

GLI STATUTI DIFFERENZIALI PER IL DELINQUENTE PERICOLOSO: UN QUADRO DELLA GIURISPRUDENZA¹

GUGLIELMO LEO

SOMMARIO: **1.** *Regole presuntive e logica d'autore.* **2.** *Principi costituzionali e presunzioni di pericolosità.* **3.** *Le presunzioni assolute e i diritti di libertà.* **4.** *Il caso della recidiva: applicazione ed effetti sul trattamento sanzionatorio.* **5.** *Recidiva e rapporto esecutivo.* **6.** *Il nodo irrisolto della recidiva «obbligatoria».* **7.** *Titolo del reato e presunzioni di pericolosità nell'ordinamento penitenziario.* **8.** *Ordinamento penitenziario e condizioni personali del condannato.* **9.** *Cenni all'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario.* **10.** *Lo straniero come tipo d'autore.*

1. Regole presuntive e logica d'autore.

La giurisprudenza si confronta con un ritorno in auge del «delinquente pericoloso» nel sistema penale.

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.

Ho pensato di seguire i percorsi giurisprudenziali pertinenti al nostro tema attraverso **tre fronti** significativi della tendenza in atto.

Il primo si è aperto con la riforma della **recidiva**, ispirata ad una volontà politica di recupero dell'istituto dal limbo nel quale, asseritamente, era stato spinto dalle «liberalizzazioni» degli anni '70.

Il secondo attraversa il corso del tempo, ma si rafforza con la proliferazione e la implementazione dei «cataloghi» compilati a vari fini. Consiste nella generalizzazione degli effetti collegati alla **qualità del reato commesso o contestato**. Il sistema non considera più soltanto, o prevalentemente, il reato di violenza sessuale, o di furto in appartamento, o

¹ Il presente lavoro riproduce la relazione illustrata dall'Autore al convegno «**Pericolosità sociale e giustizia penale**», organizzato dall'associazione **Franco Bricola** e svoltosi ad Udine dal **25 al 26 marzo 2011**. Lo scritto, destinato agli atti del convegno, è stato aggiornato con annotazioni circa le più importanti pronunce deliberate o pubblicate dopo la fine del marzo 2011, relativamente ai temi trattati nella relazione.

di contesto mafioso, ma crea statuti differenziali per il violentatore, il ladro in appartamento, il mafioso.

Infine, non possiamo trascurare la figura dell'**immigrato** in condizione di soggiorno irregolare, anzi del «clandestino» (secondo una corruzione linguistica cui giustamente resistiamo, e però esprime una corrispondente corruzione del pensiero), che ha trovato forma sublime di valorizzazione nella aggravante comune dell'art. 61, n. 11-*bis* del codice penale.

La logica dell'autore si manifesta su molteplici piani, da quello del **diritto sostanziale** a quello del **diritto processuale**, e forse ancor più nella fase dell'**esecuzione penale**, con i molteplici statuti differenziali fondati sulla qualità della persona (ciò che vale anche per la considerazione «in astratto» del reato commesso).

Vi sono due aspetti da distinguere, sebbene le tendenze legislative attuali tendano a sovrapporli, generando l'idea, niente affatto razionale, di una connessione inscindibile.

Per un verso la legge definisce e circoscrive, a vario fine, **figure tipiche** di delinquente pericoloso, cui riferisce una o più discipline differenziali. Gli elementi del tipo tendono a fondare direttamente la qualifica, senza la mediazione dell'apprezzamento giudiziale: non sono condizioni per l'orientamento ed il contenimento del potere di qualificazione, ma presupposti per un automatismo. In aggiunta a questo, la legge tende a rendere non modulabile il quadro degli **effetti differenziali** connessi alla qualifica.

Dal doppio automatismo discende la riduzione, se non l'eliminazione, della **discrezionalità giudiziale** nella determinazione del trattamento.

Non è certo questa la sede per analizzare, neppure in termini generali, una questione che è sotto gli occhi di tutti: il sistema **non si fida dei suoi giudici**.

Applicata al nostro tema, la tendenza si connette alla *vulgata* secondo cui sarebbero state proprio le scelte giudiziali a determinare, almeno in parte, l'insuccesso delle politiche securitarie, l'asserito fallimento delle utopie rieducative, l'inefficienza nel contenimento dei delinquenti pericolosi.

Di qui muove il ricorso sempre più intenso a **regole presuntive**, che sostituiscono una valutazione generale ed astratta all'accertamento in concreto, fondato sui **fatti** e non sullo **stigma**. È un fenomeno che potremo riscontrare, con relativo dettaglio, lungo ciascuno dei tre percorsi da esplorare.

2. Principi costituzionali e presunzioni di pericolosità.

La disciplina concernente il «delinquente pericoloso» genera **tensioni** con i **principi fondamentali** del diritto penale costituzionale, dall'uguaglianza

alla ragionevolezza, all'offensività, alla necessaria finalizzazione rieducativa della pena.

A queste tensioni, vorrei anticiparlo fin d'ora, la giurisprudenza costituzionale e quella ordinaria reagiscono con una tendenza alla **destrutturazione delle norme** a carattere presuntivo, per il **recupero di spazi** a favore della **discrezionalità giudiziale**.

Questa tendenza esprime probabilmente la convinzione, almeno tendenziale, che la **decisione caso per caso** possa emendare i profili di irragionevolezza della legislazione. Quasi nella aspettativa che quella legislazione, nei fatti, venga «disapplicata», secondo un **automatismo uguale ed opposto** a quello che si deve superare.

Con le intuibili torsioni sul piano del **principio di legalità**, e sull'aspettativa che sia la legge a garantire i diritti, per tutti ed in qualsiasi giudizio.

Con il risultato di deviare l'attenzione dalla sostanza delle regole, nel loro valore generale ed astratto. Con il rischio di trasferire sul piano dell'accertamento, in una dimensione tendenzialmente processuale, questioni che vanno o andrebbero discusse, appunto, nella loro sostanza.

Dicevamo, comunque, del crescente ricorso a regole di carattere presuntivo. La **presunzione** del resto, in un regime formalmente ispirato al libero convincimento come quello penale, è per definizione lo **strumento utile** a ridurre la discrezionalità giudiziale, escludendola o condizionando l'accertamento verso un esito preferito dal legislatore.

Talvolta, per la verità, si riscontrano **presunzioni «dissimulatorie»**, cioè ostentate affinché non emerga la *ratio* effettiva di una determinata disposizione. Un risultato preclusivo a carattere sfavorevole viene imposto *come se* si giustificasse in base ad una frequenza statistica, più o meno attendibile, ed invece palesa ben altre finalità. Penso ad esempio alla regola – introdotta col primo «pacchetto sicurezza» di questa legislatura² – che escludeva dal **patrocinio a spese dello Stato**, senza possibilità di eccezione, coloro che fossero stati condannati per reati appartenenti ad uno dei tanti **«cataloghi»** che segnano la nostra materia: catalogo comprendente reati gravi (i soliti delitti associativi) ma anche fattispecie marginali, come alcune ipotesi aggravate di cessione di stupefacenti (art. 76, comma 4-*bis*, del d.P.R. n. 115 del 2002). Qui la presunzione non costituiva la *ratio* fondante del divieto, ma addirittura una regola formale di definizione del giudizio «ordinariamente» richiesto al magistrato: per questi soggetti **«il reddito si ritiene superiore ai limiti previsti»**. Neppure un criterio di prova, ma la soluzione predeterminata di un **giudizio** apparentemente **«ordinario»**. Fenomeno insolito, che si giustifica a mio avviso, ed appunto, per l'ansia dissimulatoria: noi non escludiamo questi soggetti in base ad

² Art. 76 del d.P.R. n. 115 del 2002: comma 4-*bis* aggiunto dalla lettera a) del comma 1 dell'art. 12-*ter* del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione.

uno stigma, o per effetto di una sanzione accessoria illegittima (perché incidente su un diritto fondamentale – quello alla difesa – al di fuori da ogni concepibile logica di bilanciamento), ma perché presumiamo che mentano sulle loro disponibilità economiche; dunque li escludiamo in base alla regola «ordinaria», e del tutto ragionevole, in base alla quale gli «abbienti» non hanno diritto al patrocinio a spese dell'erario. Peccato che la «legge di copertura» riferibile alla presunzione fosse talmente inattendibile (per l'assenza di connessioni cronologiche, per il carattere non necessariamente elevato e stabile dei redditi illeciti prodotti da determinate attività, ecc.) da svelare appunto l'impropria ed arbitraria logica sanzionatoria (e declamatoria) dell'intervento legislativo. Di qui, come tutti sanno, la dichiarazione di parziale illegittimità della disposizione, che ha «forzosamente» ricondotto la disciplina sul piano che le è proprio³.

La dimensione prevalente del nostro fenomeno, comunque, consiste nella effettiva utilizzazione di **logiche presuntive** 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.

La regola differenziale presuppone talvolta una **presunzione assoluta** di pericolosità, che costituisce la *ratio* legittimante della discriminazione. Oppure esiste una **presunzione relativa** che si giustifica allo stesso modo, espressa attraverso modifiche del procedimento cognitivo, mediante la selezione di tecniche e di materiali probatori, o lo spostamento del rischio derivante dal fallimento di determinati compiti dimostrativi.

3. Le presunzioni assolute e i diritti di libertà.

Ora, se c'è un tratto unificante della multiforme produzione giurisprudenziale sul tema del «delinquente pericoloso», questo consiste (già lo accennavo) nella **resistenza** opposta ad ogni **forma assoluta di presunzione**. Attraverso le scelte interpretative, od il ricorso all'incidente di costituzionalità, si manifesta la tendenza a risolvere il problema del trattamento differenziale in un **recupero della discrezionalità**, utile se del caso a neutralizzare la deriva verso un diritto penale fondato sulla condizione personale.

Non che si tratti di un fenomeno nuovo. Anzi, tale fenomeno si è manifestato in primo luogo, ed ormai da molti decenni, riguardo al sistema presuntivo che reggeva le **misure di sicurezza** nei confronti dei soggetti

³ **C. cost., 16 aprile 2010, n. 139**, dichiarativa della illegittimità costituzionale dell'art. 76, comma 4-*bis*, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nella parte in cui, stabilendo che per i soggetti già condannati con sentenza definitiva per i reati indicati nella stessa norma il reddito si ritiene superiore ai limiti previsti per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, non ammette la prova contraria.

socialmente pericolosi in ragione di condizioni personali o di patologie incidenti sulla **imputabilità**.

Le prime a cadere sono state le presunzioni concernenti i ragazzi di **età inferiore ai 14 anni**, che pure avessero commesso delitti di gravità medio alta, e che per tale motivo erano «**automaticamente**» destinati al **reformatorio giudiziario** (art. 224, secondo comma, c.p.). Nella sentenza **n. 1 del 1971**⁴ si rinviene, praticamente già sviluppata, l'odierna teorizzazione della Corte costituzionale sulle presunzioni assolute, specie in materia di pericolosità: «*Non v'è dubbio che la severa misura di sicurezza sia obbligatoriamente comminata nel presupposto della pericolosità sociale del minore. Senonché, la presunzione di pericolosità, che negli altri casi previsti dal codice si basa sull'id quod plerumque accidit, non ha fondamento allorché si tratti della non imputabilità del minore di anni quattordici: ché, al contrario, può ben dirsi che qui, data la giovanissima età del soggetto, la pericolosità rappresenti l'eccezione, per cui l'obbligatorietà ed automaticità del ricovero in riformatorio giudiziario non ha giustificazione alcuna*». Violazione, si noti, dell'art. 3 della Costituzione.

Poco di più avevano retto le **presunzioni di permanenza** della pericolosità sociale accertata in sede di perizia sull'imputabilità, con la conseguente demolizione del poi abrogato art. 204 c.p. Le presunzioni di pericolosità necessitano di «basi razionali», e non sono tollerabili quando ad esse non sottendano «*né dati d'esperienza suscettibili di generalizzazione, né esigenze di semplificazione probatoria*», nella specie concernenti la stabilità nel tempo delle condizioni psichiche del soggetto (sentenza **n. 139 del 1982**)⁵. Non sono accettabili, a maggior ragione, presunzioni che costituiscano «*un'inversione totale della logica del giudizio scientifico*» (sentenza **n. 249 del 1983**)⁶.

Una riflessione trasferita poi dall'*an* al *quomodo*, con le note decisioni ripristinatorie della discrezionalità giudiziale circa il **tipo di misura di sicurezza** utile a contenere forme di pericolosità connesse alla malattia di mente, a superamento della destinazione «obbligatoria» verso l'ospedale psichiatrico giudiziario (sentenze **n. 253 del 2003** e **n. 367 del 2004**)⁷.

⁴ **C. cost., 20 gennaio 1971, n. 1**: illegittimo l'art. 224, secondo comma, del codice penale, nella parte in cui rendeva obbligatorio ed automatico, per i minori degli anni quattordici, il ricovero, per almeno tre anni, in riformatorio giudiziario.

⁵ **C. cost., 27 luglio 2011, n. 139**, dichiarativa della illegittimità costituzionale degli artt. 222, primo comma, 204, cpv. e 205, cpv. n. 2, c.p., nella parte in cui non subordinavano il provvedimento di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario dell'imputato prosciolto per infermità psichica al previo accertamento da parte del giudice della cognizione o della esecuzione della persistente pericolosità sociale derivante dalla infermità medesima al tempo dell'applicazione della misura.

⁶ **C. cost., 28 luglio 1983, n. 249**, dichiarativa della illegittimità costituzionale degli artt. 204, secondo comma e 219, primo e secondo comma, c.p., nella parte in cui non subordinavano il provvedimento di ricovero in una casa di cura e di custodia al previo accertamento da parte del giudice della persistente pericolosità sociale derivante dalla cd. seminfermità al tempo dell'applicazione della misura di sicurezza.

⁷ **C. cost., 18 luglio 2003, n. 253** e **C. cost., 29 novembre 2004, n. 367**: illegittimi gli artt. 222 e 206 c.p. nella parte in cui non consentivano al giudice, nei casi rispettivamente previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di

Tensioni analoghe si riscontrano considerando la giurisprudenza chiamata a verificare **presunzioni assolute di pericolosità**, fondate sul titolo del reato contestato, nella prospettiva del processo penale, e cioè quella delle **misure cautelari** e, *mutatis mutandis*, dell'**arresto** in flagranza e del **fermo**.

È forse il caso di notare come il **titolo del reato** non sia più, a conferma dell'espansione di regole fondate sullo *status*, l'unico criterio fondante delle presunzioni attinenti alla necessità cautelare. Si può fare l'esempio del **divieto di arresti domiciliari** per chi sia stato condannato per **evasione** nei cinque anni antecedenti al fatto (comma 5-*bis* dell'art. 284 c.p.p.)⁸.

Tuttavia il titolo del reato è ancora il fattore dominante.

Anche se la Corte costituzionale aveva legittimato il vecchio istituto del **mandato di cattura obbligatorio** (art. 253 c.p.p. abrogato)⁹, e per giunta aveva sostanzialmente salvato (in ossequio ad una logica dichiaratamente emergenziale) anche i divieti di concessione della **libertà provvisoria**¹⁰, il codice vigente era partito **senza presunzioni** di alcun genere, dovendosi dimostrare volta per volta sia la pericolosità dell'accusato che la inadeguatezza di misure non detentive o comunque non carcerarie.

Poi il duro scontro con il principio di realtà. Inutile qui ricostruire in dettaglio l'evoluzione della materia. Si può dire, in sintesi, che una serie di **decreti-legge** era culminata con la previsione (comma 3 dell'art. 275 c.p.p.) che nei confronti dei soggetti raggiunti da gravi indizi di colpevolezza per determinati reati dovesse essere applicata la custodia cautelare in carcere, «*salvo che siano stati acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che le stesse non possano essere soddisfatte con altre*

sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale.

⁸ La Consulta ha già scrutinato la norma in questione, che era stata censurata in riferimento agli artt. 3, 13 e 32 Cost., con l'ordinanza **18 aprile 2003, n. 130**. La decisione esprime la logica che vedremo confermata nei provvedimenti più recenti. La **pericolosità** dell'indagato **non** può essere oggetto di una **presunzione assoluta**, che invece è ammissibile circa i mezzi di contenimento, purché la preclusione di alternative al carcere sia ragionevole. Nella specie, si ritenne ragionevole la valorizzazione in astratto di un comportamento fortemente sintomatico, proprio sul piano dell'adeguatezza, come la condotta di evasione.

