Cpp dall’art. 10 co. 1 l. 16.4.2015 n. 47, nelle intenzioni del legislatore avrebbe favorito un maggior ricorso alle misure non coercitive – i cui termini di durata apparivano allora eccessivamente ridotti per poter soddisfare adeguatamente le esigenze cautelari – con l’attesa, corrispondente riduzione dei casi di applicazione di quelle detentive (parlava espressamente al riguardo di un nuovo «punto di riferimento ... alternativo alla misura ... cautelare in carcere», la relatrice, on. Anna Rossomando, in Camera dei Deputati, XVII legislatura, *Discussioni*, seduta 9 dicembre 2013, n. 134, testo integrale della *Relazione* in sede di discussione sulle linee generali della p.d.l. n. 631-A ed abbinate, 5). In realtà, mentre i dati continuano a testimoniare l’assoluta prevalenza del ricorso alle misure cautelari detentive rispetto alle altre, l’effetto della modifica sembra essere stato solo quello di peggiorare le condizioni delle persone sottoposte alla cautela interdittiva – il cui contenuto afflittivo, come è ben noto, può essere assai rilevante – prolungandone significativamente (dagli originari due mesi a dodici mesi) la durata massima.

¹⁵ Con la l. 9.8.2024 n. 114, *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all’ordinamento giudiziario e al codice dell’ordinamento militare*, il Parlamento è intervenuto (anche) in materia cautelare, prevedendo in particolare l’obbligo di disporre l’interrogatorio preventivo del destinatario della richiesta cautelare, nonché la collegialità della decisione sull’applicazione della custodia in carcere o di una misura di sicurezza detentiva nel corso delle indagini preliminari; per un primo inquadramento delle novità introdotte dall’ultima riforma si rinvia a V. Grevi, M. Ceresa-Gastaldo, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*¹², a cura di M. Bargis, Milano 2025, 399.

Ciò che al contrario francamente sorprende è che si continui invece ad ignorare il problema dei tempi del sacrificio della libertà dell'imputato, che è lo snodo centrale, a parere di chi scrive, dal quale dipende la tenuta costituzionale della coercizione cautelare, pericolosamente contigua alla *poena sine iudicio*.

Che la prescrizione costituzionale dell'ultimo comma dell'art. 13 Cost. sia tutt'oggi apertamente violata è sotto gli occhi di tutti.

A fronte di una predeterminazione solo formale, di pura facciata, dei limiti (comunque spropositati) di durata massima, la scarcerazione automatica, in realtà, non esiste; la custodia cautelare può essere mantenuta *sine die*, nell'inarrestabile rincorsa di proroghe, sospensioni, congelamenti, neutralizzazioni, imputazioni virtuali o retroattive, recuperi, ricalcoli, compensazioni, non computi, innalzamenti automatici o semiautomatici, ripristini e così via.

E se la durata della carcerazione preventiva – si potrebbe pure continuare a chiamarla così, senza ricorrere ad ipocriti imbellettamenti lessicali – è indeterminata e fuori controllo, altrettanto vale per la durata del processo e per quella, in particolare, delle indagini preliminari.

I tempi dell'una e dell'altro si inseguono, in un circolo vizioso perverso nel quale l'anticipazione della pena, reazione securitaria all'intollerabile ritardo della giurisdizione¹⁶, produce il paradossale effetto di giustificare e persino alimentare quel ritardo¹⁷.

Per inciso: è piuttosto sconcertante osservare come l'unica modifica in materia cautelare della riforma Cartabia, dichiaratamente votata all'efficienza del processo e al contenimento dei tempi della giustizia, è stata in realtà ancora una volta una norma che prolunga la durata della custodia, con l'ulteriore ipotesi di sospensione introdotta

¹⁶ Come rileva M. Nobili, *Principio di legalità e processo penale*, in AA.VV., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Atti del convegno *Il diritto penale degli anni '90 - In ricordo di Franco Bricola*, Bologna, 18-20 maggio 1995, a cura di S. Canestrari, Torino 1998, 311, ci si è spostati «dalla pena dopo il processo (come richiederebbero gli artt. 27 comma 2° e 25 comma 2° della Costituzione), al suo rovescio: i controlli sociali, la “risposta giudiziaria”, le “misure di contrasto”, durante e tramite il procedimento, ossia quest'ultimo, usato per gli stessi scopi che dovrebbero essere solo della sanzione». Stigmatizza «l'iper-effettività che caratterizza la custodia cautelare, considerata oggi il vero rischio penale, ma proprio per questo accompagnata talvolta da un plauso sociale che legittima l'anticipazione nel mezzo processuale del fine punitivo», F. Giunta, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in RIDPP 1998, 414.

