



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DI DOTTORATO IN DIRITTO ED ECONOMIA DEI SISTEMI PRODUTTIVI

XXVII Ciclo

Direttore: Chiar.mo Prof. Michele Comenale Pinto

***Pericolosità sociale
e misure restrittive della libertà personale***

Relatore:

Chiar.^{mo} Prof.ssa PAOLA SECHI

Tesi di dottorato di:

Dott.ssa ANTONIA RAFFAELA VANDI

Anno Accademico 2013-2014

*“Solo Dio è giudice e scrutatore dei cuori,
perciò ci vieta di giudicare la colpevolezza
interiore di chiunque”.*

[Gaudium et Spes - 28c]

“Amerai il prossimo tuo come te stesso”

[Mc. 12,29-31]

Indice

Premessa introduttiva.....	9
----------------------------	---

Parte Prima

PROFILI STORICO-FILOSOFICI E SOCIOLOGICI

Capitolo Primo

Genealogia del concetto di pericolosità sociale. Le forme di disciplinamento che agiscono sull'uomo	25
---	----

1. La soggettività deterministica nel concetto di pericolosità sociale 26
2. Metodo decostruttivo del processo di individuazione o soggettivizzazione..... 30
3. La funzione linguistico-simbolica nell'utilizzo di una certa terminologia 40
4. Origini delle scienze umane..... 44
5. Dal concetto di anormalità al concetto di pericolosità sociale..... 47
6. Lo strumento della perizia nella definizione dell'“anormale” 50
7. Influenza delle categorie disciplinari sul fondamento del diritto di punire e nella restrizione della libertà personale..... 56
8. L'esperienza della libertà e la fine di ogni senso esterno all'uomo 67

Capitolo Secondo

Il biopotere.....	73
-------------------	----

1. La costruzione del soggetto bio-politico attraverso il biopotere. L'influenza del politico sull'organico..... 73
2. Liberalismo: tra libertà e controllo 78
3. La logica autoimmunitaria e le conseguenze di un eccesso di controllo-difesa sociale 85

4.	Immunità del soggetto biopolitico	94
5.	Dal biopotere alla “biopolitica affermativa”	100

Capitolo Terzo

Pericolosità sociale e apparato amministrativo: sicurezza pubblica, difesa sociale e controllo	105
1. L’individuo nella società contemporanea	105
2. Pericolosità sociale e “auto-co-immunità. La paura dell’altro da sé	110
3. Diritto penale del nemico e meccanismo di controllo	115
4. “Pericolosità attuariale”. Nuovi scenari politico-sociali	122
5. Il “sospetto” nella prevenzione della pericolosità sociale	125
6. Verso una nuova soggettività	137
7. Un io com-partecipe: l’io singolare plurale	139

Parte Seconda

ASPETTI GIURIDICI, CRIMINOLOGICI E DI PSICOPATOLOGIA FORENSE

Introduzione	149
---------------------------	------------

Capitolo Primo

Il concetto giuridico di pericolosità sociale	151
1. Premessa	151
2. Struttura giuridica dell’istituto. Componente soggettiva e oggettiva della pericolosità sociale	166
3. La persistenza delle presunzioni di pericolosità	181

Capitolo Secondo

Pericolosità sociale dell’autore di reato “non imputabile”	193
1. Pericolosità sociale dell’infermo di mente. Profili storici e giuridici	193

2.	La perizia psichiatrico-forense nell'accertamento della pericolosità dell'autore di reato ritenuto (potenzialmente) non imputabile	201
3.	La prova penale scientifica	211
3.1.	Il campo delle neuroscienze nella valutazione della pericolosità sociale	223
4.	La pericolosità situazionale.....	230
5.	Le innovazioni introdotte per i non imputabili pericolosi. La pericolosità sociale “decontestualizzata”.....	235
6.	Infermità mentale e disturbi della personalità: aspetti problematici	250

Capitolo Terzo

La pericolosità sociale nella fase cautelare e nel giudizio di cognizione	257
1. La pluralità di forme di accertamento della pericolosità sociale: premessa	257
2. Valutazione della pericolosità sociale nella fase precautelare e cautelare	259
3. Accertamento della pericolosità sociale dell'imputabile nella fase del giudizio di cognizione	284
3.1. La pericolosità sociale come indice di maggiore colpevolezza. Il soggetto recidivo.....	287

Capitolo Quarto

Forme di pericolosità penitenziaria: ordinaria e straordinaria	305
1. Pericolosità penitenziaria ordinaria: i circuiti penitenziari	305
2. Pericolosità penitenziaria straordinaria. La sorveglianza particolare <i>ex art. 14 bis</i> ord. penit. e la sicurezza interna.....	313
3. Pericolosità penitenziaria straordinaria e sicurezza pubblica esterna: l'art. 41 <i>bis</i> , comma 2, dell'ordinamento penitenziario.....	324

Capitolo Quinto

Osservazione scientifica della personalità e “doppio binario” nella concessione dei benefici penitenziari	331
1. Pericolosità sociale e misure alternative alla detenzione.....	331
2. La pericolosità sociale nei divieti e preclusioni alla concessione delle misure alternative	342
3. L’ affidamento in prova al servizio sociale	360
4. La detenzione domiciliare.....	370
5. La semilibertà	379
6. La liberazione condizionale.....	382
7. Le altre forme di sostegno e premiali: i permessi premio e il lavoro all’esterno	384
8. La collaborazione con la giustizia e l’accesso ai benefici penitenziari	388
9. L’ergastolo ostativo: l’ergastolano “non collaborante”	395

Capitolo Sesto

Proposte di modifica del sistema sanzionatorio	401
1. Funzione della pena e prevenzione della recidiva	401
2. Efficacia dell’attuale modello rieducativo sulla recidiva e possibili alternative in senso retributivo	418
3. Modelli sanzionatori alternativi.....	429
4. La crisi della pena detentiva	438
5. Il sistema per il controllo elettronico delle persone sottoposte a restrizione della libertà personale	441
6. I “droni” come possibile strumento di prevenzione del crimine e la connessa tutela dei diritti fondamentali	449

Bibliografia.....	457
--------------------------	------------

Premessa introduttiva

Interrogarsi sul significato che oggi assume il concetto di pericolosità sociale implica necessariamente un'opera di analisi complessiva sulla genesi, sullo sviluppo storico-normativo del costrutto, sulla sua originaria collocazione storica, nonché sulle fondamenta scientifiche su cui poggia tale qualifica soggettiva.

Il termine “pericoloso” è infatti collegato ad un concetto di “soggettività” umana che trova le sue origini nel determinismo criminologico di stampo positivistico. È luogo comune, infatti, quello che identifica la “pericolosità sociale” con la supposta inclinazione di un individuo alla criminalità, quale sintomatica presenza di un aspetto disfunzionale, negativo, deficitario, del soggetto, da arginare e abbattere. Tale convinzione risulta, a livello collettivo, pacificamente accreditata come veritiera¹.

Fermo restando l'orientamento verso il principio di difesa sociale, il codice penale del 1930 in realtà non accoglie, quale fondamento del diritto di punire, il canone estremo positivista della responsabilità legale o sociale, ma nemmeno sposa il principio, patrocinato dalla Scuola classica, della imputabilità basata sulla libertà morale².

Conseguentemente, l'imputabilità penale, definita quale capacità di intendere e di volere *ex art. 85 c.p.*, viene ad erigersi sulla concezione intermedia della normalità psichica, identificata con la dottrina del determinismo psicologico o della causalità psichica. Per essa, l'uomo è spinto ad agire dal motivo più forte, sicché è imputabile il soggetto la cui volontà è capace di essere determinata da motivi consci³.

¹ B. BOCCHINI, *L'accertamento della pericolosità (misure di prevenzione e sorveglianza e misure alternative alla detenzione)*, in *La prova penale*, Trattato diretto da A. GAITO, vol. I, *Il sistema della prova*, cap. XVI, Torino, 2008 pag. 577. In tale contributo viene sottolineato come costituisca luogo comune l'automatica associazione della “pericolosità” alla supposta inclinazione di un individuo alla criminalità.

² Cfr. F.P. GABRIELI, *Gli istituti generali del codice penale*, Roma, 1936, p. 231 ss.

³ P. MAZZA, *Pericolosità sociale e legalità*, Padova, 2012, p. 24.

Per tali ragioni si richiede al giudice di avere una visione completa e organica del colpevole e del reato da questi commesso, in modo che la pena da applicare in concreto costituisca il risultato di una valutazione bilanciata sulla gravità del reato e sulla personalità del reo, giusta le indicazioni contenute nell'art. 133 c.p. Sicché ai fini dell'individuazione della capacità del soggetto si dà rilievo all'intera vita del colpevole, si attribuisce notevole risalto ai motivi dell'azione, si individuano e disciplinano anche i "tipi" elaborati dal positivismo criminologico, ossia i delinquenti "per tendenza", i delinquenti o contravventori "abituali" o "professionali". Si regolano, altresì, taluni istituti fondamentali come la prescrizione del reato e della pena per adeguarli al concetto di pericolosità del singolo e soprattutto si predispongono strumenti di difesa e di rieducazione nei confronti dei soggetti che, pure sforniti di imputabilità penale, abbiano commesso un fatto previsto dalla legge come reato⁴.

Per contrastare il fenomeno della pericolosità viene poi apprestato un imponente apparato di misure di sicurezza che potranno essere applicate solo alle persone socialmente pericolose. Tutto ciò, all'esito di una vasta operazione politico-culturale in cui, accanto alla funzione della pena, un ruolo non secondario viene giocato da altri tre problemi chiave del diritto penale, vale a dire dalla esistenza e rilevanza penalistica del libero arbitrio, dalla determinazione contenutistica del concetto di colpevolezza, dalla esistenza e dall'uso delle classificazioni dei "delinquenti" e delle tipologie di autore naturalisticamente considerati. Si è cercato così di mediare tra un'insopprimibile esigenza garantistica, volta a mantenere ancorato il diritto penale al fatto, e l'istanza, per tanti versi contrapposta, di leggerne il disvalore anche in funzione delle qualità del suo autore⁵.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Ne consegue ancora oggi che infliggere una pena ad un soggetto autore di un fatto previsto dalla legge come reato significa sia affermarne la libertà di agire diversamente da come egli ha in concreto operato, sia tutelare la comunità da aggressioni perpetrate da soggetti privi dei requisiti naturalistici necessari ai fini dell'imputabilità, specializzando nei confronti del loro autore la sanzione nel senso della prevenzione speciale, vale a dire in chiave di misura di sicurezza. P. MAZZA, *Pericolosità sociale e legalità*, cit., p. 25.

Secondo il dato normativo, infatti, è pericoloso socialmente colui che, commesso un reato, potrebbe nuovamente ricadere nella commissione di fatti penalmente rilevanti.

La predetta contraddizione e il prevalente trattamento in senso deterministico dell'autore di reato trova una spiegazione in scelte di natura politica⁶.

Ci si domanda se l'autore di reato sia determinato come lo vuole il positivismo o assolutamente libero nel volere. In realtà, come mostreranno le teorie di Michel Foucault di seguito esposte, l'uomo non è né determinato né libero ma condizionato e “formattato” dalle strutture sociali e dai discorsi elaborati sullo stesso. L'immagine dell'uomo è un'immagine costruita socialmente, dalla quale l'uomo deve riuscire a svincolarsi per “riappropriarsi” di se stesso.

L'analisi condotta nel presente lavoro mostra come l'uomo non sia completamente assoggettato dal potere e come l'esercizio del potere non debba essere visto sempre in termini negativi. Invero, il potere nell'uomo rinnovato che si libera dalla forma di disciplinamento, può diventare “potenza” e acquisire un senso rinnovato come sostenuto nelle teorie sulla biopolitica affermativa.

Al riguardo, l'analisi delle opere di Foucault⁷ risulta illuminante nella ricostru-

⁶ I sistemi disciplinari di cui la pericolosità rappresenta uno strumento mostrano come l'uomo sia assoggettato al potere e alle regole del capitalismo, nonché condizionato dalla struttura sociale e formato da una certa scienza dell'uomo; la biopolitica o biopotere come politica sui corpi mostra l'influenza del politico sull'organico; il controllo sui soggetti non è motivato dalla loro reale pericolosità ma da esigenze di carattere politico dal quale nasce l'esigenza di sicurezza.

⁷ Michel Foucault (Poitiers, 15 ottobre 1926 – Parigi, 25 giugno 1984) è stato sociologo, filosofo, psicologo e storico francese. Tra i più grandi pensatori del XX secolo, Foucault fu l'unico teorico capace di realizzare il progetto storico-genealogico propugnato da Friedrich Nietzsche allorché segnalava come, nonostante ogni storicismo, continuasse a mancare una storia della follia, del crimine e del sesso. Tale autore studiò lo sviluppo delle prigioni, degli ospedali, delle scuole e di altre grandi organizzazioni sociali. Sua è la teorizzazione secondo la quale il modello del “*Panopticon*”, ideato da Jeremy Bentham, pervadrebbe la società moderna e contemporanea. Nelle sue opere Foucault propone un'analisi di tipo “archeologico”, relativa ai processi di costituzione e di formazione del “sapere” di un certo momento, in un certo luogo, per una certa disciplina. In particolare, Foucault analizza il formarsi del campo di studi delle “scienze umane”. Per la realizzazione di questa analisi introdurrà, tra gli altri, il concetto di “*episteme*”, col quale indicherà l'insieme delle formazioni discorsive performanti per i sistemi concettuali di una determinata epoca storica, in un determinato contesto geografico e sociale. Tale analisi rivela come solo certi “giochi di verità” abbiano luogo piuttosto che altri; di come la scienza sia in grado di produrre conoscenza, anche come fonte di esercizio di potere nel limitare la libertà di critica, sfruttando la propria autorità di disciplina consolidata. Tra le sue opere

zione genealogica del concetto di pericolosità sociale poiché disvela, attraverso il metodo cosiddetto “archeologico”, le relazioni fra le formazioni del sapere e i dispositivi di potere. Secondo Foucault la moderna arte di governo è intesa come un insieme di tecniche destinate a dirigere il comportamento degli uomini, lungo tutto il corso della loro vita e in tutti gli aspetti della loro esistenza. Quindi, a partire dal governo delle anime del cristianesimo primitivo, ricostruisce i modi in cui il soggetto, in diverse epoche e in diversi contesti istituzionali, è stato costituito come “oggetto di conoscenza”, nonché oggetto di un discorso ritenuto “vero”. Per tale motivo, il sapere è anche potere perché produce la verità.

Foucault ritiene che nelle istituzioni di potere esista una “volontà di sapere” che è dettata dall’esigenza di controllare, attraverso essa, gli individui e la loro esistenza.

Il pensiero di Foucault è un pensiero in divenire, senza nessuna pretesa di costituire una teoria universale sull’uomo. Le forme di disciplinamento che l’uomo subirebbe nel contesto sociale non devono però essere confuse con un determinismo di tipo positivista che priverebbe l’uomo della capacità di scelta.

La soggettività richiamata dal concetto di pericolosità sociale, costruito elaborato dalle originarie teorie sociali e psicologiche, rimasto “intrappolato” da un certo regime “di verità”, viene oggi messa in discussione da diverse correnti filosofiche e psicologiche: si tratta di un dibattito tuttora molto florido che ha addirittura ipotizzato una nuova “possibilità di vita” per la soggettività umana, un ulteriore campo dell’essenza dell’individuo rimasto finora completamente inesplorato.

La differenziazione dei soggetti secondo il criterio della pericolosità sociale presenta quindi aspetti di rilievo da un punto di vista filosofico, sociologico e politico, oltre che giuridico.

più importati che qui vengono in rilievo, a titolo esemplificativo, si vedano: M. FOUCAULT, *La società disciplinare*, a cura di SALVO VACCARO, Milano-Udine, 2010; M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, traduzione di M. Bertani e V. Zini, Milano, 2012; M. FOUCAULT, *Gli anormali, Corso al Collège de France (1974-1975)*, Milano, 2010; M. FOUCAULT, *Storia della follia nell’età classica*, Milano, 1998; M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire, Nascita della prigione*, Torino, 1993; M. FOUCAULT, *L’emergenza delle prigioni. Interventi su carcere, diritto, controllo*, traduzione di R. Nencini, Firenze, 2011.

Ciò detto, appare utile indagare non solo sul significato giuridico che assume tale concetto nell'ambito dell'apparato ordinamentale, ma anche e soprattutto capire perché, a livello culturale, predomini una concezione "limitativa" dell'essere umano, quale oggetto non solo di attribuzioni giuridiche ma precipuamente di un'indagine psicologica eseguita quasi al limite di una "dissepoltura animistica", così presuntuosa da pensare di poter raggiungere la profondità ultima dell'essere umano, al fine di carpire elementi che possono risultare sintomatici della cosiddetta pericolosità sociale. Siffatta nozione di pericolosità, non a caso, risulta accompagnata dall'aggettivo "sociale", il che evidenzia come tale elemento sia strettamente connesso e subordinato alle istanze che di volta in volta provengono dal sistema politico-sociale. Non costituisce un caso il fatto che l'utilizzo di tale concetto sia vasto e trasversale, apparendo quasi irrinunciabile quando si tratta di effettuare un certo "inquadramento" dell'individuo nell'ambito del consorzio sociale cui appartiene.

Nella pratica, la categoria giuridica della "pericolosità sociale" denomina, stabilisce e circoscrive diversi ambiti di libertà e autonomia del soggetto. Eppure, paradossalmente, a dispetto della sua ampia pervasività, già a partire da una prima analisi, il concetto di pericolosità sociale mostra evidenti inconsistenze contenutistiche, oltre che un'incoerenza logico-sistematica dettata dalla varietà dei significati che assume il concetto a seconda della sfera e degli ambiti di applicazione.

Infatti, l'uso del concetto e della categoria giuridica investe in modo abnorme ampi settori del diritto sostanziale, processuale e penitenziario, assumendo, in relazione alle diverse forme giuridico-sostanziali, significati e connotazioni non univoche, alla stregua di un camaleonte che muta colore a seconda dell'esigenza e della circostanza considerata. Il concetto di pericolosità sociale è stato imperniato, dal legislatore del 1930, su un sistema del tutto innovativo per l'epoca, quello del "doppio binario", in cui, a differenza delle rigide impostazioni positivistiche ma anche delle forti limitazioni classiche presenti nel vecchio codice Zanardelli, la nozione iniziò ad assumere fisionomie del tutto nuove costituenti la base per quella che sa-

rebbe divenuta la moderna concezione polifunzionale della pena nell'assetto processuale-penale⁸.

La pericolosità sociale da un punto di vista giuridico costituisce l'elemento fondamentale per addivenire ad un giudizio prognostico sulla possibilità di commissione futura di reati da parte di un certo individuo.

A norma dell'art. 203 c.p.: “agli effetti della legge penale è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluni dei fatti indicati nell'art. precedente – ovvero un fatto di reato o di quasi reato, *ex* artt. 49 e 115 c.p. – quando è probabile che commetta nuovi fatti previsti dalla legge come reato”. Ciò comporta il dispiegamento di una verifica sulla sfera personologica di quel determinato soggetto, da effettuarsi, *ex* art. 133 c.p., anche rispetto al campo psicologico e psichiatrico, onde poter accertare la sussistenza di anomalie e/o disfunzioni che possano verosimilmente rappresentare segnali inequivocabili di (ri)caduta nel reato.

In primo luogo, questo procedimento valutativo sorto in aderenza alle teorie lombrosiane, in verità nella prassi concreta ha sempre subito gravi limitazioni e mancanze. Infatti, il divieto di perizia psicologica *ex* art. 220, comma 2, c.p.p., impedisce al giudice della cognizione di poter indagare in modo “perito”, quindi appropriato, sugli aspetti psicosociali del soggetto potendo avvalersi solo dei criteri genericamente enunciati *ex* art. 133 c.p., i quali dovranno essere inoltre, discrezionalmente (e intuitivamente) valutati. Non si può negare al riguardo la perplessità rispetto a questo *modus procedendi* che induce a pensare alla scomparsa solo apparente delle presunzioni di pericolosità dal nostro attuale assetto ordinamentale⁹.

⁸ In tale logica compromissoria, la pericolosità sociale del Codice Rocco diventa un'estrapolazione concettuale perfettamente compatibile tanto con l'idea retributiva della sanzione penale quanto con i suoi diversi aspetti preventivo-rieducativi, laddove accanto alla pena, destinata a colpire la colpevolezza dell'agente, furono codificate le cosiddette misure di sicurezza atte, nella loro funzione special-preventiva, all'annientamento della pericolosità di tutti quei soggetti prognosticamente dediti alla delinquenza, prescindendosi dal loro grado di imputabilità. Al riguardo v. B. BOCCHINI, *L'accertamento della pericolosità (misure di prevenzione e sorveglianza e misure alternative alla detenzione)* cit., pp. 578-579.

⁹ Il tutto sembra confermato dalle ampie facoltà riconosciute alla magistratura di sorveglianza a cui, *ex* art. 679 c.p.p., è affidato il delicato compito di procedere ad una costante ri-valutazione della pericolo-

D'altro canto, anche nell'ipotesi in cui debba essere disposta perizia tecnica di tipo clinico, e affidato l'incarico ad un medico psichiatra per la valutazione circa la sussistenza di pericolosità sociale, è ampiamente dimostrato (e confermato dagli operatori del settore) come nella pratica il perito (medico-psichiatra) abbia oggettiva difficoltà a sostenere la presenza o meno della "pericolosità sociale" del soggetto esaminato, trovando difficoltà finanche rispetto alla capacità di intendere e di volere nel rapporto eziologico tra la presenza di malattia mentale e la commissione di quel reato per cui si sta procedendo¹⁰.

Quindi, sia che si tratti di valutazione *ex artt.* 133 e 203 c.p. sia che si abbia la possibilità di ricorrere alla perizia psichiatrica il risultato non cambia: l'indagine personologica viene effettuata non sulle caratteristiche soggettive ma piuttosto attraverso l'analisi del reato commesso e della sua specifica tipologia. Attraverso il reato, il giudice e il perito risalgono, per mezzo di un mero automatismo, alle caratteristiche personologiche del soggetto. Ciò significa che gli strumenti apprestati dalla legge per stabilire la pericolosità sociale intrinseca del soggetto si sono rivelati non adeguati alla formulazione di un giudizio così complesso. Lo spostamento dell'attenzione dal reato al reo, già criticato dal diritto classico, si nutre del presupposto che il comportamento umano, soprattutto se delittuoso, possa trovare una spiegazione nella natura malata o deficitaria della psiche, e che esista un rapporto stretto tra psiche individua-

sità di un soggetto in fase esecutiva con l'obbligo, laddove le esigenze risultino scemate, di revocare o sostituire la misura di sicurezza con altra meno afflittiva. Altrimenti detto, se spetterà al giudice della cognizione l'accertamento della pericolosità per l'applicazione delle misure di sicurezza, sarà poi compito del giudice della sorveglianza verificare la persistenza – attraverso un ampio novero di strumenti tra cui la perizia psicologica – di detta pericolosità nel momento stesso di esecuzione della misura. Per un esame analitico, v. L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Terza edizione, Milano 2011, pp. 446 ss.

¹⁰ Con riferimento all'oggetto della perizia nell'attuale codice vi è, come accennato nel testo, una limitazione laddove viene stabilito espressamente, all'art. 220 comma 2, che "salvo quanto previsto ai fini della esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche". I contributi della psicologia, della criminologia e delle discipline affini sono, invece, ammessi in sede esecutiva, laddove, essendo già accertato il fatto, occorre invece valutare "il trattamento più adeguato ai bisogni del condannato e dell'internato sulla base dell'osservazione scientifica della personalità" (artt. 1 e 13 L. 26 luglio 1975 n. 354 e 28 D.P.R. 29 aprile 1976 n. 431). Per un approfondimento v. C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, prefazione di G. SCIAUDONE, Piacenza, 2004, pp. 589 ss.

le e azioni umane. Per più di un secolo la macchina (il cervello) e il fantasma che la abita (la psiche) sono diventati i protagonisti di storie capaci di spiegare ogni azione umana tramite l'individuo che li ospita¹¹.

Essendo ormai acclarata la crisi della perizia psichiatrica, iniziano ad intravedersi all'orizzonte nuovi scenari ed indirizzi sull'indagine personologica, come ad esempio il campo delle neuroscienze, che confermano ulteriormente il fallimento delle categorie giuridiche formulate in origine. Infatti, a fronte di un'evoluzione che ha caratterizzato alcuni settori della psicologia e di altre discipline, come la sociologia, l'antropologia e le scienze cognitive, il comportamento umano, anche deviante e criminale, non è più spiegabile con le semplificazioni esplicative che il diritto ha ereditato dal positivismo, di cui la perizia psichiatrica rimane ancora oggi l'artefatto più noto¹².

L'incompletezza e indeterminatezza della categoria *de quo* risulta aggravata anche dalla incongruenza e non univocità dei suoi criteri e dei suoi contenuti, dall'inesistenza di un'unica categoria standardizzata di pericolosità sociale. Riscontriamo infatti nella prassi tante tipologie di "pericolosità sociale" quanti sono gli ambiti di applicazione, ciascuno a misura "d'uomo" a seconda dei particolari fini che il legislatore si propone di raggiungere: avremo pertanto una pericolosità sociale "preventiva", una pericolosità sociale "cautelare", una pericolosità sociale – criminale del giudizio di cognizione, una pericolosità penitenziaria in senso stretto *ex artt. 14 bis, 41 bis* dell'ordinamento penitenziario, una pericolosità penitenziaria in senso ampio o "condizionata" *ex art. 4 bis* ord. penit. tipica delle valutazioni propedeutiche alla concessione di benefici penitenziari, permessi premio o misure alternative. Avremo pertanto tanti "tipi pericolosi", ciascuno decifrabile secondo criteri e presupposti differenti. Il soggetto giudicato "pericoloso", quindi, sfuggendo persino alla logica del doppio binario, acquisisce uno *status* suo proprio collocandosi in una

¹¹ A. SALVINI, A. RAVASIO, T. DA ROS, *Psicologia clinica giuridica*, Firenze-Milano, 2008, p. 17.

¹² *Ibidem*.

situazione che potremo definire “*border-line*”, per la particolarità presentata sicuramente meritevole di maggiore dettaglio e approfondimento¹³.

Insomma, il concetto (o sarebbe meglio dire i concetti?) di pericolosità sociale risulta uno strumento polivalente applicato per assecondare il dominio di una cultura del controllo e quale presupposto essenziale legittimante atti di natura coercitivo-interdittiva fino alla restrizione della libertà personale.

Lo stesso *nomen iuris* “pericolosità sociale”, rimasto, non a caso, unico termine per tanti significati, richiama soprattutto nella comunità sociale attuale, il senso del “pericolo pubblico”, del “rischio sociale”, fomentando sentimenti di paura, di diffidenza, di instabilità e incertezza sociale da parte dei cittadini. Questo fenomeno socio-politico ha determinato nel tempo, e tuttora determina, sull’onda delle emozioni collettive, una legislazione d’emergenza compulsiva, volta più che a regolamentare, ad attenuare il sentimento di insicurezza pubblica della comunità. Al riguardo, l’utilizzo di una certa terminologia richiamante sentimenti di allarme, tipici dell’invocazione “pericolosità sociale”, assume un’importanza fondamentale, parafrasando Foucault. Bisognerebbe piuttosto definire meglio cosa si reputa “pericoloso” e pensare all’utilizzo di una nuova terminologia che non si rivolga solo agli aspetti più intimi dell’individuo ma analizzi un modello di “pericolosità situazionale” dove sono compresenti, con pari forza e intensità, fattori personali e sociali, di tipo oggettivo, necessariamente fluttuanti all’interno di un’interazione sistemica.

Non a caso, il concetto di pericolosità sociale nasce a cavallo tra le esigenze istituzionali e di controllo sociale e l’elaborazione teorica da parte dei saperi antropologici, cognizioni dalle quali il concetto di pericolosità assume i suoi particolari connotati. In questa fase storica il fatto di reato da realtà privatistica diventa fatto a rilevanza pubblica in corrispondenza alla teoria del contratto sociale e del socialismo imperante. Un momento storico importante, in cui le libertà individuali vengono ridefinite alla luce degli impegni assunti con il contratto sociale. Foucault al riguardo sostiene che quelle libertà in realtà sono “incomplete”, poiché sono il risultato di uno

¹³ Sul punto v. B. BOCCHINI, *L’accertamento della pericolosità (misure di prevenzione e sorveglianza e misure alternative alla detenzione)* cit., pp. 579-580.

scarto e di una rimanenza del potere statale, ossia di ciò che il potere pubblico, nell'interesse meramente collettivo, permette agli individui singoli di manifestare dopo avere stabilito i propri compiti. Sono libertà per deduzione e sottrazione e non certo libertà "complete".

Il filosofo e storico Foucault, soprattutto negli ultimi suoi anni di vita, si è interrogato sulla correlazione tra biopolitica e libertà: concetti solo apparentemente in contrasto tra loro. Le sue ricerche hanno mostrato come il governo biopolitico non assuma solo tratti "tanatopolitici" o disciplinanti, ma metta in campo anche una serie di pratiche che connettono la gestione della vita all'esercizio della libertà e della critica costruttiva. Da questo punto di vista, dunque, le teorie di Foucault sono di un ottimismo assoluto e tendono ad orientare e a sollecitare verso l'acquisizione di consapevolezza circa la piena autodeterminazione del soggetto, contrariamente a quanto postulato dal determinismo positivista.

Negli anni Settanta, Foucault ha proceduto all'analisi delle pratiche tipiche della modernità. Il soggetto da lui descritto non è, però, il correlato alienato dei dispositivi che lo governano, un'identità imposta dallo Stato, dai sistemi normativi della sessualità tramite l'educazione, la giustizia, il carcere o dai campi del sapere della medicina o della psicologia¹⁴.

Attraverso la ricerca sulle tecniche di esistenza dei greci o degli stoici, Foucault ha fatto emergere un'altra tipologia del soggetto: non più costituito dall'alto, ma attraverso pratiche regolate da lui stesso. La sua tesi è che questo progetto rimandi ad una serie di pratiche di "controcondotta" che non solo portano il soggetto a resistere, ma a costituirsi diversamente rispetto alla verità stabilita dall'autorità politica o religiosa. Il cuore di questa strategia è la conoscenza di sé e la "forza del vero" ricercata attivamente dal soggetto il quale, una volta esperita tale conoscenza, inizia ad agire sul governo delle proprie condotte e di quelle altrui. In altre parole, il soggetto compie un'azione politica di segno diverso rispetto a quelle fatte sotto l'egida dello Stato, del mercato o del potere i quali impongono dall'alto una verità in forza di

¹⁴ In questo universo concentrazionario, la salvezza può essere trovata solo nella follia, nel crimine, nell'estetica o nella letteratura.

un regime prestabilito della verità. Per Foucault la lotta in corso non è tanto quella di liberare l'individuo dallo Stato e dalle sue istituzioni, quanto di liberare noi stessi dallo Stato e dal tipo di individualizzazione a cui siamo legati. Secondo il filosofo noi tutti siamo dotati di strumenti per “creare nuove forme di soggettività”, più propositive ed emancipate, quindi più libere¹⁵.

Foucault attraverso un procedimento “decostruttivo di archeologia del sapere”, nell'analizzare la genesi del concetto di pericolosità sociale, rivela proprio l'implicito, il non detto, il celato, mettendo in discussione “le unità interamente date”: date dalla storia come oggetto di verità conoscitiva, date come assolute. Le mette in discussione risalendo al gesto istitutivo che ha sancito la differenza tra ragione e sragione, al gesto originario che ha inaugurato il *lògos* come *lògos*. Il teorico condivide con Nietzsche la necessità di rompere le categorie imposte dalla cultura greca, quelle che hanno ordinato il caos, circoscritto il non circoscrivibile, costruendo le determinazioni del sapere. Infatti, la proposta di Nietzsche è quella di un logos critico che mostra ciò che vela. Questo significa cogliere, nel dato, l'*altro* del dato, quello che non si vede in apparenza e che mette in discussione la propria fonte del sapere da cui promana. Interrogare e dare voce all'inespresso sfaldando le fondamenta della cultura apollinea¹⁶.

Una genealogia, quella di Nietzsche, madre legittima dell'archeologia foucaultiana. Un'archeologia del sapere che è anche archeologia del potere e dei suoi dispositivi concreti. Infatti, le tecniche di potere creano concetti e trasformano, alla luce di questi concetti, il modo di vivere della società. Al riguardo, il potere disciplinare

¹⁵ Sull'attualità delle opere di Michel Foucault e sulla importanza di considerarle un laboratorio teorico ancora da esplorare v. R. CICCARELLI, *Michel Foucault, l'immanenza della libertà*, in *Il Manifesto*, 25.6.2014.

¹⁶ Cfr. F. NIETZSCHE, *La nascita della tragedia*, 1872, per l'illustrazione dell'antitesi terminologica apollineo/dionisiaco, introdotta nel linguaggio filosofico dal filosofo tedesco proprio attraverso tale opera, nella quale vengono evidenziati i due impulsi essenziali dai quali nasce la tragedia attica. Lo spirito apollineo, catalogatore del caos, è ordine e armonia delle forme, mentre lo spirito dionisiaco è ebbrezza ed esaltazione entusiastica prive di forma. La perdita dell'elemento dionisiaco è all'origine, secondo tale autore, della decadenza del mondo occidentale, manifestata attraverso l'allontanamento dai valori vitali – bellezza, salute, forza, potenza – e nella serie di “menzogne” con le quali gli uomini hanno ingannato se stessi per secoli.

rappresenta il modo caratteristico della società moderno-contemporanea di gestire le persone, e si esprime attraverso le istituzioni sociali quali il carcere, la scuola, la famiglia, il manicomio ecc., tutte accomunate dalla stessa logica correzionale, forgiante e controllante¹⁷.

Il potere disciplinare è un concetto moderno che si contrappone a quello classico di sovranità. Esso, nell'affiancarsi all'autorità del sapere, "costruisce" il significato di normalità e lo differenzia da quello di anormalità, producendo specifici significati. I dispositivi sapere-potere che guidano la nascita delle istituzioni, come il carcere e le strutture totalizzanti, inaugurano la categoria dell'anormalità nel cui novero è pure ricompreso il concetto di "pericolosità sociale" costituendone una particolare specificazione¹⁸.

Nell'ambito di questo contesto, l'emergere del concetto di pericolosità sociale sarà cruciale tanto per l'evoluzione dei saperi criminologici e antropologici, quanto per il funzionamento del sistema penale. Questa nozione sopravvivrà a lungo all'interno dei sistemi penali moderni, costruendo lo spazio insieme teorico e istituzionale per lo sviluppo e l'innesto dei saperi sulla questione criminale nel funzionamento dei sistemi penali. Il concetto di pericolosità sociale inoltre, si è installato all'interno del funzionamento del sistema penale nella intersezione tra pratica giudiziaria e pratica penitenziaria.

Alla luce della complessità del fenomeno in parola, è compito della presente ricerca, quello di individuare e/o ideare soluzioni affidabili e costituzionalmente orientate in ordine all'istituto giuridico della pericolosità sociale, trattandosi di uno strumento destinato ad incidere non solo sull'applicazione di misure *ante, praeter o post delictum*, ma anche, e a maggior ragione, sulla concedibilità o meno di molti benefici penitenziari.

A questo riguardo l'indagine di Michel Foucault è apparsa come il primo, indispensabile, contributo da cui muovere in vista di un più generale studio e analisi della

¹⁷ Per un'analisi approfondita sul tema v. M. FOUCAULT, *Gli anormali, Corso al Collège de France (1974 -1975)*, cit., *passim*.

¹⁸ V. M. FOUCAULT, *Gli anormali, Corso al Collège de France (1974 -1975)*, cit., *passim*.

genealogia e dello sviluppo storico del concetto di pericolosità sociale. Secondo la lettura foucaultiana l'intrecciarsi di due processi fondamentali, nella complessa meccanica del moderno sistema penale, porteranno all'emergere della nozione antropologica di "delinquenza". Due processi che muovono da esigenze diverse e incidono su sfere differenti del sistema penale, ma convergeranno nel porre al centro della penalità moderna la nozione di "pericolosità". Su quest'ultimo tema, pertanto, si effettuerà una sorta di *excursus*, dalle origini ai giorni nostri, passando attraverso riflessioni storiche, filosofiche, sociologiche, normative e quant'altro possa dimostrarsi utile e chiarificatore per comprendere un fenomeno così affascinante, misterioso, ed eterogeneo

PARTE PRIMA

**PROFILI STORICO-FILOSOFICI
E SOCIOLOGICI**

*“In principio era il Verbo,
il Verbo era presso Dio
e il Verbo era Dio.*

[Vangelo secondo Giovanni (Gv 1, 1-18)]

CAPITOLO PRIMO

Genealogia del concetto di pericolosità sociale. Le forme di disciplinamento che agiscono sull'uomo

“Dal momento in cui ci si è accorti che ogni conoscenza umana, ogni esistenza umana, ogni vita umana, e forse persino ogni ereditarietà biologica dell'uomo, è persa all'interno di strutture, cioè all'interno di un insieme formale di elementi obbedienti a relazioni che sono descrivibili da chiunque, l'uomo cessa, per così dire, di essere il soggetto di se stesso”.

*[Conversazioni con Lèvi-Strauss, Foucault, Lacan,
a cura di P. Caruso]*

L'uomo è un prodotto delle strutture epistemiche.

SOMMARIO: 1. La soggettività deterministica. – 2. Metodo decostruttivo del processo di individuazione. – 3. La funzione linguistico-simbolica nell'utilizzo di una certa terminologia. – 4. Origini delle scienze umane. – 5. Dal concetto di anormalità al concetto di pericolosità sociale. – 6. Lo strumento della perizia nella definizione dell'anormale. – 7. Influenza delle categorie predette nel fondamento del diritto di punire e nella restrizione della libertà personale. – 8. L'esperienza della libertà e la fine di ogni senso esterno all'uomo.

1. La soggettività deterministica nel concetto di pericolosità sociale

«L'enigma che deve risolvere, l'uomo può risolverlo soltanto partendo dall'essere, nell'essere così e non altrimenti, in ciò che trapassa»

[F. Nietzsche, *Schopenhauer come educatore*]

Il legislatore penale del 1930 si è posto il problema di individuare i criteri per l'accertamento della qualità di persona socialmente pericolosa operando un rinvio all'art. 133 c.p., cioè a tutti i fattori che concernono sia la gravità del reato che la capacità a delinquere del reo. Il richiamo contenuto nell'art. 203 c.p. alle “circostanze” indicate nell'art. 133 c.p. fa sì che l'analisi della personalità del colpevole e la prognosi criminale siano due momenti in cui si suddivide normativamente il giudizio di pericolosità.

In tal modo si determina una sovrapposizione concettuale perché gli stessi indici valgono sia ad orientare la commisurazione della pena sia per arginare la pericolosità del colpevole, ossia l'attitudine di questi a ricommettere dei reati. Risulta evidente, al riguardo, come i compilatori del codice non siano riusciti a svincolarsi del tutto dall'ottica positivista, ossia dalla proposta formulata da Enrico Ferri, in quanto sia nell'art. 133 c.p. come anche nell'art. 203 c.p., non si indicano i criteri finalistici di commisurazione della sanzione, né quelli fondanti la pericolosità del soggetto, additati in quest'ultima disposizione solo *per relationem*¹⁹.

In realtà, gli stessi elementi indicati nell'art. 133 c.p. possono essere utilizzati dal giudice sia per la commisurazione della pena sia per il giudizio di pericolosità sociale potendo giungere a risultati totalmente opposti o non coincidenti in ordine alla determinazione della gravità della pena e all'accertamento del pericolo di reato, ossia a valutare il momento dinamico della prognosi criminale. Le due qualificazioni giuridiche predette, non possono però essere scollegate poiché si pongono necessa-

¹⁹ P. MAZZA, *Pericolosità sociale e legalità* cit., p. 27.

riamente in un rapporto di genere a specie, per cui la seconda deve presupporre obbligatoriamente la prima.

Risulta perciò difficile, al riguardo, accogliere da un punto di vista logico, l'indirizzo in questione in quanto resta da spiegare come le medesime "circostanze" possano essere poste a base di un giudizio valutativo finalisticamente teso verso punti di riferimento diametralmente opposti²⁰.

La prevalenza, di fatto, assegnata dalla Scuola positiva all'uomo pericoloso ha consentito la creazione di una scienza del soggetto che delinque, là dove gli altri studiosi non avevano visto che l'oggetto del reato. Ma la sostituzione dell'analisi dell'uomo concreto e vivente che pecca ed espia, posto all'esame degli schemi freddi e vuoti del delitto e della pena, non deve far dimenticare che l'ancoraggio al concetto di pericolosità sociale, disalveato da qualsiasi sicura indicazione normativa, può generare facili arbitri in modo da piegare lo strumento sanzionatorio penale a colpire il soggetto in ragione della posizione che riveste nella collettività e non già perché non ha obbedito al comando della legge o perché lo ha coscientemente e volontariamente trasgredito²¹.

Occorre dunque concludere per la fallacia di un giudizio prognostico siffatto, vertente su un individuo giudicato in senso deterministico, poiché risulta pressoché impossibile rinvenire strumenti o metodi di indagine in grado di soddisfare l'esigenza razionale di prevedibilità del comportamento umano. Quest'ultimo deve essere piuttosto inteso come frutto di una libera scelta soggettiva che è storicamente irripetibile, e quindi mal si presta ad essere irretita in rigidi schemi normativi come si trattasse di un fenomeno naturalistico, pur utilizzando, per l'accertamento, gli stessi procedimenti di generalizzazione e di verificabilità di un fenomeno fisico.

²⁰ È questo, a ben vedere, il frutto del compromesso fra Scuola positiva e scuola classica del diritto penale, attraverso il quale si è costituito un sistema di duplicazione di criteri valutativi e commisurativi. P. MAZZA, *Pericolosità sociale e legalità* cit., p. 29.

²¹ *Ivi*, p. 39.

È proprio sul terreno della pericolosità sociale che sembra non potersi superare il dualismo fra determinismo e libero arbitrio, fra necessità e libertà dell'uomo²².

Infatti, alcuni criminologi hanno preteso che i diversi fattori individuali e sociali di cui era stato individuato il potenziale criminogenetico non fossero semplici fattori di rischio o di vulnerabilità ma cause deterministicamente intese²³.

La criminologia degli anni quaranta e cinquanta del XX secolo è dichiaratamente eziologica, cioè ricerca le cause del crimine, ma la preoccupazione filosofica non arriva al punto di interrogarsi se tali cause siano “necessarie e sufficienti”, o almeno non giunge sempre a porsi il problema dello spazio di manovra che residua al singolo in una società anomica o liquida, o come questi possa reagire, ad esempio, nel coinvolgimento in un conflitto culturale. Le letture deterministiche, verso le quali propende anche il concetto di pericolosità sociale, sono letture deresponsabilizzanti per l'individuo poiché lo relegano ad un mero comportamento meccanico e privo di vitalità.

La criminologia, in genere, nasce sotto l'insegna del determinismo o almeno già gravata da pesanti ipoteche deterministiche, sia nel filone di studio sull'uomo che delinque, sia in quello sociologico²⁴.

Se la posizione determinista nei positivisti dell'antropologia criminale è innegabile, vi è però tutto un filone di positivismo sociale e politico che, collegandosi al

²² *Ibidem*.

²³ I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce?*, Milano, 2012, p. 49.

²⁴ *Ivi*, p. 39.

Posizioni, invece, orientate nel senso di aderire all'idea di responsabilità individuale e della libera scelta sono quelle espresse dal movimento della “Nuova difesa Sociale”. In polemica col positivismo criminologico determinista, coloro che hanno aderito a questa corrente di pensiero non rifiutano il libero arbitrio, anzi auspicano un riconoscimento della libertà e della responsabilità dell'individuo, intese però come “espressione della personalità concreta del soggetto”, in modo cioè da tenere conto della sua realtà umana e sociale. Si giunge a propugnare una “pedagogia della responsabilità, vale a dire lo sviluppo del senso di responsabilità del delinquente come compito risocializzativo, e si sostiene che il principio di responsabilità costituisce non il punto di partenza del diritto penale bensì il suo punto di arrivo, la giustificazione dell'intera giustizia penale. Modello che si condivide pienamente. *Ivi*, p. 47.

socialismo e al marxismo, non sempre accetta un'impostazione totalmente deterministica²⁵.

Circa il determinismo, la posizione sostenuta nella presente ricerca è quella opposta rispetto alla piena libertà morale dell'uomo. Al riguardo si condivide la posizione di chi auspica la rivalutazione della libertà di scelta dell'individuo, anche se non si crede nella figura di un soggetto del tutto razionale e calcolatore che fa da supporto all'accettazione acritica della deterrenza generale, al rifiuto dell'ideale riabilitativo, o alla riscoperta troppo enfatica della mera retribuzione penale. Bisognerebbe considerare, piuttosto, la situazione del reo nel suo complesso al fine di garantire l'applicazione del principio effettivo di uguaglianza nell'applicazione della pena e del presupposto imprescindibile della rieducazione del soggetto autore di reato.

Importante risulta, piuttosto, indagare su come la società si pone rispetto al singolo, come lo vede, come lo interpreta e con quale modalità interagisce col medesimo. Il che, evidentemente, non ha niente a che vedere con il determinismo sociale.

Nella "volontà di sapere" lo stesso filosofo Foucault afferma come l'assoggettamento, sempre sorretto da relazioni di potere, non risulti, però, mai completamente chiuso perché le relazioni di potere non sono immobili bensì reversibili. Quindi, l'assoggettamento non è un tipo di determinismo della condotta dell'individuo ma rappresenta una forma di condizionamento molto forte operato dalla struttura sociale ospitante, sottoposto ad una serie, comunque, di variabili incalcolabili. Foucault, al riguardo, insiste formulando la seguente affermazione: "là dove c'è potere c'è resistenza", volendo dire che si può resistere all'assoggettamento modificando e intervenendo sulle medesime relazioni di potere²⁶.

²⁵ *Ivi*, p. 43.

²⁶ Foucault distingue fra soggetto passivo, "la conseguenza di un sistema di coercizione" e il soggetto attivo, costituito attraverso le "pratiche su sé, i gradi di passività, di attività, sono nondimeno relativi". Il dominio assoluto e la libertà assoluta, secondo Foucault, sono casi limite storicamente e politicamente rari. Al riguardo v. A.I. DAVIDSON (a cura di), *Michel Foucault e la storia della sessualità*, Milano, 2006, n. 331, *passim*.

2. Metodo decostruttivo del processo di individuazione o soggettivizzazione

L'analisi di alcune opere filosofiche contemporanee è risultato fondamentale nell'attività di ricostruzione genealogica del concetto di pericolosità sociale al fine di comprenderne le origini storiche e il significato sotteso alla sua evoluzione e alla sua persistenza nel tempo.

La metodologia decostruzionista adottata allo scopo ha infatti permesso non solo di scandire le diverse tappe storiche della nascita e dello sviluppo del concetto *de quo*, ma ha altresì consentito l'emersione di contenuti sottesi, nascosti, afferenti la concezione precostituita della natura umana, della soggettività, e ha reso possibile, altresì, rilevare l'influenza della categorie socio-politiche nella formazione del concetto in questione e la presa di consapevolezza che l'*episteme* non è una forma generale di conoscenza.

I filosofi Michel Foucault e Jacques Derrida²⁷, assunti a modello della presente ricerca, sono definiti teorici “decostruzionisti o post- strutturalisti”. In particolare, J. Derrida è universalmente e incontestabilmente, associato all'invenzione del metodo decostruttivo, ovvero a quella corrente di pensiero che a sua volta pare collocabile nell'alveo del cosiddetto postmodernismo²⁸.

Derrida è certamente uno dei filosofi più interessanti del nostro secolo, contribuendo ad una completa rivisitazione dei concetti e delle categorie proprie della filosofia classica occidentale. Attraverso il metodo decostruzionista Derrida esprime

²⁷ Jacques Derrida (nato ad El Biar, Algeri, nel 1930) è certamente uno dei filosofi più interessanti del nostro secolo: con Heidegger, Husserl, e Lacan, ha contribuito ad una completa rivisitazione dei concetti e delle categorie proprie della filosofia classica occidentale. Tale autore ha introdotto il termine “decostruzione” in *De la grammatologie* per tradurre e adattare le parole heideggeriane *Destruktion* e *Abbau*, entrambe aventi il significato di evidenziare un'operazione concernente la “struttura” e l’“architettura” tradizionale dei concetti fondatori dell'ontologia e della metafisica occidentale. J. DERRIDA, *Luoghi dell'indecidibile*, Soveria Mannelli, 2012. Sullo stesso piano argomentativo: cfr. M. FOUCAULT, *L'Archeologia del sapere. Una metodologia per la storia della cultura*, Milano, 2013. Approfondimento sull'autore J. Derrida: C.A. PIGOZZO, *Derrida filosofo politico*, Tesi di Dottorato di ricerca in Filosofia, Filosofia politica e Storia del pensiero politico, 2011, Università di Padova, pp. 11 ss.

²⁸ Foucault rispetto a Derrida, inizialmente adotta un primo approccio di tipo fenomenologico, successivamente effettua una svolta di tipo post-strutturalista che lo porta vicino alla sociologia.

una presa di posizione nei confronti del concetto di “struttura”. Tale filosofo non fa solo riferimento a strutture linguistiche, logocentriche o fonocentriche, ma anche a strutture socio-istituzionali, politiche, culturali, oltre che filosofiche. Tali strutture non vengono semplicemente demolite ma attraverso la loro decostruzione si cerca di comprendere come si sia costruito un certo “insieme”, un certo significato, tentando così di ri-costruirlo²⁹.

Al centro del progetto filosofico di Derrida troviamo l’idea di una decostruzione della metafisica della “presenza” che ha caratterizzato la tradizione filosofica occidentale. A parere di questo autore, nella tradizione occidentale la voce gode di un primato in virtù del fatto che essa è percepita e vissuta come qualcosa di presente e di immediatamente evidente: nella parola parlata è sempre immanente il *logos*. La scrittura, invece, è caratterizzata dall’assenza totale del soggetto che l’ha prodotta: il testo scritto gode, insomma, di vita propria. Ciò implica che il segno è differente da ciò di cui prende il posto e quindi, tra il testo e l’essere a cui esso rinvia, c’è sempre una “differenza”, uno scarto che non può mai essere definitivamente colmato, ma lascia soltanto tracce da cui si diparte la molteplicità delle letture e delle interpretazioni. È questa la “*differance*” teorizzata da Derrida, ossia un accadere indipendente dai soggetti che parlano e ascoltano. Essa è agli antipodi della identità e della presenza: per questo nei testi la verità non è originaria né unitaria né mai totalmente data ma si trova come disseminata. Derrida quindi, propone una diversa strategia di lettura dei testi, dei concetti, delle definizioni, che definisce col termine appunto di “decostruzione”.

In generale, la decostruzione è la messa in opera della “*differance*” nella lettura dei testi, ossia l’atto di compiere il processo inverso rispetto a quello che ha portato alla costruzione del testo, smontandolo e rovesciandone le gerarchie di significato che la metafisica della presenza tende a privilegiare. Secondo l’autore, l’Essere si differenzia nel linguaggio, si aliena, diventa mero segno, ossia solo una traccia. Si sa ciò che il linguaggio dice, ma la verità, l’Essere, è il non detto del linguaggio. La

²⁹ R. BALZAROTTI, *Psychè. Invenzioni dell’altro*, vol. 1, Milano, 2008, *passim*.

grammatica del testo scritto è il luogo dove “si aliena” l’Essere. Quest’ultimo non è nel testo scritto ma è tra le righe, nel “non detto”³⁰.

Derrida definisce “la strategia generale della decostruzione” come un *doppio gesto* che formalizza in due fasi: la prima è la fase del “rovesciamento”, la seconda fase è quella della “effrazione”, della “trasgressione”. Di qui l’idea di una scrittura doppia o a due mani tipica della decostruzione. L’intento è quello di rovesciare le gerarchie che regolano le opposizioni concettuali classiche. L’apparato categoriale che ereditiamo è caratterizzato infatti dall’istituzione di precisi rapporti di subordinazione tra un concetto e l’altro: questo è ciò che, appunto, si tratta di smascherare e di porre in discussione. Un preciso ordine gerarchico istruisce in particolare i rapporti tra la parola e la scrittura, tra il significante e il significato, tra il *dentro* e il *fuori* o meglio individua ciò che viene definito “l’alterità forclusa, l’alterità inscritta nel cuore dell’origine come un fuori interno ed esterno al dentro”³¹. Quest’ultima può essere infatti considerata come l’opposizione madre, cui tutte le altre infine rinviano. Il fatto che si proceda al rovesciamento non è un intervento semplicemente esteriore, accidentale o accessorio bensì è *rivelativo* della struttura essenziale della concettualità stessa. L’interminabilità del processo di rovesciamento non è indice di provvisorietà, di momentaneità, di passaggio di fase, bensì di una essenziale reversibilità della gerarchia: “la gerarchia dell’opposizione duale, si ricostituisce, infatti, sempre da capo”.

³⁰ J. DERRIDA, *La scrittura e la differenza*, trad. G. Pozzi, Torino, 1971, *passim*. L’autore sottolinea come, attraverso la decostruzione sia possibile aprire dei varchi attraverso i quali intravedere ciò che viene dopo il compimento della nostra epoca, ossia al di là dell’epoca della metafisica.

³¹ S. REGAZZONI, *La decostruzione del politico*, Genova 2006, p. 91. Il *decostruzionismo* ha incrociato la tradizione europea e quella statunitense con l’ermeneutica, la semiotica, la teoria critica, lo strutturalismo e il post-strutturalismo. In particolare il post-strutturalismo e il decostruzionismo hanno rimesso in questione i presupposti epistemologici della filosofia, ridefinendo progressivamente lo statuto del discorso filosofico e hanno individuato in molteplici “luoghi” la soggettività (e la sua costituzione). Il soggetto, così, affiora tra il visibile e l’enunciabile (Deleuze), nei segni della scrittura e della voce (Barthes con il “grado zero”) nella differenza e nell’alterità (Derrida), nell’esperienza del corpo e della libertà (Nancy), nel dissenso rispetto ai diversi giochi di verità e agli spazi figurali (Lyotard), nella genealogia del sapere-potere e nell’ermeneutica (metodologia dell’interpretazione) del sé (Foucault).

La prima fase del rovesciamento apre in se stessa ad una seconda fase, quella dell'effrazione, in quanto si opera uno sfondamento prospettico che corrisponde ad uno sfondamento dell'origine, ad una perdita dell'origine. Questa perdita dell'origine introduce precisamente, per Derrida, alla dimensione della *differance* sopra citata che si traduce appunto come perdita dell'origine, come contaminazione originaria tra identità e alterità, presenza e assenza. L'origine come tale viene meno ma resta una traccia che Derrida definisce l'*archi-origine*, cioè un'origine che non si è mai data in quanto tale ma che comunque funge da condizione di possibilità, e quindi paradossalmente da origine della struttura di opposizione. Lo sfondamento consiste nello scoprire la "verità" dell'opposizione dei due termini, e cioè che l'opposizione stessa è strutturale, e che i termini si costituiscono in questa co-implicazione, insomma che un'origine pura, come tale, non si è mai data. Smascherare la gerarchia concettuale e rovesciarne la direzione non costituisce un'operazione tutta interna al campo in cui avviene, bensì è in grado di compiere quella che Derrida definisce appunto una trasgressione, ovvero uno sfondamento del campo concettuale da cui si muove, nonché un radicale approfondimento di prospettiva.

Il pensiero decostruttivo evita che un concetto si ponga in posizione regale di predominio teologico venendo a costituire una sorta di concetto dominante. È necessario pertanto ridefinire continuamente il legittimo detentore di questo ruolo, di questa posizione. Si tratta di sostituire continuamente il soggetto della gerarchia, in un'inversione e dislocazione continua, tale da creare una catena di concetti correlati da un rapporto di subordinazione.

La messa in questione del rapporto di subordinazione innesta non soltanto un rovesciamento, ma anche un movimento di sfondamento, di trasgressione del piano dialettico del sistema oppositivo.

La decostruzione si è sviluppata ben oltre i limiti delle consuete "uscite" filosofiche, espandendosi non solo nella letteratura, nell'arte e nella critica, ma anche nella teoria sociale, in quella psicoanalitica e in quella pedagogica.

Parlare di questa metodologia nella presente ricerca risulta fondamentale considerato che, il nodo centrale dell'attualità del decostruzionismo risiede proprio nello

studio profondamente rinnovato della “soggettività”. La decostruzione infatti, mette in primo piano i “soggetti”, intrappolati nel linguaggio e nei significati culturali: non c’è un punto di riferimento indipendente, non c’è una “presenza” non premeditata da cui possono conoscersi e crearsi.

Poiché non possono essere presenti a se stessi non si possono capire fuori dalle storie e dai racconti da cui vengono costruiti. Con una soggettività non presente a se stessa vi è la logica della supplementarietà, vi sono le sostituzioni infinite del significato, ma soprattutto troviamo il ruolo della “*differance*” per il differimento (il ruolo della differenza) e per il riscontro (il post-ponimento) del significato.

L’identità pertanto, non è qualcosa di *dato*, ma si determina in *relazione* ad altro, nel differire da sé. È a partire da questa dinamica differenziale che bisogna pensare le opposizioni determinate (presenti) che costituiscono il campo concettuale della metafisica, e cioè sia come loro condizione di possibilità, sia come ciò che da queste viene rimosso per assumere la configurazione stabile che è possibile osservare. La scrittura, esempio privilegiato, sempre pensata quale supporto esterno per la rappresentazione e comunicazione di un contenuto che sarebbe già presente nell’intimità del pensiero, è in realtà condizione della sua costituzione (*rectius*: della costituzione dell’identità).

Il decostruzionismo propone una soggettività che non è una descrizione di un sé unificato essenziale. Se è un testo, una struttura di segni e significati, allora non c’è alcun centro, alcun inizio o fine che lo tiene insieme. Qui, allora, ritroviamo il concetto di soggetto decentrato, un soggetto che, se preso al suo estremo, diventa anonimo, in una proliferazione di ruoli, nella progressiva dimostrazione di “superfici”. Questo “io” relativamente decentrato è comunque riflessivo, sa che non è un io presente a se stesso ma semplicemente un’altra descrizione di sé. Costituisce anche un’altra storia o racconto attraverso cui costruisce se stesso.

Gran parte delle opere dei decostruzionisti riguarda la decostruzione del concetto di una soggettività autentica, autopresente e quindi centrata. Poiché essa non può presentare questo io in un modo che lo vuole costringere a sottostare e a trasmet-

tere il suo autentico significato essenziale se non attraverso la scrittura, si apre lo scenario della *differance* della scrittura.

L'Io che si vuole presentare è perduto negli imperativi strutturali del testo dove il mezzo di scrittura determina la ri-costruzione e la ri-presentazione dell'Io. Secondo la teoria decostruzionista, ciò che viene presentato non è pertanto un Io autentico in senso illuminista, bensì un Io immaginario, capace di molteplici significati.

Sulla base di ciò, il decostruzionismo, è stato spesso accusato da alcuni suoi critici di “dissolvere” o di “uccidere” il soggetto con conseguenze disastrose. Certamente il decentrare il soggetto minaccia la sua autonomia, che egli si crea da solo trascendendo i vincoli del sociale, della soggettività autopresente, di un soggetto conscio di sé che conosce il reale attraverso l'accesso diretto ad esso.

La ragione per cui si concentra l'attenzione sulla soggettività è dovuta al fatto che si ha l'impressione di essere, in un certo senso, intrappolati nella storia del soggetto che procede a ruota libera, individualista sovrano della ragione illuminista, mentre, in realtà, risulta che i soggetti possano non avere autentici sé, autonomia e azione in questo senso. Ciò non significa che la nozione di azione sia qualcosa che vogliamo eliminare. Il problema risiede nella nozione del soggetto come autentica fonte originaria che conosce se stessa, dell'essere presente a sé stessa e del non essere toccata da altro.

Sullo stesso versante Foucault, nel '68, scriveva sulla rivista *Esprit*: “L'*episteme* di un'epoca non è la somma delle sue conoscenze o lo stile generale delle sue ricerche, ma lo scarto, le distanze, i rapporti che esistono tra i suoi molteplici discorsi scientifici. L'*episteme* non è una fetta di storia comune a tutte le scienze, è il gioco simultaneo di rimandi e rimanenze specifiche, l'*episteme* è un processo di differenziazione”. Quindi l'*episteme* non è una forma generale di conoscenza ma è un fascio di relazioni, di sfasature, di scarti; non produce mai un sistema – un insieme chiuso che sarebbe garante di un'unità statica – bensì si afferma come la proliferazione, l'articolazione variegata di molteplici sistemi, di microsistemi localizzati che

rimandano gli uni agli altri nel gioco reciproco delle differenziazioni e per questo disegnano qualcosa come comune³².

Nelle opere di Foucault quindi, il soggetto pare scomparire completamente, dissolversi, nella trama dei discorsi e delle pratiche, diventando semplicemente un loro effetto di superficie. Per Foucault, i discorsi sono piuttosto delle pratiche che formano sistematicamente gli oggetti di cui parlano, sono complessi macchinari capaci di escludere dalla loro trama tutto ciò che non sono in grado di assimilare. Viene così posta la differenza tra soggetto ed oggetto dal momento in cui l'uomo cessa di essere soggetto di sé stesso, di essere in pari tempo oggetto e soggetto³³.

Il filosofo Foucault, attraverso la sua opera di decostruzione e ricostruzione archeologica, pone in evidenza come ad un certo punto la fenomenologia dell'uomo lasci il posto ad una prospettiva in cui l'uomo non è più concepito come "presenza vissuta", nella quale soggetto ed oggetto coincidono, bensì, al contrario l'uomo risulti completamente intrappolato all'interno delle strutture sistemiche. A seguito di tale processo viene a crearsi uno spazio vuoto che verrà riempito, nell'epoca moderna, secondo l'autore, dalla concezione dell'Uomo dell'Umanesimo, in seguito ad una frattura epistemologica, quando il quadro unitario della rappresentazione viene a sfaldarsi e tutto quello che vi rientrava inizia a disperdersi. Uno stesso movimento archeologico ha svelato la figura dell'Uomo e quella dei saperi che intorno a lui si producono. L'uomo diventa essere che parla, che vive, che produce, il fondamento di tutte le positività ma anche oggetto della loro osservazione, un soggetto "allotropo

³² J. REVEL, *Michel Foucault, un'ontologia dell'attualità*, 2003, p. 88. L'*episteme*, come si vedrà nel prosieguo, è un concetto sviluppato da Foucault nelle sue opere, attraverso il quale l'Autore si propone di portare alla luce le origini delle scienze umane (in particolare la psicologia e la sociologia), affermando che l'uomo non è altro che un prodotto delle strutture epistemiche.

