

**MISURE DI SICUREZZA PERSONALI:
LA DECLARATORIA “PREVENTIVA”
DI ABITUALITÀ NEL REATO
CONTRASTA CON I PRINCIPI COSTITUZIONALI
IN TEMA DI RIEDUCAZIONE DEL REO**

di Fabio Fiorentin

SOMMARIO: 1. “Società del rischio” e crisi del sistema del “doppio binario”. – 2. La prevenzione del rischio di recidiva dell’autore imputabile: la declaratoria “preventiva” di delinquenza abituale. – 3. La tesi della natura (meramente) dichiarativa dello *status* di delinquente abituale e sua confutazione. – 4. L’estensione della disciplina delle misure di prevenzione personali: una criticabile analogia *in malam partem*. – 5. Una lettura sistematica dell’art. 103 c.p., ricomponi in chiave costituzionalmente orientata il quadro delle misure nei confronti degli autori pericolosi. – 6. Un procedimento veramente “ad armi pari”. – 7. La divaricazione dei fini e il difficile equilibrio tra esigenze contrapposte. – 8. Le risposte di alcuni giudici: la finalità rieducativa come valore non negoziabile. – 9. Al “neo-positivismo” efficientista va opposta l’idea “umanistica” del recupero della persona condannata.

1. “Società del rischio” e crisi del sistema del “doppio binario”.

A somiglianza di quanto accade in molti Paesi nello spazio giuridico europeo, anche in Italia il sistema penale del “doppio binario” di ispirazione stoossiana, caratterizzato dalla dualistica risposta statuale al fenomeno criminale, con applicazione – ai medesimi fini specialpreventivi – della pena e della misura di sicurezza, è posto in seria discussione. Le critiche non si manifestano soltanto con i sempre più forti dubbi avanzati sulla concreta efficacia dissuasiva di un tale apparato, ma si concentrano anche, con forza crescente, sull’opportunità stessa di mantenere in vita l’istituto delle misure di sicurezza. Non è, infatti, raro incontrare, scorrendo la letteratura, affermazioni per cui «il sistema delle misure di sicurezza mostra un volto obsoleto»¹; «la disciplina ancora vigente delle misure di sicurezza appare in realtà abbastanza obsoleta, una sorta di “ramo secco” che va eliminato»²; «di fatto il doppio binario è morto»³.

¹ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009, p. 614.

² G. FIANDACA, *Diritto penale*, in G. FIANDACA, G. CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p.50.

³ «Prima punire un soggetto perché responsabile e poi risocializzarlo perché pericoloso significa non tenere conto dell’unità della persona umana e dell’ovvia convergenza delle reazioni psicologiche alla sanzione» (F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova 1987, p.707). Più recentemente, cfr. G. DE VERO, *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2002, p. 90. V. inoltre, in una prospettiva comparatistica, il saggio di

Piuttosto singolarmente, a questa “levata di scudi” che vede la dottrina impegnata nel denunciare l’inconciliabilità del sistema delle misure di sicurezza come disegnato dal Codice Rocco con un diritto penale costituzionalmente orientato, fa da contraltare un rinnovato attivismo della prassi giudiziaria nell’utilizzo di questi strumenti in chiave preventiva di difesa sociale, quali rimedi di pronto impiego sul piano dell’operatività giudiziaria, atti a rispondere alla pressante esigenza di controllo e neutralizzazione dell’autore pericoloso⁴.

Questa “seconda giovinezza” delle misure di sicurezza si innesta su una linea evolutiva del diritto penale, che sembra sempre più distaccarsi dall’ottica della “punizione” applicata *ex post* per un fatto-reato colpevolmente commesso per attingere, con crescente intensità, posizioni di “difesa avanzata” dei beni considerati meritevoli di tutela nei confronti degli autori pericolosi. Ciò che pare caratterizzare lo sviluppo di molti ordinamenti penali europei, figli della “società del rischio”, è proprio lo sbilanciamento della funzione del controllo penale sul versante della gestione dei molteplici fattori di cui si compone il coefficiente di rischio, sul piano della probabilità di recidiva, espresso dai soggetti che hanno commesso un fatto penalmente rilevante⁵.

Tra le più immediate evidenze di un siffatto progressivo riposizionamento della funzione penale, non secondario rilievo è assunto dalla tendenza, seguita dalla politica giudiziaria di molti Paesi, a potenziare gli strumenti di prevenzione della recidiva degli autori di fatti-reato, soprattutto nel caso di autori imputabili, sui quali si focalizzano le istanze securitarie promananti da larghi settori della società (non di rado alimentate ed esasperate dal dibattito politico), con l’effetto di traslare l’intervento giudiziario dal contrasto repressivo/sanzionatorio del disvalore sociale del fatto-reato, al piano della prevenzione speciale nei confronti dell’individuo pericoloso⁶.

Inevitabile ricaduta di tale indirizzo politico è che la ideale linea del fronte di contrasto alla pericolosità d’autore tende continuamente ad essere spostata in avanti: anticipando, cioè, il momento in cui lo Stato interviene a prevenire il già evocato “rischio” che il soggetto, nei cui confronti si dirige l’attenzione operativa degli organi giudiziari e di pubblica sicurezza, possa nuovamente realizzare dei comportamenti di incisione o – sempre più frequentemente – di messa in pericolo dei beni tutelati

[M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, pubblicato in Questa Rivista il 26 luglio 2011.](#)

⁴ «Un fenomeno che si manifesta soprattutto attraverso la considerazione degli individui secondo una caratteristica personale della quale sono portatori, che assume rilievo assorbente ai fini del loro trattamento, ed oscura, per quegli stessi fini, ogni altro aspetto della loro vita e della loro condizione. Un fenomeno dunque di de-personalizzazione, nonostante l’apparenza, fondato su logiche di stigmatizzazione che presentano, pur nella varietà (storica, culturale, razionale) dei relativi procedimenti di formazione, evidenti analogie di struttura» (G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, p.1 pubblicato in Questa Rivista il 15 settembre 2011).

⁵ Cfr. D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e disordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2007, p. 240, cit. da M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore pericoloso*, cit.

⁶ M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso*, cit., p.3.

dall'ordinamento penale, in una sorta di continua rincorsa che vede, di pari passo, accrescersi la percezione di insicurezza dei consociati e implementarsi gli strumenti di controllo e sterilizzazione della pericolosità soggettiva negli autori di illeciti⁷.