⁹ **C. cost., 4 maggio 1970, n. 64**, ove pure si stabilì che fosse necessaria la motivazione almeno in punto di ricorrenza dei sufficienti indizi di colpevolezza. La Corte scrisse testualmente: «*a prescindere dalla preferibilità di un sistema che demandi sempre al giudice il potere di valutare di volta in volta se il lasciare in libertà l'imputato determini un pericolo di entità tale da giustificare la cattura e la detenzione – non si può escludere che la legge possa (entro i limiti, non insindacabili, di ragionevolezza) presumere che la persona accusata di reato particolarmente grave e colpita da sufficienti indizi di colpevolezza, sia in condizione di porre in pericolo quei beni a tutela dei quali la detenzione preventiva viene predisposta*». Nello stesso senso, successivamente, **C. cost., 30 gennaio 1974, n. 21**.

¹⁰ Si vedano, nel complesso, **C. cost., 14 aprile 1976, n. 88**, **C. cost., 23 gennaio 1980, n. 1**; **C. cost., 21 dicembre 1983, n. 342**. Va ricordata anche in questa sede la sentenza **20 aprile 1978, n. 46**, ove la norma preclusiva della libertà provvisoria fu "salvata", relativamente ad imputati minorenni, solo in quanto interpretata nel senso che la preclusione non operasse per minori compresi nella fascia tra i quattordici e i diciotto anni, in chiave adeguatrice al precetto costituzionale dell'art. 31 Cost. e delle norme della Costituzione in tema di gioventù e di minori.

*misure*¹¹. Una **presunzione relativa** sull'*an* e sul *quomodo* del trattamento cautelare, stabilita per un catalogo piuttosto ampio di delitti¹². Presunzione che quasi immediatamente si trasformò in **assoluta** per quanto riguardava la inadeguatezza di misure diverse dalla custodia in carcere¹³.

A quel punto, secondo l'unanime riconoscimento dottrinale e giurisprudenziale, la disciplina del trattamento cautelare aveva assunto un **duplice profilo**.

Esisteva una serie di reati segnati da una **presunzione relativa di pericolosità** dell'accusato. Questi infatti doveva essere assoggettato a restrizione della libertà, sempre che non fossero acquisiti elementi tali da dimostrare l'assenza di esigenze cautelari. Un tipico ribaltamento dell'onere della prova: l'indagato sarà considerato pericoloso salvo prova contraria.

La stessa norma (il comma 3 dell'art. 275 c.p.p.) stabiliva poi una **presunzione assoluta di inadeguatezza** delle misure alternative alla custodia in carcere: una volta ravvisata la pericolosità (*rectius*: una volta constatata l'assenza di prove favorevoli all'indagato in punto di pericolosità), si doveva applicare la massima misura restrittiva, quand'anche vi fossero elementi per ritenere l'efficacia di cautele meno afflittive per il bene della libertà.

Questo meccanismo, com'è noto, ha resistito fino ai giorni nostri.

L'**ondata «garantista»** culminata con la legge n. 332 del 2005 aveva **escluso dal catalogo** numerosi delitti, lasciando però in vigore la presunzione assoluta per i **reati «di mafia»**¹⁴.

Poi, secondo il pendolarismo tipico del nostro ordinamento, sull'onda emotiva mossa da gravi fatti di cronaca, il **nuovo allargamento**, realizzato con il decreto-legge n. 11 del 2009 e con la relativa legge di conversione (n. 38 del 2009): il regime appena indicato era esteso all'**omicidio** e ad alcuni gravi **reati sessuali** (artt. 600-*bis*, comma secondo, 609-*bis*, 609-*quater* e

¹¹ In particolare, art. 51 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, come convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203.

¹² Devastazione, saccheggio e strage allo scopo di attentare alla sicurezza dello Stato (art. 285 c.p.), guerra civile (art. 286 c.p.), associazione di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.), strage (art. 422 c.p.), omicidio (art. 575 c.p.), rapina aggravata (art. 6283 c.p.), estorsione aggravata (art. 6292 c.p.), sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.); delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo; delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale puniti con la reclusione non inferiore nel minimo a 5 o nel massimo a 10 anni; illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione o porto in un luogo pubblico od aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo; produzione, traffico o detenzione illeciti aggravati di sostanze stupefacenti (artt. 73 e 802 d.P.R. 309/1990); associazione finalizzata al traffico illecito di stupefacenti (art. 74 d.P.R. 309/1990).

¹³ In particolare, art. 11 del decreto-legge 9 settembre 1991, n. 292, come convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 1991, n. 356.

¹⁴ Delitto di associazione di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.) e delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal citato articolo o al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose (in pratica, i delitti aggravati ai sensi dell'art. 7 del decreto-legge n. 152 del 1991, come convertito, con modificazioni, dalla legge n. 203 del 1991).

609-octies c.p.), salvo che gli stessi fossero attenuati dalle circostanze specifiche previste dalle relative fattispecie incriminatrici¹⁵.

Ai nostri fini è importante rilevare che un primo vaglio della **compatibilità costituzionale della presunzione assoluta** era stato condotto quando la norma sulla stessa fondata si trovava al suo minimo storico, quanto alla base «statistica» per la sua applicazione, e cioè riguardava i soli **reati di mafia**.

La relativa questione di legittimità era stata dichiarata manifestamente **infondata** con la ordinanza **n. 450 del 1995**, ma in quell'occasione erano stati posti due argini precisi:

a) sul piano della **pericolosità individuale** non sono concepibili meccanismi presuntivi **a carattere assoluto** (rileva in particolare, nella dimensione cautelare, il portato della **presunzione di non colpevolezza**);

b) sul piano dell'adeguatezza delle misure (il *quomodo*) le presunzioni assolute sono **tollerabili**, ma solo in quanto **ragionevoli**. In quanto riferite, cioè, a situazioni che, nella generalità dei casi, si palesano adeguate al trattamento introdotto con la norma presuntiva. Sul terreno in esame, a situazioni di pericolosità contenibile solo mediante la custodia in carcere. Ed infatti era risultata decisiva «la delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso», tenuto conto del «*coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato*»¹⁶.

Una logica dello stesso genere aveva salvato la normativa emergenziale anche a **Strasburgo**: sentenza 6 novembre 2003, **Pantano contro Italia**) e nelle prese di posizione della **giurisprudenza ordinaria**¹⁷. La quale, per

¹⁵ Come si ricorderà, e come già era accaduto all'epoca di introduzione dello stesso regime per altri reati, si è posto il problema del trattamento di persone che, per i reati medesimi, si trovassero sottoposti a misure non carcerarie al momento di entrata in vigore della novella. All'inizio degli anni '90 vi era stato un serio conflitto di giurisprudenza, parendo ad alcuni che le misure in corso potessero protrarsi invariate, e ad altri che le stesse misure, invece, dovessero essere convertite nella custodia in carcere. A favore della soluzione più rigorosa si erano poi pronunciate le Sezioni unite (**Cass., Sez. Un., 27/03/1992, n. 8**, Di Marco, in *C.E.D. Cass.*, n. 190246). Qualche sbandamento, nonostante i precedenti, si è registrato anche nella giurisprudenza seguita alla riforma del 2009, presso la stessa Corte suprema, che in un paio di occasioni si è pronunciata per la continuazione del trattamento cautelare più favorevole (**Cass., Sez. VI, 08/07/2009, n. 31778**, Turelli, *ivi*, n. 244264; **Cass., Sez. VI, 06/10/2009, n. 45012**, Di Blasi, *ivi*, n. 245474). Tuttavia, in tempi recenti, si è riproposto con insistenza anche l'orientamento contrario e più rigoroso (tra le più recenti, **Cass., Sez. I, 30/09/2009, n. 44180**, Bartolomeo, *ivi*, n. 245673). La questione è stata quindi nuovamente rimessa alle **Sezioni unite**, che dovrebbero definirla il 31 marzo prossimo. **Nota bene**. Nelle more della pubblicazione di questo contributo è stata effettivamente deliberata **Cass., Sez. un., 31/03/2011, n. 27919**, Ambrogio, *ivi*, n. 250195, ove è stabilito che una misura cautelare in atto non può essere aggravata solo per effetto della sopravvenienza di una normativa più severa per il trattamento del reato in contestazione.

¹⁶ **C. cost., 24 ottobre 1995, n. 450**.

¹⁷ **Cass., Sez. VI, 26/01/2005, n. 20447**, Marino, in *C.E.D. Cass.*, n. 231451: «*In tema di misure cautelari, è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 299 cod. proc. pen., nella parte in cui preclude per i delitti indicati al terzo comma del precedente art. 275 la sostituzione della custodia in carcere con altra misura meno grave, per l'asserito contrasto con gli art. 3, 13, 27 e 111 della Costituzione. (In motivazione la Corte ha tra l'altro osservato come, data la peculiare gravità dei delitti pertinenti al fenomeno mafioso, debba*

altro, non ha mancato di prodursi, anche su questo terreno, nel tentativo, rimasto più che isolato, di limitare la presunzione al **momento genetico** del trattamento cautelare e non anche alla relativa prosecuzione (in altre parole, applicazione «obbligatoria» della custodia in carcere ma successiva possibilità di sostituirla con altra misura)¹⁸.

Ora, ad un legislatore attento non sarebbe potuta sfuggire la palese **incompatibilità costituzionale** delle norme che nel 2009 hanno esteso la presunzione assoluta anche a reati «**non di mafia**».

Ed infatti, con la sentenza **n. 265 del 2010**¹⁹, la Consulta ha considerato, e parzialmente accolto, le censure mosse alla disciplina della cautela per i **reati sessuali**.

La sentenza è anzitutto uno strumento di precisazione e di aggiornamento circa i limiti costituzionali del ricorso alla carcerazione preventiva, in un ordinamento segnato dalla presunzione di non colpevolezza. In nessun modo la cautela può perseguire le finalità tipiche della pena, e d'altra parte le necessità cautelari debbono essere assicurate secondo il principio del «minore sacrificio necessario». Dunque il criterio originario del codice (obbligo per il giudice di applicare la meno severa tra le misure utili allo scopo) costituiva diretta applicazione dei principi costituzionali, così come della giurisprudenza della Corte di Strasburgo²⁰.

Ancor oggi la Consulta, proprio con la sentenza in commento, si spinge ad osservare: «*Tratto saliente complessivo del regime ora ricordato – conforme al quadro costituzionale di riferimento – è quello **di non prevedere automatismi né presunzioni**. Esso esige, invece, che le condizioni e i presupposti per l'applicazione di una misura cautelare restrittiva della libertà personale siano apprezzati e motivati dal giudice sulla base della situazione concreta, alla stregua dei ricordati principi di adeguatezza, proporzionalità e*

escludersi che la norma discrimini tra situazioni assimilabili e costituisca atto irragionevole di esercizio della discrezionalità legislativa, e come la presunzione di non colpevolezza non precluda la previsione di misure restrittive per finalità cautelari).

¹⁸ **Cass., Sez. VI, 09/04/2010, n. 25167**, Gargiulo, *ivi*, n. 247595: «Ad avviso del Collegio, l'obbligatorietà della custodia in carcere ex art. 275 c.p.p., comma 3, concerne soltanto l'adozione per la prima volta della misura coercitiva, ma non le vicende successive della revoca, sostituzione e del ripristino della misura, poiché in tal caso va valuta il decorso del tempo e la concreta sussistenza della prosecuzione della pericolosità sociale e, qualora risulti attenuata, la legittima possibilità di applicare misura meno affittiva (Sez. 1, 24 maggio 1996, dep. 6 agosto 1996, n. 3592; Sez. 6, 13 gennaio 1995, dep. 1 marzo 1995, n. 54)». Si è trascritta integralmente la parte pertinente della motivazione. Contrarie numerosissime decisioni. Tra le più recenti **Cass., Sez. VI, 09/07/2010, n. 32222**, Galdi, *ivi*, n. 247596; **Cass., Sez. II, 16/02/2011, n. 11749**, Armens, *ivi*, n. 249686.

¹⁹ **C. cost., 21 luglio 2010, n. 265**: illegittimo il comma 3 dell'art. 275 c.p.p. «nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

²⁰ Sono citate le sentenze 2 luglio 2009, **Vafiadis contro Grecia**, e 8 novembre 2007, **Lelièvre contro Belgio**.

minor sacrificio, così da realizzare una piena “individualizzazione” della coercizione cautelare».

Tuttavia, la logica della **presunzione assoluta sul quomodo** non è stata posta in discussione. È stata posta in discussione – e questa sembra una tendenza ormai consolidata – la **ragionevolezza** della presunzione operata nel caso di specie.

L'art. 275, comma 3, comprende ormai fattispecie poste a tutela di differenti beni giuridici, assai diversamente strutturate e con trattamenti sanzionatori anche molto diversificati. È ovvio che, con una dilatazione progressiva dell'oggetto della presunzione, **la relativa base empirica si sfalda**, cioè perde la capacità di assicurare una accettabile frequenza delle corrispondenze tra caratteristiche del caso concreto e previsione astratta. La Corte non poteva che citare la sentenza pronunciata poche settimane prima a proposito del gratuito patrocinio per le accuse di mafia (*supra*): «**le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit**». In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia **“agevole” formulare ipotesi** di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa.

Nella prospettiva in esame, i reati sessuali non sono paragonabili ai crimini di mafia. Sono generalmente fatti individuali, e comunque – ferma restando la gravità che loro deriva dall'importanza del bene tutelato – si articolano (già a livello di fattispecie astratta) secondo una scala molto ampia delle modalità aggressive (dal lieve contatto fisico indesiderato al più violento degli stupri): «*ciò rende anche più debole la “base statistica” della presunzione assoluta considerata*».

Neppure i livelli molto elevati delle **pene edittali** avrebbero potuto giustificare l'opzione legislativa, non foss'altro per la piena discrezionalità giudiziale ancora esistente, in punto di scelta della misura cautelare, per reati con trattamento sanzionatorio ancora più elevato.

Senonché, esercitando un *self restraint* già sperimentato a proposito del patrocinio a spese dell'erario per i reati di mafia²¹, la Corte ha ritenuto intollerabile la presunzione solo per il suo **carattere assoluto**, di fatto riconoscendo al legislatore la possibilità di fondare sul titolo del reato modificazioni del **regime di prova** in punto di adeguatezza del trattamento cautelare. Si è ritenuto in altre parole ragionevole che per i reati sessuali non attenuati si presuma la necessità della custodia in carcere, stabilendo però che la presenza di elementi sintomatici di una pericolosità ridotta (*rectius*: contenibile mediante misure meno gravi) possa condurre il giudice ad un trattamento differenziale. Insomma, la presunzione assoluta si è

²¹ Si veda la già citata sentenza n. 139 del 2010.

trasformata in presunzione relativa. Una soluzione ispirata al criterio del «minimo sacrificio necessario» della discrezionalità legislativa.

È la seconda manifestazione di questa tendenza: un **intervento manipolatorio** utile, appunto, ad eliminare solo il **carattere assoluto della presunzione irragionevole**.

Naturalmente, non poteva che venire al pettine anche il secondo dei nodi intrecciati dalla novella del 2009, e cioè l'inclusione dell'**omicidio volontario** nel catalogo dell'art. 275, comma 3, del codice di rito.

Varie questioni sono state già sollevate in questo senso, e la loro soluzione dovrebbe essere imminente, visto che la Corte costituzionale ne tratterà alcune all'udienza e nella camera di consiglio del **19 e del 20 aprile prossimi**²². Non solo. Dovrà essere fissata, tra le altre, anche la trattazione di questioni concernenti la «carcerazione obbligatoria» con riguardo al reato di **associazione** finalizzata al traffico illecito di **sostanze stupefacenti o psicotrope**²³.

4. Il caso della recidiva.

Stiamo parlando di un processo di verifica oggi in pieno svolgimento, ma non va dimenticato come tale processo affondi le sue radici in una giurisprudenza costituzionale ormai risalente.

Avrebbe dovuto esser chiaro da tempo, dunque, che il legislatore, nei limiti in cui ritiene di valorizzare la **pericolosità** dell'agente, deve fare un ricorso molto moderato alle **presunzioni**. E tuttavia la tendenza, da molti anni ormai, risulta esattamente quella **opposta**.

È paradigmatica, sotto molti aspetti, la vicenda della **recidiva**.

La riforma del 2005 ha eliminato nella giurisprudenza ogni residua tendenza ad una considerazione della recidiva come **status** personale, orientando ad una piena sua valorizzazione quale **circostanza pertinente al reato**. Il che, nell'ottica dei giudici, giustifica la sua applicazione nella prospettiva della **proporzionalità**, della **colpevolezza**, talvolta dell'offensività. Ma, proprio per questo, la recidiva richiede un accertamento, nel caso concreto, della **relazione qualificata** tra il fatto ed i precedenti penali del suo autore.