³³ Il problema del "soggetto" attraversa un po' tutta la produzione di Foucault e costituisce uno dei noccioli più densi del suo pensiero e di tutta la contemporaneità. Tale autore, partendo dalla linea direttrice del potere, in quanto griglia analitica, cerca di individuare il modo in cui degli oggetti di conoscenza possibile giungono a costituirsi e, contemporaneamente, tenta di capire come si costituisca il soggetto stesso, che è poi ciò che egli chiama "assoggettamento", nel senso di "costituzione del soggetto" e, allo stesso tempo, analizza il modo di imporre al soggetto delle relazioni di dominio. Al riguardo, v. M. FOUCAULT in conversazione con COLIN GORDON e PAUL PATTON, *Considerazioni sul marxismo, la fenomenologia e il potere*, Presentazione di ALAIN BEAULIEU, in *Riv. bim. filosofica Micromega*, 2/2014, pp.129-130. Per un'analisi approfondita sul tema v. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., *passim*.

empirico-trascendentale” che si forma a partire dal ritirarsi di ciò che esso non è, da uno spazio, appunto, lasciato vuoto³⁴.

Quest’essere, insomma, diventa l’oggetto dei saperi che egli stesso pretende di fondare. L’uomo viene illuminato da una duplice luce: è soggetto ma anche oggetto, incontra l’esperienza del corpo e quella della cultura³⁵.

L’uomo porta un’illusione, quindi, quando si ritiene soggetto sovrano dei propri atti cognitivi e linguistici, padrone assoluto di sé, signore della storia di cui crede di conoscere il senso e il fine, mentre questa, in realtà, non è il risultato delle azioni coscienti dell’uomo.

A partire dalla riflessione nietzschiana e dallo strutturalismo si matura una concezione antistoricistica e antiumanistica, che nega la costituzione autonoma del soggetto. Quella di uomo come soggetto trascendentale, essere razionale fondato e fondante e cioè criterio di giudizio dell’esperienza, del sapere, della verità, è un’idea di recente invenzione, è un prodotto dell’Illuminismo e di Kant. È un *a priori* che, in realtà, è storico e quindi *a priori* non è; è in quanto forma storica, transitoria, nata lungo i concatenamenti della storia e destinata a mutare con essi. Quel soggetto è in realtà un oggetto; come “soggetto” l’uomo non esiste. Secondo tali presupposti l’individuo risulterebbe privo di autonomia, non artefice del suo destino, né fondamento della conoscenza.

“L’individuo diventa *processo di individuazione*, processo che non può essere mai adeguatamente compreso se ci si riduce alla comodità perversa di sospenderlo in una fotografia di stato e se il pensiero che lo indaga acconsente di rappresentarsi

³⁴ G. CANGUILHEM, *Il normale e il patologico*, Introduzione di M. PORRO, Torino 1998, *passim*.

³⁵ Foucault riconosce alla fenomenologia il merito di avere messo radicalmente in discussione il pensiero soggettivo fondatore della rappresentazione, tuttavia riconferma il postulato del soggetto come duplicato empirico-trascendentale. La fenomenologia infatti, tenta di comprendere l’uomo (invece di superarlo), come donatore di significato. Essa pertanto fa valere l’empirico al livello del trascendentale. Secondo Foucault, e secondo il metodo strutturalista, viene cancellato il primato dell’“io penso”, del cogito, e al primato della conoscenza vissuta viene sostituito quello del discorso, della “struttura”, che annulla lo scarto metafisico tra essere e linguaggio, tra le cose (il reale) e le parole. In questo contesto il Soggetto si dilegua. Il fenomeno in questione viene trattato nel dettaglio nell’opera di M. FOUCAULT, *Le parole e le cose, Un’archeologia delle scienze umane*, Con un saggio di Georges Canguilhem, Milano 2010, p. 345.

come in sé estraneo a un percorso di individuazione ovvero a una relazione – che all’osservatore esterno apparirebbe osmotica – tra gli aspetti dell’analisi oggettiva e gli aspetti di una discussione epistemologica sugli occhiali che la rendono possibile”. Tutti i *pattern* concettuali dell’individuo risultano radicalmente ripensati³⁶.

Quindi, quando parliamo di “pericolosità sociale” a quale tipologia di individuo ci stiamo riferendo? L’analisi storica del concetto di pericolosità sociale evidenzia come l’individuo oggetto di questa valutazione non sia altro che una costruzione su ciò che deve essere considerato “individuo” le cui caratteristiche, su cui si indaga, sono rappresentazioni a loro volta elaborate dalle scienze sociali secondo il loro statuto epistemologico.

La vera soggettività oggetto di indagine sfugge alla conoscenza preconstituita dalle tradizionali scienze dell’uomo, essendo un fenomeno tanto complesso da mettere in discussione il fondamento stesso dell’indagine psicologica sull’individuo e il preteso carattere di scientificità.

L’uomo pericoloso nasce nel momento in cui si inizia a parlare di questa tipologia di soggetto attribuendogli determinate caratteristiche. Non a caso, il concetto di pericolosità sociale nasce per la prima volta con valenza giuridico-amministrativa, si colloca in pieno liberismo economico e ha riguardo soprattutto ai profili legati alla difesa sociale. È importante inoltre considerare come sulla nascita del concetto in questione viene parallelamente ad innestarsi la nascita di saperi nuovi per quel tempo storico, quali la criminologia e la psichiatria, discipline sociali imperniate, a loro volta, sulla già predominante scienza medica e sulla relativa bipartizione di “sano-malato” operata sull’individuo persona umana.

Le categorie concettuali elaborate dalle predette nuove discipline verranno così applicate all’uomo in generale e quindi, di conseguenza, all’uomo delinquente e al

³⁶ Al riguardo v. G. SIMONDON, *L’individuazione psichica e collettiva*, Roma, 2006, *passim*, dove Simondon si domanda cosa sia un individuo, che cosa distingua una parte da tutto l’essere. Cfr. A. BARDIN, *Epistemologia e politica in Gilbert Simondon, Individuazione, tecnica e sistemi sociali*, www.academia.edu.it. Approfondimenti circa la messa in discussione del concetto di “individuo” e quindi di “individuazione”; sulla critica allo statuto epistemologico conferito *tout court* alle scienze sociali – sulla falsariga di quanto già teorizzato da Foucault.

delinquente pericoloso. Ciò significa che, a partire da un certo momento storico, individuabile nell'inizio del XVIII sec., l'oggetto uomo viene a costruirsi e a costituirsi attraverso la proiezione delle precostituite categorie mediche, a cui faranno riferimento le nuove discipline sociali, pervenendo alla fondazione di un vero e proprio paradigma in grado di distinguere i soggetti "normali" da quelli "anormali".

In questa fase storica nasce l'uomo come oggetto di sapere, che tende a produrre conseguentemente un discorso di sapere su quell'oggetto, riconducibile, a sua volta, ad una sottostante *episteme*³⁷.

Quando Foucault parla di *episteme* intende parlare dell' *a priori* storico e dei codici fondamentali sviluppati in una data cultura e l'insieme di relazioni che stanno alla base delle scienze di una data epoca³⁸.

Attraverso questa "decostruzione" del concetto di pericolosità sociale che rispecchia la metodologia "archeologica" del sapere operata dal filosofo Foucault si giunge alla comprensione del significato riguardante il legame tra un certo tipo di sapere (sull'uomo) e certi sistemi di potere (quelli disciplinari).

³⁷ *Episteme* = quel sapere che si stabilisce su fondamenta certe, al di sopra di ogni possibilità di dubbio attorno alle ragioni degli accadimenti. Il termine *episteme* viene spesso tradotto semplicemente come "scienza" o "conoscenza" ed in epoca moderna con il termine "epistemologia" viene inteso lo studio storico e metodologico della scienza sperimentale e delle sue correnti.

³⁸ M. FOUCAULT, *Le parole e le cose*, cit., in questa opera Foucault introduce il concetto di *episteme*. L'argomento fondamentale della sua interrogazione sono i codici fondamentali che stanno alla base di una cultura, che influenzano la nostra esperienza e il nostro modo di pensare. Foucault sostiene che l'*archeologia delle scienze umane* studia i discorsi delle varie discipline che si sono interrogate avanzando teorie sulla società, sull'individuo e sul linguaggio. L'analisi dell'*archeologia delle scienze umane* non è basata sulla storia delle idee o su modelli scientifici, ma è piuttosto uno studio che cerca di scoprire cosa ha reso possibile conoscenze e teorie e su quale base il sapere si è costituito e su quale *a priori* storico sono venute alla luce certe idee, si sono sviluppate certe scienze e si sono create certe filosofie.

3. La funzione linguistico-simbolica nell'utilizzo di una certa terminologia

Nel citato processo di costruzione del paradigma sull'uomo, grande importanza assume il linguaggio quale strumento che permette di dire ciò “che è ammesso”, ossia “il dicibile”. Foucault va alla ricerca – nel linguaggio e successivamente in altri campi di ricerca – della possibilità di distruggere dall'interno l'egemonia del significante sulla quale poggia tutta la struttura epistemica moderna. Infatti, attraverso le categorie medico-criminologiche e i loro significanti, la società crea, denominandoli in un certo modo, i diversi illegalismi e il fenomeno della delinquenza³⁹.

Un codice linguistico non è la grammatica di una lingua storica ma una strutturazione logica del linguaggio, e detta strutturazione logica costituisce la rappresentazione del mondo che stabilisce, per esempio, la regola secondo la quale una parola deve “rappresentare” un oggetto, fosse in modo anche del tutto arbitrario. A parere di Foucault, il problema non è inventare “nuovi oggetti” bensì cambiare il codice in virtù del quale noi crediamo che l'oggettività e la verità siano sinonimi⁴⁰.

A partire da Mallarmé, alla fine dell'ottocento, la letteratura iniziando a concentrarsi sul proprio linguaggio, afferma un'autonomia nei confronti del mondo. L'estraneità che rivendica costituisce una svolta rispetto all'imperativo realista di fedele rappresentazione della realtà⁴¹.

Sul versante materialista, l'estetica Lukacsiana dell'arte come rispecchiamento del reale non cesserà, nei primi decenni del secolo successivo, di ricondurre le pretese degli scrittori all'ideologia di classe da cui sono permeate, teorizzando specifiche responsabilità della letteratura di fronte alla nascente società socialista⁴².

³⁹ *Ivi, passim.*

⁴⁰ Per un approfondimento sul tema si può consultare anche L. CHIAVERINI, *Roland Barthes e Jean Baudrillard: riflessione sul linguaggio e riflessione sulla società*, Tesi di laurea, Università di Pisa 2003-2004.

⁴¹ Su tema del linguaggio poetico di Mallarmé v. J.P. SARTRE, *Mallarmé: la lucidità e il suo volto d'ombra*, a cura di L. CHIUCHIÙ, Reggio Emilia, 2010, *passim*.

⁴² C. PREVE, *L'estetica di Lukàcs fra arte e vita. Considerazioni storiche, politiche e filosofiche*, in gorgylukacs.wordpress.com/.../lestetica-di-lukacs-fra-arte-e-vita-consid...

Fra queste due posizioni per certi versi estreme, si articola tutta una serie di esperienze per ciascuna delle quali si potrebbe individuare un certo indice di rifrazione fra riflessione sul linguaggio e riflessione sul mondo. F. Nietzsche si situa decisamente dalla parte di Mallarmé, poiché non si stanca di scuotere il linguaggio per costringerlo a confessare i suoi limiti nella possibilità di pensare la verità delle cose⁴³.

È stata necessaria l'edificazione di una teoria originale dei segni affinché questo rapporto potesse essere pensato in termini del tutto nuovi, affinché divenisse possibile una critica che fosse al contempo critica del linguaggio e critica della società: questa teoria è nota come "linguistica strutturale" ed è opera di Ferdinand de Saussure⁴⁴.

Grazie alla predetta teoria si è potuta concepire l'idea che ogni posizione critica sul linguaggio sia anche una asserzione sul mondo, e che ogni critica della società deve fondarsi su un'analisi del linguaggio. Bisogna riconoscere nella linguistica di Saussure i presupposti di una insolita vicinanza fra discorso e realtà, prossimità in cui ciò di cui si parla e come si parla sono messi contemporaneamente in questione. Ci troveremo allora di fronte a teorie della società e a metalinguaggi critici difficilmente distinguibili dalla scrittura cosiddetta letteraria, in una situazione in cui i tradizionali confini fra i generi del discorso vengono posti fortemente in discussione.

Nel momento in cui la scienza che studia "i modi di produzione del senso" ha incontrato la riflessione letteraria sul linguaggio, è divenuto possibile parlare delle parole e delle cose nella coerenza di uno stesso discorso⁴⁵.

⁴³ Nietzsche dei suoi consanguinei accoglie il linguaggio e, con esso, la fissazione arbitraria del significato da attribuire agli oggetti, senza chiedersi se vi sia una reale corrispondenza fra designazioni e cose e se il linguaggio sia espressione adeguata della realtà. Su tale convenzione Nietzsche si sofferma, chiedendosi quali possano essere gli effetti sull'uomo di un'esistenza che ha le sue fondamenta su un'originaria finzione e quali possano essere le conseguenze della scoperta della verità relativa alle proprie fallaci convinzioni. V. ROVOLETTA, *Le controindicazioni della verità. Nietzsche e la verità in senso extramurale*, in mondodomani.org/dialegesthai/vr02.htm, *Introduzione*.

⁴⁴ F. de Saussure distingue tra significante e significato anche se li considera inseparabili, come due facce dello stesso foglio. V. D. FUSARO (a cura di), *F. de Saussure*, in www.filosofico.net/saussure.htm.

⁴⁵ La configurazione epistemologica generale che probabilmente soggiace all'intera questione è

La letteratura già molto tempo prima di Saussure aveva cominciato ad interrogarsi riflessivamente sul luogo delle proprie enunciazioni⁴⁶.

Il linguaggio divenuto oggetto, all'alba di un'epoca moderna la cui soglia è datata XVIII e il XIX secolo, segna la fine della possibilità di rappresentare il mondo in un unico discorso classificatorio coerente, e contemporaneamente vede la nascita di forme di sapere il cui nucleo si sottrae all'attività conoscitiva dell'uomo. Esso (così come la vita e il lavoro) si offre nella sua positività allo sguardo degli uomini, i quali tuttavia proprio per suo tramite, apprenderanno la loro finitudine essenziale; è questo il paradosso costitutivo delle scienze umane: l'uomo come "allotropo empirico-trascendentale", fondamento di ogni conoscenza positiva che gli rivelerà il suo essere radicalmente finito e preso in una storicità che già da sempre lo precede. Da ciò l'importanza accordata alla filologia:

"Esprimendo i loro pensieri in parole di cui non sono padroni, situandoli in forme verbali le cui dimensioni storiche sfuggono loro, gli uomini convinti che il loro discorso si pieghi ai loro intenti, ignorano di sottostare invece alle sue esigenze. Le disposizioni grammaticali d'una lingua sono l'*a priori* di ciò che può enunciarvisi... La filologia in quanto analisi di ciò che si dice nel profondo del discorso è divenuta la forma moderna della critica"⁴⁷.

Da ciò la nascita di una sensibilità moderna in ambito letterario, col compito di opporsi alla positività del linguaggio e di recuperare l'essenza della letteratura attraverso il ricorso all'autoreferenzialità. Foucault, al riguardo, ce ne indica il movimento:

descritta da Michel Foucault in modo soddisfacente ne *Le parole e le cose*. In questo testo denso e spesso difficile, vagamente profetico e inquietante, Foucault individua l'*a priori* delle scienze umane moderne nella crisi della teoria classica della rappresentazione. M. FOUCAULT, *Le parole e le cose*, cit.

⁴⁶ Capitolo 1 – la fondazione saussuriana – 1. lo spazio del linguaggio – p. 5. Introduzione alla linguistica generale. Materiali integrativi al corso di *Didattica delle lingue moderne* di Manuel Barbera.

⁴⁷ M. FOUCAULT, *Le parole e le cose*, cit. L'uomo anziché autoconcepire la propria essenza la subisce dall'esterno in base alle costruzioni fornite dalle scienze antropologiche che trovano riscontro nelle rappresentazioni fornite dal linguaggio. È come se qualcuno parlasse di sé in terza persona, senza conoscersi veramente.

“Il fatto è che agli inizi del XIX secolo, nel periodo in cui il linguaggio sprofondava nel suo spessore d’oggetto, e si lasciava, da parte a parte, attraversare da un sapere, il linguaggio veniva ricostituito altrove, in forma indipendente, di difficile accesso, ripiegata su se stessa e interamente riferita all’atto puro di scrivere... Sullo sfondo di tale gioco essenziale, il resto è effetto: la letteratura si distingue sempre più dal discorso di idee, e si chiude in una intransitività radicale”⁴⁸.

La condizione di possibilità delle scienze umane, dunque, sta tutta nella dispersione del linguaggio che segue la caduta del discorso classico, o più precisamente nel vuoto da questo lasciato: è l’uomo in quanto nozione epistemologica a costituire una presenza recente tra le figure del nostro sapere.

L’argomentazione di Foucault indica la coscienza epistemologica dell’uomo come lo spazio in cui ogni nostro pensiero filosofico si volge immediatamente in una antropologia; e insieme annuncia, in pagine rimaste celebri e molto controverse, l’imminente scomparsa dell’uomo come evento che renderà possibile un nuovo pensiero.

Ciò che appare importante per la presente ricerca riguarda il ruolo attribuito dalla riflessione foucaultiana alla linguistica quale disciplina capace di contestare lo statuto privilegiato che le scienze umane si sono attribuite. Queste sono insidiate nei pressi del loro limite da una teoria pura del linguaggio perfettamente fondata nell’ordine delle positività esterne all’uomo (suo oggetto infatti è il linguaggio puro) e che, traversando l’intero spazio delle scienze umane, perverrebbe al problema della finitudine (infatti solo attraverso il linguaggio e solo in esso il pensiero può pensare: di modo che il linguaggio è in sé una positività che vale come il fondamentale).

Ciò significa considerare le scienze umane un episodio transitorio del nostro sapere, da situare come tale tra la scomparsa del discorso classico fondato sulla teoria della rappresentazione e il ritorno al problema dell’essere del linguaggio quale è anticipato da Nietzsche e Mallarmè. Alla luce di ciò, saranno forse meno enigmati-

⁴⁸ *Ivi*, p. 100.

che le affermazioni di Foucault che situano lo spazio del pensiero moderno tra la domanda di Nietzsche “chi parla?” e la risposta di Mallarmè: “il linguaggio stesso”.

Concepire la società in termini semiologici può riguardare o una pura questione di scelta di metodo, oppure un’applicazione analogica di un modello. Al riguardo, se ne potrebbe rintracciare la ragione profonda nell’*episteme* che vi soggiace, nel significato particolare che la riflessione sul linguaggio ha assunto nel pensiero contemporaneo⁴⁹.

4. Origini delle scienze umane

È bene considerare l’idea principale secondo la quale tutti i periodi della storia hanno posseduto certe sottese “condizioni di verità”, fondative di ciò che poteva essere ritenuto accettabile, come ad esempio il discorso scientifico. Le condizioni del discorso scientifico non sono rimaste immutate ma sono cambiate nel tempo, dall’*episteme* di un periodo ad un altro, in modo più o meno progressivo. Dei parallelismi degni di nota si riscontrano nei tre campi della linguistica, della biologia e dell’economia. E significativa risulta l’analisi delle trasformazioni avvenute nelle predette scienze: per quanto concerne il linguaggio si appura che la grammatica evolve in linguistica; nelle scienze della vita, la storia naturale si orienta verso la biologia; la scienza delle ricchezze muta la propria *episteme* convertendosi in economia. Anche l’uomo è una creatura recente che la demiurgia del sapere ha fabbricato con le proprie mani, nel corso di duecento anni. Nell’*episteme* classica, invece, l’uomo “non esiste” (“non c’è potenza di vita, né fecondità del lavoro, né spessore storico del linguaggio”).

⁴⁹ Per alcune problematiche strutturaliste, v. F. JAMERSON, *La prigione del linguaggio, Interpretazione critica dello strutturalismo e del formalismo russo*, traduzione di G. Franci, Bologna, 1982, *passim*, che pone il problema del classico rapporto fra infrastruttura e sovrastruttura; anche U. ECO, *La struttura assente: la ricerca semiotica e il metodo strutturale*, Milano, 2004, *passim*.

Si parla certamente dell'uomo nell'età classica, ma non c'è "coscienza epistemologica dell'uomo". Di converso, Foucault, pensa che siamo entrati, a partire dal 1955, in una nuova episteme chiamata ipermodernità⁵⁰.

Per percepire l'episteme è stato necessario "uscire da una scienza e da una storia della scienza, sfidare la specializzazione degli specialisti e tentare di divenire non uno specialista della generalità, ma uno specialista dell'inter-regionalità".

Non si tratta semplicemente di categorizzare periodi storici. L'episteme non è una sorta di grande teoria sottesa, non è "la somma delle sue conoscenze o lo stile delle sue ricerche", bensì "lo scarto, le distanze, le opposizioni, le differenze ... è uno spazio della dispersione, è un campo aperto e senza dubbio indefinitamente descrivibile di relazioni" (ciò che per Derrida rappresenta la "difference") L'oggetto è ciò che ci dice chi ci parla.

L'episteme foucaultiana si confronta con la storia delle idee, con la storia delle scienze, è l'oggetto e il risultato di un'elaborazione concettuale dove "l'archeologia" rimpiazza la Storia.

Foucault prefigura che l'originalità della sua analisi indisponga "quelli che preferiscono negare che il discorso sia una pratica complessa e differenziata, obbediente a delle regole e a delle trasformazioni analizzabili, piuttosto che essere privati di quella comoda certezza, di poter cambiare se non il mondo, se non la vita, almeno il loro "significato" grazie alla freschezza di una parola che non verrà se non da loro stessi"⁵¹.

La critica di Foucault ha avuto rilevante influenza nel campo della storia culturale. I vari cambi di consapevolezza che egli delinea nei primi capitoli hanno condotto gli studiosi a scandagliare le basi della conoscenza del nostro tempo ed anche a

⁵⁰ M. FOUCAULT nel libro *Le parole e le cose* si impegna nel portare alla luce le origini delle scienze umane, in particolare della psicologia e della sociologia. Nella prefazione del testo "le parole e le cose", definisce il lavoro archeologico ed il progetto che egli persegue: "ciò che si offre all'analisi archeologica è tutto il sapere classico, o piuttosto questa soglia che ci separa dal pensiero classico e costituisce la nostra modernità". È su questa soglia che è apparsa per la prima volta questa strana figura di sapere chiamata "uomo", che ha aperto uno spazio proprio alle scienze umane. Il sottotitolo de *Le parole e le cose* rappresenta l'archeologia delle scienze umane.

⁵¹ M. FOUCAULT, *Le parole e le cose*, cit., p. 110.

criticare la proiezione di categorie di conoscenza moderna su argomenti che rimangono intrinsecamente inintelligibili, a dispetto della conoscenza storica.

L'episteme è intesa da Foucault come tutti i rapporti che sono esistiti in una certa epoca nei diversi domini della scienza.

L'identificazione dell'episteme di un'epoca non è una categorizzazione storica e progressiva degli oggetti di un sapere di un dato periodo, ma la messa in prospettiva "archeologica" (e critica) del divario stesso che si è potuto assegnare, nelle proprie strutture di pensiero, prese esse stesse in una rete impercettibile di vincoli legata all'episteme alla quale noi apparteniamo, con un'episteme anteriore (l'episteme classica) in cui ci è impossibile riconoscere come la disposizione generale dei saperi ha subito "discontinuità enigmatiche", che Foucault non ha la pretesa di spiegare, ma che egli qualifica come "mutazione", "evento radicale", "ritardo infimo ma essenziale"⁵².

È denominata "sonno antropologico" la tranquilla sicurezza con cui i promotori attuali delle scienze umane assumono che sia concesso come oggetto ciò che non è stato in principio che il loro progetto costitutivo. In altre parole, si è prima creata la scienza dell'uomo e poi la si è proiettata sullo stesso uomo costituendolo quale oggetto del sapere. Lo stesso processo si è prodotto nella costituzione del concetto di pericolosità sociale: è nato prima il concetto di "pericolosità" e solo successivamente il concetto di "individuo pericoloso", divenuto tale, quindi, solo dopo la proiezione sullo stesso del concetto di pericolosità⁵³.

⁵² *Ivi*, *passim*.

⁵³ Sul "sonno antropologico" v. V. SORRENTINO, *Il pensiero politico di Foucault*, Roma, 2008, p. 55.

5. Dal concetto di anormalità al concetto di pericolosità sociale

Ad un certo momento, l'esercizio del potere di punire i crimini, ha avuto bisogno di fare riferimento alla natura del criminale creando altresì un parallelismo tra la suddivisione degli atti in leciti e illeciti, e la distribuzione degli individui in normali e anormali.

Al riguardo, il XVIII sec. ha elaborato ciò che potremmo chiamare una nuova economia dei meccanismi di potere: un insieme di procedimenti, e al tempo stesso di analisi, che permettono di ampliare gli effetti di potere, di diminuire il costo dell'esercizio del potere, di integrare l'esercizio del potere nei meccanismi della produzione. Il 1700 ha posto le basi affinché il potere fosse reso continuo e fosse penetrabile attraverso meccanismi permanenti di sorveglianza e di controllo⁵⁴.

Prima del 1700, e quindi, prima dell'apparire degli apparati statali, delle istituzioni e di alcune forme politiche di governo, quello che si trattava di ottenere non era tanto il castigo del colpevole, l'espiazione del crimine, quanto la manifestazione rituale del potere infinito di punire in onore del sovrano.

In realtà, in quest'epoca storica, non vi è altro che un combattimento, una rabbia, un accanimento, a partire dal crimine e attorno al crimine. Non vi è una meccanica del crimine che possa dipendere da un qualche possibile sapere ma vi è solamente una strategia del potere che dispiega la sua forza attorno e a proposito del crimine. È questa la ragione per la quale, sino alla fine del 1600, non ci si è mai interrogati veramente sulla natura del criminale⁵⁵.

Dal 1700 in poi, la trasformazione dei meccanismi di potere si ripercuote anche sull'atteggiamento tenuto dal giudice che inizia ad effettuare un vero e proprio studio sul soggetto sottoposto ad accusa. Il nuovo approccio impone di studiarne la mente, le abitudini, il vigore delle qualità corporali, l'età, il sesso. Il giudice deve così portarsi, per quanto possibile "all'interno" del criminale, al fine di penetrare, se possibi-

⁵⁴ M. FOUCAULT, *Gli anormali, Corso al Collège de France (1974-1975)*, cit., *Lezione 29 gennaio 1975*, trad. it. di V. Marchetti e A. Salomoni, p. 84.

⁵⁵ *Ivi*, pp. 82-83.

le, nella sua anima. Questo soprattutto per capire se ha commesso il crimine, non certo per comprendere il crimine stesso. Il criminale viene investito del sapere del giudice in quanto soggetto detentore della verità e non in quanto autore di un crimine.

I meccanismi di potere possono ora penetrare dentro il corpo sociale nella sua totalità. Si diminuiscono i costi del potere attraverso l'abbassamento delle possibilità di resistenza, di malcontento, di rivolta, che il potere monarchico poteva suscitare. Il potere si è fatto ora silenzioso, capillare, penetrante ma soprattutto è diventato produttivo.

Infatti, nel 1700, i meccanismi di potere si intrecciano direttamente coi processi di produzione, che possono accompagnarli lungo tutto il loro sviluppo, che possono costituirsi come una forma di controllo e aumento permanente della produzione⁵⁶.

Insomma, la rivoluzione borghese del 1700 e inizio 1800 è stata l'invenzione di una nuova tecnologia del potere, di cui le discipline costituiscono le parti essenziali. Alla fine del 1700 abbiamo un potere di punire che si fonderà su una rete di sorveglianza così stretta che, in linea di principio, il crimine non potrà più sfuggire. Compare la pubblicità dei dibattimenti e la regola dell'intimo convincimento: una pena che sarà applicata in maniera pubblica e in funzione di una dimostrazione accessibile a tutti. La punizione, inoltre, dovrà esercitarsi al solo scopo di evitare la ricommissione del crimine. Occorrerà trovare un'unità di misura tra il crimine e il castigo che permetta di adattare la punizione in modo tale che essa sia appena sufficiente a punire il crimine e impedire che esso non ricominci. L'unità di misura è data dall'interesse o ragione del crimine⁵⁷.

L'elemento dell'"interesse", della "ragione" del crimine è il nuovo principio di economia del potere di punire, che sostituisce il principio dell'atrocità. La questione che si pone adesso è la meccanica del gioco degli interessi che hanno potuto rendere criminale colui che si trova accusato di aver commesso un crimine. Ora il crimine

⁵⁶ *Ivi*, pp. 83-85.

⁵⁷ *Ivi*, p. 85.

acquista un suo contenuto, una sua intelligibilità naturale. Acquista una natura che fino a quel momento non aveva mai avuto. Questa economia del potere richiede un sapere del tutto nuovo, un sapere in qualche modo naturalista della criminalità⁵⁸.

Bisogna allora sapere qual è la natura di un interesse che viola l'interesse di tutti gli altri e che, al limite, si espone ai peggiori pericoli, poiché rischia la punizione. Sembra si tratti di un interesse che si contraddice affermandosi. Al riguardo, il criminale ignora la direzione necessaria dell'interesse ossia che il punto supremo del proprio interesse è di accettare il gioco degli interessi collettivi.

Si ripropone la medesima modalità medioevale quando la frequenza dei crimini rappresentava la malattia del corpo sociale. Ma in questo caso la malattia non è attribuita al crimine in sé ma al criminale considerato appunto un malato. Si riscontra una vera e propria medicalizzazione del criminale, aspetto che verrà assunto a principio cardine, successivamente dalla Scuola Positiva, costituendo il fattore predominante della teoria deterministica dell'uomo⁵⁹.

Ecco che nasce il cosiddetto mostro morale come viene chiamato nella nuova economia del potere. Il primo mostro morale è il criminale politico. Il criminale è colui che fa valere il proprio interesse personale a scapito dell'interesse collettivo che ignora possa rappresentare l'interesse dominante⁶⁰.

⁵⁸ I due principi che quasi nessuno ha mai notato, a parere di Schrödinger, ma su cui si basa la scienza, sono: intelligibilità; oggettivazione. Il primo (intelligibilità) sottintende che i fenomeni naturali possono essere compresi, misurati, classificati, previsti, ecc. Per esempio, nella mitologia, l'intelligibilità non esiste ancora, poiché la realtà viene vista come un fenomeno incomprensibile e senza leggi prefissate. Invece, nella scienza, si dà per scontato che la realtà possa essere capita in termini della nostra intelligenza (intelligibilità). L'altro principio, e siamo al dunque, è l'oggettivazione. Questo è ancora più nascosto, a tal punto che molti scienziati non lo vedono nemmeno dopo che gli viene spiegato accuratamente. "Oggettivazione" significa che la realtà viene considerata un "oggetto" esterno alla mente, cioè al "soggetto" che lo studia. Si crea quindi una "dualità" soggetto-oggetto. L'oggettivazione è un'ipotesi di lavoro indispensabile nella scienza, altrimenti la realtà che noi chiamiamo oggettiva non potrebbe essere studiata. Al riguardo: M. FOUCAULT, *Gli anormali, Corso al Collège de France (1974-1975)*, cit., *Lezione 29 gennaio 1975*, p. 86.

⁵⁹ *Stimmate criminali. Cesare Lombroso e l'atlante della degenerazione*, in www.treccani.it > Enciclopedia > Percorsi.

⁶⁰ M. FOUCAULT, *Gli anormali, Corso al Collège de France (1974-1975)*, cit., *Lezione 29 gennaio 1975*, pp. 88-89.

Un esempio per tutti è l'incesto e l'omosessualità della regina di Francia Maria Antonietta definita pertanto mostro politico o mostro principesco. Altro esempio è l'antropofago ossia, il mostro popolare. Queste due figure dell'antropofago e dell'incestuoso hanno in seguito servito da griglia di intelligibilità o da via d'accesso ad altre discipline quali l'etnologia e l'antropologia.

La grande alterità definita dalla nostra interiorità giuridico-politica è comunque, a partire dal 1700, il cannibalismo e l'incesto⁶¹.

La storia della psicanalisi ha come oggetto principale il tema dell'incesto posto da Freud come griglia di intelligibilità della nevrosi. Con Melanie Klein e l'introduzione/divorazione di oggetti "buoni e cattivi" ha fatto seguito la griglia di intelligibilità della psicosi. I due grandi mostri che vegliano sul territorio dell'anomalia e che non sono ancora addormentati (l'etnologia e la psicoanalisi ne fanno fede) sono i due grandi soggetti della consumazione interdetta: il re incestuoso e il popolo cannibale⁶².

6. Lo strumento della perizia nella definizione dell'“anormale”

Fin dall'origine la “perizia” ha avuto il compito di permettere l'individuazione della linea di confine tra malattia e responsabilità, fra causalità patologica e libertà del soggetto giuridico, fra terapia e punizione, tra medicina e diritto penale, tra ospedale e prigione. L'istituzione medica, in caso di follia, deve sostituirsi all'istituzione giudiziaria.

⁶¹ *Ivi*, pp. 97 ss.

⁶² L'Etnologia ha, tra i suoi obiettivi, la ricostruzione della storia dell'uomo, e la formulazione culturale di invarianti universali, quali il tabù e l'incesto, e la formulazione di generalizzazioni riguardo alla “natura umana”, un concetto ampiamente criticato sin dal XIX secolo da vari filosofi. M. FOUCAULT, *Gli anormali, Corso al Collège de France (1974-1975)*, cit., *Lezione 29 gennaio 1975*, p. 99.

A poco a poco si ordisce una specie di *continuum* medico-giudiziario, la cui massima istituzionalizzazione si vede propriamente nella perizia medico-legale⁶³.

Lo strumento della perizia esprime alcuni asserti ritenuti di verità scientifica, giuridica e sociale, che hanno molti effetti pratici nei sistemi disciplinari. La perizia è l'elemento necessario per la fondazione dell'idea di anormalità. In sede di giudizio se ad enunciare le prove è una perizia psichiatrica allora la prova acquista validità e veridicità. Il medico è detentore del potere in un'istituzione che diventa sempre più un luogo di formazione di discorsi che producono una nosografia e una serie di classificazioni in cui non ci sono vere e proprie teorie ma solo tattiche di potere⁶⁴.

Nel momento in cui vengono ad interagire l'istituzione giudiziaria e la medicina abbiamo – sostiene Foucault – il “grottesco”. L'individuo oggetto delle perizie inizia ad assomigliare al proprio crimine prima di averlo commesso. È così che la perizia viene a legittimare l'estensione di un potere disciplinare che non vuole solo punire ma anche correggere la pericolosità (supposta) attraverso il dispositivo di normalizzazione.

In realtà, la puerilità stessa dei termini, delle nozioni e dell'analisi, che è al centro della perizia medico-legale contemporanea, ha una funzione ben precisa: permettere lo scambio tra categorie giuridiche (definite dal codice stesso e che impongono di punire solo se c'è veramente intenzione di nuocere o c'è dolo) e nozioni mediche come per esempio quelle di “immaturità”, di “debolezza dell'Io”, di mancato sviluppo del super-Io, di “struttura caratteriale”, ecc.

La perizia fa di più: permette inoltre di giustificare l'esistenza di una specie di rete di protezione di tutto il corpo sociale, che andrà dall'istanza medica di guarigione fino all'istituzione penale propriamente detta. Alla criminalità patologica la società risponderà con due modalità: uno espiatorio, l'altro terapeutico.

In realtà, tutto questo *continuum*, che ha un polo terapeutico e un polo giudiziario, tutta questa misura istituzionale, fornisce una risposta al “pericolo”. È

⁶³ *Ivi*, pp. 37-38.

⁶⁴ Al riguardo v. A. PASTORE, *Il medico in tribunale: la perizia medica nella procedura penale d'antico regime (secoli XVI E XVIII)*, Bellinzona, 2004, p. 10.

all'individuo pericoloso – vale a dire che non è né veramente malato né propriamente criminale – che questo insieme istituzionale si rivolge. Nella perizia psichiatrica, l'individuo con il quale il perito deve misurarsi nel suo interrogatorio, nella sua analisi e nella sua diagnosi è l'individuo tendenzialmente pericoloso. Sicché abbiamo due nozioni che si fronteggiano e sono visibilmente limitrofe: da un lato la nozione di “perversione” che permette di unire insieme l'una all'altra, la serie dei concetti medici e dei concetti giuridici; dall'altro, la nozione di “pericolo”, di individuo “pericoloso”, che consente di giustificare e di fondare in teoria l'esistenza di una catena ininterrotta di istituzioni medico-giudiziarie. Pericolo e perversione costituiscono il nucleo essenziale, teorico, della perizia medico-legale.

La congiunzione del medico e del giudiziario, assicurata dalla perizia medico-legale, si dà solo grazie a quelle categorie elementari della moralità che si ridistribuiscono attorno alla nozione di perversione⁶⁵. E d'altro canto, il medesimo discorso si organizza non solo intorno al campo della perversità, ma anche attorno al problema del pericolo sociale. Questo significa che sarà anche il discorso della paura: un discorso che avrà per funzione di svelare il pericolo e di opporvisi. “Perversità” e “pericolo”: in questi due termini, riattivati attraverso un'istituzione e un sapere che ci sono contemporanei, ritroviamo una vasta pratica che sembrava demolita, alla fine del XVIII sec., in piena efficacia. A mano a mano che il crimine si patologizza, man mano che il giudice e il perito si scambiano i ruoli, tutte queste forme di controllo, di valutazione, di effetto di potere legate alla caratterizzazione di un individuo, diventano sempre più attive.

Se in passato la prerogativa del giudice consisteva nell'essere giudiziariamente competente, ora la funzione giurisdizionale diventa terapeutica oltre che giudiziario-punitiva.

La sovrapposizione di questi concetti produce una sorta di potere medico-giudiziario basato su tre elementi:

1. rapporto dello psichiatra

⁶⁵ M. FOUCAULT, *Gli anormali, Corso al Collège de France (1974-1975)*, cit., *Lezione 15 gennaio 1975*, pp. 39-40.

2. tribunali speciali dove il giudice è allo stesso tempo istruttore e giudice con funzioni psicologiche, sociali e mediche.
3. servizi medico-psicologici costituiti nell'amministrazione penitenziaria.

Ma la perizia medico legale non deriva né dal diritto né dalla medicina perché si rivolge alla categoria degli anormali. La perizia si dispiega in un campo di gradazione dal normale all'anormale.

Nella perizia si propongono concetti altri, dati dalla combinazione dei concetti giuridici con quelli medici. Dalle nozioni giuridiche di delinquenza, di recidiva, si arriva alla nozione medica di malattia. Quindi, si è in presenza di un terzo concetto che si riconduce ad un potere che non è né medico né giudiziario, e dunque ad un potere nuovo: il potere di normalizzazione che si costituisce come istanza di controllo dell'anormale. Un potere quindi di repressione.

In Occidente abbiamo due grandi modelli: il primo è quello dell'esclusione del lebbroso; il secondo, in termini di successione storica, quello dell'inclusione dell'appestato (ossia affetto dalla peste)⁶⁶.

Nel XVIII sec., età moderna e della monarchia amministrativa, la peste ha sostituito la lebbra come modello di controllo politico. La sostituzione del modello della lebbra con il modello della peste corrisponde ad un importante processo storico inerente l'invenzione delle tecnologie positive di potere. La reazione alla lebbra è una reazione negativa, di rigetto, di esclusione. La reazione alla peste è una reazione positiva, di inclusione, di osservazione, di formazione di potere, di moltiplicazione degli effetti di potere a partire dal cumulo dell'osservazione e del sapere. Si è passati da una tecnologia di potere che scaccia, che esclude, che bandisce, che marginalizza, che reprime, ad un potere positivo, ad un potere che fabbrica, che osserva, che sa e si moltiplica a partire dai propri effetti.

L'età moderna ha inventato tecniche di potere costituite in modo tale che il potere non agisce per prelevamento ma per produzione e massimizzazione della produzione. È un potere che non agisce per esclusione ma piuttosto per inclusione serrata e

⁶⁶ *Ivi*, pp. 41 ss.

analitica degli elementi. Tale potere non agisce più per masse indifferenziate ma con una distribuzione secondo individualità differenziali.

Inoltre, non è legato all'ignoranza ma è connesso a tutta una serie di meccanismi che assicurano la formazione, l'investimento, il cumulo, la crescita del sapere. L'età moderna ha inventato delle tecniche di potere tali da poter essere trasferite a supporti istituzionali molto diversi tra loro, siano essi gli apparati di stato, le istituzioni, la famiglia.

Una vera e propria "arte di governare". Il XVIII sec. ha inventato una teoria giuridico-politica del potere centrata sulla volontà, sulla sua alienazione, la sua trasposizione, la sua rappresentazione in un apparato di governo. Una tecnica generale di esercizio del potere trasferibile ad istituzioni e apparati numerosi e diversi. Questa tecnica costituisce l'inverso delle strutture giuridiche e politiche della rappresentanza e detta le condizioni di funzionamento e di efficacia di questi apparati attraverso il dispositivo di normalizzazione. Al riguardo, la norma non si definisce affatto nei termini di una legge naturale ma a seconda del ruolo disciplinare e coercitivo che è capace di esercitare negli ambiti cui si rivolge. La norma di conseguenza è portatrice di una pretesa di potere. La norma non è un principio di intellegibilità ma è un elemento a partire dal quale un determinato esercizio del potere si trova fondato e legittimato. La norma porta con sé, al tempo stesso, un principio di designazione e un principio di correzione⁶⁷.

Tentando di delineare un'archeologia dell'anomalia si potrebbe partire dal fatto che l'anormale del XIX sec. è il discendente dei seguenti individui: il "mostro" (ovverosia il proibito, il contro-natura, il trasgressore dei limiti naturali, da un punto di vista giuridico), "l'incorreggibile", e "l'onanista" (ossia il profilo del patologico degenerato). Questi tre personaggi, nella seconda metà del XVIII sec., iniziano e finiscono per scambiarsi alcuni dei loro tratti e il cui profilo finisce per sovrapporsi.

⁶⁷ Ancora *ivi*, pp. 51-53.

L'individuo anormale resterà a lungo segnato da una mostruosità che diventa sempre più sfumata e diafana; da un'incorreggibilità correggibile in cui gli apparati disciplinari investono sempre meglio le loro energie.

La “mostruosità” è quell'irregolarità naturale tale per cui il diritto si trova rimesso in questione, non riesce a funzionare⁶⁸.

Inizialmente considerata una mostruosità organica (quindi incolpevole) ad essa si affianca nel tempo la cosiddetta mostruosità morale o mostruosità del comportamento (quindi colpevole). Con l'idea di una mostruosità di comportamento la vecchia categoria del mostro è stata trasposta dall'ambito del disordine somatico e naturale all'ambito della criminalità pura e semplice. A partire da questo momento si vede emergere un campo specifico: quello della “criminalità mostruosa o della mostruosità” che non si realizza nella natura e nel disordine della specie, ma nel comportamento stesso.

E non è l'aberrazione della natura ad essere di per se stessa infrazione ma è l'infrazione che rimanda (come se fosse la sua origine e la sua natura) a qualcosa che è l'aberrazione stessa della natura⁶⁹.

L'individuo da correggere è il degenerato, il criminale che va punito e riabilitato. L'“incorreggibile” fa invece riferimento ad un tipo di sapere che nasce dalle tecniche pedagogiche, dalle tecniche di educazione collettiva e di formazione delle attitudini.

Infine vi è il degenerato sessuale: in questo campo l'ingranaggio medico-familiare organizza un campo etico e patologico che funziona come principio di “normalizzazione”⁷⁰.

⁶⁸ *Ivi*, pp. 62- 64.

⁶⁹ *Ivi*, pp. 73-74.

⁷⁰ Foucault ritiene che nelle istituzioni di potere esiste una “volontà di sapere” dettata dall'esigenza di controllare, attraverso essa, gli individui e il loro piacere. Il sapere sulla sessualità è dunque inteso come strumento e supporto per un controllo dei comportamenti individuali e sociali. Nella nostra società attuale si assiste ad un proliferare di discorsi su questa tematica che tendono a pervadere ogni aspetto della vita quotidiana. Per un approfondimento sul pensiero di Foucault sul tema v. M. FOUCAULT, *La volontà di sapere, Storia della sessualità 1*, traduzione di P. Pasquino e G. Procacci, Milano, 2011, p. 50.

7. Influenza delle categorie disciplinari sul fondamento del diritto di punire e nella restrizione della libertà personale

A partire da una certa idea del fondamento del diritto di punire, che si può trovare nei penalisti o nei filosofi del XVIII secolo, benché fossero disponibili diversi mezzi di punizione, accade che in qualche modo venga privilegiata la prigione. Essa non è stata il solo mezzo per punire ma è diventata il mezzo principale. Perché si è scelto questo mezzo?⁷¹.

La modalità di punizione insita nel sistema penitenziario infatti, non solo ha modificato la pratica giudiziaria ma ha influito su varie problematiche attinenti al diritto penale. Così l'importanza data agli aspetti psicologici o psicopatologici della personalità del criminale, che si afferma lungo tutto il XIX secolo, è stata, fino ad un certo punto indotta da una pratica punitiva che si dava come fine la correzione e che non riscontrava nient'altro che l'impossibilità di correggere⁷².

Vediamo il discorso penale e il discorso psichiatrico incrociare le loro frontiere. Chi governa la giustizia non governa più la sua verità.

Detto sistema sembra permanere anche ai giorni nostri: il giudice, infatti, risulta sempre più interessato a conoscere le patologie e i disturbi di personalità dell'artefice di un'infrazione penale. A ciò consegue la tendenza a far ricadere il giudizio penale su un insieme di qualità tendenti a definire un'esistenza e un modo di essere dell'autore di reato, più che a riferirsi ad un atto ben preciso. Il meccanismo della medicalizzazione della giustizia conduce a non riconoscere la giusta rilevanza al diritto penale del fatto. Il soggetto di diritto cede sempre di più lo spazio al nevrotico o allo psicopatico, più o meno irresponsabile, la cui condotta sarebbe determinata da fattori psico-biologici⁷³.

⁷¹ M. FOUCAULT, *L'emergenza delle prigioni*, cit., par. "Cos'è che chiamiamo punire?", p. 272.

⁷² Ancora *Ivi*, p. 273.

⁷³ Proseguendo con M. FOUCAULT, *L'emergenza delle prigioni*, cit., "Intervista a M. Foucault", pp. 276, 279. Secondo Foucault viviamo in una società del pensiero politico dove non vi è nessuna riflessione d'insieme che permetta di articolare dei progetti riguardo la penalità, la medicina e la sicurezza sociale.

Il delinquente infatti, viene considerato affetto da una diversità somatica che riprende il tradizionale discorso lombrosiano. Attraverso il “sistema correzionale” e il “sistema della riabilitazione” le frange marginali possono diventare nuovamente “utili” e quindi recuperabili, reinseribili all’interno di una struttura di subordinazione (che è poi la forma perenne delle politiche riabilitative sin dall’origine)⁷⁴.

Nel XIX secolo a questo gruppo di marginali si dava il nome di “classi pericolose”. (Attualmente si assiste ad un fenomeno simile.) Si distinguevano infatti, le “società dell’esilio” (es. quelle greche), “le società dell’assassinio”, della tortura e della purificazione; e infine, le “società della reclusione”, diventato il nostro modello penale a partire dai secoli XVI e XVII. In quest’ultimo caso, l’internamento mira non solamente a punire, ma anche ad imporre attraverso la costrizione un certo modello di comportamento per acquisire un consenso forzato dei valori insiti nella società⁷⁵.

Il problema a cui Foucault risulta interessato riguarda il sistema penale, il modo in cui una società definisce il bene e il male, ciò che è permesso e ciò che non lo è, il legale e l’illegale, il modo in cui essa definisce le infrazioni e tutte le trasgressioni alla sua legge. L’autore è interessato alle istituzioni e alle pratiche, alle cose in qualche modo al di sotto del dicibile⁷⁶.

L’idea che la prigione fosse in sé una punizione era totalmente estranea al Medioevo, e le pratiche di questo genere non esistevano in quella società. Solamente quando il capitalismo nella sua fase iniziale si trovò ad avere a che fare con problemi nuovi, soprattutto quello della manodopera, dei disoccupati, e quando la società del XVII secolo conobbe grandi insurrezioni popolari, in Francia, in Germania e anche

⁷⁴ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire, Nascita della prigione*, traduzione di A. Tarchetti, cap. III, *Il Panoptismo*, Einaudi, Torino, 1975, pp. 213 ss. In quest’opera viene dettagliatamente illustrato il ruolo giocato dalla “delinquenza”, il modo in cui la società del “panottismo” descrive e classifica gli illegalismi e la criminalità. Dalle argomentazioni riportate si evince come la delinquenza costituisca il dispositivo pratico-discorsivo che permette alla società dell’ottocento e del Novecento di dire, di leggere, interpretare e costruire la criminalità.

⁷⁵ M. FOUCAULT, *L’emergenza delle prigioni*, cit., titolo del tema specifico: “*Io scorgo l’intollerabile*”, pp. 39, 51, 52.

⁷⁶ M. FOUCAULT, *L’emergenza delle prigioni*, cit., titolo del tema: “*Un problema m’interessa da molto tempo, quello del sistema penale*”, pp. 54, 56.

in Inghilterra, si cominciò a fare ricorso alla reclusione. Le prigioni permettevano di eliminare come pericolosa solo una certa parte della popolazione, senza che questa eliminazione avesse conseguenze economiche catastrofiche, come accadeva invece quando si invadevano le regioni insorte. In un certo senso si trattava di una forma di profilassi⁷⁷.

Se nel sec. XVII prese corpo una sorta di reclusione generale, alla fine del XVIII sec. e all'inizio del XIX sec., all'epoca, quindi, della Rivoluzione francese, si cominciò a fare delle distinzioni: i malati mentali in manicomio, i giovani negli istituti di rieducazione, i delinquenti in prigione. Attualmente, per ragioni che non si comprendono ancora molto bene, si sta ritornando ad una sorta di reclusione generale, indifferenziata, che si delinea in una forma discreta, più velata, secondo una modalità apparentemente scientifica. Tutte le istituzioni che appaiono "umanitarie" hanno come funzione comune la sorveglianza, il mantenimento sotto controllo delle esigenze marginali che non sono né veramente criminali né veramente patologiche⁷⁸.

La grande reclusione è stata generalmente praticata nella società capitalista. E sintomo di capitalismo è anche la misura della confisca dei beni. Il controllo di una gran parte delle ricchezze nazionali da parte del potere regio nel passato è stato un processo compiuto attraverso il sistema penale. Significativo risulta il fatto che l'attuale sistema penale sia sempre più orientato verso la confisca dei beni come modulo di gestione della "pericolosità" dell'individuo.

Aspetto di rilievo è costituito dall'interiorizzazione dell'ideologia borghese ad opera del proletariato. Al riguardo, si distingue tra proletariato integrato (buona parte in quest'opera l'hanno avuta i sindacati dei lavoratori) e proletariato rimasto marginale. Oggi viviamo un primo ricongiungimento, una riconciliazione tra una parte del proletariato e la parte non integrata della popolazione marginale. Quel che è in di-

⁷⁷ *Ivi*, pp. 76-77.

⁷⁸ *Ivi*, p. 78.

scussione è lo statuto del plebeo marginale nella società capitalista; lo statuto delle persone che si sono perdute⁷⁹.

D'altro canto, il tribunale non sarebbe l'espressione naturale della giustizia popolare ma piuttosto rivestirebbe la funzione storica di recuperarla, controllarla, strozzarla, riscrivendola all'interno di istituzioni caratteristiche dell'apparato di stato.

Dopo lo smembramento dello stato carolingio, la giustizia quale strumento nelle mani dei signori è divenuta uno strumento d'appropriazione, un mezzo di coercizione, e nel contempo una risorsa poiché produceva un reddito unitamente alla rendita feudale.

Tra l'altro, la giustizia venne accostata, come strumento di potere, alla forza armata. Sostituire alle guerre private una giustizia obbligatoria e lucrativa, imporre una giustizia in cui si è contemporaneamente giudice, parte e fisco, al posto delle transazioni e delle composizioni, imporre una giustizia che assicura, garantisce e aumenta in notevoli proporzioni il prelievo sul prodotto del lavoro, implica che si disponga di una forza di costrizione. È su uno sfondo di guerra sociale, di prelievo fiscale e di concentrazione delle forze armate che si è stabilito l'apparato giudiziario⁸⁰.

Per quanto concerne i rimedi, la rivoluzione viene considerata uno strumento utile per l'eliminazione radicale dell'apparato della giustizia e di tutto ciò che può rievocarne l'ideologia e permettere alla stessa di insinuarsi surrettiziamente nelle pratiche popolari.

Infatti, la colonizzazione non è più possibile in forma diretta e l'esercito non può più svolgere lo stesso ruolo di un tempo. Di conseguenza vi è un rafforzamento delle forze di polizia, un "sovraccarico" del sistema penitenziario che deve da solo svolgere tutte quelle funzioni istituzionali. Il controllo capillare e quotidiano della polizia, i commissariati, i tribunali (e in modo particolare quelli della flagranza nel

⁷⁹ *Ivi*, pp. 79, 81, 85.

⁸⁰ M. FOUCAULT, *L'emergenza delle prigioni*, cit., titolo del tema affrontato: "*Sulla giustizia popolare*", pp. 86, 88-89. Da tali riflessioni si deduce il perché in Francia e nell'Europa occidentale l'atto di giustizia popolare sia profondamente antiguidiziario, e opposto alla forma stessa del tribunale.

delitto), le prigioni, la sorveglianza post-penale, tutta la serie dei controlli che costituiscono l'educazione sorvegliata, l'assistenza sociale, devono svolgere uno dei ruoli che svolgevano l'esercito e la colonizzazione, estromettendo gli individui e facendoli espatriare. Ciò corrisponde al modello fascista: polizia, controllo capillare interno, reclusione⁸¹.

La giustizia penale non è stata introdotta né dalla plebe, né dai contadini, né dal proletariato, ma proprio dalla borghesia, come strumento tattico importante nel gioco di divisioni che quest'ultima voleva introdurre. Siffatto apparato giudiziario ha avuto effetti ideologici specifici su ciascuna delle classi dominanti e vi è in particolare un'ideologia del proletariato che è stata resa permeabile ad un certo numero d'idee borghesi relative al giusto e all'ingiusto, al furto, alla proprietà, al crimine, al criminale.

Queste sono armi di cui si è servita la borghesia per esercitare il suo potere. Molto spesso è proprio attraverso gli intellettuali, che svolgono il ruolo di procuratore o di giudice, che la borghesia ha avuto la possibilità di diffondere tale ideologia. Ossia l'ideologia morale – perché che cosa è la nostra morale se non ciò che non ha mai cessato di essere rinnovato e riconfermato attraverso le sentenze dei tribunali.

Tutto il sistema penale è in fondo orientato verso la morte e retto da quella. La prigione non è l'alternativa alla morte. Essa porta la morte con sé. In carcere si tratta di una questione di vita o di morte, non certo di correzione. In prigione viene punito chi cerca di uccidersi e quando la prigione si stanca di punire, uccide⁸².

Non è la pratica ma la teoria del crimine ad essere completamente censurata. Ed è precisamente nello spazio bianco di questo discorso esplicitamente vietato (e non rimosso) che la criminologia, la sociologia e la psicologia del crimine si sono collocate: esse si sono incaricate di fare esistere a loro volta la criminalità come fenomeno d'insieme, e in modo che questa si esprimesse solo come oggetto di sape-

⁸¹ M. FOUCAULT, *L'emergenza delle prigioni*, cit., titolo del tema affrontato: "*Sulla giustizia popolare*", pp. 96-98, 100. A parere di Foucault, l'apparato giudiziario e l'intero sistema penale hanno sempre funzionato in modo da introdurre contraddizioni in seno al popolo.

⁸² *Ivi*, pp. 101, 104, 111, 113.

re, come un campo d'analisi, come un tema di riflessione, condotta da altri e per altri. “Partner abile e docile la criminologia risponde come si deve ai racconti d'avventura. Essa riconduce tutte le irregolarità dell'avventura individuale a un profilo generale che precisamente porta il nome di devianza”⁸³.

Si rammenta come in occasione di tutte le rivoluzioni politiche del XIX secolo – quelle del 1830, 1848, 1870 – si verificarono sempre anche rivolte nelle prigioni. Benché la stampa non abbia praticamente mai parlato di rivolte nelle prigioni, lasciando credere che per settanta anni vi avesse regnato calma, la realtà era ben differente.

Viviamo all'interno di un sistema punitivo dove la prigione non è che una parte del sistema penale, il quale a sua volta è solo una parte del sistema punitivo. La società capitalistica poggia su tutta la rete di pressione punitiva che si esercita sugli individui. Il sistema penale è un sistema di potere che penetra in profondità nella vita degli individui e che verte sul loro rapporto con l'apparato produttivo. Affinché gli individui siano una forza lavoro disponibile per l'apparato produttivo occorre un sistema di costrizioni, di coercizione e di punizione, un sistema penale e un sistema penitenziario. E tutto ciò riguarda soprattutto la quotidianità dell'individuo, la sua sfera di relazioni fino al rapporto che intrattiene con se stesso⁸⁴.

Dall'inizio del XIX sec. è esistita tutta una serie di istituzioni che hanno funzionato sulla base dello stesso modello, quello del “panottico”: istituzioni di sorveglianza in cui gli individui erano fissati sia a un apparato produttivo, ad una macchina, a un mestiere, ad un laboratorio, ad un apparato scolastico, punitivo, correttivo, sanitario. Gli individui erano legati ad un determinato apparato, costretti a obbedire

⁸³ *Ivi*, p. 119.

⁸⁴ Foucault non è d'accordo sul concetto di “contenuto politico”. Secondo il suo punto di vista è decisamente politico tutto ciò che riguarda il modo di mangiare, di nutrirsi, i rapporti tra un operaio e il suo padrone, il modo di amare, la sessualità, i vincoli familiari, il divieto di abortire ecc.; v. M. FOUCAULT, *L'emergenza delle prigioni*, cit., p. 123.

Sul tema della repressione e della limitazione nella vita quotidiana si veda anche M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità I*, cit., dove si afferma quanto segue: “Il carattere specifico del potere – ed in particolare di un potere come quello che funziona nella nostra società – è di essere repressivo e di reprimere con una particolare attenzione le energie inutili, le intensità dei piaceri ed i comportamenti irregolari”, p. 15.

un certo numero di regole di esistenza inquadrandoli tutta la loro vita. Così, affinché l'uomo potesse trasformare il suo corpo, la sua esistenza e il suo tempo in forza lavoro e la potesse mettere a disposizione dell'apparato produttivo è stato necessario tutto un sistema di costrizioni. Difatti oggi le persone non sono più inquadrate dalla miseria ma dal consumo.

La prigione è coerente col sistema, salvo il fatto che il sistema penale non ha ancora individuato le forme insidiose e duttili che la pedagogia, la psichiatria, la disciplina generale della società hanno invece già trovato⁸⁵.

Oggi c'è una specie di sorveglianza a coefficiente medico piuttosto forte. Il potere politico, ancor prima di agire sull'ideologia, sulla coscienza delle persone, si esercita in modo molto più fisico sul loro corpo. Il modo in cui si impongono dei gesti, degli atteggiamenti, degli usi, delle ripartizioni dello spazio, delle modalità di alloggiamento, e insomma tutta una distribuzione fisica e spaziale delle persone appartengono ad una tecnologia politica del corpo. La stessa modalità la ritroviamo nel metodo rieducativo, nel trattamento penitenziario, quale sistema "positivo" di eliminazione⁸⁶.

Quanto al ruolo sociale dell'internamento, bisogna ricercarlo sul versante del personaggio che comincia a definirsi nel XIX sec.: il delinquente. La costituzione dell'ambiente criminale è senz'altro il correlato dell'esistenza della prigione. Si è cercato di costituire all'interno delle masse popolari un piccolo nucleo di persone che fossero considerate titolari privilegiate ed esclusive dei comportamenti illegali. Dei reietti, persone disprezzate e temute da tutti. Più delinquenti ci sono più la popolazione accetta i controlli polizieschi creando il fenomeno della "contrapposizione" fra gli individui. Secondo l'analisi sociologica finora condotta, la classe al potere si servirebbe della minaccia della criminalità come di un alibi continuo per inasprire il controllo sulla società. La delinquenza fa paura, e si coltiva questa paura. Purtroppo

⁸⁵ Sul punto si consulti M. FOUCAULT, *L'emergenza delle prigioni*, cit., pp. 125-127; ne è riprova la pervasività del concetto di pericolosità sociale, di interesse per tutti i campi di esplicazione della restrizione della libertà personale: dalla fase di prevenzione, a quella cautelare ed infine quella esecutiva e penitenziaria.

⁸⁶ Il tema viene trattato in M. FOUCAULT, *L'emergenza delle prigioni*, cit., pp. 136, 139, 145.

come la paura del nemico fa “amare” l’esercito, così la paura dei delinquenti fa “amare” il potere poliziesco⁸⁷.

Bisogna domandarsi se, in questo scenario culturale, l’inflizione delle pene avvenga al fine di reprimere i delitti o se piuttosto l’erogazione delle misure punitive abbia il ruolo negativo della repressione e quello “positivo” di legittimare il potere che emana le regole. Se così fosse, il meccanismo in questione esprimerebbe non tanto l’esigenza di punire quanto quella di operare una “sorveglianza” sugli individui. Non a caso, la forma “prigione” nasce molto prima della sua introduzione nel sistema penale. La troviamo in embrione in tutta quella scienza del corpo, della sua correzione, del suo addestramento che era acquisita nelle fabbriche, nelle scuole, negli ospedali, nelle caserme.

L’apparato pubblico di polizia, invece, tipica invenzione francese che affascino subito tutti i governi europei, viene ritenuto il supporto del sistema “panottico”, il cui binomio tende a produrre conseguenze importanti nella definizione e nel significato del ruolo assunto dalla delinquenza.

Oggi c’è la penalità dell’incorporeo. La nuova penalità oggi piuttosto che punire corregge e cura. Il giudice assume anche le funzioni di un medico. La società della sorveglianza vuole fondare il suo diritto sulla scienza. Si percepisce “il diverso” secondo una logica di “anormalità indifferenziata”.

A partire dal XVIII sec. s’impone una punizione a qualcuno non per punirlo per quello che ha fatto ma per trasformare la sua natura. Di qui la necessità di cedere il passo a persone che faranno sul crimine e sui criminali un discorso che potrà giustificare le misure in questione. Ciò evidenzia il legame stretto tra sapere e potere, e le incidenze di uno sull’altro⁸⁸.

Non è possibile che il potere si eserciti senza sapere, non è possibile che il sapere non generi potere. Quest’ultimo consiste essenzialmente in un rapporto di forza, quindi, un rapporto di guerra, conseguentemente gli schemi che si devono utilizzare

⁸⁷ *Ivi*, pp. 158-159, 166. Non bisogna dimenticare che l’apparato della polizia costituisce un’invenzione recente, precisamente della fine del XVIII sec. e dell’inizio del XIX sec.

⁸⁸ *Ivi*, pp. 167, 176, 178.

non devono essere presi in prestito dalla psicologia o dalla sociologia ma dalla strategia. E dall'arte della guerra⁸⁹.