2. La prevenzione del rischio di recidiva dell'autore imputabile: la declaratoria "preventiva" di delinquenza abituale.

Uno dei terreni in cui maggiormente è percepibile la tendenza "anticipatrice" della prevenzione del rischio di recidiva dei soggetti imputabili ritenuti pericolosi, è costituito dai procedimenti attivati per la declaratoria di delinquenza qualificata e, segnatamente, di abitualità nel reato, ai sensi degli artt. 102, 103 c.p. Presso alcuni uffici giudiziari requirenti è, infatti, invalsa la prassi di richiedere presso la competente magistratura di sorveglianza la dichiarazione di delinquenza abituale in relazione a soggetti condannati per gravi reati e in espiazione di pene di media o lunga durata. Contrariamente al protocollo seguito fino a pochi anni addietro, il detto provvedimento viene ora richiesto in via – per così dire – "preventiva" rispetto alla concreta applicazione della misura di sicurezza ad esso conseguente (la cui esecuzione si pone in coda all'espiazione della pena detentiva), e dunque a notevole distanza cronologica dalla sua comminazione, dal momento che il soggetto interessato si trova – nei casi rilevanti ai fini della presente analisi – in esecuzione di condanne implicanti la permanenza per un periodo non breve nel circuito penitenziario.

Non è atteso, in altri termini, il tempo prossimo alla cessazione dell'esecuzione penale relativa alla condanna subita dal soggetto, ma si attiva il procedimento di

⁷ In tema cfr. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. It.*, 1986, p.689. Il fenomeno investe ogni settore dell'ordinamento penale, pervadendo anche il momento processuale, pure informato alla presunzione di non colpevolezza dell'imputato, ora costituzionalmente sancita: «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». (O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, pubblicata in *Questa Rivista*, il 20 aprile 2012, p. 2). Analoghe considerazioni svolge, con riferimento alle intercettazioni di comunicazioni, strumenti di indagine particolarmente invasivi della sfera personale, F. CAPRIOLI, *Sicurezza dei cittadini e processo penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. DONINI-M. PAVARINI, Bologna, 2011. Ancor più *tranchante* è altra posizione che, con riguardo alle misure cautelari personali, osserva che «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 misure de sûreté fondata su un giudizio di pericolosità che postuli la colpevolezza dell'imputato» (V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p.49).

sorveglianza inerente alla dichiarazione di abitudine nel reato già in sede penitenziaria, sovrapponendo così il piano della misura di sicurezza a quello proprio dell'esecuzione della pena. L'obiettivo che un tale *modus operandi* si propone di realizzare attiene a esclusivi scopi di difesa sociale, considerando che la qualifica soggettiva di delinquente abituale importa una serie articolata di conseguenze di natura inibitoria e preclusiva in capo al soggetto così "qualificato". Si pensi, per richiamare le ipotesi che più facilmente ricorrono nella pratica, al divieto di accedere al c.d. "patteggiamento allargato" (art. 444, comma 1-bis, c.p.p.); all'impossibilità del decorso della prescrizione della pena (art. 172, u.c., c.p.); alla preclusione della concessione della detenzione domiciliare (art. 47-ter, L. n. 354/75) o, più recentemente, in materia esecutiva, alla preclusione posta ai fini della concessione del c.d. "indultino" (L. 207/03) o riguardo all'applicazione dell'esecuzione della pena presso il domicilio introdotta dalla c.d. "legge Alfano" (L. 199/2010)⁸.

3. La tesi della natura (meramente) dichiarativa dello *status* di delinquente abituale e sua confutazione.

Il sostrato dommatico che fonda la prassi cui si è fatto cenno nelle righe precedenti, assume che la declaratoria di abitudine nel reato abbia natura dichiarativa; laddove la (concreta) applicazione della misura di sicurezza ad essa correlata rivesta, invece, carattere dispositivo. Ne deriverebbe, secondo la riferita impostazione, la possibilità che il magistrato di sorveglianza proceda alla declaratoria di abitudine ai sensi dell'art. 103, c.p., anche se non sia ancora attuale la possibilità di applicare all'interessato la misura di sicurezza, risultato che dovrebbe (con)seguire al riscontro positivo della pericolosità sociale in capo al condannato, accertato in un tempo prossimo alla eventuale concreta esecuzione della misura stessa.

La ravvisata dicotomia che sussisterebbe tra il momento dichiarativo dello *status* di "delinquente tipico" e quello dispositivo inerente alla effettiva applicazione della misura di sicurezza ad esso coerente, non potendo ricavarsi sulla base della dizione normativa, viene desunta in via ermeneutica, traendo argomento da un risalente indirizzo giurisprudenziale, che ritiene non necessaria la revoca della declaratoria *de qua* laddove il giudice ritenga di applicare, in luogo della misura detentiva, altra misura di sicurezza di specie diversa⁹: se ne dedurrebbe la non

⁸ Con riferimento alla tematica della stigmatizzazione del delinquente pericoloso sulla base di "tipi di autore", si è osservato che: «La dimensione prevalente del nostro fenomeno, comunque, consiste nella effettiva utilizzazione di **logiche presuntive** [il grassetto è dell'A., n.d.r.] in funzione di *ratio* della disciplina differenziale, che esclude il *normotipo* del delinquente pericoloso dall'ambito applicativo di disposizioni favorevoli o lo include nell'area operativa di disposizioni sfavorevoli» (G. LEO, *Gli statuti ...*, cit., p. 4).

⁹ Cass. pen., Sez. I, 9.12.1998, n. 4730, CED Cass.

necessaria contestualità tra l'accertamento della delinquenza qualificata e l'applicazione della misura di sicurezza.

Viene, altresì, richiamato l'argomento storico relativo all'evoluzione dell'istituto dell' "abitudine nel reato", considerando che, anteriormente all'entrata in vigore della c.d. "legge Gozzini" (L. n. 663 del 1986), la declaratoria di abitudine poteva estinguersi soltanto per effetto della riabilitazione. La giurisprudenza riteneva, coerentemente con il previgente quadro normativo, che la dichiarazione di abitudine non potesse essere soggetta a revoca, bensì unicamente ad estinzione mediante riabilitazione; e che ad essere revocabile fosse, invece, la misura di sicurezza conseguente alla detta declaratoria. Con la riforma penitenziaria del 1986, la legge di ordinamento penitenziario è stata modificata nel senso di attribuire al magistrato di sorveglianza la competenza in ordine al riesame della pericolosità sociale dell'interessato, nonché all'applicazione, esecuzione, trasformazione o revoca, anche anticipata, delle misure di sicurezza. Il magistrato può ora provvedere altresì, in occasione dei provvedimenti anzidetti, alla revoca della dichiarazione di delinquenza abituale (art. 69, comma 4, L. n. 354/75).

Ne deriverebbe che, altro è il riesame della pericolosità sociale in capo al prevenuto ai fini della applicazione della misura di sicurezza; altro è la eventuale revoca della qualifica di delinquente abituale. Si tratterebbe – ecco la conclusione – di due giudizi affatto separati e distinti anche con riferimento ai parametri di valutazione, considerato che l'accertamento della abitudine nel reato si desume dai criteri di cui all'art. 133 c.p., ed acquista, pertanto, carattere retrospettivo e "storico"; laddove, ai fini della misura di sicurezza, il giudice dovrà, invece, effettuare una prognosi proiettata nel futuro sulla base dell'accertamento di una pericolosità sociale attuale nel momento in cui procede all'applicazione della misura di sicurezza.

