

LE PERSONE PERICOLOSE (IN DIFESA DELLA PRESUNZIONE D'INNOCENZA) ⁽¹⁾

di Oliviero Mazza

SOMMARIO: 1. Processo penale e difesa sociale. – 2. Il doppio binario per imputati pericolosi. – 3. La custodia cautelare in funzione di prevenzione speciale: il profilo teorico. – 4. *Segue*: il profilo pratico. – 5. Nuove ipotesi di illegittimità costituzionale della “cattura obbligatoria”.

1. Processo penale e difesa sociale.

Parlando di persone pericolose in ambito processuale penale, è pressoché inevitabile soffermare l'attenzione sulla categoria, peraltro non nuova, dell'imputato pericoloso.

La premessa del ragionamento deve essere subito saldamente esposta, per evitare dubbi o incertezze su quello che sarà lo sviluppo dell'argomentare critico: tale categoria, pur riscuotendo una crescente fortuna presso il legislatore e l'opinione pubblica, si presenta palesemente incostituzionale. L'imputato pericoloso è un ossimoro, una *contradictio in adiecto* irriducibile alle regole del giusto processo, a partire dalla presunzione d'innocenza.

Non è necessario citare Ferri, o forse in modo filologicamente più corretto Garofalo e ancor prima Carrara, per ricordare che il codice di procedura penale è il codice dei galantuomini, mentre quello penale si rivolge ai delinquenti (oggi diremmo ai soggetti pericolosi) ⁽²⁾. I galantuomini, in quanto tali, non possono essere ritenuti pericolosi. La definizione tralatizia, fortemente icastica ed evocativa, serve per ribadire il primato della presunzione d'innocenza. Ma a ben vedere è la stessa funzione cognitiva del processo a postulare il netto rifiuto di una pericolosità presunta dell'imputato, fondata sulla tipologia del reato contestato, senza nemmeno considerare la concreta gravità del fatto descritto nella imputazione. Quello che va accertato all'esito del processo, la responsabilità per il fatto tipico, non può essere considerato il presupposto per un trattamento deteriore del soggetto nei cui confronti si procede

L'unico angusto e residuo spazio per teorizzare una pericolosità dell'imputato, non contrastante con la presunzione di non colpevolezza, è rappresentato dalla insicurezza riscontrata nel processo, e quindi non dimostrata dalla pendenza del processo in sé. Una minaccia legata al contegno tenuto dall'accusato nel corso dello svolgimento procedimentale quando, ad esempio, commetta violenze o si dia alla fuga.

⁽¹⁾ Testo della relazione svolta al Convegno annuale dell'Associazione Franco Bricola dedicato al tema “Pericolosità e giustizia penale”, Udine, 25-26 marzo 2011.

⁽²⁾ G. D. PISAPIA, *Introduzione*, in *Il codice di procedura penale. Esperienze, valutazioni, prospettive*, Milano, 1994, p. 26.

Ipotesi espressamente previste dalla disciplina codicistica (si vedano gli art. 64, 474, 475 c.p.p.; art. 22 norme att. c.p.p.) che consente, in tali evenienze, l'adozione di cautele, *rectius* forme di coazione, assimilabili, anche per i tratti esteriori, alle misure coercitive. Analogamente, la condizione di pericolosità sociale può essere collegata alla imputabilità. Nel corso del processo è così contemplata l'adozione provvisoria di misure di sicurezza nei confronti del minorenne, dell'infermo di mente, dell'ubriaco abituale, dell'assuntore di stupefacenti, dell'intossicato cronico da alcool o droga, quando ne venga prognosticata la pericolosità e sia indispensabile un tempestivo intervento di neutralizzazione giustificato dal particolare stato personale (art. 206 c.p.; art. 311 e 312 c.p.p.). Vi è anche una pericolosità per il processo che trova riscontro nelle esigenze cautelari volte a prevenire il pericolo di fuga e di inquinamento probatorio (art. 274 lett. a e b c.p.p.).

Al contrario, una pericolosità connessa alla mera imputazione, che dunque prescindendo dalla valutazione di specifiche condotte tenute nel corso del processo o di particolari condizioni personali associate a contegni pericolosi, non dovrebbe avere diritto di cittadinanza in un sistema processuale schiettamente garantista e doverosamente improntato all'osservanza della disciplina costituzionale.

A dispetto di questa lineare e incontestabile (quantomeno sotto il profilo logico) conclusione, le più recenti linee evolutive della politica legislativa in tema di sicurezza ci mostrano il prepotente riemergere di un inquietante fenomeno che affonda le sue radici nella più scadente tradizione inquisitoria e che vede il processo piegarsi a strumento di difesa sociale. Si assiste a una crescente confusione e sovrapposizione delle classiche ripartizioni che risultano oggi ibride, l'accertamento delle responsabilità, da sempre fase neutra e tipica del processo penale, procede di pari passo con la prevenzione, la linea di demarcazione fra diritto amministrativo, diritto penale e procedura penale è sempre più evanescente.

Per la sensibilità del processualista, il fenomeno più preoccupante è indubbiamente rappresentato dalla logica legislativa di impiegare il processo a fini di tutela della sicurezza pubblica. Con ciò, beninteso, non si vuole negare la rilevanza delle istanze di difesa sociale che sono «una componente ontologicamente necessaria in ogni società organizzata» ⁽³⁾. Tuttavia, una volta «individuata la necessità della prevenzione, ... resta ancora da dimostrare se e attraverso quali forme la Costituzione italiana abbia inteso legittimarla» ⁽⁴⁾.