La società cerca, per mezzo del sistema penale, di organizzare, disporre, rendere politicamente ed economicamente vantaggiosa tutta una serie di relazioni tra legalità e illegalismi, e la società suona molto bene questo doppio spartito.

L'appello alla paura, rilanciato senza tregua dalla letteratura poliziesca, dai giornali e dai film, è l'appello alla paura del delinquente, tutta la formidabile mitologia, apparentemente carica di gloria, ma nei fatti spaventosa, questa enorme mitologia che si è costruita attorno al personaggio del delinquente, del gran criminale, ha reso in qualche modo naturale, ha naturalizzato la presenza della polizia in seno alla popolazione.

La prigione permette la recidiva, assicura la costituzione di un gruppo di delinquenti professionalizzato e chiuso su se stesso. Ciò avviene per mezzo del casellario giudiziario, delle misure di sorveglianza, grazie alla presenza di informatori negli ambienti della delinquenza, con la conoscenza dettagliata che la prigione assicura di questo ambiente⁹⁰.

Quando la gente è stanca di sapere cosa accade sul versante del crimine, accetta anche di non sapere cosa accade su quello della giustizia, che è amministrata in suo nome.

Se la giustizia si preoccupa di correggere un individuo, di conoscerlo nel fondo dell'anima per trasformarlo, tutto è diverso. Abbiamo a che fare con un uomo che ne giudica un altro. È sconvolgente vedere che presso i nostri giuristi o i moderni criminologi, la nozione "retributiva" della pena è trattata con disprezzo⁹¹.

Se si ha a che fare con un criminale punire non ha un gran senso, a meno che la punizione non si iscriva in una tecnologia del comportamento umano. Ed ecco che i

⁸⁹ *Ivi*, pp. 184 ss.

⁹⁰ A parere di Foucault, la prigione è sorta perché sarebbe servita da strumento all'illegalismo della classe al potere nei confronti dell'operaio la cui "moralità" era assolutamente indispensabile nel momento in cui si affacciava un'economia di tipo industriale.

⁹¹ M. FOUCAULT, *L'emergenza delle prigioni*, cit., pp. 185-203.

criminologi degli anni 1880-1900 hanno cominciato a formulare degli enunciati stranamente moderni secondo i quali il crimine per il criminale non può che essere una condotta anormale, perturbata. Se disturba la società è perché egli stesso è disturbato. Bisogna dunque curarlo. Bisogna quindi sostituire all'apparato giudiziario delle commissioni tecniche di psichiatri e di medici. Da qui l'idea di un internamento con funzione mista: terapeutico e di preservazione sociale.

Bisogna rispondere a queste domande: l'individuo è pericoloso? Può accedere alla sanzione penale? È curabile o riadattabile? Tre domande che non hanno alcun senso giuridico! La legge non ha mai preteso di punire qualcuno perché "pericoloso" ma perché criminale. A quanto si sa il "pericolo" non è una categoria psichiatrica né lo è d'altronde il concetto di "riadattabilità". Siamo in presenza di uno strano discorso ibrido in cui la sola questione in gioco è il "pericolo per la società". Lo psichiatra non parla alla psicologia del delinquente ma si rivolge alla libertà del giudice. Ad essere in questione non è l'inconscio del criminale ma la coscienza del giudice. Il problema più importante e molto interessante è la questione del significato del valore politico della trasgressione, della criminalità.

A partire dal XIX sec. il nuovo sistema penale ha evidenziato un sistema che solo apparentemente si prefiggeva la trasformazione degli individui. In realtà lo scopo era quello di creare una sfera criminalizzata specifica, uno strato sociale che doveva essere isolato dal resto della popolazione, per controllare i movimenti rivoluzionari e sabotarli. I programmi di reinserimento sociale avrebbero dunque una funzione di alibi. Riadatterebbero i delinquenti alle condizioni sociali dominanti. Dopo tutto, la presenza dei criminali giustifica l'attività svolta dall'apparato di pubblica sicurezza. La permanenza della criminalità non è affatto uno scacco del sistema carcerario, è al contrario la giustificazione oggettiva della sua esistenza.

Un'altra questione riguarda il problema della repressione delle pulsioni e degli istinti. In realtà si potrebbe dire al contrario che soffermarsi troppo su questi aspetti costituisce piuttosto un modo per stimolarli, per eccitarli irritandoli, di tormentarli per portarli dove si vuole, facendoli funzionare in questa maniera o in quest'altra.

“*Law and order*” non è semplicemente la parola d’ordine del conservatorismo americano, è piuttosto una mostruosa ibridazione⁹².

Ci si domanda se si uscirà radicalmente da una pratica penale che afferma d’essere destinata a correggere ma affermatrice, al contempo, il presupposto secondo cui alcuni individui, per natura, per carattere, per una fatalità bio-psicologica o perché insomma intrinsecamente pericolosi, non possono né potranno mai essere corretti. In altre parole, il nostro sistema penale è misto: vuole punire e intende correggere. Confonde le pratiche giuridiche con le pratiche antropologiche. Per cambiare l’attuale sistema penale bisognerebbe affrontare un cambiamento nel pensiero che è il modo attraverso il quale gli umani affrontano il reale. Bisognerebbe lavorare con gli esperti non solo per modificare le istituzioni e le pratiche ma anche per elaborare nuove forme di pensiero. Purtroppo, le configurazioni strategiche spesso non sono chiare nemmeno agli occhi di coloro che le presidiano e vi recitano un ruolo⁹³.

Insomma, sul diritto di punire vi è un’iper-psicologizzazione del criminale con interventi medici e psichiatrici con fini terapeutici. Ci si chiede quale possa essere il destino di nozioni quali “responsabilità” e “colpa”. Si dovrebbe rivedere il significato di punizione e di pericolosità individuale. In realtà, attualmente, non si ha più bisogno di fabbriche di delinquenti ma al contrario si ha sempre più bisogno di rimpiazzare i controlli tradizionali con altri, che sono controlli più sottili, più raffinati. Si tratta di un controllo operato sul sapere, operato dalla psicologia, dalla psicopatologia, dalla psicologia sociale, dalla psichiatria, dalla criminologia⁹⁴.

⁹² *Ivi*, pp. 207-229.

⁹³ *Ivi*, pp. 161, 264, 270, 272.

⁹⁴ Al riguardo, per i rapporti tra potere e sapere, si consulti M. FOUCAULT, *Il sapere e la storia, Sull’archeologia delle scienze e altri scritti, Introduzione* a cura di A. CUTRO, Verona, 2007, pp. 12 ss.

8. L'esperienza della libertà e la fine di ogni senso esterno all'uomo

Nella pratica, la categoria della pericolosità sociale ha l'effetto di denominare, stabilire e circoscrivere diversi ambiti di libertà e di autonomia del soggetto. L'analisi genealogica del concetto di pericolosità sociale pone necessariamente in rilievo uno degli aspetti su cui dovrebbe fondarsi, in bene o in male, l'esistenza dell'individuo pericoloso: la sua (supposta o inesistente) libertà. Soprattutto con riguardo al senso ad essa attribuito, all'interno di una logica controllante, quella attuale, di contrapposizione tra ciò che appartiene all'uomo e ciò che, invece, rimane ancorato alla sfera esterna allo stesso.

Ebbene, in questo odierno scenario anche il concetto di "libertà" viene rivisitato, spogliato dei suoi involucri più grossolani, emergendo come (co)stretto dentro una morsa, svilito e racchiuso all'interno di categorie dogmatiche fisse, ossessivamente duali, tanto che, secondo Jean-Luc Nancy, una volta condizionata all'atto instauratore del soggetto – quello che la filosofia post-cristiana ha chiamato "libero arbitrio" o "indeterminazione della volontà – la libertà non soltanto ha visto progressivamente ridotta la sua originaria ricchezza semantica in una modalità sempre più difettiva e stilizzata, ma si è trovata nuovamente esposta al rischio di essere rovesciata nel proprio opposto logico: in ordine per Hobbes, in sovranità per Rousseau, in Stato per Hegel. In ogni caso in una sorta di determinazione oggettiva, dialetticamente assunta come forma necessaria da parte del soggetto sedicente libero, o da esso subita come prezzo esteriore della propria irriducibilità interiore (Lutero). Come se si avvertisse un bisogno di fondazione che, per garantire il concetto di libertà nei confronti del suo stesso potenziale efrattivo, finisce per incatenarlo in una rappresentazione ideale che chiude il suo senso eccedente nei confini di un significato di volta in volta presupposto. Tale fenomeno esprime una valenza immunizzante, ossia una precisa attitudine difensiva nei confronti del *munus* comune e della originaria co-appartenenza alla stessa esperienza della libertà⁹⁵.

⁹⁵ J.-L. NANCY, *L'esperienza della libertà*, Introduzione di R. ESPOSITO, Torino, 2000, p. 5 e ss. Jean-

Insomma, si assiste sempre più all'elisione proprio di questa straordinaria estensione orizzontale dell'idea di libertà-relazione, insieme alla sua declinazione affermativa, così, ciò che rappresentava un principio immanente di sviluppo secondo la legge intrinseca della propria natura tende irresistibilmente a configurarsi come il perimetro esterno delimitante ciò che può essere fatto rispetto a ciò che non si deve fare. La vera svolta in direzione immunitaria risale alla stagione medioevale, allorché la libertà, assume precisamente il carattere di “diritto particolare” e cioè di quell'insieme di “privilegi”, “esenzioni” o immunità che appunto dispensano alcuni soggetti collettivi da un obbligo comune per tutti gli altri. Da allora, con tutte le varianti possibili, la libertà sarà sempre concepita come un bene, una facoltà dell'individuo che la detiene, in contrapposizione alla dimensione politico-comunitaria⁹⁶.

Così, strappata all'intensità affermativa della sua antica radice “comune”, la libertà dovrà ormai adattarsi a non poter essere declinata se non in negativo: come non-dominio, non-costrizione, non-comunità. Rappresentata solo a partire dagli

Luc Nancy è un autore che si va sempre più configurando come il maggior filosofo francese della generazione immediatamente successiva a quella di Foucault, Levinas, Deleuze e Derrida. Al riguardo, relativamente alle sue opere, quella che potrebbe apparire un'eccessiva densità categoriale, rivela invece un'intenzione precisamente opposta: la ricerca ostinata ed inquieta di quella semplicità che è al cuore dell'estrema difficoltà. Le opere di Nancy appaiono tese, infatti, ad un'esigenza di concretezza, di spessore, di materialità, che sembra battere sulla parete muta e impenetrabile delle cose sperimentando insieme la propria potenza d'urto e il loro limite infrangibile. Il linguaggio utilizzato da questo autore è innovativo, singolare e richiama un'inesauribile galleria di voci, eventi, gesti, luoghi, corpi sorpresi e disvelati, accostati, sovrapposti nella “nudità” di una semplice presenza – quella che l'autore intende per “esistenza finita”, vale a dire sottratta ad ogni essenza che non coincida con l'esistenza stessa. La difficoltà logico-argomentativa sta proprio nel presentare tale presenza senza al contempo rappresentarla in un ordine di discorso già fissato nei suoi presupposti; senza, cioè, raddoppiarla e chiuderla in quella morsa concettuale che costituisce la modalità più tipica della tradizione filosofica e il suo stesso dispositivo di attribuzione della significazione.

⁹⁶ J.-L. NANCY, *L'esperienza della libertà*, cit., p. 5 ss. Sullo stesso tema, la Arendt affermava che nel XVII e XVIII secolo, “lo scopo supremo della politica era garantire la sicurezza. La sicurezza rendeva possibile la libertà”. Evidente processo di immunizzazione della libertà (dalla politica). I due concetti – libertà e comunità politica – avvolti nel compromesso pratico, ormai separati dalla loro conversione immunitaria, si rivelano incapaci di pensare sia la libertà che la comunità, e tanto più il loro rapporto costitutivo. V. D. ARDILLI, *Hannah Arendt: Critica dell'ontologia e approssimazione al «concreto»*, in *Esercizi Filosofici* 2, 2007, pp. 1-19, in ISSN 1970-0164 link: <http://www.univ.trieste.it/~eser-filo/art207/ardilli207.pdf>.

Vedasi al riguardo anche l'opera di Foucault dove descrive la libertà come aspetto costituito per derivazione, quale rimanenza dopo “lo spillare” della politica, M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., *passim*.

ostacoli che si frappongono al suo impossibile dispiegamento, la libertà rischia di restare senza parole non appena quelli sembrano venir meno, in realtà, trasferendosi all'interno di essa fino a svuotarla di ogni effettività. La libertà, insomma, non può essere qualcosa che si ha ma solo qualcosa che “si è”, all'interno dell'esperienza di vita, ossia ciò che libera l'esistenza alla possibilità di esistere in quanto tale. Sembra, pertanto, profilarsi in filosofia, un diverso modo di “essere liberi” del quale non si conosce ancora né il significato né il nome⁹⁷.

Lo stesso “regime del senso” sull'uomo sembra essere entrato in un'inarrestabile dinamica entropica che pare ingoiarlo in un gorgo senza pareti e senza fondo. Per questo appare importante l'apertura al nuovo senso che questa stessa chiusura libera sul suo bordo esterno⁹⁸.

L'originalità della posizione di Nancy sta nella modalità affermativa, non tragica, di interpretazione del predetto fenomeno nichilistico. L'esaurimento del senso, infatti, non è da lui inteso come una catastrofe, bensì come evento, o meglio, come avvenimento che abbiamo di fronte e che ci coinvolge come la nostra medesima condizione: quella appunto di essere abbandonati alla fine di ogni senso esterno a noi stessi.

⁹⁷ J.-L. NANCY, *L'esperienza della libertà*, cit., p. 5 ss.

⁹⁸ È in questo complesso incrocio tra i due sensi – il primo in esaurimento, il secondo a venire dell'espressione “senso”, che si misura la forza e il rischio della prospettiva di Nancy, ed anche la sua difficile collocazione all'interno del dibattito filosofico contemporaneo che essa pare costeggiare senza identificarsi in nessuna delle scuole cui pure a volte viene ascritta, a partire da quella decostruzionista. E ciò non perché egli non faccia proprio l'impegno appunto decostruttivo, di continua vigilanza critica rispetto ai presupposti metafisici della tradizione classica e moderna, ma perché l'autore interpreta tale criticità – ossia il “de” della decostruzione – non in senso negativo, o addirittura distruttivo, ma piuttosto in termini affermativi e dunque di apertura: come un continuo dissigillo di ciò che la tradizione ha sigillato chiudendolo dentro un muro di significazione che non lascia intravedere né le fondamenta su cui poggia né il movimento stesso della fondazione. Perciò, Nancy, torna esattamente sulle grandi parole – la libertà, la comunità, il corpo – di quella stessa tradizione metafisica che pure, contemporaneamente, de-costruisce.

Se, cioè, la filosofia occidentale, nella sua attitudine costitutivamente metafisica, si è invariabilmente proposta come soggetto generale di significazione – come orientamento del senso – essa ha colto, almeno nei suoi vertici e sempre più nettamente, anche il limite di tale operazione, pur senza mai riuscire a rompere definitivamente il circuito dialettico tra eccedenza del senso e sua riconduzione normativa alla sfera presupposta dei significati. Ad inabissarsi è il senso medesimo e dunque anche qualsiasi possibilità di significarlo. La curva epocale in cui per la prima volta l'infinita volontà di significato di cui si è nutrita la tradizione moderna si è trovata faccia a faccia con l'inedia, il prosciugamento, la deportazione dell'intero regime del senso: non solo l'insignificanza, ma soprattutto, a partire dagli anni Trenta, l'assoluta furiosa devastazione di ogni significazione. v. J.-L. NANCY, *L'esperienza della libertà*, cit., p. 5 ss.

Di essere noi stessi (noi tutti e noi soli) il senso sottratto ad ogni origine, fine, orientamento. L'uomo deve riappropriarsi della propria essenza e abbandonare le categorie dogmatiche classiche che lo definiscono.

Al riguardo, se la filosofia non può più essere una concezione del mondo, se non può più assegnare ad esso il proprio senso o anche qualsiasi altro senso, può, però, costituire l'apertura di uno spazio di pensiero in cui il mondo si riconosce esso stesso come l'unico senso. Il mondo, con le sue relazioni, con i suoi incontri che libera nella grana di un'esistenza finita perché mai coincidente con se stessa, sempre affacciata sull'Altro da sé, diventa il proprio produttore di senso. È questa inclinazione dell'esistenza verso il fuori - il suo comparire nella singolare pluralità del mondo - a caratterizzare il pensiero di Nancy in direzione costitutivamente politica. Se il senso coincide con l'esistenza, vuol dire che finalmente possiamo presentarci a noi stessi senza più intermediari o mediatori - gli uni agli altri, nell'infinita condivisione di un'esperienza comune⁹⁹.

La pericolosità sociale pertanto, quale strumento difensivo immunizzante, deputato a proteggere la comunità sociale dal pericolo di commissione di nuovi reati, andrebbe ripensata in un'ottica di compenetrazione del sociale nell'individuale, per far sì che la libertà di cui cerca di garantire il presupposto, non sia solo vuoto contenuto enunciativo e/o istanza autolimitante, ma diventi, finalmente, esposizione ed espressione della vera essenza dell'uomo.

Al proposito, è più facile trovare transiti un po' spregiudicati dall'osservazione dei fenomeni alle posizioni deterministiche in ambito biologico che in altri ambiti. Forse ciò è dovuto al fatto che risulta più semplice ritenere che tutto quanto è biologico ci sia dato, non dipenda da noi, lo troviamo già confezionato e pertanto poco possiamo fare per intervenire¹⁰⁰.

Attualmente si ha la tendenza a trasformare le problematiche sociali in problematiche individuali e l'uomo è sempre più lasciato a sé stesso nella rimozione o

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce?*, cit., p. 51.

trasformazione degli ostacoli. Vi è una certa fissità deterministica della natura, contrapposta alla plasticità della cultura. “Se con ciò intendiamo dire che nascendo non siamo liberi di essere un pollo o una lenticchia, questo è senz’altro vero, ma anche la natura consente spazi di libertà”¹⁰¹.

Se l’organizzazione sociale umana, comprese le ineguaglianze di condizione sociale, di ricchezza e di potere, sono diretta conseguenza delle caratteristiche biologiche, a nulla varrà impegnarsi nel mutamento e in riforme di carattere sociale¹⁰².

¹⁰¹ *Ibidem*. Il condizionamento che l’uomo subisce dal contesto ambientale è cosa ben diversa dal determinismo sociale postulato dal positivismo criminologico. Infatti, affermare che l’individuo subisce il potere delle strutture sociali non significa negare che lo steso non detenga uno spazio intrinseco di libero volere. Il determinismo si ritrova in certa sociobiologia secondo la quale la società umana è l’inevitabile conseguenza di un lunghissimo processo di adattamento dove gli attori non sono gli individui o i gruppi, bensì i geni.

¹⁰² *Ivi*, p. 52.

CAPITOLO SECONDO

Il biopotere

L'assujettissement (la soggezione) è una straordinaria fabbrica del soggetto, è il potere, solo in forma apparentemente paradossale, a liberare quest'ultimo esorcizzando la minaccia che ciascuno rappresenta per ogni altro, in assenza di una legge comune.

[Michel Foucault]

SOMMARIO: 1. La costruzione del soggetto bio-politico attraverso il bio-potere. L'influenza del politico sull'organico. – 2. Liberalismo: tra libertà e controllo. – 3. La logica autoimmunitaria e le conseguenze di un eccesso di controllo-difesa sociale. – 4. Immunità del soggetto bio-politico. – 5. Dal bio-potere alla bio-politica affermativa. – 6. L'importanza dell'individuo nella società contemporanea.

1. La costruzione del soggetto bio-politico attraverso il bio-potere. L'influenza del politico sull'organico

Il processo di “fabbricazione” di un soggetto bio-politico rappresenta uno dei temi più salienti affrontati da Michel Foucault nelle sue opere¹⁰³.

L'elaborazione da questi effettuata interessa la presente ricerca per quanto attiene alla sfera del controllo nell'ambito della sicurezza pubblica perché evidenzia le forti implicazioni che si producono nella dimensione soggettiva e collettiva quando i sistemi di controllo diventano particolarmente penetranti e pervasivi.

¹⁰³ La trattazione del tema viene affrontata in M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., *passim*.

Il lavoro di “individuazione” o “assoggettamento” (*rectius*: formazione del significato di ciò che rappresenta un individuo/soggetto) emerge in tutta la sua drammaticità attraverso l’analisi delle tecnologie disciplinari, innestatesi a partire dal XVII sec. fino al XVIII sec., sul corpo del soggetto, attraverso lo sviluppo e il potenziamento di alcune abilità.

Tra gli aspetti più interessanti e originali del pensiero di Foucault, a proposito dell’analisi del potere, spicca senz’altro la teorizzazione di quello che viene da lui definito “biopotere” da cui origina la cosiddetta “biopolitica”, ovvero l’insieme delle pratiche con cui il potere entra nella dimensione della vita e ne influenza i suoi meccanismi più interni. In questa affilata analisi si sottolinea la fondamentale trasformazione avvenuta nell’epoca moderna, in corrispondenza con l’ascesa del capitalismo borghese e del liberalismo. Infatti, mentre prima del XVIII sec. il potere sovrano si esercitava come diritto di vita e di morte, a partire dal 1700 è diventato soprattutto “gestione positiva” della vita, quindi biopotere. In questa nuova forma, affinatasi nel corso del tempo e presente tutt’oggi, il potere, paradossalmente, tende a garantire la vita, e l’oggetto privilegiato del potere diventa il corpo degli individui e il corpo-specie della popolazione. Il sistema del potere disciplinare infatti, per poter operare, deve stringere rapporti di solidarietà con la società cui appartiene, allo stesso modo in cui il potere della sovranità aveva fatto a suo tempo. Vi è però una differenza tra questi due poteri. Il potere della sovranità agiva attraverso il cosiddetto “prelievo” sul suddito, in cambio di protezione, che comunque rimaneva integro; il potere disciplinare rappresenta invece “un’espugnazione totale” del corpo, dei gesti, del tempo, del comportamento dell’individuo.

Il “soggetto di diritto”, oggettivato dalla presa anatomo-politica che ne valuta gesti e attitudini secondo la logica incrementale e ottimizzante della produttività (corrispondente ai meccanismi del sistema economico) diventa l’individuo che la disciplina dello spazio – che propone scuole e caserme, fabbriche ed ospedali – si incaricherebbe, di “spillare” dalla sua singolarità, valorizzando, nel contempo, gli effetti cooperativi determinati dal suo adattamento sociale. L’individuo, in altri ter-

mini, viene privato della sua essenza individuale a vantaggio delle componenti sociali che lo inducono a conformarsi a ciò che è bene per la “collettività”¹⁰⁴.

Tale meccanismo porta anche alla creazione di tutta una fitta rete di controlli dove i rapporti sono sempre isotopici¹⁰⁵ all’interno di questo dispositivo di potere. Ogni elemento occupa un certo posto in questa rete fino a formare una gerarchia di compiti, di classificazioni. Si arriva così al binomio sapere-potere, alla trasmissione dell’informazione dal basso verso l’alto, alla codificazione, al carattere “panottico”, alla perizia, al rapporto scritto, alla biografia e a tutta una letteratura che da qui prende forma e si emancipa.

Con l’esercizio di questo tipo di potere si arriva quindi alla creazione dell’individuo. In buona sostanza la nascita dell’individuo è opera di questo potere individualizzante, in quanto “corpo” assoggettato al potere. L’individuo, in questo sistema, è anche “soggetto normale o anormale”. Creando l’anormale attraverso la proprietà anonimizzante che riduce ai margini, questo potere deve poi necessariamente creare una serie di meccanismi per riportarlo alla normalità, attraverso la proprietà normalizzatrice (o dispositivo di normalizzazione) che inventa nuovi sistemi di recupero, dimenticando che è stato esso stesso a creare questa condizione.

Il punto di riferimento di questa analisi è rappresentato dalle “pratiche concrete” attraverso le quali “passano” gli universali “creati” sullo Stato, sulla società, sul significato del sovrano e dei sudditi, attraverso la griglia delle stesse¹⁰⁶.

L’approccio è molto diverso dallo storicismo perché non parte dagli universali per arrivare a ciò che significava un concetto per la collettività ma si parte direttamente dalle pratiche concrete impiegate nel sistema per arrivare a determinare il vero senso e il reale significato dei concetti sopra richiamati, smontandoli quindi della loro, solo apparente, significazione.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Per “isotopo” si intende “stesso posto”; isotopici sono quei rapporti che hanno la stessa composizione ma agiscono con ruoli diversi, rispondendo tutti ad un’unica logica.

¹⁰⁶ Foucault, presuppone l’inesistenza di universali per cercare di stabilire, sulla base delle pratiche concrete, che storia si può costruire sui concetti tipo follia, pericolosità sociale, delinquenza.

A partire da quel dato periodo storico, mercantilismo, stato di polizia, bilancia europea, hanno costituito, insieme il corpo concreto della nuova arte di governare¹⁰⁷.

Lo Stato, in questa logica, non viene definito come mostro freddo bensì quale correlato di un certo modo di governare. Il diritto rappresenta una limitazione alla ragion di stato tradizionalmente intesa. Alla ragion di stato tradizionale viene sostituita la ragione del “corpo sociale” unitariamente inteso¹⁰⁸.

Il diritto pubblico arriva a coincidere con l’economia politica¹⁰⁹.

La questione economica sarà sempre posta all’interno del campo della pratica di governo e non in funzione di quello che potrebbe fondarla di diritto¹¹⁰.

D’ora in poi, in altri termini, sarà il successo o il fallimento a costituire il criterio dell’azione di governo, non più la legittimità o l’illegittimità. Incontriamo qui la filosofia utilitaristica. Il successo o il fallimento si sostituiranno dunque alla contrapposizione legittimità/illegittimità¹¹¹.

¹⁰⁷ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., p. 17.

¹⁰⁸ “La divisione, infatti, non verrà più stabilita negli individui, negli uomini, nei soggetti; essa si stabilirà nell’ambito stesso della pratica di governo in quanto tale, tra le operazioni che possono o non possono essere fatte, ovvero tra le cose che devono essere fatte e i mezzi per farle, da una parte e le cose che devono essere fatte dall’altra. Il problema non è dunque quello di stabilire dove si collocano i diritti fondamentali, e in che modo essi separino l’ambito della governamentalità possibile dall’ambito delle libertà fondamentali. La linea di separazione dovrà essere collocata tra due serie di cose: cose da fare e cose da non fare”. V. M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., p. 19.

¹⁰⁹ “Gli stessi equivoci dell’espressione “economia politica”, e del suo significato a quell’epoca, sono segnali utili a comprendere quale fosse la posta in gioco in tutto questo. L’economia politica, a differenza del pensiero giuridico del XVI e del XVII secolo, non si è sviluppata contro la ragion di stato e per limitarla, o almeno non in prima istanza. Al contrario, si è formata nel quadro stesso degli obiettivi che la ragion di stato aveva fissato all’arte di governo, visto che, dopotutto, si proponeva l’obiettivo di conseguire l’arricchimento dello stato. v. M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., p. 23.

¹¹⁰ Detto in altri termini, ciò che l’economia politica scopre non sono i diritti naturali anteriori all’esercizio della governamentalità, ma una certa naturalità propria della stessa pratica di governo. La natura è qualcosa che sottende, attraversa, e rientra nell’esercizio stesso della governamentalità. Rappresenta l’altra faccia di qualcosa la cui faccia visibile ai governanti è la loro stessa azione. La pratica di governo potrà fare ciò che deve fare solo a condizione di rispettare tale natura. Se rovescia questa natura, se non tiene conto o se si oppone alle leggi che sono state fissate dalla naturalità degli oggetti che manipola, subirà immediatamente delle conseguenze negative. M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., pp. 25-27.

¹¹¹ È un momento fondamentale perché viene stabilito, nelle sue linee essenziali, non tanto il regno del vero nella politica, ma un certo regime di verità, caratteristico di quello che si potrebbe chiamare l’epoca della politica, e il cui dispositivo di base è, in fondo, lo stesso ancora oggi. Questo momento è contrassegnato dall’articolazione, su una serie di pratiche, di un certo tipo di discorso che, da un lato,

Su questo tema si riscontra lo stesso problema che Foucault si era posto a proposito della follia, della malattia, della delinquenza e della sessualità¹¹².

Ovverosia, con queste asserzioni si vuole dimostrare l'assunto secondo cui, ciò che non esiste diventa "qualcosa" perché assoggettato ad un certo regime di verità, alla regola del vero/falso. In altre parole, si crea "un contenuto di senso" corrispondente perfettamente alle premesse iniziali, prive però di fondamento reale (quello dell'economia politica fusa nella ragion di stato). La comparsa dell'economia politica e il problema del governo minimo, ad esempio, sono due cose tra loro collegate. Si riscontra infatti una connessione tra la pratica di governo e lo specifico regime di verità creato all'interno del mercato economico, corrispondente alla logica dell'utilità e dello scambio¹¹³.

Il mercato costituisce un luogo di verità e di giustizia, precisamente di giustizia distributiva. Costituisce, altresì, luogo di veridizione, di verifica-falsificazione per la pratica di governo.

Il mercato deve dire il vero e deve farlo in relazione alla pratica di governo. È il suo ruolo di veridizione che da quel momento lo porterà a comandare, dettare,

lo costituisce come un insieme stretto da un legame intelligibile e, dall'altro, legifera e può legiferare su queste pratiche in termini di vero o falso. Tra le diverse pratiche che vanno dalla tariffa doganale al prelievo fiscale, alla regolamentazione del mercato e della produzione ecc, dalla metà del XVIII secolo si arriverà a dover stabilire una coerenza pensata, ragionata. Ma una coerenza che verrà stabilita in base a meccanismi intelligibili che collegano tra loro le diverse pratiche e gli effetti che ne derivano, permettendo quindi, di giudicarle come buone o cattive non in funzione di una legge o di un principio morale, ma in funzione di proposizioni che saranno a loro volta sottoposte alla distinzione tra vero e falso. Si tratta dunque, di tutto un ambito dell'attività di governo che passerà all'interno di un nuovo regime di verità, il cui effetto fondamentale sarà di collocare su un piano diverso tutte le questioni che in precedenza poteva sollevare l'arte di governare. L'attività di governo deve destreggiarsi tra un minimo e un massimo che vengono fissati dalla natura intrinseca del governo stesso e da una certa naturalità". V. M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., pp. 28-29.

¹¹² "In nessuno di questi casi si tratta di mostrare in che modo questi oggetti siano stati a lungo nascosti prima di venire finalmente portati alla luce ... Si tratta piuttosto di mostrare attraverso quali interferenze tutta una serie di pratiche – a partire dal momento in cui vengono coordinate ad un regime di verità – ha potuto far sì che ciò che non esiste (la follia, la malattia, la delinquenza, la sessualità) sia diventato comunque qualcosa, qualcosa che tuttavia continua a non esistere. V. M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., p. 30.

¹¹³ La posta in gioco di tutte queste indagini sulla follia, sulla malattia, sulla delinquenza, consiste nel mostrare in che modo l'accoppiamento serie di pratiche-regime di verità, formi un dispositivo di sapere-potere che imprime effettivamente nel reale ciò che non esiste e lo sottomette legittimamente alla distinzione tra vero e falso. v. M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., pp. 31, 37.

prescrivere i meccanismi giurisdizionali, sulla cui presenza o assenza il mercato dovrà articolarsi¹¹⁴.

2. Liberalismo: tra libertà e controllo

Vi sono due concezioni del tutto eterogenee della libertà: la prima formata a partire dai diritti dell'uomo, la seconda a partire dall'indipendenza dei governati¹¹⁵.

Tutto ciò secondo un criterio basato sul calcolo utilitaristico dell'indipendenza dei governati.

In generale, è proprio la regolazione dell'autorità pubblica in termini di utilità che prevale sull'assiomatica della sovranità in termini di diritti originari. L'utilità collettiva (piuttosto che la volontà collettiva) viene assunta come asse generale dell'arte di governare. Il radicalismo utilità individuale-utilità collettiva porta a far prevalere l'utilità generale su quella individuale e dunque a ridurre all'infinito l'indipendenza dei governati. L'orientamento della governamentalità viene esteso indefinitamente fino a pervadere, in maniera profonda, i rapporti intersoggettivi.

L'utilità degli individui e l'utilità generale diventa alla fine il grande criterio di elaborazione dei limiti del potere pubblico e dell'istituzione di un diritto pubblico e

¹¹⁴ Studiare le istituzioni penali, per Foucault vuole dire considerarle dapprima come luoghi e forme in cui la pratica giurisdizionale è preponderante e autocratica... analizzare quindi in che modo all'interno delle Istituzioni penali, fondamentalmente legate ad una pratica giurisdizionale, si sia via via formata e sviluppata una certa pratica veridizionale, messa poi pienamente in campo e coadiuvata dalla criminologia e dalla psicologia. La domanda veridizionale che è al centro della penalità moderna, destinata ad invadere anche la sua giurisdizione riguarda la questione della verità, posta al criminale attraverso la domanda "chi sei?". Quando infatti la pratica penale sostituisce alla domanda "che cosa hai fatto?" la domanda "chi sei?", da quel momento si comprende come la funzione giurisdizionale del penale stia cominciando a trasformarsi, o stia per essere superata, o forse minata dalla questione della veridizione. Si tratterebbe di fare la genealogia dei regimi veridizionali, ovvero l'analisi della costituzione di un certo diritto della verità a partire da una situazione di diritto, considerato che il rapporto diritto e verità trova la sua manifestazione privilegiata nel discorso in cui il diritto si formula, e in cui si enuncia ciò che può essere vero o falso. In definitiva, si tratta di riconoscere l'importanza di rendere visibili le condizioni che si sono dovute osservare per poter tenere sulla follia o sulla delinquenza dei discorsi la cui eventuale verità o falsità è dipesa dalle regole, di volta in volta, della medicina, della confessione, della psicologia, della psicoanalisi. V. M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., pp. 39-40, 42.

¹¹⁵ *Ivi*, p. 49.

di un diritto amministrativo. Siamo entrati, dall'inizio del secolo XIX in un'epoca in cui il problema dell'utilità si sovrappone sempre più a tutti i problemi tradizionali del diritto. L'autolimitazione del potere pubblico funziona in ragione dell'interesse. Il governo è diventato qualcosa che manipola degli interessi assumendo il mercato come luogo di veridizione.

In realtà la punizione non avrà più altre radici se non quella legata alla dinamica degli interessi degli altri, dell'ambiente, della società, ecc. È lo scambio a determinare il valore delle cose, e lo riscontreremo successivamente anche nella pratica carceraria dove si imporrà, nel tempo, una chiara logica di scambio e di premialità, tra amministrazione penitenziaria e detenuto.

La libertà di cui parlavano i fisiocrati coincide assai più con la spontaneità, con la meccanica interna e intrinseca dei processi economici, che non con una libertà giuridica riconosciuta in quanto tale agli individui: si tratta di una sorta di naturalismo delle pratiche di governo¹¹⁶.

La nuova ragione di governo ha dunque bisogno di libertà, consuma e produce la libertà e pertanto è obbligata anche ad organizzarla. La formula del liberalismo non è "sii libero" quanto piuttosto: "ti procurerò di che essere libero".

Poiché occorre produrre la libertà, questo stesso gesto implica, che nel contempo si stabiliscano delle limitazioni, dei controlli, delle coercizioni, delle obbligazioni sostenute da minacce. Il problema della sicurezza, che diventerà il prezzo della produzione di libertà, sarà dunque quello di proteggere l'interesse collettivo contro gli interessi individuali. La libertà e la sicurezza saranno in stretto rapporto quale centro propulsore della nuova azione di governo¹¹⁷.

¹¹⁶ Che senso ha dire che una monarchia amministrativa come questa lasciava più o meno libertà di un regime che chiamiamo liberale, il cui compito è tuttavia quello di prendere in carico in maniera continuata ed efficace, gli individui, il loro benessere, la loro salute, il loro lavoro, il loro modo di comportarsi, e persino il loro modo di morire? La libertà non è nient'altro che un rapporto attuale tra governanti e governati: un rapporto in cui la misura del "troppo poco" di libertà che c'è è data dall'"ancor di più" di libertà che viene richiesta. V. M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., pp. 50-51, 53.

¹¹⁷ La libertà è qualcosa che si fabbrica in ogni istante. Il liberalismo, pertanto, non è di per sé accettazione della libertà, ma è ciò che si propone di fabbricare la libertà in ogni istante, suscitarla e produrla, con ovviamente tutto l'insieme di costrizioni, di problemi di costo che questa fabbricazione comporta.

Il liberalismo si impegna in un meccanismo in cui sarà tenuto, in ogni istante, ad arbitrare la libertà e la sicurezza degli individui attorno alla nozione di “pericolo”. Non a caso si afferma, nel secolo XIX, tutta una educazione del pericolo che è molto diversa dai periodi passati. Irrompono i pericoli quotidiani secondo una cultura del pericolo correlato psicologico interno al liberalismo.

La seconda conseguenza del liberalismo, e dell’arte liberale di governare, è la formidabile estensione delle procedure di controllo, di costrizione e coercizione, destinate a costituire una sorta di contropartita e di contrappeso delle libertà. Libertà economica e tecniche disciplinari sono due aspetti perfettamente collegati. È il famoso *panopticum* che il giovane Bentham presenta agli inizi, negli anni tra il 1792 e il 1795, come la procedura che avrebbe reso possibile, all’interno di istituzioni come le scuole, le fabbriche, le prigioni, sorvegliare la condotta degli individui aumentandone la produttività, la redditività¹¹⁸.

Il controllo diventa il motore della libertà¹¹⁹.

Il biopotere o potere sulla vita si è sviluppato nel sec. XVII-XVIII in due direzioni complementari: la gestione del corpo umano nella società dell’economia e finanza capitalista, la sua utilizzazione e il suo controllo; la gestione del corpo umano come “specie”, base dei processi biologici da controllare per una biopolitica delle popolazioni. Il controllo delle condizioni della vita umana diventa un affare politico.

Discipline che vanno dalla chimica e biologia alla genetica e alla scienza statistica, saperi quali la demografia, la psichiatria, la sociologia, la criminologia, hanno contribuito a tratteggiare le linee della “normalità” e a fornire alla sfera del potere gli strumenti concettuali per la gestione delle attività biologiche. Alcune correnti di

Quale sarà allora il criterio per calcolare il costo di produzione della libertà? Sarà naturalmente la cosiddetta “sicurezza”. Ciò significa che il liberalismo, l’arte liberale di governare, si troverà costretto a determinare in quale esatte proporzioni, ed entro quali limiti, l’interesse individuale e i diversi interessi individuali – individuali in ciò che presentano di divergente gli uni dagli altri, o eventualmente di opposto – possono diventare un pericolo per l’interesse di tutti. V. M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., pp. 63, 65-67.

¹¹⁸ Il panottismo non è dunque un congegno da applicare localmente, in relazione ad alcune istituzioni, per Bentham è piuttosto una formula politica generale che caratterizza un certo tipo di governo. V. M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., pp. 68-69.

¹¹⁹ *Ivi*, pp. 71-72.

pensiero della seconda metà del Novecento¹²⁰ denunciano in modo esplicito i caratteri pervasivi, sia individualizzanti che totalizzanti, della attuale sovranità liberale, mirando a svelare l'inconsistenza ontologica dei principi democratici della giustizia e dell'uguaglianza, mostrandone l'impossibile realizzazione nella società che si dice liberale. Questi autori di "un'altra Modernità", ci dicono che la realtà materiale è un luogo di conflittualità permanente, di esclusioni sociali, di relazioni gerarchiche e tecnologie di assoggettamento. La storia politica degli ultimi quattro secoli è una storia di dominazione che si manifesta come tale persino negli istituti potenzialmente più democratici e innovativi, quali il sistema giuridico e giudiziario¹²¹.

Secondo questa corrente di pensiero si dovrebbe abbandonare l'idea Kantiana (ripresa e poi sviluppata nel Novecento da Rawls e Habermas) di una soggettività libera e autonoma, portatrice di diritti naturali riconosciuti dall'ordinamento giuridico e capace di portare a compimento l'utopia democratica della ragione illuministica. L'individuo liberale è per Foucault un soggetto già pienamente assoggettato. Esso è il prodotto di una dialettica "tra soggettivazione e assoggettamento - in base alla quale non si può diventare soggetti che assoggettandosi ad altro da sé o ad una parte di se stessi"¹²².

L'individuo non si costituisce come "soggettività autonoma" davanti e prima delle istituzioni liberali ma si forma come tale soltanto dopo il loro sviluppo e la messa in esercizio delle loro tecnologie di soggezione politica: l'individuo è pertanto l'effetto del potere di tali istituzioni¹²³.

¹²⁰ Si citano a titolo esemplificativo Foucault, Agamben, Hardt, Negri. Per un approfondimento sulla critica al liberalismo e alla democrazia liberale v. E. JOURDAIN, *La posta in gioco intorno a una critica del liberalismo*, in latradizionelibertaria.over-blog.it/article-approfondimenti-edouard-jourd.

¹²¹ Si tratta dell'equivoco rappresentato da tutti quei dispositivi che potremmo definire "liberogeni": tutti quei sistemi il cui scopo sarebbe produrre la libertà, che in determinate circostanze rischiano di produrre esattamente il contrario. Le crisi del liberalismo possono essere strettamente correlate con le crisi dell'economia capitalista, che sarebbe piuttosto la crisi del dispositivo generale di governamentalità.

¹²² R. ESPOSITO, *Pensiero vivente. Origine e attualità della filosofia italiana*, Torino, 2010, p. 30.

¹²³ Invece di orientare la ricerca sul potere in direzione dell'edificio giuridico della sovranità, degli apparati di Stato, delle ideologie che l'accompagnano, Foucault suggerisce di orientare tale ricerca verso gli operatori materiali della dominazione, vale a dire le istituzioni e i rapporti sociali della

In altre parole, il potere passa attraverso l'individuo che ha costituito e da cui, a sua volta, viene continuamente rinforzato.

Attraverso queste concezioni del potere molecolari, pervasive e immanenti al sociale è possibile, secondo questo orientamento, arrivare a una comprensione più profonda dell'origine e delle dinamiche di sviluppo della politica moderna. Se il fenomeno politico non si situa esclusivamente nella dimensione statale, ma si colloca anche al livello della società, passando, producendo e riproducendo le soggettività individuali e collettive, esso ha direttamente a che fare con la vita stessa delle persone, vale a dire con i loro bisogni, le loro capacità, le loro intelligenze e desideri. In questo senso, la politica moderna tratta, si confronta ed assume come oggetto specifico di decisione proprio la "nuda vita" degli esseri umani. Essa è pertanto "biopolitica": la vita è direttamente implicata nel potere. È la "Modernità" che vede l'entrata della vita nella politica in quanto oggetto di cura, l'ingresso dei corpi in quanto oggetto-soggetto di strategie espansive e produttive¹²⁴.

Il termine "biopolitica" indica, quindi, l'intervento attivo del potere sulla vita biologica dell'uomo, cioè dell'uomo in quanto essere vivente. La sua vita entra nei calcoli di potere.

All'interno delle prospettive biopolitiche perde pertanto qualsiasi significato euristico la divisione moderna tra momento pubblico e momento privato, tra vita politica e vita sociale¹²⁵.

Con l'affermarsi del paradigma bio-politico, la differenza tra *zoe* (inteso come orizzonte della necessità che lega l'uomo ai bisogni della sopravvivenza) e *bios* (inteso come la vita umana nella quale ha luogo il politico) viene meno¹²⁶.

società civile. "Bisogna studiare il potere al di fuori del modello del Leviatano, al di fuori del campo delimitato dalla sovranità giuridica e dall'istituzione dello Stato. Bisogna invece analizzarlo a partire dalle tecniche e dalle tattiche di dominazione" che si danno immediatamente nella vita sociale. In altri termini, il potere si esercita attraverso un'organizzazione reticolare impiantata nella società civile. Sul tema v. R. ESPOSITO, *Pensiero vivente*, cit., p. 30; cfr. B. CASALINI, L. CINI (a cura di), *Giustizia, uguaglianza e differenza. Una guida alla lettura della filosofia politica contemporanea*, Firenze, 2012, p. 204.

¹²⁴ L. BAZZICALUPO, R. ESPOSITO (a cura di), *Politica della vita*, Roma-Bari 2003, p.137.

¹²⁵ Cfr. P. AMATO, *La biopolitica. Il potere sulla vita e la costituzione della soggettività*, Milano, 2004; B. CASALINI, L. CINI (a cura di), *Giustizia, uguaglianza e differenza*, cit., p. 205.

In questo senso, anche la separazione liberale tra esistenza pubblica e privata non tiene più.

Il modello giuridico-repressivo fondato su un soggetto astratto, che fa leva sui criteri di autonomia, di uguaglianza, di simmetria e responsabilità, e sulle categorie di sovranità, legge e cittadinanza, centrali nel lessico giuridico-politico moderno, insieme ai principi liberali di separazione tra pubblico e privato, appare ormai inadeguato¹²⁷.

Ed è proprio dalla dissoluzione dei confini pubblico/privato che nasce, nel corso del XVIII sec., quell'ambito del sociale, ossia la società civile, che inizia ad affollarsi di gente che chiede protezione, sicurezza, governo e amministrazione, per produrre e riprodursi e, quindi, sopravvivere. È grazie a questo spazio che la politica inizia a diventare benessere e si mostra nei suoi caratteri molecolari e pervasivi, quasi tentacolari. È qui che il potere politico si fa biopolitico, nella misura in cui, circolando e applicandosi all'intero corpo sociale attraverso e in funzione del benessere degli individui e della popolazione, mostra come ogni progressivo ampliamento dei diritti e delle libertà dei cittadini abbia in realtà come suo corollario una crescente iscrizione della loro vita nell'ambito del governo¹²⁸.

Con il riconoscimento dei diritti umani si assegna uno statuto giuridico-politico alla specie biologica e, in tal modo, si stabilisce anche formalmente l'ingresso dello Stato moderno nella dimensione biopolitica.

Il potere biopolitico o biopotere si caratterizza per la sua capacità di raggiungere, conservare e gestire la vitalità di una popolazione. Il lessico biopolitico, che all'apparenza sembra astratto e lontano dalle formule tradizionali della politica, offre parecchi spunti di riflessione sullo stato di salute della nostra democrazia. Da un lato, si assiste al manifestarsi di un processo di politicizzazione del biologico; dall'altro, si assiste ad una dinamica di biologizzazione del politico. L'ecologia, l'economia,

¹²⁶ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., 2011.

¹²⁷ L. BAZZICALUPO, *Biopolitica. Una mappa concettuale*, Roma, 2010; cfr. H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, Milano, 1958.

¹²⁸ B. CASALINI, L. CINI (a cura di), *Giustizia, uguaglianza e differenza*, cit., pp. 206-207.

l'ambiente, la ripartizione generale dello star bene e delle cure, la crescita, il prolungamento e l'invecchiamento della vita si impongono sempre più come i punti decisivi dell'esercizio del potere¹²⁹.

Ogni funzione vitale della popolazione è, dunque, potenzialmente sia l'oggetto di dinamiche di potere sia il soggetto di "processi di soggettivazione"¹³⁰.

Accanto alla tecnologia disciplinare foucaultiana che fa riferimento ai singoli soggetti troviamo quindi un'altra espressione del potere, la biopolitica, che invece fa riferimento all'intera popolazione costituisce un secondo dispositivo di potere. Dispositivo disciplinare e biopolitica rappresentano, quindi, le due facce, distinte ma complementari, del biopotere moderno. Nel primo caso si presenta un dispositivo tecnologico attraverso cui il corpo viene individualizzato come organismo fisico dotato di capacità; nel secondo caso, invece, si ha una tecnologia del potere in cui gli stessi corpi degli individui, all'interno della popolazione, vengono ricollocati e calcolati all'interno di processi biologici di insieme¹³¹.

All'affermarsi della biopolitica, si assiste, altresì, ad uno spostamento e a un progressivo allargarsi al di là dei limiti dello stato d'eccezione della decisione sulla nuda vita in cui consisteva la sovranità. Se oggi la sfera di governo diventa sempre più biopolitica, allora lo stato d'eccezione, che costituisce il suo momento tipico, diviene sempre più la regola, trasformandosi nel principio di gestione generale della società. La maggior parte delle decisioni politiche che il cittadino subisce sono, pertanto, prese fuori dall'ordinamento giuridico. Si vive costantemente in una situazione di costante emergenza: in uno stato d'eccezione permanente, appunto¹³².

¹²⁹ Cfr. P. PERTICARI (a cura di), *Biopolitica minore*, Roma, 2003.

¹³⁰ B. CASALINI, L. CINI (a cura di), *Giustizia, uguaglianza e differenza*, cit., pp. 208-209.

¹³¹ *Ivi*, p. 213; M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., p. 70.

¹³² B. CASALINI, L. CINI (a cura di), *Giustizia, uguaglianza e differenza*, cit.; M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., p. 231.

3. La logica autoimmunitaria e le conseguenze di un eccesso di controllo-difesa sociale

Nel nostro tentativo di dominare i rischi presenti a livello potenziale, spesso scegliamo mezzi peggiori del problema che servono a combattere¹³³.

Ad un livello puramente fenomenologico di discorso la categoria dell'immunizzazione si riconduce al meccanismo protettivo nei confronti di un rischio. Che ad essere insidiato sia il corpo individuale da parte di una malattia diffusa, il corpo politico da parte di un'intrusione violenta o il corpo elettronico da parte di un messaggio deviante, ciò che resta costante è il luogo in cui si situa la minaccia: che è sempre quello del confine tra l'interno e l'esterno, il proprio e l'estraneo, l'individuale e il comune, il Sé e l'Altro. Qualcuno o qualcosa penetra in un corpo, singolare o collettivo, e lo altera, lo trasforma, lo corrompe. Il termine che meglio si presta a rappresentare questa dinamica dissolutiva è quella di "contagio". Ciò che prima era sano, sicuro, identico a se stesso, è ora esposto ad una contaminazione che rischia di devastarlo. Ciò che conferisce un particolare rilievo all'esigenza di immunizzazione è il carattere, insieme di accelerazione e di generalizzazione, che da qualche tempo ha assunto tale deriva contagiosa¹³⁴.

Quanto più il pericolo da cui la vita è incalzata circola indistintamente in tutte le sue pratiche, tanto più la risposta converge negli ingranaggi di un unico dispositivo: al rischio sempre più diffuso del comune risponde la difesa sempre più serrata dell'immune¹³⁵.

Quello di "immunità", oltre che privativo, è un concetto essenzialmente comparativo: è la diversità rispetto alla condizione altrui – più che l'essenze in sé stessa – il suo fuoco semantico. Al punto che si potrebbe ipotizzare che il vero antonimo di *immunitas* non sia il *munus* assente, bensì la *communitas* di coloro che, viceversa, se ne fanno portatori. Viene in primo piano il carattere antisociale e più

¹³³ L. SVENDSEN, *Filosofia della paura. Come, quando e perché la sicurezza è diventata nemica della libertà*, Roma, 2010, p. 60.

¹³⁴ R. ESPOSITO, *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Biblioteca Einaudi, Torino, 2002, p. 4.

¹³⁵ *Ivi*, p. 7.

precisamente anticomunitario del concetto: l'*immunitas* non è solo la dispensa da un ufficio o l'esenzione da un tributo, ma qualcosa che interrompe il circuito sociale della donazione reciproca cui rimanda invece il significato originario ed impegnativo della *communitas*¹³⁶.

Da un punto di vista biologico, la considerazione più generale sugli effetti di senso che tale fenomeno produce, in relazione al paradigma immunitario nel suo complesso, riguarda il fatto che lo stesso si presenta non come azione bensì come reazione. Più che di una forza propria si tratta dunque di un contraccolpo, di una controforza, che impedisce a un'altra forza di manifestarsi. Ciò significa che il meccanismo dell'immunità presuppone la presenza del male che deve contrastare. È il rischio dell'infezione a giustificare la misura profilattica che riproduce in forma controllata il male da cui deve proteggere. Già qui comincia a profilarsi il rapporto tra protezione e negazione della vita poiché attraverso la protezione immunitaria la vita combatte ciò che la nega, ma secondo una strategia che non è quella della contrapposizione frontale, bensì dell'aggiramento e della neutralizzazione. Il male va contrastato ma non tenendolo lontano dai propri confini. Al contrario, includendolo all'interno di essi. La figura dialettica che così si delinea è quella di un'inclusione escludente o di un'esclusione mediante inclusione¹³⁷.

Questo meccanismo giustappone e collega, contemporaneamente, immunità e comunità facendo dell'una non soltanto lo sfondo contrastivo, ma anche l'oggetto e il contenuto dell'altra. Da questo punto di vista non va persa di vista la circostanza che l'immunità, in quanto categoria privativa, non assume rilievo che come modalità, appunto negativa, della comunità. Allo stesso modo in cui, da un angolo visuale specularmente rovesciato, la comunità appare oggi interamente immunizzata, attratta e risucchiata nella forma del proprio opposto. L'immunità è il limite interno che

¹³⁶ *Ivi*, pp. 8-9.

¹³⁷ *Ivi*, p. 10, dove si afferma che, il negativo non soltanto sopravvive alla sua cura, ma ne costituisce la condizione di efficacia. Da qui il carattere strutturalmente aporetico della procedura immunitaria: non potendo raggiungere direttamente il proprio obiettivo, è costretta a perseguirlo rovesciato. Ma così facendo lo trattiene nell'orizzonte di senso del proprio opposto: può prolungare la vita solo facendole di continuo assaggiare la morte. Si può dire che questa antinomia attraversi tutti i linguaggi della modernità portandoli al loro esito autodissolutivo. *Ivi*, p. 11.

taglia la comunità ripiegandola su di sé in una forma che risulta insieme costitutiva e destitutiva: che la costituisce o ricostituisce, precisamente, destituendola¹³⁸.

A parere di Simone Weil, la riduzione della vita a semplice materia vivente è attribuibile al carattere di per sé privato, e privativo, di ogni diritto, compreso quello che si definisce pubblico. Il diritto, infatti, nella sua forma storicamente costituita, è sempre di qualcuno, mai di tutti. È questo l'elemento che ne determina il contrasto di principio con quella comunità alla cui salvaguardia pure è ordinato: ad essere comune, nell'ordine giuridico moderno, è solo la rivendicazione di ciò che è proprio¹³⁹.

Perché possa resistere al rischio entropico che la minaccia la vita va preventivamente sterilizzata nei confronti del medesimo contenuto relazionale. Immunizzata dal *munus* che la espone al contagio con ciò che dal suo stesso interno la eccede. Ciò che resta in comune non è altro che la reciproca separazione¹⁴⁰.

È come se la vita, per mantenersi tale, debba essere compresa e custodita nei confini del corpo. Inoltre, è proprio il rischio a mettere in moto i meccanismi di allarme, e dunque di difesa, destinati alla sua protezione¹⁴¹.

¹³⁸ *Ivi*, p. 12. Secondo il sociologo tedesco Niklas Luhmann, la semantica dell'immunità si è progressivamente estesa a tutti i settori della società moderna. Ciò significa, ad esempio, che non è più il meccanismo immunitario ad essere funzione del diritto, ma il diritto funzione del meccanismo immunitario. E questo va posto soprattutto in relazione al rapporto tra legge e violenza. Tale relazione piuttosto che limitarsi al ruolo, svolto dalla legge, di immunizzazione della comunità dalla violenza che la minaccia, caratterizza le stesse procedure immunitarie: più che eliminata, la violenza risulta inglobata nell'apparato destinato a reprimerla, ancora più violentemente. N. Luhmann si trova in posizione contraria rispetto a J. Derrida poiché ritiene la relazione un "non-concetto", una "non esistenza" all'interno della intersistematicità. Al riguardo, sul pensiero di N. Luhmann v. A. PASTUGLIA, *Immunità segreto stato di eccezione. Prospettive sistemico-normative*, Giappichelli, Torino, 2012, par. "La teoria dell'ibridazione", p. 28. Sui rapporti tra diritto e comunità, diritto e immunità, v. anche AA.VV., *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, Introduzione di P. BARCELLONA, Bari, 2001.

¹³⁹ R. ESPOSITO, *Immunitas*, cit., p. 13. L'individualismo, insomma, diventa il contenuto del legame sociale e rovescia il meccanismo di immunizzazione su sé stesso. Sul punto, in particolare, M. BORTOLINI, *L'immunità necessaria. Talcott Parsons e la sociologia della modernità*, Roma, 2005, p. 62.

¹⁴⁰ R. ESPOSITO, *Immunitas*, cit., p. 17. Per conservarsi la vita umana deve trascendersi, non più in una sfera esterna, come vuole la teologia, ma all'interno di se stessa. Essa deve oggettivarsi, e dunque esteriorizzarsi, in forme ulteriori al suo semplice darsi.

¹⁴¹ In questo senso è condivisibile quanto sostenuto da M. Foucault, che il vivente comincia ad entrare nell'orizzonte di visibilità del sapere moderno nel momento in cui emerge il suo rapporto costitutivo con ciò che minaccia continuamente di estinguerlo. È la malattia – e la morte – il cono d'ombra entro cui si ritaglia la scienza della vita. M. FOUCAULT, *L'Archeologia del sapere. Una metodologia per la*

Attualmente, nella percezione soggettiva della criminalità il pericolo più impellente non proviene dallo sviluppo incontrollato delle tecnologie, ma dagli stessi membri della collettività. Ad essere giudicato “pericoloso” è l’Altro da sé, il potenziale autore di reato, con il quale si deve necessariamente convivere. Quanto più aumenta, per effetto di tali meccanismi, l’insicurezza soggettiva, tanto più l’Altro diverrà oggetto di attenzione quale possibile fonte di pericolo¹⁴².

Inoltre, spesso, la figura minacciosa dell’Altro si incarna in maniera del tutto inedita in un volto familiare. Infatti, con riferimento ai reati di violenza e di pedopornografia va evidenziato che l’Altro, con cui si identifica l’autore del reato, non corrisponde necessariamente ad un soggetto percepito come lontano ma si trova, molto spesso, all’interno della cerchia ristretta dei familiari¹⁴³.

La soglia di passaggio dal paradigma di sovranità a quello di biopolitica quindi, va situata nel momento in cui non è più il potere il centro di imputazione della vita ma la vita stessa quale criterio di legittimazione del potere. Ciò spiega il processo di medicalizzazione che negli ultimi due secoli ha investito l’intero prisma dell’interazione sociale e l’ipertrofia degli apparati di sicurezza che caratterizza sempre più diffusamente le società contemporanee.

Si può vedere proprio in essa il punto cieco in cui sembra pervenire il loro sviluppo, dal momento che tale sindrome autoprotettiva non soltanto finisce per relegare sullo sfondo ogni altro interesse, ma produce addirittura l’effetto opposto rispetto a quello desiderato. Quindi, anziché adeguare la protezione all’effettivo livello del rischio si tende, a livello politico-criminale, ad adeguare la percezione del rischio al crescente bisogno di protezione, facendo così della stessa protezione uno dei maggiori rischi¹⁴⁴.

storia della cultura, cit.; M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit.; M. FOUCAULT, *Il coraggio della verità, Il governo di sé e degli altri II, Corso al Collège de France (1984)*, Milano, 2011, pp. 160 ss. Anche R. ESPOSITO, *Immunitas*, cit., p. 18.

¹⁴² M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, Torino, 2008, p. 26.

¹⁴³ *Ivi*, p. 27.

¹⁴⁴ R. ESPOSITO, *Immunitas*, cit., p. 19. Per un approfondimento si rimanda a L. BAZZICALUPO (a cura di), *Impersonale. In dialogo con Roberto Esposito*, Itinerari filosofici, Milano-Udine, 2008, p. 23. In

Ma il quesito fondamentale è: la vita può essere conservata in una forma diversa da quella della sua protezione negativa prevista dal paradigma dell'immunizzazione? La via da percorrere non può passare che per lo stesso oggetto che si intende decostruire non negandone la contraddizione interna.

Il rapporto tra l'Io e l'Altro, tra l'immune e il comune, è rappresentato nei termini di una distruzione che alla fine tende a coinvolgere entrambi i termini del contrasto. Un impulso autodissolutivo che sembra trovare riscontro più che metaforico in quelle malattie, dette appunto autoimmuni, in cui il potenziale bellico del sistema immunitario è talmente elevato da rivolgersi ad un certo punto contro se stesso in una catastrofe, simbolica e reale, che determina l'implosione dell'intero organismo.

Il tempo moderno con le sue caratteristiche e crisi intrinseche ha inciso molto sul sistema penale e sulle relative strategie di controllo. Nella società del rischio il diritto penale è sottoposto a varie ondulazioni che mostrano chiaramente la difficoltà ad affrontare in modo adeguato le nuove esigenze di tutela richieste dalla collettività. Lo stesso sistema sanzionatorio risulta in bilico tra la necessità di una riforma e il crollo definitivo della capacità di prevenzione generale e difesa sociale¹⁴⁵.

La crescente insicurezza sociale, la paura dell'Altro da sé, ha inevitabilmente prodotto, in Italia e nel resto dell'Europa, linee di politica criminale di risposta agli autori di reato "pericolosi". Di conseguenza, la visione del soggetto pericoloso e soprattutto la sua percezione a livello sociale essendo condizionate dal contesto sociale ove risultano inserite, provocano degli effetti sullo stesso futuro del sistema sanzionatorio a doppio binario. La logica del doppio binario, infatti, dipende dai meccanismi che il sistema penale mette in campo per soddisfare la risposta alla pericolosità sociale¹⁴⁶.

quest'opera, J. Derrida, ritiene l'adozione di dispositivi giuridici eccezionali, una vera e propria malattia autoimmune che affligge le democrazie liberali contemporanee. Tale malattia ha l'effetto di condurre – secondo J. Derrida – ad un destino suicidario della democrazia stessa, impedendole di realizzarsi completamente.

¹⁴⁵ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 31.

¹⁴⁶ *Ivi*, p. 32.

Per modificare questa rigida impostazione bisogna adottare una concezione dell'identità individuale nettamente alternativa a quella, chiusa e monolitica, finora imperante. Questo è reso inoltre inevitabile dagli stessi sviluppi tecnologici di tipo genetico e bionico: il corpo, tutt'altro che un dato definitivo e imm modificabile, è un costruito operativo aperto ad uno scambio continuo con l'ambiente circostante. Bisogna entrare nell'ottica che la diversità, la differenza, ci coinvolge e ci attraversa in quanto tale. Sottratto alla sua potenza negativa, l'immune non è il nemico del comune ma qualcosa di più complesso che lo implica e lo sollecita¹⁴⁷.

L'uomo per custodire una parte di sé, è costretto a mettere letteralmente in gioco l'altra. La sopravvivenza non è garantibile in maniera immediata e diretta ma richiede la presenza di una mediazione che tagli la soggettività lungo linee di fuga destinate a non incontrarsi. O ad incontrarsi solo in negativo: per realizzarsi sul piano dell'apparenza, l'uomo è costretto a "irrealizzarsi" su quello della sostanza. Tutto ciò che è psichico ha bisogno di questa digressione per pervenire a se stesso: esso conquista se stesso solo perdendosi¹⁴⁸.