Il principio è ripetuto ormai secondo scelte lessicali ricorrenti. Piace citare fin d'ora, anche perché concerne la dichiarazione di illegittimità della

²² **Nota bene**. Nelle more della pubblicazione del presente contributo è stata deliberata la sentenza **C. cost., 12 maggio 2011, n. 164**, che ha dichiarato illegittimo il comma 3 dell'art. 275, in termini analoghi a quelli assunti con la sentenza n. 265 del 2010, per quanto concerne il delitto di **omicidio volontario**.

²³ **Nota bene**. Nelle more della pubblicazione del presente contributo è stata deliberata anche la sentenza **C. cost., 22 luglio 2011, n. 231**, che ha dichiarato illegittimo il comma 3 dell'art. 275, in termini analoghi a quelli assunti con la sentenza sopra citata, relativamente al delitto di **associazione per il narcotraffico** (art. 74 del d.P.R. n.309 del 1990).

aggravante fondata sulla condizione di soggiorno irregolare dello straniero, la sentenza della Corte costituzionale **n. 249 del 2010**: «con la sola eccezione dei reati di maggior gravità, l'applicazione della circostanza è subordinata all'accertamento in concreto, da parte del giudice, di una relazione qualificata tra i precedenti del reo ed il nuovo reato da questi commesso, che deve risultare sintomatico – in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei fatti pregressi – sul piano della colpevolezza e della pericolosità sociale»²⁴.

Si tratta di una affermazione ormai comune alla giurisprudenza costituzionale ed alla giurisprudenza ordinaria²⁵, il cui valore non è sminuito da qualche eccessiva tolleranza per prassi motivazionali sbrigative²⁶.

Ora, questa giustificazione «costituzionale» dell'istituto esige l'assenza di «**automatismi**», cioè della instaurazione presuntiva di una relazione qualificata tra reato commesso e *status* della persona. Ed infatti, nelle scelte interpretative cui la giurisprudenza è stata chiamata dalla legge 251 del 2005, è stato privilegiato il **recupero della valutazione discrezionale**, anzitutto per quella parte della disciplina che concerne la **fase cognitiva** del giudizio.

La matrice di quest'orientamento è data naturalmente dalla sentenza della Corte costituzionale **n. 192 del 2007**²⁷, poi ripresa molte e molte volte²⁸. Di fronte ad una lettera quanto meno equivoca della norma (ed a qualche segnale conforme proveniente dai lavori preparatori), contro l'opinione maggioritaria della dottrina, alcuni giudici affermavano il carattere «obbligatorio» dell'aumento di pena in caso di **recidiva reiterata**, e

²⁴ **C. cost., 5 luglio 2010, n. 249**, dichiarativa della illegittimità costituzionale dell'art. 61, n. 11-bis, del codice penale.

²⁵ Per la giurisprudenza di legittimità si può citare il più recente arresto delle **Sezioni unite**, secondo cui è compito del giudice quello di verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia sintomo effettivo di riprovevolezza della condotta e di pericolosità del suo autore, avuto riguardo alla natura dei reati, al tipo di devianza di cui essi sono il segno, alla qualità e al grado di offensività dei comportamenti, alla distanza temporale tra i fatti e al livello di omogeneità esistente tra loro, all'eventuale occasionalità della ricaduta e a ogni altro parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero e indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali: **Cass., Sez. Un., 27/05/2010, n. 35738**, Calibè e altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 247838. Nello stesso senso, in seguito, **Cass., Sez. VI, del 23/11/2010, n. 43438**, Manco, *ivi*, n. 248960.

²⁶ Si afferma talvolta, con scarsa coerenza, che richiederebbe motivazione espressa solo la non applicazione dell'aumento di pena (ad esempio **Cass., Sez. V, 19/11/2009, n. 711/10**, Stracuzzi, *ivi*, n.245733). Non mancano, comunque, prese di posizione pienamente compatibili con la considerazione «sostanziale» della recidiva, e che dunque esigono adeguata motivazione, in particolare, con riguardo alla nuova azione costituente reato e alla sua idoneità a manifestare una maggiore capacità a delinquere che giustifichi l'aumento di pena (ad esempio, tra le più recenti, **Cass., Sez. VI, 25/09/2009, n. 42363**, Dommarco, *ivi*, n. 244855).

²⁷ **C. cost., 14 giugno 2007, n. 192**.

²⁸ Relativamente al novellato quarto comma dell'art. 69 c.p. – a parte alcuni provvedimenti fondati su inammissibilità di matrice “processuale” (ordinanze **14 giugno 2007, n. 198** e **29 maggio 2009, n. 171**) – la Corte ha ribadito più volte il proprio giudizio di inammissibilità su base interpretativa: ordinanze **30 novembre 2007, n. 409**; **21 febbraio 2008, n. 33**; **4 aprile 2008, n. 90**; **6 giugno 2008, n. 193**; **10 luglio 2008, n. 257**.

ponevano problemi sul piano della ragionevolezza, della offensività, della funzione rieducativa, del principio di colpevolezza.

La Corte **non** ha certo risposto **accreditando** la tollerabilità costituzionale dell'**automatismo**, ed anzi ha superato le questioni di volta in volta sollevate **negandone l'esistenza**. Di più, perché l'automatismo è stato spezzato nei **due segmenti** che, in potenza, lo caratterizzavano. Non solo in punto di aumento della sanzione, ma riguardo anche agli **effetti secondari** od indiretti della recidiva. Segnando sostanzialmente la fine della concezione bifasica della discrezionalità – pure riproposta da una giurisprudenza minoritaria, forse più interessata a radicalizzare il dibattito che ad affermare un orientamento di maggior rigore²⁹ – la Corte ha suggerito in chiave «adeguatrice» che gli stessi effetti secondari **non operano** se non quando, ritenendo espressivo il fatto concreto, il giudice abbia stabilito di applicare effettivamente l'aumento di pena³⁰.

Dunque, e per cominciare, la speciale disciplina in tema di comparazione con le attenuanti, imposta dal nuovo **quarto comma dell'art. 69 c.p.**, non opera nel caso di «non applicazione» della recidiva. La regola presuntiva che dovrebbe celarsi dietro il prospettato automatismo non sussiste. Pure nel caso di recidiva reiterata la meritevolezza della maggior pena, anche in rapporto al concorso eterogeneo di circostanze, deve essere documentata in concreto³¹.

A partire da questa dinamica essenziale, molti degli **automatismi «conseguenziali»** sono stati depotenziati dalla giurisprudenza. Troviamo un comodo (ma parziale) catalogo nella sentenza delle **Sezioni unite**, relativamente recente³², che ha stabilito la necessità dell'aumento di pena in concreto (o, se del caso, della valutazione di meritevolezza) quale presupposto per l'attivazione di varie discipline speciali attualmente operanti nei confronti del recidivo. La «non applicazione» della recidiva neutralizza, oltre che il divieto del giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti, l'obbligo per il giudice di applicare a titolo di **cumulo giuridico ex art. 81 c.p.** un aumento non inferiore al terzo della pena stabilita per il reato più grave: soluzione ancora una volta anticipata dalla Consulta³³. Sul

²⁹ **Cass., Sez. VI, 27/02/2007, n. 18302**, P.G. in proc. Ben Hadhria, in *C.E.D. Cass.*, n. 236426: «Il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata trova applicazione, unitamente alle altre regole sul giudizio di comparazione, pur quando il giudice ritenga, dopo aver accertato la sussistenza della contestata recidiva, di non disporre l'aumento di pena». Nello stesso senso **Cass., Sez. IV, 22/02/2008, n. 15232**, Fahir, *ivi*, n. 240209.

³⁰ Tra le altre, ordinanze **n. 409 del 2007**, cit.; **n. 33 del 2008**, cit.; **n. 90 del 2008**, cit.; 4 aprile **2008**, n. **91**; **n. 193 del 2008**, cit.; **n. 257 del 2008**, cit.

³¹ Prima delle Sezioni unite citate appresso, e da ultimo, **Cass., Sez. V, 15/05/2009, n. 22871**, Held, in *Ced. Cass.*, n. 244209.

³² **Cass., Sez. Un., 27/05/2010, n. 35738**, Calibè, *ivi*, n. 247839.

³³ La Corte costituzionale, con la citata ordinanza **n. 193 del 2008**, ha compiuto una doppia operazione: per un verso ha accreditato la tesi che la recidiva rilevante per l'applicazione minima dell'aumento di pena è solo quella ritenuta per lo stesso reato cui la pena stessa si riferisce; da tale premessa, la conseguenza della possibilità di disapplicazione discrezionale della recidiva quale strumento di neutralizzazione della regola censurata, cioè del quarto comma dell'art. 81 c.p. Occorre dare atto, a conferma che parliamo di tendenze, per quanto marcate, e non di un

piano processuale, viene meno la preclusione di accesso al «**patteggiamento allargato**» e alla relativa riduzione premiale, secondo il disposto dell'art. 444, comma 1-*bis*, c.p.p.

Per inciso, la soluzione adottata dalle Sezioni unite assicura coerenza tra la **giurisprudenza costituzionale** appena citata e quella che si era espressamente pronunciata sulla preclusione del **patteggiamento allargato** per i recidivi. A ben vedere, nel contesto di una considerazione ostile verso la definizione mediante un rito a-cognitivo di procedimenti per reati gravi e gravissimi, la Consulta aveva giudicato ragionevole una **preclusione assoluta**, esplicitamente giustificata in base ad un ragionamento presuntivo, senza prendere in considerazione eventuali spazi di discrezionalità per il giudice³⁴. Ora, nella logica accreditata dalle Sezioni unite, la preclusione vale (tendenzialmente) solo per il **recidivo «sostanziale»**, e viene a fondarsi su un giudizio condotto per il caso concreto. Appunto, **senza automatismo**.

Alcune soluzioni giurisprudenziali riguardo a problemi applicativi ulteriori si inseriscono nella stessa tendenza. È recente una (ribadita) applicazione del principio riguardo al computo dei **termini prescrizionali del reato**. Prima della sentenza di merito, naturalmente, la più severa disciplina dei tempi di estinzione (secondo comma dell'art. 99 c.p.) opera sulla base della mera contestazione della recidiva, la quale si considera **circostanza aggravante ad effetto speciale**³⁵. Dopo la decisione però, nel caso che il giudice non abbia identificato una relazione qualificata dei

quadro stabile e del tutto armonico, che in precedenza una parte della giurisprudenza aveva centrato l'attenzione su una **precedente** dichiarazione di recidiva reiterata, comunque con il fine, piuttosto trasparente, di ridurre la portata applicativa della norma: **Cass., Sez. I, 22/04/2010, n. 17928**, Caniello, in *C.E.D. Cass.*, n. 247048; **Cass., Sez. I, 02/07/2009, n. 32625**, Delfino, *ivi*, n. 244843; **Cass., Sez. I, 01/07/2010, n. 31735**, Samuele, *ivi*, n. 248095: «*L'aumento minimo di un terzo della pena stabilita per il reato più grave, previsto dall'art. 81, comma quarto, cod. pen., si applica solo quando l'imputato sia stato ritenuto recidivo reiterato con una precedente sentenza definitiva, e non anche quando egli sia ritenuto recidivo reiterato in rapporto agli stessi reati uniti dal vincolo della continuazione, del cui trattamento sanzionatorio si discute*».

³⁴ **C. cost., 23 dicembre 2004, n. 421** e **C. cost., 28 dicembre 2006, n. 455**. Ovviamente i provvedimenti, soprattutto il primo, si fondavano sulla giurisprudenza «tradizionale» che ha sempre ritenuto **costituzionalmente compatibile il trattamento differenziale per i recidivi**, anche nella specifica dimensione della prognosi sui futuri comportamenti (ad esempio per il divieto di sospensione condizionale: sentenze **12 gennaio 1977, n. 5**; **30 luglio 1980, n. 133**; **18 luglio 1991, n. 361**; ordinanza **16 novembre 1993, n. 393**), senza però dedicare particolare attenzione al tema degli automatismi. Lo stesso può dirsi per altre risalenti decisioni, a proposito di fattispecie concernenti specifici aggravamenti di pena per i recidivi (sentenza **n. 5 del 1977**, cit.) o delle norme processuali sulla restrizione cautelare di libertà (sentenza **11 marzo 1971, n. 100**).

³⁵ Da ultimo, **Cass., Sez. V, 07/06/2010, n. 35852**, Di Canio, in *C.E.D. Cass.*, n. 248502: «*La recidiva reiterata, specifica e infraquinquennale è circostanza aggravante a effetto speciale e rileva ai fini della determinazione del tempo necessario alla prescrizione del reato*».

precedenti col fatto addebitato (recidiva ritenuta ma non applicata), la circostanza perde il suo rilievo a fini di prescrizione del reato³⁶.

Lo stesso principio è stato affermato con riguardo all'incidenza della recidiva sul **prolungamento dei termini** nel caso di **interruzione o sospensione**, disposto dal secondo comma dell'art. 161 c.p.: se il giudice non ha ritenuto di applicare l'aumento di pena, i **termini prorogati** resteranno quelli comuni³⁷, e non quelli computati per la metà o per i due terzi della durata iniziale³⁸.

Dovrebbe invece essere superata – almeno nei termini in cui storicamente si è posta – una questione in tema di **oblazione speciale**, la norma relativa alla quale preclude l'accesso nei casi previsti «dal terzo capoverso dell'art. 99» (terzo comma dell'art. 162-*bis* c.p.)

La giurisprudenza antecedente alla riforma della recidiva (o pertinente a fattispecie anteriori) assumeva che, per attivare la preclusione, bastassero le condizioni formali della recidiva reiterata, a prescindere dalla precedente «dichiarazione»: una soluzione favorita dalla formulazione dell'art. 162-*bis* (quando «*ricorrono i casi*»)³⁹. Oggi, che la recidiva non è più applicabile alle **contravvenzioni**, si potrebbe al più teorizzare che il ricorso all'oblazione sia precluso per chi, in passato, sia stato condannato per delitto con l'aggravante della recidiva. Un implausibile automatismo del quale, per quel che mi risulta, la giurisprudenza non ha mai fatto applicazione.

5. Recidiva e rapporto esecutivo.

Molto più complesso è il quadro degli effetti della recidiva che si producono dopo la definizione della fase cognitiva del giudizio: in primo

³⁶ **Cass., Sez. VI, 07/10/2010, n. 43771**, P.g. in proc. Karmaoui, *ivi*, n. 248714: «*In tema di prescrizione del reato, quando il giudice abbia escluso la circostanza aggravante facoltativa della recidiva qualificata (art. 99, comma quarto, cod. pen.), non ritenendola in concreto espressione di una maggiore colpevolezza o pericolosità sociale dell'imputato, la predetta circostanza deve ritenersi ininfluyente anche ai fini del computo del tempo necessario a prescrivere il reato*». Analogamente in precedenza: **Cass., Sez. II, 08/04/2009, n. 18595**, Pancaglio, *ivi*, n. 244158; prima della riforma: **Cass., Sez. II, 17/12/2004, n. 11008**, P.G. in proc. Morrone ed altro, *ivi*, n. 231772.

³⁷ Cass., Sez. VI, 07/10/2010, n. 43771, cit.

³⁸ Non ha trovato invece risposta, al momento, il comprensibile **dubbio di legittimità costituzionale** sollevato, anche in giurisprudenza, circa il raddoppio della percentuale di allungamento dei termini prescrizionali in caso di interruzione o sospensione della decorrenza. Per ben due volte le questioni sono state dichiarate inammissibili, per difetto di rilevanza, dalla Corte costituzionale: sentenza **1 agosto 2008, n. 324** e ordinanza **6 febbraio 2009, n. 34**.

³⁹ Da ultimo **Cass., Sez. I, 05/04/2006, n. 17316**, Giunta, in *C.E.D. Cass.*, n. 234251: «*Ai fini dell'ammissibilità dell'oblazione speciale di cui all'art. 162 bis cod. pen. non è richiesto che la recidiva reiterata, l'abitualità e la professionalità nelle contravvenzioni siano state giudizialmente dichiarate dal giudice, essendo sufficiente la mera cognizione del magistrato della sussistenza di detti "status", dal momento che l'art. 162 bis cod. pen. subordina la non ammissibilità dell'oblazione al fatto che "ricorrono" i casi previsti dal terzo capoverso dell'art. 99, dall'art. 104 o dall'art. 105 stesso codice, ovvero che permangano le conseguenze dannose o pericolose del reato, eliminabili da parte del contravventore, come si desume dal tenore letterale e logico della disposizione*».

luogo, dunque, nel **procedimento di esecuzione**, e poi nella prospettiva del **trattamento penitenziario**.