Interpretando rigorosamente il dettato costituzionale, nessuno può seriamente dubitare che il processo debba rimanere un giardino inviolato, deputato esclusivamente alla verifica della responsabilità per un fatto penalmente rilevante, senza essere gravato da fini impropri di difesa della società, di reazione esemplare, di repressione della devianza. È dunque un falso problema, frutto di un marchiano errore di impostazione, quello di ritenere il garantismo processuale un ostacolo alla lotta alla criminalità: «un codice di procedura penale può anche essere, indirettamente, uno

⁽³⁾ F. BRICOLA, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione* (1975), in ID., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, p. 74-75.

⁽⁴⁾ F. BRICOLA, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, cit., p. 75.

strumento di difesa sociale, ma solo nel senso che riesca a funzionare in modo tale da assicurare che i colpevoli siano puniti nel più breve tempo possibile (ed a maggior ragione siano assolti gli innocenti). È sempre vero ed attuale, a questo proposito, l'insegnamento di Cesare Beccaria, secondo il quale la sanzione, per essere efficace, deve essere soprattutto, pronta, oltre che giusta»⁽⁵⁾.

La contaminazione teleologica del processo non è l'unico aspetto che suscita seria inquietudine. L'erosione delle sempre più flebili linee di demarcazione fra materie e settori finisce per riflettersi anche sulla qualità dell'accertamento processuale: in passato l'idea (o meglio l'illusione) del diritto penale minimo tendeva a scaricare la maggior parte degli illeciti nella sede amministrativa governata da regole, anche di accertamento, più snelle e meno garantiste. Oggi la pur criticabile idea del diritto penale minimo che, come detto, se tende alla deflazione del sistema penale, riduce al tempo stesso le garanzie individuali, sembra lasciare spazio a nuovi scenari: un diritto penale amministrativo, ossia sanzioni che, al di là delle etichette, sono effettivamente penali, irrogate all'esito di un processo che presenta garanzie ridotte a livello di procedimento amministrativo, senza più il rispetto dei principi fondamentali e costituzionali della giustizia penale. Si pensi, ad esempio, a quel fenomenale laboratorio di "esperimenti genetici" rappresentato dalla responsabilità degli enti e dal relativo processo penale-amministrativo. Sanzioni che, per gravità, sono certamente di natura criminale vengono irrogate con riguardo a un illecito formalmente etichettato come amministrativo, pur essendo intimamente connesso a un reato la cui commissione è stata colposamente agevolata dall'ente, all'esito di un processo in cui i principi della giustizia penale risultano fortemente attenuati⁽⁶⁾.

Questo scadimento della giurisdizione, l'oblio dei principi fondamentali trova giustificazione politica, e forse anche ideologica, nella convinzione che certe categorie di reato, certi tipi di delinquente, in realtà certi tipi di imputato, non meritino tutte le attenzioni che invece si devono riservare ai delitti commessi da cittadini "non pericolosi". Il mafioso e le altre figure ad esso indebitamente assimilate, l'automobilista incosciente, l'immigrato clandestino, solo per fare alcuni esempi, non sembrano meritevoli delle garanzie di un giusto processo. La loro colpevolezza è il logico corollario della gravità dell'imputazione, lo stigma del reato che gli viene attribuito è tale da far passare in secondo piano le modalità con le quali verrà accertata la responsabilità e, soprattutto, cancella, tanto nella percezione sociale quanto nella normazione conseguente, la presunzione d'innocenza che, al contrario, dovrebbe sempre testimoniare che si tratta di individui, appunto, presunti innocenti fino alla condanna definitiva.

2. Il doppio binario per imputati pericolosi.

⁽⁵⁾ G. D. PISAPIA, *Introduzione*, cit., p. 27.

⁽⁶⁾ Sul punto specifico, v. M. CERESA GASTALDO, *La responsabilità degli enti: profili di diritto processuale*, in *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, p. 321 ss.

Il portato di tali premesse è la previsione di modelli processuali differenziati per imputati pericolosi, funzionali all'immediato soddisfacimento di esigenze di prevenzione speciale, di "neutralizzazione" della pericolosità presunta, modelli in cui, bisogna dirlo con chiarezza e senza timore di infrangere "tabù", risultano sospese le garanzie costituzionali tipiche della giurisdizione penale.

L'imputato mafioso è stato il precursore del "doppio binario" processuale. Fin dalla sua entrata in vigore, «una critica particolarmente insistente, anche per la notevole presa che essa ha avuto sulla pubblica opinione, è che il nuovo codice sarebbe uno strumento inidoneo a combattere la criminalità organizzata ed, in particolare, la mafia e fenomeni analoghi» (7). Come si è già avuto modo di sottolineare, l'idea stessa di concepire il processo come strumento di lotta al crimine organizzato è frutto di un serio fraintendimento, posto «che non è il processo penale il luogo più adeguato né, tanto meno, il luogo esclusivo per questa lotta, che deve invece svilupparsi specialmente prima e fuori del processo, dispiegandosi ai diversi livelli nei quali si collocano, più o meno direttamente, i corrispondenti fattori criminogeni» (8). Ciò nondimeno, i primi interventi novellistici, uniformandosi alla distorta rappresentazione del processo quale argine da opporre all'assedio del crimine organizzato, si sono mossi proprio nella direzione di ridurre le garanzie processuali in funzione di una auspicata efficienza repressiva del sistema. Attorno alla figura dell'"imputato mafioso" è stato così edificato un processo che fosse in grado di fornire una risposta giudiziaria al crimine organizzato (9). L'aggettivo qualificativo "mafioso" è usato intenzionalmente per sottolineare l'errore di impostazione insito nel ritenere accertata l'appartenenza all'associazione di tipo mafioso, prima ancora che il processo sia definito con una sentenza di merito. E' proprio questa, infatti, l'opzione legislativa di far discendere dalla semplice imputazione per fatti di mafia una pericolosità presunta. L'accusa di mafia, o anche la semplice contestazione dell'aggravante di mafia, rappresenta una *capitis deminutio* processuale.