Per Gehlen, l'altro, più che un *alter ego*, un diverso soggetto, è prima di tutto ed essenzialmente un "non io": il "non" che consente all'io di autoidentificarsi come colui che è appunto altro dal proprio altro, un qualcosa di diverso dall'umano. Perché possa davvero esonerarsi l'individuo deve farlo innanzitutto rispetto a se stesso, esonerarsi dalla propria soggettività individuale. L'esonero dell'individuo è anche

¹⁴⁷ R. ESPOSITO, *Immunitas*, cit., pp. 21-22, 116. Attualmente, richiamandoci all'antropologia di H. Plessner che evidenzia la dialettica tra proprio ed estraneo, troviamo l'uomo che tende a salvaguardare la propria identità solo scindendosi nella bipolarità tra interiore ed esteriore, privato e pubblico, invisibile e visibile, ordinando ciascun polo alla salvaguardia dell'altro. Come è proprio l'esteriorità della vita pubblica a ritagliare, dall'altro lato dello specchio, la possibilità di una dimensione privata, com'è appunto la visibilità degli atteggiamenti esterni a celare l'intenzione interna che li muove: a rendere l'uomo il più possibile visibile e nascosto al tempo stesso. Per un maggiore approfondimento: H. PLESSNER, *I gradi dell'organico e l'uomo. Introduzione all'antropologia filosofica*, a cura di Vallori-Rasini, traduzione di U. Fadini, Milano, 2006.

¹⁴⁸ Secondo H. Plessner, questi sono gli effetti immunizzanti del legame organico, con gli altri e con se stessi, destinato a rovesciarsi in un conflitto reciprocamente distruttivo. A governarlo è ordinata la rappresentazione sociale, che l'autore ricostruisce in termini teatrali – impersonificazione, incorporazione, travestimento - in cui ciascuno diventa il sosia di se stesso. Sul punto, in particolare, si rimanda a H. PLESSNER, *Corporeità, natura e storia nell'antropologia filosofica*, a cura di A. Borsari, M. Russo, Università degli Studi di Salerno, Collana Scientifica, 2005, p. 83. Anche R. ESPOSITO, *Immunitas*, cit., p. 117.

sempre esonerato dall'individuo. Solo scaricando su un sistema oggettivo di controllo e di riproduzione il carico di decisioni cui egli è continuamente sollecitato da parte dell'ambiente, l'individuo può liberare l'energia per prestazioni superiori. La libertà cresce al crescere dell'apparato istituzionale rendendo il soggetto legato e dipendente da tutta una serie di abitudini, ruoli, riti, che stabiliscono soprattutto cosa non deve fare¹⁴⁹.

È il classico meccanismo riflessivo del totemismo, che inaugura nella sua forma archetipica la dialettica negativa di incorporamento dell'altro poi assunta affermativamente dall'antropologia filosofica. Identificandosi con un non-io, il singolo perviene per contrasto a un senso di sé cui può tener fermo nella rappresentazione, più o meno permanente, di un altro essere. Ciò che l'istituzione giuridico-politica eredita dal suo antecedente rituale è esattamente questa modalità di autoidentificazione negativa che gli individui compiono riconoscendosi nella comune alterità di ciò che li rappresenta appunto perché non coincide con essi ma sta letteralmente "al loro posto" (come uno sdoppiamento) esonerandoli dal peso di una soggettività altrimenti insostenibile. Come gli sguardi dell'imitazione rituale convergono in un medesimo punto vuoto che si sottrae nel momento stesso in cui è fissato, così agisce l'istituzione stessa che collega coloro che si riconoscono in essa nella condivisione di una stessa estraneità (vale a dire, risultano immunizzati rispetto a quello che hanno in comune)¹⁵⁰. Nell'istituzione gli uomini sono accomunati dalla loro estraneità, cioè

¹⁴⁹ R. ESPOSITO, *Immunitas*, cit., pp. 127-128; A. GEHLEN (1904-1976), *L'uomo. La sua natura e il suo posto nel mondo*, (*Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt*, Junker und Dünnhaupt, Berlin 1940), introd. di Karl-Siegbert Rehberg, trad. di Carlo Mainoldi, Milano 1983, Parte seconda, "Percezione, movimento, linguaggio", 30; "Effetti retroattivi: assimilazione di mondo interno e mondo esterno", pp. 297-299.

¹⁵⁰ Così per tutelare la comunità si esalta in modo contraddittorio l'aspetto della estraneità negativa dell'altro dando corso ad una vera e propria aporia. Al riguardo v. R. ESPOSITO, *Immunitas, Protezione e negazione della vita*, cit., p. 128. Se la *communitas* implica nel suo significato più originario ed intrinseco la rottura delle barriere protettive dell'identità soggettiva, l'*immunitas* è il tentativo di ricostruirle in forma difensiva ed offensiva contro ogni elemento estraneo che venga ad insidiarla. Come ci ricorda Canetti, nulla spaventa più l'individuo come l'essere toccato da ciò che minaccia di attraversare i propri confini individuali. La categoria di immunità è riportata sia all'interno della antropologia filosofica di H. Plessner e di H. Gehlen, che in rapporto al funzionalismo sistemico di N. Luhmann. Il presupposto di tale analisi è che esista un rapporto sempre più stretto tra filosofia, antropologia e biopolitica definito appunto dal rifiuto e dalla opposizione nei confronti dell'esperienza

immunizzati rispetto a ciò che hanno in comune. Il carattere intrinsecamente aporetico e compensativo di simile conclusione viene definito da Gehlen col termine di *posthistoire*, alludendo ad una sorta di stabilizzazione definitiva dei processi di compensazione che caratterizzano le società tardo-moderne. Peraltro, nel raggiungimento di tale equilibrio l'autore individua anche dei controeffetti di "primitivizzazione" o di "reistintivizzazione", intendendo con essi una sorta di ritorno artificiale alla natura determinato per contrasto dall'eccesso di soggettività liberato dal progresso tecnico¹⁵¹.

Sottoposte alla spinta disgregativa di tale ipertrofia soggettiva, le istituzioni risultano prima indebolite e poi travolte da un profluvio di richieste cui non possono far fronte. Per questo motivo tutti gli ambiti di vita rischiano di esplodere quanto più appaiono protetti da un artificio ormai coincidente con una nuova natura. Si contrappongono così, da un lato un atteggiamento di ascesi rispetto al consumo individuale, e dall'altro un rafforzamento delle barriere istituzionali. Vi è una moltiplicazione delle istituzioni che non a caso vengono definite da Gehlen "le grandi fatalità preservanti e insieme divoranti", nel senso che è proprio l'irrefrenabile tendenza alla sovradeterminazione a determinare controfattualmente nuova indeterminazione, così come è il rafforzamento delle norme a creare crescente anormalità¹⁵².

Qui si riconosce in tutta la sua potenza distruttiva ed autodistruttiva un meccanismo immunitario sfuggito di mano a causa del suo potenziamento interno. La

comunitaria. Per un approfondimento sul tema dell'immunità si consulti A. GEHLEN, *L'uomo: la sua natura e il suo posto nel mondo*, cit.; anche E. CANETTI, *Massa e potere*, traduzione di F. Jesi, Milano, 1981; R. ESPOSITO, *Communitas*, Torino 1998, pp. 3-91.

¹⁵¹ Non più sottoposto all'obbligo del lavoro materiale (e al potenziale freno inibitore che esso comportava), l'uomo risulta sempre più esposto ad una crescita abnorme dell'interiorità psichica e dunque ad una decrescita proporzionale del principio di realtà. Anche R. ESPOSITO, *Immunitas, Protezione e negazione della vita*, cit., p. 129.

¹⁵² Per Gehlen, la sfera privata è "sottoistituzionalizzata" nel senso che l'individuo è abbandonato alle proprie inclinazioni in un largo settore di attività che possono essere cruciali per la definizione della sua identità. La crisi dell'uomo urbano è forse una crisi antropologica, nel senso che il soggetto urbano continua ad avere esigenza di una propria individualità in termini concreti, forse anche a causa di una socializzazione incongrua; mentre la città e il sociale complesso, rappresentano sempre più un sistema che richiede nelle sue funzioni impersonali e soggettive, una "dimensione umana" capace di assestarsi su posizioni di individualità precaria, incerta, neutra. Al riguardo, v. E. STAGNI, *Un'idea di comunità. La comunità come cambia, perché funziona*, Milano, 2008, p. 95.

generalizzazione dell'esonero si traduce in un onere ulteriore e più gravoso perché da noi stesso prodotto. Se l'uomo si esonera eccessivamente dalla serietà della realtà, dalla necessità, dal "negativo", come lo definiva Hegel, allora tutto ciò si dispiega senza freni. Quello che minaccia catastroficamente di rompersi è precisamente il dispositivo immunitario di positivizzazione del negativo, portato ormai ad identificarsi con quest'ultimo precisamente nell'intento di assorbirlo dialetticamente.

Naturalmente, nel momento stesso in cui il processo di immunizzazione isola e circoscrive l'identità individuale o collettiva rispetto all'ambiente esterno paga un prezzo assai alto che è quello di una chiusura su di sé che può arrivare all'autodistruzione come accade appunto nelle malattie autoimmuni. Tale dialettica non appartiene al solo Occidente, anche se in esso è pervenuta alla sua massima espressione. Il mondo intero si va costituendo in forma tendenzialmente immunitaria. Il diritto in quanto tale, e nella fattispecie il concetto di pericolosità sociale, costituiscono un meccanismo immunitario – il "sistema immunitario" della società, come lo ha definito Luhmann. Ma già autori come Simone Weil, Walter Benjamin, René Girard hanno individuato il nesso costitutivo tra diritto e violenza¹⁵³.

¹⁵³ L'elemento caratterizzante della presente prospettiva è la dialettica tra *immunitas* e *communitas*. Entrambi questi concetti derivano da *munus* – che in latino rimanda alla legge del dono reciproco. Ma essi si situano l'uno nel rovescio dell'altro: se la *communitas* è ciò che lega i suoi membri in un impegno donativo nei confronti degli altri, l'*immunitas* è, invece, ciò che li esonera da tale onere, li scarica da tale carico; come la *communitas* rimanda a qualcosa di generale e di aperto, così l'*immunitas* riconduce alla particolarità di una situazione definita appunto dalla sua sottrazione ad una condizione comune. Ciò è fatto per prevenire i rischi della convivenza associata. Il diritto non fa che secolarizzare, razionalizzare, il meccanismo sacrificale su cui si basa l'intera società – con la semplice differenza che si cerca una vittima effettivamente colpevole (anche se accade spesso che si condanni un innocente). Il diritto difende dalla violenza indifferenziata attraverso un altro tipo di violenza incorporata nei suoi dispositivi – ma sul piano strutturale le due violenze, quella eslege e quella legale, si corrispondono. Quanto al rapporto tra paradigma giuridico e paradigma bio-medico, Foucault ne ha studiato a lungo e con grande forza le connessioni, gli intrecci, le tensioni. Nel momento in cui i due dispositivi tendono a sovrapporsi – in cui il sapere medico funge da supporto ai modelli di giustizia e questi, a loro volta, penetrano nel terreno della vita biologica, quella che un tempo era la legge tende a diventare norma di comportamento. In particolare il rapporto tra normatività e normalizzazione è al centro della ricerca di Georges Canguilhem: la modernità tende sempre a schiacciare l'una sull'altra con la conseguenza di escludere coloro che, non risultando normali, restano fuori dai parametri normativi o, viceversa, sfuggendo a delle norme prefissate, vengono dichiarati anormali. v. L. BAZZICALUPO, R. ESPOSITO (a cura di), *Politica della vita*, cit., p. 130.

4. Immunità del soggetto biopolitico

Nel giro di qualche anno – da quando Foucault ne ha riproposto il concetto – la categoria di “biopolitica” ha conquistato un ruolo di primo piano nel dibattito teorico internazionale. Ci si domanda che cosa Foucault intendesse per “politica” e per “vita”. Tale rapporto potrebbe essere rintracciato nel paradigma di “immunizzazione”¹⁵⁴.

La categoria dell’immunità si pone sulla linea di tangenza tra la sfera della vita e quella del diritto. Se infatti nel vocabolario medico essa si riferisce a una condizione di refrattarietà, naturale o indotta, nei confronti di una data malattia da parte di un organismo vivente, in linguaggio giuridico-politico allude ad un’esonazione, temporanea o definitiva, di un soggetto rispetto a determinati obblighi o responsabilità cui gli altri sono invece sottoposti. Tale paradigma di immunizzazione permette di ricollegarci all’aspetto ambivalente, affermativo e/o distruttivo, del concetto di biopolitica. Il vantaggio di questo paradigma risiede nel fatto che queste due direzioni di senso – positivo e negativo, conservativo e distruttivo – ci dicono che l’immunizzazione è una forma di protezione negativa. Infatti, l’immunità, necessaria a proteggere la nostra vita, se portata oltre una certa soglia, finisce per negarla. La costringe entro una sorta di gabbia nella quale si perde non solo la nostra libertà, ma il senso stesso della nostra esistenza individuale e collettiva: vale a dire quella circolazione sociale, quell’affacciarsi all’esistenza fuori di sé, definita come *communitas*, ossia il carattere costitutivamente esposto dell’esistenza. Ci troviamo di fronte ad una contraddizione: ciò che salvaguarda il corpo individuale e politico è anche ciò che ne impedisce lo sviluppo. E che, anzi, oltre un certo punto, rischia di distruggerlo¹⁵⁵.

Come è noto, per vaccinare un paziente nei confronti di una malattia, se ne immette nel suo organismo una porzione controllata e sostenibile. La medicina è fatta dello stesso veleno da cui deve proteggere. Se si riporta questa pratica immunologica all’interno del corpo sociale, si coglie la stessa antinomia, lo stesso paradosso contro-

¹⁵⁴ *Ivi*, pp. 123 ss.

¹⁵⁵ *Ivi*, p. 126.

fattuale: alzare continuamente la soglia di attenzione della società nei confronti del rischio – come da tempo siamo abituati a fare – significa bloccarne la crescita o addirittura farla regredire al suo stadio primitivo sia sul piano della libertà individuale sia su quello dell’interesse generale. Non solo, c’è anche un punto oltre il quale l’insistenza ossessiva nei confronti del rischio diventa essa stessa un pericolo. È come se, anziché adeguare il livello della protezione alla effettiva entità del rischio, si adeguasse la percezione del rischio alla esigenza crescente di protezione. Vale a dire si creasse artificialmente il rischio per poterlo controllare.

Certo il sistema immunitario è necessario. Nessun corpo individuale o sociale potrebbe farne a meno, ma quando esso cresce a dismisura finisce per portare il corpo stesso all’esplosione o all’implosione¹⁵⁶.

Al giorno d’oggi la paura della criminalità si è impossessata della vita quotidiana, è diventata un fenomeno sociale imponente, aumentando il senso di insicurezza collettiva. Inoltre, ad accrescere questo stato d’animo collettivo, che gli italiani pongono al primo posto tra i problemi del Paese, contribuiscono anche situazioni di disordine sociale e di degrado fisico, sintomo di rottura del patto sociale, che inducono senso di disorientamento sociale e paura dell’Altro da sé. Nella insicurezza collettiva è compresa, in maniera importante, il timore verso la criminalità in genere e in particolar modo la categoria degli extracomunitari¹⁵⁷.

Pensare di risolvere questo stato di cose con gli strumenti concettuali e le strategie autoconservative del lessico politico moderno appare impensabile. Credere che la vita possa essere salvata attraverso i canali ostruiti delle istituzioni sovrane o quelli, ineffettuali, del diritto internazionale, è un’idea che non porta lontano. La nuova politica deve essere ripensata a partire da un concetto di vita rinnovato, in modo tale che la vita così concepita possa indicare un orizzonte di senso diverso. La vita va ripensata in tutta la sua complessità e cioè deve essere sottratta a quella ridu-

¹⁵⁶ *Ivi*, p. 127. D’altra parte il fatto che la minaccia più forte, o almeno quella avvertita come tale, sia oggi costituita da un attacco biologico ha un significato ben preciso: e cioè che ormai non è più solo la morte ad insidiare la vita, ma la vita stessa ad apparire come il più micidiale strumento di morte.

¹⁵⁷ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 14.

zione a semplice e nuda falda biologica quale sogno di una biopolitica che col tempo è divenuta e si è rovesciata in tanatopolitica¹⁵⁸.

La razionalità della politica moderna ha introdotto il dilemma dell'individualizzazione – totalizzazione, singolo – società che nella sua antinomicità ha storicamente prodotto “gli immani massacri delle guerre moderne, il razzismo di Stato, il genocidio” che costituiscono il punto estremo in cui la biopolitica moderna si trasforma in tanato-politica. In altri termini il dilemma indotto da due forme eterogenee di potenziamento della vita una rivolta ai singoli individui, l'altra al benessere collettivo è, secondo Foucault, alla radice dei problemi concernenti la razionalizzazione politica che, attraversando la modernità, giungono fino a noi. Fra le forme che assume, secondo Foucault, l'antinomia individualizzazione – totalizzazione due appaiono particolarmente significative anche nell'attualità del dibattito bioetico e biopolitico: la non corrispondenza fra crescita delle capacità e crescita delle libertà e il rapporto conflittuale libertà-sicurezza¹⁵⁹.

“Relativamente al campo della devianza, non a caso, oggi in molte aree del nostro Paese e in alcune zone dei centri urbani si riscontra una elevata sensibilità al rischio di vittimizzazione, in parte dovuto ai mutamenti sociali e alla diretta esperienza della criminalità da parte di ampi strati della popolazione. D'altro canto, le potenziali influenze della insicurezza collettiva sulle scelte di politica criminale non riflettono tanto il dato oggettivo di aumento del tasso di insicurezza, quanto piuttosto la percezione sociale di tale insicurezza. Ciò in quanto il rischio non rappresenta mai un dato statico ma costituisce, piuttosto, un fenomeno costantemente costruito e negoziato in quanto elemento di una rete di interazione sociale. Da questa prospettiva la società dell'insicurezza si trasforma in società della paura, in cui il panico sicurita-

¹⁵⁸ Il vivente può diventare oggi una fonte di ispirazione di nuove domande per la riflessione politica, ma anche il cardine di una rotazione capace di rovesciarne interamente la prospettiva (L. BAZZICALUPO, R. ESPOSITO (a cura di), *Politica della vita*, cit., p. 129) Sulla tanatopolitica si consulti anche: R. ESPOSITO, *Bios. Biopolitica e filosofia*, Torino, 2004, pp. XVIII-216; R. ESPOSITO, *Dall'impolitico all'impersonale. Conversazioni filosofiche*, a cura di M. SAIDEL e G.V. ARIAS, Milano-Udine, 2012, p. 211.

¹⁵⁹ F. MANTI, *Bioetica e biopolitica*, in www.swif.uniba.it/lei/scuola/carelli/bioetica/lezione10.htm.

rio rischia di indurre politiche penali pronte ad accogliere l'irrazionalità dei bisogni emotivi di pena"¹⁶⁰.

A proposito di esiti tanatologici, Esposito cerca, invece, di rovesciare dialetticamente il paradigma immunitario, secondo cui un'eccessiva protezione della vita si trasforma inevitabilmente nella sua auto-distruzione, domandandosi se sia possibile essere soggetti anziché oggetti di una biopolitica e pensare, quindi, in termini di una biopolitica affermativa. Per sperimentare tale possibilità bisogna spostarsi dall'orizzonte teorico entro il quale la biopolitica è stata finora pensata per contaminare il lessico e i termini attraverso una nuova ricerca insieme epistemologica e teoretica. La categoria di immunizzazione vuole essere un primo contributo in questa direzione. Naturalmente ciò richiede una problematizzazione della concezione corrente di sistema immunitario come pura barriera difensiva o addirittura offensiva degli organismi biologici verso ciò che non ne fa originariamente parte, una differenza filosofia della immunizzazione e della stessa identità individuale in cui questa sia intesa non come un dato definitivo, ma come un costrutto determinato appunto dal rapporto continuo con l'ambiente in cui è immersa¹⁶¹.

Il nuovo modo di essere del corpo politico dovrà fare leva proprio sulla valorizzazione dei differenti elementi presenti nello stesso che lo costituiscono. Ogni nato viene al mondo come un estraneo, o uno straniero, non solo nei confronti di tutti coloro con cui per la prima volta entra in contatto, ma della stessa madre che lo portava dentro combattendo contro di lui nella tensione di due sistemi immunitari diversi e contrapposti. Il nato, colui che entra per la prima volta nel mondo, è l'espressione del fatto che non soltanto l'estraneo e lo straniero, ma il potenziale nemico, almeno una volta, la prima volta, è stato ospitato in ragione della sua stessa eterogeneità¹⁶².

¹⁶⁰ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit. p. 17.

¹⁶¹ L. BAZZICALUPO, R. ESPOSITO (a cura di), *Politica della vita*, cit., p. 130.

¹⁶² *Ivi*, p. 131.

Da questo punto di vista la funzione immunitaria lascia trasparire nella forma più limpida il rapporto costitutivo che la lega al suo rovescio comune. Il nato è il portatore singolare, ma anche infinitamente plurale, del *munus* in tutti i sensi che originariamente caratterizzavano questo termine: in quello del dono, ma anche del rischio e dell'obbligo che tale dono comporta¹⁶³.

La nascita non può essere né imposta né presupposta perché ha la forma e il contenuto dell'esposizione: una volta reciso il cordone ombelicale che lo lega al ventre protettivo della madre, il nato è l'*esposto*.

Il processo di socializzazione della politica porta con sé l'evidente indebolimento del nesso sovrano obbedienza/disobbedienza, esclusione/inclusione a favore di una prassi di implicazione reciproca dei due termini. È la dialettica dell'immunizzazione.

Il taglio decisivo della sovranità (dentro/fuori) viene, se non superato, depotenziato da una prassi che regolarizza contenendo. Una prassi che non mira ad annientare il nemico/pericolo ma a mantenerlo, almeno fino a quando è statisticamente vitale, nel corpo stesso della cittadinanza. È un'assunzione calcolata della minaccia mortale per portare a termine un compito di salvaguardia della vita¹⁶⁴.

¹⁶³ Il termine latino *hostis* ha un parallelo in un altro termine latino, *munus*, inteso come un dono che obbliga a uno scambio, dalla radice *mei* che è proprio "dare in cambio". Se *munus* vuol significare un dono che obbliga a uno scambio, l'aggettivo derivato *communis* è propriamente chi ha in comune dei *munia* cioè dei doni da scambiarsi. Ora quando questo sistema di compensazione gioca all'interno di una stessa cerchia determina una "comunità", un insieme di uomini uniti da questo legame di reciprocità. E così dalla radice *mei* arriviamo alla radice *meit* con il suffisso *t* che compare nel verbo latino *mutare*: cambiare, scambiare. L'aggettivo derivato *mutuus* ne precisa il significato in reciproco, dall'uno all'altro. Quindi mutuare vuol dire prendere in prestito. Noi per esempio intendiamo il mutuo appoggio nel senso di reciproco, dall'uno all'altro, facendolo entrare nel ciclo dello scambio. Così termini diversissimi gli uni dagli altri come *hostes*, *xenos*, *munus* o *mitra*, ci riportano allo stesso problema: quello delle istituzioni di ospitalità e di reciprocità grazie alle quali gli uomini di un popolo trovano accoglienza presso un altro popolo e le società praticano alleanze e scambi. L'espressione semplice per donare, per un dono che non esiga un contro-dono la troviamo nella radice indoeuropea del latino *do*, *donum*, e *dorum* in greco. La nozione di donare indica ovunque in tutte le lingue il dono senza ritorno.) Per un approfondimento del tema si rinvia a: S. ZANARDO, *Il legame del dono*, Milano, 2007, p. 40.

¹⁶⁴ Dialettica del liberalismo – come ci fa notare Foucault – tra produzione della libertà e consumazione della stessa da parte di coloro che producendo la libertà, la limitano. L'obiettivo della maggiore libertà implica la messa in opera di strategie di sicurezza. Maggiore libertà significa maggiori controlli, maggiori interventi, procedure di riduzione della libertà, costi, sacrificabilità.

Non va inoltre dimenticato che la normalizzazione, per quanto si riferisca ad una sorta di immanentizzazione del potere regolativo, richiede comunque l'applicazione di una regola, che esclude, delimita, circoscrive il campo del suo intervento produttivo-protettivo, anche se poi riassume a livello statistico ciò che ha escluso. E questo significa che non abbiamo finito con la questione del diritto e della sua sovranità¹⁶⁵.

Il potere biopolitico passa attraverso i corpi e ogni ampliamento dei diritti ha come corollario una crescente iscrizione della vita nell'ambito del governo. Dunque è nella corporeità che affondano le rivendicazioni di un potere di autogestione del corpo, di felicità e soddisfazione dei bisogni, la capacità e la possibilità di ritrovare la propria spontaneità espressiva contro le diverse forme di disciplinamento e di repressione¹⁶⁶.

Questo è l'esito estremo della "moderna" individualità anticomunitaria come luogo legittimante della politica. Luogo di potere come luogo di differenza.

Dobbiamo ricordare le difficoltà di una resistenza vitalistica e immanente, infrapolitica: perché questa singolarità sia politica deve avere la consapevolezza che il suo stesso porsi non si dà come nuda vita prima della forma.

La stessa proiezione che la presenta e la racconta come energia e vita, come corpo vivente, non fa che artatamente deprivare il vivere, che è sempre un modo di essere della vita, una possibilità, un potere di "forma". Ci sono livelli diversi di forma di vita, e queste forme sono non-essenze, sono azione multipla ed eterogenea di forze in direzione dell'ibridazione con l'alterità, dell'artificio, della tecnica attraverso intenzioni, scelte, relazioni. Ciò è molto importante poiché né la biologia né la antropologia ci disegnano l'essenza dell'uomo prima del suo costitutivo relazionarsi a ciò che è fuori di lui, a ciò a cui si apre: l'animalità o vitalità dell'uomo è il suo stesso "aprirsi", "sentire", la sua reattività attiva o la sua passività recettiva-trasformatrice che dipende da ciò che è altro da sé. E, dipendendo, (dunque in modo

¹⁶⁵ L. BAZZICALUPO, R. ESPOSITO (a cura di), *Politica della vita*, cit., p. 140.

¹⁶⁶ *Ivi*, p. 141.

non divinamente creatore e non “autentico”) disegna forme mimetiche costituendo, dunque, tecnica, arte come artificio e tecnica. Questo implica un ripensamento dell’identità come costitutivamente non insulare, meticcia, ibrida ma dotata di una spinta liberatrice¹⁶⁷.

5. Dal biopotere alla “biopolitica affermativa”

L’ultimo percorso teorico della letteratura biopolitica è quello della cosiddetta “biopolitica affermativa”. Con questa corrente di pensiero si assiste ad un radicale rovesciamento delle prospettive di indagine che più comunemente vengono associate alla dottrina del biopotere¹⁶⁸. La prospettiva della “biopolitica affermativa” rivendica e valorizza la potenza illimitata della vita umana quale nucleo generatore di nuove esperienze politiche per abbandonare l’orizzonte nichilistico moderno. Così, proprio passando attraverso l’assoggettamento al biopotere si può riuscire ad accedere ad una condizione di piena soggettività, che ne libera le forze vitali immanenti. La vita umana, secondo queste rappresentazioni affermative, già si trova, esiste e dura in natura prima (e dopo) di tale biopotere.

Il potere pertanto, non è più inteso in senso negativo, secondo la logica disciplinare e repressiva descritta da Foucault, ma ora detto potere acquista una nuova veste divenendo una vera e propria “potenza dell’uomo”. La funzione del potere pertanto, sarà quella di attivare questa forza vitale intrinsecamente umana, di renderla capace di esprimersi, mettendola in grado di produrre nuove relazioni e forme di vita: potenza affermativa, appunto¹⁶⁹.

¹⁶⁷ *Ivi*, p. 143.

¹⁶⁸ B. CASALINI, L. CINI (a cura di), *Giustizia, uguaglianza e differenza*, cit., p. 233.

¹⁶⁹ *Ivi*, p. 234. All’interno di questo “alternativo paradigma del biopolitico”, le posizioni espresse da Michael Hardt e Antonio Negri sono certamente tra le più innovative ed interessanti. Questi autori rifiutano le concezioni dominanti della sovranità moderna che, a partire da Hobbes e passando per Kant, Rousseau, Hegel, Schmitt, sono arrivate fino ad Agamben. Quest’ultimo, in particolare, ritiene che non vi sia alcuna speranza di trasformare il biopotere con metodi democratici. M. HARDT, A.

Questa possibilità implica la persistenza di una parte dell'uomo che non si lascia avvolgere completamente dai sistemi disciplinari ma che rimane sempre viva in potenza. In questo modo, la biopolitica affermativa può essere in grado di restituire unità all'essere vivente, non più scisso fra sfera razionale e animalità irrazionale¹⁷⁰.

La chiave di lettura assunta dal nuovo paradigma “affermativo” è in termini di biopolitica e non di biopotere e consiste nell'utilizzare la biopolitica contro il biopotere ritenuto apocalittico e totalizzante.

Il potere politico è del tutto immerso nella vita sociale, manifestandosi in maniera frammentaria e fluida tra le sue pieghe e le sue relazioni. Non c'è pertanto un nucleo centrale e trascendente del potere ma una molteplicità di micropoteri in azione disseminati capillarmente sulla superficie dei corpi e concentrati nelle pratiche e nei regimi disciplinari. Tuttavia, è proprio nelle pieghe di queste relazioni di potere, capillari e diffuse, che emergono e si manifestano quelle resistenze, anch'esse capillari e diffuse, che tutte insieme costituiscono le nuove soggettività biopolitiche, esprimono i modi e le forme attraverso cui il vivente, attaccato dai dispositivi del biopotere sociale, reagisce, contrattacca, produce e riproduce se stesso. Da queste resistenze si producono nuove “soggettività” de-assoggettate, cioè senza un soggetto che non sia la vita stessa nella sua compiuta immanenza¹⁷¹.

Questa rilevazione è implicita nell'indagine e tesi foucaultiana secondo cui la libertà e la resistenza sono le precondizioni necessarie per l'esercizio del potere. Il potere pertanto si attua su soggetti, individuali e collettivi, che devono essere necessariamente liberi¹⁷².

NEGRI, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Milano, 2010.

¹⁷⁰ Al riguardo, v. G. GIARELLI (a cura di), *La persona ai confini della vita e della morte. Questioni di bioetica tra medicina e società*, Milano, 2011, p. 34; anche P. BARCELLONA, *Il suicidio dell'Europa: dalla coscienza infelice all'edonismo cognitivo*, Bari, 2005, p. 79.

¹⁷¹ È solo attraverso quest'opera di de-soggettivazione – ci dice Esposito commentando Negri – che la semantica biopolitica può sfuggire alla cattura sovrana. L. BAZZICALUPO, R. ESPOSITO (a cura di), *Politica della vita*, cit., p. 236.

¹⁷² J. REVEL, *Per una biopolitica della moltitudine*, in P. PERTICARI (a cura di), *Biopolitica minore*, cit., *passim*.

Se questi ultimi non avessero la possibilità della scelta del proprio comportamento, se non potessero andare avanti o resistere, obbedire o disobbedire, il potere non avrebbe più alcuno su cui imporsi. Perché ci sia potere ci vuole libertà e non c'è libertà che non si eserciti senza potere: senza libertà paradossalmente il potere si esaurisce. Nei riguardi del potere la resistenza è comunque prioritaria¹⁷³.

In questo senso la potenzialità vitale del corpo sociale resiste e sovverte il sistema del biopotere, per rinnovare il pensiero materialista, radicandolo saldamente nella produzione dell'essere sociale. È soltanto all'interno di questa interpretazione post-strutturalista che può effettivamente emergere la dimensione della biopolitica come potenza produttiva di vita: una biopolitica creatrice di affetti e di linguaggi, di corpi e di desideri, di cooperazione e relazioni sociali. Il nucleo della produzione biopolitica è insomma la produzione di soggettività e, in modo particolare, di soggettività che si comportano come resistenze e come potenze desoggettivanti. Da questo punto di vista, il terreno attualmente più risolutivo dell'azione politica è quello su cui si svolgono le lotte per il controllo o l'autonomia della produzione di soggettività.

Secondo questo nuovo paradigma è soltanto chi proviene ed emerge dal basso, animato dal desiderio e dalla ricerca di libertà, che può fare la storia e può determinare lo sviluppo materiale e ideale della società. Sono le soggettività sfruttate ma produttive, povere ma desideranti, emarginate ma piene di amore, che costituiscono il centro e il motore dello sviluppo storico, non i rapporti capitalistici di produzione e, in senso più generale, l'insieme delle relazioni strutturali dell'esistenza sociale.

Il nuovo programma materialistico si basa su tre assiomi:

1. i corpi sono gli agenti costitutivi della biopolitica dell'essere;
2. sul terreno biopolitico, su cui i poteri si applicano e vengono continuamente disattivati, i corpi resistono;

¹⁷³ J.-L. NANCY, *Essere singolare plurale*, Introduzione di R. ESPOSITO in dialogo con J.-L. NANCY, Torino, 2001, p. 237; cfr. M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, cit., p. 85; P. AMATO, *La biopolitica*, cit., p. 18.

3. la resistenza dei corpi produce la soggettività, non in una condizione isolata e individualista, ma in un complesso dinamico in cui sono concatenate le resistenze degli altri corpi.

Ed è proprio la formulazione di una nuova teoria della “soggettività”, che operi prevalentemente sul piano della conoscenza, della comunicazione, degli affetti, delle relazioni personali e del linguaggio, ciò che occorre meglio esplicitare nel programma di “biopolitica affermativa”¹⁷⁴.

Creatività, affetti e virtualità rivelano una natura umana originaria e originale, subordinata al mercato e valorizzata dal capitale, ma allo stesso tempo, capace di rovesciare tale subordinazione per costruire un nuovo mondo sociale al di fuori del capitalismo e del biopotere¹⁷⁵.

Tutto questo è indicativo di quante strategie generali e letture della modernità si giocano intorno alla critica della sovranità, punto di convergenza intorno al quale si annodano i temi della fine del moderno e della morte della politica. Il principio di sovranità ha rappresentato il tentativo di mediare potere e diritto e il suo rigetto, pertanto, finisce con il produrre la liberazione del potere dal diritto¹⁷⁶.

L’epistemologo Edgar Morin ha speso un’intera vita di ricerca per mostrare che dal modello epistemologico della scienza geometrico-meccanica – vivente nel mito di Laplace secondo i principi della previsione, della determinazione e della riproduzione – siamo transitati al modello della scienza complessa, i cui punti ciechi sono, per necessità ineludibili, *il caso, la contraddizione e la parzialità*. Inoltre, all’ingrandirsi della potenza del sistema corrisponde l’ingrandirsi della sua imprevedibilità e della sua vulnerabilità¹⁷⁷.

¹⁷⁴ B. CASALINI, L. CINI (a cura di), *Giustizia, uguaglianza e differenza*, cit., p. 240.

¹⁷⁵ *Ivi*, p. 242.

¹⁷⁶ L. BAZZICALUPO, R. ESPOSITO (a cura di), *Politica della vita*, cit., p. 9.

¹⁷⁷ Cfr. E. MORIN, *Il paradigma perduto, che cos’è la natura umana?*, Milano, 1974, p. 32.

CAPITOLO TERZO

Pericolosità sociale e apparato amministrativo: sicurezza pubblica, difesa sociale e controllo

“Non è rinchiudendo il vicino che ci si convince del proprio buon senso”.

[Dal saggio *Histoire de la folie*, in premessa, di Foucault
(frase di Dostoevskij)]

SOMMARIO: 1. L'individuo nella società contemporanea. – 2. Pericolosità sociale e auto-co-immunità. La paura dell'Altro da sé. – 3. Diritto penale del nemico e meccanismo di controllo. – 4. Pericolosità attuariale. Nuovi scenari politico sociali. – 5. Il “sospetto” nella prevenzione della pericolosità sociale. – 6. Verso una nuova soggettività. – 7. Un Io com-partecipe: l'Io singolare-plurale. – 8. Conclusioni. (premessa)

1. L'individuo nella società contemporanea

A parere del sociologo Robert Castel, quello che correttamente chiamiamo “sicurezza sociale”, costituisce, allo stato attuale, un vero e proprio diritto per la maggioranza della popolazione, garantito attraverso un insieme di istituzioni sanitarie e sociali deputate a farsi carico della salute, dell'educazione, delle incapacità connesse alla età, delle deficienze fisiche e psichiche. Tale tipologia di società viene da questo autore denominata “società assicurante”, poiché assicura, come fosse un diritto, la sicurezza dei propri membri. Detto al contrario, l'insicurezza non sarebbe l'assenza di protezioni quanto piuttosto il loro rovescio: la loro ombra proiettata in un universo sociale organizzato attorno ad una richiesta, senza fine, di protezioni o attorno ad una travolgente ricerca di sicurezza. Questo sta comportando l'apprestamento di sistemi

di sicurezza, rappresentati da costruzioni complesse, e fragili allo stesso tempo, che portano in se stessi il rischio di fallire nei loro compiti e nel deludere le aspettative dei membri in attesa di sicurezza¹⁷⁸.

In questo sistema la nuova politica penale dissolverebbe non solo la nozione di “soggetto”, ma anche quella di “individuo” e al suo posto collocherebbe una combinazione di “fattori di rischio”. Questo fenomeno permette così di spostare l’attenzione dalla “pericolosità” di specifici soggetti alla generica nozione di “rischio”¹⁷⁹.

Quella di pericolosità appare oggi, pertanto, una nozione superata e paradossale: essa infatti, come una qualità immanente al soggetto può essere provata solo dopo che il soggetto stesso ha commesso il delitto. La pratica concreta ha infatti dimostrato l’impossibilità di addivenire ad una conoscenza scientificamente valida circa le qualità intrinseche dell’uomo. L’imputazione della pericolosità pertanto, secondo i canoni giuridici, risulta sempre ipotetica, poiché si tratta di una relazione più o meno probabile tra sintomi presenti e certi eventi dannosi futuri. Stesso discorso vale per la recidiva dei criminali, un qualcosa che non può essere previsto o può essere previsto solo con grandi margini di incertezza.

Il fulcro delle nuove politiche penali è basato, non a caso, sulla dissociazione tra la nozione di rischio e quella di pericolosità. Il rischio non è più ricondotto a specifiche persone pericolose, ma ad una serie di fattori astratti che rendono più o meno probabile la commissione di un delitto. La criminologia attuariale non si rivolge ad individui, ma a fattori di rischio, a correlazioni statistiche di elementi eterogenei. Obiettivo delle nuove politiche criminali non è risolvere una situazione concreta, affrontare e contenere uno specifico soggetto “pericoloso”, ma prevenire il possibile manifestarsi di comportamenti indesiderati. La prevenzione promuove il sospetto al rango scientifico di calcolo delle probabilità. Per essere sospettati non è più neces-

¹⁷⁸ Al riguardo si consulti R. CASTEL, *L’insicurezza sociale, Che significa essere protetti?*, Torino, 2011, *Introduzione*.

¹⁷⁹ Al riguardo: R. CASTEL, *From Dangerous to Risk*, in G. BURCHELL, C. CORDON, P. MILLER, *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, London, 1991.

sario manifestare dei sintomi particolari di pericolosità, è sufficiente avere quelle caratteristiche che i responsabili della sicurezza ritengono, in base ad induzioni statistiche, fattori di rischio¹⁸⁰.

Si è in effetti delineato un modello di società duale o a due velocità. Su un binario iperveloce viaggiano i soggetti che soddisfano i duri requisiti della competizione economica, su un binario secondario vengono collocati i soggetti marginali che non riescono a reggere il ritmo o ad entrare nel circolo della competitività. La stessa marginalità, invece di essere un terreno selvaggio e inesplorato, diventa una zona sociale organizzata verso cui dirigere quelle persone che, per le loro caratteristiche, sembrano in astratto inadatte ad inserirsi nel circuito della competizione economica.

Questo dato non deve sorprendere più di tanto. Le nuove politiche penali non fanno infatti altro che rispecchiare la sclerosi di quella che Peter Glotz ha definito "la società dei due terzi"¹⁸¹ una società cioè in cui una quota rilevante di cittadini è esclusa dal benessere e dal possesso degli strumenti politici necessari per rivendicarlo. Nei vari sistemi di *Welfare* i circuiti dello scambio politico ed economico hanno operato una discriminazione sistematica fra gli interessi protetti da organizzazioni dotate di un forte potere contrattuale, quelli protetti da associazioni che non occupano posizioni strategiche e, infine, quelli "diffusi" che non dispongono di alcuna

¹⁸⁰ Cfr. A. DE GIORGI, *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Roma, 2000. Le "ingiustizie" che possono derivare dal metodo attuariale sono messe in conto dal primo documento che ha proposto in Europa una politica criminale ad essa ispirata: il *Floud Report*, redatto in Inghilterra nel 1981, in piena epoca thatcheriana. Dal rapporto emerge la consapevolezza che la strategia attuariale può facilmente produrre ingiustizie. Si riconosce infatti che ogni giudizio predittivo può essere errato in due sensi: si può trattare di un "falso positivo", quando si prevede un evento che non si verifica, o di un "falso negativo", quando si esclude preventivamente un evento che poi accade. Più "falsi negativi" si verificano meno il sistema attuariale è efficiente, meno sicurezza garantisce. I "falsi positivi" si risolvono invece inesorabilmente in un ingiusto pregiudizio per i diritti degli individui riguardo al cui comportamento la predizione è sbagliata. Infatti se si reclude una persona che non è in effetti pericolosa, si commette una grave ingiustizia senza alcun giovamento per la sicurezza pubblica. Questo rischio non è solo cinicamente messo in conto, ma anche candidamente giustificato: le nuove politiche penali devono ridistribuire un carico di rischio che lo Stato non è in grado di ridurre e il miglior modo per farlo è quello attuariale.

¹⁸¹ La citazione è riportata nel testo DI CATARCI, *Le forme sociali dell'educazione. Servizi, territori, società*, Milano, 2013, p. 60, relativamente alla trattazione dei meccanismi di esclusione e di disuguaglianza sociale che sembrano avere acquisito, ormai, un carattere strutturale all'interno della attuale realtà sociale.

protezione efficace. A questi fenomeni si somma, da almeno un ventennio in Europa e da molto più a lungo negli Stati Uniti, quello dell'immigrazione di masse di diseredati, provenienti da aree continentali caratterizzate da un tasso di sviluppo scarso o nullo e da un'elevata densità demografica, alla ricerca disperata dei vantaggi offerti dall'appartenenza a "cittadinanze pregiate". Questa situazione ha finito per dar vita ad una massa di soggetti economicamente e politicamente molto deboli, esclusi dall'effettivo godimento di quasi tutti i diritti. La garanzia dei diritti a favore delle maggioranze e la parallela necessità di dover restringere le garanzie sociali per la crisi fiscale dello Stato ha trasformato, come ha sostenuto J.K. Galbraith¹⁸², le democrazie opulente in "dittature di una classe soddisfatta": i ricchi, gli abbienti, i benestanti, che sono sempre esistiti, ma che in passato erano minoranza, oggi sono diventati maggioranza. Queste condizioni storico-sociali hanno portato alla produzione in tutti i paesi nord-occidentali di quella che è stata definita una *underclass*, una sottoclasse sociale più o meno estesa, spesso connotata anche in termini etnici, cui è negato l'accesso legittimo alle risorse economiche e sociali disponibili e che viene rappresentata come pericolosa, vissuta come una minaccia per la sicurezza urbana. Cinicamente si dovrebbe probabilmente gioire perché il potere finalmente rinuncia alla maschera della retorica dell'uguaglianza dietro cui si era a lungo nascosto, ma forse quella che chiamiamo civiltà (giuridica) non è che un insieme di maschere che ognuno deve indossare, primo fra tutti il Leviatano statale¹⁸³.

Per contrastare tale fenomeno di irrigidimento dell'individuo su se stesso, e di diffidenza verso l'altro da sé, bisognerebbe acquisire una visione contro-identitaria ed andare, pertanto, oltre la propria identità. In tal caso, il primo passo da compiere sarebbe quello di uscire da una logica puramente identitaria ed essere disposti a compromessi e condizioni che, inevitabilmente, indeboliscono le pretese solitarie,

¹⁸² V. J.K. GALBRAITH, *La società opulenta*, Milano, 2014, *passim*. Il predetto saggio, scritto circa 50 anni fa, possiede ancora contenuti molto attuali. Infatti, i problemi della società attuale, essenzialmente di carattere economico, sono radicati in scelte avvenute indietro nel tempo con la nascita del capitalismo.

¹⁸³ Cfr. M. PAVARINI, *Introduzione a... La Criminologia*, Firenze, 1980. Trattazione svolta anche da Emilio Santoro, Professore associato di Sociologia del diritto, Parma.

tendenzialmente narcisistiche e autistiche dell'identità. Uscire dalla logica identitaria significa, inoltre, essere disposti a riconoscere il ruolo formativo, e non semplicemente aggiuntivo o oppositivo, dell'alterità¹⁸⁴.

“Tale principio viene posto in rilievo poiché l'esperienza ha dimostrato come a livello individuale e collettivo l'identità possa cristallizzarsi fino al punto di chiudersi e disconoscere le connessioni con lo sfondo di ogni vicenda. Questa impostazione implica l'adozione di una visione dinamica della realtà a tutti i suoi livelli. La vera realtà – fisica, psicologica, culturale – è un sistema complesso, caotico, che scorre nel tempo e rappresenta un flusso¹⁸⁵.

Questa conclusione, già avviata sul piano della psicologia individuale – laddove si riconosce che, in un certo senso, siamo tutti composti da una molteplicità di “io” e di “sé” – non è altro che la nozione di un sé intrinsecamente relazionale, discontinuo, di un “io che diventa noi”. Tale concezione registra, da tempo, varie convergenze¹⁸⁶.

Bisognerebbe, pertanto, riprendere il dialogo con la precarietà, che è poi la libertà a cui si è ricondotti o a cui si è condannati tutte le volte che si depongono, sia pure per un istante, maschere e finzioni.

Non è detto che tale disponibilità sia la via portata a salvarci, ma è abbastanza certo che, l'atteggiamento opposto, ossia l'ossessione della purezza e della propria identità, ha prodotto qui come altrove, le maggiori rovine¹⁸⁷.

¹⁸⁴ V. l'opera del sociologo F. REMOTTI, *Contro l'identità, Saggio di antropologia culturale*, Roma-Bari, 1996, p. 99.

¹⁸⁵ *Ivi*, p. 12.

¹⁸⁶ *Ivi*, p. 101.

¹⁸⁷ *Ivi*, pp. 103-104.

2. Pericolosità sociale e “auto-co-immunità. La paura dell’altro da sé

La paura è fra i sentimenti quello che meno ragiona.

La società attuale viene sempre più paragonata ad una “società della paura”, in cui il panico securitario rischia di indurre politiche penali pronte ad accogliere l’irrazionalità dei bisogni emotivi di pena¹⁸⁸. È altresì noto come la paura costituisca uno dei sentimenti su cui la politica fa leva, promettendo sicurezza e conquistando per questa via, più o meno meritatamente, coesione e consenso sociale.

Al riguardo, il crimine potrebbe essere considerato un fenomeno attorno al quale si cristallizza una serie di preoccupazioni e ansie, indicatori particolari di più ampie difficoltà di integrazione sociale che le istituzioni non riescono ad affrontare in modo efficace¹⁸⁹.

È appurato come l’arma più antica del potere sia rappresentata dalla paura. Secondo Montesquieu¹⁹⁰, il sentimento della paura costituiva il principio d’azione di ogni regime dispotico. È appurato come attraverso la paura, il despota riesca a frenare le ambizioni dei grandi uomini conservando così il suo potere. Entro la prospettiva descritta da Montesquieu, quindi, la paura funge da utile strumento politico per la stabilità e la continuità del potere tirannico.

¹⁸⁸ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 17.

¹⁸⁹ La sicurezza ontologica è alla base di quell’atteggiamento della maggior parte delle persone che confidano nella continuità della propria identità e nella costanza dell’ambiente sociale e materiale in cui agiscono. Essa è quindi intimamente connessa alla routine, e dipende dalla diffusione delle abitudini e dalla familiarità delle relazioni. La prevedibilità delle piccole routine quotidiane fornisce generalmente un senso di sicurezza psicologica, ma quando quelle vengono sconvolte per una qualsiasi ragione, subentrano stati d’ansia capaci di scuotere e alterare anche gli aspetti più saldamente radicati della personalità. F. VIANELLO, D. PADOVAN, *Criminalità e paura: la costruzione sociale dell’insicurezza*, in www.ristretti.it/areestudio/giuridici/studi/vianello_padovan.pdf.

¹⁹⁰ Montesquieu sosteneva fosse lo spettro del dispotismo a giustificare il principio della divisione dei poteri.

Anche la filosofa Hannah Arendt¹⁹¹, seppure ad un livello filosoficamente più profondo, ha posto l'accento sul ruolo della paura descrivendo il Terrore e le sue strategie nel contesto dei regimi totalitari.

Attualmente, la paura è diventata il sentimento dominante la vita pubblica, tanto che vari studiosi sostengono di poter descrivere la nostra società come una “cultura della paura”. Quest'ultima è quindi divenuta la lente d'ingrandimento di determinazione culturale, attraverso cui vien osservato il mondo¹⁹².

L'ossessione del rischio rappresenta un pericolo maggiore di tutti i rischi reali messi insieme e spesso la gente finisce per considerare tutto nell'ottica della paura¹⁹³.

La paura è inoltre contagiosa e può essere definita rischiosa se le informazioni, di carattere pubblico, vengono esposte in modo sufficientemente arbitrario¹⁹⁴.

Il sentimento della paura può generare rabbia e altre reazioni abnormi comportando quindi, una modificazione a livello biochimico¹⁹⁵.

¹⁹¹ Filosofa tedesca di origine ebrea, visse tra il 1906 e il 1975. La particolarità, l'eterodossia della tesi arendtiana consiste nell'aver introdotto una netta distinzione tra Terrore e paura. Il terrore, in quanto essenza dei regimi totalitari, si fonda sulla sterile applicazione di quella che la Arendt definiva come la vera forza propulsiva di ogni totalitarismo, vale a dire quella legge naturale del movimento il cui scopo è la selezione di una élite dominante.

¹⁹² L. SVENDSEN, *Filosofia della paura*, cit., p. 16. In questo testo l'autore effettua una diagnosi sulla società contemporanea ponendo in evidenza il pervadere della paura nell'ambito della vita quotidiana, e come questo sentimento riesca a colonizzare le nostre vite, nonostante si conduca un'esistenza tra le più sicure rispetto a quelle che ci hanno preceduto.

¹⁹³ L. SVENDSEN, *Filosofia della paura*, cit., p. 17.

¹⁹⁴ *Ivi*, p. 22. Secondo lo stesso autore: “La paura è anche un'importante risorsa politica per autorità pubbliche, partiti e organizzazioni extra-statali. In un'epoca in cui le vecchie ideologie si stanno indebolendo, la paura diventa uno dei mezzi più potenti nel dibattito politico in quanto, crea il tessuto comune sul quale veicolare messaggi e può essere usata per disgregare gli oppositori, accusandoli di guidarci su strade rischiose”: *Ivi*, p. 21.

¹⁹⁵ *Ivi*, p. 31, secondo il quale la rabbia e la paura hanno componenti biochimiche molto simili. Inoltre, non esiste alcuna realtà fisica necessariamente subordinata ad una realtà emozionale. Ovverosia, due persone possono trovarsi nella stessa situazione fisica, ma in una realtà emozionale diversa. Esistono reazioni corporee spesso collegate alla paura, come ad esempio l'accelerazione del respiro o del battito cardiaco, o il loro apparente blocco, come un generale tremolio o la sensazione di movimento “congelato”. La reazione degli esseri umani alle minacce, comporta il rilascio di sostanze come l'adrenalina e il cortisolo provocanti una “accensione” del sistema nervoso. La ragione umana può fare ben poco quando la paura sopraggiunge. *Ivi*, pp. 31-32.

E questo dato risulta di particolare rilievo se si considera che i sentimenti non sono solo qualcosa di “naturale” e diretto ma sono soprattutto reazioni, individuali e collettive, socialmente costruite¹⁹⁶.

Le emozioni sono strettamente collegate con specifiche categorie di comportamento e i motivi per cui queste categorie si sono sviluppate risiedono nel fatto che sono state evolutivamente vantaggiose¹⁹⁷.

La paura è seguita di solito o dalla fuga o dall’attacco¹⁹⁸. Ciò significa che l’induzione alla paura conduce, inevitabilmente, a reazioni o di remissione o di aggressività¹⁹⁹.

Il fenomeno della “paura derivata” presenta anche dei riflessi assai marcati riguardo il sentimento e la percezione collettivi²⁰⁰. Questi ultimi determinano, secondo

¹⁹⁶ *Ivi*, p. 36: “gli uomini creano fantasie sul male, lo vedono nei luoghi sbagliati, e distruggono se stessi e gli altri imperversando inutilmente”. cfr. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit.; ID., *La società disciplinare*, cit.; J. BOURKE, *Paura: una storia culturale*, Roma, 2007.

¹⁹⁷ L. SVENDSEN, *Filosofia della paura*, cit., p. 36. Provare un sentimento di paura e dar corso a tutte le conseguenze connesse, il più delle volte contiene vantaggi di carattere sociale, indotti e precostituiti culturalmente. Cfr. con l’opera di L. BERZANO, F. PRINA, *Sociologia della devianza*, Roma, 2005, p. 108, dove si recita: “Un individuo diventa deviante quando le interpretazioni sfavorevoli nei confronti della legge sono più forti di quelle favorevoli. Questo costituisce il principio dell’associazione differenziale”. Si sottolinea altresì, il ruolo assunto dalla variabile costituita dalla manipolazione dell’allarme sociale, descritta finemente dal sociologo Sutherland: *Ivi*, p. 109.

¹⁹⁸ L. SVENDSEN, *Filosofia della paura*, cit., p. 37. Come la paura possa determinare agiti inconsulti, indotti da un certo sistema culturale, rendendo il soggetto “pericoloso”. Cfr. con l’opera di F. ANTONINI, *L’uomo furioso, Studio sull’aggressività collettiva*, Firenze, 1974.

¹⁹⁹ È importante sottolineare questo aspetto poiché contenente forti implicazioni anche rispetto al concetto di “pericolosità sociale”. Il sociologo Zygmunt Bauman descrive in alcune delle sue opere le conseguenze della cosiddetta “paura derivata”, espressione, più che altro, di un sentimento di insicurezza prodotto dal dubbio circa l’esistenza di pericoli potenziali, sul presupposto (creato culturalmente) che il mondo sia un posto insicuro. La paura è dunque una sorta di visione del mondo, nella quale la propria vulnerabilità è la regola fondamentale. Sul punto vedasi anche, L. SVENDSEN, *Filosofia della paura*, cit., p. 55; Z. BAUMAN, *Paura liquida*, Roma-Bari, 2008, pp. 5 ss.

²⁰⁰ Il sociologo Anthony Giddens descrive l’era della tarda modernità come una “cultura del rischio”. Questo non corrisponde, però, ad una maggiore esposizione ai pericoli, bensì al grado e all’intensità della rappresentazione del “pericolo” in quanto tale, ad opera dell’individuo. Vedasi al riguardo l’opera A. GIDDENS, *Identità e società moderna*, Napoli, 1999, p. 6; anche L. SVENDSEN, *Filosofia della paura*, cit., p. 57. Il sociologo Ulrich Beck definisce questa cultura presente a livello collettivo come la “società del rischio”, percezione basata non su dati di fatto bensì, prevalentemente, su una fantomatica prognosi futura circa “quello che potrebbe succedere”. In U. BECK, *La società del rischio: verso una nuova modernità*, ed. it. a cura di Walter Privitera, Roma, 2000, p. 95, viene descritta la paura come visione del mondo. La società del rischio esprime la cultura della paura.

il paradigma epistemologico costruzionista²⁰¹, quei fattori di contesto tipici di una “società del rischio”²⁰².

D’altro canto, la paura, sebbene inibisca la capacità di scelta, riducendo gli spazi per la libera fruizione dei diritti e delle libertà fondamentali, conserva tuttavia, i germi della reazione e rende possibile il superamento della condizione di minorità e di dominio²⁰³. Inoltre, la paura non annulla nel soggetto la consapevolezza della sua individualità. Il timore, infatti, è espressione dell’individualità: un’individualità repressa, sottomessa, ma ancora presente e quindi ancora in grado di ribellarsi. La

²⁰¹ Nel libro *La realtà come costruzione sociale* (Bologna, 1997), i sociologi Berger e Luckmann intendono con il termine di costruzione sociale quel processo attraverso il quale le persone creano continuamente per mezzo delle loro azioni e delle loro interazioni una realtà comune e condivisa, esperita come oggettiva, fattuale e densa di significato soggettivamente. Come Garfinkel, anche Berger e Luckmann ritengono che l’interazione sia il luogo centrale dell’azione e dell’interpretazione del mondo circostante. Attraverso l’interazione, infatti, gli individui possono trasformare i loro significati soggettivi in fattualità oggettive, dando significato alla realtà e quindi costruendola. A differenza dell’etnometodologia, però, il costruzionismo sociale di Berger e Luckmann cerca di includere sia la realtà oggettiva sia quella soggettiva, unendo nella teoria e nella ricerca i piani micro e macro dell’analisi sociologica. C’è ampio disaccordo su che cosa sia il rischio, se si tratti di qualcosa di oggettivo o piuttosto di una costruzione sociale. Sebbene presenti sicuramente degli aspetti oggettivi, poiché esistono relazioni causali obiettive, il rischio è qualcosa di più. È composto anche da elementi soggettivi e sociali: un rischio non esiste indipendentemente da coloro che ne sono coinvolti. Il motivo per cui certe forme di rischio vengono messe in risalto più di altre è che si adattano a opinioni condivise dalla maggior parte delle persone, opinioni soprattutto di genere morale, suscettibili di variazione a seconda del tipo di cultura. Ogni rischio viene inserito in un discorso morale. Inoltre, è constatato come, il pericolo diventi degno di attenzione quando c’è qualcuno da incolpare. La socioantropologa Mary Douglas collega il concetto di rischio a quello di “colpa” e, più precisamente, spiega come il concetto di “rischio” entri a far parte del discorso morale e politico nel momento in cui la colpa è assegnata a qualcuno, poiché qualcun altro è minacciato dal pericolo. Insomma, la prospettiva di paura e quella di rischio necessitano di una vittima: senza vittima effettiva o potenziale perdono forza. L’aumento di concentrazione sulla paura coincide perciò con un corrispondente incremento di nuove categorie di vittime. La vittima è esonerata dalla responsabilità della situazione in cui si trova. La paura e il rischio hanno, pertanto, importanti riflessi sulla creazione del processo di vittimizzazione. Sul tema L. SVENDSEN, *Filosofia della paura*, cit., pp. 61 ss.; M. DOUGLAS, *Rischio e colpa*, Bologna, 1996.

²⁰² La parola “rischio” deriva dal latino medievale *risicum* che vuol dire “osare”. Da questo punto di vista, il rischio è collegato con la scelta, ossia il rischio è qualcosa che scegliamo di assumerci. Nella nostra quotidianità, invece, il rischio diventa non qualcosa che si sceglie, ma piuttosto qualcosa a cui siamo esposti contro la nostra volontà. Oggi il concetto di rischio è quasi unicamente carico di significato negativo. “Rischio” è diventato sinonimo di “pericolo”. In quanto esseri umani, abbiamo coscienza del rischio perché le nostre vite sono imprevedibili. Il problema è che la nostra idea di pericolo spesso ci fornisce un’immagine sistematicamente distorta del mondo. Vedasi al riguardo L. SVENDSEN, *Filosofia della paura*, cit., pp. 60-61. Cfr. M. DOUGLAS, *Rischio e colpa*, cit.

²⁰³ Fattori positivi della paura. Autoefficacia percepita e meccanismi psicologici. Utilizzare il sentimento della paura come una risorsa.

paura nasce dalla consapevolezza di trovarsi in uno stato di soggezione e di dominio, e ciò rappresenta la linfa stessa della libertà e del desiderio di riscatto²⁰⁴.

Risulta pertanto importante comprendere il ruolo che le passioni in generale, e la paura in particolare, possono esercitare nella costruzione di una teoria politica ispirata ai principi del liberalismo. I dilemmi che un simile problema pone forniscono elementi di riflessione sia entro una prospettiva prettamente storico-filosofica, vale a dire come tentativo di definire un itinerario filosofico-politico centrato sulla paura, sia rispetto agli inquadramenti sociologici. E sotto quest'ultimo profilo, risulta interessante l'approfondimento di M. Foucault sulla storia e le pratiche disciplinari delle istituzioni politiche, in riferimento al ruolo più o meno marcato assegnato alla paura e alle forme di soggezione²⁰⁵.

Attualmente ci troviamo in presenza di un'azione politica che "insecuritizza" non solo la vita degli individui, ma i rapporti degli stessi con tutte le istituzioni depu-

²⁰⁴ Il termine "liberalismo della paura", deriva da un interessante saggio di Judith Shklar pubblicato nel 1989 nel volume *Liberalism and the Moral Life* (J. SHKLAR, *The Liberalism of Fear*, in ROSENBLUM N. (a cura di), *Liberalism and the Moral Life*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1989, pp. 21-38). In quel saggio, la Shklar presentava una teoria suggestiva, reinterpreta alcuni concetti chiave del liberalismo. Una rilettura che merita di essere discussa e approfondita poiché, essa consente di sciogliere alcuni nodi inerenti all'interpretazione del modello liberale ed alla sua praticabilità politica e di chiarire quei fraintendimenti che mettono in discussione la solidità stessa di un simile approccio. Vedasi V. MAIMONE, *Judith Shklar e il liberalismo della paura. Una teoria etico-politica*, Atti della Reale Accademia Peloritana dei Pericolanti, 2001, LXXVII. pp. 101-114.

²⁰⁵ L'attenzione a tale aspetto risulta anche importante da un punto di vista concettuale considerando la paura come una componente essenziale nella teorizzazione e nella costruzione di sistemi politici. L'analisi approfondita delle implicazioni e delle scelte, sia individuali che collettive, derivanti dalla comprensione della rilevanza della paura costituisce una strategia politicamente vincente attraverso cui è possibile influire, in modo decisivo e costruttivo nella formazione di società nelle quali gli individui siano più liberi e dunque meno soggetti a forme di dominio e di violenza. Il tema della sicurezza, al centro dei profetici interventi di Foucault, successivi a *Sorvegliare e punire*, definisce la posta in gioco nell'esercizio della governamentalità. A giudizio di tale autore, il nuovo patto che lo Stato (incluso lo Stato sociale e socialista) offre al cittadino-consumatore è il cosiddetto "patto di sicurezza" post-schmittiano, emotivamente incardinato sul binomio paura-protezione. Se bisogna difendere la società dal pericolo e se, dunque, la sicurezza viene posta dallo Stato "al di sopra delle leggi", qualunque pratica governamentale tenderà ad una circolare produzione di paura e sicurezza. Attraverso tale perverso meccanismo si legittima la pretestuosa protezione del cittadino, a sua volta, oggettivato nella "popolazione", costituente, allo stesso tempo, il bersaglio del patto di sicurezza. Foucault inquadra il fenomeno terroristico all'interno dell'ossessione securitaria prodotta ad arte dallo Stato per governare la popolazione attraverso misure d'eccezione. Al riguardo, vedasi l'approfondimento: E. DE CONCILIIIS, *Foucault e il governo della paura*, post-fazione a *Critiche del giudizio*, in <http://www.kainos.it/numero9/emergenze/CritiquesIntro.html>.

tate a proteggerli. Ciò risulta una conseguenza anche e soprattutto dei fenomeni di terrorismo che generano angoscia e disorientamento generale. Il risultato si manifesta attraverso una totale adesione delle persone alla volontà statale, dalla quale sono portate ad accettare qualsiasi azione, l'imposizione delle tasse, la gerarchia, l'acritica obbedienza, purché lo Stato si faccia carico di proteggere e garantire il cittadino contro l'insicurezza e il pericolo collettivo²⁰⁶.