Gli argomenti portati a sostegno della tesi che propugna la natura meramente dichiarativa della declaratoria di abitudine nel reato appaiono caratterizzati da una notevole dose di artificiosità. Sembra, in particolare, assai poco convincente lo sforzo interpretativo che ricava dalla possibilità di trasformazione *in mitius* della misura detentiva, conseguente alla declaratoria ai sensi dell'art. 103, c.p., l'asserto della scindibilità dei due giudizi di pericolosità (l'uno, come si è ricordato, di carattere "storico", l'altro di natura prognostica), laddove, anzi, ciò pare dimostrare inequivocabilmente la natura unitaria del giudizio di pericolosità sociale che il giudice esprime e che, del resto, lo *status* di "delinquente qualificato" implica, esprimendo quella stigmatizzazione che produce gli effetti deteriori sopra evocati. E proprio la ritenuta non necessità di revoca della declaratoria di delinquente abituale nel caso di trasformazione *in mitius* della collegata misura di sicurezza sembra confermare, all'inverso, l'ipotesi (accolta, del resto, pacificamente dal diritto vivente) che la detta revoca sia, invece, necessaria laddove il giudice di sorveglianza intenda revocare la misura di sicurezza, in seguito all'accertata cessazione della pericolosità sociale dell'interessato.

Che si tratti di un giudizio unitario ed omogeneo (poiché involge un unico oggetto: la pericolosità sociale del condannato), pertanto non artificiosamente

scindibile, sembra confermato dalla lettura dello stesso art. 103 c.p., che, ai fini della declaratoria di abitudine nel reato, prescrive al giudice non solo di accertare la sussistenza del presupposto formale in relazione alle condanne desumibili dal certificato penale; ma anche di valutare se «tenuto conto della specie e gravità dei reati, del tempo entro il quale sono stati commessi, della condotta e del genere di vita del colpevole e delle altre circostanze indicate nel capoverso dell'art. 133, [il corsivo è dell'A., n.d.r.] ritiene che il colpevole sia dedito al delitto».

Sembra, in altre parole, confermato dal preciso disposto normativo che la declaratoria ai sensi dell'art. 103 c.p., implichi, oltre all'accertamento dei presupposti formali previsti dalla evocata disposizione, l'utilizzo dei criteri di cui all'art. 133 c.p., per raggiungere la certezza che in capo al soggetto sussiste la "dedizione al delitto", gli stessi cioè dei quali è fatto uso ai fini dell'applicazione della misura di sicurezza. L'utilizzo dei medesimi indici di riscontro della pericolosità soggettiva valida l'asserto per cui non può darsi declaratoria di abitudine nel reato senza applicazione della misura di sicurezza corrispondente al grado di pericolosità rilevato nel caso concreto e, per converso, avvalorare l'opinione per cui non potrebbe esservi revoca della detta declaratoria con il mantenimento della misura di sicurezza ad essa collegata: *simul stant, simul cadent*¹⁰.

Tale ricostruzione pare, inoltre, asseverata dall'arresto costituzionale n. 443/1988, laddove la Corte, pronunciandosi sull'efficacia del "nuovo" art. 69, comma 4, della legge di ordinamento penitenziario, afferma – tra l'altro – che la revoca della dichiarazione di delinquenza abituale deve avvenire in sede di riesame "in concreto" della pericolosità sociale, «essendo questa, insieme, alla base dell'applicazione e revoca delle misure di sicurezza e della dichiarazione d'abitudine»¹¹.

¹⁰ Tale corrispondenza biunivoca tra la declaratoria di delinquenza qualificata e applicazione della correlata misura di sicurezza rende ragione del fatto che, sul piano applicativo, «essendo il magistrato di sorveglianza titolare di un potere-dovere di revoca della delinquenza qualificata in concomitanza con la revoca della misura di sicurezza, una eventuale pronuncia di mancanza di pericolosità sociale – e, quindi, di rigetto della richiesta di applicazione della misura di sicurezza – non potrà che essere espressa attraverso la denegazione dell'attribuzione al soggetto della qualificazione che costituisce, in concreto, il presupposto della applicazione della misura di sicurezza che si ritiene di non adottare» (M. CANEPA-S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2006, p.461 ss.). Gli AA. citati aggiungono, significativamente, che il magistrato di sorveglianza, adito per l'applicazione della misura di sicurezza, qualora revochi la stessa è tenuto a pronunciarsi anche con riguardo alla revoca della declaratoria di delinquenza qualificata e, allo stesso modo, dovrà pronunciarsi analogamente qualora sia investito della richiesta di attribuzione della qualifica stessa in funzione dell'applicazione della misura, giungendo ad affermare – sulla scorta della sentenza costituzionale n. 443/88 – l'obbligatorietà della revoca della declaratoria di delinquenza qualificata (art. 69, comma 4, L. 354/75) nel caso di revoca della misura di sicurezza per accertata cessazione della pericolosità sociale.

¹¹ Corte cost., sent. 25.3. – 14.4.1988, n. 443, in *Cass. pen.*, 1988, 1789. In dottrina, v. A. GIANNONE, *La revoca della dichiarazione di pericolosità qualificata in un'interpretazione "adeguatrice" della Corte costituzionale*, in *Leg. Pen.*, 1988, p. 738.

Soggiunge, il Giudice delle leggi, che «il termine “eventuale”, che accompagna il termine “revoca” nel quarto comma dell’art. 69 della legge in esame ... va letto in relazione alla pluralità di provvedimenti elencati in precedenza, taluni dei quali presupponesti una prognosi di persistente pericolosità sociale e non come possibilità di non revocare la dichiarazione d’abitudine (anche) quando il magistrato di sorveglianza accerti l’essere venuta meno, in concreto, la pericolosità sociale».

4. L’estensione della disciplina delle misure di prevenzione personali: una criticabile analogia *in malam partem*.

In tema di declaratoria *ex artt.* 102, 103 c.p., un recente orientamento della Cassazione ha affermato, sulla scia di un consolidato indirizzo, che la disciplina dettata dal codice penale può essere integrata sulla base del principio espresso dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento all’istituto della sorveglianza speciale di P.S. Si tratta, precisamente, dell’assunto per cui, in materia di misure di prevenzione personali, la misura della sorveglianza speciale di P.S. può trovare applicazione anche nei confronti di soggetto in stato detentivo «poiché occorre distinguere tra momento deliberativo e momento esecutivo della misura e poiché l’incompatibilità di questa con lo stato di detenzione del proposto attiene unicamente alla esecuzione della misura stessa»¹².