Il processo ai mafiosi rappresenta, dunque, il paradigma di un processo eccezionale che nel tempo si è esteso in modo irrazionale, anche stando alla contestabile logica dello stato d'eccezione, ad altri tipi di imputati ritenuti pericolosi: il terrorista, il pedofilo, il trafficante di droga, di persone, di schiavi, il pirata informatico, l'intercettatore abusivo. Si tratta di un processo deviante dalle regole ordinarie che, in alcuni snodi fondamentali, si presenta seriamente eccezionale sotto il profilo della costituzionalità.

La competenza investigativa risulta accentrata in capo alla procura distrettuale o alla direzione distrettuale antimafia. Se la scelta di un pubblico ministero speciale

(7) G. D. PISAPIA, *Introduzione*, cit., p. 25-26, il quale respingeva fermamente tale critica, ricordando che «il codice di procedura penale non può che essere, per definizione, 'garantista', se tale espressione si intenda nel suo corretto senso: perché il processo penale è, per sua stessa natura, un complesso di garanzie per la corretta applicazione delle norme penali sostanziali».

(8) V. GREVI, *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di V. Grevi, Roma-Bari, 1993, p. 3.

(9) Così L. VIOLANTE, *La formazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 475.

non sembra collidere con le garanzie fondamentali dell'imputato, non altrettanto può dirsi per la specialità del giudice per le indagini preliminari e, soprattutto, del giudice dell'udienza preliminare. Sulla base della semplice ipotesi di reato, l'imputato si vede sottratto, per scelta dell'organo dell'accusa, al suo giudice naturale.

Già l'iniziale previsione di un giudice per le indagini preliminari distrettuale, ossia di un giudice *ad acta*, si poneva al limite del costituzionalmente lecito. La successiva estensione della previsione derogatoria al giudice dell'udienza preliminare rappresenta un salto di qualità in palese violazione dell'art. 25 comma 1 Cost. Non vanno infatti dimenticati sia il nuovo volto assunto contestualmente dall'udienza preliminare che, per effetto dello stratificarsi delle novelle, è ormai sede di valutazioni di merito sempre più assimilabili al paradigma dibattimentale⁽¹⁰⁾, sia la possibilità che, attraverso la scelta dei riti speciali, segnatamente il giudizio abbreviato, l'udienza da preliminare si trasformi in luogo deputato alla decisione di merito definitiva. Il giudice monocratico distrettuale non rappresenta solo il sacrificio della naturalità fondato sull'*opinio delicti* del pubblico ministero, ma anche il limite invalicabile alla partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia nel caso di reati attribuiti in via ordinaria alla cognizione della corte d'assise. E' ovvio che l'elusione della previsione dell'art. 102 comma 3 Cost. dipende da una scelta dell'imputato, peraltro non libera, in quanto congruamente premiata, ma è pur sempre il sistema normativo a porre le basi per la denunciata doppia eccezione alle regole ordinarie di competenza per territorio e per materia.

L'imputato mafioso può essere indagato a sua insaputa per due anni. A ciò contribuiscono i termini dilatati della fase investigativa, le proroghe degli stessi decise *inaudita altera parte*, l'inaccessibilità del registro delle notizie di reato. In realtà, per effetto del sapiente dosaggio delle iscrizioni delle *notitiae criminis*, le indagini segrete possono durare ben di più. Ma anche limitandosi al termine di legge, siamo sicuri che basti la semplice formulazione dell'ipotesi investigativa in tema di reato associativo mafioso per privare l'indagato del diritto costituzionale a essere informato, in via riservata e nel più breve tempo possibile, della natura e dei motivi dell'accusa (art. 111 comma 3 Cost.)? Siamo sicuri che, trascorsi due anni, sia ancora possibile disporre del tempo e delle condizioni necessari per predisporre la difesa (art. 111 comma 3 Cost.)? Basta la semplice pericolosità qualificata dall'imputazione per giustificare costituzionalmente la limitazione imposta al diritto alla prova dall'art. 190-bis c.p.p., quando l'art. 111 comma 3 Cost. riconosce a chiunque sia sottoposto a processo, senza distinzioni di sorta, il diritto di interrogare o far interrogare davanti al giudice le persone che rendono dichiarazioni a suo carico? Se il contraddittorio per la prova è il metodo migliore escogitato dal legislatore costituzionale per approssimarsi alla verità giudiziale (art. 111 comma 4 Cost.), perché rinunciarvi in processi in cui è ancor più sentita l'esigenza di un completo accertamento delle responsabilità? Considerazioni non dissimili potrebbero formularsi con riferimento alle intercettazioni⁽¹¹⁾, i cui

⁽¹⁰⁾ Cfr. Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, Battistella, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1367.

⁽¹¹⁾ F. CAPRIOLI, *Sicurezza dei cittadini e processo penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini – M. Pavarini, Bologna, 2011, p. 146 ss.

presupposti risultano sensibilmente meno rigorosi e stringenti nei processi di mafia, sebbene gli art. 14 e 15 Cost. non graduino l'inviolabilità del domicilio e del diritto alla segretezza delle comunicazioni, nonché le possibili limitazioni, in funzione della gravità delle accuse.