¹⁷ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 804, osserva come il mutamento del nome, da “custodia preventiva” a “custodia cautelare”, «non basta a coprire il mutamento in senso inverso della cosa: non più misura cautelare ma pena anticipata e/o preventiva in pendenza del processo, diretta ad ovviare alle lentezze di questo ma aventi in pratica l'effetto di favorirla». La carcerazione preventiva, «a sua volta, ha provocato l'allungamento dei tempi dei processi nella stessa misura in cui ne è stata prolungata la durata massima» (p. 571).

alla lett. c-ter dell'art. 304 co. 1 Cpp, con la quale si impedisce – siamo davvero all'assurdo, per non dire al grottesco – la scarcerazione automatica per il tempo necessario a decidere la concessione all'imputato della pena sostitutiva non detentiva¹⁸.

3. Queste, insomma, le logiche e le esperienze del processo penale, che sembrerebbero non lasciare alternativa alla resa, di fronte all'«incapacità del sistema giudiziario di assicurare una durata ragionevole anche ai processi che vedono imputati *in vinculis*»¹⁹.

Chi scrive è tuttavia convinto che non sia affatto impossibile individuare soluzioni in grado di assicurare effettività alla regola di trattamento espressa dall'art. 27 co. 2 Cost.

¹⁸ L'art. 13 co. 1 lett. f d.lgs 10.10.2022 n. 150 ha inserito nell'art. 304 co. 1 Cpp, prevenendo la sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare «nei casi previsti dall'articolo 545 bis, durante il tempo intercorrente tra la lettura del dispositivo indicato al comma 1 dello stesso articolo e l'udienza fissata per la decisione sulla eventuale sostituzione della pena detentiva con una pena sostitutiva ai sensi dell'articolo 53 della legge 24 novembre 1981, n. 689; in tal caso, la sospensione dei termini previsti dall'articolo 303 non può comunque avere durata superiore a sessanta giorni» (art. 304 co. 1 lett. c-ter Cpp). Stando a quanto si legge nella *Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, in www.giustizia.it (p. 245), «l'introduzione di una udienza successiva a quella in cui il giudice dà lettura del dispositivo di condanna a pena detentiva entro i quattro anni, e quindi sostituibile ai sensi della legge 24 novembre 1981 n. 689», avrebbe «impo[sto] la necessità di stabilire una nuova causa di sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare, prevista dall'articolo 304 c.p.p.»; la nuova causa di sospensione si inserirebbe «pertanto a pieno titolo nel novero delle necessità processuali dettate dalla complessità dei fatti o da oggettive cause impeditive della prosecuzione del processo, che il giudice non può governare discrezionalmente, e deve essere espressamente prevista dalla legge per il suo carattere eccezionale e incidente sulla libertà personale. Da qui, la necessità di una norma *ad hoc* ad integrazione del catalogo di cui all'art. 304, co. 1 c.p.p. attraverso l'introduzione della nuova lettera c ter)». In termini adesivi A. Natale, *Pene sostitutive e disciplina delle misure cautelari*, in *Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, a cura di R. Bartoli, G.L. Gatta e V. Manes, in *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, diretto da G.L. Gatta e M. Gialuz, vol. III, Torino 2024, 252, secondo cui «non essendovi incompatibilità tra persistenza del pericolo di recidivanza e l'applicazione di pene sostitutive, non si può escludere che – in questo segmento procedimentale – l'imputato si trovi sottoposto a misura cautelare; conseguentemente, il legislatore delegato si è fatto carico di introdurre una disciplina dei termini massimi di custodia cautelare che consideri anche il sub-procedimento previsto dall'art. 545-bis c.p.p.».

La scelta legislativa, in realtà, non convince. Lungi dal giustificare l'innalzamento dei termini massimi di custodia, la situazione realizza una macroscopica violazione del principio di proporzionalità delle misure coercitive. Si ipotizza, qui, il prolungamento oltre i termini massimi del sacrificio della libertà personale proprio quando la misura custodiale dovrebbe invece essere revocata, dal momento che la condanna a pena detentiva sostituibile (ossia, di durata non superiore ai quattro anni) comporta il venir meno della condizione prevista dall'art. 275 co. 2-bis Cpp per l'applicabilità della misura di rigore.