Pertanto, conoscere e soprattutto ri-conoscere la paura, costituisce non solo il primo passo per ammettere l'importanza determinante delle passioni nella motivazione degli uomini all'agire, ma anche la chance e scoprirne l'irrinunciabile funzione produttiva e mobilitante. Disconoscerla significa, al contrario, inibire o alterare quel processo emotivo e cognitivo che prelude alla valutazione e all'azione, e che consente di far fronte alla minaccia attraverso risposte costruttive, adeguate al perseguimento del bene degli individui e della collettività²⁰⁷.

3. Diritto penale del nemico e meccanismo di controllo

Attualmente, assistiamo in Italia ad una particolare fisionomia dell'apparato preventivo, forgiato per diversi profili sulla falsariga della teoria, ritenuta forse la più esasperata, relativa al "diritto penale del nemico", elaborata dal filosofo penalista Günther Jakobs²⁰⁸.

²⁰⁶ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit.; M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit.; M. FOUCAULT, *La strategia dell'accerchiamento. Conversazioni e interventi 1975- 1984*, a cura di S. Vaccaro, Palermo 2009. Il testo in questione: *La ridefinizione del giudiziabile*, pp. 37-50.

²⁰⁷ E. PULCINI, *La cura del mondo, paura e responsabilità nell'età globale*, Torino, 2009, *passim*.

²⁰⁸ I principali argomenti a fondamento dello studio giuridico di Jakobs sono quelli inerenti alle fondamenta del diritto penale, in particolare egli ha concentrato la propria attenzione sullo studio degli istituti della *coercizione* e della *contraffazione*. All'interno del suo libro di testo dedicato allo studio della parte generale del codice penale tedesco, all'interno delle sue monografie ed all'interno di numerosi suoi saggi, Jakobs ha dato origine ad una nuova teoria del diritto penale che può essere definita come *Funzionalismo*. Tale teoria parte dal presupposto che la *colpevolezza penale* non è giustificabile ontologicamente e non può provenire da un contratto sociale fittizio, ma è una questione sociale, dove la legge ha l'obiettivo di porre modelli di orientamento obbligatori.

Tale impostazione presenta come oggetto infatti, lo stravolgimento della predominanza della tutela giuridica dell'individuo in quanto tale, qualora la vita dello Stato sia messa in pericolo da soggetti non considerati come cittadini, ma regrediti alla condizione di "nemici". Anche Foucault riteneva ci trovassimo all'interno di un mondo formato da nemici, dove imperava la politicizzazione dei rapporti umani producendo, come chiave di volta dell'intero sistema, la necessità di individuare il nemico e di smascherarlo in ogni individuo con il quale non si sia d'accordo²⁰⁹.

Nell'ottica del diritto penale del nemico, il nemico è una "possibilità reale" vale a dire che esso è innanzitutto una minaccia, e come tale è sempre presente. Ciò significa che non è importante tanto difendersi dalla presenza fisica del nemico, ma bisogna agire prima che quello si manifesti fisicamente. È un'attività di *pre-emption* quella messa così in atto, una sorta di prevenzione anticipata attraverso la quale si mira non già a prevenire il verificarsi di un evento rischioso, ma, prima ancora, si vuole intervenire sulla possibilità stessa che esso si verifichi, agendo quindi sui fattori di rischio. Il nemico quale minaccia, infatti, "he is always already there" e come tale va combattuto costantemente con gli strumenti propri dello stato di eccezione, perché gli strumenti del normale diritto penale del cittadino non sono sufficienti. In realtà, il diritto penale del nemico non può essere considerato un tema puramente giuridico in quanto è soprattutto l'espressione più autentica di una strategia di controllo e di prevenzione promanante da un centro di potere, con modalità tipicamente performativa, e poggiante la propria legittimazione sull'imperativo della sicurezza, subdolamente ancorato al concetto di liceità e di legalizzazione della legge²¹⁰.

Il diritto penale del nemico fa riferimento ad un binario parallelo e separato del diritto penale. I due binari, sul piano dei diritti, esibiscono due livelli di garanzia

²⁰⁹ M. FOUCAULT in conversazione con COLIN GORDON e PAUL PATTON, *Considerazioni sul marxismo, la fenomenologia e il potere*, cit., p. 126. Per un maggiore approfondimento, di particolare rilievo: M. PAVARINI, L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità sociale e giustizia penale*, 2012, *Documento introduttivo*.

²¹⁰ *Il diritto penale del nemico*, in *L'altro diritto*, Centro di Documentazione su carcere, devianza e marginalità, www.altrodiritto.unifi.it › ... › I migranti e i loro diritti › Migranti e polizia.

diversa perché si rivolgono a due categorie differenti di soggetti: il primo vige per il cittadino ordinario, il secondo invece è uno strumento da poter utilizzare contro chi, di volta in volta, viene identificato come nemico all'interno di una data società. In altre parole, si tratta di uno “speciale” diritto penale, contemplante pene più severe per una determinata categoria di autori, quelli per l'esattezza che non offrendo sufficiente garanzia cognitiva si situano fuori dalla sfera della tutela giuridica. Tali soggetti, sono considerati dei nemici e come tali qualificati come “non-persone” poiché i diritti più elementari non vengono loro riconosciuti. Gli individui predetti rappresentando, pertanto, un pericolo per la società, devono essere neutralizzati, al fine di potersi difendere dalla minaccia che costituiscono. A ben vedere, si tratta della medesima dinamica attualmente riservata al “delinquente pericoloso”, considerato un delinquente “speciale” e quindi trattato con parametri diversi rispetto alla categoria della delinquenza “ordinaria”. Il doppio binario, al riguardo, riproduce in effetti, due tipologie di diritto penale, a seconda della tipologia delinquenziale²¹¹.

Secondo la teoria di Jakobs, la violazione della norma ha l'effetto di ledere i diritti dei membri della comunità giuridica all'interno della quale il reato viene compiuto. Il reo, violando le norme vigenti, romperebbe il contratto sociale e si porrebbe al di fuori di esso, perdendo, come conseguenza di un atto volontario, tutti quei diritti che essere parte del contratto gli garantiva. Questo processo lo degrada a ruolo di “non persona” per il diritto. Secondo l'autore di questa teoria, il diritto fondamentale alla sicurezza della collettività può ben prevalere sui diritti fondamentali della persona²¹².

²¹¹ Non solo la collettività ma anche la giurisprudenza attuale pare attribuire molta attenzione al cosiddetto «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. V. G. LEO, *Gli statuti differenziali del delinquente pericoloso*, in www.penalecontemporaneo.it.

²¹² Sulla sovranità e sulla violazione del contratto sociale v. J. HABERMAS, *L'idea kantiana della pace perpetua due secoli dopo*, in ID., *L'inclusione dell'altro*, Milano, 1998, p. 183.

Il nemico con cui abbiamo a che fare nella teoria di Jakobs è innanzitutto un delinquente portante lo stigma della colpevolezza ma, a differenza del delinquente comune, si tratta di un individuo la cui stabilizzazione cognitiva rispetto alla norma non è più possibile. Contro il nemico ci si può difendere solo con la neutralizzazione che dovrà avvenire prima del compimento del fatto delittuoso o in aggiunta rispetto alla pena, approntando un apparato di sicurezza.

La critica a questo autore converge nel ritenere che una delle più grandi difficoltà insite nel concetto di nemico sta nel suo essere un concetto illimitato, un concetto dai confini indefiniti e mobili, i quali possono tendenzialmente ampliarsi all'infinito, anche solo sulla spinta di percezioni e di verità di senso comune. Queste ultime disegnano delle differenziazioni di statuti normativi su base pregiudiziale dando origine ad un sistema normativo diversificato, atto a ridimensionare la tutela dei diritti di chiunque possa rappresentare una minaccia agli occhi di chi detiene il potere politico²¹³.

Qualificare come nemico un avversario dell'ordinamento giuridico innesca un meccanismo di semplificazione dei fattori in gioco nello scontro che permette di screditare l'avversario senza doverne giustificare su basi fattuali l'esclusione. Permette di avvalersi dei metodi, dei linguaggi propri della guerra, in base ai quali il nemico diventa un pericolo da annientare. Anche nell'orizzonte di senso comune qualificare un soggetto come nemico risulta ben diverso che definirlo come un criminale²¹⁴. Il nemico infatti, richiama il male, l'Altro da Noi, quel qualcuno non considerato come appartenente alla comunità dei consociati²¹⁵.

Il diritto penale del nemico, in questa ottica, consisterebbe in tecniche repressive di vecchia data, giustificazioni meramente simboliche che si manifestano senza

²¹³ Concetto dai contorni illimitati.

²¹⁴ Sull'importanza delle definizioni e del linguaggio vedasi le opere di M. FOUCAULT, *Le parole e le cose*, cit. Dal punto di vista linguistico usare il termine "nemico" serve a "squalificare l'avversario" – per utilizzare una terminologia di Dal Lago – e induce ad una "degradazione preventiva" dell'Altro. Preventiva nella misura in cui non ha bisogno di dimostrazioni né di conferme per attuarsi. Al riguardo: A. DAL LAGO, *Le nostre guerre. Filosofia e sociologia dei conflitti armati*, Roma, 2010.

²¹⁵ Altro da noi: teorie sull'immunità.

incontrare alcun limite alla loro azione, nemmeno i limiti che dovrebbero essere insiti nel rispetto dei diritti altrui²¹⁶.

Inoltre, il concetto di non-persona è pericoloso in quanto costituisce una cinghia di trasferimento (e di confusione), del discorso da un piano descrittivo ad uno normativo²¹⁷.

La semplice descrizione iniziale, come i fatti hanno dimostrato, può divenire nel corso del tempo, uso normativo del concetto, con conseguente tendenza ad adeguare il ciò che dovrebbe essere al ciò che è, autolegittimando pratiche identificabili come diritto penale che sono di per sé illegittime. Questo meccanismo viene definito da Ferrajoli “slittamento semantico”.

L'utilizzo simbolico del diritto penale del nemico riveste grande importanza nell'attuazione del meccanismo di marginalizzazione e di differenziazione effettiva degli statuti normativi²¹⁸.

Cancio Melia vede il delinarsi negli ultimi anni di un “diritto penale del rischio” diretto all'espansione di un diritto penale simbolico e al risorgere del punitivismo. I governi attuali tendono a privilegiare una risposta di tipo repressivo alla violazione delle regole, basata su processi di criminalizzazione. Questa, d'altro canto, è la reazione che si aspetta l'opinione pubblica poiché è credenza di senso comune quella secondo cui misure penali più severe siano in grado di garantire maggiore sicurezza rispetto all'intervento dello stato basato sulle politiche sociali e strutturali²¹⁹.

²¹⁶ Vedasi al riguardo: *Il diritto penale del nemico*, in *L'altro diritto*, Centro di Documentazione su carcere, devianza e marginalità, www.altrodiritto.unifi.it > ... > I migranti e i loro diritti > Migranti e polizia.

²¹⁷ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Prefazione di Norberto Bobbio, Roma-Bari, 2009, puntualizza quanto problematico possa essere l'utilizzo, seppur con finalità descrittive, del diritto penale del nemico rischiando di incappare nella cosiddetta “fallacia realistica”. Sulla descrizione di questo pensiero: P. DI LUCIA (a cura di), *Assiomatica del normativo: filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, 2011, p. 110.

²¹⁸ Il fatto di avere considerato l'11 settembre un atto di guerra e non un crimine si è rivelata una scelta strategica che ha permesso alle compagini governative di catalizzare il favore dell'opinione pubblica intorno alle politiche di emergenza attuate nel nome della difesa da un nemico interno.

²¹⁹ Al riguardo v. M. CANCIO MELIA, *Diritto penale del nemico?*, in M. DONINI e M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Quaderni di diritto penale comparato, internazionale e europeo, Milano 2007, pp. 65 ss. A parere di Cancio Melia, il punitivismo sembra apparire

Il diritto penale del nemico si rivolge soprattutto ai reati caratterizzati da una forte connotazione simbolica, collocati in posizioni strategiche nei meccanismi di creazione di idee di senso comune. Strumento privilegiato di creazione artificiosa attraverso l'esclusione dei parametri performativi dell'identità di coloro che escludono. In un certo senso rappresenta una forma di allontanamento da sé di un'immagine che non piace, diretta alla costruzione di una certa identità sociale²²⁰.

Chi detiene il potere di distinguere i diversi soggetti, di stabilire i confini, ha anche la capacità di definire le stesse persone, e nell'atto di definirle le sta in qualche modo creando. Questo è un uso in senso performativo del diritto penale del nemico. Tale diritto conduce verso uno scivolamento dalla logica del fatto alla logica dell'autore. Il processo penale da strumento legittimo di accertamento della colpevolezza si tramuta in spazio entro cui articolare una sorta di lotta contro l'autore del reato, non per ciò che ha fatto ma per ciò che è, o piuttosto per ciò che "rappresenta"²²¹.

Il potenziale simbolico non si ferma alla ricerca della legittimazione politica e del consenso elettorale ma collabora alla creazione di un certo immaginario, collabora a determinare il modo in cui la realtà viene letta dalla generalità delle persone e

l'unica arma contro il sentimento di insicurezza collettiva, quale portatore di una valenza simbolica impareggiabile, unico sistema in grado di raccogliere l'approvazione delle masse, come nessun'altra scelta di politica criminale. L'autore sottolinea come la percezione dei rischi rappresenti "una costruzione sociale non relazionata con le dimensioni reali di determinate minacce".

²²⁰ In questa teorizzazione emerge soprattutto il meccanismo dell'esercizio del potere assunto dal diritto penale, quale strumento che più di ogni altro risponde alle domande di sicurezza dei membri della comunità giuridica. Il diritto penale del nemico in specie, andando a costituirsi nelle mani delle compagini governative, diventa uno strumento estremamente utile per ottenere consenso e per attuare politiche repressive lesive dei diritti di tutti, e ciò in nome della prerogativa di una non ben definita sicurezza. Sul punto, in generale, M. PAVARINI, M. DONINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, dove si evidenzia l'aspetto marcato di una "sicurezza" come orizzonte totalizzante del diritto penale.

²²¹ L'elaborazione di un diritto penale del nemico posto a fianco alle tecnologie di sicurezza, nasce dall'esigenza da parte degli apparati di controllo di dotarsi, ad un certo punto della storia, di strumenti repressivi sempre più stringenti. Inoltre, il concetto di "nemico" è talmente indeterminato da essere in grado di ricomprendere chiunque, in ragione di qualche particolare caratteristica, e come tale essere spogliato dei propri diritti e mettere in mostra la propria nuda vita di fronte al potere che, proprio attraverso il controllo esercitato su quel corpo si costituirà come potere sovrano. Sul tema della strategia militare come stile di vita quotidiano e come forma del pensiero e modalità di approccio verso l'altro si veda, in particolare, A. DAL LAGO, *Le nostre guerre. Filosofia e sociologia dei conflitti armati*, cit.

quindi anche il modo in cui la realtà stessa, in definitiva, esiste. Ciò contribuisce in maniera determinante alla costruzione e consolidazione dell'Altro, come altro da noi, come minaccia e come pericolo. È questo il suo lato simbolico estremamente reale²²².

Si tratta di una mutazione strutturale del sistema punitivo che interessa l'attuale fase di sviluppo dell'intera società capitalistica occidentale. Tendenze efficientistiche e funzionalistiche vengono osservate, oltre che in Italia, anche in Germania, Olanda, Spagna, Inghilterra, Stati Uniti e Colombia, dove prevale la scelta esplicita della neutralizzazione e dell'incapacitazione selettiva quale finalità dell'esecuzione penitenziaria²²³.

Superata la fase di stagnazione degli anni ottanta, assistiamo per la prima volta alla concomitanza dell'aumento del prodotto nazionale lordo e della diminuzione dei posti di lavoro. A ciò corrisponde un aumento della concentrazione della ricchezza e un aumento della povertà, tanto all'interno della società capitalistica occidentale che di quella planetaria. In questo scenario, le esigenze di disciplinamento sociale e di repressione dei conflitti non istituzionalizzabili, potenziali o reali, derivanti da questa nuova trasformazione del sistema produttivo, sono ancora più forti del passato. Ciò è confermato dal sovrappopolamento delle carceri italiane, abitate non certo da mafiosi

²²² Il teorico Winfried Hassemer ha denunciato, in uno scritto recente, la perdita dell'equilibrio tra la funzione simbolica e la funzione strumentale del diritto punitivo. Nello Stato sociale di diritto, il diritto penale non ha solamente la funzione di contenere la violenza delle aggressioni a diritti fondamentali, ma radicata nell'inconscio collettivo. Al contrario, il diritto penale del cittadino si trasforma in diritto penale del nemico e la tendenza autoritaria endemica nella funzione punitiva esce allo scoperto. Un segno semantico di questa trasformazione è l'uso oggi dominante della terminologia bellica per definire i compiti della giustizia penale. Al riguardo, si veda W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto. Sul divieto di analogia nel diritto penale*, studio pubblicato su www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_hassemer.pdf, facente parte di un'opera collettanea pubblicata nel 1992 dal titolo *Cultura giuridica come cultura del linguaggio*. Sul tema, vedasi anche C. PERINI, *Il concetto di rischio nel dibattito penale moderno*, Milano, 2010.

²²³ Nello studiare la "nuova penologia", Massimo Pavarini, ha evidenziato la tendenza ad abbandonare l'obiettivo del reinserimento per accettare strategicamente l'esistenza di zone sociali ad alto rischio di emarginazione criminale. Al riguardo, M. PAVARINI, *Il "grottesco" della penologia contemporanea*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, p. 252, consultabile su books.google.it/books?isbn=8879897101, con riferimento al linguaggio utilizzato da Foucault. Sullo stesso tema, M. PAVARINI, *Della penologia fondamentalista*, in *Rivista Il Mulino*, 1/01, Bologna, 2011. Vedasi anche A. BARATTA, *Introduzione* a S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1997.

o grandi trafficanti di droga o corrotti bensì da tossicodipendenti, extracomunitari, soggetti appartenenti a gruppi marginali e/o a rischio di devianza, a dispetto di quello che potrebbe pensare l'opinione pubblica²²⁴.

4. “Pericolosità attuariale”. Nuovi scenari politico-sociali

“Tutto cambia affinché nulla cambi”.

[Da *Il Gattopardo*]

Nonostante l'esperienza abbia dimostrato come ogni pretesa di prevedere e preconizzare gli eventi futuri risulti priva di totale fondamento scientifico, la figura simbolica del soggetto “pericoloso” sembra acquisire paradossalmente nuovi contenuti e rafforzamenti. Tale percezione, come sopra descritto, rientra in un fenomeno più ampio a livello macrosociale, riflettente il grado di destabilizzazione e di insicurezza collettiva, la paura del proprio vicino, la diffidenza verso l'altro, disagio espresso e “risolto” soprattutto attraverso l'apprestamento di sistemi di sicurezza sempre più rigidi e contenitivi²²⁵.

Il nuovo paradigma eziologico assunto a modello di studio è quello della “previsione/pre-venzione del pericolo, nel quale si considera un concetto di “pericolosità

²²⁴ Sul punto: Il Manifesto – 26 Giugno 2002, *La società reclusa a rapporto, consultabile su* www.cestim.it/rassegna%20stampa/02/06/26/carceri.htm, intervento di M. Pavarini riguardo la penologia attuariale come modalità operativa per la selezione e classificazione dei soggetti a rischio. Per un maggiore approfondimento sul tema esposto si consulti: A. BARATTA, *Introduzione* a S. MOCICA, *La perenne emergenza*, cit.; M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *Saggi sul governo della penalità, Letture interpretative al Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2007. Vedere anche il saggio di G. CAMPESI, *Archeologia del “neoliberalismo penale”*. *Appunti sulla nascita di un nuovo paradigma criminologico*, sui nuovi illegalismi legati alla corrente, attuale, del neoliberalismo penale, in www.academia.edu/.../Archeologia_del_neoliberalismo_penale_Appunti...

²²⁵ Non a caso, con il nuovo lemma “*dangerization*”, utilizzato da diversi penalisti e operatori del settore, si esprime la tendenza a percepire ed analizzare il mondo attraverso la categoria della minaccia. Ciò determina la volontà spesso ossessiva di pervenire alla previsione delle future avversità attraverso percezioni pessimistiche e difensive. Infatti, il concetto di pericolosità sociale, niente affatto isolato, esprime gli orientamenti di sociologia politica e le dinamiche relazionali, singole e di gruppo, determinando e/o influenzando sulla percezione collettiva dell’“Altro da Sé”. Per un approfondimento sul tema si consulti: M. PAVARINI, L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità sociale e giustizia penale*, cit.

attuariale”, basato su una presunzione legale di pericolosità costruita su valutazioni statistiche di rischio di appartenenza a gruppi. Tale orientamento viene definito anche approccio “tecnocratico” alla questione criminale²²⁶, dove il parametro cardine assunto come unità di misura riguarda il livello esterno della sicurezza e/o il sentimento di sicurezza della collettività.

Secondo questo approccio, (attualmente di largo utilizzo) l’autore di qualunque tipo di reato diventa improvvisamente un bersaglio dell’opinione pubblica per ragioni contingenti, che non dipendono dalle sue anomalie tipologiche d’autore, ma bensì da un’estemporanea recrudescenza punitiva verso un certo tipo di fatti²²⁷.

Attraverso il fatto delittuoso si perviene all’identificazione di un certo tipo di pericolosità. Il nemico non è individuato specificamente come autore pericoloso, perché è soprattutto il tipo di fatto ad essere strumentalizzato. L’autore è simbolo dell’abnormità di un comportamento, e la sua punizione deve esprimere pubblicamente la restaurazione dei valori calpestati²²⁸.

A ben vedere, nella pratica concreta, abbiamo assistito finora allo stesso ordine di ragionamento: la pericolosità “soggettiva” è stata sovente dedotta dalla particolare fattispecie di reato commessa, risultando eccessivamente carente il percorso medico-psichiatrico della perizia o l’analisi personologica sul soggetto. L’aspetto o qualità soggettivi assunti a parametro per l’individuazione della pericolosità del soggetto, desunti dalla tipologia di reato commesso, diventano assorbenti rispetto al complesso di vita del soggetto. Tale fenomeno di attribuzione di una certa qualifica soggettiva idonea a catalogare quell’individuo come pericoloso, produce inevitabilmente lo

²²⁶ M. PAVARINI, L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità sociale e giustizia penale*, cit., p. 15. Sulle tecnologie attuariali del controllo sociale si consulti anche B.E. HARCOURT, *Against prediction. Profiling, policing, and punishing in an actuarial age*, Chicago 2007, (pp. 336), pubblicato in *Studi sulla questione criminale*, III, n. 1, 2008, pp. 113-119, su sito web: bernardharcourt.com/documents/recensione-di-harcourt.pdf.

²²⁷ Così facendo, il diritto penale diventa uno strumento finalizzato alla lotta contro un nemico, allo scopo di poter riaffermare i valori offesi dal reato contro chiunque tenti di aggredirli. In questo sistema per colpire i fatti si etichettano come nemici i loro autori, strumentalizzando la loro persona. M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in “*Cassazione penale*”, 2006, p. 274.

²²⁸ L. FERRAIOLI, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione Giustizia*, 2006, p. 797.

scatenarsi di un meccanismo psicologico di timore verso l'autore di un certo tipo di reato generando percezioni pervasive di pericolo- rischio pubblico.

Ciò comporta il crearsi di una “giustizia emotiva”, periodicamente sollecitata da episodi criminali particolarmente cruenti che spingono il potere esecutivo ad intervenire con apparente tempestività ed efficienza, contribuendo a rendere il sistema giustizia penale sempre più incoerente. Per queste ragioni si è soliti utilizzare, in modo equivalente, la denominazione “diritto penale del nemico” oppure “diritto penale d'autore”, formule evocanti il fatto che ciò che risulta punibile non è più il reato bensì il suo autore e, nello specifico, il soggetto per “quello che di lui è stato rappresentato in termini di qualità soggettive ” piuttosto che “per il fatto di reato realmente consumato”. È di tutta evidenza come questo meccanismo vada in contrasto con un sistema come il nostro improntato sul diritto penale del fatto e della colpevolezza²²⁹.

Il fatto tipico, pertanto, costituisce null'altro che la base identificativa e sintomatica di tale personalità²³⁰. Infatti, come è stato detto in precedenza, il partecipante ad un'associazione a delinquere, il terrorista, l'autore di reati a sfondo sessuale, costituiscono gli archetipi più elementari di questa tendenza.

In primo luogo, occorre chiedersi se sia accettabile la definizione di nemico (*hostis*) come nemico pubblico, ovvero nemico della società e delle istituzioni statali. Infatti, l'ipotetica creazione di un divario fra cittadino e nemico potrebbe generare logiche politico-criminali incompatibili fra loro in una società democratica²³¹.

²²⁹ *Ibidem*. In tale ottica, il discrimine è rappresentato dal fatto di appartenere ad un gruppo identitario secondo il modello penale nazista del “tipo normativo d'autore”.

²³⁰ Al riguardo, in particolare, G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, sul sito web: www.didattica.unitus.it/web/scaricatore.asp?c...par=1.

²³¹ In particolare, si veda M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale fra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 53 ss. Nella predetta opera viene a delinearsi la necessità di un diritto penale estraneo ad una possibile accettazione del concetto di “nemico”, stabilendo che, se si vuole delegittimare o delimitare al massimo gli spazi per un diritto penale del nemico, occorre affermare e dimostrare che il diritto penale ordinario, cioè quello da considerarsi “normale”, non lo è. Quindi, occorre legittimare tutto il diritto penale come un diritto dal volto umano.

Come possiamo notare, la comunicazione sociale, attraverso il vocabolario della politica, ha indubbiamente favorito una costruzione sociale del disagio e del conflitto al di fuori delle categorie morali della colpa e della pena²³².

5. Il “sospetto” nella prevenzione della pericolosità sociale

L’erezione di difese contro l’Altro da Sé, considerato alla stregua di un vero e proprio nemico, risulta particolarmente marcata nel sistema della tutela di tipo preventivo. Una delle più importanti forme di tale tutela è costituita dalle misure di prevenzione “*ante delictum*”, estrinsecantesi in limitazioni della libertà personale o patrimoniale – e quindi sofferte come pene di fatto – inflitte a chi è “sospettato” di essere socialmente pericoloso, senza che si possa provare giudizialmente, in capo a questi, alcuna azione criminale. È possibile sostenere che trattasi a tutti gli effetti di pene comminate senza delitto e senza processo²³³.

Il maggiore difetto che può riscontrarsi nelle misure di prevenzione risiede nelle conseguenze del giudizio negativo emesso sull’intera personalità di un individuo: un giudizio con il quale si squalifica socialmente una persona, senza prima poter squalificare un fatto²³⁴.

Le misure *ante delictum* vantano, all’interno dell’ordinamento, un’antica e tormentata tradizione, risalente alle codificazioni preunitarie. Lo Stato Sabauda fornì l’architrave su cui si modellerà il sistema preventivo degli stati liberali²³⁵. In tempi successivi, nel Regno di Sardegna, con la legge 26 febbraio 1852, n. 1339, furono previsti provvedimenti provvisori in materia di pubblica sicurezza, con cui vennero

²³² Al riguardo v. M. PAVARINI, *La questione criminale nell’emergenza securitaria. Note teoriche sul caso italiano*, in <http://www.der.unicen.edu.ar/extension/upload/pavarini.pdf>.

²³³ *Ibidem*.

²³⁴ L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano 1962, p. 21; cfr. G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 311.

²³⁵ D. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996, pp. 10-11.

definite e disciplinate le prime misure di prevenzione personali a carattere strettamente amministrativo²³⁶.

Il sistema di prevenzione *ante delictum*, di cui si confermò la necessità sin dagli albori dello Stato unitario, venne approntato all'interno dell'ordinamento penale italiano nella seconda metà dell'800, all'indomani della costituzione del Regno d'Italia, ossia nel 1861, sotto il segno di un'emergenza.

Sin dall'epoca liberale, le misure di prevenzione furono elaborate per fronteggiare determinate categorie di soggetti che non avevano ancora commesso reati. La connessa pericolosità sociale fu formalmente ritagliata su fenomeni di mera antisocialità e cioè su condotte di vita contrarie ai valori sociali e morali, talvolta sintomatiche di classi a rischio, che potevano tradursi in situazioni di devianza sociale, anche se penalmente irrilevanti, come ad esempio il "malandrinaggio"²³⁷.

Per quanto riguarda la Scuola classica, l'opera di Carrara²³⁸ offre, invece, spunti indispensabili per cogliere i primi sintomi del disagio verso le misure di prevenzione personali. L'aspetto più interessante della questione è che le trasgressioni di polizia di cui parlava Carrara, contrapponendole ai delitti veri e propri, non erano provvedimenti *praeter delictum* finalizzati all'applicazione di misure restrittive della libertà personale in assenza della commissione di un reato, ma violazioni di carattere contravvenzionale. Da questa prima distinzione derivava il secondo punto fermo del pensiero del Carrara: il rifiuto delle pene del sospetto, applicate sulla mera base di indizi di colpevolezza. Quindi, i due capisaldi del pensiero del Carrara in materia preventiva erano: la natura, tipica e tassativa, delle trasgressioni di polizia; il rifiuto delle pene del sospetto.

²³⁶ Ossia, la sottomissione, la diffida, il foglio di via obbligatorio, il ricovero di minori di anni 16 in stabilimento di pubblico lavoro. I destinatari dei provvedimenti furono i forestieri che esercitavano il commercio ambulante senza licenza, coloro che erano sospettati di commettere furti di campagna, o pascolo abusivo, gli oziosi e i vagabondi.

²³⁷ Cfr. M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2007, pp. 489 ss. Con legge del 24 giugno 1871, per la repressione del malandrinaggio, si pervenne ad una ampia riforma della legge organica di Pubblica sicurezza, risalente al 20 marzo 1865, n. 2248, allegato b.

²³⁸ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Bologna, 1993, pp. 44-45.

Ma egualmente critico risulta, nel suo complesso, l'approccio al problema espresso dagli esponenti della c.d. Scuola positiva, nonostante le impostazioni teoriche propugnate dai positivisti offrirono, in qualche misura, argomenti per legittimare il diritto di prevenzione. Nella misura in cui, infatti, la pena veniva a perdere i propri tradizionali (ed esclusivi) contenuti retributivi, per acquisire nuove valenze di natura emendativa, e nella misura in cui il concetto di pericolosità sociale veniva a costituire il baricentro dell'intero sistema penale la cui finalità ultima sarebbe stata di conseguenza non solamente repressiva ma anche preventiva, era evidente che le misure di prevenzione potevano essere in effetti non del tutto estranee al quadro che si era andato componendo.

Il pragmatismo positivista consentiva di mettere in luce la mistificazione delle finalità reali (l'incapacitazione dei soggetti sospetti o pericolosi, per i quali manca la prova della commissione dei reati) con il presunto scopo di prevenire determinate forme di criminalità²³⁹. Il punto di partenza è costituito dalla sostituzione della funzione retributiva della pena con le finalità riabilitative-curative proprie delle misure di sicurezza. Alla ovvia accusa di limitarsi a incapacitare i soggetti marginali, eliminandoli dal contesto sociale, il sistema preventivo personale avrebbe reagito millantando le finalità di emenda e di recupero sociale che caratterizzavano, secondo l'insegnamento positivista, ogni ambito dell'intervento penale²⁴⁰.

L'altro aspetto è costituito dalla creazione delle fattispecie soggettive di pericolosità costruite dai positivisti sia in chiave meramente antropologica, sia con maggiore attenzione alle dinamiche sociali ed economiche²⁴¹.

²³⁹ Al modello poliziesco tradizionale, i positivisti contrapponevano un intervento (meritevole, questo solo, di dirsi preventivo) basato sui sostitutivi penali, in grado di affrontare alla radice le implicazioni profonde del vagabondaggio e dell'oziosità. Venivano distinti i pochissimi oziosi e vagabondi "patologici", per i quali andava prevista una punizione anche severa, dall'altra foltissima schiera di coloro che potevano essere recuperati alla collettività per i quali occorrevano meri interventi di natura sociale.

²⁴⁰ M. PAVARINI, *Le fattispecie soggettive di pericolosità nelle leggi 27.12.1956 n. 1423 e 31.05.1965 n. 575*, in *Le misure di prevenzione. Atti del convegno di Alghero*, Milano, 1975.

²⁴¹ Questi modelli facevano riferimento non solo al delinquente-tipo (ladri, assassini) ma anche a figure devianti e marginali (vagabondi, prostitute). Anche sotto questo profilo, il sistema preventivo personale sarebbe uscito rafforzato dalla previsione di modelli soggettivi di riferimento, che sembra-

Ma fu proprio l'idea cara a tutti i positivisti, secondo la quale esistono anche delinquenti incorreggibili, a legittimare ulteriormente la spirale perversa per cui un soggetto pericoloso può essere progressivamente eliminato dal tessuto sociale, tramite il ricorso a misure sempre più incisive sulla libertà personale, anche indipendentemente dalla commissione di un reato²⁴².

Con l'entrata in vigore del t.u. di p.s. del 1926 e con il successivo t.u.l.p.s. del 1931 veniva chiarita la strategia di fondo del regime: estendere in via ordinaria le misure di prevenzione personale anche alla pericolosità politica ed amministrativizzare la loro applicazione.

Gli atteggiamenti della dottrina del ventennio nei confronti delle misure disciplinate dai due testi unici del 1926 e 1931 erano stati sostanzialmente due: lo scadimento di interesse per i temi che avevano appassionato il dibattito nei decenni precedenti, dall'Unità d'Italia in poi, sia nella cultura classica che in quella positivista; la grande rilevanza assunta dalla disputa tecnico-giuridica sulla natura, giurisdizionale o amministrativa, dei nuovi interventi preventivi del codice penale Rocco riguardanti le "misure di sicurezza". Il silenzio sembrava coinvolgere quasi tutta la cultura giuridica: le linee portanti della cronaca crisi delle misure di prevenzione scomparivano sia dalla cronaca giuridica che dal dibattito dottrinale. Era presente una totale subordinazione dell'individuo e dei suoi diritti alle esigenze di conservazione dello Stato, che il fascismo ereditava da una certa cultura liberale. L'autoritarismo liberale, infatti, aveva caratterizzato buona parte della cultura giuridica precedente al ventennio, nella quale veniva rimarcato il principio secondo cui "non vi è libertà o diritto indi-

vano giustificare l'intervento preventivo di polizia indipendentemente dalla commissione di un reato, soprattutto quando tale intervento veniva mascherato con le finalità di emenda.

²⁴² Quindi, nell'analisi della pericolosità sociale, la perdita di valore del dato prognostico del reato a favore di valutazioni di carattere antropologico o criminologico avrebbe offerto una indispensabile giustificazione teorica ai provvedimenti limitativi della libertà personale, sganciati dall'accertamento di una violazione penale. È possibile, però, mettere in rilievo un altro elemento e cioè il fatto che in quell'ambito culturale si approfondiva l'idea, già presente nel pensiero classico, che la legittimità del modello preventivo dipendesse dalla sua reale effettività, dalla sua capacità di ridurre i reati all'interno della società.

viduale prima dello Stato”, detto principio portato alle estreme conseguenze, rendeva impossibile una critica al sistema complessivo della prevenzione di polizia²⁴³.

L’atteggiamento di fondo era di conferma della piena legittimità e necessità dell’intervento preventivo dello Stato, basato addirittura sul diritto dello Stato alla legittima difesa con il solo limite che esso fosse fondato su di un pericolo reale e non presunto senza peraltro spiegare gli indizi attraverso i quali tale effettività del pericolo potesse essere accertata²⁴⁴.

Grande rilevanza era assunta dalla disputa tecnico-giuridica sulla natura, giurisdizionale o amministrativa, delle neointrodotte misure di sicurezza nel codice Rocco. Obiettivo del regime fascista era quello di svalutare gli aspetti di contiguità tra le nuove misure e la pena tradizionale, per costituire un ambito di intervento preventivo, sia *post* che *praeter delictum*, riconducibile sempre e comunque agli interessi ed alla valutazione discrezionale dello Stato-amministrazione, quand’anche nelle modalità applicative intervenisse “accidentalmente” l’autorità giudiziaria²⁴⁵.

Con l’emanazione della Costituzione le misure di prevenzione vennero “riadattate” ai nuovi principi di libertà. In Italia prima della Costituzione repubblicana la loro irrogazione avveniva ad opera dell’autorità di pubblica sicurezza in base al t.u. approvato con r.d. 18 giugno 1931, n. 773. Poiché il sistema si era rivelato in evidente contrasto con la Costituzione (in particolare con l’art.13), potendo tali misure essere gravemente lesive della libertà personale, veniva emanata la legge 27 dicembre 1956, n. 1423, legge che, ancora oggi, costituisce l’architrave dell’intero sistema,

²⁴³ Sul punto, in particolare, G. AMATO, *Individuo ed autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976, p. 261.

²⁴⁴ A. SACCONE, *La legge di pubblica sicurezza*, Milano, 1930, pp.185 ss.

²⁴⁵ D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., p.148. La natura amministrativa delle misure di sicurezza, dichiarata dalla rubrica del titolo VIII del libro I del c.p. del 1930 non costituiva una mera questione sistematico formale, ma coinvolgeva una visione (dei rapporti tra cittadino e autorità da un lato, e tra i poteri dello Stato dall’altro), secondo la quale l’amministrazione poteva legittimamente e discrezionalmente valutare quali interventi compiere ai fini della prevenzione della criminalità, intervenendo in maniera anche molto incisiva nella sfera di libertà dei soggetti, al di fuori di qualsiasi controllo.

peraltro alquanto affollato da corpi normativi che si sono succeduti talvolta in sequenza assai ravvicinata²⁴⁶.

Con la legge 31 maggio 1965, n. 575, invece, il legislatore ha introdotto nel nostro ordinamento una serie di istituti a carattere preventivo specificamente, diretti al contrasto del fenomeno mafioso; ampliando l'ambito di applicazione della legge n.1423/1956, il provvedimento normativo estendeva le misure di prevenzione ivi previste ai soggetti "indiziati di appartenere ad associazioni mafiose"²⁴⁷.

Con la legge 22 maggio 1975, n. 152 (artt. 18 e 19), si stabiliva che le norme della legge n. 575/1965 fossero applicabili anche ai soggetti responsabili di atti preparatori diretti alla commissione di reati di sovversione e di terrorismo, nonché alle varie classi di soggetti socialmente pericolosi, indicate nei numeri 1 e 2 del primo comma dell'art.1 della legge n. 1423/1956. Con la legge 13 settembre 1982, n. 646 (c.d. legge Rognoni - La Torre), il legislatore apportava delle modifiche alla denominazione originaria mutandola in "associazioni di tipo mafioso" per ricomprendervi espressamente "la camorra o ad altre associazioni, comunque localmente denominate, che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso". Con l'art. 1 della legge n. 646/1982 è stata costruita e definita la fattispecie criminosa di cui all'art. 416-*bis* c.p.

Le misure *ante delictum* e i giudizi sulla personalità dei soggetti passivi a cui rinvia la legge 27 dicembre 1956, n. 1423, contrastano abbondantemente col sistema delle norme costituzionali²⁴⁸.

²⁴⁶ Sopravvivevano, però, nel nostro ordinamento, le misure previste dagli artt. 157 e 164 del Tulp n.773 del 1931, che prevedevano, rispettivamente, il rimpatrio con f.v.o. e, come misura più affittiva, il confino di polizia, da esporsi in una colonia o in un comune diverso da quello di residenza; il procedimento di applicazione veniva instaurato e gestito dall'autorità amministrativa, nella fattispecie il prefetto o il questore, in assenza di qualsivoglia garanzia per il proponendo.

²⁴⁷ La legge n. 575 del 1965 non definiva però i caratteri tipici dell'"associazione mafiosa", per cui la definizione e conseguentemente l'individuazione dell'"indiziato" diventava praticamente impossibile: la prima legge antimafia nasceva dunque con una sua congenita quanto fondamentale imperfezione, che ne avrebbe fortemente condizionato l'applicabilità. Vedasi sul punto G. NANULA, *La lotta alla mafia*, Milano, 2009, p.4.

²⁴⁸ L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit., p. 52.

Non solo. I concetti di pericolosità sociale contenuti nel Codice Rocco del 1930, riferiti alle misure di sicurezza, sono definiti in modo più chiaro rispetto alle fattispecie soggettive ed oggettive contenute nella legge predetta sulle misure di prevenzione, contenente, di contro, concetti “impliciti” di pericolosità, e contorni non ben definiti. La legge del 1956, infatti, non fornisce nessuna definizione di “pericolosità”²⁴⁹. Tale ultima legge risulta assai meno rispettosa del principio di legalità in confronto al vecchio testo unico di pubblica sicurezza 30 giugno 1889, n. 6144, da un doppio punto di vista: da un lato per ciò che concerne la delimitazione delle categorie di persone suscettibili di diventare in concreto pericolose per l’ordine e la moralità pubbliche, dall’altro, per ciò che riguarda la determinatezza delle prescrizioni che si impongono all’osservanza del sorvegliato²⁵⁰.

Gli articoli 95 e 96 della legge 1889 fornivano una categorizzazione più precisa di quella contenuta nell’art. 1 della legge del 1956²⁵¹.

Attualmente, al riguardo, viene sottolineato come la legge diventi fonte di incertezza, e permetta che le intenzioni degli individui siano valutate per i fini più disparati²⁵².

D’altro canto, la persona interessata dall’indagine si sente annoverata in un popolo di sospettati. L’individuo non si sente più protetto dallo *ius dicere* ma controllato. Il legislatore pare proprio aver perso di vista il fatto di reato per privilegiare astratte ipotesi di pericolosità: trionfa l’incertezza del diritto. Tale assunto viene,

²⁴⁹ *Ivi*, p. 54. Il vizio di fondo ossia l’indeterminatezza delle fattispecie di pericolo, che consente l’applicazione delle misure di prevenzione sulla base di meri sospetti di polizia, resta però tutt’ora inalterato. Altrettanto indeterminato resta l’oggetto delle misure patrimoniali, che possono colpire un singolo bene come l’intero patrimonio di un indiziato di appartenere ad un’associazione mafiosa o similare.

²⁵⁰ L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit., p. 54.

²⁵¹ Appaiono pertanto giustificate le critiche espresse da Nuvolone circa l’incompatibilità con il principio di legalità di almeno una parte della legge del 1956 laddove non si individuano comportamenti tipici ma si ricorre solo a definizioni vaghe e generiche, riferentisi ad equivoche qualità di natura sociologica. Vedasi L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit., p. 55. Anche, ampiamente, P. NUVOLONE, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976.

²⁵² R. GUERRINI, L. MAZZA, S. RIONDATO, *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, Padova 2004, “Introduzione”, p. 1.

purtroppo, ulteriormente suffragato dalle incertezze, dalle diverse e contrastanti opinioni di dottrina e giurisprudenza esistenti anche in materia di misure di prevenzione antimafia.

Ci si meraviglia del fatto che simili misure siano state per molto tempo (e lo siano tuttora) confuse con semplici limitazioni dei diritti provocate dalle necessità di polizia. Certo è che termini come “limite” o “limitazione” costituiscono accezioni di estrema ambiguità a loro volta ricompresi in categorie generalissime sotto cui ricomprendere interi settori dell’attività svolta dalla polizia²⁵³.

È bene rimarcare come in assenza di un esplicito riconoscimento delle misure di prevenzione nella Carta costituzionale, pur essendo tali sanzioni ben presenti nell’esperienza giuridica italiana precedente l’emanazione della Costituzione, sia legittimo porsi l’interrogativo relativo al fondamento della limitazione dei diritti fondamentali, nei confronti di chi non abbia violato la norma penale, sulla base di un mero sospetto, consentendo in tal modo espressioni arbitrarie del potere. La sanzione maggiormente problematica che un ordinamento ispirato ai principi dello stato sociale di diritto possa conoscere.

Il legislatore, nell’esercizio dei poteri attribuitigli e nel rispetto dei principi costituzionali, delimita l’ambito soggettivo delle persone pericolose, progressivamente ampliato rispetto a quello originariamente previsto dall’art. 1 della legge numero 1423 del 1956, con le leggi n. 575 del 1965, n. 110 del 1975, e da ultimo con le leggi n. 125 del 2008 e 94 del 2009.

In rapporto a settori criminali di accentuato allarme sociale il nostro ordinamento ha proceduto all’adozione di strumenti più o meno autoritari d’intervento, anche perché, relativamente a quegli ambiti, l’adozione di tali strumenti poteva contare sul consenso diffuso della pubblica opinione²⁵⁴.

²⁵³ L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit., p. 21.

²⁵⁴ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1997, pp. 78 ss.

La giurisprudenza costituzionale classifica la “pericolosità” come una qualità soggettiva, un modo di essere dell’individuo, da cui si deduce la probabilità che lo stesso possa commettere nuovi reati²⁵⁵.

La qualità descritta sopra si differenzia, però, dalla pericolosità sociale rilevante ai fini dell’applicazione delle misure di prevenzione. Infatti, “la pericolosità cui fa riferimento l’art. 3 della l. 27 dicembre 1956, n.1423 - Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità - è quella sociale in senso lato, comprendente cioè, da una parte la semplice immoralità non costituente reato, dall’altra l’accertata predisposizione al delitto o la presunta vita delittuosa di una persona nei cui confronti non sia raggiunta una prova sicura di reità per un delitto. Tale pericolosità, a differenza di quella richiesta dall’art. 202 cod. pen. per l’applicazione di una misura di sicurezza, non è necessariamente collegata ad una affermazione di colpevolezza per un reato commesso, ma si ricava dall’esame dell’intera personalità del soggetto nonché da situazioni costituenti “sospetto” o “presunzioni”, purché gli uni e le altre appaiano fondati su elementi obiettivi e su fatti specifici ed accertati, quali la compagnia di pregiudicati, l’omertà, la mancanza di uno stabile lavoro, il tenore di vita superiore alle proprie possibilità economiche, le denunce per delitti anche colposi”²⁵⁶.

La legge n. 646/1982, oltre ad introdurre la figura di reato dell’associazione di tipo mafioso ha anche modificato la fattispecie di pericolosità al cui compimento consegue l’applicazione della misura di prevenzione²⁵⁷.

²⁵⁵ Secondo tale giurisprudenza tale qualità si differenzerebbe dalla cosiddetta “capacità criminale”, presente sempre, in misura più o meno accentuata, nel caso in cui il soggetto abbia già commesso il reato, costituendo, quindi, un’attitudine soggettiva alla commissione dei reati stessi. La capacità criminale rappresenterebbe, quindi, il *genus* e la pericolosità sociale invece, la *species*, poiché la prima costituisce solo una possibilità, mentre la seconda rappresenta una probabilità di compiere illeciti penali. In sostanza, la pericolosità sociale coinciderebbe solo con la dimensione prognostico - preventiva della capacità criminale ma non con quella etico - retributiva della medesima” (Cass., II, 5.6.1990, n. 9572, Aresu, CED).

²⁵⁶ Cass., I, 9.4.1968, ord. 590, Verterame, CED; conforme: Cass., I, 12.1.1968, ord. 2, Lorello, CED.

²⁵⁷ Quest’ultima è stata considerata la sanzione più problematica che un ordinamento ispirato ai principi garantistici dello stato sociale di diritto possa conoscere. cfr. L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit.; G. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di B. Petrocelli*, vol. III, Milano 1972, p. 1628; F. BRICOLA, *Forme di tutela “ante delictum” e profili*

La nuova fattispecie di pericolosità, dal punto di vista strutturale, è stata modellata sulla nuova ipotesi delittuosa di associazione *ex art. 416 bis c.p.*, ritenuta censurabile anche sotto il profilo della sufficiente determinatezza. L'art. 1 della legge 31 maggio 1965 n. 575, introdotto nell'attuale formulazione dall'art. 13 della legge n. 646/1982, dispone l'applicabilità delle misure di prevenzione "agli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni comunque localmente denominate, che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso". Tale fattispecie di pericolosità, per fondarsi su una base fattuale, carente sotto il profilo della tassatività, deve necessariamente assumere la fisionomia di una fattispecie di sospetto, con esiti allarmanti sotto il profilo della certezza del diritto. Inoltre, la presenza di indizi farebbe venir meno l'esigenza di attivazione del processo di prevenzione per attribuire preminenza al processo penale²⁵⁸.

La base dell'accertamento richiesto ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione non riguarda gli aspetti fattuali poiché anche le fattispecie "indiziarie" introdotte ai fini di garanzia sono basate su fattispecie di sospetto che continuano ad assegnare al sistema delle misure di prevenzione il compito di sostituirsi alla ben più garantita attività di controllo del diritto penale del fatto, quando quest'ultima risulti inattuabile per carenza dei presupposti probatori. L'aspetto più grave è rappresentato dal fatto che questo fenomeno perverso sembra andare oltre il mero contesto normativo antimafia.

In definitiva, qualsiasi richiamo al privilegio di elementi fattuali nell'accertamento della fattispecie di pericolosità, al fine dell'applicazione delle misure di prevenzione, è destinato a restare un'astratta affermazione di principio, dal momento che, qualora tali elementi fattuali integranti veri e propri indizi fossero acquisiti ciò basterebbe a far scattare il processo penale in luogo del procedimento di

costituzionali della prevenzione, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, p. 68; E. AMODIO, *Il processo di prevenzione: l'illusione della giurisdizionalità*, in *Giust. Pen.*, 1975, III, 498.

²⁵⁸ Cfr. G. FIANDACA, *La prevenzione antimafia tra difesa sociale e garanzie di legalità*, in *Foro it.*, II, 1987, 364 ss.; VIDIRI, *Nuovo processo penale e processo di prevenzione: quale cultura per quale giudice?*, in *Cass. Pen. 1992*, 200-201.

prevenzione. Con conseguente trasformazione delle misure da formalmente preventive a sostanzialmente repressive, con il pieno rinvio alle questioni attinenti il problema delle garanzie, a partire dalla presunzione di non colpevolezza. Ci si troverebbe, in sostanza, di fronte ad una “truffa delle etichette”, posto che il meccanismo in questione porta a “sostituire” le fattispecie indiziarie di sospetto con vere e proprie fattispecie criminose²⁵⁹.

Le misure *ante e praeter delictum* costituiscono il settore in cui la nostra legislazione ha mostrato con sistematicità il carattere dell'emergenza soprattutto per quel che concerne il controllo dell'attività mafiosa. A dispetto del largo utilizzo effettuato si può ben affermare come i risultati raggiunti siano stati alquanto deludenti dal punto di vista della prevenzione patrimoniale e controproducenti sotto il profilo della prevenzione personale. In quest'ultimo caso, si è registrata addirittura una più ampia diffusione del fenomeno che si intendeva combattere²⁶⁰.

Sin dal 1865 l'intervento di prevenzione antimafia si è sovente articolato in un duplice ordine di misure, di tipo personale e di tipo patrimoniale. La riscoperta di queste ultime, quale strumento di lotta alla criminalità organizzata, ha determinato di recente una nuova valorizzazione del sistema di prevenzione, in netta regressione rispetto al filone di ricerca tendenzialmente impostato verso l'abbandono delle misure di prevenzione dall'ordinamento giuridico²⁶¹.

L'aspetto più rilevante della normativa sulle misure di prevenzione è dato dalla previsione di misure, cautelari e definitive, di tipo patrimoniale e interdittivo, da affiancarsi a quelle personali tradizionali. Le misure di tipo cautelare consistono

²⁵⁹ Al riguardo v. TAR Calabria-Catanzaro, sez. I, sentenza 10.11.2011 n° 1357, Maria Bonaddio: “i precedenti non bastano per desumere la pericolosità sociale”.

²⁶⁰ Nelle zone di soggiorno obbligato, ad esempio, si sono riprodotte quelle forme di criminalità di stampo mafioso che, in precedenza, caratterizzavano soltanto le zone di provenienza dei prevenuti. Cfr. G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Digesto pen.*, vol. VIII, Utet, 1994, pp. 112-113; 117-118. Inoltre, tali deludenti e controproducenti risultati, non hanno prodotto nessuna battuta d'arresto nella produzione normativa in materia, la quale continua ad essere sempre più disinvolta, nonché disinteressata al rispetto delle garanzie, nonostante gli effetti prodotti abbiano confermato l'assunto secondo cui al rigore indiscriminato non segue necessariamente una maggiore efficienza.

²⁶¹ Cfr. S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, vol. II, Torino, 1995, p. 257.

nella sospensione di licenze, concessioni, autorizzazioni, iscrizioni ad albi ed erogazioni di contributi (art. 10, comma 3, legge n. 575/1965), nell'imposizione di una cauzione (art. 3 bis, comma 2, legge n. 575/1965), nel sequestro, avente ad oggetto i beni di cui la persona ha la disponibilità diretta o indiretta, quando vi sia il sospetto che siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego²⁶².

L'estensione degli effetti delle misure anche a persone diverse dal prevenuto rende, al di là del sospetto, ancor più stridente il contrasto tra la normativa in esame e i principi di difesa, di non colpevolezza e di responsabilità personale.

Un'altra peculiarità di questa normativa, implicante dubbi sotto il profilo della legittimità costituzionale relativamente ai principi di ragionevolezza e di rieducazione, riguarda la previsione di inasprimenti di pena per una lunga serie di reati, quando sono commessi da soggetti sottoposti a misure di prevenzione²⁶³. Assecondando effetti desocializzanti, in base alle disposizioni richiamate viene ad essere assunto a presupposto per l'aggravamento della pena un mero *status* del reo, completamente slegato dai requisiti previsti nella circostanza di commissione del reato. Eppure, questo status, in un diritto penale del fatto, può soltanto configurarsi come un dato utilizzabile ai fini della conoscenza della personalità del reo, rilevante, eventualmente, in rapporto alla valutazione espressa secondo i criteri di cui alla norma dell'art. 133, comma 2, c.p.

A quanto esposto si aggiunge il dato circa la scarsa efficacia sinora dimostrata dalle misure di prevenzione, mai divenute vero supporto ad un non particolarmente efficace controllo penale, confermando la verità secondo cui gli sforzi maggiori per combattere fenomeni criminali derivanti da condizioni di marginalità sociale e di

²⁶² Tra i "sufficienti indizi" su cui può essere fondato il sospetto, l'unico tipizzato è rappresentato dalla "notevole sperequazione tra il valore dei beni di cui la persona dispone e il reddito dichiarato o l'attività svolta" (art. 2 *ter*, comma 2, legge n. 575 del 1965, come modificato dall'art. 3, legge n. 256 del 1993). Le misure definitive applicate a chi sia sottoposto a misure di tipo personale, riguardano la decadenza, tra l'altro, da licenze, concessioni, autorizzazioni, iscrizioni ad albi, erogazioni, che può colpire, per un periodo di cinque anni, anche i conviventi, nonché le persone giuridiche di cui il prevenuto sia l'amministratore o ne "determini in qualsiasi modo scelte ed indirizzi".

²⁶³ Artt. 6, 7, 9, legge n. 575 del 1965.

profondo disagio socio-individuale, vanno operati nella rimozione di quelle condizioni anziché dando voce a illusioni di tipo poliziesco.

Vanno dunque tagliate le radici culturali, istituzionali e sociali con un'opera di effettiva prevenzione di tipo politico ed economico in senso ampio, quale espressione di un ampio disegno strategico di interventi multiagenziali a più livelli²⁶⁴.

6. Verso una nuova soggettività

Ciò che muore oggi non è la nozione di uomo ma una nozione insulare dell'uomo, isolato dalla natura e dalla propria natura. Ciò che deve morire è l'autoidolatria dell'uomo che si ammira nell'immagine convenzionale della propria razionalità²⁶⁵. La campana suona a morto per una teoria chiusa, frammentaria e semplicistica dell'uomo. Comincia l'era della teoria aperta, multidimensionale e complessa. L'antropologia fondamentale, nel processo di riconoscimento dell'uomo, deve superare l'alternativa ontologica natura/cultura, ma considerare il ruolo reciproco dell'una sull'altra²⁶⁶.

La carenza "ontologica" delle scienze dell'uomo è di non avere riconosciuto l'esistenza dell'immaginario e dell'idea: non si è visto che il riflesso laddove esisteva sdoppiamento, emanazione di fumi laddove esisteva ebollizione termodinamica di vapori.

²⁶⁴ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., pp. 80-81.

²⁶⁵ Si fa riferimento al procedimento di genesi materialista delle diverse forme di razionalità analizzato e ricostruito nelle sue opere, per evidenziare gli elementi da cui si dipartono forme di scientificità poco evolute, prestando attenzione a forme di conoscenza empirica di tipo irrazionale, intrise di empirismo e di ideologia, il tutto per comprendere il funzionamento effettivo e concreto della razionalità. Come critica ad un certo tipo di filosofia della scienza che pone il problema dello statuto e del fondamento del concetto nei termini di una filosofia del soggetto, vedasi al riguardo: M. FOUCAULT, *Storia della follia nell'età classica*, Milano, 1998. Anche M. FOUCAULT in conversazione con COLIN GORDON e PAUL PATTON, *Considerazioni sul marxismo, la fenomenologia e il potere*, cit., pp. 116-118.

²⁶⁶ E. MORIN, *Il paradigma perduto*, cit., p. 191.

È necessario non soltanto far nascere la scienza dell'uomo, ma far nascere una nuova concezione della scienza, che contesti e sconvolga non solo le frontiere stabilite, ma le pietre angolari dei paradigmi e, in un certo senso, l'istituzione scientifica stessa²⁶⁷.

Al riguardo, bisognerà tenere in considerazione il problema chiave della scienza, ossia il rapporto del soggetto che osserva con l'oggetto osservato. È appurato in microfisica, in teoria dell'informazione, in storia, in etnografia, che l'oggetto viene costruito dall'osservatore e passa sempre attraverso una descrizione cerebrale. Questa descrizione cerebrale non è pertanto una pura rappresentazione, essa porta con sé un carattere di ambiguità e di incertezza che può essere chiarito solo attraverso una descrizione della descrizione e il coinvolgimento del descrittore²⁶⁸.

Bisogna acquisire consapevolezza circa la necessità di costruire una politica dell'uomo, che non esiste politica dell'uomo senza teoria dell'uomo, e che non esiste ancora una teoria dell'uomo. Anche se, la scienza dell'uomo non sarà certo la ricetta magica che risolverà il problema pratico della politica dell'uomo. Sappiamo perfettamente che ogni teoria, compresa quella scientifica, non potrà mai esaurire il reale, rinchiudendo l'oggetto nei suoi paradigmi. Essa è condannata a rimanere aperta, cioè incompleta, insufficiente, spalancata sull'indeterminatezza e l'ignoto.

È dunque in modo drammatico, indeterminato, casuale, che si pone oggi il problema della natura dell'uomo, dell'unità dell'uomo, della natura della società. Ritroviamo ancora il cosiddetto vuoto antropologico i cui si svolge il gioco della verità e dell'errore²⁶⁹.

²⁶⁷ *Ivi*, p. 205. Secondo Morin è necessario dar vita ad una "scienza nuova" dell'uomo, in grado di stabilire l'articolazione tra la fisica e la vita (cioè tra entropia e antientropia), tra complessità microfisica (ambiguità corpuscolare-ondulatoria, principio di indeterminazione) e la complessità macrofisica (autorganizzazione). Tale scienza dovrà stabilire l'articolazione tra il vivente e l'umano, l'antientropologia e l'antropologia, dato che l'uomo è antientropico per eccellenza.

²⁶⁸ E. MORIN, *Il paradigma perduto*, cit., p. 206.

²⁶⁹ *Ivi*, p. 207.

7. Un io com-partecipe: l'io singolare plurale

L'uomo, secondo le teorie filosofiche contemporanee, non è più racchiuso all'interno di una dimensione monolitica, bensì nella sfera specifica della soggettività pare dischiudersi un nuovo orizzonte dove l'individuo è posizionato con un ruolo affatto diverso, nell'ambito di una visione aperta e plurale.

Il filosofo Jean Luc Nancy, ad esempio, muove dalla nozione di “essere” inteso come “singolare-plurale”, con ciò rimandando ad una originarietà dell'essere che spinge l'uomo a cercare il senso pieno della propria vita non fuori di sé, ma in sé, identificandosi interamente col senso. L'uomo non è un corpo chiuso ma è un'apertura. L'essere politico dell'uomo consiste nel suo essere un'area di circolazione dei significati.

Secondo il predetto autore, ciò che esiste, dal momento che esiste, coesiste. La co-implicazione dell'esistere è la spartizione di un mondo. Un mondo non è niente di esterno all'esistenza, un mondo è la co-esistenza che le dispone assieme. Questo significa che l'essenza dell'essere umano è singolare plurale, e ciò al tempo stesso, indistintamente e distintamente. L'essere sarebbe singolarmente plurale e pluralmente singolare. Il singolare plurale forma la costituzione d'essenza dell'essere: una costituzione che disfa o che disloca ogni essenza una e sostanziale dell'essere stesso. L'essere non preesiste al suo singolare plurale²⁷⁰.

Questa inferenza conduce a provare un plurale d'esistenza: esiste qualcosa (almeno “io”) e qualcos'altro, almeno quest'altro “io” che si rappresenta un possibile e al quale mi rivolgo per domandarmi se esiste qualcosa di tutto ciò che io ritengo possibile. Coesistono almeno diversi “io”. Non c'è mai stato e non ci sarà mai un solipsismo filosofico, e in un certo senso non c'è mai stata e non ci sarà mai una filosofia “del soggetto” intesa come chiusura infinita in sé di un per-sé²⁷¹.

²⁷⁰ J.-L. NANCY, *Essere singolare plurale*, cit., p. 43, cap. VI. L'essere, concepito monoliticamente dalla metafisica occidentale, è in realtà molteplice.

²⁷¹ *Ivi*, p. 44.