Più in generale, la disciplina costituzionale del processo non ammette una diversificazione degli standard di garanzia in funzione dell'ipotesi accusatoria⁽¹²⁾. Ogni imputato deve poter godere del complesso delle garanzie del giusto processo, senza eccezioni fondate sul titolo di reato per cui si procede. La riduzione o, peggio, la sospensione di determinate garanzie costituzionali non può essere legittimata nemmeno appellandosi alla previsione derogatoria contenuta nell'art. 15 Cedu. È la dottrina più attenta a ricordarci come basti pensare «al carattere di eccezionalità che deve possedere il “pericolo pubblico” ai sensi dell'art. 15, primo comma Conv. europea, per escluderne l'equiparazione al fenomeno plurisecolare, e non per il nostro Paese eccezionale, della mafia»⁽¹³⁾. Non va peraltro dimenticato che, al di là della previsione derogatoria dell'art. 15 Cedu, la fonte internazionale, ai sensi dell'art. 53 Cedu, non sia invocabile da «uno stato che, com'è il nostro, ha un livello costituzionale di garanzia ... superiore a quello offerto dalla Convenzione»⁽¹⁴⁾.

Il tema della diversa graduazione delle garanzie processuali in funzione della gravità del reato (doppio binario), peraltro valutata solo in astratto, non trova, dunque, diritto di cittadinanza nel sistema costituzionale che non consente una diversa ponderazione interna alla materia penale, in quanto tale e complessivamente degna di tutte le guarentigie del giusto processo, mentre guardando agli ambiti sovranazionali si potrebbe solo postulare una sospensione temporanea delle stesse garanzie nei casi eccezionali di guerra o di pericolo pubblico che minacci la vita della nazione (art. 15 Cedu; art. 4 Patto intern. dir. civ. pol.). Inutile sottolineare come la sospensione temporanea delle garanzie del giusto processo sarebbe cosa ben diversa da un regime ordinario e stabile di procedura penale differenziata. Tuttavia, volendo ammettere un certo margine di apprezzamento discrezionale da parte del legislatore ordinario, e prendendo le mosse dal presupposto incontestabile che il giusto processo è lo scudo offerto all'imputato per proteggersi dalle accuse che gli vengono mosse dal pubblico ministero, l'unica equazione costituzionalmente e internazionalmente plausibile sarebbe quella di far corrispondere alla maggior gravità del reato oggetto di imputazione un incremento delle garanzie processuali dell'accusato. Al contrario, nel nostro sistema, oltre a registrarsi una forse fisiologica semplificazione processuale per i reati bagatellari e, in genere, per quelli di minor allarme sociale, vige una regolamentazione eccezionale a ridotto tasso di garantismo per delitti particolarmente gravi e complessi che si ritengono sintomatici della pericolosità sociale dell'imputato. Lo *status quo* normativo si regge sull'idea, palesemente incostituzionale, che la semplice notizia di reato, in quanto riferibile al novero dei delitti ritenuti astrattamente espressivi di una pericolosità sociale qualificata del loro autore, possa condizionare

⁽¹²⁾ P. P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2008, p. 114.

⁽¹³⁾ F. BRICOLA, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, cit., p. 87.

⁽¹⁴⁾ F. BRICOLA, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, cit., p. 88.

tanto lo svolgimento processuale quanto il godimento dei diritti fondamentali da parte dell'accusato.

3. La custodia cautelare in funzione di prevenzione speciale: il profilo teorico.

Il terreno su cui si registra la maggior tensione fra il rispetto dei principi costituzionali e le risposte processuali alle esigenze di difesa sociale è indubbiamente rappresentato dalla libertà personale dell'imputato.

Il discorso può svolgersi su due piani distinti: quello "teorico" dei principi costituzionali e quello "pratico" della loro deficitaria attuazione, anche grazie a discutibili prese di posizione della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Guardando alla cornice costituzionale, il rispetto della presunzione di non colpevolezza è certamente inconciliabile con un impiego della custodia cautelare in funzione di prevenzione speciale⁽¹⁵⁾. La prevenzione immediata della commissione di delitti è una delle finalità tipiche della pena che non possono in alcun modo essere anticipate sotto forma di misure cautelari. È quasi superfluo ricordare che il vuoto dei fini dell'art. 13 Cost. va riempito con esigenze coerenti alla previsione dell'art. 27 comma 2 Cost.⁽¹⁶⁾ e che la presunzione di non colpevolezza conduce al radicale ripudio di una privazione della libertà «in forza della sola affermazione della ... colpevolezza, sia essa fondata su indizi, prove, o sopra un accertamento contenuto in una sentenza non definitiva»⁽¹⁷⁾.

Si peccerebbe però di astratto dogmatismo se non si considerasse come la carcerazione dell'imputato venga giustificata, tanto dalle scelte legislative quanto nella percezione sociale, invocando anche esigenze di difesa della collettività sulla base di un giudizio prognostico di recidiva. Leggendo attentamente la previsione dell'art. 274 comma 1 lett. c) c.p.p., non è difficile ricavarne la possibilità che la previsione del rischio della commissione di ulteriori reati – sebbene nell'ipocrisia legislativa, indotta da una specifica decisione costituzionale⁽¹⁸⁾, l'aggettivo "ulteriori" non venga impiegato, per non svelare troppo apertamente la reale natura della prognosi in questione – si fondi indifferentemente su precedenti condanne o su «specifiche modalità e circostanze del fatto» per cui si procede, nonché sulla personalità

⁽¹⁵⁾ Come ricorda lucidamente V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p. 49, per il quale «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 *mesure de sûreté* fondata su un giudizio di pericolosità che postuli la colpevolezza dell'imputato».

⁽¹⁶⁾ O. DOMINIONI, sub art. 27 comma 2 Cost., in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca, *Rapporti civili. Art. 27-28*, Bologna-Roma, 1991, p. 197 ss.; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 33 ss.; P. P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., p. 119 ss.

⁽¹⁷⁾ E. AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 864.