¹⁹ E. Marzaduri, *Note di sintesi (... con alcune considerazioni a margine) del forum sulla disciplina delle misure cautelari personali*, in *LP* 2006, 397.

Per riuscirvi occorre innanzitutto provare a cambiare prospettiva: si rischia, altrimenti, di continuare a discutere all'infinito sul significato della presunzione d'innocenza (o presunzione di non colpevolezza, o non presunzione di colpevolezza, o divieto di considerazione della colpevolezza) e sull'effettiva capacità del precetto costituzionale di colmare il "vuoto dei fini" lasciato dal secondo comma dell'art. 13 Cost.

Anzi, finisce per essere un ragionamento circolare quello che limita l'analisi al solo rapporto tra l'art. 27 co. 2 e 13 co. 2 Cost.: quel binomio, infatti, nel valorizzare le sole esigenze cautelari che non smentiscano la presunzione di innocenza, vale a circoscrivere finalisticamente l'intervento limitativo della libertà, ma al tempo stesso legittima il ricorso alla coercizione in presenza di contingenze processuali proiettate sull'intero arco del processo, potenzialmente frustrate dal venir meno della misura di rigore e dunque congenitamente refrattarie a meccanismi di perenzione automatica; laddove è proprio l'assoggettare l'imputato *in vinculis* all'alea dei tempi dell'accertamento a trasformare la misura "processuale" in pena anticipata²⁰.

Per uscire dallo stallo occorre cercare di allargare il campo di osservazione, partendo da una interpretazione sistematica delle garanzie costituzionali che includa anche e proprio l'ultimo comma dell'art. 13 Cost.

Si deve, cioè, provare a cogliere il significato e la portata di quella importante previsione, che ammette, sì, la «carcerazione preventiva», ma impone che la legge fissi «limiti massimi» al sacrificio della libertà personale prima della condanna, fissando un principio «che affonda le sue radici nella presunzione di non colpevolezza» e rappresenta «senza dubbio una grande conquista sulla via della tutela della libertà personale dell'imputato»²¹.

Nel sancire il diritto del detenuto in attesa di giudizio a veder delimitato in termini normativamente determinati ed insuperabili la privazione della libertà che gli viene provvisoriamente inflitta, quella disposizione, complementare rispetto a quelle dei primi due commi dell'art. 13 Cost. e del secondo comma dell'art. 27 Cost., bandisce il ricorso alla carcerazione non solo non legalmente tipizzata e strettamente necessaria

²⁰ Lo denunciava F. Cordero, *Procedura penale*⁹, Milano 2012, 465: «la custodia preventiva assume una durata tale ... da essere snaturata, diventando una criptopena espiata senza condanna irrevocabile: fenomeni simili pervertono lo strumento giudiziario, diseducando chi lo usa»; la custodia, «a chiamarla con il suo nome, è pena anticipata o misura di sicurezza *extra legem*» (p. 471).

²¹ Così V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano 1976, 191.

ma – in ogni caso – non rigidamente predeterminata nella sua durata²².

Questo è il senso della fondamentale prescrizione dell'ultimo comma dell'art. 13 Cost.²³: quali che siano le ragioni della cautela, è esercizio abusivo del potere, che trasforma la misura in illegittima pena anticipata, asservire il sacrificio della libertà personale ai tempi dell'inquirente e della macchina giudiziaria²⁴.

Come autorevole dottrina non ha mancato di sottolineare, l'esigenza di un termine massimo di durata della custodia «non può altrimenti giustificarsi – nel quadro della dialettica tra autorità e libertà tipica del processo penale – se non come mezzo volto