Sappiamo bene che la logica dialettica esige il passaggio attraverso l'esteriorità, un passaggio essenziale all'interiorità stessa: nondimeno in questa logica è pur sempre nella forma "interiore" e soggettiva dell'Io che deve finire per trovarsi e porsi la verità dell'universale e della sua comunità. Spetta a noi, dunque, trattenere il momento dell'"esteriorità" come valevole in maniera essenziale, e tanto essenziale da non riferirsi più a nessun "io", individuale o collettivo, senza conservare per ciò stesso eternamente l'esteriorità stessa e in quanto tale. Essere singolare plurale significa che l'essenza dell'essere è, ed è soltanto, una co-essenza, un essere-con. Quindi, se l'essere è essere-con, nell'essere-con è il "con" a fare l'essere. È come in un potere collegiale: il potere non è esterno ai membri del collegio, né interno a ciascuno di loro, ma consiste nella collegialità in quanto tale. Non si tratta dunque dell'essere in prima battuta, cui si aggiunge il "con", ma del "con" al cuore dell'essere²⁷².

Quindi singolare plurale significa che la singolarità di ciascuno è indissociabile da una pluralità. Il singolare è sin da subito ogni uno, e dunque anche ogni con e tra tutti gli altri. Il singolare è plurale²⁷³.

È l'essere - a parte dell'essere stesso e nell'essere stesso: è l'essere di volta in volta che attesta il fatto che l'essere ha luogo solo di volta in volta. Ciò che si definisce "società", nel senso più ampio del termine, è quindi la cifra di un'ontologia che resta ancora da mettere in luce. Nessuno finora ha teorizzato fino in fondo il "con" come tratto essenziale dell'essere, come la sua stessa essenza singolare plurale²⁷⁴.

Ecco qual è il significato dell'inquietudine moderna, che non ha molto a che fare con una "crisi della società", ma ha molto più a che fare con una sorta di ingiunzione che la "socialità" o la "socializzazione" degli uomini rivolge a se stessa, o che essa riceve dal mondo: dover essere solo ciò che essa è, ma dover infine essere essa stessa

²⁷² *Ivi*, p. 45.

²⁷³ *Ivi*, p. 47.

²⁷⁴ *Ivi*, pp. 48, 50: "Noi: ogni volta un altro, ogni volta con altri".

l'essere in quanto tale²⁷⁵. Da una parte abbiamo il dispiegarsi di un mondo, dall'altro il venir meno delle rappresentazioni del mondo. Questo implica nientemeno che un mutamento nei rapporti "filosofia-politica". Se da una parte non si tratta più di una sola comunità, della sua essenza, della sua chiusura e della sua sovranità, dall'altra non si tratta più nemmeno di subordinare la comunità ai decreti di una sovranità. Altra, o ai fini della storia. Ma non si tratta neppure di considerare la socialità come un accidente spiacevole ma inevitabile, come un obbligo da gestire come si può. La comunità è nuda ma imperativa.

Da una parte, dunque, il concetto di comunità o di città si rifrange in ogni senso²⁷⁶, dall'altra il concetto di comunità sembra perdere ogni contenuto tranne quello del proprio prefisso, il *cum*, il *con*, sprovvisto di sostanza o di legame, spogliato di interiorità, soggettività e personalità. Insomma, la sovranità non è nient'altro che il *con* e come tale sempre da completare²⁷⁷.

Si tratta di riflettere sulla questione seguente: se la sovranità è stata il grande termine politico per definire la comunità, senza nulla al di fuori di essa, senza altro fine o fondamento al di fuori di se stessa, come può essere considerata invece nella sua nudità del *con*? La sovranità nuda presuppone che si prendano le distanze dall'ordine filosofico-politico e dalla filosofia politica classica, non per favorire un pensiero depoliticizzato, ma per favorire un pensiero che rimetta in cantiere la costituzione, l'immaginazione e il significato stesso del politico, o che permetta di ritrarne il profilo nel suo stesso ritrarsi e a partire dal suo ritrarsi. Il ritrarsi del politico è lo scoprimento, il denudamento ontologico dell'essere-con²⁷⁸.

Non si tratta di "un'ontologia della società" nel senso di "un'ontologia regionale", ma l'ontologia stessa intesa come una "socialità" o una "socializzazione" più origina-

²⁷⁵ Una simile formula è in prima battuta un'astrazione tautologica scoraggiante, ma il compito attuale è quello di spezzare la scorza dura della tautologia: che cos'è l'essere-con dell'essere?

²⁷⁶ Ed è per questo che spuntano in maniera multiforme e caotica l'infranzionale, il sovranazionale, il paranazionale e le diverse dis-localizzazioni del "nazionale" in genere. J.-L. NANCY, *Essere singolare plurale*, cit.

²⁷⁷ J.-L. NANCY, *Essere singolare plurale*, cit., p. 51

²⁷⁸ *Ivi*, pp. 52-53.

ria di qualsiasi società, “individualità” o essenza dell’essere, l’essere è con, è come con dell’essere stesso (il co-essere dell’essere). L’essere si fa evento, storia e mondo come essere singolare plurale, indistintamente e distintamente allo stesso tempo. In questa forma l’essere è simultaneo. La singolarità dell’essere è il suo plurale.

L’essere, pertanto, non si identifica *come tale*²⁷⁹.

Dunque, l’essere co-incide con se stesso solo nella misura in cui questa co-incidenza spicca subito ed essenzialmente per la *co*-struttura del suo evento (incidenza, incontro, angolo di pendenza, *shock*, accordo discordante). L’essere co-incide con l’essere: in altri termini, l’essere è la spaziatura, è il sopraggiungere – la spaziatura sopraggiungente – del *co*-singolare plurale²⁸⁰.

Ci si potrebbe chiedere perché occorra chiamare ancora “essere” qualcosa la cui essenza si riduce a un prefisso dell’essere, ad un *co*- al di fuori del quale non c’è nulla, null’altro che gli essenti o gli esistenti, ma non c’è alcuna sostanza o consistenza propria dell’essere in quanto tale. Il *co*- definisce bene l’unità e l’unicità di ciò che in generale è. Quanto si deve afferrare è per l’appunto la costituzione di quest’unica unità come “*co*”: *il singolare plurale*²⁸¹.

Un soggetto unico non potrebbe neppure designar-si e riferir-si a sé come soggetto. Il con è dunque il presupposto del “sé” in generale²⁸².

Prima dell’intenzionalità fenomenologica e prima della costituzione egologica, ma anche prima della consistenza cosale in quanto tale, c’è la *co*-originarietà del con. Non c’è dunque anteriorità in senso proprio: la *co*-originarietà è la struttura più generale di ogni con-sistenza, di ogni *co*-stituzione e di ogni *co*-scienza. Per cui, è un “con” originario o trascendentale che esige ormai, con una sensibile urgenza, di

²⁷⁹ Per una lettura decostruttiva del “come tale” dell’essere nell’ontologia fondamentale, cfr. la dissertazione di Dea di Yves Dupeux, Strasbourg 1994.

²⁸⁰ J.-L. NANCY, *Essere singolare plurale*, cit., p. 54.

²⁸¹ *Ivi*, p. 55. “L’Uno è più dell’uno, non perché si divide, ma perché uno è uguale a più uno, perché non si può contare uno senza contare più d’uno. È il più “dell’esposizione” = della manifestazione all’esterno. L’Uno puramente uno non può essere né esposto né contato. Mentre l’uno veramente uno è sempre più dell’uno: è il suo essere in sé *co*-presente”.

²⁸² J.-L. NANCY, *Essere singolare plurale*, cit., p. 56.

essere demarcato o articolato. Anche se si tratta di un concetto tra i più difficili: a questo “originario” o a questo “trascendentale”, infatti, non si “risale”, poiché esso è strettamente contemporaneo a ogni esistenza e a ogni pensiero²⁸³.

La teoria del singolare plurale di Jean-Luc Nancy, ci porta sia a rivalutare il concetto di “sogettività” classico del solipsismo, sia a rinnovare il concetto di comunità e di politica per una nuova teorizzazione politica della comunità. Il ritrarsi del politico e del religioso – o del teologico politico – non ha altro senso che il ritrarsi di ogni spazio, istanza, o schermo di proiezione di una qualunque immagine della comunità²⁸⁴.

In questi ultimi tempi la figura del nemico è presa nell’incrocio di un doppio movimento. Infatti, la visibilità del nemico, la sua presa di parola, ha una duplice voce: l’una viene dal mondo esteriore degli eventi, l’altra tenta di rispondere al loro carattere irriducibile e di ripiegare quindi nel mondo interiore della riflessività umana. L’una riguarda in modo deciso i molteplici conflitti che attraversano il pianeta, la loro incontrollata violenza sulla vita e sulla morte, il loro tragico mostrarsi localmente e globalmente. L’altra riguarda l’intensificarsi di un pensiero riparatore ossia la tendenza ad affogare il tema del nemico nella più nobile ma anche più sospetta filosofia sui rapporti tra Sé e l’Altro.

L’altro che si erge come diversità, la diversità che tuttavia deve essere “accolta” e “ospitata”. L’Altro che non si può conoscere sino a quando non si manifesti nella propria persona.

Un dire che, ispirato ai modelli più classici dell’umanesimo, mette al centro del discorso l’individuo e la sua natura umana, ma – costretto a confrontarsi con la realtà

²⁸³ *Ivi*, p. 57.

²⁸⁴ La co-esistenza o comunità husserliana si limita a essere una correlazione di ego, e l’egologia cosiddetta solipsista resta ancora la filosofia prima. Fuori della filosofia, è notevole che non sia la teoria sociale o politica ad essersi avvicinata maggiormente all’enigma della co-ipseità, e dunque di un’etero ipseità. Ma lo hanno fatto invece: da una parte l’etnologia, posta sempre più a confronto coi fenomeni della co-appartenenza; e dall’altra il Freud della seconda topica, la cui triplice determinazione è dettata, in fin dei conti, da una co-esistenza di principio, Es, super-Io, rappresentano l’essere con che costituisce l’io. Si potrebbe dire altrettanto della teoria lacaniana del significante, nella misura in cui quest’ultimo non rinvia semplicemente ad un significato, ma istituisce la mutua correlazione dei soggetti. J.-L. NANCY, *Essere singolare plurale*, cit., pp. 62-63.

che quegli stessi modelli hanno socialmente costruito – si fa incline a cogliere in difetto lo statuto di individuo a sentirne la polarità negativa anziché positiva. Un Io quindi dilaniato dal terzo, cioè dalla terza persona singolare e plurale che il soggetto sente non come l'altro da sé che lo contrasta e lo smentisce, ma come figura della propria volontà di essere al mondo per essere il mondo, di essere la molteplicità in cui si esprime la totalità dell'essenza umana. Perché questo dominio universale dell'identità si possa davvero esprimere ci vorrebbero dei linguaggi adeguati, in grado di dare una lettura diversa della persona umana, dei linguaggi capaci di legare l'Io e il Tu in un patto di solidarietà senza resti né scarti, nell'ambito di un rapporto veramente dialogico dove la conflittualità viene trasformata in mediazione²⁸⁵.

In tema di estraneità bisogna riconoscere come la società dello spettacolo sia responsabile del pieno compimento dell'alienazione, grazie a un'appropriazione immaginaria dell'appropriazione reale. Il segreto dell'inganno è questo: l'appropriazione reale non è altro che una libera immaginazione creatrice di sé, indissolubilmente individuale e collettiva; ma la merce spettacolare, in tutte le sue forme, non è a sua volta altro che un immaginario venduto al posto di questa immaginazione autentica. Ciò di cui si fa un commercio universale è per l'appunto una rappresentazione dell'esistenza come invenzione e come evento appropriante di sé²⁸⁶.

Il situazionismo è giunto alla conclusione che le “scienze umane” hanno finito per costituire questa auto-simbolizzazione della società che non è, in realtà, una simbolizzazione, ma soltanto una rappresentazione di un soggetto che non possiede altra soggettività al di fuori di questa stessa rappresentazione. Le scienze umane costituiscono infatti, in modo sempre più evidente, l'autentico supporto di ciò che è stato definito lo “spettacolo” generalizzato; ciò che si pone in tutta la sua gravità nella questione dei “media”²⁸⁷.

²⁸⁵ Sul tema delle diversità sociali v. V. GIORDANO, S. MAZZELLA, *Aspettando il nemico. Percorsi dell'immaginario e del corpo*, Roma, 2006, pp. 291-292. Cfr. R. MELILLO, *L'Io che non c'è*, Milano, 2008, *passim*.

²⁸⁶ J.-L. NANCY, *Essere singolare plurale*, cit., p. 70.

²⁸⁷ Al riguardo Nietzsche parlava di svilimento delle apparenze in nome di una realtà autentica, profon-

Nella situazione di scarsità di potenza l'Apparato subordina a sé la felicità dell'uomo – la felicità così come essa è interpretata nelle varie forme di ideologie (visto che l'ideologia è un modo specifico di interpretare la felicità dell'uomo, ossia la liberazione dal dolore e dall'angoscia, e di proporre la realizzazione. L'individuo vuole servirsi dell'Apparato per liberarsi dal dolore (ossia dal modo in cui il dolore si presenta nelle diverse interpretazioni di esso, e finisce col subordinare questa liberazione al potenziamento infinito dell'Apparato²⁸⁸

da, vivente, originaria, e sempre Altra. Cfr. J.-L. NANCY, *Essere singolare plurale*, cit., p. 71.

²⁸⁸ E. SEVERINO, *La filosofia futura, Oltre il dominio del divenire*, Milano, 2011, p. 127.

PARTE SECONDA

**ASPETTI GIURIDICI, CRIMINOLOGICI
E DI PSICOPATOLOGIA FORENSE**

Introduzione

La presente ricerca ha anche lo scopo di mettere in evidenza l'importanza di intervenire per curare le problematiche attuali con un approccio che non investa soltanto i sintomi ma vada alla radice delle difficoltà, soprattutto per evitare, a fronte di emergenze di carattere penale, che si ricorra prioritariamente allo strumento repressivo.

Una politica integrata della protezione dei diritti, nella quale agiscono sinergicamente in senso preventivo o reattivo, diverse agenzie dello Stato e della società, viene considerata la reale alternativa al monopolio delle agenzie del sistema punitivo sui problemi della sicurezza, alla legislazione simbolica, alle tendenze autoritarie del diritto penale. Bisogna intervenire per modificare variabili concettuali-simboliche, comportamentali, situazionali e sociali che influiscono o possono influire su di essi, per rispondere ai problemi della sicurezza in modo differenziato e adeguato alla complessità dello scenario attuale²⁸⁹.

Va innanzitutto respinto il modello di interventi giudiziari di tipo esemplare-profetico, tendente a dare un'immagine passionale, individualistica, moralistica e vendicativa della giustizia²⁹⁰, anche se la mancanza di equilibrio, in realtà, riguarda tutto il sistema per le ragioni che sono state ampiamente esposte nella prima parte di questa ricerca.

Altro problema riguarda la rinnovata esaltazione del carcere nella sua dimensione meramente afflittivo-deterrente, senza alcuna preoccupazione relativa alla risocializzazione e/o desocializzazione dell'individuo, e lo spregiudicato utilizzo della custodia cautelare, sintomo di una politica criminale fondata soprattutto sulle emozioni collettive piuttosto che su un complessivo programma socio-politico.

²⁸⁹ A. BARATTA, *Introduzione* a S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit.

²⁹⁰ Cfr. M.A. CATTANEO, *Critica della giustizia. Natura e società moderna*, Milano, 1996, p. 113.

È necessario soprattutto affrontare con metodo critico il fallimento di un concetto come quello di pericolosità sociale rivelatosi, in tutti i suoi aspetti, un mero strumento pubblico di selezione dei soggetti ritenuti “diversi”, “estranei”, per distinguerli dal resto della popolazione e ripensare all’individuo secondo una prospettiva rinnovata anche alla luce degli spunti proposti dai filosofi contemporanei.

CAPITOLO PRIMO

Il concetto giuridico di pericolosità sociale

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Struttura giuridica dell’istituto. Componente soggettiva e oggettiva della pericolosità sociale. – 3. La persistenza delle presunzioni di pericolosità.

1. Premessa

La nozione giuridica di “pericolosità sociale” riferita al soggetto autore di un reato, fa ingresso nell’ordinamento giuridico italiano nel 1930, attraverso il Codice penale Rocco, come compromesso storico-ideologico risultato dalla giustapposizione tra le elaborazioni teoriche della Scuola Positiva e quelle della Scuola Classica. Il requisito della pericolosità sociale viene introdotto, *in primis*, quale presupposto per l’applicazione delle misure di sicurezza, considerate una delle più significative novità apportate dalla predetta codificazione²⁹¹.

Le misure predette nascono come risposta all’aumento dei tassi di criminalità e di recidiva. L’intento originario del legislatore dell’epoca era, infatti, quello di riformare il sistema penale in conformità alle tendenze politico-criminali del tempo,

²⁹¹ Per ciò che concerne le misure di sicurezza v. *infra*, cap. 2. Le Misure di Sicurezza sono state introdotte nel nostro ordinamento penale con il Codice Rocco del 1930. Esse si distinguono in *detentive* e *non detentive*. Le prime, a loro volta, si distinguono in *psichiatriche* (ricovero in Casa di cura e custodia o in Ospedale psichiatrico giudiziario) e *non psichiatriche* (assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro per i delinquenti abituali, professionali e per tendenza; ricovero in un riformatorio giudiziario per il minore di anni 18, imputabile o no secondo l’art. 98 c.p.). Le misure non detentive sono invece la libertà vigilata, il divieto di soggiorno in uno o più Comuni, o in una o più Province; il divieto di frequentare osterie e pubblici spacci di bevande alcoliche; l’espulsione dello straniero dallo Stat.

favorevoli al potenziamento delle esigenze di “difesa sociale” mediante l’introduzione, in aggiunta alle tradizionali “pene”, di nuove misure sanzionatorie destinate a neutralizzare la pericolosità sociale di determinate categorie delinquenziali, a prescindere dal grado di imputabilità. Tale sistema, denominato “doppio binario”, viene fatto proprio sia dal codice Rocco, sia dalla legislazione nazionalsocialista del 1933 in cui le esigenze di difesa sociale, sposandosi con la politica criminale autoritaria, potevano avvantaggiarsi di una legittimazione teorica più che trentennale e, in particolar modo in Italia, di una rispettabile veste formale fornita dal rigore scientifico del tecnicismo giuridico²⁹².

Nel dettaglio, per la Scuola Positiva, assertrice dell’idea preventiva e correzionalista della pena, la pericolosità sociale non poteva prescindere dagli aspetti criminologici, psicologici, antropologici e sociali attribuiti in maniera deterministica all’autore di reato, destinato a delinquere non per libera scelta ma a causa delle proprie anomalie genetiche. Secondo questa impostazione, la logica della sanzione penale piuttosto che costituire un giudizio di disvalore sull’azione delittuosa, doveva tendere a neutralizzare il rischio della commissione di nuovi illeciti e impedirne la recidiva, in contraddizione con le garanzie di libertà tutelate dal pensiero classico. L’intento della Scuola classica, invero, approcciato ad un metodo scientifico del diritto penale, si appalesava quale alternativa atta a concepire una giustizia perfettamente plasmata su criteri razionali e logici ove i capisaldi della teoria liberale, imperniati sul principio di legalità, irretroattività, tassatività e certezza del diritto, avrebbero incentrato la nozione di pericolosità sociale, non tanto su fattori trascendentali, quanto sul concetto di libero arbitrio, ovvero sia sulla presenza di un elemento psicologico doloso o colposo con cui il delinquente avrebbe deliberatamente optato per la commissione del reato, e quindi sarebbe stato punito in misura proporzionale all’illecito commesso²⁹³.

²⁹² M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. XIV.

²⁹³ Per tutti v. G.F. GROSSO, G. NEPPI MODONA, L. VIOLANTE, *Giustizia penale e poteri dello Stato*, Milano, 2002, pp. 157 ss.

Se la visione deterministica dell'uomo professata dalla Scuola positiva portava a considerare l'individuo come un essere completamente sottomesso alle proprie strutture bio-psichiche, d'altro canto, il postulato del libero arbitrio, ossia di un uomo incondizionatamente libero nella scelta delle proprie azioni, portava a non riconoscere gli innegabili condizionamenti dell'agire umano per effetto di fattori esterni di tipo socio-ambientale, scollegando così completamente il reato dalla dimensione pubblico-collettiva per elevarlo ad un piano ideale del tutto astratto, a tratti artificioso.

Al fine di contemperare entrambe le impostazioni, il legislatore del 1930 introdusse un concetto di pericolosità sociale imperniandolo al sistema del doppio binario. Attraverso tale meccanismo, la pericolosità sociale avrebbe dovuto costituire uno strumento in grado di soddisfare tanto le esigenze retributive quanto quelle special-preventive. Accanto alla pena destinata a colpire la colpevolezza dell'agente, vi erano le “misure di sicurezza” atte, nella loro funzione preventivo-rieducativa, all'incapacitazione di tutti i soggetti prognosticamente dediti alla delinquenza²⁹⁴.

In coerenza con le vedute dominanti al momento dell'emanazione del codice penale, le quali tendevano a sottolineare il differente carattere della funzione repressiva ancorata al concetto di “reato” e di “colpevolezza”, e di quella preventiva ancorata, invece, al concetto di “pericolosità sociale”, alle misure di sicurezza venne originariamente attribuita “natura amministrativa”. Infatti, la misura di sicurezza nasce come strumento di profilassi avente lo scopo di tutelare la collettività mediante la neutralizzazione dell'individuo pericoloso, dal che l'inquadramento nell'ambito dell'attività di polizia, ossia in un'attività amministrativa tipicamente finalizzata alla difesa preventiva della società²⁹⁵.

²⁹⁴ B. BOCCHINI, *L'accertamento della pericolosità (misure di prevenzione e sorveglianza e misure alternative alla detenzione)*, cit., pp. 765 ss.

²⁹⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014, pp. 765 ss. Nell'attuale momento storico, invece, quasi tutta la dottrina – come ad es. Fiandaca-Musco – respinge la tesi della natura amministrativa e considera la misura di sicurezza una sanzione criminale di competenza del diritto penale; in tal senso si è osservato, in particolare, che la misura di sicurezza è di fatto afflittiva forse anche più della sanzione detentiva e viene applicata a conclusione di un procedimento giurisdizionale. Così C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di Diritto penitenziario*, cit., parte VIII, *Le misure di sicurezza*, p. 589.

La pericolosità sociale dell'autore di reato venne individuata *in primis* come capacità del reo di commettere altri reati, da valutare sulla base di un giudizio prognostico che tenesse conto delle costanti ambientali e biologiche alla base del processo criminogenetico, ciò sul presupposto che la pericolosità sociale avesse una base bio-psicologica e che il reato fosse una manifestazione di devianza patologica²⁹⁶.

La personalità del delinquente trova particolare risalto nell'iniziale progetto "Ferri" del 1921,²⁹⁷ per il quale la classificazione e distinzione dei delinquenti, in base alla loro maggiore o minore pericolosità, avrebbe permesso di realizzare il duplice intento del legislatore di difesa sociale e di correzione dei condannati, obiettivo non conseguito nelle precedenti codificazioni perché volte a commisurare la sanzione esclusivamente in base alla gravità del delitto, anziché sulle diverse condizioni personali del delinquente.

In seguito al riconoscimento costituzionale del finalismo rieducativo della pena *ex art. 27, comma 3 Cost.*, è venuta meno la distinzione di scopi che in origine giustificava lo sdoppiamento del sistema sanzionatorio nell'assetto codicistico del 1930. Attraverso il processo di rieducazione del condannato anche la pena diventa una sede privilegiata per la neutralizzazione o attenuazione della pericolosità sociale del reo, al fine di soddisfare l'esigenza di difesa sociale volta ad impedirne la ricaduta nel delitto. Per tale motivo si è registrata nel tempo una compenetrazione delle due forme sanzionatorie, repressive e curative, tale da mettere in crisi il sistema del doppio binario. Al riguardo, la dottrina si interroga sullo stato attuale delle misure di sicurezza, sullo spazio residuo che ad esse possa legittimamente essere riservato all'interno di un diritto penale costituzionalmente orientato²⁹⁸. Esiste, allo stato attua-

²⁹⁶ Cfr. M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁹⁷ Si tratta del Progetto Ferri "per la riforma delle leggi penali in armonia ai principi e ai metodi razionali della difesa della società contro il delitto in genere e per un più efficace e sicuro presidio contro la delinquenza abituale", di cui al r.d. 14 settembre 1919, n. 1724. La presidenza della commissione di studio venne affidata a Enrico Ferri. v. P. MAZZA, *Pericolosità sociale e legalità*, cit., p. 18.

²⁹⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 767.

le, una certa similitudine tra le esigenze storiche dell'epoca, che avevano sollecitato la riflessione sul doppio binario, e l'odierna richiesta inoltrata al diritto penale di recuperare soluzioni al bisogno collettivo di maggiore sicurezza. Al tempo, l'introduzione di sanzioni a contenuto esclusivamente preventivo costituì una novità assoluta, portando la pena ad inglobare in se anche la funzione di utilità sociale, in tal modo erigendola a pena di scopo²⁹⁹.

Nell'ambito dell'opera statale di prevenzione sociale dell'epoca, la Scuola positiva si è orientata nell'esaltazione del ruolo di un diritto premiale, strategia punitiva che ritornerà in voga, quasi un secolo dopo, allorché lo Stato italiano dovrà far fronte alle emergenze del terrorismo e della criminalità organizzata di stampo mafioso³⁰⁰.

La stessa conformazione originaria della pericolosità sociale, quale giudizio prognostico, effettuato sul reo, di commissione futura di fatti configuranti reato, ha subito nel tempo estensioni considerevoli: il concetto è attualmente espressione di multiformi significati a seconda della specifica sfera di applicazione, andando ad incidere non solo sulle misure di sicurezza ma anche sulle misure di prevenzione, sulle misure cautelari, e, in maniera particolare, sulle misure alternative alla detenzione. È soprattutto nella fase penitenziaria che si determina l'effettivo peso della sanzione, attraverso una "commisurazione di secondo grado", del tutto sganciata dai criteri dettati dall'art. 133 c.p., previsti per la commisurazione e l'accertamento tipici della fase del giudizio di cognizione³⁰¹.

Il giudizio sulla pericolosità sociale assume un'importanza predominante nella fase esecutiva della pena, dove risulta essersi progressivamente stratificata una pluralità di specifici binari, reclusivi e non reclusivi, ciascuno retto da una logica di scopo che ne fonda la legittimazione. In particolare, nell'orizzonte della pena detentiva, la pericolosità sociale finisce col trovare ambiti di operatività che non le erano ricono-

²⁹⁹ Al riguardo v. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., pp. 5 ss.

³⁰⁰ La strategia "premiata" costituita dall'induzione di certi comportamenti dei condannati in cambio dell'ottenimento di benefici penitenziari è tipica di una concezione deterministica e correzionalistica dell'uomo. Sul punto v. P. MAZZA, *Pericolosità sociale e legalità*, cit., p. 15.

³⁰¹ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 5.

sciuti, se non in termini controversi e limitati dal confronto dialettico con la colpevolezza, come emerge in sede di commisurazione della pena dall'art. 133 c.p. Nella fase penitenziaria continua a dominare una tipologia di pericolosità sociale basata su criteri di tipo presuntivo, di stampo prevalentemente "soggettivistico". Infatti, attraverso la cosiddetta "osservazione scientifica della personalità" disciplinata dall'art. 13 dell'ordinamento penitenziario, gli operatori del trattamento e della rieducazione valutano il contegno (esteriore) manifestato dal detenuto, al fine di fornire al magistrato di sorveglianza elementi utili per la valutazione della pericolosità sociale, nella prospettiva della concessione delle misure alternative alla detenzione³⁰².

D'altro canto, e paradossalmente, la tendenza attuale, rispetto al passato, è quella di considerare l'autore pericoloso nella sua "parvenza", privandolo del relativo substrato psichico a cui lo aveva ancorato la Scuola positiva; ciò in quanto la prognosi criminale si colloca, sempre più, su un confine che appare rifiutato sia dalla giustizia che dalla psichiatria. Infatti, relativamente all'accertamento della pericolosità sociale, inevitabilmente lo sguardo tende a ricadere sull'incerto campo dei giudizi prognostici, le cui carenze, a livello normativo, risultano accentuate dalla presenza di gravi lacune culturali, sia a livello sostanziale che a livello processuale, in grado di sostenere un impegno così gravoso come quello del giudizio sull'uomo.

Il concetto di pericolosità sociale si rifà ad un pensiero giuridico riscontrabile in numerose legislazioni penali di diversi Paesi. In Italia, l'art. 203 c.p. offre un'unica definizione, onnicomprensiva, di cosa debba intendersi per pericolosità sociale, limitandosi ad accennare ad alcune problematiche inerenti il rapporto tra pericolosità e reato. Ci si domanda se pericolosità e reato costituiscano due entità ontologicamente distinte: la pericolosità, infatti, riguarda una situazione soggettiva durevole, anche se non necessariamente permanente; il reato, invece, è costituito, da un accadimento storicamente circoscritto. Secondo una parte della dottrina, la pericolosità, in sé e per sé, non avrebbe alcun necessario riferimento al fatto concreto, potendo concettualmente esistere anche *ante delictum* o *sine delicto*: la stessa pertan-

³⁰² Per le misure alternative alla detenzione in carcere v. *infra*, cap. quinto.

to non eserciterebbe alcuna influenza sul reato, restando quest'ultimo lieve o grave indipendentemente dalla pericolosità sociale del suo autore³⁰³.

Sicuramente il reato, se anche non esprime tutte le potenzialità del soggetto, rappresenta una chiara ed oggettiva esternazione della personalità del reo, il cui dato dovrebbe portare a restringere la possibilità di interpretazione differente sulla pericolosità del soggetto, rispetto a quanto avverrebbe, invece, in un'analisi psicologica non supportata da dati di manifestazione esteriore.

Il legislatore nell'abrogare le presunzioni di pericolosità,³⁰⁴ non si è premurato di sostituire al sistema presuntivo un valido metodo di accertamento della pericolosità, che continuerà così a restare affidato all'intuizionismo del giudice con il conseguente ampliamento della sua discrezionalità. Sarebbe stato il caso, invece, di predefinire legislativamente "indici sintomatici di pericolosità", che contemperassero un certo grado di oggettività statistica unita ai dati soggettivi di manifestazione esteriore, cercando di realizzare un coordinamento fra criminologia e diritto penale, di modo che il giudice possa disporre di una base verosimile circa la probabilità di reiterazioni criminose. In tal modo, verrebbe anche garantita l'esigenza di certezza e di eguaglianza giuridica, assicurando nel contempo l'attuazione del diritto di difesa sociale tanto caro ai positivisti³⁰⁵.

Alla luce di tale riflessione, ci si domanda se la pericolosità sociale dell'azione oggettiva possa essere separata dalla pericolosità del suo autore. Al riguardo, nell'ambito della pericolosità sociale la "capacità a delinquere" (che poi costituisce il presupposto su cui si basa il giudizio prognostico sul soggetto), rappresenta sia un criterio di commisurazione della pena, sia il parametro della misurazione della pericolosità sociale *ex art. 203 c.p.*, disposizione nella quale si prescrive di desumere la pericolosità sociale dagli elementi indicati nell'*art. 133 c.p.* inerenti, da un lato, la

³⁰³ Sulla tematica v. G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. V, Milano, 2010, *passim*.

³⁰⁴ Art. 31 della legge 10 ottobre 1986, n. 663 con il suo primo comma ha abrogato l'*art. 204 c.p.* stabilendo l'accertamento in concreto della pericolosità.

³⁰⁵ v. P. MAZZA, *Pericolosità sociale e legalità*, cit., p. 32.

personalità del soggetto – quindi la sfera “interna” al soggetto – dall’altro, fattori oggettivi e fenomenici della realtà esterna collegati al reato commesso. Ebbene, solo una parte della dottrina³⁰⁶ ritiene che i concetti predetti abbiano valenza unitaria e siano sintomatici dell’attitudine del soggetto a compiere reati in futuro, differenziandosi solo in relazione all’intensità di tale attitudine. Pertanto, la capacità a delinquere sarebbe presente in chiunque commetta un reato, consistendo nella semplice attitudine all’azione criminosa, desumibile proprio dal fatto che il reo abbia già posto in essere un reato. La pericolosità sociale, invece, dovrebbe corrispondere alla rilevante tendenza a commettere un reato e deve essere accertata ulteriormente sulla base degli stessi criteri che orientano il giudice nella commisurazione della pena.

È soprattutto in ordine alla fattispecie “soggettiva” di pericolosità che si riscontrano le maggiori perplessità, dovute all’assenza di scientificità dei presupposti basanti i sistemi del suo accertamento. Mentre appare più utilizzata, perché maggiormente accertabile, la fattispecie “oggettiva” della pericolosità che basa i propri elementi principalmente in riferimento alla specifica tipologia di reato.

A margine del predetto aspetto, l’attuale panorama penalistico offre un volto della pericolosità sociale, come probabilità di reiterazione di reati, che travalica i confini stabiliti dalla tradizione codicistica, implicanti la fattispecie della pericolosità sociale nella sua funzione (principale) di presupposto per l’applicazione della misura di sicurezza³⁰⁷.

In questa espansione, la pericolosità, già di per sé concetto generico, in quanto non ancorato ai parametri oggettivi della gravità e della tipologia del reato presupposto o di quelli di cui si teme la futura commissione³⁰⁸, diventa sempre più una quali-

³⁰⁶ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, *passim*; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., *passim*; cfr. E. PALMIERI, *La struttura probabilistica del concetto di “fattispecie soggettiva di pericolosità sociale”*, in *Studi Nuvolone*, I, 1991, p. 451.

³⁰⁷ Essa è peraltro implicitamente presente come *ratio* giustificativa di istituti, come la recidiva, la cui ambiguità è stata messa da tempo in evidenza dalla dottrina, cfr., fra gli altri, M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da G. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Milano, 2009, pp. 137 ss.

³⁰⁸ Non così per la pericolosità sociale con riferimento ai minori, cfr. art. 35 L. 24 novembre 1981, n. 689. Sui rapporti fra fatto e pericolosità, v., da ultimo, T. PADOVANI, *Fatto e pericolosità*, in M.

fica di natura strettamente soggettiva attribuita in modo arbitrario, determinata cioè dalla “costruzione” di una certa tipologia d’autore sulla base dell’allarme sociale suscitato dalla specifica figura delittuosa.

L’autore di reato che si descrive, ai fini dell’attribuzione della pericolosità sociale, non è certo che corrisponda all’essenza soggettiva dello stesso, trattandosi di un modello di autore di specifico reato costruito dal legislatore sulla base di parametri presuntivi infondati a livello criminologico.

Della grave incertezza in cui versa il concetto di pericolosità sociale ne è riprova il mutamento, esistente da qualche tempo, dello stesso profilo terminologico: al pericolo e alla pericolosità si è sostituita la nozione di “rischio”, apparentemente più dotato di rigore scientifico, ossia di una oggettività che vale ad eliminare l’alea che il concetto di pericolo comporta³⁰⁹.

Il legislatore moderno ha rivitalizzato e arricchito la prospettiva teleologicamente orientata al controllo sociale, alla difesa sociale dai delinquenti, prospettiva che in Italia ha accompagnato il pensiero della Scuola positiva, nella richiesta di introdurre la categoria dogmatica della pericolosità sociale in funzione principale di legittimazione del sistema delle misure di sicurezza, per fronteggiare la criminalità dei soggetti proclivi, in quanto ritenuti determinati, alla commissione di reati. Quel pensiero non escludeva però che la misura di sicurezza potesse esplicarsi con modalità di approccio al fenomeno criminale in grado di contrastarlo anche attraverso la soddisfazione di istanze inquadrabili nel paradigma della risocializzazione³¹⁰.

A ben vedere questa conformazione della pericolosità sociale si è affacciata all’orizzonte attuale della pena per i soggetti non solo responsabili ma anche pericolosi. Svuotata di qualsiasi aspirazione trattamentale, la pena è divenuta così una

PAVARINI, L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, Bologna, 2013, pp. 117 ss.

³⁰⁹ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 6.

³¹⁰ Ricorda T. PADOVANI, *Fatto e pericolosità*, cit., p. 120 a proposito dell’introduzione del sistema del doppio binario nel codice Rocco come alla misura di sicurezza fosse affidata «una funzione di prevenzione speciale chiamata a neutralizzare o a risocializzare in forma di “bonifica umana” (un’espressione cara al guardasigilli Dino Grandi ed evocatrice di una corrispondente “palude umana”) tutti coloro che risultassero (per lo più, appunto, in chiave presuntiva) non sufficientemente terrorizzati dall’esecuzione della pena».

sanzione della pericolosità, mentre sul fronte delle misure di sicurezza la probabilità di reiterazioni di reati sembra offrire aperture per una risposta penale ancora capace di guardare alle istanze di prevenzione speciale positiva. Gli sviluppi della moderna politica criminale, e non solo italiana, in tema di pericolosità sociale sembrano dunque seguire percorsi differenziati, a seconda che si tratti di fattispecie generiche di pericolosità individuale, ovvero di forme più specifiche di pericolosità, come quella del soggetto imputabile affetto da un disturbo psichico e quella del non imputabile per infermità di mente³¹¹.

Rispetto alle misure di sicurezza si riscontra l'indeterminatezza dello stesso presupposto della "pericolosità sociale", che viene anche a coniugarsi, non solo con le resistenze dell'"esperto" di turno a farsi carico delle connesse valutazioni, ma anche con le difficoltà incontrate dall'autorità giudiziaria nel seguire percorsi sufficientemente univoci a livello tecnico-scientifico e in sede di apprezzamento delle risultanze probatorie atte a legittimare le predette misure.

La stessa categoria dell'imputabilità sconta tutt'oggi la mancanza di una visione uniforme circa i contenuti più adeguati ad esprimerla, malgrado essa venga a rivestire, anche in prospettiva, un'importanza crescente, come testimonia la proposta di assegnarle un ruolo discriminante tra pena e misura di sicurezza al fine di evitare duplicazioni irragionevoli della risposta sanzionatoria³¹².

Inoltre, il fenomeno socio-politico della cosiddetta *dangerization* sfrutta lo strumento della pericolosità sociale per scopi essenzialmente di controllo e di difesa sociale³¹³.

³¹¹ Al riguardo v. M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *Archivio Penale*, 2014, n. 2, *passim*.

³¹² Sul tema della pericolosità sociale v. M. PELISSERO, *La pericolosità sociale: categoria imprescindibile o rinunciabile?*, in A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO (a cura di), *Premessa agli Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012, Libertà dal carcere, libertà nel carcere, Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, in *Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*, Torino, 2013, pp. 239 ss.

³¹³ Nell'analisi della sociologia della devianza si parla di "*dangerization*" per definire «la tendenza a percepire ed analizzare il mondo attraverso la categoria della minaccia» che «a volte determina la volontà spesso ossessiva di pervenire alla previsione delle future avversità attraverso percezioni

L'ideologia che sorregge il concetto di pericolosità sociale e che alimenta il sistema politico criminale vede l'essere umano come un individuo necessitato nelle sue scelte, il cui meccanismo interno lo porta ad azioni automatiche. Se si riconoscesse la libertà nell'uomo non avrebbe senso prevedere la ricaduta nel reato poiché l'esecuzione della pena deve comunque avvenire nel rispetto del principio rieducativo, intervenendo, quindi, nel processo di scelta del reo, implicitamente escludendone l'ipotesi di incorreggibilità.

I delitti, invero, sono pur sempre atti minacciosi. Il passaggio dalla “possibilità di delinquere” – incalcolabile se l'agire degli uomini è “libero”, ma certo non tranquillizzante se tutti possono scegliere liberamente il male – alla “probabilità” criminale – ritenuta calcolabile, quanto ottimistica se possiamo prevedere i pochi che infrangeranno la legge penale – determina la creazione della categoria della pericolosità nella scienza criminale, che appunto viene assunta con una certa frequenza e sistematicità, come prognosi infausta di condotte future delinquenziali. Le misure preventive *ante delictum* ne sono un evidente segnale³¹⁴.

A dispetto dell'ampio utilizzo che se ne fa, la categoria della pericolosità sociale, ritenuta irrinunciabile, continua ad essere considerata approssimativa a livello scientifico³¹⁵.

In principio, il doppio binario si è retto essenzialmente sulle misure di sicurezza amministrative per i non imputabili (folli e minori). La ritenuta pericolosità per i soggetti imputabili ha seguito un iter differente e l'utilità in chiave preventiva della

pessimistiche e difensive». Nei termini della grammatica penalistica, vuol dire che al sistema punitivo non si chiede “solo” che non ci siano danni, ma che anche i pericoli siano il più possibile neutralizzati. Scema, nel contempo, la sensibilità per le garanzie, soprattutto, quelle degli altri o meglio dei totalmente altri e viene favorito il *trade-off* a favore dei totalmente “noi”. Più la società si fa liquida più l'approccio al diritto penale è “solido” Il cittadino, nella sua solitudine “globale” è indotto dal crollo delle certezze (che la rischio-fobia comporta o comunque catalizza) ad (auto)produrre certezza, recuperando quella «prevedibilità operativa che la legge non è più in grado da sola di assicurare», mediante la consolatoria ma effimera pratica dell'esorcismo penale: *libera nos a malo*. Al riguardo v. G. LOSAPPIO, *Libera Nos a Malo. Sulle tracce della pena rimoszionale*, in www.annalidipartimentojonico.org/sct/attachments/.../13/LOSAPPIO.pdf.

³¹⁴ V. *retro*, Parte Prima, cap. terzo, par. 5.

³¹⁵ Al riguardo v. M. PAVARINI, L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, cit., Parte introduttiva, pp. 1 ss.

pericolosità degli imputabili è stata minima³¹⁶. Nel tempo, la pericolosità dell'imputabile, nella fase di cognizione, ha assunto la forma di grado della colpevolezza, piuttosto che assurgere a strumento preventivo di stampo positivista.

L'utilità in chiave preventiva della pericolosità sociale si è invece sempre esaltata meglio nelle misure di prevenzione *ante delictum*, piuttosto che nelle misure *post delictum*. Ma a ben vedere questa esigenza di controllo sociale dei devianti non ancora criminali è originaria di una cultura poliziesca, cioè più affine alle necessità della *policing* che ad una cultura scienziata di tipo positivista.

Inoltre, nelle originarie misure di prevenzione sembrerebbe quasi che l'illusione positivista di prevenire eventi futuri sia, se non svanita, di molto attenuata. Le tipologie soggettive nelle misure *ante delictum* non sono di tipo criminologico e/o psichiatrico ma di "autore puro": alla fine esse si imparentano di più con le ipotesi di punibilità per responsabilità oggettiva che con la pericolosità vera e propria, che non può che essere accertata peritalmente e giudizialmente³¹⁷.

A ben vedere l'accoglimento della categoria della pericolosità nel codice Rocco è da attribuire essenzialmente ad un'ostinata cultura retribuzionista (anziché positivista) la quale, per ovviare alle sue falle si avvale della colpevolezza cosiddetta normativa. La pericolosità sociale serve per colmare il vuoto di tutela che la cultura retribuzionista lascia sguarnito. Ma a questo medesimo ausilio in verità si farà ricorso anche per quanto concerne alcune ipotesi di non punibilità che hanno dovuto cercare un punto d'appoggio nella psichiatria per essere altrimenti controllate.

Il paradosso attuale nel superamento progressivo del doppio binario è rappresentato non tanto dalla realizzazione di un dominio univoco della pena quanto dall'ibridazione della pena con la misura di sicurezza, dandosi vita ad una pena che soddisfa le necessità poste dalla pericolosità sociale³¹⁸.

³¹⁶ Inoltre, gli ingressi in ospedale psichiatrico giudiziario e in casa di lavoro sono stati esigui.

³¹⁷ Sul punto v. M. PAVARINI, L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, cit., p. 11.

³¹⁸ Per un ulteriore approfondimento v. *Ibidem*.

Insomma, l'essenza della pericolosità pare si sia collocata ormai al di fuori della sua originaria concezione giuridica, frantumandosi per indirizzare le proprie particelle nelle varie pieghe del sistema penale e sociale.

Per soddisfare le finalità special-preventive relative ai soggetti imputabili la pena si fa sempre più flessibile e indeterminata. Tale effetto è la conseguenza di un'eccessiva sensibilizzazione della pena verso valutazioni di pericolosità sociale, produttrici, nel contempo, di un unico binario rispetto alla gestione della pericolosità sociale, capace di farsi carico del peso prima distribuito su due livelli: di pena e di misura di sicurezza³¹⁹.

Assorbita dalla pena, la pericolosità sociale, potrebbe scomparire per sempre dal sistema penale e criminale, anche se il "soggettivo" come visione-esposizione esteriore dell'individuo sta diventando sempre più la condizione del punire³²⁰.

La stessa pericolosità dell'autore di reato in generale può dirsi trasferita sui fenomeni collettivi, nella specie quelli afferenti alla criminalità organizzata, associata, mafiosa, terroristica. A questo punto, le misure di sicurezza personali per gli imputabili appaiono secondarie, superate, se ne predica, pertanto, la scomparsa dal nostro sistema³²¹.

Purtroppo, la pericolosità si sta semplicemente trasferendo in un altro ambito, continuando a persistere immutate le stesse caratteristiche e dinamiche espulsive. Attualmente, se si vuole punire la pericolosità si tende ad utilizzare la modalità del rimprovero, anziché la categoria molto più laica delle misure di sicurezza. Non a caso, se un individuo recidiva tale comportamento viene sanzionato calcolando, quale biasimo, un *surplus* di colpevolezza³²².

Insomma, il ruolo della pericolosità è sempre più centrale nella confezione di un largo settore di incriminazioni ed aggravanti: si pensi ai delitti associativi e a

³¹⁹ Sul tema v. *Ivi*, p. 12.

³²⁰ *Ivi*, p. 13.

³²¹ Per i progetti di riforma del codice penale, "Grosso", "Nordio", "Pisapia", v. *infra*, cap. secondo, par. 3.

³²² Dello stesso tenore le argomentazioni in M. PAVARINI, L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, cit., p. 14.

quanto sta nei nebulosi confini della criminalità organizzata e transnazionale. Ma si può allargare il discorso all'unitaria punizione della violenza sessuale, agli atti persecutori e alla pedopornografia. Il legislatore molto spesso guarda al soggetto e alla specifica categoria a cui appartiene per desumerne la pericolosità³²³.

L'aspetto davvero sorprendente riguarda il fatto che il codice Rocco si trova ad essere ancora attuale, addirittura più moderno di altri codici della seconda metà del novecento.

La mistificazione odierna orientata verso la neutralizzazione del soggetto perché giudicato un nemico, ossia un individuo non riconosciuto come cittadino o destinatario di precetti capace di dialogare con l'ordinamento, è differente dalla cruda verità fatta emergere nel codice Rocco, dove si prevedeva esplicitamente, per tali soggetti l'applicazione delle misure di sicurezza imperniate, senza mezzi termini, sull'ideologia della difesa sociale e della lotta contro il crimine³²⁴.

Oggi il populismo imperante nell'agone politico influenza, sia a destra che a sinistra, la questione criminale senza più alcuna mediazione, sfruttandone in maniera spregiudicata, tutte le potenzialità evocative ed emotive. Quelle che a ben vedere hanno sempre guidato il diritto penale "immutabile"³²⁵.

Questa impostazione, d'altro canto, contrasta apertamente con il concetto di "pericolosità situazionale", che, se pare convincere per la valutazione della follia, non sembra sortire lo stesso effetto verso qualsiasi realtà di pericolo. Eppure, nella dimensione e situazione definita dal paradigma della reazione sociale, alla fine, si

³²³ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., pp. 10 ss.

³²⁴ Sul tema della mistificazione che sorregge la necessità di mantenere la categoria della pericolosità sociale e di come il Codice Rocco sia al momento attuale molto più moderno di altri codici v. T. PADOVANI, *Introduzione*, in A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO (a cura di), *Premessa agli Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012, Libertà dal carcere, libertà nel carcere, Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa, Torino, 2013, pp. XIX ss.

³²⁵ M. PAVARINI, L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, cit., p. 17.

determina un ribaltamento di prospettiva: è la società intesa nel suo complesso e non l'individuo ad essere considerata pericolosa³²⁶. Due teorie attuali e antitetiche.

Si sta compiendo un vero e proprio trapasso dalla pericolosità al rischio, ossia da un modello di pericolosità soggettivizzata, che fonda la prognosi di recidiva sulla valutazione dello stato personale e sociale del singolo da parte dei saperi esperti, ad un modello di standardizzazione della pericolosità sociale definita da probabilità e correlazioni pre-definite dal legislatore. La metodologia in questione, implicante “lo stato del rischio”, se non si volessero abbandonare le esigenze di difesa della collettività, potrebbe costituire uno strumento più oggettivo di quanto non sia la pura ed esclusiva analisi personologica.

La previsione di un rischio o di un pericolo nell'ambito di scelte di politica criminale dovrebbe, però, necessariamente contemplare i due aspetti dell'individuale e del sociale. Ciò significa che le politiche di controllo sociale devono investire tutti cittadini, di conseguenza le forme di sorveglianza dovrebbero essere implementate a livello strutturale, aspetto che è comunque già presente nella società contemporanea dominata dal sistema tecnologico. Relativamente agli autori di reato, stante il principio rieducativo costituzionalmente sancito *ex art. 27* comma 3, si dovrebbe prevedere una forma di controllo che possa garantire effettivamente il raggiungimento del fine risocializzativo, attraverso formule non reclusive, apparse, del resto, come lo strumento migliore per evitare la recidiva, che nel contempo prevedano percorsi strutturati di responsabilizzazione del soggetto autore di reato.

In quest'ottica, il controllo, inglobato in un progetto di reinserimento, può assumere tutt'altra valenza poiché può divenire uno degli strumenti utili per attivare nel soggetto la consapevolezza della sua condizione di vita ed operare così scelte finalizzate ad un proficuo cambiamento. La fiducia di giungere ad un risultato positivo, attraverso una obiettivazione dei conflitti che impediscono al soggetto una normale esperienza di valore, risiede nel convincimento dell'esistenza nell'uomo, di una interiore capacità adattiva che permette ad un soggetto decondizionato, di utilizzare,

³²⁶ *Ivi*, p. 15.

in forma gradualmente più costruttiva, le energie di cui dispone o che l'ambiente gli offre, sino ad orientarsi verso l'esperienza migliore di cui ha bisogno in una direzione di crescita e di maturità³²⁷.

In tempi recenti, il concetto di pericolosità sociale è divenuto oggetto di un ampio dibattito che ha coinvolto la dottrina penalistica, la criminologia e la psichiatria forense e si è giunti alla proposta di eliminazione dello stesso dal codice penale³²⁸.

La prospettiva delineata, potrebbe così consentire l'abbandono di un concetto, quello di pericolosità sociale, ormai vetusto, inconsistente, ascientifico, non più adeguato al sistema attuale dove le forme di controllo sociale hanno raggiunto un livello tale di pervasività da non richiedere più l'utilizzo di categorie dogmatiche artificiali per il raggiungimento dello scopo.

2. Struttura giuridica dell'istituto. Componente soggettiva e oggettiva della pericolosità sociale

Come precedentemente esposto, il concetto di pericolosità sociale risulta imperniato sulle teorie del positivismo criminologico di fine Ottocento, quale celebrazione del determinismo dell'uomo³²⁹, e sulle esigenze di prevenzione sociale tipiche della Scuola Positiva³³⁰.

³²⁷ R. BREDI, *L'assistente sociale per adulti nel sistema penitenziario*, in F.S. FORTUNA (a cura di), *Operatori penitenziari e legge di riforma*, Milano, p. 197; R. BREDI, *Servizio sociale e mondo dei valori*, in *La rivista di servizio sociale*, n. 1, 1967, p. 32.

³²⁸ C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 591; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., *passim*.

³²⁹ L'ingresso della follia nel sistema penale avviene attraverso il fumoso concetto di pericolosità sociale che, in origine, viene desunta in modo presuntivo e accertato in modo aprioristico. Il legame follia-pericolosità sociale viene poi trasferito nel binomio malattia-delinquenza determinando un'indagine sulla pericolosità sociale uguale per tutti, imputabili e non imputabili.

³³⁰ R. PAGANO, D. BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, Milano, 1982.

In detto contesto storico-culturale la pericolosità sociale viene a coincidere con la probabilità che un soggetto, a causa delle sue caratteristiche psichiche e/o dell'influenza esercitata dall'ambiente, commetta in futuro fatti di reato. In questo senso, la categoria della pericolosità si discosta nettamente da quella della colpevolezza: a differenza di quest'ultima, che presuppone una sufficiente signoria dell'individuo sulle proprie azioni, la prima riflette al contrario l'insieme delle inclinazioni che spingono il soggetto, in modo necessitato, a delinquere³³¹.

Ciò che balza all'evidenza riguarda il fatto che i contenuti della colpevolezza, ascrivibili alle teorie della Scuola classica, si antepongano totalmente a quelli legati alla categoria della pericolosità sociale, di stampo positivisticò: da un lato troviamo un uomo libero, dall'altro un essere determinato.

L'unico punto in comune fra le due Scuole riguarda lo stato di pericolo: mentre nella Scuola classica esso risiede nell'azione dell'uomo che infrange la legge, dove il soggetto dovrebbe essere punito in modo proporzionale al reato commesso, per la Scuola Positiva la pericolosità risiede più che nel fatto commesso, nella costituzionale e abnorme individualità che il soggetto criminale esprime nei confronti della società cui appartiene³³².

L'adozione dell'impostazione positivisticò ha dato modo allo Stato così di strutturare un sistema di controllo sociale più specifico e raffinato, e di conseguenza, ha creato i presupposti legittimanti per emarginare quegli elementi che più turbavano il suo funzionamento. La giustificazione ideologica venne a costituirsi attraverso le discipline scientifiche che cominciarono ad influenzare direttamente il diritto penale in quel periodo. In primo luogo, con l'imporsi della concezione "deterministica", fondata sull'assunto che il numero e la natura dei delitti potesse essere predetto in anticipo e, secondariamente, con lo sviluppo del determinismo costituzionale legato al pensiero di Cesare Lombroso³³³.

³³¹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 771.

³³² R. PAGANO, D. BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, cit.

³³³ Lombroso con le sue posizioni dottrinali rappresentò l'ideologia più estrema del nuovo controllo sociale. Infatti, da un lato la classe operaia si organizzava per lottare e cambiare il sistema di sfrutta-

L'oggettivizzazione "scientifica" della pericolosità elaborata dall'antropologia criminale trovò il suo referente giuridico negli studi di Garofalo e Ferri, attraverso l'opera di riforma del codice penale di quest'ultimo il concetto di pericolosità sociale trovò una propria collocazione normativa³³⁴.

Con Ferri si assiste al primo tentativo di applicazione in campo penale di una classificazione su basi antropologiche dei delinquenti. Questi ultimi, venivano così divisi in classi "tipologiche": delinquenti abituali e più pericolosi per tendenza congenita o acquisita o delinquenti occasionali e meno pericolosi. Detta impostazione dottrinale della pericolosità sociale non riuscì però a diventare integralmente un'istituzione giuridica per la mancata approvazione del progetto di riforma elaborato da Ferri³³⁵. Quest'ultimo fece comunque parte della commissione che progettò il codice penale del 1930, tutt'ora vigente. Il concetto di pericolosità sociale si collocò all'interno del predetto codice come presupposto giuridico per l'applicazione delle misure di sicurezza. Con la pena si doveva realizzare la finalità di prevenzione generale e con le misure di sicurezza quella di prevenzione speciale. Ancora oggi, il concetto di pericolosità sociale, sia all'interno della dottrina penale che nell'ambito della criminologia e della stessa psichiatria, rappresenta un punto importante di dibattito e controversie. Lo sviluppo stesso del diritto penale fece sì che dopo una

mento per battere l'oppressione di classe, dall'altro lato la classe dominante rispondeva sul piano politico con la repressione poliziesca e sul piano "scientifico" accreditando una spiegazione antropologica, biologica e naturalistica della criminalità. In tal senso, R. PAGANO, D. BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, cit., p. 10.

³³⁴ Una prima definizione di pericolosità in termini positivisti si ebbe con Garofalo e con il suo criterio di "temibilità", inteso come valutazione del *quantum* del danno che si può attendere da un delinquente, o in termini giuridici moderni, dalla sua tendenza a delinquere. Secondo Garofalo il criterio per l'applicazione di una pena veniva dato dalla temibilità del delinquente. Essa veniva misurata dalla gravità stessa del reato e doveva essere determinata dal grado di timore che un comportamento criminale investe universalmente e dall'intensità, persistenza e riproducibilità dei motivi di delinquenza. In tal senso, R. PAGANO, D. BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, cit., p. 10.

³³⁵ Infatti, con il mutare della situazione politica, in seguito all'avvento del fascismo, la Scuola Positiva perse gran parte del suo prestigio in campo penale. L'orientamento giuridico dominante ritornò ad essere quello classico, più congeniale al nuovo regime e alla concezione del "libero arbitrio". Così, R. PAGANO, D. BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, cit., p. 11.

lunga polemica tra libero arbitrio e determinismo si arrivasse all'affermazione di un diritto penale "misto" con le teorie della Terza Scuola³³⁶.

L'elettismo giuridico della Terza scuola riuscì ad affermarsi come soluzione di compromesso ma, nel diritto penale italiano, troviamo l'accertamento dell'imputabilità ai fini dell'applicazione della pena e l'accertamento della pericolosità sociale ai fini dell'applicazione della misura di sicurezza: entrambi basati su un'indagine personologica del reo di stampo positivista. Lo stesso concetto di pericolosità sociale appare contraddittorio dato che la stessa definizione verrà realizzata attraverso parametri giuridici di basi positivisticodeterministiche che rendono il giudizio non solo ascientifico ma fondamentalmente ambiguo e inconsistente³³⁷.

Il problema della libertà ovvero della necessità dell'agire umano, del libero arbitrio o del determinismo attraversa tutta la storia della filosofia, trattandosi di una delle domande fondamentali che i filosofi si sono posti fin dall'antica Grecia³³⁸. A seconda che si decida di sposare l'una o l'altra teoria, determinista o del libero arbitrio, la conseguenza è il totale cambiamento di impostazione e di prospettiva sull'uomo³³⁹.

Quando discutiamo di libertà dobbiamo distinguere una "libertà dalla coazione", cioè la possibilità di agire senza essere ostacolati da vincoli fisici e di contesto,

³³⁶ Tale impostazione giuridica trovò la sua genesi storica nel tentativo di mediare tra indeterminismo tradizionale e determinismo positivista, accogliendo alcuni postulati pratici del positivismo ma tenendo fermi le fondamentali definizioni della Scuola Classica. v. R. PAGANO, D. BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, cit., p. 12.

³³⁷ v. R. PAGANO, D. BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, cit., p. 13.

³³⁸ A tale proposito v. I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, cit., p. 9. Il positivismo è la celebrazione del determinismo, così come prevalentemente deterministici sono tutti i maggiori indirizzi filosofici del XIX sec. – evoluzionismo, marxismo, utilitarismo, ecc. – e così come tutti si richiama alle scoperte e alle leggi delle scienze, sociali o naturali che siano.

³³⁹ Le implicazioni nel campo processual-penalistico, a seconda dell'applicazione dell'una o dell'altra teoria sono molteplici. Se l'uomo è libero nel volere allora si può pretendere dallo stesso un cambiamento attraverso un processo di responsabilizzazione e può quindi risultare coerente il principio rieducativo basato sulla collaborazione fattiva del condannato anche rispetto alla riparazione delle conseguenze da reato. Al contrario, se si considera l'uomo come un essere determinato nella sua volontà non ci si può che rassegnare alle conseguenze del suo volere e ritenerlo non responsabile delle sue azioni ma solo bisognoso di contenimento fisico e personale, il che, a parere di chi scrive, appare contrario alla concezione stessa di uomo.

da una “libertà interiore”, quella appunto di poter scegliere fra le diverse opzioni che la vita può riservare, in particolare fra bene e male, secondo la nostra volontà: solo questo secondo tipo di libertà è quello di cui parliamo quando facciamo riferimento al libero arbitrio³⁴⁰. L’uomo può essere considerato libero solo se inserito in un contesto che gli permette di esprimere la propria personalità³⁴¹.

Il concetto di pericolosità sociale, secondo il codice penale italiano, definisce l’attitudine concreta e attuale di una persona che ha già commesso un fatto preveduto dalla legge come reato ad essere portata a commettere di nuovi fatti previsti dalla legge come reato. Il legislatore del 1930, nel redigere il codice penale, ha denominato (impropriamente) la pericolosità come “sociale” anziché definirla come criminale, dal momento che il concetto risultava strettamente connesso all’avvenuta commissione di un reato. In base a tale premessa, il giudice dovrebbe essere in grado di stabilire quanto sia probabile che il soggetto compia nuovi reati in futuro, oppure, nell’ipotesi di quasi reato, quanto sia probabile che il soggetto compia reati. Al riguardo, il termine “reato” va inteso in senso ampio e non circoscritto ai reati di una stessa indole rispetto a quello commesso. In tal caso, il concetto di probabilità di commettere nuovi reati, non è poi così distante da quello di “temibilità”, introdotto nel dibattito dottrinale italiano dal giurista Roberto Garofalo, nel 1878, che pensava di poter misurare la capacità criminale del delinquente e stabilire quanta perversità vi fosse nell’individuo-delinquente, nonché la quantità di “male” che ci si sarebbe potuti aspettare da quello specifico autore di reato³⁴².

³⁴⁰ Sul tema v. I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, cit., p. 10.

³⁴¹ Questo aspetto è importante perché spiega gli effetti negativi del biopotere subiti passivamente dall’uomo, e la possibilità però di poter passare alla biopolitica affermativa che considera l’uomo come essenza imprescindibile dove la sua manifestazione di potere è considerata in senso positivo, ossia come “potenza” dell’uomo. I. Merzagora Betsos sposa la teoria antideterministica, cosciente però del fatto che non si possa dimostrare né l’una né l’altra tesi, e chi lo affermasse, secondo la stessa, sarebbe o un ingenuo entusiasta o un arrogante con inclinazioni imperialiste. Bisognerebbe filtrare il buono di entrambe le teorie dirigendosi con rigore del metodo, consci che non è certo il metodo scientifico a poter risolvere questo annoso quesito. I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, cit., p. 32.

³⁴² Cfr. R. GAROFALO, *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, Torino, 1891, *passim*.

Il legislatore, a livello normativo, ha identificato in un'unica denominazione i due aspetti del "sociale" e del "criminale". Una norma enunciata ma non riempita di plausibile significato. Infatti, l'art. 203 c.p. dispone che *"agli effetti della legge penale è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati"*. Eppure, termini come prevedibilità, probabilità o temibilità non trovano riscontro nella letteratura psicopatologica, mancando del tutto di scientificità. Ciò nonostante il diritto li ha ereditati quale tributo richiesto alla psichiatria³⁴³.

Perché vi sia definizione di pericolosità sociale il nostro codice penale prevede la presenza contemporanea di due ordini di fattori: uno oggettivo, ossia la pericolosità sociale dell'azione rappresentato dal reato commesso; l'altro soggettivo, costituito dalla pericolosità sociale del suo autore. Non è sufficiente la presenza del solo reato o della sola componente soggettiva personologica perché si possa definire la pericolosità sociale, ma ambedue fattori devono essere contemporaneamente presenti in un soggetto colpevole di reato³⁴⁴.