⁽¹⁸⁾ Corte cost., sent. 23 gennaio 1980 n. 1.

dell'indagato «desunta da comportamenti o atti concreti», ma non necessariamente attuali, che tuttavia risultano inevitabilmente ancora *sub iudice*. La valutazione di pericolosità, eccettuato il caso in cui si basi su precedenti condanne, trova, dunque, «il suo normale fondamento nell'ipotesi che l'imputato sia colpevole del reato che gli è attribuito: si teme cioè che, avendo già delinquito, possa delinquere ancora, e ci si cautela dinanzi a tale rischio attraverso una carcerazione tipicamente destinata a finalità di sicurezza»⁽¹⁹⁾. Ma anche quando venisse contestualmente o alternativamente valorizzata la presenza di significativi precedenti penali, andrebbe attentamente analizzata la pregressa vicenda giudiziaria per verificare se la condanna definitiva sia espressiva di una reale pericolosità, certificata, ad esempio, dalla declaratoria di delinquenza abituale, professionale o per tendenza.

Al di là di quest'ultima considerazione, la precedente condanna, in sé, non può giustificare la successiva adozione di misure cautelari, posto che la pericolosità sociale collegata al pregresso reato dovrebbe essere già stata neutralizzata dall'esecuzione della pena e dall'eventuale applicazione delle misure di sicurezza. Dunque, se non si può far discendere *tout court* dal precedente penale un'attuale pericolosità sociale, è giocoforza ritenere che, ancora una volta, un peso determinante nella valutazione prognostica di recidiva sia attribuito al fatto per cui si procede che viene così indebitamente associato alla colpevolezza presunta dell'imputato.

La distinzione fra pena e cautela processuale, pur ben radicata nel tessuto costituzionale, risulta ormai di fatto superata da una diversa concezione dell'istituto custodiale al quale viene attribuito il compito, improprio, di esprimere la reazione esemplare della collettività di fronte al reato e di garantire la tempestiva adozione di una adeguata misura di difesa sociale. La profilassi del delitto, ancorata alla presunta pericolosità dell'imputato, non è più solo la considerazione distorta della finalità cautelari da sempre radicata nell'opinione pubblica, ma è divenuta, nel tempo, anche una delle linee guida delle politiche legislative securitarie⁽²⁰⁾.

Come era ampiamente prevedibile, questa logica, antitetica al rispetto della presunzione d'innocenza e sostanzialmente punitiva, ha condotto il legislatore a riesumare, sotto mentite spoglie, il mandato di cattura obbligatorio: a fronte di gravi ipotesi di reato, è la coscienza sociale a reclamare con forza che l'imputato sia posto in custodia sulla base dei meri indizi raccolti a suo carico, escludendo ogni ulteriore apprezzamento discrezionale del giudice sull'opportunità di applicare la misura coercitiva. Il rigido automatismo intercorrente fra la sussistenza della gravità indiziaria in ordine a determinati reati che destano particolare allarme sociale e l'obbligatorietà della custodia cautelare in carcere è sicuramente dissonante con i principi costituzionali in tema di libertà personale. È infatti palesemente arbitrario presumere, come fa il legislatore, la sussistenza delle esigenze cautelari in maniera direttamente proporzionale alla gravità astratta del reato. Non vi è alcun nesso di collegamento fra la fattispecie di reato ipotizzata ed esigenze che per loro natura dovrebbero riguardare

⁽¹⁹⁾ V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., p. 47.

⁽²⁰⁾ In proposito, v. G. SPANGHER, *La "neutralizzazione" della pericolosità sociale. Prime riflessioni*, in *Giust. pen.*, 2010, c. 407-410.

principalmente, se non esclusivamente, lo svolgimento del processo. In realtà, più che presumersi la sussistenza delle esigenze cautelari in relazione alla gravità dell'imputazione, viene presunta la pericolosità sociale dell'imputato in ragione della tipologia dell'addebito che gli viene mosso. Tale presunzione di pericolosità, di natura sostanziale più che processuale, si radica logicamente sulla colpevolezza del prevenuto espressa dalla semplice gravità indiziaria, in aperto contrasto con quanto stabilito dall'art. 27 comma 2 Cost. In aggiunta alla evidente illegittimità dell'automatismo cautelare, la presunzione di pericolosità sociale dell'imputato non basterebbe comunque a giustificare l'obbligatorietà della sua detenzione *ante iudicatum* se solo si tenessero presenti le finalità costituzionalmente ammissibili della custodia cautelare tra le quali, come si è già avuto modo di sottolineare, non può annoverarsi la prevenzione speciale e la difesa sociale. In altri termini, la connotazione funzionale della custodia dell'imputato quale strumento di difesa sociale, anche a prescindere dalla sua applicazione obbligatoria, collide insanabilmente con la presunzione d'innocenza.

4. Segue: il profilo pratico.

Questa trasformazione dell'istituto cautelare, in ossequio alla logica preventiva e punitiva per cui va neutralizzato e trattato in maniera più severa l'imputato di reati più gravi, ha trovato un'importante conferma nelle prese di posizione con cui sia la Corte costituzionale ⁽²¹⁾, sia la Corte europea dei diritti dell'uomo ⁽²²⁾, hanno avallato le deroghe legislative agli ordinari meccanismi applicativi delle misure coercitive nei procedimenti di criminalità organizzata. La questione di costituzionalità della doppia presunzione sancita dall'art. 275 comma 3 c.p.p., *iuris tantum* di sussistenza delle esigenze cautelari e *iuris et de iure* di adeguatezza della sola custodia in carcere, è stata giudicata frettolosamente da una pronuncia che non brilla certo per chiarezza argomentativa e che forse non ha avuto l'attenzione critica che avrebbe invece meritato da parte della dottrina. La Corte costituzionale, infatti, da un lato sembra escludere la presunzione, sia pure relativa, in ordine ai *pericula libertatis*, affermando che «la sussistenza in concreto di una o più delle esigenze cautelari prefigurate dalla legge (l'an della cautela) non può, per definizione, prescindere dall'accertamento della loro effettiva ricorrenza di volta in volta; mentre la scelta del tipo di misura (il *quomodo* di una cautela, in concreto rilevata come necessaria) non impone, *ex se*, l'attribuzione al giudice di analogo potere di apprezzamento» ⁽²³⁾, per poi, in un passaggio immediatamente successivo, smentire il precedente assunto, ricordando che «ciò che è presunto fino a prova contraria è il presupposto (di sussistenza delle esigenze cautelari) e non anche la scelta della misura che ne consegue».