Una premessa. Si è posto il problema della nozione di **recidiva «applicata»** dal giudice del merito, ed è ormai stabilito che tale condizione ricorre anche quando l'aumento di pena non abbia luogo in forza del giudizio di valenza con circostanze di segno opposto⁴⁰. La soluzione sembra congrua: la recidiva non applicata non giunge neppure alla comparazione con le attenuanti, tanto da restare inattive le norme che la presuppongono, ma l'attivazione del meccanismo comparativo consegue, appunto, ad una valutazione di rilevanza dei precedenti fondativi.

Il quadro, come si accennava, non è lineare, anche per effetto delle mutevoli forme assunte dal dettato normativo.

In materia di **prescrizione della pena** – pur affermando che la norma ostativa per i recidivi opera a condizione che la recidiva sia stata «dichiarata», non rilevando dunque la mera sequenza delle condanne⁴¹ – la giurisprudenza non sembra aver valutato specificamente il caso della recidiva «ritenuta» ma non «applicata». Lo stesso atteggiamento si riscontra relativamente al termine maggiorato, riguardo ai recidivi, per l'ammissibilità della richiesta di **riabilitazione**⁴².

Nel caso della **liberazione condizionale**, invece, si rinvengono decisioni in cui – ferma restano la necessità della previa «dichiarazione» – espressamente viene affermata l'operatività della preclusione anche nei casi in cui il giudice della cognizione abbia ritenuto di non applicare l'aumento di pena connesso alla recidiva⁴³.

In una ulteriore occasione (pertinente alla richiesta di cancellazione del riferimento alla recidiva in una annotazione del casellario giudiziale), la soluzione è stata generalizzata: la circostanza rileverebbe, per le norme di esecuzione che la presuppongono, anche nel caso che il giudice della

⁴⁰ Per la Consulta si può citare la sentenza **8 ottobre 2010, n. 291**. Per la giurisprudenza di legittimità, tra le più recenti, **Cass., Sez. I, 14/10/2008, n. 43019**, Buccini, in *C.E.D. Cass.*, n. 241831. Il concetto è stato ribadito ed avallato da **Cass., Sez. Un., 27/05/2010, n. 35738**, cit.

⁴¹ Da ultimo: **Cass., Sez. I, 26/05/2010, n. 23878**, Di Muro, in *C.E.D. Cass.*, n. 247673: «*L'estinzione della pena per decorso del tempo non opera nei confronti dei condannati recidivi di cui al capoverso dell'art. 99 cod. pen. a condizione che la recidiva sia stata dichiarata nel giudizio di merito e che riguardi condanne anteriori a quella che ha dato luogo alla pena della cui estinzione*».

⁴² **Cass., Sez. I, 17/09/2008, n. 36751**, Siciliano, *ivi*, n. 241139: «*Il maggior termine di otto anni dall'estinzione dell'ultima pena, previsto per la presentazione della domanda di riabilitazione da parte dei recidivi, non è applicabile se la recidiva non sia stata dichiarata nelle sentenze di condanna. Ne consegue che è illegittima la declaratoria di inammissibilità della relativa istanza da parte del presidente del Tribunale di sorveglianza sulla base delle sole annotazioni del certificato del casellario*».

⁴³ Così **Cass., Sez. I, 09/06/2009, n. 26472**, Chiti, *ivi*, n. 244034, nella cui motivazione di legge: « (...) ai sensi dell'art. 176, co. 2 c.p., opera, per il "recidivo nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99", la parziale preclusione al beneficio della liberazione condizionale in considerazione del mero status del soggetto, come dato di fatto o entità ontologica, indipendentemente, quindi, dal peso svolto dalla specifica aggravante nel giudizio di bilanciamento con le eventuali attenuanti e nella concreta determinazione della pena».

cognizione non abbia ritenuto di applicare il corrispondente aumento della pena⁴⁴.

Per quanto riguarda invece l'**esecuzione della pena**, l'ambito operativo degli automatismi legati alla recidiva è stato generalmente scollegato dallo *status*, e connesso al trattamento concernente **sanzioni inflitte con l'aggravamento** dovuto alla circostanza in questione (anche in forma di bilanciamento per circostanze di segno opposto).

La giurisprudenza ha assunto un chiaro atteggiamento di garanzia, anzitutto, quanto al fondamentale istituto della **sospensione della esecuzione** per le pene di breve durata (art. 656, comma 9, lettera c, c.p.p.): il divieto vale solo per coloro che il giudice della cognizione abbia ritenuto concretamente meritevoli dell'aumento di pena⁴⁵, e con esclusivo riferimento alla sentenza di condanna per il reato aggravato in concreto dalla recidiva. In altre parole, il soggetto potrà anche essere stato condannato più volte quale recidivo reiterato, ma non per questo, se con la **sentenza da eseguire** ciò non è avvenuto, sarà inibita la sospensione dell'esecuzione⁴⁶. Scelta ragionevole. Sempre meno si accredita la concezione della **recidiva come status**.

Analogo l'atteggiamento nei confronti della restrizione più grave e «simbolica» che la legge n. 251 ha introdotto, contro i recidivi (reiterati), sul piano dell'ordinamento penitenziario, ed in particolare riguardo alle **misure alternative alla detenzione**. Secondo il novellato comma 7-*bis* dell'art. 58-*quater*, dette misure non possono essere accordate «più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma, del codice penale».

Nelle reazioni iniziali, tanto a livello dottrinale che giurisprudenziale, la norma è stata salutata come la versione italiana del californiano «tre colpi e sei fuori»: se sei recidivo reiterato (cioè due volte condannato), ed hai già fruito di un beneficio penitenziario, ogni ulteriore accesso a benefici dello stesso genere sarà precluso per sempre.

Bene, intanto la Corte costituzionale ha stroncato immediatamente la possibilità di una applicazione «**retroattiva**» della disposizione, dichiarandola illegittima nella parte pertinente al caso di detenuti già pervenuti ad un grado di rieducazione che avrebbe consentito l'accesso ai

⁴⁴ **Cass., Sez. I, 18/06/2009, n. 26786**, Favuzza, *ivi*, n. 244656: «La recidiva contestata all'imputato nel giudizio di cognizione, e non esclusa dal giudice, è idonea a produrre i suoi molteplici effetti penali, per quanto non abbia avuto effetti sulla determinazione della pena». In motivazione si specifica, così da giustificare l'assunto del testo, che la mancata incidenza della recidiva sulla quantificazione della pena può derivare sia dall'esito del bilanciamento con circostanze attenuanti, sia dal fatto che il giudice abbia ritenuto di non applicare l'aumento consentito dalla recidiva ritualmente contestata».

⁴⁵ Da ultimo: **Cass., Sez. V, 26/04/2010, n. 21603**, Musci, *ivi*, n. 247956.

⁴⁶ **Cass., Sez. I, 05/12/2007, n. 9205**, Milano, *ivi*, n. 239174; nello stesso senso, in precedenza, **Cass., Sez. I, 30/01/2007, n. 8152**, P.M. in proc. Lebiati, *ivi*, n. 235520.

benefici⁴⁷. Qualcuno sostiene, con un po' di malizia, che questa giurisprudenza (già espressa in occasione di altre modifiche peggiorative)⁴⁸ sia ispirata più dall'intento di non prendere posizione sulla natura sostanziale o processuale delle norme sull'esecuzione della pena, che da esclusive preoccupazioni d'una vanificazione del ruolo rieducativo della sanzione⁴⁹. Comunque sia, un primo colpo alla preclusione.

Colpo prodromico – di questo stiamo parlando – ad una stabile e decisa **restrizione** per via ermeneutica della **base applicativa** del divieto. Ancora una volta, tale divieto vale non per lo *status* del pluricondannato, ma in relazione esclusiva ad una **condanna con applicazione della recidiva reiterata**⁵⁰ (di talché un soggetto, che pure abbia dovuto scontare una pena senza benefici in applicazione della norma, potrebbe in futuro fruire dei benefici medesimi, per condanne inflitte senza valorizzazione della recidiva). Ma la Consulta – con la sentenza **n. 291 del 2010** – aggiunge che anche il **primo beneficio** conta, quale elemento preclusivo, solo se accordato per una pena inflitta con aumento *ex art. 99, quarto comma*), e solo quando il nuovo reato sia **successivo alla sperimentazione** della misura⁵¹.

La Cassazione ha poi osservato efficacemente: «*movendo dal presupposto che non può in linea di principio ammettersi che una circostanza, priva di effetti ai fini della determinazione della pena per i singoli reati contestati all'imputato perché non indicativa, in tesi, di maggiore colpevolezza o pericolosità del reo, possa produrre un sostanziale aggravamento della risposta punitiva in sede di applicazione di istituti volti all'opposto fine di mitigare la pena (...), è di tutta evidenza che non può, a maggior ragione, ammettersi che la recidiva non dichiarata in sede di cognizione possa essere ritenuta dal giudice dell'esecuzione*»⁵².

Del resto il collegamento necessario tra disciplina del rapporto esecutivo e qualità del reato cui si connette la pena da eseguire, fuori da ogni logica di *status*, era stato prefigurato dalla Consulta già in epoca risalente, nella prospettiva tipica della censura alle **presunzioni fondate su status**, e cioè il principio di uguaglianza. Lo si era detto a proposito dello «scioglimento» del cumulo con reati ostativi *ex art. 4-bis* ordinamento penitenziario, ma

⁴⁷ **C. cost., 16 marzo 2007, n. 79**. Si vedano anche le successive ordinanze **18 giugno 2007, n. 219** e **21 febbraio 2008, n. 35**.

⁴⁸ A proposito della preclusione concernente i permessi premio, di cui all'art. 30-*quater* dell'Ordinamento penitenziario, la sentenza **4 luglio 2006, n. 257**, della stessa Corte costituzionale. In precedenza, riguardo alla revoca dei benefici penitenziari per condannati riguardo a fatti di criminalità organizzata, la sentenza **8 luglio 1993, n. 306**.

⁴⁹ Per altro la giurisprudenza di legittimità sembra ormai orientata nel senso che si tratta di norme processuali, soggette al principio *tempus regit actum*: **Cass., Sez. I, 11/11/2009, n. 46649**, Nazar, in *C.E.D. Cass.*, n. 245511; **Cass., Sez. I, 26/06/2009, n. 33890**, Miglioranza, *ivi*, n. 244831.

⁵⁰ In motivazione, **Cass., Sez. I, 15/10/2009, n. 42462**, Pezzuto, *ivi*, n. 245572. In precedenza, tra le altre, **Cass., Sez. I, del 28/09/2006, n. 36040**, Buonuomo, *ivi*, n. 235192.

⁵¹ **C. cost., 8 ottobre 2010, n. 291**.

⁵² *Cass., Sez. I, 15/10/2009, n. 42462, cit.*

con chiarezza e portata generale⁵³. Con la conseguenza, tra l'altro, che nel caso di esecuzione concorrente di pene **non inflitte con l'aumento per la recidiva** il divieto di accesso ai benefici non può valere, una volta scontata la porzione concernente i reati aggravati dalla recidiva medesima⁵⁴.

Vorrei osservare per altro, a questo punto, che, nella misura in cui è stata recuperata per la fase della cognizione, la centralità della valutazione discrezionale rappresenta probabilmente una soluzione di corto respiro. Non tutti gli **effetti in sede esecutiva** si giustificano razionalmente, almeno sotto il profilo della loro **automatica produzione**, in caso di «**applicazione**» pur discrezionale della recidiva.

Il giudice della cognizione esprime un giudizio essenzialmente centrato sulla meritevolezza della maggior pena, sui profili quantitativi del trattamento sanzionatorio, secondo criteri che non assumono un significato necessario nella prospettiva della esecuzione, o, ad esempio, a fini di successive vicende cautelari.

Come si è appena visto, la discrezionalità «iniziale» è stata valorizzata dalla Consulta perfino nell'unico caso in cui, alla data odierna, una **preclusione assoluta** per il recidivo, razionalmente giustificabile solo in base ad una presunzione, è stata ritenuta compatibile con il dettato costituzionale. Alludo alla già citata sentenza **n. 291 del 2010**, concernente il divieto di ammissione ai **benefici** penitenziari per i **recidivi reiterati**. Per accreditare il giudizio di ragionevolezza del meccanismo presuntivo la Corte ha osservato come detto meccanismo operi, in generale, solo rispetto a soggetti cui più volte il giudice ha ritenuto di applicare, concretamente e dunque discrezionalmente, l'aumento di pena per la recidiva.

Sennonché – ripeto – sembra tutta da dimostrare la razionalità di automatismi e vincoli generati, anche per **giudizi futuri**, da una valutazione discrezionale fondata essenzialmente sul fatto di reato, e dunque non «pensata» in termini di creazione dello *status*.

V'è anche il rischio, già puntualmente segnalato dagli studiosi, che la consapevolezza del giudice circa la rilevanza delle conseguenze connesse

⁵³ **C. cost., 27 luglio 1994, n. 361**: «non si rinvergono dati normativi per sostenere che la nuova disciplina recata dall'art. 4-bis abbia creato una sorta di status di "detenuto pericoloso" che permei di sé l'intero rapporto esecutivo a prescindere dal titolo specifico di condanna ... Al contrario ... deve ritenersi ulteriormente valorizzato il tradizionale insegnamento giurisprudenziale della necessità dello scioglimento del cumulo in presenza di istituti che, ai fini della loro applicabilità, richiedano la separata considerazione dei titoli di condanna e delle relative pene. La contraria opinione collega invece il permanere della pericolosità soggettiva al dato contingente di un rapporto esecutivo in atto; con la conseguenza che, per circostanze meramente casuali (dipendenti ad esempio dal sopravvenire di nuovi titoli detentivi nel corso della esecuzione della pena per precedenti condanne) verrebbe ad atteggiarsi in modo differente il regime dei presupposti per l'applicazione delle misure alternative. Una tale conseguenza configurerebbe, sotto il profilo della irragionevole discriminazione di situazioni tra loro assimilabili, la lesione dell'art. 3 della Costituzione; sicché, in presenza del riferito contrasto di orientamenti giurisprudenziali deve comunque essere preferita la soluzione interpretativa conforme a Costituzione, che è quella di cui è espressione l'orientamento più tradizionale».

⁵⁴ Così, infatti, Cass., Sez. I, 15/10/2009, n. 42462, cit.

allo *status* determini uno sviamento della sua valutazione discrezionale, in un senso o nell'altro.

6. Il nodo irrisolto della recidiva «obbligatoria».

Sono dinamiche ben note a coloro che seguono l'esperienza giudiziaria, **patologie** che la scelta del recupero di discrezionalità quale «correttivo» sta elevando a connotati di sistema, con evidenti ricadute sulla relativa coerenza.

Un esempio per tutti. Tra gli automatismi denunciati dai giudici ordinari, v'è il **carattere «fisso»** delle **quote di aumento** della pena nei casi di recidiva regolati dai commi 1, 3 e 4 dell'art. 99 c.p. Ebbene la Corte costituzionale, nonostante la propria giurisprudenza antecedente sulle pene «fisse» (concettualmente severa, anche se tollerante, nei fatti, grazie alla valorizzazione di strumenti esterni alla fattispecie per il recupero della discrezionalità), ha respinto le relative eccezioni (ordinanza **n. 91 del 2008**). Dei tre argomenti principali, due si risolvono – a ben vedere – nell'accredito della discrezionalità quale **strumento di elusione** della regola censurata, e non di mero adeguamento della sua portata. Si dice, in primo luogo, che l'effetto in ipotesi sproporzionato di aumento della pena può essere evitato «disapplicando» la recidiva. Ma quel potere non attiene al *quantum* del trattamento, bensì alla relazione tra i precedenti del reo ed il significato del fatto, nei suoi profili oggettivi e soggettivi. Si dice, analogamente, che, poiché l'aumento in misura non variabile (ad esempio, il 50%) accede comunque ad una quantità variabile, sarà sufficiente per il giudice diminuire la base di calcolo per recuperare alla pena un carattere di accettabile proporzionalità. Con buona pace dei criteri legali per la determinazione della sanzione. Con sostanziale elusione della norma in considerazione, introdotta **proprio per imporre un aumento in misura fissa** della pena «ordinariamente» collegabile al fatto⁵⁵. E la Corte, naturalmente, se ne è resa ben conto: *«pur costituendo, quello scrutinato, un assetto che si discosta per più versi dalle linee generali del sistema»*⁵⁶. Il quale forse, e piuttosto, richiederebbe una presa d'atto del ritorno dell'autore pericoloso.

Ma, soprattutto, va notato che il **recupero** (eventualmente indiretto) della **discrezionalità negata** dalla regola sugli effetti indiretti può funzionare (male) a condizione che l'applicazione della recidiva sia frutto di una valutazione in concreto della maggior pericolosità del reo. Restano invece ipotesi, quali che siano, di **applicazione cd. obbligatoria** della recidiva, che il quinto comma dell'art. 99 costruisce su uno dei principali «cataloghi» utilizzati per dare fondamento a trattamenti differenziali fondati su

⁵⁵ Considerazioni analoghe possono svolgersi, *mutatis mutandis*, per la già citata ordinanza **n. 193 del 2008**, a proposito dell'aumento minimo di pena in caso di cumulo giuridico *ex art.* 81 c.p.

