

# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II



FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA

IN

STORIA DELLA GIUSTIZIA

“ IL DIBATTITO SULLA CARCERAZIONE  
PREVENTIVA TRA OTTOCENTO E NOVECENTO ”

Relatore:  
Ch.mo Prof.  
AURELIO CERNIGLIARO

Candidata:  
MADELEINE MAKABU  
Matr. 991/004007

Anno Accademico 2009/2010



# INDICE

**Introduzione..... pag. I**

## CAPITOLO I

### La carcerazione preventiva tra storia ed evoluzione

#### **I.I. Cenni storici. Origini del concetto di carcerazione**

**preventiva ..... pag. 2**

*I.I.I. Teorie evolutive. L'attività cautelare nel diritto romano ..... pag. 6*

*I.I.II. La cautela penale dal Medioevo all'età contemporanea ..... pag.  
10*

#### **I.II. Il carcere preventivo secondo il sistema processuale**

**dal Regno d'Italia al Novecento ..... pag. 13**

*I.II.I. Il carcere preventivo e l'istruttoria del processo ..... pag. 15*

#### **I.III. Proposte di riforma ..... pag. 21**

*I.III.I. Esame e discussione dello Schema – Progetto di Legge*

*dell'On. Lucchini ..... pag. 24*

*I.III.II. Modifiche al codice di procedura penale.*

*Legge 30 giugno 1876..... pag. 28*

## CAPITOLO II

### Carcerazione preventiva e aspetti comparatistici

**II.I. Premessa ..... pag. 34**

<b>II.II. Il concetto di detenzione preventiva negli ordinamenti giuridici degli Stati europei e di quelli stranieri .....</b>	<b>pag. 35</b>
<b>II.III. Analogie e differenze con l'ordinamento giuridico in Italia .....</b>	<b>pag. 41</b>
<b>II.IV. Lo scomputo della carcerazione preventiva.</b>	
<b>Aspetti generali e la teoria dei sistemi .....</b>	<b>pag 43</b>
<i>II.IV.I. Il sistema dello scomputo nelle principali legislazioni .....</i>	<i>pag. 48</i>
<b>II.V. Errori giudiziari. Il principio di indennità alle vittime. Generalità .....</b>	<b>pag. 50</b>
<i>II.V.I. Opinioni contrarie al principio dell'indennità .....</i>	<i>pag. 52</i>
<i>II.V.II. Opinioni favorevoli .....</i>	<i>pag. 57</i>
<i>II.V.III. Il principio di indennità nelle principali legislazioni .....</i>	<i>pag. 62</i>
<i>II.V.IV. Considerazioni conclusive .....</i>	<i>pag. 68</i>

## **CAPITOLO III**

### **La carcerazione preventiva e i diritti dell'individuo**

<b>III.I. Il problema del contemperamento degli interessi tra pubblico e privato .....</b>	<b>pag. 71</b>
<i>III.I.II. Il carcere preventivo e l'opinione pubblica .....</i>	<i>pag. 74</i>
<i>III.I.III. Il criterio della necessità a fondamento della carcerazione preventiva. Opinioni favorevoli e contrarie .....</i>	<i>pag. 77</i>
<i>III.I.IV. La Scuola Positiva "della difesa sociale" .....</i>	<i>pag. 80</i>

<b>III.II. Il carcere preventivo come</b>	
<b>‘Scuola di delinquenza’ .....</b>	<b>pag. 82</b>
<b>III.III. Le condizioni dell’imputato presso gli istituti di</b>	
<b>prevenzione e di pena. Critiche .....</b>	<b>pag. 85</b>
<i>III.III.I. La valutazione delle condizioni di salute nella custodia</i>	
<i>cautelare secondo la disciplina preparatoria al codice</i>	
<i>di procedura vigente .....</i>	<i>pag. 88</i>
<b>III.IV. Presunzione di innocenza e presunzione di</b>	
<b>colpevolezza alla luce dell’art. 27 della Costituzione.</b>	
<b>Generalità .....</b>	<b>pag. 91</b>
<i>III.IV.I. Manzini e la presunzione d’innocenza. Critiche .....</i>	<i>pag. 92</i>
<i>III.IV.II. La dottrina sul principio di non colpevolezza .....</i>	<i>pag. 97</i>