Ancor meno convincente è il ragionamento della Corte quando, nell'attribuire «al legislatore l'individuazione del punto di equilibrio tra le diverse esigenze, della

⁽²¹⁾ Corte cost., ord. 24 ottobre 1995 n. 450.

⁽²²⁾ Corte eur. dir. uomo, 6 novembre 2003, Pantano c. Italia.

⁽²³⁾ Corte cost., ord. 24 ottobre 1995 n. 450, da cui sono tratte anche le citazioni seguenti nel testo.

minore restrizione possibile della libertà personale e dell'effettiva garanzia degli interessi di rilievo costituzionale tutelati attraverso la previsione degli strumenti cautelari nel processo penale», sembra legittimare la scelta di includere fra le esigenze cautelari, da porre in bilanciamento con il diritto inviolabile alla libertà personale, la difesa della società dai delitti di criminalità organizzata, «atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato». Non è dunque un caso se la pronuncia in questione si chiude con la sorprendente affermazione «che, una volta rilevato il rispetto della riserva di legge a norma dell'art. 13 della Costituzione, il residuo riferimento dell'ordinanza di rinvio alla presunzione di non colpevolezza ex art. 27 della Costituzione si rivela manifestamente non conferente, data l'estraneità di quest'ultimo parametro all'assetto e alla conformazione delle misure restrittive della libertà personale che operano sul piano cautelare, che è piano del tutto distinto da quello concernente la condanna e la pena». Al contrario, è proprio il rispetto della presunzione costituzionale d'innocenza che dovrebbe estromettere dalla tematica cautelare le esigenze di difesa sociale radicate sulla gravità del reato e sulla pericolosità presunta dell'imputato. Appare francamente sconcertante che il giudice delle leggi non abbia voluto - più che saputo - cogliere il nesso fra il vuoto dei fini dell'art. 13 Cost. e il doveroso rispetto dello *status* che l'art. 27 comma 2 Cost. attribuisce all'imputato, anche sotto forma di regola di trattamento.

La Corte costituzionale ha avuto modo, recentemente, di confermare la straordinaria rilevanza cautelare delle esigenze di difesa sociale di fronte alla minaccia del crimine organizzato e la conseguente razionalità dei meccanismi presuntivi di adozione automatica della più grave misura coercitiva. Nel censurare la scelta legislativa di assimilare nel trattamento cautelare differenziato delitti, come la violenza sessuale, che non trovano significativi punti di contatto con la criminalità mafiosa, il giudice delle leggi ha infatti inteso ribadire che «dalla struttura stessa della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche – connesse alla circostanza che l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice – deriva, nella generalità dei casi concreti ad essa riferibili e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, una esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere (non essendo le misure “minori” sufficienti a troncane i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità)»⁽²⁴⁾. La motivazione non poteva essere più chiara nel riferire l'obbligatorietà della custodia cautelare all'esigenza di neutralizzare la pericolosità dell'imputato ritenuto appartenente al sodalizio mafioso. Si ripropongono così vecchi schemi, il mandato di cattura obbligatorio, legati a esigenze cautelari palesemente incostituzionali, la difesa sociale dal crimine organizzato. Il paradosso è che tanta schiettezza nell'affermare la legittimità e la inevitabile necessità di una disciplina eccezionale per le imputazioni di mafia si accompagna, nel tessuto

⁽²⁴⁾ Corte. cost., sent. 21 luglio 2010 n. 265, da cui sono tratte anche le citazioni successive nel testo.

argomentativo della stessa decisione, alla perentoria enunciazione di principi che dovrebbero, al contrario, condurre alla declaratoria di illegittimità della custodia cautelare obbligatoria adottata per ragioni di prevenzione speciale rappresentate, nello specifico, dalla dichiarata esigenza di recidere i legami fra imputato e sodalizio criminoso al quale si presume appartenga. Nel delineare il quadro di riferimento in cui inserire la disciplina delle misure cautelari incidenti sulla libertà personale, la Corte ricorda che «i limiti di legittimità costituzionale di dette misure, a fronte del principio di inviolabilità della libertà personale (art. 13, primo comma, Cost.), sono espressi – oltre che dalla riserva di legge, che esige la tipizzazione dei casi e dei modi, nonché dei tempi di limitazione di tale libertà, e dalla riserva di giurisdizione, che esige sempre un atto motivato del giudice (art. 13, secondo e quinto comma, Cost.) – anche e soprattutto, per quanto qui rileva, dalla presunzione di non colpevolezza (art. 27, secondo comma, Cost.), in forza della quale l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. L'antinomia tra tale presunzione e l'espressa previsione, da parte della stessa Carta costituzionale, di una detenzione *ante iudicium* (art. 13, quinto comma) è, in effetti, solo apparente: giacché è proprio la prima a segnare, in negativo, i confini di ammissibilità della seconda. 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. Il principio enunciato dall'art. 27, secondo comma, Cost. rappresenta, in altre parole, uno sbarramento insuperabile ad ogni ipotesi di assimilazione della coercizione processuale penale alla coercizione propria del diritto penale sostanziale, malgrado gli elementi che le accomunano». Lo sbarramento insuperabile viene però di fatto superato dallo stesso Giudice delle leggi in ossequio a una *real politik* giudiziaria che giustifica la doppia presunzione dell'art. 275 comma 3 c.p.p. e la strumentalizzazione della cautela a fini di prevenzione speciale.