Si è affermato, al proposito, che la misura di prevenzione può avere concreto inizio solo quando venga a cessare lo stato di detenzione, ferma restando la possibilità, per il soggetto interessato, di chiederne la revoca, per l’eventuale venir meno della pericolosità in conseguenza dell’incidenza positiva sulla sua personalità della funzione risocializzante della pena.¹³ Come si è anticipato, la Cassazione, con l’arresto n. 2698/10, *ric. Frizziero*, ritiene tali principi applicabili anche alla materia delle misure di sicurezza personali, poiché «fondate sui medesimi presupposti delle misure di prevenzione personali e tendenti al medesimo obiettivo della eliminazione della

¹² Cass. pen., Sez. I, 10.12.2010, n. 2698, *Frizziero*, *CED Cass.* L’indirizzo si richiama anche all’arresto delle Sezioni unite della Cassazione (sent. 25.3.1993-14.7.1993, n. 6), che, distinguendo tra il momento dell’applicazione della misura di prevenzione e quello della sua esecuzione aveva affermato che lo stato di detenzione in espiazione di pena non preclude in alcun modo l’applicazione della misura, ma impone soltanto di differirne l’esecuzione al momento di cessazione della detenzione; osservando che l’inclinazione a delinquere del soggetto non viene necessariamente cancellata dall’espiazione della pena e che esso potrebbe comunque riacquistare la libertà prima di aver finito di scontare interamente la pena; e che, in tale ottica, l’effetto risocializzante dell’espiazione della pena potrebbe assumere quindi rilevanza solo ai fini dell’ottenimento, da parte dell’interessato, della revoca della misura di prevenzione per sopravvenuta cessazione della pericolosità, tramite lo speciale «rimedio» previsto dall’art. 7 della legge n. 1423 del 1956.

¹³ Sez. Un. 25.10.2007, n. 10281, *Gallo*, *CED Cass.*

pericolosità». Ne consegue, ad avviso dell'orientamento richiamato, che non può essere confuso «il momento deliberativo circa la pericolosità del condannato e la dichiarazione di delinquenza abituale e il momento esecutivo della misura di sicurezza», talché lo stato detentivo non può essere ritenuto «ostativo anche alla valutazione della pericolosità, sempre rivalutabile, e alla dichiarazione di delinquenza abituale, che non solo comporta l'applicazione di misura di sicurezza, ma anche produce plurimi effetti ad altri fini (art. 109, comma 1, cod. pen.)» (Cass. 2698/10 cit.).

La lettura analogica operata dalla giurisprudenza sopra richiamata sembra costituire un'estensione *in malam partem* di un principio che, trasposto dal piano delle misure di prevenzione alla dinamica dell'esecuzione penale, si pone in contrasto non componibile con alcuni dei più rilevanti cardini costituzionali che fondano la natura e la finalità del sistema penale stesso. In questa prospettiva, non pare condivisibile la ritenuta possibilità di addivenire alla declaratoria di abitualità nel reato *ex art. 103 c.p.*, nel corso dell'esecuzione della pena, anche nel caso in cui il termine finale dell'esecuzione sia fissato a distanza temporale tale da rendere, in ogni caso, necessario una nuova verifica della pericolosità sociale *in limine* alla concreta messa in esecuzione della misura di sicurezza.

Non può, anzitutto, condividersi l'assunto, posto tra le basi dell'arresto Frizziero, secondo cui sarebbero applicabili *de plano* alla materia delle misure di sicurezza i principi elaborati dalla giurisprudenza con riferimento alle misure di prevenzione, dovendosi ravvisare tre le prime e le seconde identità di *ratio*, identificata nella finalità di neutralizzazione della pericolosità del soggetto cui si indirizzano. Tale approdo ermeneutico non appare affatto persuasivo, atteso che i sottosistemi cui la Cassazione fa riferimento obbediscono a finalità solo parzialmente coincidenti. Ben vero, infatti, che entrambe le tipologie di misure hanno in comune finalità preventive. Occorre, tuttavia, considerare che le misure di sicurezza assumono, nell'esecuzione penale costituzionalmente orientata alla rieducazione del condannato (art. 27, Cost. comma 3), una funzione (anche) risocializzatrice, peculiarità che marca una netta differenza rispetto al "mondo" delle misure di prevenzione personali. Sotto il profilo sistematico, infatti, le misure di sicurezza sono strettamente collegate alla vicenda penale – art. 202 c.p., e, significativamente, art. 103 c.p. – laddove le misure di prevenzione prescindono da tale nesso, rivestendo, appunto, natura squisitamente preventiva e non già rieducativa.

La parziale affinità riconosciuta sul piano sistematico tra misure di sicurezza e misure di prevenzione non ha impedito, del resto, alla Corte costituzionale di rimarcare che si tratta di «settori direttamente non comparabili, posto che il procedimento di prevenzione, il processo penale e il procedimento per l'applicazione

delle misure di sicurezza sono dotati di proprie peculiarità, sia sul terreno processuale che nei presupposti sostanziali»¹⁴.

Anche il dato letterale evidenzia la netta distinzione delle misure di prevenzione dalle misure di sicurezza sotto il profilo della finalità rieducativa della pena, che è propria appunto della sola pena (art. 27, comma 3, Cost.), posto che «la misura di prevenzione assolve ad una funzione chiaramente distinta e non assimilabile a quella della pena»¹⁵, laddove, in relazione alle misure di sicurezza, l'ordinamento espressamente prescrive che la vigilanza nei confronti del sottoposto sia esercitata «in modo da favorirne il riadattamento alla vita sociale» (art. 228, comma 4, c.p.)¹⁶.

Dalla riscontrata differenza ontologica tra i due sottosistemi pare ineludibile trarre la conclusione che ogni *judicial transplant* dall'uno all'altro dei due sottosistemi non possa avvenire senza che siano rispettati i principi fondamentali che caratterizzano il secondo rispetto al primo.

Non può sfuggire, in questa ottica di analisi, che la trasposizione, operata dalla sentenza Frizziero, alla materia delle misure di sicurezza di un principio elaborato dalla giurisprudenza con riguardo alle misure di prevenzione personali, incide – come dianzi anticipato – sulle dinamiche esecutive penali in termini non coerenti con il principio cardine dell'esecuzione penale e penitenziaria, codificato dal già ricordato canone costituzionale in tema di funzione rieducativa della pena.

Sembra, invero, difficilmente contestabile la strumentalizzazione che la contestata lettura introduce sul piano della dinamica esecutiva, laddove privilegia esclusivamente le istanze preventive riducendo la persona umana ad oggetto di mera

¹⁴ Corte cost., sent. 28.10 – 5.11.2004, n. 321, in <http://www.cortecostituzionale.it>. Sulla non omogeneità dei regimi che connotano le due tipologie di misure in comparazione si può far riferimento anche alla sentenza costituzionale 21.4- 5.5.1983, n. 126, che dichiara infondata una questione che faceva leva su una violazione del principio di eguaglianza, constatando la disomogeneità delle situazioni poste a raffronto (l'art. 9 della legge n. 1423 del 1956, nel testo modificato dall'art. 8 della legge 14 ottobre 1974, n. 497, e l'art. 231 c.p.: «la misura di prevenzione della sorveglianza speciale presuppone la pericolosità sociale, accertata *ante delictum*, del soggetto a cui viene applicata ed ha fini cautelari, di difesa della società contro il pericolo di attentati alla sicurezza ed alla moralità pubbliche (...) La misura di sicurezza della libertà vigilata, invece, può essere applicata soltanto sul presupposto della pericolosità criminale del soggetto, di regola, accertata o presunta, *post delictum*; pericolosità intesa come probabilità che il soggetto medesimo commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati (...) Basta, dunque, la semplice descrizione delle due situazioni poste a raffronto per poterne desumere la indubbia disomogeneità».