⁵⁶ **C. cost., 4 aprile 2008, n. 91.**

presunzioni di pericolosità (con l'aggravante che si tratta di un elenco che dovrebbe razionalmente selezionare tutt'altro, e cioè i casi con indagini fisiologicamente complesse: art. 407, comma 2, lettera a) del codice di rito.

Non è un caso che, contro la recidiva obbligatoria, la discrezionalità sia stata utilizzata anche sul piano dell'interpretazione, cioè in una logica di **massima possibile restrizione** dei casi effettivi di integrazione della relativa fattispecie. E questo vale tanto per gli effetti diretti che per quelli indiretti. E vale, *mutatis mutandis*, tanto per la **fase cognitiva** che per la **fase esecutiva**.

Nella prima prospettiva, l'esempio più importante si innesta sulla scrittura, particolarmente maldestra, del **quinto comma dell'art. 99 c.p.** («*se si tratta di uno dei delitti*»). Il problema consiste nell'identificazione dell'oggetto della regola presuntiva (pericolosità non discutibile): quando cioè «si tratti» di reato riconducibile al catalogo dell'art. 407 c.p.p.

A seconda delle quattro possibili soluzioni – al catalogo devono appartenere il solo reato espressivo, od il solo reato pregresso, o indifferentemente l'uno o l'altro, o entrambi – si constata una progressiva modificazione della base empirica sulla quale dovrebbe fondarsi la regola di esperienza, e dunque – per inciso – una progressiva crescita di attendibilità della presunzione sfavorevole al reo⁵⁷.

Ora, sebbene la giurisprudenza di legittimità sembri ormai orientata verso una **soluzione «intermedia»**⁵⁸, la Corte costituzionale ha censurato per l'omessa esplorazione di una soluzione adeguatrice anche la questione proposta da un giudice che procedeva per un reato inserito nel catalogo: «*il rimettente dà, in effetti, per scontato che l'obbligatorietà scatti allorché – come nel caso di specie (...) – appartenga all'elenco il nuovo reato, senza perscrutare affatto le alternative ermeneutiche, e, segnatamente, la possibilità di ritenere che, a detti fini, debbano rientrare nell'elenco anche il reato o i reati oggetto di precedente condanna [...] l'eventuale adesione a quest'ultima soluzione interpretativa verrebbe ad inficiare tanto la*

⁵⁷ Da **C. cost., 29 maggio 2009, n. 171**: «*nel sollevare la questione, il giudice a quo non si pone, tuttavia, l'ulteriore problema interpretativo – pure ripetutamente evidenziato da questa Corte nelle pronunce in precedenza citate – di stabilire quale reato debba rientrare nell'elenco di cui all'art. 407, comma 2, lettera a), cod. proc. pen., affinché divenga operante il regime di obbligatorietà: se, cioè, il delitto oggetto della precedente condanna, ovvero il nuovo delitto che vale a costituire lo status di recidivo, indifferentemente l'uno o l'altro, o addirittura entrambi (soluzioni tutte alternativamente prospettate dagli interpreti, senza che sul punto possa dirsi allo stato sussistente un orientamento consolidato)*». In precedenza, tra le altre, l'ordinanza **n. 409 del 2007**, cit.

⁵⁸ La giurisprudenza sembra orientarsi, in effetti, nel senso che la fattispecie sarebbe applicabile nei confronti del soggetto, già recidivo per un qualunque reato, che commetta un delitto riconducibile al catalogo, a nulla rilevando se il delitto per cui vi è stata precedente condanna sia anch'esso incluso nell'elenco dell'art. 407 c.p.p.: **Cass., Sez. I, 23/09/2010, n. 36218**, Pisanello, in *C.E.D. Cass.*, n. 248289; **Cass., Sez. I, 12/11/2009, n. 46875**, Moussaid, *ivi*, n. 246254; **Cass., Sez. II, 11/06/2009, n. 27599**, P.G. in proc. Huyer, *ivi*, n. 244668; **Cass., Sez. II, 05/12/2007, n. 46243**, Cavazza, *ivi*, n. 238520.

motivazione sulla rilevanza che quella sulla non manifesta infondatezza della questione»⁵⁹.

Naturalmente, la forza dell'indicazione è quella, tipicamente ridotta, delle pronunce di inammissibilità «su base interpretativa»⁶⁰.

Altre opzioni, sempre riguardo alla fase cognitiva, tendono di fatto a **diminuire il peso della recidiva**, anche quando sia «obbligatoria», almeno in termini di concreta incidenza sul computo della sanzione.

Ad esempio, dopo alcune decisioni discordanti, la giurisprudenza di legittimità sembra definitivamente orientata – anche grazie alla pronuncia delle **Sezioni unite** (ric. Indelicato) deliberata il 24 febbraio scorso – a valorizzare il temperamento offerto dal quarto comma dell'art. 63 c.p., per il caso che la **recidiva obbligatoria concorra con altra circostanza** ad effetto speciale: delle due, si applica solo la più grave, ed un ulteriore aumento di pena è solo facoltativo; ancora una volta, un parziale recupero di discrezionalità⁶¹.

Altre questioni applicative, talvolta connesse alla considerazione della recidiva quale **circostanza ad effetto speciale**, sono risolte nel senso della

⁵⁹ Ancora l'ordinanza **n. 171 del 2009**.

⁶⁰ **Nota bene.** Nelle more della pubblicazione del presente lavoro è intervenuta **Corte cost., 10 giugno 2011, n. 183**, che sembra invece esprimere, pur in tono incidentale, una adesione all'orientamento dominante in giurisprudenza: «A ben vedere il secondo comma dell'art. 62-bis cod. pen. dà luogo a un duplice automatismo, basato su presunzioni: il primo deriva dal quinto comma dell'art. 99 cod. pen., che nel caso di commissione da parte di un recidivo di uno dei reati previsti dall'art. 407, comma 2, lettera a), cod. proc. pen. rende obbligatoria l'applicazione della recidiva (mentre negli altri casi si ritiene che sia rimessa alla valutazione discrezionale del giudice: sentenza n. 192 del 2007; ordinanze n. 171 del 2009, n. 257, n. 193, n. 90 e n. 33 del 2008) ...».

⁶¹ Inizialmente, **Cass., Sez. I, 17/03/2010, n. 18513**, Amantonico, in C.E.D. Cass., n. 247202: «Allorché concorrano due circostanze ad effetto speciale (nella specie, recidiva specifica di cui all'art. 99, comma secondo, cod. pen. e aggravante di cui all'art. 585 stesso codice), è illegittima l'applicazione di distinti aumenti di pena, dovendosi, in base al disposto dell'art. 63, comma quarto, cod. pen., applicare solo l'aumento connesso alla circostanza più grave, con la possibilità, per il giudice, di aumentare la pena così stabilita». In senso opposto **Cass., Sez. II, 16/06/2009, n. 26517**, Grande, *ivi*, n. 244723: «La previsione dell'obbligatorietà dell'aumento di pena per la recidiva reiterata specifica, di cui all'art. 99, comma quinto, cod. pen. determina l'obbligatorietà dell'aumento di pena per le circostanze aggravanti ad effetto speciale che qualificano i reati indicati dall'art. 407, comma secondo lett. a), cod. proc. pen., così derogando alla previsione di cui all'art. 63, comma quarto, cod. pen., che prevede, in caso di concorso di più circostanze aggravanti ad effetto speciale, l'applicazione soltanto della pena stabilita per la circostanza più grave, sia pure con possibilità per il giudice di aumentarla». Sul punto – come detto nel testo – sono intervenute le **Sezioni unite**, con motivazione depositata nelle more della pubblicazione di questo lavoro, stabilendo che la recidiva, quando può determinare un aumento di pena superiore a un terzo, è circostanza aggravante ad effetto speciale e, pertanto, soggiace, ove ricorrano altre circostanze aggravanti ad effetto speciale, alla regola dell'applicazione della pena stabilita per la circostanza più grave, con possibilità per il giudice di un ulteriore aumento (informazione provvisoria): **Cass., Sez. un., 24 febbraio 2011, n. 20798**, Indelicato, *ivi*, n. 249664. Si è giustamente osservato (G. PIFFER, *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, in www.penalecontemporaneo.it) come la necessaria applicazione della recidiva e del relativo aumento di pena non valga certo ad escludere che il meccanismo di computo sia regolato dalle norme ordinarie in materia, ed in particolare dalla disciplina del concorso di circostanze omogenee.

neutralizzazione dell'aggravante nell'ambito di meccanismi processuali regolati su indici di pericolosità⁶².

Ora, dalla ricostruzione che precede dovrebbero essere emerse la vastità e l'unità di *ratio* dell'opera di **erosione** che la giurisprudenza ha compiuto sui meccanismi presuntivi che legittimano, fuori almeno dall'ottica esclusiva della retribuzione, il nuovo trattamento della recidiva. Il fatto è, però, che uno «zoccolo duro» esiste, e prima o poi bisognerà fare i conti con esso, sul piano sostanziale e su quello processuale, così come per la fase dell'esecuzione.

In realtà già pende innanzi alla Consulta una questione che sembra non consentire la via di fuga del recupero di discrezionalità (r.o. 54 del 2011). Il rimettente infatti censura la disciplina differenziata per il riconoscimento delle **attenuanti generiche** relativamente a taluno dei delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen., puniti con una pena non inferiore nel minimo a cinque anni, sotto il profilo della irrazionalità e della violazione del principio della finalità rieducativa della pena.

La trattazione del procedimento è stata fissata per la camera di consiglio del **20 aprile 2011**⁶³.

7. Titolo del reato e presunzioni di pericolosità nell'ordinamento penitenziario.

Un diverso **indice di pericolosità**, utilizzato sempre più frequentemente dal legislatore, è quello fondato sulla **natura del reato** contestato o commesso, secondo una logica presuntiva che costituisce l'unica giustificazione razionale quando si discute in termini cautelari, ma resta ugualmente riconoscibile e dominante nella dimensione del rapporto esecutivo. Se il soggetto ha commesso (in ipotesi o secondo il giudicato) un determinato reato, deve presumersi che sia pericoloso al punto da commetterne altri, ed in particolare che non raggiungerà (o raggiungerà in

⁶² È il caso del problema sorto relativamente all'art. 278 c.p.p., e dunque a proposito del rilievo della recidiva contestata nel computo dei valori edittali di pena a fini di applicabilità delle misure cautelari. Nella parte iniziale la norma pone la regola di irrilevanza della recidiva, oltre che della continuazione e delle circostanze del reato, ma nella seconda parte viene fatta eccezione, tra l'altro, riguardo alle aggravanti ad effetto speciale. Nella camera di consiglio del 24 febbraio 2011, le Sezioni unite penali hanno stabilito, con sentenza depositata dopo l'elaborazione del presente contributo, che della recidiva non si tenga conto. Si veda, oggi, **Cass., Sez. un., 24/02/2011, n. 17386**, Naccarato, in *C.E.D. Cass.*, n. 249482.

⁶³ Come già si è avuto modo di accennare, la questione è poi stata definita dalla citata sentenza **n. 183 del 2011**, dichiarativa della «**illegittimità costituzionale dell'art. 62-bis**, secondo comma, del codice penale [...] nella parte in cui stabilisce che, ai fini dell'applicazione del primo comma dello stesso articolo, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato». In estrema sintesi può segnalarsi come la Corte abbia in effetti ritenuto che la norma esprimesse una **doppia presunzione**: quella di pericolosità del recidivo reiterato colpevole di reati riconducibili all'art. 407 c.p.p., e quella di irrilevanza dell'atteggiamento successivo al reato quale segnalatore della condizione di pericolosità del reo nel momento della condanna. Alla Corte, per superare l'**irragionevole automatismo**, contrario anche al principio di necessaria finalizzazione rieducativa della pena, è bastato rimuovere la seconda delle due presunzioni.

tempi e modi particolari) quell'affidabilità necessaria e sufficiente per l'accesso a forme alternative di esecuzione della pena.

Ho già dato ampiamente conto dei recenti sviluppi giurisprudenziali concernenti le **regole di trattamento cautelare personale** che si basano sul titolo del reato contestato. E già si è visto, inoltre, come nella materia cautelare **presunzioni** fondate sul **titolo del reato** si affianchino a presunzioni costruite su **caratteristiche della persona** o su comportamenti pregressi della medesima (come per il divieto di arresti domiciliari a persona già condannata per evasione, di cui al comma 5-*bis* dell'art. 284 c.p.p.)

Ebbene, un intreccio dello stesso genere (anche se con diversa proporzione nel rapporto tra regole fondate sul titolo del reato e norme relative a condizioni «personali») si riscontra nella **disciplina del rapporto esecutivo**.

Possiamo cominciare dal ruolo delle **presunzioni** per tipologia di reato nell'accesso ai **benefici penitenziari**. Presunzioni cui il legislatore ha generalmente collegato **preclusioni** (parziali o totali) a **carattere assoluto**, dando vita quindi ai cd. **automatismi preclusivi**, tra i quali primeggiano quelli instaurati dall'**art. 4-bis** dell'Ordinamento penitenziario.

Su questo terreno, forse più che altrove, la giurisprudenza costituzionale si caratterizza per il tentativo di recupero, in via interpretativa, di margini discrezionali per il giudice, ed anche per la parziale demolizione di alcune manifestazioni, tra le più aspre, della logica presuntiva.

Un processo molto graduale, ed anche limitato, nel suo avvio, da una valorizzazione pressoché esclusiva del parametro della **finalizzazione rieducativa della pena**. Facilmente fu stabilito, a quel punto, che preclusioni fondate sul titolo del reato commesso non violano, per sé stesse, l'art. 27 Cost.⁶⁴. In particolare, l'accesso alle misure alternative non è l'unico strumento rieducativo, tale dovendosi considerare anche, e per esempio, la **liberazione anticipata**. D'altra parte la **funzione rieducativa** è elemento indefettibile, ma **non esclusivo**, nella dimensione costituzionale della pena (deputata anche ad assicurare esigenze di protezione sociale)⁶⁵. Insomma, un giudizio misto di ragionevolezza della presunzione di pericolosità e di valorizzazione della funzione retributiva e specialpreventiva.

La situazione, però, era destinata ad evolvere: *«la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di “tipi d'autore”, per*

⁶⁴ C. cost., 2 luglio 1980, n. 107.

⁶⁵ C. cost., 8 luglio 1993, n. 306, relativamente alla semilibertà, e C. cost., 17 febbraio 1994, n. 39, relativamente alla liberazione condizionata.

i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita»⁶⁶.

Le preclusioni vennero in effetti rimodulate, ma in stretto rapporto al fenomeno del cd. «**pentitismo**». Sembra ovvio che la relativa disciplina avesse ed abbia soprattutto una spregiudicata funzione sollecitatoria nei confronti dei detenuti provenienti dal contesto della criminalità organizzata, politica o mafiosa. Ma nella giustificazione formale delle deroghe ai divieti di accesso ai benefici prevale la configurazione della scelta collaborativa **quale sintomo** del distacco dall'opzione criminale, e, dunque, di una nuova presunzione: se si vuole, una sorta di **contropresunzione**⁶⁷. Oppure, volendo, un nuovo caso di presunzione «dissimulatoria».

Insomma la collaborazione processuale è divenuta l'unico elemento di prova ammissibile per neutralizzare una presunzione altrimenti assoluta di pericolosità fondata sul titolo del reato.

Opzione irragionevole, perché tale fra l'altro da escludere dai benefici i criminali più marginali rispetto al proprio contesto. Perché tale, soprattutto, da indebolire la *ratio* ostentata per la deroga al divieto.

Lo stesso legislatore dell'emergenza aveva conferito rilievo, ma solo per fatti di partecipazione marginale, a situazioni di collaborazione irrilevante. La Consulta, con sentenze additive (fondate anche, se non solo, sul **principi di uguaglianza e ragionevolezza**), ebbe a generalizzare l'accessibilità dei benefici per delinquenti marginali impossibilitati a prestare un'utile collaborazione, ferma restando la dimostrata rottura dei vincoli criminali.

Queste decisioni, a ben guardare, avevano **restituito una relativa discrezionalità** riguardo al valore sintomatico del reato commesso, eliminando il vincolo tipologico della prova di non perdurante pericolosità: venuta meno la necessità della collaborazione, assumevano rilevanza indici di partecipazione marginale al fatto ed elementi vari di rappresentazione del distacco dal contesto di provenienza⁶⁸; indici da porre in relazione, per altro, non direttamente alla valutazione di pericolosità dell'interessato, ma alla stregua di **giustificazioni del mancato atteggiamento collaborativo**.