La fattispecie oggettiva della pericolosità sociale trova i propri riferimenti giuridici negli artt. 202 e 203 c.p. La commissione di un illecito penale dovrebbe pertanto costituire il necessario presupposto del giudizio di pericolosità: tra pericolosità e reato esiste un rapporto di interdipendenza. La dottrina, in generale, è concorde nel sostenere che debba esservi la presenza del reato nella determinazione della pericolosità sociale, sottolineando come, in un diritto penale incentrato sul principio garantista di materialità, e cioè a base oggettivistica, la fattispecie soggettiva di pericolosità sociale non può avere da sola rilevanza penale ma acquisisce tale connotato solo in seguito alla previa commissione di un illecito penale³⁴⁵.

³⁴³ Al riguardo v. V. MASTRONARDI, *Manuale per operatori criminologici e psicopatologi forensi*, Napoli, 2001, IV ed., p. 118.

³⁴⁴ Sul punto v. R. PAGANO, D. BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, cit., p. 18.

³⁴⁵ Per tale dottrina, il reato costituisce il necessario presupposto del giudizio di pericolosità, non solo nel senso che prima di esso non è consentito l'accertamento della pericolosità bensì nel senso che deve

Ai fini dell'applicabilità di una misura di sicurezza non basta la semplice "possibilità" di ricadere nel delitto ma il legislatore esige piuttosto quell'elevato grado di possibilità corrispondente al concetto di "probabilità"³⁴⁶. Quest'ultimo criterio esclude ogni pericolosità quando la potenziale ricaduta nel reato si presenta solo come possibile. La possibilità, in quanto si esprime su qualunque manifestazione di attività dopo un primo fatto criminoso, non può coprire un criterio preciso e definito di valutazione né consente un giudizio prognostico su una ripetizione di fatti antigiuridici. Nel caso, invece, si passi dalla possibilità alla probabilità, la presunzione dei fatti esce dalla sfera dell'opinabile e si tramuta in una fondata ragione di allarme per nuove manifestazioni criminose. Resta comunque difficile definire la probabilità distinguendola in maniera netta dalla possibilità. Il rigore matematico è inaccettabile per gran parte dei giuristi³⁴⁷.

Anche il concetto di probabilità risulta, pertanto, vago ed elusivo. La probabilità, da un lato, viene distinta dalla possibilità, in quanto quest'ultima non potrebbe rappresentare nessun criterio preciso in un giudizio prognostico, dall'altro però non viene chiarito come faccia la supposta probabilità a essere così esaustiva ed efficace in questa delicata valutazione. Viene il sospetto che al legislatore non interessasse tanto l'obiettività della definizione di pericolosità ma che egli mirasse, più che altro,

rappresentare il sintomo della stessa pericolosità e che non si può prescindere al principio "*nulla periculositas sine crimine*". Al riguardo v. R. PAGANO, D. BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, cit., p. 16.

³⁴⁶ La diversità di grado intercorrente tra mera possibilità e probabilità fungerebbe – secondo un accreditato orientamento – anche da criterio differenziatore tra i rispettivi concetti di pericolosità sociale e la capacità a delinquere. La stessa dottrina si è sforzata di precisare la nozione giuridica di pericolosità sociale, definendola ora una qualità o modo di essere dell'autore del fatto, ora un'attitudine o inclinazione ovvero una proclività o tendenza dell'individuo a commettere reati. Ma si è trattato di tentativi di definizione sterili e persino tautologici. Oggi pressoché si concorda nel considerare la pericolosità sociale come il risultato di un "giudizio prognostico", effettuato dal giudice, basato prevalentemente su criteri intuitivi, circa la probabilità di ricaduta nel delitto. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 771.

³⁴⁷ Essi sostengono che la valutazione delle condizioni di producibilità del danno da luogo, nella vita, a una rispondenza psicologica e pratica che va oltre il limite teorico della probabilità. Ovverosia, sorge il timore che lo stato di pericolo si ritenga esistente anche quando, attraverso una valutazione empirica d'insieme, la soglia di allarme sia al di sotto del limite consentito. In tal senso, v. R. PAGANO, D. BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, cit., p. 17.

a dare spazio, con un concetto di probabilità elastico e indefinito, a una valutazione discrezionale e dai confini incerti, in tema di prognosi criminale³⁴⁸.

Come osservato, da un punto di vista strutturale, il giudizio di pericolosità rappresenta una “prognosi” che implica la previsione di un comportamento umano futuro. Come base della prognosi, nel nostro ordinamento, l’organo giudicante è tenuto *ex art. 203 c.p.* a utilizzare gli stessi indici offerti dall’*art. 133 c.p.* in sede di commisurazione della pena, valutati in funzione del giudizio di responsabilità: siffatti indici, per la parte che qui interessa, devono essere utilizzati ai fini della prognosi criminale che fa da presupposto all’applicazione della misura di sicurezza³⁴⁹.

Secondo l’opinione prevalente il suddetto tipo di valutazione ha natura deduttiva poiché muove dall’antecedente al conseguente, dalla causa all’effetto (a differenza del procedimento abduttivo), anche se tale teoria non trova riscontro unanime³⁵⁰.

Invero, la fattispecie soggettiva della pericolosità viene definita dall’*art. 203 c.p.*, per cui ai fini penali la qualità di persona socialmente pericolosa deve desumersi da tutti gli elementi indicati dall’*art. 133 c.p.* e cioè da quelli attinenti la capacità a delinquere ma anche e immancabilmente da quello prioritario del reato commesso. Enfatizzato come la “chiave di volta” e “la spina dorsale” del nostro diritto penale, l’equivoco articolo 133 c.p. in realtà indica gli elementi da valutare ma non ne fornisce i criteri finalistici di valutazione. Il *focus* di tale articolo riguarda la personalità dell’autore e serve a definire sia la capacità a delinquere sia la qualità della pericolosità sociale. Aspetto di rilievo è rappresentato dal fatto che con l’introduzione della capacità a delinquere il legislatore ha voluto dare credito all’assunto, non classico ma positivista, che l’uomo cosiddetto normale, imputabile, ha una libertà non assoluta ma motivata e condizionata³⁵¹.

³⁴⁸ Così R. PAGANO, D. BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, cit., pp. 17-18.

³⁴⁹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 772.

³⁵⁰ Al riguardo, per quanto concerne l’attribuzione di un solido fondamento razionale alla regola di inferenza probabilistica nell’accertamento della pericolosità sociale, v. F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale e processo penale*, in M. PAVARINI, L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, cit., pp. 29 ss.

³⁵¹ Così R. PAGANO, D. BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, cit., pp. 17-18.

L'art. 133 c.p. delinea il concetto di "capacità a delinquere". In esso infatti, si stabilisce che il giudice, nella commisurazione della pena debba tener conto in primo luogo della gravità del reato e secondariamente della capacità a delinquere. Quest'ultima qualità viene desunta: dai motivi a delinquere e dal carattere del reo³⁵²; dai precedenti penali e giudiziari e in genere dalla condotta e dalla vita del reo antecedente al reato³⁵³; dalla condotta contemporanea e susseguente al reato³⁵⁴; dalle condizioni di vita, individuali, familiari e sociali del reo³⁵⁵.

La capacità a delinquere, pertanto, è riferita al versante della personalità del reo piuttosto che al fatto di reato. Non vi è concordia nell'intendere tale carattere della personalità e la disputa riguarda proprio le posizioni retribuzioniste e quelle positiviste. Nella posizione retribuzionista la capacità a delinquere è intesa come capacità morale di compiere il reato e tale aspetto concorre soprattutto a graduare la responsabilità del soggetto per il reato commesso; la posizione positivista, secondo cui la

³⁵² Sul punto, i criminologi concordano nel ritenere indispensabile un'indagine psicologica tecnica e qualificata onde poter conoscere, in modo competente e pertinente, i reali motivi del comportamento e il carattere del reo. Gli stessi, ritengono assurdo che il giudice proceda a tale analisi in modo meramente intuitivo e sulla base del solo "buon senso" avendo invece bisogno degli apporti di discipline quali la psicologia e la sociologia che lo supportino in questa importante valutazione. Al riguardo v. R. PAGANO, D. BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, cit., p. 20.

³⁵³ Questo punto ha importanza per il futuro giudiziario del soggetto. Le notizie riguardanti la vita anteatta del soggetto dovrebbero essere raccolte con particolare accuratezza, le fonti di informazione dovrebbero essere attendibili e, in caso di dubbio, molteplici. In realtà, il giudice non avrebbe sufficiente competenza, né tempo sufficiente, per poter svolgere direttamente le indagini di questo tipo, sui precedenti del soggetto, per cui si affida totalmente a quanto viene riferito dagli organi di polizia. Le stesse cartelle biografiche, sia in sede di polizia sia in sede carceraria, allo stato attuale si limitano, nella migliore ipotesi, a semplici fogli in bianco o a sterili elenchi di notizie, saltuarie e incomplete, che non forniscono dati significativi ai fini di un'armonica ricostruzione della condotta e della vita del reo. Al riguardo v. R. PAGANO, D. BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, cit., pp. 20-21.

³⁵⁴ Sul punto, le critiche principali si riferiscono alla non univocità di interpretazione del dettato normativo che appare pertanto alquanto ambiguo. Il giudice, al riguardo, sulla base di informazioni di incerta attendibilità emette un giudizio, molte volte erroneo, basato soprattutto su impostazioni ideologiche di carattere personale, quindi poco obiettive. La dinamica del reato viene dunque elusa da ogni indagine prettamente psicologica, motivazionale e soprattutto sociologica, riducendosi, nei fatti, ad un'angusta analisi di fatti e avvenimenti. v. R. PAGANO, D. BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, cit., p. 21.

³⁵⁵ Sono comprese in questa categoria, le condizioni economiche, sociali, culturali e morali del soggetto quanto del gruppo familiare di appartenenza, che possono influire sulla predisposizione criminale o che possono fornire degli indicatori circa la scelta deviante operata. Su questo versante le critiche si sono appuntate sulla poca attendibilità di indagini istituzionali raccolte attraverso il contributo degli organi di polizia. Così R. PAGANO, D. BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, cit., p. 21.

capacità a delinquere serve ad accertare l'attitudine del soggetto a commettere nuovi reati, è prevalentemente ad orientamento prognostico-preventivo, ed è la visione che nella pratica sembra prevalere. La funzione retribuzionista riveste maggior credito all'interno della dottrina penale, per cui la capacità a delinquere, pur essendo presentata come elemento psicologico del reato, in realtà viene segnalata come mero indice di valutazione del reato stesso³⁵⁶.

L'art. 133 c.p., oltre a definire la capacità a delinquere, serve a determinare anche la fattispecie soggettiva della pericolosità sociale. Circa i rapporti tra capacità a delinquere e pericolosità sociale, trattasi di due concetti eterogenei per chi intende la capacità criminale in senso etico-retributivo. Per chi intende la capacità criminale in senso prognostico-preventivo, i due istituti presentano delle analogie pur non identificandosi. Infatti, per avere capacità a delinquere basta avere un'attitudine soggettiva alla commissione di reati. Per la pericolosità occorre un'attitudine particolarmente intensa e cioè la probabilità che il soggetto commetta nuovi reati. Quindi quando si definisce la pericolosità sociale ricorre sempre la capacità a delinquere, mentre sostenere l'inverso non è ammissibile. Inoltre, la capacità a delinquere sussiste sempre, in misura più o meno accentuata, per il fatto stesso che il soggetto abbia compiuto un reato, mentre la pericolosità non ricorre sempre e rappresenta nel sistema penale italiano un'ipotesi eccezionale. Infatti, il nostro sistema penale da un lato si serve di un unico espediente normativo per definire la capacità a delinquere e la pericolosità sociale, dall'altro lato diversifica i soggetti a cui vengono applicate le fattispecie³⁵⁷.

Emergono due diversi tipi di delinquenti: uno per così dire "normale" che compie un illecito penale e viene assoggettato a una commisurazione della pena che tenga conto sia della gravità del reato sia della tendenza a delinquere e un altro soggetto per certi aspetti "anormale", o per meglio dire "pericoloso", a cui il codice penale riserva un trattamento diversificato. Costui, se imputabile, viene pertanto punito due volte: una volta per il reato commesso e secondariamente perché il giudi-

³⁵⁶ Così *Ivi*, p. 19.

³⁵⁷ *Ibidem*.

ce o la legge, in base a criteri strettamente normativi, sanciscono che egli probabilmente ricadrà nel reato³⁵⁸.

Sul piano processual-penalistico, il codice di rito fa esplicito divieto di perizia criminologica per i soggetti imputabili: pertanto, per costoro, il giudice, per la valutazione circa la pericolosità sociale, si avvarrà dei soli criteri indicati dall'art. 133 c.p. Se invece il soggetto viene ritenuto, potenzialmente, affetto da una infermità mentale, il giudice potrà decidere di disporre una perizia da affidare o ad uno psichiatra o ad altro medico-legale. Ma anche questa è solo una possibilità non sussistendo nessun obbligo in capo al giudice di disporre perizia per accertare l'imputabilità, e quindi la pericolosità.

È tuttavia, importante considerare che l'art. 133 c.p. indica solo apparentemente i criteri di commisurazione della pena idonei a vincolare il potere discrezionale del giudice, se consideriamo che i fattori in esso enucleati possono assumere significato e rilevanza diversi, a seconda della finalità prevalente che si intende attribuire alla pena. E ciò con riferimento a tutti i fattori finalistici, fattuali e logici contenuti in tale articolo, considerato che la stessa gravità del fatto può assumere una diversa rilevanza in un'ottica tradizionalmente retributiva, connessa all'entità del danno e al grado della colpevolezza, ma anche in una prospettiva di prevenzione generale, nel senso che il reato è più grave a seconda che attenui la fiducia dei consociati nella capacità di tenuta dell'ordinamento, o ancora in una dimensione di prevenzione speciale, perché il reato è tanto più grave quanto maggiore è il livello di criminalità latente che esprime il soggetto. L'utilizzabilità plurivalente dell'art. 133 c.p. diventa ancora più evidente se la si rapporta poi al concetto di capacità a delinquere, che finisce per estendere i profili di valutazione giudiziale dal dato oggettivo del fatto alla personalità del reo, così aprendo la strada ad una prognosi di pericolosità sociale. Ad alimentare ulteriore incertezza è anche la non chiara definizione del rapporto gerarchico che esisterebbe tra il primo e il secondo comma dell'art. 133 c.p., nel senso che sussisto-

³⁵⁸ *Ivi*, p. 20.

no ancora dubbi su quale sia il rapporto fra l'elemento della gravità del reato da un lato, e l'elemento della capacità a delinquere dall'altro³⁵⁹.

Nella originaria disciplina codicistica penale, la regola generale del “previo accertamento in concreto” della pericolosità da parte del giudice *ex art. 204 comma 1, c.p.* subiva rilevanti deroghe in alcuni casi, espressamente previsti, di presunzione di pericolosità. In sostanza, in origine era la legge stessa, in presenza di determinati presupposti relativi alla gravità del fatto commesso e/o delle particolari condizioni psicologiche dell'agente, ad attribuire la qualità di persona socialmente pericolosa, con una presunzione *iuris et de iure*, la quale non ammetteva prova contraria³⁶⁰.

Il concetto di pericolosità sociale, su cui il meccanismo presuntivo si reggeva, ha iniziato ad entrare in crisi nel mondo psichiatrico, e successivamente in quello normativo, attraverso la legge 13.5.1978 n. 180³⁶¹ che ha negato la qualità di presupposto del trattamento sanitario obbligatorio, in riferimento al soggetto non imputabile, sostituendo il riferimento alla pericolosità sociale con il concetto di “tutela della salute pubblica”³⁶².

Sulla materia, sono state anche le sentenze della Corte Cost. nn. 139/82 e 249/83 ad avere inciso sulle singole presunzioni di pericolosità determinando

³⁵⁹ v. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, DAP, Quaderni ISSP, Numero 10, *Gli spazi della pena. Tutela dei diritti umani e circuiti penitenziari*, Novembre 2012, p. 9. V. www.giustizia.it/resources/cms/documents/Quaderni_ISSP_n_10.pdf.

³⁶⁰ Al riguardo l'abrogazione dell'art. 204 c.p. rappresenta una svolta importante da un punto di vista sociologico perché sancisce la necessità di eliminare ogni forma di pericolosità presunta imposta dalla legge, lasciando spazio solo ad un accertamento in concreto da parte del giudice. L'art. 31 della legge Gozzini dispone infatti: “Tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui che ha commesso il fatto è pericoloso socialmente”. Ecco affermarsi così quel clima di fiducia nel potere regolativo dell'autorità giudiziaria, alla quale si rimettono le sorti dell'intero apparato delle misure di sicurezza, il cui ruolo di difesa sociale e prevenzione speciale inizia a essere mediato da scelte dell'autorità giudiziaria che, nel far ricorso a tali sanzioni, adottano un presupposto soggettivo alquanto vago. Al riguardo v. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 17.

³⁶¹ Si tratta della cosiddetta legge “Basaglia” sugli accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori in www.salute.gov.it/imgs/C_17_normativa_888_allegato.pdf

³⁶² Sul tema v. M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile “pericoloso”*, cit., p. 4. Secondo l'orientamento di Basaglia infatti, presumere la pericolosità significava sostenere e imporre legislativamente, quell'insostenibile equazione secondo cui il malato mentale è necessariamente pericoloso. Al riguardo, A. MANNA, *Imputabilità e nuovi modelli di sanzione. Dalle “finzioni giuridiche” alla “terapia sociale”*, Torino, 1997, p. 64.

l’emanazione della legge del 10 ottobre 1986, n. 663³⁶³ che, abrogando l’art. 204 c.p., è pervenuta alla richiesta, per l’applicazione di tutte le misure di sicurezza, del preventivo accertamento in concreto della pericolosità del soggetto, ed all’attribuzione al Magistrato di sorveglianza della competenza funzionale esclusiva in ordine all’applicazione in concreto delle misure di sicurezza³⁶⁴.

La modifica predetta, subentrata soprattutto in riferimento ai rei ritenuti non imputabili, ha comportato pesanti ripercussioni anche sul giudizio di pericolosità relativo ai soggetti imputabili, i quali hanno ereditato, a livello di impostazione dottrinale, i cambiamenti intervenuti nel settore psichiatrico.

Invero, la legge impone il superamento delle presunzioni, ma non stabilisce chi debba effettuare l’accertamento sulla pericolosità sociale. Pertanto, il giudice dovrebbe compiere tale valutazione in modo autonomo, non avendo il legislatore ritenuto di inserire nel rinnovato codice di procedura penale la cosiddetta “perizia criminologica”³⁶⁵.

Nella pratica, però, il giudice aggira il problema chiedendo al perito, in sede di perizia psichiatrica, di pronunciarsi anche sulla pericolosità sociale, badando a non travalicare i limiti imposti dall’art. 220 c.p.p.³⁶⁶.

Con tale stratagemma si “anticipa” la questione, rischiando di confondere due valutazioni diversissime tra loro poiché nella perizia sull’imputabilità il giudice chiede al perito di “operare una diagnosi e, dunque, di valutare i complessi patologici del soggetto”³⁶⁷, nella perizia sulla pericolosità al perito viene chiesta una prognosi per la quale, paradossalmente, il legislatore non rinvia a scienze sociali e psichiatriche bensì a criteri in tutto e per tutto giuridici. Provocatoriamente si potrebbe affer-

³⁶³ La cosiddetta legge “Gozzini”.

³⁶⁴ v. M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, pp. 437 ss.

³⁶⁵ Cfr. A. MANNA, *Imputabilità e nuovi modelli di sanzione*, cit., p. 67.

³⁶⁶ Art. 220 c.p.p. “La perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche. Salvo quanto previsto ai fini dell’esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l’abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell’imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche”.

³⁶⁷ Cfr. A. MANNA, *Imputabilità e nuovi modelli di sanzione*, cit., p. 67.

mare che la legge chiede al perito di sostituirsi al giudice, per di più usando gli stessi suoi parametri. In questo modo, il concetto di pericolosità sociale perde totalmente ogni connotato di scientificità, non sussistendo, allo stato, metodi di accertamento predittivi e falsificabili, tali da garantire un certo grado di evidenza³⁶⁸.

Pertanto, se per un verso l'abrogazione *in toto* dell'art. 204 c.p. ha portato a risolvere notevoli problemi per un altro verso ha, fin da subito, dato luogo a numerose altre questioni. Infatti, ci si domanda se possano considerarsi superate le presunzioni legali di pericolosità, stante il perdurare del divieto, *ex art. 220 comma 2 c.p.p.*, in capo al giudice della cognizione di utilizzare tutte quelle perizie criminologiche quale unico strumento davvero idoneo a formulare un giudizio prognostico di pericolosità veritiero e attendibile. Da qui la costante inevitabilità di enunciare interpretazioni riequilibratrici tendenti a giustificare le enormi voragini lasciate dall'estinto art. 204 c.p. Se da un lato le presunzioni *iuris et de iure* risultano abolite, dall'altro si assiste alla contestuale trasformazione delle fattispecie presuntive in fattispecie indizianti, ancora descrittive una sorta di catalogazione di condotte potenzialmente integranti la recidiva, che nel vigore della nuova normativa, a differenza del passato, implicano necessariamente la libera valutazione del giudice³⁶⁹. Detto mutamento non lascia spazio a dubbi circa la sola apparente scomparsa delle presunzioni legali di pericolosità dal nostro attuale assetto ordinamentale. E, per tali ragioni, non ci si può esimere, anche, dal mettere in luce come l'evidente principio di uguaglianza, che dovrebbe imporre un accertamento della pericolosità generalizzato, diffuso e identico per tutte le categorie di soggetti, subisca un'evidente spaccatura là dove propone forme diverse di "pericolosità sociale" a seconda della tipologia di soggetto preso in

³⁶⁸ Coticché il concetto di pericolosità sociale tende ad avere un grado di certezza corrispondente al "lancio di una moneta o di un tiro a dadi". In tal senso v. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., pp. 110 ss.

³⁶⁹ Il tutto sembra confermato dalle ampie facoltà riconosciute alla magistratura di sorveglianza a cui, *ex art. 679 c.p.p.*, è affidato il delicato compito di procedere ad una costante rivalutazione della pericolosità di un soggetto in fase esecutiva con l'obbligo, laddove l'esigenza risulti venuta meno o scemata, di revocare o sostituire la misura di sicurezza con un'altra meno afflittiva. V. B. BOCCHINI, *L'accertamento della pericolosità (misure di prevenzione e sorveglianza e misure alternative alla detenzione)*, cit., p. 583.

considerazione e della fase procedimentale in cui ci si trova³⁷⁰. Le presunzioni di pericolosità pertanto, appaiono estinte solo per alcune tipologie di reati e non per altre. Il tutto, a testimonianza della machiavellica struttura che presiede il procedimento atto ad accertare la pericolosità sociale, tale da non potersi ritenere svincolato da logiche che per quanto sottese, rimangono proprie di accertamenti di politica criminale tipici del nostro ordinamento³⁷¹.

Il doppio binario previsto dal codice Rocco, così come strutturato, ha avuto l'effetto di trasmettere il substrato culturale e ideologico relativo alla formazione della categoria del malato mentale pericoloso, non imputabile, alla categoria del soggetto autore di reato pericoloso e imputabile: in entrambi i casi la pericolosità sociale viene valutata come se avesse un'origine patologica e il malato mentale viene equiparato al delinquente di lombrosiana memoria³⁷².

La legge "Gozzini" è intervenuta in un periodo storico in cui si stava iniziando a delineare la crisi della stessa categoria della pericolosità sociale e ciò è stato dimostrato anche dalla prassi applicativa che ha visto i giudici, nel periodo successivo alla modifica, in riferimento ai rei imputabili, astenersi da dichiarazioni giudiziali di abitudine, professionalità e tendenza a delinquere. Ciò ha comportato la diminuzione dell'applicazione di misure di sicurezza per i rei capaci di intendere e di volere, e l'insorgere di problematiche legate alla pericolosità dell'infermo di mente che, giudicato non pericoloso, non risultava più soggetto ad alcuna reazione di tipo sanzionatorio³⁷³. La misura di sicurezza era in origine di tipo indeterminato, non prevedendo un limite massimo di durata. Modifiche normative sono state introdotte, al riguardo, dalla legge 30.5.2014, relativamente all'accertamento della pericolosità sociale per i non imputabili, per i quali vengono esclusi i parametri di cui all'art. 133 punto 4)

³⁷⁰ *Ivi*, p. 584.

³⁷¹ *Ibidem*.

³⁷² Non bisogna dimenticare che infatti, l'entrata della follia all'interno del sistema penale, avviene proprio attraverso il fumoso concetto di pericolosità sociale che, in origine, viene presunta e aprioristicamente dichiarata dal codice.

³⁷³ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 774.

c.p.; è stato inoltre stabilito un limite che deve essere non superiore a quello edittale stabilito per le fattispecie di reato consumate³⁷⁴.

3. La persistenza delle presunzioni di pericolosità

Attualmente si assiste ad una sorta di “ritorno” delle presunzioni di pericolosità. A determinare la crisi del concetto di pericolosità sociale ha contribuito la sempre più crescente presa d’atto delle incertezze e difficoltà connesse al suo accertamento concreto in sede giudiziale: per cui alla crisi del fondamento teorico si affianca una crisi dei metodi di accertamento.

La valutazione della pericolosità sociale di un individuo è parte integrante del procedimento penale: essa viene accertata dal giudice nel caso in cui il soggetto sia ritenuto imputabile; da un perito incaricato dal giudice, nel corso della perizia psichiatrica, se e solo se, il soggetto presenta delle alterazioni psichiche tali da essere riconosciuto non imputabile, in quanto affetto da vizio parziale o vizio totale di mente. In altri termini, la valutazione della pericolosità sociale con conseguente applicazione di una misura di sicurezza, non sempre è ammessa e non sempre viene eseguita: nella stragrande maggioranza dei casi la valutazione di detta pericolosità avviene soltanto all’interno di una perizia psichiatrica, dunque soltanto nel caso in cui ci si trovi di fronte al “sospetto” circa la presenza di una patologia mentale in capo all’autore di reato. Non solo, ma l’individuazione e la conseguente valutazione della pericolosità sociale avvengono “quasi in automatico”: nel momento in cui la perizia psichiatrica evidenzia delle infermità di mente tali da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere e di volere, viene in rilievo anche il “conseguente” accertamento della pericolosità sociale. In caso di piena imputabilità, per contro, la valutazione della pericolosità sociale “svanisce”³⁷⁵.

³⁷⁴ V. *infra*, cap. secondo, par. 5.

³⁷⁵ M. MONZANI, *Manuale di psicologia giuridica. Elementi di psicologia criminale e vittimologia*,

Stante il divieto di perizia psicologica *ex art. 220 c.p.p.* stabilito per la valutazione in sede di cognizione, la possibilità di compiere una perizia criminologica riguarda solo la fase di esecuzione di un'eventuale misura di sicurezza, così come previsto dall'art. 220 c.p.p., ma non riguarda la sua applicabilità; dunque tale previsione normativa solo apparentemente rappresenta un'ulteriore possibilità, oltre alle altre previste dalla legge di applicazione di una misura di sicurezza; in realtà essa consente soltanto di provvedere a perizia criminologica al fine di individuare ed eseguire la misura di sicurezza ritenuta più idonea, ma solo dopo che essa sia stata applicata attraverso una disposizione di legge a ciò deputata³⁷⁶.

Sicché, paradossalmente, nonostante l'abolizione del sistema presuntivo si continua a versare in una situazione di incertezza per il vasto potere attribuito al giudice, sconfinante quasi nell'arbitrio, tanto che, si è giunti finanche a mettere in discussione lo stesso concetto di pericolosità sociale, in conseguenza delle difficoltà di accertamento della medesima. Venuti meno i parametri valutativi che consideravano la pericolosità come inscindibile dal fatto commesso o da uno stato dell'agente e che orientavano il giudice anche quando la pericolosità doveva essere accertata in concreto, si è creata una confusione di due piani: quello relativo all'accertamento in concreto della pericolosità e quello afferente alla stessa possibilità di esistenza di soggetti socialmente pericolosi³⁷⁷.

L'analisi della pericolosità pertanto, presenta modalità di accertamento differenti, a seconda che il giudice decida autonomamente, nel caso di soggetto imputabile, o ritenga utile acquisire una perizia, perché presuppone una situazione di "non imputabilità" del reo.

Caduto il dogma dell'onnipotenza della scienza, negli ultimi anni, si è animato un intenso dibattito che ha messo in dubbio, non tanto la scientificità della psichiatria e della psicologia relativamente all'impegno circa l'analisi sull'individuo, quanto la possibilità di controllare dall'esterno la correttezza dell'impostazione delle stesse. Ad

Padova, 2011, pp. 162-163.

³⁷⁶ *Ibidem.*

³⁷⁷ Al riguardo v. P. MAZZA, *Pericolosità sociale e legalità*, cit., p. 33.

essere criticata è, in altri termini, la metodologia dell'indagine compiuta dai periti forensi, per cui diventa fondamentale cercare di individuare procedure standardizzate, così da consentire quel controllo di affidabilità dall'esterno, indispensabile per fare assurgere la perizia psichiatrica al rango di prova scientifica³⁷⁸.

Il legame tra psichiatria e diritto penale è durato per circa un secolo, ma è andato disgregandosi negli ultimi decenni parallelamente all'entrata in crisi del concetto medico della malattia mentale e dei vecchi sillogismi positivisti, attorno ai quali si reggeva. È accaduto che di fronte ai nuovi paradigmi dell'infermità mentale proposti dalle scienze psicopatologiche, di tipo psicologico prima e sociologico poi, i giudici siano rimasti disorientati dando vita ad applicazioni alquanto eterogenee degli artt. 88 e 89 c.p., di fronte alle quali occorre capire se abbia ancora un senso porre esperti al servizio del diritto in questa delicata materia. Per sciogliere i nodi della questione la risposta che qui si prospetta muove, innanzitutto dal rifiuto delle posizioni radicali e ideologicamente antitetiche in tema di perizia psichiatrica: una di carattere deterministico-positivistico, che vorrebbe estendere obbligatoriamente l'intervento del perito addirittura ai sottoposti a processi penali, attraverso l'utilizzazione della cosiddetta "perizia criminologica" o "psicologica"³⁷⁹ – oggi vietata *ex art.* 220 c.p.p. – sulla premessa che il delinquente sia, di per sé, un "malato"; l'altra riconducibile all'antipsichiatria³⁸⁰ che vorrebbe invece escludere completamente il ricorso alla psichiatria forense e alla non imputabilità, negando in radice l'esistenza stessa della malattia mentale³⁸¹.

³⁷⁸ M.T. COLLICA, *Ruolo del giudice e del perito nell'accertamento del vizio di mente*, in G. DE FRANCESCO, CARMELA PIEMONTESE e E. VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Quaderni del Dipartimento di diritto Pubblico, Università di Pisa, Torino, 2010, p. 2.

³⁷⁹ Si ritiene, infatti, auspicabile un maggior utilizzo dello strumento della perizia criminologica, già dalla fase di cognizione, previa abolizione del divieto *ex art.* 220 c.p.p., al fine della valutazione della pericolosità sociale e della conseguente applicazione della misura di sicurezza. In tal senso v. M. MONZANI, *Percorsi di criminologia*, Padova, 2011, p. 170.

³⁸⁰ Tra gli psichiatri forensi favorevoli a questa soluzione v. A. MANACORDA, *Malattia mentale, imputabilità e pericolosità sociale: dalla rilettura dei contributi alla proposta di rilettura dei problemi*, in G. CANEPA, G.I. MARUGO (a cura di), *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, Padova, 2005, *passim*.

³⁸¹ Vi è un orientamento che aspira alla parificazione del malato di mente autore di reato, quale sog-

La rigidità che caratterizza le suddette posizioni suscita, invero, molte perplessità. Quanto alla proposta di adottare una perizia criminologica o psicologica per tutti gli imputati, si suole contestare che l'eventuale disposizione della suddetta forma di perizia, prima dell'accertamento della responsabilità dell'imputato, potrebbe spingere l'accusa a trarre dal contenuto di questa elementi o indizi di reità. Circa l'opposta opinione volta a limitare, se non addirittura ad eliminare, il ruolo del perito dal sistema giudiziario, occorre ricercarne le radici nella crisi dei concetti base che sorreggono la perizia: la pericolosità sociale ed il trattamento riservato agli infermi di mente autori di reato.

Tra le suddette opzioni estremiste richiamate (abolizione perizia psichiatrica e abolizione del concetto di imputabilità da un lato, estensione della perizia criminologica a tutti dall'altro) sembra imporsi una via intermedia e più ragionata, che pur non rinunciando alla perizia psichiatrica nel giudizio di imputabilità, ne subordina la legittimazione a godere della "patente" di scientificità al miglioramento della metodologia di accertamento³⁸².

In una prospettiva *de iure condendo*, relativamente al momento in cui viene effettuata la perizia, si è proposta l'idea del processo bifasico, anche se si tratta di una soluzione non esente da complicazioni, per cui si potrebbe, più semplicemente, in ogni caso, mantenere una perizia nella fase iniziale del processo, così da evitare indagini retrospettive che rischiano di non garantire la fedeltà di osservazione, ma stabilendo che i fatti da essa emersi non possano essere utilizzati dal giudice nella

getto di diritto, agli altri soggetti imputabili, sfociato in precisi progetti di legge. Nello stesso filone antipsichiatrico si inserisce la legge n. 180 del 1978 che ha abolito i manicomi comuni, e nella quale si tende a riconoscere uno spazio di responsabilità anche all'infermo di mente. Nel medesimo ambito si collocano il d.d.l. 29.3.1983, n. 177, presentato dai senatori Grossi, Gozzini e altri, il 29.9.1983 e poi ritirato dagli stessi proponenti, cui hanno fatto seguito il p.d.l. 4.11.1985, n. 3260; il progetto dell'on. Corleone 4.7.1996, n. 151; il d.d.l. 15.12.1998, n. 3668, di iniziativa del sen. Milio; il p.d.l. 1.2.1999, n. 5503 dell'on. Biondi; il d.d.l., del 4.6.2001, n. 845 di iniziativa dell'on. Cento, ripresentato alla Camera col n. 335 il 3.5.2006, tutti a favore dell'abolizione della distinzione tra soggetti imputabili e non imputabili. Al riguardo v. A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRANO (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, pp. 305-306.

³⁸² M.T. COLLICA, *Ruolo del giudice e del perito nell'accertamento del vizio di mente*, cit., pp. 4, 7.

motivazione allo scopo di attribuire il fatto criminoso all'imputato, così come prevede il codice di procedura penale francese³⁸³.

Al di là delle critiche rivolte nei confronti della definizione della pericolosità sociale, di cui la letteratura italiana è piena, è stato riscontrato che non esiste una chiara specificazione di quali siano gli indici da tenere in considerazione ai fini di una accurata valutazione della pericolosità sociale; la scelta dei criteri da utilizzare rientra nell'ambito di discrezionalità di ciascun perito, lasciando il dubbio che tale scelta sia basata più sul buon senso piuttosto che su indici di cui sia stata comprovata l'efficacia predittiva³⁸⁴.

Le ricerche esistenti nel panorama italiano, in tema di pericolosità sociale, si limitano alla descrizione a posteriori degli indici utilizzati dai giudici nel disporre la perizia psichiatrica e da differenti periti nell'emissione del giudizio di pericolosità sociale nei confronti di un individuo. Il panorama anglosassone, al contrario, offre sicuramente un maggior numero di ricerche e soprattutto una differente prospettiva³⁸⁵.

³⁸³ In Francia è previsto un “*Dossier de personnalité*”, nella fase istruttoria del processo, con l'obiettivo di fornire un profilo completo dell'imputato. L'art. 81 del codice di procedura penale francese prevede che “il giudice istruttore proceda o faccia procedere, a cura della polizia giudiziaria o a cura di soggetti abilitati dal Ministero di giustizia, ad un'indagine sulla personalità dell'imputato, nonché sulla sua situazione materiale, familiare o sociale. Al riguardo v. *Juris Classer, De Procédure Pénale*, 1996. Per le differenze con il sistema italiano v. C. SERRA, *Psicologia penitenziaria*, Milano, 2003, pp. 53 ss.; C. SERRA, *Proposte di criminologia applicata 2003*, Milano, 2003, pp. 79 ss.; G. DISNAN, G. FAVA VIZZIELLO, *La consulenza clinica psicologica*, Milano, 1999, pp. 119 ss.; G. SARTARELLI, *Pedagogia penitenziaria e della devianza. Osservazione della personalità ed elementi del trattamento*, Roma, 2005, pp. 19 ss.; G. DE LEO, P. PATRIZI, *Psicologia giuridica*, Bologna, 2002, pp. 161 ss.; F. GIBERTI, R. ROSSI, *Manuale di psichiatria*, Padova, 2009, pp. 1 ss.

³⁸⁴ Spesso la prassi suggerisce d'indirizzarsi all'uso stereotipato di strumenti accettati per tradizione, in una ripetitività che elude e ignora il problema della pertinenza, della pregnanza e della coerenza tra i criteri, le teorie, gli assunti, i metodi e gli strumenti cui è opportuno ricorrere in funzione del problema. L'impiego diffuso di test personologici, anche prestigiosi, spesso non appare né pertinente né coerente con le valutazioni che l'esperto è incaricato di compiere. Diversi autori hanno evidenziato come test psicologici clinici strutturati per indagare la personalità nel suo complesso, alcune sue dimensioni psicologiche particolari o quadri psicopatologici, non siano sufficientemente affidabili né discriminanti per comprendere ciò che può interessare al giudice e agli altri committenti. Al riguardo v. A. SALVINI, A. RAVASIO, T. DA ROS, *Psicologia clinica giuridica*, cit., p. 48.

³⁸⁵ Infatti, nel processo statunitense, ormai da tempo, si propende verso un'analisi interdisciplinare, cercando tuttavia di limitare quelle indagini che potrebbero ledere la libertà morale del soggetto. Gli Stati Uniti, già nel 1921, avevano previsto con la “*Briggs Law*” (indagine sullo stato di mente del

La gran parte delle attuali conoscenze nei vari settori della psicologia, per esempio quella dello sviluppo e del ciclo di vita, dimostra l'impossibilità di fare previsioni certe laddove la staticità e la replicazione dei ruoli e delle situazioni lascino intravedere un'elevata probabilità che le persone "ritrovando il medesimo armadio indossino i medesimi vestito"³⁸⁶.

Il nostro codice di rito, in merito alle perizie, privilegia il ricorso a una teoria deterministico-lineare, naturalistica, astorica, acontestuale e individualistica riconducibile al modello psichiatrico, secondo un criterio che equipara ogni devianza alla malattia mentale, di cui sarebbe al tempo stesso prova e causa³⁸⁷.

A partire dall'analisi di precedenti perizie e della loro effettiva correttezza, si iniziano a raccogliere gli elementi maggiormente in grado di predire la possibile recidiva dei soggetti, portando infine alla nascita dei primi strumenti di valutazione³⁸⁸.

La personalità delinquenziale per i più non esiste, anche perché il delinquere è concetto giuridico non omogeneo a quello biologico di personalità e di malattia. La

soggetto), promulgata nel Massachusetts, e poi in altri paesi, un'indagine sullo stato mentale della persona accusata di un crimine capitale o nei casi di recidiva di reati gravi. La giuria deve essere informata delle conclusioni delle indagini effettuate dai periti psichiatri per ciò che concerne la malattia mentale, o un "difetto" che può attaccare anche in modo sostanziale il "controllo del comportamento". Secondo il parere del magistrato Bazelon, uno dei principali promotori dell'introduzione di un'indagine interdisciplinare nel processo, la perizia deve tenere conto dello sviluppo, adattamento e funzionamento del comportamento nella realtà sociale. Inoltre, l'ammissibilità di tale indagine fa capo all'esperienza del perito e al valore probatorio del suo giudizio. Nel sistema penale statunitense agli psicologi-periti è affidato il compito di fornire informazioni circa la diagnosi, la prognosi e le cause dei "disturbi" che esulano dal campo di indagine psichiatrico. Nel processo statunitense, dunque, non si parla di una vera e propria perizia criminologica, ma l'apporto psico-criminologico è relativo alla valutazione delle condizioni mentali dell'imputato che non rientri nella nosologia psichiatrica. Non sono, invece, previste indagini di carattere prettamente ambientale e/o sociali o quelle relative ai precedenti penali. Questi elementi, difatti, se ritenuti utili per orientare le indagini, non possono essere utilizzate come prove oggettive su cui fondare un eventuale giudizio. Pertanto, se anche non può parlarsi di una vera e propria perizia criminologica nel processo statunitense, l'apporto psicologico e criminologico appare, comunque, rilevante. Al riguardo v. S.L. BROSDKY, *Lo psicologo nella giustizia penale*, Milano, 1978, *passim*; M. ANCEL, *La nuova difesa sociale*, Milano, 1966, *passim*; C. MACRÌ, *Criminologia applicata*, in www.associazionelios.org.

³⁸⁶ Al riguardo v. A. SALVINI, A. RAVASIO, T. DA ROS, *Psicologia clinica giuridica*, cit., p. 46.

³⁸⁷ Al riguardo v. *Ivi*, p. 47.

³⁸⁸ Sull'ambiguità teorica di uno strumento operativo in ambito giudiziario, relativamente all'accertamento della pericolosità sociale" v. www.psy.unipd.it/~forense/a_areddi.htm.; V. altresì F. GIBERTI, R. ROSSI, *Manuale, di psichiatria*, cit., pp. 1 ss.

commissione di reati non è sintomo di patologia o di abnormità ma costituisce semplicemente una possibilità di vita, una scelta dettata anche, ma non solo, da motivazioni di contesto. Secondo Karl Popper “il criterio di demarcazione inerente alla logica induttiva – cioè il dogma positivista del significato – è equivalente alla richiesta che tutte le asserzioni della scienza empirica (ovvero tutte le asserzioni «significanti») debbano essere passibili di una decisione conclusiva riguardo la loro verità e falsità; diremo che devono essere decidibili in modo conclusivo. Ciò significa che la loro forma dev’essere tale che sia il verificarle sia il falsificarle debbano essere logicamente possibili”³⁸⁹.

Qui viene in rilievo la domanda se i comportamenti umani siano scientificamente prevedibili³⁹⁰. Infatti, il nodo problematico sul quale si gioca la stessa legittimazione sostanziale delle misure di sicurezza è rappresentato dal giudizio di pericolosità e dai criteri utilizzati per il suo accertamento.

Bisognerebbe indagare sui rapporti tra determinismo e prevedibilità dei comportamenti umani, considerato che le variabili condizionanti l’agire degli uomini risultano troppo numerose e troppo varie perché sia possibile fondare il ragionamento prognostico su tutte le premesse rilevanti nel campo specifico³⁹¹.

Secondo parte della dottrina, la fondatezza del giudizio di pericolosità dipenderebbe da due fattori: dalla rilevanza dei fattori indizianti da un lato, dai criteri utilizzati nel procedimento di inferenza probabilistica dall’altro³⁹².

Nell’accertamento del giudizio di pericolosità, oltre al reato commesso, entrano in gioco una serie di elementi indizianti distinti in elementi sintomatici reali ed elementi sintomatici personali³⁹³.

³⁸⁹ K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1995, p. 21.

³⁹⁰ M. PAVARINI, L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, cit., p. 24.

³⁹¹ F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale e processo penale*, cit., p. 25.

³⁹² T. PADOVANI, *Fatto e pericolosità*, cit., p. 118.

³⁹³ Gli elementi sintomatici reali gravitano intorno al reato o perché ne implicano la reiterazione, come si verifica nella abitudine o professionalità ex artt. 102 e 105 c.p., o perché ne presuppongono una particolare gravità: in astratto, come accade nell’art. 222, comma 1 e 2 c.p. per il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario; o in concreto, nelle ipotesi in cui viene richiamata l’entità della condotta

Nella valutazione criminologica dei fattori indizianti, gli elementi sintomatici reali assumono un peso dominante rispetto agli elementi sintomatici personali. Tali elementi, spesso, sono assunti in una dimensione fortemente astratta, connessa a valutazioni di mera gravità edittale del reato commesso, senza alcuna considerazione per il concreto atteggiarsi dell'episodio criminoso nella personalità del soggetto.

Questa accentuata propensione ad affermare il primato di valutazioni puramente legali nelle fattispecie sintomatiche di pericolosità, deve considerarsi positiva in rapporto al fatto che gli elementi indizianti reali servono a circoscrivere le situazioni tipo in presenza delle quali il giudice deve poi procedere all'ulteriore accertamento della pericolosità in concreto. Il rischio è che attraverso una troppo rigida predeterminazione di limiti normativi astratti, finiscano con l'essere sottratti al vaglio di pericolosità soggetti in effetti pericolosi. È un rischio che consiste in sostanza nella formazione implicita di presunzioni di "non pericolosità". Basti pensare in proposito alle ipotesi del prosciolto per infermità psichica da una contravvenzione, da un delitto colposo o da un altro delitto punibile con la sola pena pecuniaria o con la reclusione non superiore nel massimo a due anni³⁹⁴. Un tale rischio, secondo Padovani, può essere considerato il prezzo inevitabile che l'ordinamento deve corrispondere alla esigenza di tutela della libertà personale, quando la sua restrizione si prospetta come conseguenza di un giudizio prognostico inevitabilmente incerto.

inflitta, ad esempio nell'art. 229, n. 1 e nell'art. 230, comma 1 n. 1 c.p., ai fini della sottoposizione alla libertà vigilata; oppure infine perché si individua un particolare tipo criminoso a rilevanza sintomatica "privilegiata" come nell'ipotesi dell'art. 538 c.p. che autorizza, e in alcuni casi impone, l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva a chi sia stato condannato per i delitti in materia di prostituzione. Gli elementi sintomatici personali sono invece connessi alla peculiarità del soggetto, considerato in rapporto a dati caratteriali, come ad esempio l'essere dedito al delitto ai fini dell'abitudine ritenuta dal giudice ex art. 103 c.p.; a condizioni incidenti sull'imputabilità, come ad esempio nelle ipotesi dell'art. 222 c.p., per quanto riguarda l'infermità psichica, e dell'art. 224 c.p. per quanto concerne l'età; o dalla condotta di vita, come nel caso dell'ubriaco abituale o della persona dedita all'uso di sostanze stupefacenti ex art. 221 c.p.

³⁹⁴ Art. 222, comma 1, c.p. per il quale è in pratica preclusa ogni forma di intervento preventivo, anche se il reato commesso, pur nella sua ridotta gravità legale, consenta di evidenziare in rapporto alla infermità che lo ha determinato, una pericolosità molto elevata.

Ma l'incertezza dei giudizi di pericolosità sociale non sembra tuttavia ascrivibile esclusivamente alla loro struttura prognostica³⁹⁵.

Sul piano contenutistico, un primo elemento che contribuisce a rendere scarsamente attendibili i giudizi di pericolosità è rappresentato dalla troppa generica descrizione normativa dell'evento che deve essere previsto dal giudice come probabile³⁹⁶.

Di regola, infatti, tale evento è costituito dalla futura commissione di reati di qualunque natura da parte del soggetto la cui pericolosità deve essere valutata³⁹⁷.

Norme "vaghe" o "aperte" di questo tipo consentirebbero di esercitare "un potere discrezionale molto ampio", richiedendo al giudice operazioni di "fantasia creativa" che possono essere estremamente difficili, delicate, ed anche arrischiate e discutibili³⁹⁸.

Ma la prospettiva muta se si guarda all'affidabilità dei giudizi prognostici intesa come grado di determinatezza e razionalità dei criteri che ne governano la formulazione. Infatti, ad esempio, non è richiesto un grado qualificato di probabilità che l'evento criminoso futuro si realizzi. E allora ci si domanda: se il condannato deve essere colpevole oltre ogni ragionevole dubbio per essere assoggettato alla pena, anche il soggetto per essere ritenuto socialmente pericoloso ed essere assoggettato a misura di sicurezza deve superare il limite del "ragionevole dubbio" posto al libero convincimento del giudice, in termini di certezza riguardo l'accertamento sulla reale condizione della soggettività umana³⁹⁹.

³⁹⁵ v. F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale e processo penale*, cit., p. 26.

³⁹⁶ *Ivi*, p. 27.

³⁹⁷ Solo occasionalmente si circoscrive la prognosi ad una specifica tipologia di illecito: ad esempio nei giudizi di pericolosità funzionali all'applicazione di misure di sicurezza a soggetti minori. v. F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale e processo penale*, cit., p. 27.

³⁹⁸ Cfr. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 115.

³⁹⁹ Come noto, il principio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", come affermato dalla giurisprudenza di legittimità, rappresenta il limite alla libertà di convincimento del giudice, apprestato dall'ordinamento per evitare che l'esito del processo sia rimesso ad apprezzamenti discrezionali, soggettivi e confinanti con l'arbitrio. Si tratta di un principio che permea l'intero ordinamento processuale e che trova saliente espressione nelle garanzie fondamentali inerenti al processo penale quali la presunzione di non colpevolezza dell'imputato, l'onere della prova a carico dell'accusa,

Inoltre, gli elementi sintomatici della pericolosità sono indicati troppo genericamente⁴⁰⁰ e sono, di regola, le sole circostanze di fatto e/o della personalità del reo. Basti considerare gli artt. 133 e 203, comma 2, c.p. in materia di misure di sicurezza personali; l'art. 164 c.p. in tema di sospensione condizionale della pena; l'art. 169 c.p. in tema di perdono giudiziale; l'art. 381 comma 4 c.p.p. in materia di arresto facoltativo in flagranza (circostanze del fatto o, disgiuntamente, la personalità dell'arrestato); gli artt. 37 comma 2 e 38 comma 2, 39 comma 2, d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448 in materia di misure di sicurezza minorili (dove si valutano le circostanze e le modalità del fatto e, congiuntamente, la personalità del soggetto); l'art. 275 comma 1 lett. c, c.p.p. in materia di misure cautelari (in questo caso la personalità va "desunta da comportamenti o atti concreti o dai precedenti penali" dell'interessato e le circostanze devono essere "specifiche": ovviamente si parla di una responsabilità per un fatto di reato non ancora accertato manifestatosi nella forma dei "gravi indizi di colpevolezza"); infine l'art. 678 comma 2 c.p.p. inerentemente ai benefici penitenziari nel quale si tiene conto della "personalità" del detenuto sottoposto ad osservazione scientifica della personalità⁴⁰¹.

Solo in alcuni casi la normativa appare più chiara: è il caso dei giudizi di pericolosità sociale evocati dall'art. 4 *bis* ord. penit., imperniati su indici di cessata pericolosità ritenuti più tassativi⁴⁰².

Infine, non ha ancora avuto successo il tentativo di attribuire un solido fondamento razionale alla regola di inferenza che dovrebbe costituire la seconda premessa

l'enunciazione del principio *in dubio pro reo* e l'obbligo di motivazione e giustificazione razionale della decisione a norma degli artt. 111, comma 6, Cost. e 192, comma 1, c.p.p. Al riguardo v. Cass., sez. I, 14.5.2004. Infatti, qualsiasi cosa si riferisca agli affari umani e risulti collegata a giudizi morali è anche aperta a qualche dubbio possibile o immaginario. Il concetto di "convinzione incrollabile", da intendersi come certezza schiacciante, costituisce la linea di demarcazione tra il dubbio ragionevole e quello immaginario o fantastico. Per un approfondimento sulla formula dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" processuale, v. J. DELLA TORRE, *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sull'"oltre ogni ragionevole dubbio"*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁰⁰ Sempre che la legge si faccia carico di indicarli, il che non sempre avviene basti considerare l'art. 1 comma 2, lett. d), della legge n. 199 del 2010 che allude a "specifiche e motivate ragioni per ritenere che il condannato possa commettere altri delitti".

⁴⁰¹ V. *infra*, cap. quinto.

⁴⁰² v. F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale e processo penale*, cit., p. 28.

del ragionamento deduttivo-prognostico (se x allora y) conducendo alla conclusione che la prognosi di pericolosità non può vantare salde fondamenta tecnico-scientifiche, nonostante l'apporto di saperi scientifici nuovi come la genetica comportamentale e le neuroscienze⁴⁰³.

La stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione nega che la valutazione di pericolosità sia esclusivamente un affare clinico-psichiatrico, e gli psichiatri per primi rifiutano di assumersi una simile responsabilità⁴⁰⁴.

Insomma, formulare un accertamento sul comportamento futuro dell'uomo risulta impossibile. Persino il determinista più convinto sa quanto siano numerose e multiformi (e quindi imprevedibili) le variabili che incidono sull'agire degli uomini⁴⁰⁵. Inoltre, è impossibile conoscere tutte le complesse circostanze che potrebbero influire sulla scelta individuale. Anche in gran parte della dottrina psichiatrico-forense si è negata scientificità alla nozione di pericolosità sociale. Si ritiene piuttosto che questo tipo di valutazione abbia, più che altro, una funzione paradigmatica in relazione al ruolo simbolico svolto dalla nozione di pericolosità nel campo del diritto penale. L'etichetta di "pericoloso" ha infatti la funzione, attraverso il processo di esclusione del soggetto, di restituire integrità al corpo sociale⁴⁰⁶.

La messa in discussione, dello stesso concetto classico di "soggettività" umana, da un punto di vista filosofico-psicologico, complica ulteriormente l'elaborazione e la definizione di un giudizio prognostico sul comportamento umano.

Un diritto penale del fatto dovrebbe concepire la pena come giusta reazione ad un fatto offensivo e colpevole, non già come strumento di neutralizzazione della pericolosità del suo autore. L'art. 133 c.p. orienta la commisurazione della pena al

⁴⁰³ *Ivi*, p. 29.

⁴⁰⁴ *Ivi*, p. 30. Infatti, in caso di applicazione di misure di sicurezza, il provvedimento deve essere preceduto da un formale giudizio di pericolosità sociale che non può essere condotto esclusivamente sul piano psichiatrico in riferimento alla natura e alla evoluzione dello stato patologico del soggetto, ma deve fondarsi sull'accertamento delle qualità indizianti del singolo soggetto, desunte dalle circostanze indicate dall'art. 133 c.p.. Cass. 26 settembre 2006, Corbo, in *CED Cass.* 236272.

⁴⁰⁵ v. F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale e processo penale*, cit., p. 31.

⁴⁰⁶ v. G.B. TRAVERSO, *Il giudizio di pericolosità ed il suo accertamento*, in *Riv. it. med. leg.*, 490, 1986, p. 1042.

criterio della “gravità del reato”, quindi ad un criterio di proporzione rispetto al singolo fatto colpevole commesso (secondo la tradizionale prospettiva della scuola classica), e al criterio della “capacità a delinquere” del reo ossia al grado della sua attitudine a commettere nuovi reati. Purtroppo tra questi due macro-criteri non è stabilito un criterio di priorità da assumere rilasciando al giudice la decisione sull’impostazione più adeguata da adottare⁴⁰⁷.

⁴⁰⁷ v. F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell’ordinamento italiano*, in M. PAVARINI, L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, cit., p. 48.

CAPITOLO SECONDO

Pericolosità sociale dell'autore di reato "non imputabile"

SOMMARIO: 1. Pericolosità sociale dell'infermo di mente. Profili storici e giuridici. – 2. La perizia psichiatrico-forense nell'accertamento della pericolosità sociale dell'autore di reato ritenuto (potenzialmente) non imputabile. – 3. La prova penale scientifica. – 3.1. Il campo delle neuroscienze nella valutazione della pericolosità sociale. – 4. La pericolosità situazionale. – 5. Le innovazioni introdotte per i non imputabili pericolosi. La pericolosità sociale "decontestualizzata". – 6. Infermità mentale e disturbi della personalità: problematiche attuali.

1. Pericolosità sociale dell'infermo di mente. Profili storici e giuridici

L'entrata della follia nel sistema penale avviene proprio attraverso il fumoso concetto di "pericolosità sociale", connotato originariamente, desunto in modo presuntivo e accertato in modo aprioristico⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ Come esaminato nella prima parte, lo storico delle idee Michel Foucault, attraverso un accurato esame storiografico, ha ricostruito la nascita del concetto di "personalità pericolosa" a partire dai rapporti tra le forme di razionalità affermatesi dalla metà del Seicento in poi e le pratiche psichiatriche, pedagogiche e correzionali che da esse presero vita. Pratiche che costituiscono nuove immagini della devianza, attribuendo di riflesso nuove caratteristiche alla soggettività umana. In questa costruzione storica di una figura giuridica e scientifica si rileva come la medicina e il diritto abbiano codificato nel concetto di "personalità pericolosa" una relazione sempre più stretta tra crimine e patologia psichica, estendendola presto a una classe sempre più ampia di comportamenti trasgressivi. Foucault sottolinea l'esistenza, nell'azione penale, di una relazione equivoca tra responsabilità e colpa: l'origine del progressivo ingresso della psichiatria nel campo del diritto penale è da individuarsi nella diagnosi ottocentesca di "monomania", riservata al crimine aberrante, ingiustificato e privo di premonizioni. Nonostante la resistenza del diritto a far proprio il determinismo medico dell'antropologia criminale, l'attenzione dei giudici e della società si sposterà, a partire dal XIX sec., dal crimine al criminale. Si

Ebbene, il concetto di pericolosità inteso come concetto medico, cioè “dipendente dall’infermità di mente “ è quello su cui maggiormente si sono appuntate le critiche degli autori di formazione criminologica e psichiatrico-forense, sia per la scarsa correlazione riscontrata tra malattia mentale e pericolosità, sia perché si è potuto dimostrare che il malato di mente pone in atto il più delle volte reati di modesto allarme sociale, e non reati contro la persona, sia perché infine, statisticamente, la delittuosità dei malati di mente non è superiore a quella della rimanente parte della popolazione definita “normale”⁴⁰⁹.

La nascita degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari, quale misura di sicurezza per i rei ritenuti non imputabili, in Italia, si colloca all’interno di un percorso istituzionale particolarmente travagliato nel quale si sono avvicendate riflessioni giuridiche, psichiatriche e culturali in genere, che a partire dalla seconda metà del XIX secolo hanno focalizzato l’attenzione sulle due classiche istituzioni totali, ossia il carcere ed il manicomio, diverse tra loro ma simili per il fatto di essere le sedi privilegiate ove relegare i soggetti considerati *devianti*.

Correva l’anno 1872 quando per la prima volta il termine “manicomio giudiziario” entrò a far parte del dibattito politico, medico e giuridico italiano. Lombroso partiva da un presupposto teorico secondo il quale “tra i delinquenti ve n’è tanti per cui la prigione è un’ingiustizia, la libertà un pericolo, a cui mal si provvede da noi con mezze misure che violano ad un tempo la morale e la sicurezza”⁴¹⁰.

È questa la fase embrionale di un percorso che porterà alla costituzione del sistema del doppio binario, in cui la pena si trasforma da vendetta-punizione in stru-

guarderà sempre di meno al reato e sempre di più al reo, ai suoi antecedenti biologici e sociali, per stabilire il suo grado di pericolosità, di colpevolezza, di punibilità. Così, la competenza psichiatrica non verrà più richiesta soltanto per il presunto crimine patologico, ma tenderà a proporsi attraverso l’intero dominio delle trasgressioni, e ciò indipendentemente dalla rilevanza scientifica dei propri argomenti, o dalla possibilità di rispondere scientificamente ai quesiti del diritto. Secondo Foucault appare concreta la preoccupazione che il diritto, mal consigliato, possa sentirsi sempre più autorizzato a intervenire sugli individui per ciò che di essi si dice che siano, e non per ciò che essi hanno commesso. Sul punto v. A. SALVINI, A. RAVASIO, T. DA ROS, *Psicologia clinica giuridica*, cit., p. 46.

⁴⁰⁹ G. PONTI, I. MERZAGORA BETZOS, *La abolizione delle presunzioni di pericolosità sociale*, in *Riv. it. med. leg.*, IX, 1987, p. 24.

⁴¹⁰ v. F. SAPORITO, *Su gl’incorreggibili e il loro governo razionale: nota di psicologia criminale*, Aversa, 1908, p. 362.

mento di difesa sociale. Da questo momento diventa importante che la pena tenga conto sia della tipologia di autore sia dell'esigenza general-preventiva⁴¹¹.

In tale contesto culturale il custodialismo terapeutico della psichiatria e il custodialismo difensivo della giustizia penale si fondono dando vita alla legge n. 36 del 14 febbraio 1904, intitolata "Disposizioni sui manicomi e sugli alienati". L'art. 1 comma 1 di detta legge così dispone: "Debbono essere custodite e curate nei manicomi le persone affette per qualunque causa da alienazione mentale, quando siano pericolose a sé e agli altri o riescano di pubblico scandalo e non siano o non possano essere convenientemente custodite e curate fuorché nei manicomi". Ai sensi della norma in discorso sono compresi sotto la denominazione "manicomi" tutti quegli istituti, comunque denominati, nei quali vengono ricoverati alienati di qualunque genere". Ciò che sorprende nella predetta legge riguarda l'omogeneità reclusivo-contenitiva con cui si affrontano le discipline dei malati di mente autori di reato e di quelli non autori di reato⁴¹².

Si pongono, in tal modo, le fondamenta per la costruzione di un luogo a custodia totale, quello che sarà successivamente, con il sistema del doppio binario, denominato "ospedale psichiatrico giudiziario" (OPG), dove la sicurezza pubblica avrà la meglio sulle esigenze di cura del malato. Sarà proprio la psichiatria, complice con il diritto, a imporre l'istituzionalizzazione della malattia mentale considerata anzitutto come fattore di pericolosità da arginare più che da curare, prevedendo la segregazione come la migliore formula e strumento per poter effettuare la cura⁴¹³.

⁴¹¹ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., pp. 80 ss.

⁴¹² Le uniche differenze riguardano, infatti, la denominazione degli istituti considerati – manicomi giudiziari per gli autori di reato, manicomi comuni o civili quelli deputati a contenere i malati mentali non autori di reato – e la previsione per gli internati in manicomio giudiziario dei, già previsti, rapporti trimestrali all'autorità giudiziaria sulle condizioni sanitarie dei ricoverati.

⁴¹³ V. S. MERLINI, *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, in *Democrazia e diritto*, 1970, p. 55.

L'obbligo giuridico di custodire il malato di mente insorge solo dopo che questi abbia dato prova della propria pericolosità, turbando l'ambiente sociale e/o dando "pubblico scandalo"⁴¹⁴.

Insomma, per tutti i malati di mente che non manifestino la loro malattia in modo tale da far temere per l'ordine pubblico, è del tutto escluso il ricovero in manicomio, visto che la legge si interessa alla salute del singolo solo in quanto dannoso per la salute pubblica. La predetta impostazione dottrinale e legislativa⁴¹⁵ esprime in modo chiaro e inequivocabile la funzione dell'istituzione totale del "manicomio", che porta ad internare anche soggetti sani di mente ma catalogabili, secondo l'ampia formula, come di "di pubblico scandalo".

L'anno 1904 caratterizza la storia della malattia mentale e del manicomio giudiziario ma delinea soprattutto il sistema, ritenuto più adeguato per fronteggiare la pericolosità sociale dei soggetti, malati e non, attraverso la tecnica reclusiva per eccellenza, che si risconterà nel tempo anche nel carcere, in una sorta di processo osmotico, in relazione al duplice fine della sicurezza e della cura⁴¹⁶.