## CAPITOLO IV

### La custodia preventiva nel processo penale

<b>IV.I. La custodia preventiva come misura cautelare.</b>	
<b>Natura giuridica .....</b>	<b>pag. 101</b>
<i>IV.I.II. Scopo della custodia preventiva .....</i>	<i>pag. 102</i>
<b>IV.II. Durata della custodia preventiva. Decorrenza dei termini.</b>	
<b>Computo. Proroga dei termini .....</b>	<b>pag. 105</b>
<i>IV.II.I. Effetti della infermità di mente sopravvenuta dell’imputato</i>	
<i>sul corso dei termini di carcerazione preventiva .....</i>	<i>pag. 107</i>
<b>IV.III. La cessazione della custodia preventiva.</b>	

<b>Cause .....</b>	<b>pag. 109</b>
<i>IV.III.I. La scarcerazione per insufficienza di prove. Tesi .....</i>	<i>pag. 110</i>
<i>IV.III.II. La scarcerazione automatica .....</i>	<i>pag. 112</i>
<i>IV.III.III. Sulla legittimità della cattura nuovamente disposta nei confronti dell'imputato scarcerato, e dell'imputato liberato .....</i>	<i>pag. 114</i>
<i>IV.III.IV. La libertà provvisoria .....</i>	<i>pag. 117</i>
<i>IV.III.V. Obblighi e garanzie della libertà provvisoria .....</i>	<i>pag. 119</i>
<i>IV.III.VI. Note sulla conversione della carcerazione preventiva in pena .....</i>	<i>pag. 121</i>
<b>IV.IV. Effetti della carcerazione preventiva.</b>	
<b>Tra prevenzione cautelare e anticipazione della pena .....</b>	<b>pag. 122</b>
<i>IV.IV.I. Opinioni legittimanti. Critiche .....</i>	<i>pag. 126</i>
<b>IV.V. L'errore giudiziario nel processo penale.</b>	
<b>Generalità .....</b>	<b>pag. 130</b>
<i>IV.V.I. Ipotesi risolutive in materia di errori giudiziari .....</i>	<i>pag. 132</i>
<i>IV.V.II. Considerazioni conclusive. Il problema della riparazione pecuniaria per l'ingiusta detenzione .....</i>	<i>pag. 134</i>
<b>IV.VI. Sugli equivoci in materia di carcerazione preventiva.....</b>	<b>pag. 137</b>
<b>IV.VII. Da carcerazione preventiva a custodia cautelare in carcere nel regime transitorio .....</b>	<b>pag. 141</b>
<b>Conclusioni .....</b>	<b>pag. 144</b>

## **BIBLIOGRAFIA**

## **Introduzione**

Il presente elaborato è il frutto di un'accorta ricerca in merito ad una questione assai dibattuta nel campo del diritto, e che per secoli ha appassionato gli studiosi ed i giureconsulti più illustri, la carcerazione preventiva.

L'istituto rappresenta tuttora l'oggetto di numerose dispute, in cui si alternano opinioni contrastanti: da un lato, vi è chi ne legittima il fondamento, ritenendo questo uno strumento necessario per garantire le finalità di giustizia a cui è sotteso; dall'altro vi è chi, invece, ne condanna le modalità di attuazione, sostenendo che queste ultime vadano ad aggredire un ambito strettamente personale, quello della libertà dell'individuo, che viene considerato un diritto da proteggere. In questa sede si è cercato di delineare i tratti più salienti di cui l'istituto della carcerazione preventiva si connota, con riguardo soprattutto ai lunghi e, spesso, accesi dibattiti che negli ultimi due secoli si sono attivati intorno al fenomeno di cui si discute.

Lo scopo del seguente lavoro è quello di analizzare il fondamento della misura cautelare, a partire dalle origini del concetto, che si rinvencono nel diritto romano, in cui si assiste ad una attività cautelare che si svolge nell'ottica del temperamento dell'interesse sociale con quello individuale. Proseguendo l'indagine nella sua evoluzione, si è rilevata una progressiva presa di coscienza dell'incidenza dell'istituto nel campo del diritto processuale, e, in particolare, nella fase istruttoria che caratterizza il processo penale, in cui la carcerazione preventiva trova la sua piena attuazione.