²² Per un'analisi del principio attraverso le decisioni della Corte costituzionale cfr., eventualmente, M. Ceresa-Gastaldo, *I «limiti massimi della carcerazione preventiva»*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Conso, Napoli 2006, 465. È interessante notare come, al pari delle scelte legislative – perennemente in bilico sul sottile crinale che separa il versante del diritto dell'imputato *in vinculis* a riacquistare la libertà entro un termine prefissato e “ragionevole” da quello delle esigenze di tutela dell'accertamento penale e di difesa della collettività allarmata dal reato – anche le posizioni assunte nei decenni dalla Corte costituzionale mostrano evidenti segni di discontinuità: se non sono mancate decisioni d'avanguardia, tese a far progredire il sistema processuale sulla via della piena affermazione delle garanzie individuali, si è più volte assistito, non solo negli “anni di piombo”, ma anche in periodi meno drammatici, ad atteggiamenti di *self-restraint* del Giudice delle leggi; spesso veri e propri riflussi, provocati dagli effetti delle precedenti censure. Tuttavia, pur nell'incessante adeguamento del registro interpretativo alla ricerca di una ideale (e forse immaginaria) unità di misura della “ragionevole durata” della privazione della libertà personale, la giurisprudenza costituzionale ha comunque fornito (e lodevolmente continua ad assicurare) un solido baluardo al principio di determinazione legale dei limiti massimi: un principio che, alla resa dei conti, resta probabilmente l'unica difesa consegnataci dal lungimirante Costituente contro impieghi *sine die* della coercizione, in assoluto spregio alla presunzione di non colpevolezza.

²³ Lo aveva ricordato la Corte costituzionale, nella “storica” sentenza n. 64 del 1970: «la Costituzione ha inteso evitare che il sacrificio della libertà (...) sia interamente subordinato alle vicende del procedimento; ed ha, pertanto, voluto che, con la legislazione ordinaria, si determinassero i limiti temporali massimi della carcerazione preventiva, al di là dei quali verrebbe compromesso il bene della libertà personale, che ... costituisce una delle basi della convivenza civile» (C. cost., 4.5.1970 n. 64, cit.).

²⁴ Sul tema cfr., volendo, M. Ceresa-Gastaldo, *Riflessioni de iure condendo sulla durata massima della custodia cautelare*, in *RIDPP* 2014, 827. Nel senso che il processo di «assimilazione [della custodia preventiva] con le tipiche sanzioni penali è ... favorito dalla lentezza esasperante del nostro sistema di amministrazione giudiziaria» si esprimeva già E. Marzaduri, voce *Custodia preventiva (Diritto processuale penale)*, in *NssDI, App.*, 1981, 968, nota 21. Secondo P. Tonini, C. Conti, *Custodia cautelare e struttura del processo: come perseguire una durata ragionevole*, in *DPP* 2003, 361, invece, «perché lo strumento della custodia sia efficace, è necessario che essa si protragga finché persistono le esigenze cautelari»; «il sistema rigido dei termini di custodia cautelare non può essere considerato di per sé una attuazione del canone della “ragionevole durata della custodia”. (...) A ben vedere, quanto maggiori sono le garanzie concernenti i criteri applicativi della custodia, tanto meno pressante è la necessità di rendere breve la limitazione della libertà». Difficile, francamente, sottoscrivere l'opinione di chi avrebbe preferito un modello completamente flessibile, calmierato solo dal rapporto di proporzionalità con la pena, e giudica perciò «il quadro costituzionale ... afflitto da un desolante massimalismo» (così C. Conti, *La sospensione dei termini di custodia cautelare. Modelli rigidi e flessibili a confronto*, Padova 2001, 62). Per convincersi che la tutela della libertà personale possa essere affidata a un sistema del genere si dovrebbe tornare parecchio indietro nel tempo: bisognerebbe credere nella necessità di «rimeditare l'estensione temporale del principio della presunzione di innocenza» (come infatti sostiene C. Conti, *op. cit.*, 266), ignorando, o comunque sveltando il prezioso riferimento costituzionale alla pronuncia definitiva di condanna.

ad impedire che il “costo” del processo gravi sull'imputato detenuto oltre una “ragionevole” misura, la cui specificazione è lasciata al legislatore ordinario», «e ciò può avere senso solamente all'interno di un sistema che rifiuti di considerare colpevole l'imputato prima della condanna definitiva»²⁵.

4. Non si può, dunque, non riconoscere come quello dei tempi sia il «tema fondamentale ... dell'apprezzamento anche sociale d[e]i ... rapporti tra pena e custodia cautelare»: tempi che devono essere contenuti «in settimane o, al massimo, mesi», per «evitare un'assimilazione “vera” tra pena e custodia cautelare»²⁶. E per provare, se non a raggiungere, almeno ad avvicinarsi a quell'obiettivo, il primo nodo da sciogliere è quello del rapporto tra azione cautelare e azione penale.