¹⁵ Corte cost., ord. 7.4 – 20.4.2004, n. 124, in *Giur. cost.*, 2004, p. 1256 ss. Si veda anche, nello stesso senso, la dianzi ricordata sentenza costituzionale n. 126/1983, ove si sottolinea: «La misura di sicurezza in esame, da ultimo, ha finalità rieducativa e sociale, così che le prescrizioni imposte dal giudice devono essere “idonee ad evitare occasioni di nuovi reati” e “la sorveglianza deve essere esercitata in modo da agevolare, mediante il lavoro, il riadattamento della persona alla vita sociale” (art. 228 del codice penale). Inoltre essa è accompagnata da “interventi di sostegno e di assistenza” del servizio sociale al fine del “reinserimento sociale” del libero vigilato (art. 55 legge 26 luglio 1975, n. 354, nel testo sostituito dall'art. 6 della legge 12 gennaio 1977, n. 1)».

¹⁶ V. nota prec.

neutralizzazione, relegando nell'ombra il "valore" che ogni persona rappresenta anche sul piano delle prospettive di ricollocazione sociale.

5. Una lettura sistematica dell'art. 103 c.p., ricompone in chiave costituzionalmente orientata il quadro delle misure nei confronti degli autori pericolosi.

Da una prospettiva costituzionalmente orientata, si osserva che l'eventuale declaratoria di abitudine *ex art. 103, c.p.*, applicata nei confronti di soggetto sottoposto ad esecuzione penale nelle sue fasi iniziali, ovvero quando l'esecuzione medesima debba protrarsi per un lungo periodo di tempo, genera inevitabili effetti deteriori sulle *chances* di risocializzazione del condannato, mentre non produce alcun concreto effetto sul piano delle esigenze preventive che essa intende, correlativamente, tutelare.

Il condannato in stato di detenzione non ha, infatti, la materiale possibilità di commettere quei nuovi fatti-reato che potrebbero essere evitati dagli effetti della declaratoria di abitudine nel reato: la misura di sicurezza detentiva "allegata" alla eventuale declaratoria non modificherebbe certo in senso più restrittivo le modalità di detenzione ordinarie applicate all'interessato e, quindi, gli indici di quella "pericolosità situazionale" che potrebbero divenire, invece, rilevanti in prossimità della dimissione dall'istituto di pena.

Lo *status* di delinquente abituale, per contro, incide negativamente – come già dianzi ricordato – su una articolata serie di disposizioni in materia di benefici penitenziari, ponendosi come condizione preclusiva ai fini dell'accesso ad alcune misure alternative alla detenzione e ad altri benefici penitenziari.

Ne deriva che l'eventuale stigma della *qualificazione* di cui all'art. 103 c.p., mentre non esplica alcun positivo effetto in termini di tutela delle esigenze preventive, determina per converso, una concreta e grave *de-qualificazione* delle possibilità di rieducazione della persona condannata: quest'ultima si vedrà, infatti, precludere (si badi: in via assoluta senza alcuna possibilità di deroga) l'accesso ad una serie di benefici penitenziari ed opportunità di risocializzazione, senza che su tale sbarramento possa incidere l'eventuale positiva adesione al trattamento penitenziario, con ciò realizzandosi un effetto antitetico all'obiettivo di rieducazione fissato nella Carta costituzionale, fondato sul principio della c.d. "progressione trattamentale".

Ma vi è un secondo profilo che pare meritevole di attenta riflessione. La giurisprudenza è, invero, ormai pacifica nel ritenere che «dopo l'entrata in vigore della L. 10.10.1986, n. 663, recante modifiche all'ordinamento penitenziario, la declaratoria di abitudine nel delitto, presunta dalla legge – che non ha natura costitutiva, ma semplicemente ricognitiva di uno *status* già esistente nel momento in cui erano

maturate le condizioni previste dall'art. 102 c.p. – non è consentita ove non sussista una attuale e concreta pericolosità sociale». ¹⁷

Tale assunto è stato, quindi, ripreso da altro arresto, secondo cui «il solo accertamento dei precedenti e quindi delle condizioni che potrebbero portare ad una dichiarazione di abitualità, non possa essere sufficiente senza una motivata specificazione degli elementi indicativi dell'attuale e concreta pericolosità sociale del soggetto, tali da evidenziare fino a che punto la tendenza criminosa manifestata nello specifico delitto sia radicata nella personalità del soggetto stesso, mostrandone la capacità criminale»¹⁸.

In altri termini: sembra non revocabile in dubbio, a conferma del dato testuale – art. 69, L. n. 354/75 come modificato dalla “legge Gozzini” del 1986 – che la declaratoria di abitualità, nel suo momento dichiarativo come in quello estintivo, non è (più) collegata soltanto alla fase di cognizione della vicenda processuale che investe il condannato; bensì è pienamente inserita nella dinamica dell'esecuzione penale e penitenziaria ad essa consequenziale, così da risultare strettamente correlata alla diagnosi di pericolosità sociale formulata dal magistrato di sorveglianza. Ma un tale giudizio prognostico non ha né – a questo punto – potrebbe avere alcuna valenza autonoma, poiché acquista senso unicamente se inserito in una prospettiva in cui – nell'ottica di *extrema ratio* dell'uso di strumenti preventivi – in tanto sia applicabile una misura di sicurezza in quanto sia valutata come strumento assolutamente necessario in una società democratica a neutralizzare una pericolosità sociale concreta ed attuale, non altrimenti fronteggiabile.

Attesa la stretta correlazione sussistente tra la declaratoria di abitualità nel reato e la diagnosi di concreta ed attuale pericolosità sociale in capo al prevenuto, a norma degli artt. 658 e 679, c.p.p., non sembra, inoltre, potersi dubitare che la competenza del magistrato di sorveglianza a procedere all'accertamento della pericolosità sociale del condannato abbia ragione di attivarsi solo in prossimità dell'effettiva esecuzione della misura di sicurezza: «quando deve essere eseguita una misura di sicurezza (...) il pubblico ministero presso il giudice indicato nell'art. 665 [giudice dell'esecuzione] trasmette gli atti al pubblico ministero presso il magistrato di sorveglianza competente per i provvedimenti previsti all'art. 679» (art. 658 c.p.p.) .

Solo in un tempo ragionevolmente prossimo a quello in cui verrà data esecuzione alla misura di sicurezza vi sarà, infatti, l'utilità concreta di attivare il procedimento di riesame della pericolosità e, solo allora, sarà – tra l'altro – individuato il magistrato di sorveglianza competente in base ai criteri di cui all'art. 677 c. p. p.

Tale assetto appare coerente con la *ratio*, già prospettata nelle pronunce della Corte Costituzionale del 27.7.1982, n. 139, del 28.7.1983, n. 249 e del 13.12.1988, n. 443, i

¹⁷ Cass. pen., Sez. I, 16.6.1988, Li Volsi, *Giust. Pen.*, 1989, II, 333.