Le esigenze che il legislatore ha ricondotto alla necessità di far ricorso alla suddetta misura cautelare si individuano rispettivamente: nella volontà di scongiurare il pericolo di alterazione della prova, da parte dell'indagato; nel bisogno di assicurare la presenza di quello al processo, dopo che sia stata esercitata nei suoi confronti l'azione penale, la quale si sostanzia nella formulazione dell'imputazione; infine, nella volontà di evitare che l'imputato possa darsi alla fuga, la quale renderebbe vana la finalità che l'istituto persegue nella fase istruttoria.

Ed è sulla finalità della carcerazione preventiva che si è discusso lungamente - e per oltre due secoli -, se si pensa soprattutto all'enorme sacrificio che essa ha comportato per chi ne è stato sottoposto : la privazione della libertà fisica, per tutto il tempo necessario alle indagini. Tempo che molto spesso si è protratto oltre alle dovute limitazioni, e che ha visto tradotti in carcere numerosi individui, non solo indagati, talvolta, per un reato meno gravoso di quello che la custodia presuppone, ma addirittura giudicati innocenti in un momento successivo.

Come porre, dunque, rimedio ad errori giudiziari di tale sorta? Come giustificare la necessità della prevenzione sotto forma di carcerazione, di fronte al rischio che ne può conseguire?

L'argomento che si è scelto di affrontare viene inquadrato storicamente nel periodo che intercorre tra l'Ottocento e il Novecento, quando ancora più viva appare la disputa intorno all'istituto della carcerazione preventiva.

I protagonisti, insigni giuristi e studiosi del tempo, hanno posto, con le rispettive opinioni, le basi di quella che oggi risulta essere una

questione ancora accesa, ma che per la realtà del periodo in cui si colloca l'indagine, ha rappresentato una importantissima innovazione, che ha visto il superamento di alcuni canoni appartenenti ad un sistema processuale – di stampo inquisitorio – non più confacente alle esigenze della società in evoluzione, e, soprattutto, contrastante con quei principi che troveranno pieno riconoscimento solo nella metà del secolo scorso.

L'istituto della carcerazione preventiva deve, ad un certo punto, essere inquadrato alla luce della Carta Costituzionale, la quale, in vigore dal 1948, ha inciso fortemente sull'ordinamento giuridico italiano, promuovendo il riconoscimento di una serie di diritti e di principi dai quali non si può prescindere, ai fini dell'applicazione del diritto sostanziale e processuale: tra questi, rilevano il diritto alla libertà individuale, e il principio della presunzione di non colpevolezza fino alla pronuncia della sentenza definitiva divenuta irrevocabile.

Quest'ultimo principio, sancito all'articolo 27, 2° comma della Costituzione, sarà oggetto - come si vedrà - di un acceso dibattito: da un lato, vi è chi ha ritenuto che la carcerazione preventiva dovesse essere applicata nell'ottica di una presunzione di innocenza da parte dell'indagato; dall'altro, vi è chi, al contrario, ha sostenuto la tesi secondo la quale la presunzione dovesse essere intesa nel senso della non colpevolezza dell'indagato o imputato di reato, non potendosi spiegare altrimenti il ricorso ad una misura cautelare così restrittiva nei confronti del medesimo, e prima ancora di averne accertata l'effettiva responsabilità.

Il metodo utilizzato per disquisire sull'argomento si fonda su un'analisi delle fonti rinvenute, le quali, essendo costituite da

monografie e da riviste di natura giuridica, risultano indispensabili per inquadrare l'istituto, innanzitutto sotto il profilo storico – al fine di comprenderne il fondamento e la sua lenta ma progressiva evoluzione - , e poi sistematico - con cui si cerca di spiegare la natura e lo scopo che lo stesso ha assunto all'interno del processo penale. Per comprendere, poi, quale sia stata la *ratio* su cui si è fondata la decisione del giudice, ai fini dell'applicazione della carcerazione preventiva nella fase istruttoria, si è fatto ricorso allo strumento delle pronunce giurisprudenziali, in cui si è articolata l'attività medesima, che meglio di ogni altra ha potuto fornire esempi di pratica utilità.

Il capitolo primo contribuisce, dunque, a dare un'idea dell'istituto della carcerazione preventiva nel suo aspetto, ancor prima che evolutivo, originario: affondando le sue radici nel diritto romano, l'attività cautelare viene ricondotta al concetto di *coercitio*, che altro non è se non una manifestazione della pena propriamente intesa, la quale risulta dalla combinazione di due forze : l' *imperium* del magistrato e l'*actio* del privato. Solo con l'introduzione della Lex Valeria (intorno al 500 a.C.) , si assisterà alla limitazione della sfera di azione della *coercitio* per opera della *iurisdictio*, intesa quest'ultima come il potere dei magistrati di impostare in termini giuridici la controversia che essi sono chiamati a dirimere.