Il che resta vero anche riguardo all'ulteriore passaggio compiuto dalla Consulta per il contrasto alla presunzione di pericolosità (la marginalità di ruolo come spiegazione normativamente accettata dell'inerzia collaborativa): illegittimo tra l'altro l'art. 4-*bis* nella parte in cui precludeva l'accesso ai benefici **a prescindere dalla qualità di ruolo**, quando il difetto di collaborazione dipenda dal già intervenuto accertamento dei fatti, e sempreché risulti la soluzione dei rapporti con il contesto di provenienza⁶⁹.

⁶⁶ Così la già citata sentenza **n. 306 del 1993**.

⁶⁷ Così, espressamente, nei lavori parlamentari prodromici all'approvazione della legge n. 356 del 1992, di conversione del decreto-legge n. 306 del 1992. Notevole lo scetticismo non solo della dottrina, ma della stessa Corte costituzionale: punto 9 del *Considerato* della citata sentenza **n. 306 del 1993**.

⁶⁸ **C. cost., 19 luglio 1994, n. 357**.

⁶⁹ **C. cost., 1 marzo 1995, n. 68**. La Corte, per altro, era rimasta palesemente insoddisfatta del risultato raggiunto. È accettabile che occorra verificare positivamente l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, ma le manipolazioni recate all'art. 4-*bis* (con il decreto -legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito dalla legge 7 agosto 1992, n. 356) avevano «*obliterato fino a*

L'ampliamento dell'influsso dei casi di **non collaborazione**, in chiave di neutralizzazione del divieto, non è comunque l'unico fronte della critica portata dalla giurisprudenza all'automatismo in questione.

Anzitutto non possiamo che registrare, anche in questa sede, l'esclusione di **effetti retroattivi** della preclusione, all'indomani dei provvedimenti che l'avevano inasprita, a prescindere da atteggiamenti collaborativi o non collaborativi «qualificati»⁷⁰.

Ma la tendenza giurisprudenziale ad edulcorare la portata dei meccanismi presuntivi nel sistema dell'esecuzione si manifesta con significativa continuità. Nel 2009, con un doppio intervento nel giro di pochi mesi, l'art. 4-*bis* ha subito un'addizione di grande momento, sia pur con riguardo esclusivo ai **reati sessuali** compresi nel relativo catalogo. I benefici penitenziari saranno concessi solo dopo **un anno** almeno di **osservazione scientifica** collegiale della personalità (con la partecipazione degli esperti di cui all'art. 80 ord. pen.)⁷¹.

Brevissima notazione sulla tecnica legislativa: la disposizione non è stata coordinata con il comma 1 dell'art. 4-*bis*, che consente l'ammissione ai benefici per i collaboratori di giustizia. Una tensione che, per quel che consta, viene risolta nel senso che sia ormai necessaria una **doppia condizione** (collaborazione processuale e osservazione prolungata della personalità).

È stata dunque sperimentata, come si vede, la combinazione inedita ed in parte contraddittoria di due meccanismi presuntivi. Uno, del quale già si è detto, è che la cessazione di pericolosità va tendenzialmente provata da **atteggiamenti collaborativi** (salvi i temperamenti introdotti dalla Consulta). L'altro è che detta cessazione o riduzione non è accertata credibilmente, su **circostanze evidentemente diverse**, se non attraverso una prolungata osservazione scientifica, presumibilmente **intramuraria**, della personalità del condannato.

*dissolverli i parametri probatori alla cui stregua condurre un siffatto accertamento, per assegnare invece un risalto esclusivo ad una condotta - quella collaborativa - che si assume come la sola idonea a dimostrare, per facta concludentia, l'intervenuta rescissione di quei collegamenti. Si passa, pertanto, da un sistema fondato su di un regime di prova rafforzata per accertare l'inesistenza di una condizione negativa (assenza dei collegamenti con la criminalità organizzata), ad un modello che introduce una preclusione per certi condannati, rimuovibile soltanto attraverso una condotta qualificata (la collaborazione). Da ciò consegue, quindi, che, essendo la funzione rieducativa della pena valore insopprimibile che permea l'intero trattamento penitenziario, in tanto è possibile subordinare ad una determinata condotta l'applicazione di istituti che di quel trattamento sono parte integrante, in quanto la condotta che si individua come presupposto normativo risulti oggettivamente esigibile, giacché, altrimenti, **residuerrebbe nel sistema null'altro che una preclusione assoluta**, del tutto priva di bilanciamento proprio sul piano dei valori costituzionali coinvolti».*

⁷⁰ **C. cost., 14 dicembre 1995, n. 504**, relativamente al divieto di ulteriori permessi premio; **C. cost., 30 dicembre 1997, n. 445**, relativamente alla semilibertà; **C. cost., 22 aprile 1999, n. 137**, nuovamente sui permessi premio.

⁷¹ Dapprima l'art. 3 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, come modificato dalla legge di conversione, e poi dall'art. 2, comma 27, lettera a), n. 2 della legge 15 luglio 2009, n. 94.

È da discutere se, come si è notato per altre fattispecie, si tratti in realtà di una **presunzione dissimulatoria**, volta a coprire un diverso intento del legislatore, cioè la necessaria incarcerazione del condannato, anche se «collaboratore», per almeno un anno, a prescindere dalla sua attuale pericolosità e con fini di rassicurazione sociale.

Ma qui interessa porre in luce, come si accennava, l'atteggiamento assunto dalla giurisprudenza (per ora solo quella ordinaria). Non sorprende anzitutto la riaffermazione, sullo specifico terreno in esame, della regola per la quale la **nuova preclusione non opera** riguardo a detenuti che avessero già raggiunto un **grado di rieducazione** adeguato per l'accesso al beneficio⁷². In secondo luogo, più decisioni hanno palesato la netta tendenza a **ridurre od escludere** il periodo di **carcerazione «necessaria»**, riconducendo alla nozione di **osservazione scientifica**, utile per la valutazione eventualmente favorevole al condannato, anche periodi di **custodia cautelare** antecedenti alla condanna, o periodi di soggiorno in regime di **detenzione domiciliare**, per diversi reati, presso una comunità terapeutica⁷³.

Più radicalmente si è affermato, con ampia motivazione, che la nuova disposizione **non** esigerebbe una **osservazione intramuraria**, essendo sufficiente anche l'eventuale relazione intrattenuta dal condannato, prima della sentenza irrevocabile, con gli uffici territoriali di cui all'art. 72 ord. pen.⁷⁴.

⁷² **Cass., Sez. I, 10/06/2009, n. 27670**, Massaro, in *C.E.D. Cass.*, n. 244716; **Cass., Sez. I, 21/01/2010, n. 8092**, Vizzini, *ivi*, n. 246332.

⁷³ **Cass., Sez. I, 28/04/2010, n. 18746**, Monosi, *ivi*, n. 247457.

⁷⁴ **Cass., Sez. I, 21/01/2010, n. 8092** (cit., m. 246331): «Ora, va innanzitutto precisato che la disposizione evocata non fa affatto riferimento alla sola osservazione intramurale. E il silenzio della norma sul punto è quanto mai significativo se si considera che essa è frutto di un emendamento (proposta on. Ferrante) che espressamente prevedeva, all'origine, il carattere intramurale dell'osservazione richiesta, successivamente eliminato. In linea astratta non esiste dunque ragione per sostenere che all'osservazione non possano procedere gli Uffici locali di esecuzione penale esterna (UEPE) previsti dall'art. 72 o.p., in collegamento con i Centri di servizio sociali ai quali espressamente è affidato, ai sensi dell'art. 118, comma 7 del Regolamento, il compito di osservazione esterna per l'applicazione delle misure alternative, purché siano rispettate tutte le condizioni di durata e "serietà" scientifica volute dalla norma. Proprio la verifica di compatibilità della novella legislativa con i principi che hanno portato alla regolazione nei termini attuali dell'istituto dell'affidamento in prova al servizio sociale, parrebbe fornire d'altro canto ragione della esclusione di detta delimitazione. È noto infatti che nell'impostazione originaria della legge l'affidamento in prova era concedibile solo dopo un periodo di carcerazione durante il quale potesse aver luogo l'osservazione intramurale della personalità. Ma tale condizione è stata eliminata per effetto della sentenza n. 569 del 1989 della Corte costituzionale, che aveva rimarcato l'assoluta irragionevolezza di una disciplina che consentiva il trattamento "premiale" a coloro che avevano subito custodia cautelare e non a coloro che, evidentemente meno pericolosi, erano rimasti in libertà sino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna. Sicché l'affidamento in prova può essere concesso a prescindere da osservazione intramurale quando sulla scorta della osservazione esterna risulta che il condannato ha serbato un comportamento tale da consentire il favorevole giudizio richiesto per il beneficio: ferma la necessità, per i delitti elencati nella L. n. 354 del 1975, art. 4-bis, comma 1-quater, che detta osservazione risponda, alla luce delle nuove "irrigidite" regole introdotte dal legislatore del 2009, ai requisiti di una "osservazione scientifica della personalità", di durata almeno annuale, condotta collegialmente e con la partecipazione dei professionisti esperti indicati nella L. n. 354 del 1975, art. 80, comma 4».

Il problema si pone in modo affatto particolare per i **condannati minorenni**, rispetto ai quali la legge non sembra prevedere regole peculiari, tanto che sono state sollevate specifiche questioni di legittimità, che la Corte costituzionale dovrebbe aver definito nella camera di consiglio del **9 marzo scorso**⁷⁵.

È il momento, però, di una considerazione ormai familiare. Per quanto intervengano decisioni atte a smussare gli aspetti più spigolosi delle preclusioni, e per quanto se ne possano restringere in via ermeneutica i presupposti applicativi, la logica delle **presunzioni assolute di pericolosità** permea anche attualmente il nostro diritto dell'esecuzione penale.

Abbiamo già visto che, riguardo a **regole cautelari** fondate sulla **qualità del reato contestato**, il **controllo di ragionevolezza** ha subito una fortissima accelerazione in tempi recenti, producendo un netto ridimensionamento delle dinamiche presuntive predilette dall'odierno legislatore. Ed invece va constatato – pur senza trascurare che sul piano dell'esecuzione operano logiche di **retribuzione e prevenzione speciale** che sarebbero improponibili nella dimensione cautelare – che la strada percorsa riguardo al **diritto penitenziario** è assai meno lunga e illuminata. A cominciare dalla norma fondamentale del genere in esame, cioè l'**art. 4-bis** ord. pen.

La **presunzione assoluta** che dovrebbe giustificare il trattamento sfavorevole dei non collaboratori di giustizia, nei limiti in cui è rimasta attuale, ha trovato **giustificazione** in due provvedimenti della Consulta, risalenti però al 2001, e pertinenti dunque ad un catalogo ben diverso. Provvedimenti soprattutto motivati, in misura risolutiva, sul **contesto di criminalità organizzata** cui dovevano riferirsi i reati presi in considerazione nei giudizi *a quibus*⁷⁶.

⁷⁵ In effetti la questione è stata poi definita, ma con decisione di inammissibilità per carenze nella motivazione sulla rilevanza da parte del rimettente: **C. cost., 1 aprile 2011, n. 111**.

⁷⁶ **C. cost., 20 luglio 2001, n. 273**: « *In questa prospettiva, in relazione all'esecuzione delle pene detentive per i delitti indicati dal comma 1, primo periodo, dell'art. 4-bis, la collaborazione con la giustizia [...] assume, non irragionevolmente, la diversa valenza di criterio di accertamento della rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata, che a sua volta è condizione necessaria, sia pure non sufficiente, per valutare il venir meno della pericolosità sociale ed i risultati del percorso di rieducazione e di recupero del condannato, a cui la legge subordina, ricorrendo a varie formulazioni sostanzialmente analoghe, l'ammissione alle misure alternative alla detenzione e agli altri benefici previsti dall'ordinamento penitenziario [...]. L'atteggiamento di chi non si adoperi "per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori" o per aiutare "concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati" (art. 58-ter dell'ordinamento penitenziario) è valutato come **indice legale della persistenza dei collegamenti** con la criminalità organizzata e, quindi, della mancanza del sicuro ravvedimento del condannato. Presunzione peraltro vincibile, posto che, con riferimento al principio di cui all'art. 27 della Costituzione (per cui vedi sentenze n. 137 del 1999, n. 445 del 1997, n. 504 del 1995, n. 306 del 1993), questa Corte ha ritenuto che l'oggettiva impossibilità o l'inesigibilità della collaborazione non è di ostacolo, in costanza di elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, alla concessione dei benefici penitenziari (v. sentenze n. 68 del 1995 e n. 357 del 1994)». Analoghe considerazioni in **C. cost., 25 luglio 2001, n. 308**.*

Dunque la stessa presunzione sarà presumibilmente oggetto di verifica, quanto meno, con riguardo ai **nuovi reati del catalogo**. La vera e ponderata valutazione complessiva della logica sottesa all'art. **4-bis**, nella sua attuale configurazione, deve ancora essere attuata.

8. Ordinamento penitenziario e condizioni personali del condannato.

Con maggiore frequenza di quanto accada per le regole sulla restrizione cautelare della libertà, l'ordinamento penitenziario e la disciplina dell'esecuzione sono segnati anche da **norme presuntive** costruite su una condizione dell'interessato, o su un accadimento della sua vita, non direttamente connesso al fatto per il quale deve essere eseguita la condanna.

In punto di rilevanza delle **condizioni personali**, per la verità, ve n'è almeno una che dovrebbe precludere (invece che giustificare) il ricorso a presunzioni, e che in effetti genera da lungo tempo un contenzioso sul piano costituzionale. Si è già avuto modo di accennare che, per i soggetti **minori d'età**, non sembra trovare eccezioni la nuova regola che, per parte dei reati sessuali, impone una osservazione scientifica della personalità prima dell'eventuale accesso a benefici penitenziari.

Eppure il quadro della giurisprudenza in materia porterebbe a ritenere la **incompatibilità radicale** delle presunzioni di pericolosità nel rapporto esecutivo concernente i **minorenni**. L'esigenza di differenziazione nasce dalla qualità del condannato, portatore di una personalità in via evolutiva, ed interessato dalla direttiva costituzionale dell'**art. 31**. Anche gli strumenti internazionali di tutela dell'infanzia contengono prescrizioni in questo senso⁷⁷.

Ebbene, lo si nota in via incidentale, il legislatore italiano ha modulato le regole del rito penale, ma non ha mai dato corso alle necessaria scrittura di un **ordinamento penitenziario per i minorenni**, di talché valgono le regole ordinarie⁷⁸. Situazione, si badi, che la Consulta ha già definito **complessivamente illegittima**, anche se ha dovuto arrendersi, attraverso una pronuncia di inammissibilità, di fronte al necessario esercizio di discrezionalità legislativa per un complessivo riassetto delle misure alternative alla carcerazione in favore dei minori⁷⁹.

⁷⁷ Da ultimo, la Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa n. 11 del 2008: *Recommendation of the Committee of Ministers to member states on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures (Adopted by the Committee of Ministers on 5 November 2008 at the 1040th meeting of the Ministers' Deputies)*.

⁷⁸ Come a titolo provvisorio, da quasi 40 anni, stabilisce l'art. 79 della legge di ordinamento penitenziario.

⁷⁹ **C. cost., 25 marzo 1992, n. 125.**

In effetti l'art. 31 della Costituzione, per risalente giurisprudenza, impone nel caso dei minori una valenza assorbente della funzione rieducativa⁸⁰, la quale, per quanto vogliano prospettarsi finalità «secondarie», esige la possibilità di una regolazione «fine» del trattamento rispetto alle caratteristiche del caso concreto. Dunque, se regole di contenimento fondate su presunzioni di pericolosità (o sulla preponderanza dell'aspetto retributivo e specialpreventivo) sono accettabili per gli adulti, ammesso che lo siano, lo stesso non vale per i ragazzi. La decisione più recente sull'argomento individua «*un criterio, costituzionalmente vincolante, che esclude siffatti rigidi automatismi e richiede sia resa possibile invece una valutazione individualizzata e caso per caso*»⁸¹. Ed il principio non riguarda solo le regole del trattamento penitenziario, ma investe il terreno dell'arsenale sanzionatorio a disposizione del giudice della cognizione⁸², delle misure di sicurezza⁸³ o, *mutatis mutandis*, quello delle misure cautelari personali.