È davvero paradossale che, all'interno della stessa pronuncia, la Corte costituzionale riesca, da un lato, a legittimare il regime eccezionale di applicazione obbligatoria di una misura di tipo penale a carico degli imputati per fatti di mafia e, dall'altro, a riaffermare il valore della presunzione d'innocenza come sbarramento insuperabile in sede cautelare, per poi spingersi addirittura sul terreno della condivisibile critica alla difesa sociale quale valore ispiratore della disciplina processuale: «la eliminazione o riduzione dell'allarme sociale cagionato dal reato del quale l'imputato è accusato, o dal diffondersi di reati dello stesso tipo, o dalla situazione generale nel campo della criminalità più odiosa o più pericolosa, non può essere peraltro annoverata tra le finalità della custodia preventiva e non può essere considerata una sua funzione. La funzione di rimuovere l'allarme sociale cagionato dal reato (e meglio che allarme sociale si direbbe qui pericolo sociale e danno sociale) è una funzione istituzionale della pena perché presuppone, ovviamente, la certezza circa il responsabile del delitto che ha provocato l'allarme e la reazione della società. Non è dubitabile, in effetti, che il legislatore possa e debba rendersi interprete dell'acuirsi del

sentimento di riprovazione sociale verso determinate forme di criminalità, avvertite dalla generalità dei cittadini come particolarmente odiose e pericolose, quali indiscutibilmente sono quelle considerate. Ma a tale fine deve servirsi degli strumenti appropriati, costituiti dalla comminatoria di pene adeguate, da infliggere all'esito di processi rapidi a chi sia stato riconosciuto responsabile di quei reati; non già da una indebita anticipazione di queste prima di un giudizio di colpevolezza». Questa parole, da sottoscrivere integralmente, dovrebbero coerentemente segnare la fine di un sistema cautelare eccezionale che si pone fuori dalla cornice costituzionale così ben delineata dalla stessa Consulta. Non si tratta, infatti, di considerazioni che valgono solo per determinate categorie di delitti, come invece risulta riduttivamente dal dispositivo della decisione in esame, ma di affermazioni di principio per loro natura insuscettibili di deroghe casistiche fondate su specifici titoli di reato.

Analoghe contraddizioni si registrano nella giurisprudenza europea: il caso Pantano c. Italia è emblematico al riguardo. L'affermazione di principio della Corte di Strasburgo, secondo cui la presunzione prevista dall'art. 275 comma 3 c.p.p. finisce per «impedire al giudice di adattare la misura cautelare alle esigenze del caso concreto»⁽²⁵⁾ e, dunque, per «apparire eccessivamente rigida», è subito dopo smentita dalla considerazione «della natura specifica del fenomeno della criminalità organizzata e soprattutto di quella di stampo mafioso», nonché della ammissione che la custodia cautelare a carico dell'imputato presunto mafioso «tende a tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito criminale di origine, al fine di minimizzare il rischio che esse mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano commettere nel frattempo delitti». La Corte europea non cade però nella macroscopica contraddizione, riscontrabile, invece, nella giurisprudenza costituzionale, di giustificare una cautela di matrice specialpreventiva e di richiamare, al tempo stesso, la presunzione d'innocenza quale criterio guida nell'applicazione delle misure cautelari. L'art. 5 comma 1 lett. c) Cedu sembra, infatti, considerare proprio la prevenzione speciale quale tipica finalità perseguibile mediante una privazione della libertà *ante iudicium*. Se, dunque, non deve scandalizzare il ridotto tasso di tutela offerto dal sistema cautelare disegnato dalla Convenzione europea, che ammette addirittura la detenzione dei minorenni a fini educativi, non può nemmeno invocarsi un diritto vivente di matrice continentale per legittimare una riduzione delle garanzie costituzionali interne, operazione ermeneutica espressamente vietata dall'art. 53 Cedu.

5. Nuove ipotesi di illegittimità costituzionale della “cattura obbligatoria”.

Come si è cercato di dimostrare, vi sarebbero valide ragioni sistematiche per patrocinare l'abbandono di un doppio binario processuale che entra in drammatica collisione con i principi costituzionali, soprattutto in tema di libertà personale. La giurisprudenza interna ed europea appare però ormai sedimentata nel giustificare il

⁽²⁵⁾ Corte eur. dir. uomo, 6 novembre 2003, Pantano c. Italia, da cui sono tratte anche le citazioni successive nel testo.

regime d'eccezione e sarebbe forse velleitario sperare di trovare giudici disposti a sovvertire la radicata, ancorché incostituzionale, convinzione che processi per fatti di criminalità organizzata e assimilati debbano essere gravati da esigenze di difesa sociale.