Questo sistema verrà, nel corso dei secoli, applicato con modalità sempre più aspre, fino al Medioevo, quando, oltre alla suddetta misura, si farà ricorso anche al mezzo della tortura, che costituisce una sorta di involuzione rispetto ai propositi sperati. E, solo negli ultimi anni del XVIII secolo, si abbandoneranno definitivamente le sanzioni corporali, che saranno sostituite da quella detentiva, la

quale sarà accompagnata dal rispetto di forme e di regole processuali meno autoritarie e più arbitrarie.

Dopo aver analizzato gli aspetti più salienti del sistema processuale in cui opera l'istituto, sotto un profilo prevalentemente storico, e le modalità con le quali si svolge l'istruttoria del giudice – il quale conduce delle investigazioni che hanno tutt'altro che l'impronta dell'indipendenza e dell'imparzialità - , si passano in rassegna una serie di proposte di riforma (si veda, in particolare, lo Schema – Progetto di Legge dell'Onorevole Lucchini, del 1872) , riguardanti la prevenzione sull'uso ed abuso delle carceri giudiziarie, le quali serviranno a dare un contributo notevole alle leggi che saranno poi approvate, e all'impostazione dei codici di rito per l'applicazione della legge penale.

Il mezzo della carcerazione preventiva trova la sua attuazione oltre il confine italiano, essendo largamente diffuso anche negli altri paesi europei : per tale motivo, si è tentato di operare un' analisi comparativa - fornita nel secondo capitolo - dell'istituto menzionato, così come viene accolto da alcuni dei più progrediti ordinamenti giuridici del tempo. Da questi si è evinto un recepimento più o meno accentuato dell'istituto, a seconda del tipo di sistema giuridico vigente nel Paese in cui esso è stato accolto.

La concentrazione si dirige, poi, verso l'evoluzione che la carcerazione preventiva ha avuto sulla libertà del cittadino, con riferimento al sistema dello scomputo della pena sofferta durante la stessa, ai fini dell'applicazione della condanna divenuta esecutiva (a cui si aggiunge una lunga riflessione sulla cd. 'teoria dei sistemi', formulata dal Carrara, proprio in ordine allo scomputo) , e all'eventuale diritto all'indennità per gli errori giudiziari. Il tutto viene

analizzato sempre sotto il profilo comparatistico, essendo una questione che interesserà le legislazioni più progredite, e che proseguirà fino al Novecento, quando l'entrata in vigore della Costituzione darà luogo alla definizione delle basi per concepire la materia del diritto, alla luce dei principi che tutelano l'individuo in tutti i suoi aspetti essenziali, e a cui l'istituto della carcerazione preventiva non può inevitabilmente sfuggire.

Si avverte la necessità di contemperare gli interessi della società con quelli della persona, essendo, i primi, fondamentali per preservare l'ordine ed il vivere civile; i secondi, indispensabili per custodire quell'aurea di rispetto per la dignità umana, che mai dovrebbe superare la soglia di tollerabilità. Il criterio della 'ingiusta' necessità - di cui si discorre nel capitolo terzo - finisce per rappresentare la risposta alle crescenti esigenze di ordine pubblico, che si va sempre più affermando nella società contemporanea, la quale promuove la difesa sociale, e ritiene che per essa la carcerazione preventiva debba rappresentare in tal senso una funzione di epurazione preventiva della società organizzata (questo è ciò che sarà affermato in particolar modo dalla Scuola Positiva, nata nell'Ottocento, che ha rappresentato il secolo di affermazione delle cosiddette scienze empiriche - psicologia, antropologia, sociologia - , in cui i suoi fautori affronteranno lo studio dell'azione criminale sotto il profilo biologico e sociologico degli autori del reato).