La breve ricostruzione della giurisprudenza costituzionale concernente l'esecuzione penale nei confronti di minori è utile anche in quanto la Corte costituzionale è parsa in qualche misura **generalizzare** alcuni passaggi del ragionamento, trattando di regole presuntive fondate su «**caratteristiche personali**», acquisite da un soggetto in forza di comportamenti tenuti prima od a margine dello svolgimento del rapporto esecutivo.

Si legga la sentenza **n. 189 del 2010**, pertinente al **divieto temporaneo** di accesso ai **benefici penitenziari** per coloro i quali siano stati condannati per un fatto di **evasione** (comma 1 dell'art. 58-*quater* ord. pen.)⁸⁴.

Intanto, e secondo una logica che ben conosciamo, si è seguita la strada di un **recupero della discrezionalità** giudiziale **in via interpretativa**. Qui la Consulta ha potuto limitarsi a registrare una tendenza «adeguatrice» già fortemente radicata nella giurisprudenza ordinaria. Ove la lettera della legge, a parte qualche ingegnoso sfruttamento della pessima prosa normativa⁸⁵, viene più che altro elusa, e – fatto in sé significativo – senza

⁸⁰ Si può qui ricordare la decisione che ha reso illegittima la disciplina di applicabilità dell'ergastolo nel caso di delitti commessi da minori: **C. cost., 28 aprile 1994, n. 168**.

⁸¹ **C. cost., 1 dicembre 1999, n. 436**, a proposito delle preclusioni derivanti dalla **revoca di un precedente beneficio** (*infra*). In precedenza, secondo una logica necessitata di demolizione pezzo per pezzo del sistema preclusivo nei confronti dei minori, **C. cost. 30 dicembre 1998, n. 450** e **C. cost., 17 dicembre 1997, n. 403**, relativamente a limiti per la concessione di permessi premio; **C. cost., 22 aprile 1997, n. 109**, riguardo al divieto di affidamento in prova e di semilibertà per l'esecuzione di pene derivanti da conversione dovuta all'inosservanza delle prescrizioni inerenti alla semidetenzione ed alla libertà controllata.

⁸² **C. cost., 18 febbraio 1998, n. 16**, dichiarativa della parziale illegittimità della norma sui limiti soggettivi per l'accesso alle sanzioni sostitutive (art. 60 della legge n. 689 del 1981), nella parte in cui si riferiva ai minori.

⁸³ Può ricordarsi **C. cost., 24 luglio 1998, n. 324**, relativa alla possibilità di disporre il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario anche di persone minori.

⁸⁴ **C. cost., 28 maggio 2010, n. 189**.

⁸⁵ Si è affermato ad esempio che rilevano solo i fatti di evasione successivi alla sentenza irrevocabile di condanna: **Cass., Sez. I, 21/10/1992, n. 4202**, Brusegan, in *C.E.D. Cass.*, n. 192372.

alcun particolare sforzo di motivazione, se non per qualche cenno alla irragionevolezza della soluzione legislativa (ad esempio nella parte in cui non limita nel tempo l'effetto preclusivo). Sebbene la norma stabilisca che i benefici «non possono essere concessi», la Cassazione ha concluso che l'accesso «non è automaticamente impedito dalla condanna per evasione», e che la disposizione avrebbe solo l'effetto di impegnare il giudice ad un esame **particolarmente approfondito** della personalità dell'evaso⁸⁶.

La Consulta insomma, come accennato, non poteva che accreditare un «diritto vivente» già orientato in senso costituzionalmente compatibile, rimproverando al giudice rimettente, con l'usuale «sanzione» della inammissibilità, di non avere sperimentato una soluzione adeguata non solo attendibile, ma addirittura già affermata.

Quel che più interessa della sentenza, sul piano generale, è la ricostruzione dei principi che devono guidare la legislazione in materia. Riferendosi alla norma censurata, e al denunciato suo carattere di **preclusione assoluta**, la Corte ha osservato: «è possibile invece una sua lettura costituzionalmente orientata, basata sull'ineliminabile funzione rieducativa della pena, sancita dall'art. 27, terzo comma, Cost. e confermata dalla giurisprudenza di questa Corte, che ha escluso l'ammissibilità, nel nostro ordinamento penitenziario, della prevalenza assoluta delle esigenze di prevenzione sociale su quelle di recupero dei condannati. Nella materia dei benefici penitenziari, è **criterio «costituzionalmente vincolante»** quello che esclude **«rigidi automatismi e richiede sia resa possibile invece una valutazione individualizzata caso per caso»** (sentenza n. 436 del 1999). Se si esclude radicalmente il ricorso a criteri individualizzanti, **«l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo»** (sentenza n. 257 del 2006; in senso conforme sentenza n. 79 del 2007) e si instaura di conseguenza un automatismo «sicuramente in contrasto con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena» (sentenza n. 255 del 2006)».

Si deve dare atto, del resto, che la Corte costituzionale ha avuto modo di censurare anche un **automatismo favorevole** al condannato. Si ricorderà, in particolare, il regime «automatico» di applicazione del cd. **indultino**, cioè della sospensione condizionata della pena di cui all'art. 1 della legge n. 207 del 2003. Anche quella previsione conteneva un catalogo di «esclusioni» su base presuntiva, ma in assenza delle relative condizioni imponeva al magistrato di sorveglianza l'applicazione del beneficio. E la Corte, con la **sentenza n. 255 del 2006**, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non prevede che il giudice di sorveglianza possa negare la sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva al

⁸⁶ **Cass., Sez. I, 10/11/2009, n. 44669**, P.G. in proc. Resta, *ivi*, n. 245682; nello stesso senso, in precedenza, **Cass., Sez. I, 22/10/2009, n. 41956**, P.G. in proc. Bello, *ivi*, n. 245078; **Cass., Sez. I, 06/05/2009, n. 22368**, P.G. in proc. Leone, *ivi*, n. 244130.

condannato quando ritiene il beneficio non adeguato alle finalità previste dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione.

È rimarchevole, anche se non sorprendente, che il percorso motivazionale fosse del tutto identico, anche nei richiami ai precedenti, a quello che aveva caratterizzato ed avrebbe caratterizzato la **giurisprudenza di contenimento** delle politiche criminali di inasprimento: la Costituzione impone «*un potere discrezionale al magistrato di sorveglianza nella concessione dei benefici penitenziari*»⁸⁷.

Non si creda per altro, a questo punto, che sia senz'altro segnato il destino delle **preclusioni assolute** poste in ragione di presunzioni collegate ad episodi della vita del condannato. In diverse occasioni – in realtà – la Consulta ha ritenuto la compatibilità costituzionale di norme preclusive, in base all'assunto essenziale – più o meno direttamente espresso – della **ragionevolezza della presunzione**.

Questo è soprattutto vero nei casi in cui la conseguenza automatica si collega ad un provvedimento assunto discrezionalmente dal giudice. Mi pare ad esempio questa, almeno per una parte, la *ratio decidendi* dell'ordinanza **n. 289 del 2002**, pertinente al divieto di accesso ai benefici posto nei confronti di persone cui misure del genere siano state **revocate** dal giudice nel corso di una precedente vicenda esecutiva (comma 2 dell'art. 58-*quater* ord. pen.)⁸⁸. Una logica siffatta (ragionevolezza assicurata dalla discrezionalità esercitata «a monte») emerge ancor più chiaramente da una successiva ordinanza sul medesimo oggetto⁸⁹.

In altri casi, anche sulla scorta dell'impostazione conferita dal rimettente al quesito di legittimità, si è dato rilievo al fatto che il soggetto cui è inibito l'accesso ad un determinato beneficio, se favorevolmente valutato in concreto, può ottenere misure alternative di altro genere, sicché la preclusione posta in astratto per detto beneficio (nella specie, la semilibertà rispetto all'affidamento in prova) finisce con l'essere ragionevole per una sorta di sua valenza «residuale»⁹⁰.

Insomma, sebbene qualche battaglia sia già stata compiuta sul terreno dell'art. **58-*quater*** ord. pen., la norma è uscita indenne dal sindacato di costituzionalità (salvo che per i suoi pretesi effetti «retroattivi» e con riguardo ai minorenni) perché prospetta, almeno nella gran parte delle sue previsioni, conseguenze sfavorevoli connesse a **specifiche condotte sintomatiche**, successive al reato e particolarmente incisive, già in astratto, sul piano del percorso rieducativo. Resta da vedere se tali condizioni sussistano sempre,

⁸⁷ C. cost., 4 luglio 2006, n. 255.

⁸⁸ C. cost., 26 giugno 2002, n. 289.

⁸⁹ C. Cost., 21 gennaio 2004, n. 87. Si può citare anche C. Cost., 31 maggio 1996, n. 181, che nella nostra prospettiva interessa soprattutto in quanto afferma che la revoca fondata su imputazioni sopravvenute e poi risultate infondate è revocabile, e dunque può essere rimossa quale fattore ostativo alla nuova concessione di benefici.

⁹⁰ Si veda in tal senso C. cost., 10 ottobre 2008, n. 338.

e se la complessiva valutazione di ragionevolezza finora espressa reggerebbe nel caso di loro assenza.

9. Cenni all'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario.

Ancor meno progredita è una verifica di compatibilità costituzionale, nei suoi profili **sostanziali**, della disciplina della «**sospensione** dell'applicazione delle **regole trattamentali**», altrimenti nota come regime del «**41-bis**» (dal numero dell'articolo che lo prevede nell'ambito dell'ordinamento penitenziario).

Non che la norma non sia stata sottoposta numerose volte a scrutinio, ma l'attenzione della **Consulta** si è storicamente concentrata sugli strumenti di sindacato giudiziale del provvedimento ministeriale applicativo, e l'Italia, per evidenti ragioni, ha potuto nel complesso contare su una certa tolleranza da parte della **Corte europea dei diritti dell'uomo**⁹¹.

⁹¹ La Corte di Strasburgo non ha mai formulato un giudizio negativo sull'in sé della sospensione delle regole trattamentali. Una delle sentenze che impostano la materia nei suoi termini generali, cioè rispetto al divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 3 C.e.d.u.) è rappresentata dal provvedimento **Gallico v. Italia**, che risale al 2005. Il ricorrente era stato sottoposto al regime speciale per un lunghissimo periodo. La Corte ha respinto, sotto questo profilo, il suo ricorso. È possibile che prolungate restrizioni nelle condizioni di vita interne al carcere diano luogo ad un trattamento inumano. Ma, anzitutto, ciò può dipendere dal contenuto delle prescrizioni, e non dalla loro durata. In ogni caso, la Corte ha postulato una **relazione tra la gravità dei fatti commessi e la qualità del trattamento**, e soprattutto ha valorizzato la ragionevolezza delle misure in rapporto a concrete esigenze di prevenzione. Parametri che, nel caso concreto, erano stati positivamente riscontrati, anche data la validazione da parte giudiziale dei vari provvedimenti susseguiti con riguardo al ricorrente. Molte altre decisioni, antecedenti e successive, hanno confermato l'orientamento dei Giudici di Strasburgo a non occuparsi in astratto della norma italiana, né dei contenuti formali dei provvedimenti «censurati» dai ricorrenti, quanto piuttosto della ragionevolezza e proporzionalità delle restrizioni in rapporto alle circostanze del caso concreto. Può guardarsi ad esempio alla motivazione delle sentenze **Attanasio** (novembre 2007) e **Bagarella** (gennaio 2008). Ma per semplicità e rapidità può guardarsi, soprattutto, alla decisione della Grande camera nel procedimento **Enea v. Italia** (settembre 2009), che costituisce anche un «riesame» aggiornato dei precedenti: «*La Corte ammette che in linea generale l'applicazione prolungata di alcune restrizioni può porre un detenuto in una situazione che potrebbe costituire un trattamento inumano o degradante. Tuttavia, essa non può considerare una durata precisa per determinare il momento a partire dal quale è raggiunta la soglia minima di gravità per ricadere nell'ambito di applicazione dell'articolo 3. Al contrario, la durata deve essere esaminata alla luce delle circostanze di ogni caso di specie, questo implica verificare soprattutto se il rinnovo e la proroga delle restrizioni in causa fossero giustificati o meno [...] le restrizioni imposte al ricorrente a seguito dell'applicazione del regime speciale di detenzione erano necessarie per impedire all'interessato, socialmente pericoloso, di mantenere contatti con l'organizzazione criminale alla quale appartiene [...]*».

L'Italia è stata per altro condannata ripetutamente, in relazione al regime speciale, sotto due profili specifici. Il primo concerne i **controlli sulla corrispondenza**, che venivano disposti dal Ministro col provvedimento applicativo del regime differenziale. Nella decisione della Grande Camera relativa al caso **Labita v. Italia** (aprile 2000), la responsabilità del nostro Stato fu collegata all'effettuazione di controlli sulla corrispondenza in assenza di una legge che li consentisse (ma si vedano, in precedenza, le sentenze Domenichini e Diana). L'Italia, per altro, è stata ripetutamente condannata anche dopo che, per il visto di controllo, prese il via l'adozionale di provvedimenti giudiziali assunti a norma del settimo comma dell'art. 18 ord. pen. Infatti, secondo i giudici di Strasburgo, anche la norma da ultimo citata difettava di tassatività. Può citarsi al proposito la sentenza **Natoli v. Italia** (gennaio 2001), cui hanno fatto seguito altre di analogo tenore, fino alla recente **Bagarella v. Italia** (gennaio 2008). Anche in ragione di questi

Vi sono per altro forti dati di novità dopo il «secondo pacchetto sicurezza» dell'attuale legislatura, e cioè la legge n. 94 del 2009, che è intervenuta radicalmente sull'istituto.

Il più significativo, comunque la si guardi, è la **forte riduzione della discrezionalità del Ministro** nel determinare le limitazioni trattamentali destinate a contenere la pericolosità degli interessati. A tale riduzione – almeno secondo la **ricostruzione adeguatrice** compiuta dalla Corte costituzionale con la recente **sentenza n. 190 del 2010** – ha fatto riscontro una **eliminazione del rimedio giurisdizionale dedicato** che, dopo ripetuti interventi della Consulta e (una volta tanto) un successivo intervento legislativo di adeguamento, era venuto a consolidarsi attraverso il comma 2-*quinquies* dello stesso art. 41-*bis*⁹². Quel rimedio, nella parte in cui

arresti, con la legge 95 del 2004, l'intera disciplina dei controlli sulla corrispondenza è stata trasferita in un nuovo art. 18-*ter* dell'ordinamento penitenziario, che regola analiticamente presupposti e forme del provvedimento, affidato all'autorità giudiziaria, e delinea un procedimento per il sindacato del provvedimento medesimo.

Un altro profilo di crisi del nostro sistema ha per lungo tempo segnato il meccanismo di **sindacato giudiziale** dei provvedimenti assunti ex art. 41-*bis*. Può ricordarsi in sintesi che la Cassazione dichiarava l'inammissibilità dei ricorsi per sopravvenuta carenza di interesse quando il provvedimento ministeriale impugnato veniva sostituito da un nuovo provvedimento di proroga, il che spesso evitava – data la breve durata applicativa dei singoli provvedimenti, in rapporto ai tempi dilatati dei giudizi – che, almeno a livello di legittimità, venisse verificato il fondamento della restrizione (tra le molte, **Cass., Sez. Un., 24/03/1995, n. 10**, Meli, in *C.E.D. Cass.*, n. 200819). La Corte di Strasburgo ha quindi ripetutamente condannato l'Italia, data l'ineffettività dei rimedi giurisdizionali a disposizione degli interessati: tra le altre, sentenze *Musumeci v. Italia* (gennaio 2005), *Gallico v. Italia* (giugno 2005), *Viola v. Italia* (giugno 2006), *Asciutto v. Italia* (novembre 2007). La questione si è avviata a soluzione solo quando la nostra Corte di legittimità ha stabilito che la perdita di efficacia del provvedimento impugnato non implica la carenza di interesse al sindacato giudiziale sulla sua legittimità (**Cass., Sez. I, del 26/01/2004, n. 4599**, Zara, *ivi*, n. 228049, e altre successive).