¹⁸ Cass. pen., Sez. II, 8.1.1977, n. 2536, CED Cass., e, più recentemente, Cass. pen., Sez. V, 17.9.2008, n. 43077, Montalto, CED.

cui *dicta* sono stati successivamente recepiti nell'art. 31, della evocata L. 663/1986, di esclusione di ogni presunzione di pericolosità sociale in capo al sottoponendo a misura di sicurezza, e dell'esigenza di effettuare l'esame di pericolosità sociale nel momento in cui la misura deve essere posta in concreta esecuzione, allo scopo di escluderne l'esecuzione in assenza di un'operante offensività sociale del soggetto, che produrrebbe, nei confronti di quest'ultimo, conseguenze inutilmente afflittive.

Quanto fin qui osservato viene, altresì, confermato dalla Corte di Cassazione prima sezione penale che, con pronuncia del 21.3.1991, n. 1169, ha chiaramente ribadito che solo in prossimità dell'esecuzione della misura di sicurezza può e deve operarsi il previsto riesame di pericolosità. Infatti, ogni pronuncia del magistrato di sorveglianza, emessa precedentemente a tale momento, sarebbe *inutiliter data*, poiché, comunque, dovrà nuovamente procedersi all'accertamento della pericolosità sociale del soggetto poco prima della sua concreta sottoposizione alla misura di sicurezza per valutare l'eventuale modificazione della situazione di fatto, nel frattempo intervenuta.

Deve, infine, essere considerato che il giudizio di pericolosità sociale non è una prognosi che l'ordinamento richiede al magistrato di sorveglianza in via teorica ed astratta, bensì in quanto finalisticamente orientata al concreto reinserimento sociale dell'interessato; del che quest'ultima, ove espressa, non potrebbe risolversi – nelle ipotesi di esecuzioni penali di lunga durata – se non nei termini di in una enunciazione del tutto astratta, dal momento che – nei casi pene di lunga durata – l'eventuale, concreta applicazione della misura di sicurezza detentiva integra una possibilità meramente ipotetica, suscettibile di necessaria validazione *in limine* al termine dell'espiazione della pena.

Senza contare che un giudizio espresso a notevolissima distanza di tempo dal termine dell'esperienza detentiva finirebbe per sconfessare implicitamente la valenza rieducativa del trattamento penitenziario, così come sancita dalla Carta fondamentale (art. 27, comma 3, Cost.). Al contrario, un'esecuzione penale finalisticamente volta alla risocializzazione del condannato non può che esigere, nel momento in cui si valuta la personalità del soggetto e il suo grado di pericolosità sociale, che siano acquisiti e ponderati accuratamente i risultati del trattamento penitenziario e gli effetti sperati che quest'ultimo ha prodotto sulla personalità del reo.

In questa stessa prospettiva – come si è già evidenziato – una eventuale declaratoria “preventiva” di abitudine nel reato, oltre ad essere assunta senza il fondamentale apporto dei risultati del trattamento rieducativo esplicito nel corso della esecuzione (e dell'eventuale esperienza di ancor maggiore effetto risocializzante connessa all'ammissione a misure alternative alla detenzione o ad altri benefici penitenziari); costituirebbe un passaggio addirittura controproducente nell'ottica rieducativa, poiché al condannato dichiarato delinquente abituale sarebbe preclusa – *per ciò solo* e senza alcuna possibilità per il magistrato di sorveglianza di apprezzarne e ponderarne i progressi trattamentali – una parte importante delle possibilità di anticipato reinserimento sociale attraverso i c.d. “benefici penitenziari”.

L'opportunità di far coincidere la valutazione della “attualità” della pericolosità sociale del reo con il momento finale della vicenda esecutiva evita, infine, il paradosso

di consentire un giudizio di pericolosità, cristallizzato nella declaratoria di abitudine attivata a scopo esclusivamente preventivo, cronologicamente scollegato dalla verifica dell'attualità della pericolosità sociale nel momento della concreta applicazione della misura di sicurezza, prassi che assumerebbe la connotazione di una evidente distorsione a fini meramente preventivi dello strumento delle misure di sicurezza, che l'ordinamento struttura invece – come si è visto – anche e oggi soprattutto a scopo di reinserimento sociale.

6. Un procedimento veramente “ad armi pari”.

Una riflessione deve essere, infine, portata sul fatto che un eventuale procedimento attivato per iniziativa della parte pubblica al fine di far dichiarare un soggetto condannato e in espiazione di pena delinquente abituale *ex artt. 102, 103 c.p.*, implicherebbe inevitabilmente un giudizio di prevalenza del dato oggettivamente negativo rappresentato dalla valorizzazione del passato criminale del soggetto, sui dati positivi derivanti dal percorso penitenziario. La sovrapposizione del piano penitenziario con quello della vicenda esecutiva successiva implicherebbe, infatti, che il magistrato di sorveglianza si troverebbe ad esprimere un giudizio di pericolosità sociale del detenuto dopo aver posto su un piatto della bilancia i dati dell'esperienza detentiva e della eventuale evoluzione della personalità (di esiguo peso, laddove il procedimento sia attivato a grande distanza dal termine della pena); e dall'altro il pesante fardello del numero e della gravità delle precedenti condanne. E' fin troppo agevole pronosticare l'esito, di fatto scontato, di un giudizio espresso a fronte di un compendio istruttorio così evidentemente sbilanciato in favore delle istanze preventive a detrimento di quelle rieducative. E un tale *modus procedendi* non sarebbe – si osserva ancora – rispettoso della *fairness* del giudizio, poiché finirebbe per essere pesantemente condizionato dal momento in cui la parte pubblica assuma l'iniziativa di avviare il procedimento *ex art. 103, c.p.* (nell'ipotesi più estrema, qualora il P.M. richiedesse la declaratoria in esame il giorno successivo all'inizio della esecuzione penale a carico del soggetto, la valutazione del giudice dovrebbe prescindere del tutto dai risultati dell'osservazione sull'evoluzione della personalità), così che l'esito del procedimento verrebbe fatto dipendere, in definitiva, dall'autonoma iniziativa di una soltanto delle parti.

Non pare che a tale obiezione possa plausibilmente opporsi la possibilità che il soggetto ha di chiedere in seguito la revoca della declaratoria di cui all'art.103 c.p., e della correlata misura di sicurezza, atteso che tale richiesta non potrebbe che essere fondata sui risultati del trattamento penitenziario. Questi ultimi, a loro volta, sarebbero pesantemente condizionati dalla declaratoria in questione, che “azzopperebbe” il soggetto nel suo percorso di accesso ai benefici e alle misure alternative alla detenzione.

7. La divaricazione dei fini e il difficile equilibrio tra esigenze contrapposte.

La ricognizione portata sulla prassi invalsa nel diritto vivente rimanda l'eco sempre più insistente della attivazione di forme anticipate di tutela nei confronti di autori pericolosi, veicolate anche con i procedimenti di declaratoria "preventiva" di abitualità nel reato, destinata ad esplicitare effetti già nella fase dell'esecuzione della pena. L'affacciarsi di tale recente fenomeno di "attivismo" degli organi requirenti nella fase esecutiva sottende esigenze di difesa sociale ed a queste ultime intende fornire una risposta sul piano preventivo.