Nell'ambito dei diritti dell'individuo, si inserisce l'indagine relativa alle condizioni dell'imputato presso gli istituti di prevenzione e di pena : questi, considerati da molti giuristi una vera e propria scuola di delinquenza - in cui i grandi si confondono con i piccoli, e i malfattori con gli sfortunati - , diventano il luogo per affinare l'arte

della delinquenza, o per impartire lezioni a coloro che, entrati in carcere per attendere la decisione del giudice, finiscono per subire il condizionamento dei recidivi. Se si pensa, poi, alle conseguenze che la carcerazione preventiva ha sulla reputazione di un uomo il quale, fermato anche solo per il semplice sospetto, viene condotto nei luoghi in cui si trova chi, invece, una pena la sta già scontando, si capisce perché talvolta la condotta degli onesti si trasforma in un atteggiamento criticabile, caratterizzato dalla cattiva condotta e da inique azioni. A ciò va ad aggiungersi la circostanza che, quasi sempre, chi è detenuto preventivamente, finisce per subire il giudizio dell'opinione pubblica, venendo 'giudicato' ancor prima dell'intervento della decisione del giudice.

Il riconoscimento, sul piano costituzionale, dei diritti umani, ha sollevato di non poco la situazione in cui si versava nel periodo precedente alla loro promulgazione : tant'è che, da quel momento in particolare, si è entrati in un'ottica così garantista, da propendere per l'idea di difendere la posizione dell'indagato, presumendolo innocente fino alla sentenza di condanna definitiva. Tuttavia, ben presto, questo concetto, divenuto l'oggetto di una lunga disputa, ha determinato un'inversione di tendenza, meno garantista in tal senso, diretta alla difesa dell'indagato presunto come 'non colpevole' fino alla sentenza di condanna : ciò è stata ritenuta una forma più consona, e soprattutto meno contrastante, alla condizione di un individuo a cui sia stata imposta una misura cautelare, restrittiva della propria libertà, in attesa di accertare il suo *status*.

L'analisi, da ultimo, si svolge in senso più tecnico. Il capitolo quarto offre una visione abbastanza chiara dell'istituto della carcerazione preventiva, inteso nei suoi elementi essenziali: natura giuridica,

scopo, durata della custodia in carcere ; ancora, decorrenza dei termini, computo, proroga dei medesimi. Un aspetto particolare, che viene trattato, è quello che concerne gli effetti dell'infermità di mente sopravvenuta dell'imputato sul corso dei termini di carcerazione preventiva, per cui si è affermato che la perdita sopravvenuta della capacità processuale non fa venire meno nell'imputato la capacità di essere parte : restando questa intatta dalla nascita alla morte dell'individuo, si è desunto che, in una tale circostanza, si operi la sospensione del procedimento, fino alla sua riassunzione (il cui presupposto è il riacquisto della capacità processuale dell'indagato o imputato di reato) , momento a partire dal quale i termini riprenderanno a decorrere.

Segue la rassegna delle cause di cessazione della custodia preventiva, a cui si riconduce la mancanza di prove sufficienti, e la scarcerazione automatica per decorrenza dei termini; a queste ipotesi si aggiunge quella della cosiddetta libertà provvisoria - quando ne sussistano i presupposti - , con i relativi obblighi e garanzie da parte di chi vi è sottoposto. Violando quelli, chi ne usufruisce perde il beneficio, prevedendosi nei suoi confronti l'applicazione *ex novo* della custodia in carcere. Si discute della natura della carcerazione preventiva, e della sua – da più parti affermata – tendenza ad anticipare gli effetti della pena - viste le modalità con le quali essa viene applicata, e le stesse condizioni dell'indagato, che finiscono per essere non dissimili da quelle di un condannato. Il tema del diritto all'indennità, per colui che sia stato custodito preventivamente in carcere, conseguente agli errori giudiziari, viene ripreso nei suoi aspetti attuali, se si pensa ai tanti errori riscontrati nel corso, o addirittura a conclusione, di molti processi italiani . Il

problema di cui si discute è quello di stabilire su chi debba gravare il peso del rischio, dell'assoluzione e della condanna, essendo la tendenza degli ordinamenti moderni – secondo alcuni - quello di spostare sullo Stato, anziché sull'imputato, il rischio del processo penale.

L'esposizione si conclude con una breve rassegna di quelle che sono state le novità apportate dal legislatore all'istituto della carcerazione preventiva, nel regime transitorio al codice di procedura penale vigente : in essa si colgono le fasi più rilevanti, che hanno fatto sì che l'istituto sia giunto fino ai nostri giorni, rinnovato in certi suoi aspetti, in senso formale e sostanziale.