⁹² Nella sua versione iniziale (scaturita dal decreto-legge 306 del 1992) la disciplina mancava di indicazioni espresse circa le indispensabili forme di sindacato del provvedimento ministeriale di applicazione. Poco dopo intervennero **due sentenze della Consulta (28 luglio 1993, n. 349 e 23 novembre 1993, n. 410)**, che, secondo lo schema delle pronunce interpretative di rigetto, asserirono la sindacabilità del provvedimento secondo il modello procedurale previsto dall'art. 14-*ter* dello stesso Ordinamento penitenziario: dalla norma, cioè, che prevedeva il **reclamo** contro i provvedimenti di assoggettamento alla sorveglianza particolare di singoli detenuti (il regime di Sorveglianza particolare era stato a sua volta introdotto nel 1986, ed era regolato, come è tuttora regolato, dall'art. 14-*bis* ord. pen.). Con due ulteriori sentenze la **Corte costituzionale** pervenne infine a modulare lo schema essenziale del sistema di tutela (**18 ottobre 1996, n. 351 e 5 dicembre 1997, n. 376**). L'azione del Ministro doveva ritenersi sindacabile sia quanto ai **presupposti** del provvedimento applicativo (imputazione o condanna per determinati reati, ecc.), altrimenti definiti **limiti «esterni»** al potere dell'Autorità amministrativa, sia quanto alla legittimità ed alla congruenza delle **singole disposizioni limitative** dell'ordinario regime di detenzione, altrimenti detti **limiti «interni»**. La svolta fu risolutiva, anche se continuarono incertezze e contrasti su aspetti essenziali del procedimento. Finalmente, con la legge n. 279 del 2002, il legislatore pose mano ad una riforma organica della materia, modificando i commi 2 e 2-*bis* dell'art. 41-*bis*, ed introducendo gli ulteriori commi da 2-*ter* a 2-*sexies*. In sostanza si volle **stabilizzare** la disciplina del «carcere duro», **tipizzare** le limitazioni che in concreto il Ministro poteva imporre al fine specifico di contenere la pericolosità dei singoli interessati (comma 2-*quater*, lettere da *b* ad *f*), **precisare in dettaglio il meccanismo di sindacato giudiziale** sui provvedimenti adottati ex art. 41-*bis*. A norma del **comma 2-*quinquies*** il detenuto od il suo difensore potevano proporre **reclamo** «sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento e sulla congruità del contenuto dello stesso rispetto alle esigenze di cui al comma 2». Insomma, era stata accolta l'impostazione della Consulta a proposito dei limiti «esterni» ed «interni» del provvedimento ministeriale. In più, la

concerneva la **congruità delle singole limitazioni** allo scopo istituzionale della sospensione, è divenuto superfluo per il **sopravvenuto automatismo** nella relativa applicazione, ed è dunque stato limitato alla verifica di ricorrenza dei **presupposti** (nuovi commi *2-quinquies* e *2-sexies*). Ma naturalmente – ha aggiunto la Corte – la riforma non ha eliminato la **giurisdizione sui diritti dei detenuti**. Con la soppressione della procedura «dedicata» al sindacato di una discrezionalità amministrativa ormai rimossa, si espande nuovamente l'ambito di applicazione di quel **rimedio generale** contro la violazione di diritti che la stessa giurisprudenza costituzionale aveva individuato nell'art. 14-*ter* ord. pen.⁹³.

Ora, non è forse azzardato il rilievo che, anche su questo terreno, potrebbe essersi verificata, nel passato, una sorta di **azione calmieratrice** della giurisprudenza attraverso l'espansione, talvolta estrema, dei relativi spazi di discrezionalità. Una azione che in qualche misura potrebbe aver rallentato la riflessione sul **piano sostanziale** circa le regole di trattamento dei delinquenti pericolosi, quasi confidando sulla loro disapplicazione.

Sarà un caso, ma nel giro di un anno dalla riforma del 2009 la Consulta è stata investita di nuove e ripetute censure sul **merito** delle disposizioni trattamentali imposte dalla legge, non discrezionalmente, per i destinatari del provvedimento ministeriale.

È ragionevole, e comunque compatibile con il divieto di applicare **pene disumane o degradanti**, che il detenuto trascorra solo due ore al giorno fuori della propria cella, di cui una soltanto all'aria aperta? È ragionevole che vengano fortemente ridotti i tempi di colloquio, finanche telefonico, con il difensore? È ragionevole che sia fatto divieto di cuocere il proprio cibo, norma che le amministrazioni hanno addirittura trasformato nel divieto di acquistare alimenti crudi?

Finora, su questioni di questo genere, la Consulta ha adottato provvedimenti a carattere processuale⁹⁴, «eludendo» il merito delle questioni medesime. Ma, naturalmente, il tema è su tappeto.

10. Lo straniero come tipo d'autore.

Non v'è dubbio che, quando si guarda ai meccanismi presuntivi fondati su *status* o condizioni personali, la parte del leone spetti alle norme progressivamente introdotte riguardo al **fenomeno dell'immigrazione**.

Ragioni di brevità impongono ormai di concentrarsi sulla norma simbolo del fenomeno, la cd. **aggravante di clandestinità**, anche perché la sua valutazione, in termini di compatibilità costituzionale, ha consentito nuove

legge aveva chiarito la possibilità di **accoglimento parziale del reclamo**, cioè relativamente a singole limitazioni imposte dal Ministro.

⁹³ **C. Cost., 28 maggio 2010, n. 190**. Si veda anche la nota che precede.

⁹⁴ Riguardo al numero delle ore da trascorrere all'aperto di veda la citata sentenza **n. 190 del 2010**. Sui colloqui con i difensori, nel senso della manifesta inammissibilità, cfr. **C. cost., 17 giugno 2010, n. 220**. Sul divieto di cottura dei cibi, **C. cost., 18 febbraio 2011, n. 56**.

riflessioni, talvolta inedite, su ulteriori aggravanti di «status», come potrebbero essere la **recidiva** e la **latitanza**, cioè fattispecie di incremento della pena almeno obiettivamente sganciate dalla fisionomia del fatto punibile.

Tutti sanno che l'art. 61 n. 11-*bis* del codice penale, al pari delle norme che ne presupponevano l'esistenza, è stato dichiarato illegittimo con la **sentenza n. 249 del 2010**⁹⁵, coeva ad altra che ha respinto direttamente o indirettamente (cioè quale premessa di innumerevoli ordinanze successive) una parte delle censure mosse all'art. 10-*bis* (costruite, in modo per la verità piuttosto inattendibile, anche sulla pretesa che la norma sia stata fondata su di una arbitraria presunzione di pericolosità dello straniero «irregolare»)⁹⁶.

La norma censurata era stata introdotta con il primo «pacchetto sicurezza» della legislatura, cioè con il decreto-legge n. 92 del 2008, ed aveva subito modifiche solo formali in sede di conversione (legge n. 125 del 2008). Da quel momento il sistema conteneva una aggravante comune, ad effetto comune, applicabile a qualunque genere di reato (delitti, contravvenzioni, dolo, colpa, ecc.), fondata sulla mera violazione di una qualsiasi delle norme che regolano l'ingresso, la circolazione e la permanenza degli stranieri nel territorio dello Stato⁹⁷.

Ebbene, ha osservato in premessa la Consulta, i diritti inviolabili sono oggetto di tutela per ogni persona, e non per i soli cittadini. D'altra parte nessun trattamento legale può essere articolato in base alla **differenza di condizioni personali**, se non quando questo sia necessario per assicurare interessi di analogo rango costituzionale. E qui la Corte ha operato un passaggio che ancora va sviluppato in tutta la sua portata, e che segna il netto distacco dal brocardo tante volte ripetuto circa la piena discrezionalità legislativa in punto di trattamenti sanzionatori, salvo il caso della manifesta irragionevolezza. Meglio citare testualmente: «*il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti "del tutto estranei al fatto-reato", introducendo così una **responsabilità penale d'autore** "in aperta violazione del principio di offensività [...]" (sentenza n. 354 del 2002) [...] Ogni limitazione di diritti fondamentali deve partire dall'assunto che, in presenza di un diritto inviolabile, «il suo contenuto*

⁹⁵ C. cost., 8 luglio 2011, n. 249.

⁹⁶ C. cost., 8 luglio 2011, n. 250.

⁹⁷ Per inciso, e come anche risulta anche dai lavori parlamentari (nonché dalla *occasio legis*, che come molti ricorderanno riguardava soprattutto delitti commessi da cittadini comunitari), la norma era stata costruita per riguardare **tutti i cittadini di nazionalità non italiana**, compresi gli stranieri provenienti da Paesi dell'Unione. Specie in questo aspetto, la scelta del legislatore aveva incontrato violentissime critiche, ad esempio presso il Commissario per i diritti umani del Consiglio di Europa, e presso la stessa Commissione europea, che con prese di posizione ufficiali aveva considerato la disciplina in contrasto (almeno) con le norme comunitarie sulla circolazione dei cittadini dell'Unione. Di qui l'introduzione nel «secondo pacchetto sicurezza» di una pretesa norma di interpretazione (art. 1, comma 1, della legge 94 del 2009), in base alla quale la fattispecie aggravante non si applicava ai cittadini comunitari.

di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante» (sentenze n. 366 del 1991 e n. 63 del 1994).

*La necessità di individuare il rango costituzionale dell'interesse in comparazione, e di constatare altresì l'ineluttabilità della limitazione di un diritto fondamentale, porta alla conseguenza che la norma limitativa deve superare un **vaglio positivo di ragionevolezza**, non essendo sufficiente, ai fini del controllo sul rispetto dell'art. 3 Cost., l'accertamento della sua non manifesta irragionevolezza (sentenza n. 393 del 2006)».*

*Con riferimento al caso specifico, si deve ricordare che le «condizioni personali e sociali» fanno parte dei **sette parametri** esplicitamente menzionati dal primo comma dell'art. 3 Cost., quali divieti direttamente espressi dalla Carta costituzionale, che rendono indispensabile uno **scrutinio stretto** delle fattispecie sospettate di violare o derogare all'assoluta irrilevanza delle “qualità” elencate dalla norma costituzionale ai fini della diversificazione delle discipline».*

Ora, mi pare che il nucleo essenziale della decisione risieda nella constatazione che non v'è (maggior) offesa al bene tutelato che giustifichi la (maggior) punizione dello straniero in condizione di soggiorno irregolare⁹⁸. D'altra parte, non sarebbe proponibile una giustificazione fondata sull'interesse al controllo dei flussi migratori, o sulla **pericolosità** espressa attraverso la violazione delle regole sull'ingresso ed il soggiorno nel territorio dello Stato. Tra l'altro – e stupisce che il senso dell'argomento non sia stato colto da alcuni – questa giustificazione, come ogni altra, esce indebolita dalla esclusione dell'aggravante per gli «**irregolari**» **comunitari** (che ben possono esistere): è evidente che la presunzione non si connette alla violazione delle norme sulla immigrazione (altrimenti dovrebbe valere anche per i cittadini comunitari).

Insomma, una **presunzione assoluta di maggior pericolosità** fondata sul nulla (già con la sentenza **n. 78 del 2007** la Corte aveva escluso che la carenza di un idoneo titolo di soggiorno incidesse «automaticamente» sulla prognosi circa i futuri comportamenti dell'interessato⁹⁹), ed anzi volta a dissimulare, secondo il parere di alcuni, un chiaro intento discriminatorio¹⁰⁰. Volendo, un nuovo caso di **presunzione «dissimulatoria»**.

⁹⁸ In particolare la lettera della norma escludeva il ricorso ad **interpretazioni restrittive** con funzione adeguatrice, come ad esempio quella, suggerita da alcuni, di considerare applicabile l'aggravante solo in presenza di un nesso qualificato tra irregolarità del soggiorno e reato di volta in volta preso in considerazione (nesso finalistico, di facilitazione, ecc.).

⁹⁹ **C. cost., 16 marzo 2007, n. 78.**

¹⁰⁰ La Corte non si è limitata, per altro, a far valere la violazione del principio di offensività e di quello di uguaglianza. Si è spinta piuttosto, anche per seguire il ragionamento dei rimettenti (assurdo che una violazione amministrativa comporti l'aumento di sanzioni penali) e misurarne la resistenza alla sopravvenuta incriminazione del soggiorno irregolare, a studiare i rapporti tra la circostanza aggravante e la nuova fattispecie incriminatrice. In sostanza, si è ravvisata una

Ai nostri fini è particolarmente interessante, come accennavo, l'analisi dedicata agli argomenti fondati sulla comparazione con le **altre previsioni circostanziali** fondate, in qualche misura, su logiche presuntive.

Due i *tertia* più rilevanti: la recidiva e la condizione di latitanza. Nessuna delle due circostanze comuni, secondo la Corte, risulta realmente assimilabile a quella denunciata.

Anzitutto la legittimità della previsione concernente la **latitanza**. È forse significativo come la Consulta abbia osservato, sia pure in tono incidentale, che la stessa fattispecie dell'art. 61, n. 6, c.p. non è mai stata scrutinata. Quasi vent'anni fa, la Suprema Corte aveva giudicato infondata una questione di legittimità costituzionale, producendosi nello sforzo di attribuire un incremento di pericolosità a colui che si determina nello stesso tempo ad una violazione della legge penale e ad una specie di comando affinché si costituisca. Una sorta di riscontro ad un atteggiamento «ribellistico» particolarmente intenso¹⁰¹. Forse occorrerà vedere se davvero, al punto in cui oggi è giunta la riflessione sui rapporti tra pena e fatto, argomenti di tal genere ancora possano giustificare una siffatta sistemazione del tema.

In ogni caso, nel pensiero della Corte costituzionale, sembrano prevalere piuttosto i **segnali promananti dal fatto** cui si riferisce il provvedimento restrittivo, e non dalla scelta di sottrarsi alla relativa esecuzione. Vero che il latitante trasgredisce ad un ordine che individualmente lo riguarda (cosa niente affatto necessaria perché si applicasse l'aggravante di «clandestinità»). Vero anche, e soprattutto, che il latitante è tale in quanto raggiunto da un provvedimento per la cui emanazione sono richiesti precisi presupposti: una **condanna a pena eseguibile** (di specie detentiva, non condizionalmente sospesa, non suscettibile di espiazione in forme alternative, ecc.), o da un provvedimento fondato su **gravi indizi di reità** per un fatto di elevato significato offensivo, e soprattutto su un **giudizio individualizzato di pericolosità**, espresso dal giudice cautelare e soggetto a controllo nell'ambito delle impugnazioni cautelari. Niente di tutto questo per l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-bis c.p.

Ancora una volta, come si vede, logiche di recupero «**a monte**» della discrezionalità nella valutazione del caso concreto (e ciò sebbene gli effetti dell'aggravante di latitanza possano essere neutralizzati con relativa facilità).

violazione del **ne bis in idem** sostanziale, come sintomo di irragionevolezza della previsione circostanziale.

¹⁰¹ **Cass., Sez. I, 20/01/1994, n. 3780**, De Feo ed altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 196883: «*La ragione dell'aggravante [...] sta soprattutto nel diverso e più intenso grado di ribellione all'ordine costituito, insito nell'azione di colui che non si sottomette al potere coercitivo dello Stato, sottraendosi a provvedimenti restrittivi della libertà personale, e che, contemporaneamente, compie nuovi reati. Trattasi perciò di una ragione che prescinde dalla colpevolezza o meno del soggetto così perseguito, tanto che l'aggravante non potrebbe essere esclusa neppure nel caso di intervenuta e successiva assoluzione dal delitto cui è conseguito il provvedimento restrittivo*».

La Corte poi, come si accennava, ha comparato l'aggravante di clandestinità alla **recidiva**, il che ci consente di chiudere il nostro cammino, più o meno, da dove l'avevamo iniziato.

Osserva la Consulta: il recidivo è persona risultata positivamente indifferente al messaggio dissuasivo della sanzione, perché commette un delitto non colposo dopo la condanna definitiva per un altro delitto non colposo; cionondimeno, con la sola eccezione dei reati di maggior gravità, l'applicazione della circostanza è subordinata all'accertamento in concreto, da parte del giudice, di una **relazione qualificata** tra i precedenti del reo ed il nuovo reato da questi commesso, che deve risultare sintomatico – in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei fatti pregressi – sul piano della colpevolezza e della pericolosità sociale.

Scopo della riflessione era quello di porre in chiara evidenza la differenza tra la recidiva e l'aggravante di clandestinità (applicabile a prescindere da qualunque relazione con il fatto commesso dallo straniero)¹⁰². Ma la funzione «strumentale» dei rilievi non ne diminuisce certo l'importanza. Come già si è notato (*supra*, § 4), la Consulta ha fondato un proprio ragionamento di **compatibilità costituzionale** sul carattere discrezionale della applicazione della recidiva, riferito alla relazione qualificata tra precedenti e fatto, e salvaguardato relegando in un inciso («salvo che nei casi di recidiva obbligatoria») la deroga al consolidato fondamento delle proprie riflessioni sulla pericolosità.

È un nodo – forse *il* nodo – che prima o poi dovrà essere sciolto.

¹⁰² Per inciso, a differenza di quanto non sia per la responsabilità del recidivo in ordine ai fatti pregressi (accertata, come si è appena ricordato, prima ancora del nuovo reato), la condizione di irregolarità del soggiorno era valutabile in modo incidentale nel giudizio pertinente al reato aggravato, con il rischio che l'interessato fosse assolto nel giudizio sul reato di immigrazione e condannato alla maggior pena nel giudizio per il reato comune (o viceversa).