Se non può certamente costituire motivo di dubbio la effettiva sussistenza di molte ragioni concrete per mantenere alta la guardia sul fronte della prevenzione di pubblica sicurezza; non possono tuttavia meritare plauso quelle iniziative che accettino l'idea di respingere nel circuito penitenziario ordinario – e quindi nel rassicurante spazio della segregazione strettamente detentiva – quei soggetti giudicati socialmente pericolosi, riservando ai medesimi, quando giunti al fine-pena, l'applicazione della misura di sicurezza detentiva (sempre che il magistrato di sorveglianza non provveda alla sua trasformazione in altra meno gravosa tipologia).

E' evidente – sotto l'indicato profilo – una rimarchevole divaricazione dei fini: la declaratoria di abitualità nel reato, veicolata in sede esecutiva della pena, punta, infatti, decisamente a sterilizzare la pericolosità soggettiva manifestata con la commissione del reato, creando una categoria di condannati (quelli appunto dichiarati "delinquenti abituali") che finiscono per diventare altrettanti soggetti "irricevibili" nella società esterna al carcere, essendo loro precluse articolate specie di benefici penitenziari, così che è lasciata sullo sfondo quella funzione – assai delicata – di "cuscinetto" che le dette misure dovrebbero esercitare tra il condannato in espiazione di pena e la società libera nella quale egli va gradualmente a reinserirsi.

8. Le risposte di alcuni giudici: la finalità rieducativa come valore non negoziabile.

Alcuni giudici di sorveglianza, investiti delle richieste di declaratoria "preventiva" ex artt. 102, 103 c.p., si sono recentemente pronunciati in termini netti, respingendo le richieste degli organi requirenti ([Mag. sorv. Vercelli, 28 novembre 2012, pubblicata su Questa Rivista l'8 gennaio 2013](#)). Ancor più recentemente, un giudice di seconda istanza, pronunciandosi sull'appello proposto dal pubblico ministero, ha confermato la decisione del magistrato di sorveglianza *a quo*, che aveva respinto la richiesta avanzata dalla parte pubblica di dichiarare "delinquente abituale" ai sensi degli artt. 102, 103 c.p., un soggetto condannato in espiazione di una pena di lunga durata, e di applicare, per l'effetto, nei suoi confronti la misura di sicurezza della casa di lavoro ([Trib. Sorv. Torino, 6 marzo 2013, pubblicata su Questa Rivista il 10 aprile 2013](#)).

Il percorso logico-motivazionale seguito dal tribunale prende le mosse dal richiamo al principio elaborato dalla giurisprudenza di legittimità, secondo il quale la

declaratoria di abitudine nel delitto è strettamente correlata ad una valutazione espressa dal giudice in ordine alla pericolosità sociale dell'interessato¹⁹.

La diagnosi di pericolosità sociale – a sua volta – non può che esprimersi in termini di attualità e concretezza rispetto al duplice profilo rilevante, che afferisce, per un verso, all'esigenza di applicare, o no, al prevenuto una misura di sicurezza, e riguarda, per l'altro, la scelta dell'eventuale misura da applicare all'interessato, tra le molteplici opzioni a disposizione del giudice. Solo in data ragionevolmente prossima a quella in cui verrà data esecuzione alla misura di sicurezza vi sarà, pertanto, l'utilità concreta di attivare il procedimento di riesame della pericolosità e, solo allora, il magistrato di sorveglianza potrà formulare un giudizio ponderato sull' *attuale* e *concreto* grado di pericolosità sociale del soggetto, sulla cui personalità potrà avere influito positivamente il trattamento penitenziario e l'eventuale ammissione a forme alternative di espiazione della pena. Un procedimento anticipato rispetto alla prossimità della scadenza dell'esecuzione della pena inevitabilmente priva il giudice di una parte significativa del compendio valutativo e suona – tra l'altro – come aperto disconoscimento dell'eventuale sforzo del condannato per mutare il proprio stile di vita, adeguandosi alle regole della società civile (oltre che, ma su questo si dirà ancora più oltre, un aperto disconoscimento del ruolo e della funzione della magistratura di sorveglianza).

L'ammettere una giudizio espresso soltanto in termini retrospettivi, fondato sulla valutazione dei precedenti penali e sulla gravità dei reati commessi, senza porre tali elementi in ponderazione comparativa con i dati desumibili dall'osservazione della personalità condotta in istituto e dalla condotta mantenuta dall'interessato nel corso delle esperienze trattamentali si pone, inoltre in contrasto con i principi costituzionali, che mal sopportano ogni presunzione legale di pericolosità sociale e che ispirano, invece, un'esecuzione penale fondata su una valutazione portata sulla offensività sociale in concreta espressa dal soggetto, così da evitare l'applicazione di misure inutilmente afflittive.

I giudici hanno rilevato, inoltre, che l'eventuale declaratoria "preventiva" di abitudine nel delitto da parte del magistrato di sorveglianza nei casi in cui il fine-pena si situi ad apprezzabile distanza temporale contrasta con l'esigenza di economicità della giurisdizione, laddove la detta pronuncia sarebbe *inutiliter data*, «poiché, comunque, dovrà nuovamente procedersi all'accertamento della pericolosità sociale del soggetto poco prima della sua concreta sottoposizione alla misura di sicurezza per valutare l'eventuale modificazione della situazione di fatto nel frattempo intervenuta» (nello stesso senso si era pronunciato il [Magistrato di sorveglianza di Milano con ordinanza 9 novembre 2011, pubblicata in Questa Rivista il 9 febbraio 2012](#)).

A fronte di tale impostazione sono stati disattesi i rilievi formulati dalla parte pubblica, fondati sulla supposta natura "dichiarativa" della declaratoria in esame,

¹⁹ Cass. Sez. I, 16.6.1988, Li Volsi, *cit.*

laddove la (concreta) applicazione della conseguente misura di sicurezza rivestirebbe, invece, carattere “dispositivo”. L’asserto è stato ritenuto privo di fondamento normativo, poiché la disciplina positiva non prevede affatto, né espressamente né implicitamente, la supposta scansione in due subfasi dell’applicazione delle misure di sicurezza. Inoltre, si è rilevata la debolezza, sul piano “concettuale”, di un tale assunto, dal momento che utilizza un criterio sistematico afferente alla struttura e all’efficacia dell’atto amministrativo, che, pur coerente con la concezione “amministrativistica” delle misure di sicurezza, secondo lo schema del “doppio binario” adottato dal Codice Rocco, sembra ormai evidenziare evidenti limiti di fronte all’idea costituzionale di un sistema penale complessivamente unitario e sinergicamente orientato alla rieducazione e al recupero sociale della persona condannata.