Se si elude la questione, ogni discorso sulla libertà dell'imputato rischia di ridursi ad un puro esercizio retorico.

Le domande cautelari, com'è ben noto, «presuppongono una prognosi altamente attendibile della colpevolezza dell'indagato»²⁷: ancorché allo stato degli atti, quella che prelude alla custodia è una prognosi completa, che riguarda sia l'accertamento del fatto materiale e tipico, sia la colpevolezza, sia ancora l'antigiuridicità e la punibilità, e che si estende sino a valutare il *quantum* di pena che, in concreto, potrebbe essere applicata²⁸.

Non si tratta, evidentemente, del grado di certezza processuale che consentirebbe la definizione giudiziale della vicenda, visto che nell'accertamento incidentale *de libertate* il convincimento del giudice è espresso sulla base di dati conoscitivi non necessariamente consolidati.

²⁵ Sono le parole di V. Grevi, *op. cit.*, 192.

²⁶ Lo ricordava Enrico Marzaduri, con la sua straordinaria chiarezza, in occasione della sua audizione, nell'ottobre 2013, alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati: v. *Audizione del prof. Enrico Marzaduri*, in *Camera dei Deputati, II Commissione, Resoconti stenografici*, seduta del 23 ottobre 2013, 9. Se n'era da poco discusso, all'epoca, in un convegno dell'Associazione degli Studiosi del processo penale, a Trento, dedicato al tema della libertà personale (v. AA.VV., *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del convegno annuale dell'Associazione fra Studiosi del Processo Penale G.D. Pisapia, Trento, 11-13 ottobre 2013, Milano 2014, 345). In quella sede si era dovuto constatare, con un'ampia convergenza di opinioni, che *conditio sine qua non* per conciliare l'intervento cautelare (pur disposto per finalità che si assumano legittime) con l'art. 27 co. 2 Cost., è quella di ridurre drasticamente la durata della coercizione, riducendola al minimo essenziale.

²⁷ E. Marzaduri, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in *SP*, 5/2020, 207.

²⁸ Sul tema, diffusamente, D. Negri, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, p. 107; oltre a S. Buzzelli, *I gravi indizi di colpevolezza nel sistema delle misure cautelari tra probabilità e certezza*, in *questa Rivista*, 1995, p. 1132.

Ma è innegabile che il pubblico ministero che assume di essere in presenza di un quadro probatorio attendibile e concludente sulla responsabilità dell'indagato (apprezzata sul piano oggettivo e soggettivo, fattuale e normativo)²⁹, ha tutti gli elementi necessari e sufficienti per formulare l'imputazione e sottoporla al controllo giurisdizionale³⁰.

L'azione cautelare implica che l'azione penale possa e debba essere contestualmente esercitata. La provvisorietà del titolo cautelare è legata alla precaria e mutevole geometria delle esigenze cautelari; ma la soglia della gravità indiziaria che legittima l'intervento *de libertate* non è certamente inferiore a quella che rende doverosa per il pubblico ministero l'enunciazione dell'accusa³¹.

Pare davvero difficile rinvenire una sola persuasiva, plausibile ragione per tollerare, in questi casi, la prosecuzione per mesi o anni delle indagini e la corrispondente protrazione del carcere preventivo senza accusa.

Il processo al detenuto deve essere instaurato subito. L'obbligo di esercitare l'azione penale implica, infatti, un dovere di tempestività dell'operato del pubblico ministero.

Eppure l'artificio, rappresentato dal paralogistico paradigma dell'autonomia dell'azione penale rispetto all'azione cautelare, e il raggirio, costituito dal ricorso strumentale al (già di per sé discutibile) principio di completezza delle indagini

²⁹ M. Chiavario, *Diritto processuale penale, Profilo istituzionale*⁵, Torino 2012, 643.

³⁰ Mette lucidamente in risalto come «la coesistenza del procedimento incidentale *de libertate* e del procedimento principale di merito non [possa] non comportare punti d'intersezione, che vanno in qualche modo ricomposti se non si vuole che l'ordinamento entri in contraddizione con se stesso» M. Bargis, *Procedimento de libertate e giudicato cautelare*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Atti del convegno annuale dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale G.D. Pisapia, Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998, Milano 2000, 168; facendo notare che «il procedimento *de libertate* può comportare riverberi sul procedimento principale se si ritiene che ogni decisione sulla libertà personale (purché non vertente su aspetti esclusivamente formale) implichi un giudizio di merito – sia pure prognostico e allo stato degli atti – sulla colpevolezza dell'imputato, capace di condizionare la decisione conclusiva in ordine alla responsabilità di quest'ultimo».