Più realisticamente, per cercare di superare gli orientamenti in tema di presunzioni cautelari si potrebbe ipotizzare una diversa prospettiva nella quale inquadrare il problema. La Corte costituzionale, infatti, non ha ancora avuto modo di sindacare l'effettivo rispetto dell'art. 13 comma 2 Cost. nella misura in cui impone di adottare i provvedimenti restrittivi della libertà personale solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria. La riserva costituzionale di giurisdizione è una garanzia rafforzata proprio dalla decisione motivata del giudice e tale non può essere la mera presa d'atto di una presunzione legislativa. E' superfluo ribadire che l'obbligo di motivazione, al pari della riserva di giurisdizione, costituiscano effettive garanzie per il cittadino e per il rispetto del bene altrimenti inviolabile della libertà personale solo se il giudice rimane libero di valutare la concreta ricorrenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie cautelare, dai gravi indizi di colpevolezza, alla sussistenza delle esigenze cautelari, alla adeguatezza della misura prescelta rispetto alla tipologia e all'entità del *periculum* emergente dal quadro probatorio. La motivazione presuppone in capo al giudice la libertà di valutare le prove e di decidere dando conto «*dei risultati acquisiti e dei criteri adottati*» (art. 192 comma 1 c.p.p.), mentre la mera presa d'atto di presunzioni legislative non può integrare lo schema dell'atto motivato, mancando, a monte, la libertà decisoria e, a valle, la necessità di rendere conto dei percorsi argomentativi che hanno condotto alla decisione stessa, tutto ciò in aperta violazione della garanzia imposta dall'art. 13 comma 2 Cost. Del resto, è storicamente documentato che la riforma dell'art. 275 comma 3 c.p.p. avesse quale obiettivo quello di escludere la discrezionalità giurisdizionale nell'apprezzamento della sussistenza delle esigenze cautelari e dell'adeguatezza della misura più afflittiva, essendosi registrati, nei primi anni di vigenza del codice, casi in cui, ad avviso del legislatore, i giudici si erano mostrati poco "efficaci" nel "sanzionare" adeguatamente gli imputati per fatti di mafia ⁽²⁶⁾. Senza trascurare un'ulteriore considerazione: la prassi testimonia come la richiesta di applicazione delle misure cautelari nei processi di criminalità organizzata venga quasi sempre posticipata dal pubblico ministero al termine delle indagini preliminari, ciò per evitare che la *discovery*, fisiologicamente connessa

⁽²⁶⁾ Secondo V. GREVI, *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, cit., p. 10, sullo sfondo del «mutamento di rotta legislativo non è difficile cogliere l'eco di episodi recenti e meno recenti (ad esempio la concessione degli arresti domiciliari, nell'abitazione o in ospedale, per alcuni pericolosi esponenti della mafia). Episodi nei quali l'ampio potere discrezionale affidato al giudice in materia di scelta delle misure cautelari non risulta sia stato esercitato con il rigore richiesto dalla peculiarità di certe vicende processuali e dalla pericolosità di certi imputati accusati di gravissimi delitti di criminalità mafiosa». Lo stesso Autore ricorda anche che «non erano mancati dagli stessi ambienti giudiziari alcuni segnali favorevoli ad una drastica riduzione dell'area di discrezionalità spettante ai giudici in tema di misure restrittive della libertà personale (nel momento dell'applicazione, quindi, ma anche in quello della sostituzione o della revoca), proprio allo scopo di costituire una sorta di "scudo normativo" che li ponesse al riparo dal pericolo di pressioni e di intimidazioni, soprattutto nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata» (*ibidem*, p. 10-11).

all'esecuzione dei provvedimenti restrittivi, possa pregiudicare il completamento delle investigazioni. Tuttavia, dopo due anni di indagini (o anche più di due anni, grazie agli "aggiornamenti" delle iscrizioni nei vari registri) la concreta e attuale sussistenza delle esigenze cautelari sarebbe difficile da dimostrare, per il pubblico ministero richiedente, e da giustificare, per il giudice decidente: nel contesto di ricerca, ormai esauritosi, le prove sono già state necessariamente acquisite, spesso addirittura cristallizzate anche in proiezione dibattimentale, si pensi, ad esempio, alle intercettazioni; la pericolosità sociale dell'indagato è stata a lungo "controllata" in stato di libertà, il che attesta, nei fatti, la non indispensabilità della misura custodiale; residuerebbe solo un potenziale pericolo di fuga che, tuttavia, considerati i tempi non certo brevi dei processi di criminalità organizzata, non sarebbe imminente nel momento in cui si chiudono le indagini e sta per prendere avvio la fase processuale. A stretto rigore, dunque, il ritardo nell'iniziativa cautelare, dovuto a necessità di segretezza investigativa, rischierebbe di pregiudicare l'adozione di una misura coercitiva che, al termine delle indagini preliminari e in assenza delle presunzioni legislative, non sarebbe giustificabile sotto il profilo delle esigenze cautelari. Questa conclusione conferma anche la connotazione schiettamente sanzionatoria che riveste la cattura obbligatoria per gli imputati di mafia, solitamente di poco precedente la richiesta di rinvio a giudizio, secondo uno schema procedimentale oggi codificato sotto forma di giudizio immediato custodiale, quasi a dimostrare la coincidenza temporale fra il consolidarsi dell'accusa e l'insorgere dell'esigenza di "punire" il presunto colpevole.

I dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 275 comma 3 c.p.p. possono essere alimentati anche da un argomento di più ampio respiro, ma sicuramente non meno rilevante. Il principio fondamentale democratico della separazione dei poteri statuali implica che la funzione giurisdizionale non possa essere surrogata da scelte legislative. Il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101 comma 2 Cost.), ma la legge non può predeterminare il contenuto della decisione giurisdizionale, pena l'annullamento della stessa funzione dello *ius dicere*. Come detto, il problema è stato impostato solo in termini di violazione della presunzione d'innocenza, di indebita anticipazione della pena fondata esclusivamente su un giudizio sommario di responsabilità, ma se guardiamo l'art. 275 comma 3 c.p.p. con gli occhi del giudice, questa previsione è una usurpazione delle sue prerogative, è una violazione sia degli art. 13 comma 2 e 111 comma 6 Cost. sia del principio della separazione dei poteri statuali. Violazione oggi imposta per esigenze di difesa sociale che, a dispetto della palese illegittimità costituzionale, trovano ampio consenso democratico, un domani, magari, per scopi meno commendevoli, come la ricorrente tentazione di sottomettere la giurisdizione al volere del potere politico, tipica dei regimi illiberali. Del resto, il processo penale è da sempre il miglior specchio dei rapporti intercorrenti in un dato momento storico non solo fra autorità e cittadino ⁽²⁷⁾, ma anche fra poteri dello Stato.

⁽²⁷⁾ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, p. 17 ss.