Del pari disattesa è risultata la tesi relativa all’utilità di una declaratoria anticipata di abitualità nel delitto, alla luce dei correlati effetti sul piano processuale e sostanziale, essenzialmente preclusivi e inibitori dell’accesso a benefici processuali o sostanziali sul piano esecutivo. Anche siffatta impostazione concettuale appare, infatti, risentire dell’originaria concezione del Codice del 1930, che aveva introdotto le figure di “delinquente tipico”, cristallizzandole in “tipi legali” espressione di particolari aspetti di pericolosità sociale (il delinquente “abituale”, appunto, quello “professionale”, quello “per tendenza”), cui erano organicamente correlate presunzioni legali di pericolosità e misure di sicurezza (la casa di lavoro e la colonia agricola) con funzione di prevenzione e difesa sociale. Oltre a risentire di una concezione radicata in un sostrato culturale, quello cioè delle presunzioni legali di pericolosità finalizzate a meri obiettivi di difesa sociale, ormai lontano dai valori dell’ordinamento costituzionale, la prassi della declaratoria “preventiva” di abitualità *ex artt.* 102, 103 c.p., tende a costruire – appunto in via preventiva – delle preclusioni all’accesso ai benefici penitenziari addirittura più gravi e stringenti di quelle introdotte dal legislatore nell’art. 4-bis, L. n. 354/75: queste ultime, infatti, costituiscono ostacoli superabili, vuoi mediante la collaborazione attiva con la giustizia (art. 58-ter, L. n. 354/75); vuoi con il riconoscimento della impossibilità/inesigibilità della collaborazione stessa; vuoi infine mediante lo strumento incidentale della c.s. “scissione” del cumulo giuridico di pene. Lo *status* fondato dagli artt. 102, 103 c.p., rappresenta, al contrario, una barriera insuperabile, se non con la rimozione *ope judicis* della detta declaratoria.

Il cortocircuito logico-giuridico sembra evidente, anche per gli effetti deleteri che una tale impostazione induce sulle concrete possibilità di risocializzazione del condannato che, attraverso il “marchio di infamia sociale” della dichiarazione di delinquenza qualificata è risospinto nelle zone più buie della esecuzione penale – quelle cioè della detenzione ordinaria in carcere – senza che a nulla possano valere gli sforzi per cambiare prospettiva di vita e aderire alle proposte rieducative: la declaratoria di delinquenza “qualificata” opererebbe, infatti, *ex ante* rispetto al percorso penitenziario del condannato, relegando il ruolo del magistrato di sorveglianza ad una funzione meramente notarile di recepimento dei dati anamnestici criminologici (esame del certificato penale e della sentenza di condanna), senza che alcuno spazio sia lasciato al dispiegarsi dell’analisi sulla personalità del soggetto, desunta dalla condotta

mantenuta nel corso dell'esecuzione penale; dall'adesione trattamentale, dal rapporto con i compagni di detenzione e con gli operatori, oltre che dal risultato della eventuale sperimentazione con misure alternative al carcere.

Tutto ciò, si badi bene, senza che tali altissimi costi sul piano della coerenza costituzionale siano compensati da concreti effetti sul piano della tutela delle esigenze preventive, poiché, nel caso dei detenuti per condanne di lunga durata, nessuna conseguenza pratica potrebbe avere la misura di sicurezza adottata in seguito alla declaratoria *ex artt.* 102, 103 c.p., risolvendosi l'effetto della declaratoria *de qua* nella inibizione alla concessione di alcuni benefici penitenziari, in chiave di prevenzione. Sempre che – aggiunge chi scrive – sia consentito, in una società democratica lontana dal modello di “Stato etico” piegare gli istituti del diritto penale e penitenziario a fini meramente preventivi di neutralizzazione di soggetti “pericolosi”.

9. Al “neo-positivismo” efficientista va opposta l’idea “umanistica” del recupero della persona condannata.

Sullo sfondo delle questioni giuridiche suscitate dalle difformi letture dell'istituto disciplinato dagli artt. 102, 103 c.p., si agitano i fantasmi di una sorta di neopositivismo efficientista che, in chiave di neutralizzazione della persona pericolosa, è disposto a pagare il prezzo della rinuncia all'idea di un recupero della persona stessa alla società civile, in nome – come è stato efficacemente osservato – «di una sicurezza sbandierata come diritto alla sicurezza a qualsiasi costo»²⁰.

La questione non concerne, certamente, la negazione delle esigenze preventive e delle istanze di difesa sociale, che sono «una componente ontologicamente necessaria in ogni società organizzata»²¹. Il problema si propone, piuttosto, una volta acquisita la necessità della prevenzione, nell'individuazione delle forme di contrasto al pericolo di incisione dei beni giuridicamente tutelati che siano compatibili con i limiti costituzionali.

La progressiva estensione delle varie forme di controllo della pericolosità soggettiva applicate *praeter delictum*, la nascita e la stabilizzazione di un diritto penitenziario d'autore, segnata dall'introduzione di percorsi penitenziari differenziati per tipologia di delitti commessi (art. 4-bis, L. 354/75), da politiche ispirate a logiche di carcerizzazione (come la c.d. “legge *ex-Cirielli*”) e, più recentemente, con la “legge Alfano”, dal blocco delle uscite dai penitenziari, ridotti a scariche umane contro ogni principio di umanità e dignità, degli “irricevibili” (recidivi qualificati, autori di delitti

²⁰ Così M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile ...*, cit., p.41.

²¹ F. BRICOLA, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione (1975)*, in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, p. 74-75.

del “4-bis” e, appunto, delinquenti abituali), sono maschere da cui traspare «il volto spietato della neutralizzazione degli incorreggibili»²².

Contro questa deriva, che sgretola alle fondamenta il senso stesso dell’umanità e della dignità delle persone, le istituzioni di garanzia (la Corte costituzionale e la CEDU in particolare) hanno posto limiti di rispetto delle minime garanzie individuali per la persona umana, estendendo tale corredo di presidi anche a chi può rappresentare una fonte di pericolo – reale o solo percepito – consentendo un progressivo recupero di spazi a favore della discrezionalità giudiziale, vista come un temperamento ai rigorismi legislativi²³.

E’, tuttavia, necessario, alla luce dell’obiettivo di una sempre maggiore integrazione degli ordinamenti europei e della necessaria complementarietà tra i diritti nazionali e quello dell’Unione, che anche i giudici comuni mantengano vigile l’attenzione sul profilo della tutela dei diritti fondamentali e delle garanzie per il soggetto nei cui confronti si dirigono le misure ispirate alla prevenzione speciale, così che – anche con il contributo di un’applicazione illuminata dall’idea “umanistica” della prevenzione positiva – l’obiettivo del recupero dell’uomo delinquente prevalga pur sempre sulla logica della neutralizzazione dell’ autore pericoloso.

²² D. PULITANÒ, *Politica Criminale*, in *Encl. dir.*, XXXIV, 1985, p. 87, cit. da PELISSERO, *op. cit.*

²³ [G. LEO, *Gli statuti ... op. cit.*, p. 4.](#)