³¹ Secondo G. Amato, *Commento all'art. 273 c.p.p.*, in AA.VV. *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio e O. Dominioni, vol. III, tomo 2, Milano 1990, 15, «i "gravi indizi" di colpevolezza legittimanti il provvedimento restrittivo debbono rappresentare un quadro probatorio della responsabilità dell'imputato non minore di quello richiesto per disporre il rinvio a giudizio dello stesso nell'udienza preliminare». *Contra* M. Chiavario, *Commento all'art. 273 c.p.p.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. III, Torino 1990, 28, secondo cui «per fare legittimo uso del potere cautelare, non c'è bisogno dello stesso genere e dello stesso grado di convinzione che è richiesto per condannare o anche soltanto per mandare a giudizio»; tuttavia, aggiunge l'illustre A., «perché l'uso non si trasformi in abuso, occorrerà certamente essere in possesso – e dar conto in motivazione – di un quadro di elementi idonei a sorreggere una più che credibile convinzione di responsabilità a carico di quella persona».

preliminari³², consentono di consumare una truffa ai danni dell'indiziato detenuto, facendo apparire fisiologica la patologia. Quella dello schizofrenico sdoppiamento di personalità del pubblico ministero: un accusatore deciso e risoluto, quando chiede la custodia in carcere dell'indagato probabile colpevole, ma allo stesso tempo esitante e insicuro, bisognoso del conforto di chissà quali ulteriori riscontri, se deve tradurre quella stessa affermazione di probabile colpevolezza in una imputazione da sottoporre al vaglio del giudice dell'udienza preliminare³³.

Ciò che la prassi si ostina a non osservare, andrebbe dunque prescritto dal legislatore: alla richiesta cautelare deve necessariamente seguire la chiusura delle indagini preliminari, con la completa *discovery* degli atti, l'eventuale attività difensiva e la conseguente determinazione del pubblico ministero in ordine all'esercizio dell'azione penale.

Si potrebbe obiettare che una previsione del genere, che obbligasse l'inquirente a porre fine alle investigazioni e a formulare l'imputazione in occasione della richiesta cautelare, quando ancora non disponesse di elementi sufficienti a sostenere adeguatamente l'accusa in giudizio, rischierebbe di confliggere con la previsione costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale³⁴.

L'obiezione non sembra in realtà insuperabile.

Intanto, deve senz'altro escludersi che l'art. 112 Cost. imponga o legittimi attività investigative senza tempo³⁵: il dovere di agire del pubblico ministero è infatti certamente compatibile con la previsione di disposizioni mirate a soddisfare l'esigenza,

³² Pienamente condivisibili i rilievi critici mossi da E. Marzaduri, *Il declino del paradigma accusatorio ed il ritorno all'istruzione sommaria*, in www.lalegislazionepenale.eu, 3.8.2023, 9, che fa notare come «la Corte costituzionale, che aveva collegato nella sentenza n. 88 del 1991 il principio di completezza delle indagini non al risultato dell'azione, bensì alla verifica “della superfluità o meno dell'accertamento giudiziale”, dopo l'eliminazione del consenso del pubblico ministero nella disciplina del giudizio abbreviato, è pervenuta a configurare tale principio come premessa logica dell'individuazione di un “esaustivo quadro probatorio” idoneo a fornire tutte le risposte agli interrogativi che si dovrà porre il giudice nell'alternativa tra condannare o prosciogliere l'imputato (sent. n. 115 del 2001)»; e denuncia la «più che discutibile impostazione così delineata, per cui una mera eventualità processuale, la richiesta del rito speciale da parte dell'imputato, condizionerebbe sempre e comunque le scelte del pubblico ministero sull'esercizio dell'azione penale».

³³ Ricorda giustamente E. Marzaduri, *Qualche considerazione sui rapporti*, cit., 207, che «nella direttiva n. 36 della legge delega del 1987 era stato stabilito che in caso di richiesta di una misura di coercizione personale o reale avrebbe dovuto assumere la qualità di imputato la persona alla quale era attribuito il reato: un segno inequivoco di come il legislatore delegante intendesse circoscrivere la raccolta probatoria nella fase procedimentale, attraverso la collocazione della domanda cautelare [...] solo all'esito dell'attività prodromica alla formulazione dell'imputazione». In tema, Id., voce *Azione (IV diritto processuale penale)*, in EG, vol. agg., IV, 1996, 1.

³⁴ In questa prospettiva G. Ubertis, *Non termini astratti, ma garanzia del contraddittorio*, in *QuestG* 1992, 483; F. Caprioli, *L'archiviazione*, Napoli 1994, 452.

³⁵ D. Vicoli, *La “ragionevole durata” delle indagini*, Torino 2012, 31.

valorizzata dalla stessa Corte costituzionale, di imprimere tempestività alle indagini³⁶.

E, va aggiunto, è assai discutibile l'idea «che la scelta dell'esercizio dell'azione penale [sia] sempre subordinata al superamento di ogni incertezza probatoria, sulla scorta della valutazione di tutti gli elementi rilevanti, doverosamente raccolti dal pubblico ministero»³⁷.

Ma, in ogni caso, ogni potenziale criticità di una regola che imponesse la chiusura delle indagini in concomitanza con l'iniziativa cautelare potrebbe essere agevolmente prevenuta con un'opportuna modulazione dei poteri di controllo del giudice.

Così come il rischio di arbitrarie dismissioni del dovere di agire o di immotivati differimenti della chiusura delle indagini è presidiato dai controlli sulla richiesta archiviativa e su quella di proroga del termine, allo stesso modo ci si potrebbe regolare in questo caso.

Basterebbe prevedere³⁸ che il giudice per le indagini preliminari, adito per l'azione cautelare, sia tenuto a verificare l'effettiva mancanza delle condizioni per formulare l'imputazione, ordinandola in caso contrario.

Una verifica che, naturalmente, il giudice dovrebbe compiere esaminando l'intero compendio delle indagini³⁹ e non solo gli atti selezionati per la finalità cautelare, con gli accorgimenti del caso per evitare indesiderate *discovery* all'indiziato prima della pronuncia del giudice sulla promovibilità dell'azione, ma con l'indubbio, ulteriore vantaggio di porre lo stesso giudice in condizione di assumere in modo certamente più consapevole anche la decisione cautelare.

³⁶ Che ha riconosciuto legittimo «il soddisfacimento della duplice esigenza a cui corrispondono i limiti cronologici della fase delle indagini preliminari, individuabile nella necessità di imprimere tempestività alle investigazioni e di contenere in un lasso di tempo predeterminato la condizione di chi a tali indagini è assoggettato»: C. cost., 2.4.1992 n. 174; ord. 7.5.1992 n. 222; ord. 28.1.1993 n. 48; ord. 22.12.1993 n. 485; ord. 14.10.1996 n. 350. In tema v. soprattutto F. Siracusano, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino 2005, 41.

³⁷ Così E. Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in www.la-legislazione-penale.eu, 25.1.2022, 18, che rileva come «la prassi applicativa – ed è facilmente comprensibile che ciò sia avvenuto, solo che si consideri l'onere davvero insostenibile per gli uffici della procura conseguente a questa diversa lettura degli impegni investigativi –, pare aver tuttora considerato obbligatorio l'esercizio dell'azione penale a fronte di esiti procedimentali che si limitano a non dimostrare l'assoluta superfluità dello sviluppo processuale, risultando ipotizzabile un successivo apporto di elementi rilevanti ai fini della decisione di merito od anche solo un diverso apprezzamento del materiale acquisito».

³⁸ Com'è stato acutamente suggerito da M. Malerba, *Nessun controllo sull'azione penale in caso di comanda cautelare*, in CP 2016, 4626.

³⁹ Come già proponeva G. Giostra, *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in RIDPP 1994, 1260.

Si potrebbero così prevenire ingiustificati e abusivi ritardi nell'esercizio dell'azione penale, ponendo finalmente rimedio alla «illegittima discrezionalità concessa al pubblico ministero sul momento dell'azione» che, questa sì, «mal si concilia con la situazione soggettiva di dovere desumibile dall'art. 112 Cost.»⁴⁰.

⁴⁰ M. Malerba, *op. cit.*, 4631.