Il cambiamento culturale del tempo ritenne, quindi, necessario fondere in una unica struttura la finalità clinica della cura (ad inizio secolo del tutto assente o poco praticata) con quella di difesa sociale derivante dall'asserita pericolosità di queste tipologie⁴¹⁷. Nell'incontro tra le proposte giuridiche – impegnate da un lato verso la

⁴¹⁴ Secondo Rabagliatti: "Se nel tempo in cui furono promulgate, dette leggi, costituirono un sistema organico e progredito di organizzazione assistenziale, tuttavia le stesse occultavano principalmente preoccupazioni di difesa della società" nei confronti di soggetti diversi e pericolosi, cosicché l'internamento "veniva ad atteggiarsi come una vera e propria misura di prevenzione, stadio embrionale di quello che sarà con il codice Rocco e le relative misure di sicurezza, lo sviluppo più avanzato. V. G. RABAGLIATTI, *Manicomi*, in *Novissimo Digesto*, vol. X, Torino, 1957, p. 177.

⁴¹⁵ Nonché giurisprudenziale. V. A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, Milano, 1983, pp. 4 ss.

⁴¹⁶ Si sta, inoltre, avviando il lento processo di assimilazione del malato (mentale) al delinquente. Per un maggiore approfondimento v. F. SAPORITO, già Direttore del manicomio criminale di Aversa (1907), *Su gl'incorreggibili e il loro governo razionale*, cit., citazione di A. BORZACHIELLO, *La grande riforma. Breve storia dell'irrisolta questione carceraria*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, nn. 2-3, 2005, pp. 85 ss.

⁴¹⁷ Da chiarire era infatti un punto fondamentale: se in carcere andavano coloro che violavano consapevolmente una norma del vivere comune, ed in manicomio civile coloro che necessitavano di trattamento per ognuna delle patologie psichiche fino ad allora conosciute – che nella loro imprevedibilità

garanzia della difesa sociale nel neo istituito concetto di “pericolosità”, e dall’altro ad un rispettoso trattamento penale di coloro che violavano le norme condivise – e le proposte avanzate dalla disciplina psichiatrica dell’epoca, che cominciava a conoscere e studiare le patologie mentali per come noi oggi le intendiamo, vengono gettate le basi dell’odierno apparato legislativo cui si fa riferimento. Le critiche rivolte da sempre a tali strutture reclusive sono da rintracciare prevalentemente in quella confusione concettuale e scientifica che investe proprio il concetto di pericolosità sociale. Infatti, il corso della storia è stato tracciato dal fatto di aver accolto le impostazioni proposte dalla Scuola Positiva che, per la prima volta, individuava nel concetto di pericolosità sociale l’essenziale elemento prognostico sulla capacità da parte del reo di compiere ulteriori atti devianti, in considerazione di specifiche caratteristiche psicologiche, personologiche, finanche sociologiche, che considerano il reato un “sintomo” di una disfunzione o abnormità dell’individuo⁴¹⁸.

Così, la scelta più adeguata divenne quella di stabilire “categorie mentali e istituzionali” aventi il compito di “differenziare” il malato di mente (prima ancora che il reo), nell’ambito del consorzio sociale, perché contravventore dell’ordine stabilito. Per tali ragioni, molti studiosi della materia ritengono non di pertinenza psichiatrica l’accertamento della pericolosità⁴¹⁹.

comportamentale trovavano motivo di offesa o pericolo per la collettività –, come guardare a coloro che integravano la malattia e la devianza? Diveniva necessario, in sostanza, riflettere diversamente sulla responsabilità penale della persona folle, e così l’Italia assorbì quanto già in altri Stati aveva cominciato a diffondersi sul tema del trattamento giuridico di soggetti psichiatrici autori di reato, come ad esempio era avvenuto in Inghilterra, che nel 1786 fu il primo Paese ad orientare la propria legislazione verso una terza categoria di istituti, i *Criminal’s Asylums*, termine da noi mutuato in Manicomi Criminali. Dunque nel corso dei decenni successivi il sistema inglese venne adottato anche in altri Stati, tra i quali il nostro all’epoca nascente, impegnato peraltro a mettere ordine in una variegata situazione legislativa che poca uniformità aveva sulla questione.

⁴¹⁸ All’epoca vi era la convinzione che di fronte a reati di una certa gravità, commessi da soggetti non imputabili, il rischio di recidiva fosse quasi connaturato alla struttura dell’essere considerato, sul presupposto che il crimine fosse sintomo di una condizione di degenerazione e di anomalia personale. L’assunto è stato fatto proprio, inizialmente, dalla stessa legge manicomiale che prevedeva l’internamento obbligatorio come misura sanzionatoria. Cfr. R. PAGANO, D. BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, cit., p. 31, riguardo la valutazione della pericolosità sociale in campo psichiatrico.

⁴¹⁹ Al riguardo v. G. PONTI, I. MERZAGORA BETSOS, *Compendio di criminologia*, Milano, 2008, *passim*.

Questo sul presupposto che, il concetto *de quo* e la stessa qualificazione di delinquente pericoloso sono principi quanto mai relativi, poiché sono accettati e rifiutati a seconda del grado di colpevolezza morale e di allarme sociale, che nei vari momenti storici è stato attribuito a certe tipologie di delitti. L'identificazione di soggetti percepiti come pericolosi tende, infatti, a mutare col cambiamento dell'etica pubblica e soprattutto col modificarsi della fenomenologia del crimine⁴²⁰.

È, difatti, opinione pressoché unanime come il giudizio di pericolosità non rivesta dignità scientifica ma rappresenti semplicemente un giudizio di valore finalizzato a rafforzare il controllo sociale e il sentimento di minaccia⁴²¹.

Il codice Rocco, conferendo cittadinanza legislativa al sistema del doppio binario, opera un cambiamento radicale, poiché, le neonate misure di sicurezza, andranno a rompere, nella sostanza, quella omogeneità di trattamento tra infermi autori di reato e infermi non autori di reato⁴²². In un certo senso, il diritto tenderà a rivendicare il primato sulla psichiatria, tanto che la misura di sicurezza del manicomio giudiziario verrà disciplinata direttamente dal codice penale⁴²³.

Vengono previsti dei limiti di durata per il ricovero in OPG, così che esso da misura di sicurezza extrapenale si trasforma in una vera e propria sanzione penale, legandosi, per di più, alla gravità del fatto commesso piuttosto che alla pericolosità sociale contingente e variabile. Questa caratteristica va ad accentuare il (non previsto) profilo sanzionatorio della misura di sicurezza. In concreto, si creano i presupposti per la nascita di un vero paradosso giuridico: la durata dell'internamento potrà essere superiore alla pena a cui il soggetto sarebbe stato condannato se fosse stato

⁴²⁰ Al riguardo v. G. PONTI, I. MERZAGORA BETZOS, *La abolizione delle presunzioni di pericolosità sociale*, cit., p. 86.

⁴²¹ *Ivi*, p. 24.

⁴²² Sul tema v. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 91.

⁴²³ Resta sintomatico il fatto che l'internamento in manicomio giudiziario venga inserito nel Titolo VII rubricato "Misure di sicurezza amministrative". V. sul tema G. GIUSTI, (a cura di), *Trattato di medicina legale e scienze affini*, V ed., Padova, 1999, p. 675.

dichiarato imputabile. Quindi, alla componente di difesa sociale, nella misura di sicurezza dell'OPG, viene ad aggiungersi la componente retributiva⁴²⁴.

Nell'impianto originario del codice Rocco la portata selettiva del presupposto della pericolosità sociale era fortemente ridotta da un sistema di presunzioni di pericolosità, corrispondente alle logiche del sistema fascista. La necessità di un accertamento concreto della pericolosità era superata di fronte ad alcune situazioni, legate alla natura e alla gravità del delitto commesso o ai precedenti penali del condannato, che non consentivano nemmeno la dimostrazione del contrario⁴²⁵.

Tale meccanismo presuntivo ha iniziato a entrare in crisi con l'emanazione della legge n. 180 del 1978 che ha posto in discussione il binomio malato mentale-pericolosità sociale. Al riguardo, in principio, sull'onda di tale cambiamento culturale, anche le sentenze della Corte costituzionale, n. 139/82 e 249/83⁴²⁶ hanno cercato di incidere sulle presunzioni di pericolosità senza però riuscire a disintegrare completamente l'assunto sillogistico originario⁴²⁷.

Le argomentazioni della Corte costituzionale sono state successivamente recepite dalla legge n. 663 del 1986, cosiddetta legge "Gozzini", abrogatrice dell'art. 204 c.p., nella quale viene stabilito, per tutti i soggetti, imputabili e non imputabili, l'accertamento in concreto della pericolosità sociale, ai fini dell'applicazione della misura di sicurezza. Conseguentemente, al magistrato di sorveglianza è stata così

⁴²⁴ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit. p. 94.

⁴²⁵ *Ivi*, p. 33.

⁴²⁶ V. Corte Cost., 27 luglio 1982, n. 139, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1584; v. Corte Cost., 15 luglio 1983, n. 249, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 460.

⁴²⁷ Al riguardo v. Corte Cost., 27.7.1982, n. 139, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1584. Detta sentenza della Corte ha affermato la "irragionevolezza della presunzione assoluta di persistenza della infermità psichica accertata rispetto all'epoca del fatto, presunzione implicita nell'art. 222 c.p., e che non poggia su dati di esperienza suscettibili di generalizzazioni". La successiva sentenza, Corte Cost., 15.7.1983, n. 249, *ivi*, 1984, p. 460, è giunta alla stessa conclusione, in relazione all'art. 219, commi 1 e 2, c.p. precisando che tale supposizione è ancora più irragionevole in base a due profili: da un lato, perché la possibilità di una positiva evoluzione della malattia è presumibilmente maggiore nelle ipotesi di minore gravità della stessa, dall'altro lato, in quanto nel caso di seminfermità mentale, di solito, trascorre un tempo più lungo tra il giudizio e l'esecuzione della misura, essendo questa eseguita dopo la pena. Sul punto v. M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, cit., p. 5.

attribuita la competenza funzionale esclusiva in ordine all'applicazione in concreto delle misure di sicurezza⁴²⁸.

L'indagine dei giudici in materia ha di fatto ridotto notevolmente la portata delle misure di sicurezza rispetto all'impianto originario del codice. Rispetto alla qualità del giudizio espresso dai giudici e dai periti emergono diverse incongruenze che hanno determinato la crisi epistemologica della categoria giuridica della pericolosità sociale⁴²⁹.

La prassi giurisprudenziale⁴³⁰ con riferimento ai soggetti incapaci di intendere e di volere, stante l'assenza e la scarsa conoscenza del fondamento scientifico, ha prodotto per lo più giudizi stereotipati di tipo intuitivo.

Le critiche rivolte alla categoria giuridica predetta sono soprattutto legate all'asciutheit della perizia psichiatrica deputata a contenerla quale valutazione tecnica⁴³¹.

Oggi, l'esperto incaricato della valutazione della pericolosità sociale detiene l'onere di rispondere al quesito del giudice, nell'ipotesi in cui il soggetto periziato venga riconosciuto (o meglio tale sia stato all'atto della violazione penale), affetto da un vizio di mente che, nella sua sussistenza, costituisce probabilità precipitante di commettere un nuovo illecito. La riflessione clinica attuata in primo luogo sulla gravità del vizio di mente e di conseguenza sulla pericolosità sociale, si trasforma poi in un percorso di trattamento che trova viceversa valenza giuridica, e che viene defi-

⁴²⁸ M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pp. 437 ss.

⁴²⁹ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2012, p. 663.

⁴³⁰ Al riguardo, Francesco Schiaffo, nella sua relazione: "Troppo spesso i tribunali si adeguano semplicemente all'opinione di psichiatri e psicologi, i clinici assumono troppa responsabilità e troppo poca ne assumono i tribunali. Ma è con i tribunali e con il legislatore che la responsabilità deve restare perché bilanciare ordine e libertà è un problema socio-politico e non clinico ed è un dovere dei tribunali e dei legislatori. Il giudizio sulla pericolosità sociale dell'infermo di mente rivela l'anelito verso un particolare fondamento scientifico che, date le acquisizioni ormai consolidate della criminologia, è impossibile da soddisfare e trasforma, piuttosto, le relative motivazioni in *rantoli argomentativi*. Sul punto v. F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra "sottigliezze empiriche" e "spessori normativi": la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, 11.12.2014, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴³¹ M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore imputabile "pericoloso"*, cit., p. 6.

nito in termini di sedi, regimi di vigilanza e necessità di cautela, in contrapposizione alle esigenze di cura da considerare preminenti.

Bisognerebbe comprendere quali certezze esistano nelle controverse indicazioni della letteratura, che da un lato ritengono impossibile prevedere la recidiva di un comportamento violento e/o criminoso, e dall'altro ammettono la possibilità di un giudizio obiettivo, frutto dell'adozione di strumenti scientificamente validi.

È necessario tenere conto anche della complessità di un disturbo psichico, della possibile coesistenza e del possibile alternarsi, in una stessa persona, di parti sane e di parti malate. Ciò pertanto, al fine di rendere veramente efficace l'intervento terapeutico sul reo affetto da infermità mentale, risulta importante favorire, nel reo-malato stesso, l'acquisizione di consapevolezza circa le dinamiche patologiche insite nella commissione dei suoi reati e della possibile evoluzione della sua situazione psicologica⁴³².

2. La perizia psichiatrico-forense nell'accertamento della pericolosità dell'autore di reato ritenuto (potenzialmente) non imputabile

Nell'ambito della psichiatria forense, per perizia si intende un "accertamento tecnico di natura psichiatrica volto a formulare un giudizio diagnostico-valutativo e prognostico" che, per adulti e minori, ha lo scopo di "stabilire le condizioni di mente della persona (attiva o passiva) in riferimento ad una determinata fattispecie di reato (commesso o subito) e ad un preciso momento del suo iter giudiziario, in ogni stato e grado del procedimento"⁴³³.

Il tema dell'imputabilità, che rientra nel complesso tema della colpevolezza e quindi dell'elemento soggettivo del reato, recepisce formalmente l'idea di persona

⁴³² Al riguardo, v. T. BANDINI, M. LAGAZZI, *Lezioni di psicologia e psichiatria forense*, Milano, 2000, p. 74.

⁴³³ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2008, p. 96.

moralmente cosciente e responsabile nel compimento delle proprie azioni. Il dibattito della dottrina, non solo giuridica e sociologica ma anche medica, filosofica e politica intorno al tema dell'imputabilità si perde nella notte dei tempi. L'esperienza finora maturata tende a dimostrare come non sia sufficiente fare classificazioni o catalogazioni in merito ma sia importante, invece, adottare un modello di scienze umane che possa contemplare la persona umana nella sua unitarietà e irripetibilità, osservando le sue singolari manifestazioni vitali e le specifiche modalità di declinazione nel mondo⁴³⁴.

Le perplessità maggiormente manifestate in dottrina riguardano le basi scientifiche su cui si fondano i casi di non imputabilità previsti dal codice. Secondo taluni, il codice non farebbe altro che riflettere precise scelte di politica criminale, creando delle "finzioni giuridiche", in alcuni casi apertamente smentite dalla stessa scienza psichiatrica⁴³⁵.

Dietro un'espressione così apparentemente immediata come quella di capacità di intendere e di volere si cela lo scontro tra due visioni: la teoria del libero arbitrio o indeterminismo che sostiene la libertà di scelta e la capacità di autodeterminazione della persona da un lato; la teoria determinista dall'altro lato, che invece sostiene la determinazione aprioristica di ogni azione umana, necessitata e prodotta da cause incontrollabili dall'uomo, legate, per lo più, a fattori biologici, psicologici o sociali. Il determinismo a cui si fa riferimento non è quello fisico bensì quello psicologico, nonostante non possa essere concepita una volontà senza causa, una volontà senza motivi. Di fronte a questi ultimi, infatti, la volontà umana non soggiace in modo fatale perché l'uomo ha la facoltà di discernere e di selezionare, non recependo e metabolizzando in modo passivo rispetto ai motivi ma reagendo in modo diverso a seconda di un motivo piuttosto che di un altro⁴³⁶.

⁴³⁴ U. FORNARI, S. CODA, *Imputabilità e pericolosità sociale: nuove prospettive nella valutazione forense*, Relazione tenuta al Convegno di Studi "Verso un Codice Penale modello per l'Europa", Foggia, 10-11 novembre 2000, Padova, 2002, p. 265.

⁴³⁵ D. DAWAN, *I nuovi confini dell'imputabilità nel processo penale*, Milano, 2006, p. 2 ss.

⁴³⁶ I. MERZARORA BETSOS, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, cit.,

Inoltre, il concetto di normalità, secondo i più avanzati studi psicologici, risulta palesemente evanescente e aleatorio. Il dibattito attuale sull'imputabilità riguarda la scelta se continuare lo scontro tra deterministi e indeterministi oppure se andare oltre e riconoscere alla libertà di intendere e di volere il valore di postulato della ragion pratica e, pertanto, considerare l'imputabilità un semplice parametro della convivenza tra persone a cui viene attribuita pari dignità di soggetti⁴³⁷.

Il modello di accertamento adottato in Italia per indagare la capacità di intendere e di volere è quello psicopatologico-normativo o misto che prevede un doppio accertamento: il primo di carattere clinico per accertare la sussistenza della patologia, il secondo, tendente ad accertare, sulla base del primo, il grado di incidenza del disturbo mentale, al momento della commissione del fatto di reato, sulla capacità di intendere e di volere del reo. In pratica, tale modello traccia dei confini ben precisi: alla scienza psichiatrica spetta il compito di individuare i requisiti biopsicologici in presenza dei quali il soggetto può dirsi capace; alla scienza giuridica spetta, invece, la fissazione della rilevanza dei dati clinici, valutando gli obiettivi di tutela perseguiti dalla legge⁴³⁸.

L'accertamento peritale si può esprimere con incarico singolo o collegiale e sotto diverse forme⁴³⁹.

La perizia che viene disposta nella fase di cognizione, nei confronti dell'autore di reato, ha la finalità di "stabilire l'eventuale esistenza di un vizio totale o parziale di

passim.

⁴³⁷ In questo modo, l'imputabilità si trasformerebbe in mera "convenzione sociale" importante, da un lato, per la società, perché agevola e favorisce la convivenza pacifica; dall'altro lato, per l'individuo, perché avrebbe chiara consapevolezza di poter essere sempre assoggettabile a pena, così che ne venga valorizzata la sua responsabilizzazione. Per un approfondimento sul punto v. I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, cit., pp. 159 ss.

⁴³⁸ M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale italiano*, Milano, 1990, *passim*. Anche Cassazione, sez. I, 4 novembre 1991, afferma: "La valutazione del vizio di mente, sfugge alle conoscenze tecniche del giudice di merito, sicché essa deve ritenersi implicita nella valutazione clinica operata dal perito".

⁴³⁹ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., pp. 96-97.

mente nell'indagato o nell'imputato al momento del fatto", secondo quanto stabilito dagli artt. 88 e 89 c.p.⁴⁴⁰.

In particolare, l'art. 220 c.p.p. stabilisce che "la perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche. Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche"⁴⁴¹.

Nella stessa fase di cognizione, oltre all'accertamento sopra indicato, possono essere disposti anche altri accertamenti sempre in riferimento all'autore di reato⁴⁴².

In sostanza l'accertamento peritale si dispone ogni qualvolta il Giudice impegnato ad accertare la responsabilità penale di un soggetto in merito ad un avvenuto fatto reato, riscontra la presenza di specifici "indicatori di allarme" oppure la sussistenza di condizioni che rendono necessaria una valutazione da parte di uno specialista in materia psichiatrica. Lo psichiatra ha poi facoltà, laddove non disposto sin dall'inizio dal Giudice di avvalersi di altri specialisti in materia clinica, psicodiagnostica o strumentale⁴⁴³.

⁴⁴⁰ *Ivi*, p. 98. La finalità dell'accertamento peritale, così come le modalità di nomina del perito e del consulente tecnico e le modalità del conferimento dell'incarico, le attività che gli esperti incaricati devono svolgere e la stesura della relazione è disciplinata nel Libro III (Prove), Titolo II (Mezzi di Prova), Capo VI, artt. 220-233 c.p.p.

⁴⁴¹ L'art. 220 c.p.p. in pratica stabilisce il divieto, nella fase di cognizione, di svolgimento della cosiddetta "perizia psicologica". Tale divieto non vale invece nel processo penale a carico di minorenni (art. 9 del d.P.R. n. 448 del 1988) e nella fase esecutiva della pena (art. 80 della legge n. 354 del 1975 e artt. 678 e 679 c.p.p.).

⁴⁴² Ad esempio, sulla maturità del minore infradiciottenne *ex* artt. 97 e 98 c.p. e art. 9 del d.P.R. n. 448 del 1988; sulle condizioni di mente dell'imputato durante la fase delle indagini preliminari *ex* artt. 70 e ss c.p.p.; sulla *vittima di reato*, ad esempio sulle condizioni di inferiorità psichica nei casi di abuso sessuale *ex* legge n. 66 del 1996; sulla presenza di danni psichici sopravvenuti nei casi di maltrattamento e abuso sessuale *ex* artt. 571 e 572 c.p. e *ex* legge n. 66 del 1996; sulle condizioni di infermità o deficienza psichica nei casi di circonvenzione *ex* art. 643 c.p.; infine sul testimone e sull'idoneità a testimoniare *ex* artt. 196 e 498 c.p.p.

⁴⁴³ Secondo Fornari tali indicatori di allarme di natura "obiettiva" o "soggettiva", sono la notizia diretta o indiretta della presenza di disturbi mentali, di cui accertare l'incidenza sul fatto reato; ossia la presenza di quadro di scempenso psichico in atto, da inquadrarsi o meno nella storia psichiatrica del

In merito agli accertamenti disposti sull'autore di reato, indagato o imputato, tre sono sostanzialmente le questioni poste ad oggetto dell'accertamento peritale: la presenza di un'infermità da cui scaturisce la determinazione del cosiddetto "vizio di mente di natura totale o parziale tale da escludere o grandemente scemare la capacità di intendere e di volere"; nel caso in cui si riscontri la presenza di un vizio di mente deve essere accertata, altresì, la presenza e la persistenza della pericolosità sociale psichiatrica. Inoltre, viene stabilito se le condizioni di mente possedute dall'indagato o dall'imputato gli consentano di partecipare coscientemente al processo a suo carico.

L'art. 85 c.p. impone, quale presupposto per l'accertamento della responsabilità penale, la sussistenza nel reo di uno *status* personale, di un modo d'essere denominato imputabilità e qualificato come capacità d'intendere (cioè di rendersi conto del rilievo sociale delle proprie azioni) e di volere (cioè di autodeterminarsi liberamente nel fare quanto si ritiene opportuno dover fare)⁴⁴⁴.

L'integrità dello stato di mente del soggetto autore di reato, da stabilirsi "al momento del fatto reato", è dunque vincolata all'esistenza delle due predette distinte facoltà⁴⁴⁵.

Quindi la piena imputabilità di un soggetto, ovvero la piena responsabilità penale al cospetto di un fatto rubricato nel nostro ordinamento legislativo in qualità di reato, richiama al pieno possesso di facoltà cognitive, logiche e di interazione dell'individuo con la realtà che consentano al soggetto di capire e valutare adeguatamente i motivi delle proprie azioni nonché le conseguenze che esse avranno nella

soggetto; il verificarsi di uno scompenso psichico durante la custodia cautelare o l'esecuzione della condanna o l'applicazione di una misura di sicurezza non psichiatrica; l'incongruenza e la bizzarria del comportamento oggetto dell'indagine; la gravità e/o l'efferatezza del fatto reato; l'appartenenza ad una classe sociale che, con pregiudizi e preconcetti, si ritiene immune da condotte criminali; un comportamento non conforme tenuto dal soggetto in presenza di recidiva o durante indagine durante gli accertamenti di polizia giudiziaria o del magistrato. V. al riguardo U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 103.

⁴⁴⁴ Ai sensi dell'art. 85 c.p.: "nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come reato se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. È imputabile chi ha la capacità d'intendere e di volere".

⁴⁴⁵ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 137.

realtà circostante, così da orientare in senso cosciente e coerente il proprio comportamento⁴⁴⁶.

Nel momento in cui anche solo una delle capacità di intendere e di volere viene ad essere esclusa o sia ritenuta come “grandemente scemata”, l'imputabilità del soggetto è messa in discussione⁴⁴⁷.

La valutazione dell'imputabilità, per un soggetto cui venga riscontrato un vizio di mente, implica la necessità che l'esperto incaricato di effettuare tale valutazione adotti un ben preciso percorso diagnostico-operativo che contempla tre fasi⁴⁴⁸. La prima fase è di tipo “classificatorio” e risulta utile per identificare quali disturbi mentali possano influire sull'infermità, ossia quali categorie cliniche assumano significato giuridico nel limitare grandemente o nell'escludere quella coscienza di comprensione e quella capacità di autodeterminazione che sostanziano le capacità di intendere e di volere. Solitamente, in questa prima fase viene adottato un criterio nosografico che ha lo scopo di circoscrivere, tra la pluralità dei disturbi mentali che sono oggetto della diagnostica psichiatrica, solo quei quadri psichici che possano

⁴⁴⁶ Spesso si rappresenta la capacità di intendere attraverso l'espressione di un giudizio di valore morale laddove il soggetto riesca a distinguere tra bene e male, tra lecito e illecito, per cui chi manca di sentimento morale manca di capacità di intendere. Per quanto possa a prima vista considerarsi accettabile tale indicazione, secondo Cazzaniga “altro è “non sentire” o “non apprezzare” moralmente, cioè non saper partecipare affettivamente ed eticamente al valore normativo di una regola, altro invece è il non sapere “valutare” il significato o il valore di un fatto: non partecipare ad un sentimento morale non implica necessariamente non saperlo intendere come fatto illecito” v. A. CAZZANIGA, *Criteriologia medico-forense*, Pavia, 1969, *passim*; anche A. CAZZANIGA, A. CATTABENI C. M., *Compendio di medicina legale e delle assicurazioni*, Torino, 1961, *passim*.

⁴⁴⁷ Il nostro codice penale riconosce, in tal senso, alcune ipotesi in cui sia necessario procedere ad un'indagine peritale, ossia nel caso in cui il reo sia stato reso da altri incapace di intendere e di volere o presentava, al momento del fatto reato, un quadro di infermità di mente totale o parziale tale da escludere o scemare grandemente la sua capacità di intendere e di volere; nell'ipotesi di acuta intossicazione da sostanze stupefacenti o alcool dovuta a caso fortuito o a cause di forza maggiore; nel caso di cronica intossicazione da sostanze stupefacenti o alcool, quando l'assunzione abbia causato danni psichici organici, in quest'ultimo caso diventa sempre rilevante l'accertamento ai fini della constatazione circa la sussistenza del vizio parziale o totale di mente; nell'ipotesi in cui il reo sia soggetto sordomuto, condizione la cui rilevanza deve essere valutata, però, caso per caso; nel caso in cui il soggetto abbia un'età compresa tra i 14 ed i 18 anni che, per immaturità, non ha ancora raggiunto al momento del fatto reato la capacità di intendere e volere (infatti entro i 14 anni di età vi è la presunzione assoluta di incapacità del minore, qualunque sia il reato commesso; dai 14 ai 18 anni, invece, deve essere accertato il grado di maturazione psico-sociale, ovvero la maturità, per affermare l'esistenza di imputabilità.) Sulla predetta tematica v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 644 ss.

⁴⁴⁸ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., pp. 139, 143, 150, 162.

assumere valore di infermità. Nello specifico, vengono indicate, per convenzione, le condizioni in cui è in atto un evidente scompensamento patologico psichico oppure risulta in atto un deterioramento consistente indotto da disturbo mentale organico; oppure risulta presente una sensibile destrutturazione della personalità cagionata da schizofrenia; infine nel caso in cui insista un disturbo grave di personalità in cui siano documentabili episodi di scompensi di tipo *borderline* o di origine psicotica⁴⁴⁹.

La complessità della valutazione dell'imputabilità dei Disturbi di Personalità richiederebbe di fatto una trattazione a sé e verrà quindi ripresa nel prosieguo. Al riguardo, si può notare come la sentenza n. 9163 del 2005 delle Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione annoveri tra le infermità mentali anche i disturbi della personalità⁴⁵⁰. Detta sentenza pone termine ad annose controversie interpretative che vedevano contrapporsi il “modello nosografico” ed il “modello giuridico”: il primo volto ad intendere l'infermità in stretto ancoraggio a categorie di patologia mentale nosograficamente descritte, e dove dunque i disturbi di personalità non trovavano spazio; ed il secondo volto ad intendere in modo più ampio l'infermità, ovvero non solo nei limitati confini della “malattia” bensì in quelli più ampi di “non sanità”. Integrando ed al contempo superando il modello nosografico, si ammette che anche i Disturbi di Personalità possono costituire infermità nella misura tale da pregiudicare totalmente o grandemente il funzionamento delle capacità intellettive e volitive del soggetto. Tali disturbi devono essere idonei “a determinare una situazione di assetto psichico incontrollabile ed ingestibile che, incolpevolmente, rende l'agente incapace di esercitare il dovuto controllo dei propri atti”. A definire “grave” un disturbo di personalità non è dunque sufficiente il modello nosografico ma deve essere utilizzata

⁴⁴⁹ *Ivi*, pp. 143 ss.

⁴⁵⁰ V. Cass., sez. un., 25.1.2005, n. 9163, in www.cortedicassazione.it, secondo cui: “anche i disturbi della personalità, come quelli da nevrosi e psicopatie, possono costituire causa idonea ad escludere o scemare grandemente, in via autonoma e specifica, la capacità di intendere e di volere di un soggetto agente ai fini degli artt.88 e 89 c.p., sempre che siano di consistenza, rilevanza, gravità e intensità tali da concretamente incidere sulla stessa; per converso, non assumono rilievo ai fini della imputabilità le altre “anomalie caratteriali” e gli “stati emotivi e passionali”, che non rivestano i suddetti connotati di incisività sulla capacità di autodeterminazione del soggetto agente; è inoltre necessario che tra il disturbo mentale ed il fatto di reato sussista un nesso eziologico, che consenta di ritenere il secondo causalmente determinato dal primo”.

anche una diagnosi di struttura, di organizzazione e di funzionamento, così da contemplare la rilevanza dell'assetto *borderline* che influisce sulle strutture cognitive⁴⁵¹.

La seconda fase del predetto percorso metodologico riguarda l'attribuzione ai disturbi patologici psichici di una manifestazione sintomatica riconducibile alla tipologia e qualità del fatto di reato. In altre parole, un'attribuzione di valenza secondo un criterio psicopatologico, ciò vuol dire attribuire al reato un valore di malattia, cioè intendere il reato nella fenomenologia sintomatica propria del disturbo. Questo secondo passaggio è dunque volto a stabilire un nesso eziologico significativo tra il disturbo psicopatologico, il suo funzionamento ed il reato. In tal senso, il percorso di comprensione psicopatologica consentirà di svincolarsi dall'ammissione di infermità posta in modo esclusivo verso alcuni quadri clinici, e di guardare solo a quelli in cui il funzionamento psichico ha determinato in modo diretto una compromissione delle capacità di intendere e di volere⁴⁵².

La terza fase, infine, implica una valutazione che permetta di stabilire la qualità ed il grado con le quali il disturbo mentale si sia costituito in una compromissione totale o parziale di ciò che sostanzia l'imputabilità. Per risolvere la necessità di produrre un giudizio qualitativo e quantitativo da applicare al vizio di mente, l'esperto potrebbe avvalersi della valutazione dell'integrità delle "aree funzionali dell'Io", che esprimono la capacità di rispondere in modo adeguato e funzionale alla molteplicità delle stimolazioni che provengono dall'interazione Io – ambiente⁴⁵³.

⁴⁵¹ Va infatti precisato che oltre la diagnosi descrittivo-sintomatologica formulata sulla base del DSM IV, sono possibili anche altri tipi di diagnosi: la diagnosi "di sede" tendente all'individuazione della struttura nervosa alterata che provoca il sintomo e la diagnosi "funzionale" volta ad esplorare la personalità globale del soggetto per indicare le conseguenze di un certo disturbo. V. U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., pp. 141 ss.

⁴⁵² *Ivi*, pp. 143 ss.

⁴⁵³ Esse sono: le "funzioni cognitive", relative alla percezione formale delle situazioni, interne o esterne al soggetto, in quanto tali; le "funzioni organizzative", ovvero l'analisi, la comprensione e l'attribuzione di significato alle stesse; le "funzioni previsionali", ovvero l'analisi, la critica ed il giudizio nella valutazione delle possibili conseguenze delle risposte che possono essere emesse; le "funzioni decisionali", che contemplan la scelta tra adeguamento, evitamento o rifiuto della situazione-stimolo, e dunque la decisione di agire o di non agire; le "funzioni esecutive", ovvero l'emissione della risposta scelta in virtù dell'obiettivo che si vuole o si può raggiungere, pianificando il proprio comportamento in senso organizzato o disorganizzato, o mediato dalla logica o dalle componenti

In sostanza, partendo dall'assunto che nel vizio di mente la compromissione delle funzionalità dell'Io si traduce in disordini comportamentali che possono precedere, accompagnare o seguire il fatto reato, la valutazione della qualità e del grado del vizio di mente si può specificare in modo differente. Si riscontrerà “un vizio parziale di mente” nei casi in cui lo scompensamento del funzionamento patologico psichico rimanga limitato, consentendo l'adozione di un comportamento ancora sufficientemente organizzato, pianificato e lucido; si riscontrerà, invece, “un vizio totale di mente” nei casi in cui vi sia un grave scompensamento del funzionamento patologico psichico, ed il comportamento divenga disorganizzato, bizzarro, privo di progettazione e pianificazione.

Effettuate le suddette valutazioni, l'esperto potrà essere quindi in grado di orientare il giudice sulla presenza di un vizio di mente che in modo parziale o totale si riflette sulla compromissione delle capacità sottese ad adeguati processi logici e di pianificazione comportamentale, e quest'ultimo accogliendo i criteri proposti li tradurrà in termini di non imputabilità e dunque di non punibilità giuridica. Il vizio parziale di mente comporta la riduzione di un terzo della pena, il vizio totale di mente l'esenzione completa dalla pena.

Accertata la presenza di un vizio di mente, l'esperto avrà poi compito di rispondere al secondo quesito, relativo all'accertamento della pericolosità sociale. L'attestazione della presenza e persistenza di pericolosità sociale comporta, come osservato, l'applicazione delle misure di sicurezza⁴⁵⁴.

Il comma 2 dello stesso art. 203 c.p., richiama le circostanze indicate nell'art. 133 c.p. per desumere “le qualità di persona socialmente pericolosa”⁴⁵⁵.

Conseguenza di quanto sopra diviene il fatto che l'applicazione della sanzione è commisurata ad un evento di reato già avvenuto, il quale assume valore non solo in senso retributivo bensì anche prognostico, essendo nel contempo sintomo e rischio di una probabile futura recidiva. La valutazione della pericolosità si sostanzia dunque

emotive. V. U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., *passim*.

⁴⁵⁴ Al riguardo v. *Ivi*, p. 135.

⁴⁵⁵ *Ivi*, p. 226.

nell'incontro di fattori indiziari e fattori di inferenza probabilistica: laddove infatti si considerassero solo i primi, potrebbe essere esclusivamente emesso un giudizio di tipo diagnostico sulla responsabilità, basandosi sull'accertamento della presenza e sulla conseguente valutazione di dati di fatto conosciuti o comunque conoscibili. Viceversa, pronunciarsi sulla pericolosità vuol dire anche emettere un giudizio di tipo prognostico, orientando al futuro, la cui valutazione implica l'analisi di un dato ignoto, che è la futura condotta del reo.

Tutto si concentra perciò in quella "capacità a delinquere" che, integrando elementi che di volta in volta assumono un valore oggettivo o soggettivo, sostanzia il rapporto tra crimine e criminale. La discrezionalità della valutazione consiste, pertanto, nel riconoscere qualità "differenziali" nel carattere del reo ed in ciò che egli specificatamente persegue con la sua condotta, rispetto ad altri autori di reato⁴⁵⁶.

Non si ha applicazione delle misure di sicurezza laddove un malato di mente non venga riconosciuto come pericoloso: in tali casi egli viene a tutti gli effetti prosciolto ai fini giudiziari, ed il monitoraggio dell'evoluzione del suo stato psicopatologico viene tutt'al più affidato ai servizi psichiatrici territoriali.

La valutazione del vizio di mente ne stabilisce i connotati rispetto "al momento del fatto di reato". Ciò la differenzia dalla valutazione sulla pericolosità sociale che viene effettuata in "tempi diversi": la stessa, infatti, deve essere "presente e persistente" all'atto dello stesso accertamento peritale.

Tale sbilanciamento è riconducibile al meccanismo del doppio binario che assume la pericolosità alla stregua di una caratteristica accessoria piuttosto che obbliga-

⁴⁵⁶ Si collocano così nello studio della personalità del reo: il reato come espressione sintomatica della sua psiche; il movente dell'azione illecita come espressione degli impulsi, degli istinti e dei sentimenti che hanno indotto il soggetto ad agire in quel determinato modo; la condotta antecedente al crimine come espressione di una struttura psichica manchevole di moralità e rispetto verso l'adeguamento alle norme dello Stato e della collettività; la condotta contemporanea e successiva al crimine come ulteriore espressione dell'atteggiamento psichico del soggetto; l'ambiente circostante, ovvero le condizioni di vita individuali, familiari e sociali, come espressione degli elementi esterni che possono influire nel processo di strutturazione della personalità (l'istruzione, l'educazione affettiva, la presenza di una rete sociale, etc.).

toria dell'autore di reato strettamente collegata ad uno stato di permanenza che deve pertanto persistere nel momento del riesame della pericolosità *ex art. 208 c.p.*⁴⁵⁷.

3. La prova penale scientifica

Rispetto alla validità della perizia *de quo* vi sono state molte contestazioni negli ultimi anni, soprattutto per l'assenza di una metodologia consolidata nell'indagine compiuta dai periti forensi. Allo stato attuale, infatti, mancano procedure standardizzate in grado di garantire la possibilità di un controllo dall'esterno, necessario per fare assurgere la perizia psichiatrica al rango di prova scientifica⁴⁵⁸.

Il problema dei rapporti tra scienza e diritto è andato prospettandosi, sul versante specifico del diritto e del processo penale, secondo angolazioni diverse e concorrenti. L'apertura verso il sapere empirico e le scienze sociali ha rappresentato finora il più ambito titolo di legittimazione per i sistemi penali che hanno vantato la pretesa di iscriversi nella cultura della modernità⁴⁵⁹.

Infatti, dalla sempre crescente commistione fra scienza e processo penale è nata l'esigenza, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, di definire il concetto di “prova

⁴⁵⁷ Si deve infatti considerare una “durata”, che la legge stabiliva nel valore minimo ma lasciava indeterminata nel valore massimo, nell'impossibilità di determinare a priori la cessazione della pericolosità. L'art. 222 c.p., al primo comma, stabilisce: “Nel caso di proscioglimento per infermità psichica, ovvero per intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti, ovvero per sordomutismo, è sempre ordinato il ricovero dell'imputato in un ospedale psichiatrico giudiziario per un tempo non inferiore a due anni; salvo che si tratti di contravvenzioni o di delitti colposi o di altri delitti per i quali la legge stabilisce la pena pecuniaria o la reclusione per un tempo non superiore nel massimo a due anni, nei quali casi la sentenza di proscioglimento è comunicata all'autorità di pubblica sicurezza; al secondo comma invece: “La durata minima del ricovero nel ospedale psichiatrico giudiziario è di dieci anni, se per il fatto commesso la legge stabilisce l'ergastolo, ovvero di cinque se per il fatto commesso la legge stabilisce la pena della reclusione per un tempo non inferiore nel minimo a dieci anni”.

⁴⁵⁸ La prova scientifica va intesa come “quel tipo di conoscenza che ha per oggetto i fatti della natura, è ordinata secondo delle regole generali denominate leggi scientifiche collegate fra loro in modo sistematico”. Tale prova accoglie un metodo controllabile dagli studiosi nella formazione delle regole, nella verifica e nella falsificabilità delle stesse. v. O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Milano, 2005, p. 137.

⁴⁵⁹ G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-giuridiche. Il diritto e il processo penale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, p. 1, www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2005_n5/mono.

scientifica”, nonché il rapporto tra quest’ultima e il libero convincimento del giudice. Per quanto concerne il termine “prova scientifica”, generalmente si fa riferimento alla cosiddetta prova dell’esperto (la perizia) e al “metodo scientifico”, inteso come un *modus procedendi* sulla cui base è possibile pervenire ad un giudizio non solo giuridicamente plausibile ma anche fattualmente accettabile⁴⁶⁰.

Al riguardo, non può non rammentarsi l’importante riferimento giurisprudenziale a livello internazionale in termini di definizione del rapporto tra “*junk science*”, ovvero la cosiddetta “scienza spazzatura”, e il diritto in senso lato, al fine di individuare teorie scientifiche plausibili escludendo quelle non consone. In tale direzione va citata la nota sentenza *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579. Questo precedente, a cui si sono uniformate anche altre pronunce della Corte Suprema statunitense, definisce con chiarezza gli elementi considerati indispensabili per la “configurazione” della prova scientifica nel rapporto con i rispettivi profili giuridici presi in considerazione. I punti cardine di questa sentenza riguardano: la verificabilità del metodo adottato poiché una teoria può dirsi scientifica solo se controllabile mediante esperimenti; la falsificabilità del metodo ovvero la sottoposizione a tentativi di smentita ed individuazione con certezza dei limiti della stessa teoria; l’aumento della percentuale di successo nel risultato ottenuto in modalità rilevante; la conoscenza dei tassi di errore da comunicare necessariamente al giudice per consentirgli di assumere il ruolo di “*gatekeeper*”, ossia di custode della prova scientifica; la sottoposizione del metodo al controllo da parte della comunità scientifica e la pubblicazione dei lavori nelle riviste specializzate⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ L. SIMONETTI, M. MENDOLA, F. SALAMONE, *Prova scientifica, vulnerabilità genetica e processo penale. La prospettiva offerta dalle Neuroscienze forensi*, in *Psicologia e Giustizia*, Anno 14, n. 2, Luglio-Dicembre 2013, p. 1.

⁴⁶¹ In tale sentenza vengono dettati i parametri necessari affinché una prova possa veramente ritenersi scientifica. Detti canoni fanno riferimento ai requisiti di verificabilità empirica, ai controlli della comunità scientifica, all’indicazione dei tassi di errore e, in via sussidiaria, alla generale accettazione della comunità, in relazione a ogni contributo degli esperti, quindi anche degli psichiatri forensi, di modo che possa essere formulato un giudizio capace di godere veramente del requisito dell’affidabilità scientifica. In tal senso v. O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 137; cfr. *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals*, 509, U.S. 579.

Gli esiti di tale pronuncia sono stati recepiti anche dalla Corte di Cassazione italiana⁴⁶², la quale nell'accogliere i tradizionali criteri enunciati dalla Corte Suprema statunitense nel caso Daubert, ha teso, in più aspetti, addirittura ad amplificarli. Infatti, agli ormai consueti requisiti della verificabilità, della falsificabilità, della sottoposizione al controllo della comunità scientifica, della conoscenza del tasso di errore, della generale accettazione nella comunità degli esperti, la S. C. aggiunge i nuovi requisiti dell'affidabilità e dell'indipendenza dell'esperto, della considerazione delle finalità per le quali si muove, della possibilità di formulare criteri di scelta tra le contrapposte tesi scientifiche.

Se è assodato che, in materia di prova scientifica, occorre che vi sia una possibilità di smentita della legge applicata nel caso concreto (cosiddetto tentativo di falsificazione), non è accettabile che ciò non debba avvenire quando nel processo penale sono utilizzate le massime di esperienza. Anzi, il tentativo di smentita è reso ancora più impellente dalle caratteristiche di queste ultime, che non sono "sperimentabili" e non sono "generalì", perché le regole del comportamento umano devono ammettere delle eccezioni⁴⁶³.

Relativamente ai profili del giudizio di imputabilità, negli ultimi tempi si è assistito allo sforzo di dettare canoni di accertamento più rigorosi.

In tema di prova penale scientifica bisogna anche tenere in considerazione le peculiarità derivanti dall'impiego del metodo scientifico nella ricostruzione del fatto criminoso, le quali devono necessariamente confrontarsi con l'impianto processuale delineato dal legislatore nel codice di procedura penale, come sappiamo informato al metodo dialogico nella formazione della prova, e caratterizzato da un atteggiamento

⁴⁶² Al riguardo v. Cass., sez. IV, 13.10.2010-17.09.2010, n. 43786, "Cozzini", inerente un caso di esposizione all'amianto. Sentenza citata e commentata in S. ZIRULIA, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle "morti da amianto"*, in www.penalecontemporaneo.it

⁴⁶³ v. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, p. 56, www.utilla.it/.../La_Cassazione_accoglie_i_criteri_Daubert_sulla_prova.

di favore sia per l'ingresso della prova contraria sia per l'esaltazione del contraddittorio attraverso il metodo della *cross-examination*⁴⁶⁴.

Al riguardo, la Corte di Strasburgo, nell'affidare ai giudici nazionali il compito di interpretare la legislazione esistente, alla luce del processo scientifico e delle conseguenti ripercussioni sociali, ha messo in evidenza l'esigenza di conformare la regolamentazione della dinamica processuale all'evoluzione dei saperi extra giuridici incidenti sul fenomeno probatorio, facendone scaturire precise indicazioni ermeneutiche destinate a consolidare il processo di graduale estensione dell'area di operatività del rinnovamento in questione.⁴⁶⁵

Inoltre, l'introduzione ad opera della legge 20.2.2006 n. 46 della clausola "dell'oltre ogni ragionevole dubbio" nell'art. 533, comma 1, c.p.p., ha arricchito il tema della prova scientifica, sotto varie angolazioni⁴⁶⁶.

Mentre il pubblico ministero dovrà provare i fatti costitutivi del reato oltre il ragionevole dubbio, all'imputato basterà insinuare il dubbio circa l'esistenza di elementi impeditivi anche solo creando la situazione d'incertezza necessaria a sostanziare il ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ Partendo da un fatto dimostrato si tratta di pervenire, attraverso l'applicazione di una legge scientifica, all'accertamento di un fatto ignoto al giudice. Sul punto, si tratta di verificare se la possibilità di contraddire offerta dal diritto alla prova *ex adverso* sull'*idem punctum* nonché l'antagonismo insito nel metodo dialettico di formazione della stessa siano in grado di reggere allo scontro dei metodi scientifici di nuova generazione, nella prospettiva di garantire al giudice una piattaforma di strumenti valutativi che non lo lascino da solo di fronte al vaglio sull'attendibilità epistemologica e sul grado di efficacia probatoria degli strumenti di conoscenza offerti dalle nuove tecniche.

⁴⁶⁵ Cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo, 9.11.2006, T. c. Turchia; ID., 12.1.2006, M. c. Malta. V. sul punto M. CUCCI, G. GENNARI, A. GENTILOMO, *L'uso della prova scientifica nel processo penale*, Sant'Arcangelo di Romagna (Forlì-Cesena), 2012, p. 70.

⁴⁶⁶ In particolare, l'art. 533 c.p.p., al comma 1, prevede che "il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli, al di là di ogni ragionevole dubbio". A tal riguardo v. Cass. sez. III, 22.1.2014, n. 13966 secondo la quale "ai sensi dell'art. 533, comma 1, del c.p.p., il giudice pronuncia sentenza di condanna al di là di ogni ragionevole dubbio quando il dato probatorio acquisito lascia fuori soltanto eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili in *rerum natura*, ma la cui effettiva realizzazione, nella fattispecie concreta, risulti priva del benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana."

⁴⁶⁷ V. V. GAROFOLI, *Dalla non considerazione di colpevolezza ex art. 27, comma 2, cost. alla regola dell'oltre il ragionevole dubbio*, in www.treccani.it, 2010, pp. 4 ss.; sul ruolo della "motivazione" v. F. D'ALESSANDRO, *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella prassi del processo: il ruolo decisivo del*

In sostanza, essendo necessario qualificare il dubbio relativo all'assoluzione come "ragionevole" si è introdotta una categoria alquanto vaga ma che si cala perfettamente nel settore induttivo, all'interno della quale è difficile definire il confine tra le inferenze fondate e quelle infondate⁴⁶⁸.

Ciò che appare indiscutibile è che non si raggiungerà mai il livello di certezza assoluta in ambito probatorio, potendosi sempre dubitare dei vari passaggi induttivi che hanno condotto alla pronuncia della condanna e ponendo mente al rischio dell'errore. La regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio finisce per rivestire una valenza puramente deontica, obbligatoria, risultando assai difficile verificare a posteriori, nell'ordito della motivazione, se la stessa sia stata effettivamente e correttamente applicata⁴⁶⁹.

La probabilità statistica richiede solo una prova "univocamente altamente probabile" e quindi dotata del più ampio grado di probabilità⁴⁷⁰.

Rispetto alla prima fase del giudizio di imputabilità, concernente la diagnosi del disturbo mentale, attualmente prevale un modello plurifattoriale di tipo bio-psico-sociale definito anche "paradigma integrato". Il moderno sapere scientifico riconosce alla base dei disturbi psichici una multiformità di fattori non solo di tipo biologico, ma anche di tipo psicologico, socio-culturale e soprattutto situazionale⁴⁷¹. Tenendo conto delle moderne acquisizioni della scienza psichiatrica, attualmente gli esperti

controesame e della motivazione scritta, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, pp. 699 ss.

⁴⁶⁸ Cfr. Cass., sez. I, 3.3.2010, n. 17921. La S.C. ha chiesto che il procedimento logico adottato dal giudice debba condurre alla conclusione caratterizzata da un alto grado di credibilità razionale, quindi alla "certezza processuale" che, esclusa l'interferenza di decorsi alternativi, la condotta risulti attribuibile all'agente come fatto proprio.

⁴⁶⁹ La peculiarità del dubbio processuale nasce dal fatto che il ragionamento del giudice, e quindi il giudizio inteso come attività, è sempre frutto di inferenze più o meno probabili. Di qui l'impossibilità di definire quantitativamente lo standard probatorio necessario per giungere alla condanna: una prospettiva che dovrebbe portare coerentemente al rifiuto di qualsiasi illusione pan-cognitiva volta a predicare la certezza assoluta della colpevolezza. La predetta tesi è sostenuta in P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2008, p. 220.

⁴⁷⁰ V. ad esempio Cass., sez. I, 29 luglio 2008, n. 31456, Franzoni, in *Guida al dir.*, 2008, fasc. 33, pp. 77 ss.

⁴⁷¹ U. FORNARI, *Temperamento, delitto e follia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 521 ss.

sarebbero in grado di garantire ai giudici, almeno nella prima fase del giudizio di imputabilità, un contributo dotato di validità scientifica⁴⁷².

Più problematica si rivela, invece, la seconda fase relativa alla valutazione dell'incidenza del disturbo sulla capacità di intendere e di volere del soggetto agente. Secondo parte della dottrina, tale accertamento deve essere considerato di esclusiva pertinenza del giudice. Vi sono molte resistenze manifestate dagli esperti circa un coinvolgimento in quest'ambito, probabilmente dovute alla particolare formulazione delle domande a loro rivolte⁴⁷³.

Il concetto di imputabilità e quindi di responsabilità dell'autore di reato è emblematico perché trascina con sé una confusione epistemologica. Infatti, se affidato alle scienze cliniche della psiche che abbiano come riferimento un paradigma positivista, ci si trova di fronte ad un'aporia. Da un lato, viene postulata la responsabilità personale del soggetto che commette un reato, dall'altro sul versante scientifico-positivistico delle scienze psicologiche e psichiatriche, qualsiasi azione umana è la conseguenza di una serie di relazioni causali e quindi ogni reato implica una catena di nessi di causa-effetto che, in qualche misura, o totalmente, dovrebbero in linea di principio escludere il libero arbitrio⁴⁷⁴.

Il progetto "Grosso"⁴⁷⁵, al riguardo, propone la rinuncia ad una definizione positiva dell'imputabilità, limitandosi a dettare le cause che la escludono o la scemano.

⁴⁷² Tale ampia impostazione appare confermata anche dalla giurisprudenza che ha inglobato nell'alveo della limitazione o esclusione dell'imputabilità anche la rilevanza dei disturbi atipici. v. Cass., sez. un., 8.3.2005, n. 9163, cosiddetta sentenza "Raso".

⁴⁷³ L'esperto si trova spesso nell'incomoda posizione di dover risolvere quesiti che attengono al grado di responsabilità dell'autore di reato. Si tratta di giudizi che sono affidati più all'interpretazione dell'esperto che alla dimostrabilità empirica della loro esistenza. Tali quesiti sono riconducibili a entità giuridiche la cui "realtà" è prodotta dal solo dato normativo piuttosto che dal fatto che i comportamenti da dimostrare esistano come dati ontologici a priori. Trattati come tali, tuttavia, questi concetti consentono di dare alle categorie giuridiche un fondamento e una giustificazione capaci di trovare un ancoraggio oggettivo nel sapere scientifico. Al riguardo v. A. SALVINI, A. RAVASIO, T. DA ROS, *Psicologia clinica giuridica*, cit., pp. 44 ss.

⁴⁷⁴ L'ottica positivista da Lombroso in poi, insieme a psichiatria e psicoanalisi, e attualmente a neuroscienze e genetica del comportamento, tende notevolmente a restringere il campo della responsabilità personale e giuridica che è invece il fondamento del diritto. Al riguardo v. A. SALVINI, A. RAVASIO, T. DA ROS, *Psicologia clinica giuridica*, cit., p. 45.

⁴⁷⁵ Progetto preliminare di riforma del codice penale – Parte generale.

Tutti gli altri progetti di riforma del codice penale continuano, invece, a fare riferimento alla capacità di intendere e di volere in termini positivi⁴⁷⁶.

⁴⁷⁶ M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore imputabile "pericoloso"*, cit., p. 8. L'A., al riguardo, condivide i consigli di quegli specialisti che propongono di abbandonare il riferimento alla capacità di intendere e di volere, al fine di evitare fuorvianti sconfinamenti nella metafisica, rinunciando a definire l'imputabilità in positivo, posto che tale requisito costituisce un complesso di funzioni mentali impossibile da inquadrare in un paradigma di riferimento concretamente utilizzabile. Non si può chiedere, insomma, ai periti, quali siano i processi volitivi e decisionali del soggetto infermo autore di reato, salvo a volersi accontentare di valutazioni indimostrabili e come tali ascientifiche. V. anche M.T. COLLICA, *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel "Progetto Grosso"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 879 ss.

Il concetto d'imputabilità rappresenta uno degli aspetti della materia entrati in crisi negli ultimi 30 anni. La crisi dell'imputabilità è stata il riflesso di un'altra crisi, quella delle certezze scientifiche, in particolare di quelle psichiatriche. Se nella prima metà del XX secolo permaneva la convinzione che la scienza potesse offrire risposte certe ai quesiti posti dal diritto, di talché il giudice si sarebbe limitato a confermare quanto gli esperti gli suggerivano, ad oggi la scienza appare un terreno instabile, non più in grado di offrire risposte che non possano essere messe in discussione. In materia di non imputabilità per vizio di mente occorre notare come non esista una definizione di malattia mentale genericamente valida. Di fronte alla crisi dell'imputabilità la scelta che il legislatore si trovava ad affrontare al momento della redazione dei progetti di codice penale era quella tra il riconoscimento della responsabilità penale anche in capo ai malati di mente o il mantenimento della distinzione tra imputabili e non, eventualmente rivedendone la definizione e le tipologie di cause escludenti. Tra gli aspetti problematici in materia, vi è proprio quello della genericità e aleatorietà della definizione di imputabilità come capacità di intendere e di volere, nonché dell'inquadramento sistematico della stessa e dei rapporti con la capacità penale e la colpevolezza. Non solo, per quanto riguarda la causa di esclusione dell'imputabilità rappresentata dal vizio di mente, non pochi dubbi ha posto il riferimento all'infermità. Infatti, com'è noto, nell'ideologia del legislatore del '30 questo serviva a circoscrivere l'inimputabilità a quelle ipotesi in cui il vizio di mente fosse stato riconducibile a precisi riferimenti nosografici. Ma il concetto di malattia mentale è stato ampiamente modificato dagli indirizzi successivi della scienza psichiatrica, prima, sotto l'influsso della psicanalisi freudiana, che ha esteso la valutazione non più ai soli elementi fisici, bensì a quelli della psiche e successivamente negli anni '60-'70, quando gli psichiatri hanno iniziato a prendere in considerazione tutti gli elementi relativi alle relazioni dei soggetti con il mondo esterno, con un approccio sociologico. Queste novità scientifiche sono state accolte dal mondo del diritto, dalla giurisprudenza, gradualmente e in modo altalenante, posto che parte della giurisprudenza è rimasta ancorata al modello organico d'infermità, mentre un'altra parte si è mostrata aperta a considerare quei disturbi che riguardano la psiche e nessuno si è spinto ad adottare il modello sociologico di malattia mentale, che rischia di ampliare a dismisura le ipotesi di patologia. Se il vizio totale di mente è stato ed è una categoria problematica che pone una certa quantità d'incertezze, nondimeno il vizio parziale, del quale si è persino chiesto il superamento, non si ritiene una categoria scientificamente valida. Per quanto riguarda la definizione di imputabilità come capacità di intendere e di volere, occorre notare che alcuni progetti hanno scelto di mantenere questa definizione e di ricorrere ad un modello, quale quello del codice vigente scientifico-normativo, altri hanno pensato di ridefinire a sua volta la capacità di intendere e volere, spesso limitandosi ad introdurre nell'impianto normativo le acquisizioni più condivise altri ancora hanno optato per un abbandono di una definizione positiva, consci della superfluità del ricorso a tali definizioni generiche, nonché dei dubbi sulla possibilità di separare le due sfere dell'intelletto e della volontà. Per quanto riguarda il vizio di mente, alcuni dei progetti di riforma del Codice Penale e delle bozze delle commissioni, investite dell'incarico, hanno ridefinito le cause di esclusione dell'imputabilità, affiancando al concetto di infermità quello, proveniente dalla tradizione tedesca di anomalia psichica. In questo senso lo schema di legge delega per l'emanazione del nuovo codice penale del 1991 "Bozza Pagliaro",

Non appare certo semplice, e neppure esaustivo, distinguere gli aspetti della “capacità di intendere” e quelli legati alla “capacità di volere” essendo entrambi aspetti di un medesimo sistema complesso. Si dovrebbe piuttosto fare riferimento alla complessiva “organizzazione strutturale” psichica del soggetto, per comprendere meglio i processi posti a base del funzionamento della capacità di intendere e di volere⁴⁷⁷.

Gran parte della dottrina ritiene utile, inoltre, domandare ai periti la delineazione di un profilo personologico sul soggetto reo, comprendente le componenti socio-familiari e l’aspetto psicologico anche retrospettivo. Ciò parrebbe, da un lato, porsi in contrasto con il divieto di perizia psicologica stabilito *ex art.* 220 c.p.p., dall’altro, evidenziare l’importanza di acquisire dati anche di natura socio-psicologica.

all’art.32 elenca le cause di esclusione e di diminuzione dell’imputabilità, aggiungendo al concetto di infermità, la grave anomalia psichica, nonché la clausola aperta “ogni altra causa”. Analogamente anche il DDL “Riz,” S.2038 del 2 Agosto 1995, estende la non imputabilità alle ipotesi dell’anomalia. Sempre nella direzione di un’espansione del vizio di mente, si pone, come vedremo, anche il Progetto della Fondazione Michelucci con le Regioni Toscana ed Emilia Romagna. Quest’ultimo aggiunge non solo la grave anomalia, alle cause escludenti, ma anche la grave menomazione sensoriale. Il primo progetto della Commissione Grosso comprende anch’esso l’anomalia tra le cause di esclusione dell’imputabilità. Quest’ultimo, infatti, evita, rispetto alla bozza Pagliaro di aggiungere la clausola aperta. Sul concetto di “anomalia”, non vi è particolare concordanza tra i medici legali: alcuni sono molto critici verso il ricorso a questo. Infatti si ritiene che, rispetto al modello tedesco, che prevede il concetto di anomalia come clausola di chiusura che segue ad un’elencazione dettagliata delle altre cause di esclusione, nel progetto italiano questa si affianca ad un’altra clausola generica, quale l’infermità di mente. Il secondo progetto della Commissione Grosso sostituisce la grave anomalia con il grave disturbo psichico, anche questo criticato per la sua portata da un lato espansiva, in quanto consentirebbe di ricomprendere una serie di disturbi non classificati, dall’altro riduttiva, in quanto lascerebbe fuori le nevrosi. Alcuni di questi progetti che vanno ad ampliare il vizio di mente al contempo provvedono a cancellare la categoria intermedia del vizio parziale. In quest’ultimo senso si muove sia il progetto della Fondazione Michelucci, che il DDL n. 3668 del 1998 presentato dal senatore Milio. Del resto il disegno Riz, benché non rimuova la semi-imputabilità per vizio parziale incide sulle conseguenze della stessa, eliminando per i semi-infermi la misura di sicurezza. Alcuni dei progetti optano per il mantenimento del concetto di infermità come dirimente tra imputabili e non, al fine di evitare un ampliamento eccessivo della causa di esclusione. In questo senso, ad esempio, il progetto di riforma del Codice penale “Nordio” del 2005, mantiene l’infermità psichica, aggiungendo al vizio totale di mente, però, una nuova categoria, il “vizio quasi totale”, equiparando le conseguenze delle due situazioni. Nella medesima ottica, anche il progetto “Pisapia” del 2006 mantiene il riferimento alla capacità di intendere e di volere e all’infermità, però ottenendo un’estensione delle cause attraverso la richiesta esplicita che la perizia medica prenda in considerazione, debitamente anche i disturbi della personalità. v. www.altrodiritto.unifi.it/.../Sanità e carcere/La funzione dell’OPG) V. anche www.psicologiaforense.it/studio/NordioVittoria.pdf; www.trani-ius.it/riforme/Grosso-9.htm.

⁴⁷⁷ V. ANDREOLI, *La perizia psichiatrica*, in *Quaderni italiani di psichiatria*, XIX, 1, 2000 .

In definitiva, se sui primi due piani del giudizio di imputabilità le moderne acquisizioni psichiatriche sembrano poter assicurare un valido supporto scientifico per il giudice, lo stesso non può sostenersi circa l'indagine della pericolosità sociale dell'autore del reato, cui è collegato il terzo piano del giudizio, relativo al trattamento sanzionatorio⁴⁷⁸.

Problematica è già la stessa nozione di pericolosità sociale la quale, sul piano scientifico, risente di definizioni poco univoche e alquanto oscillanti. Nella nostra legislazione per pericolosità s'intende, come osservato, "la probabilità" di commettere nuovi reati⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore imputabile "pericoloso"*, cit., p. 10.

⁴⁷⁹ Si può affermare che il concetto di pericolosità sia costituito da almeno tre fattori: il primo è dato dalla probabilità che un determinato evento si verifichi, il secondo riguarda la gradazione di tale probabilità che deve essere elevata, il terzo infine è dato dalla dannosità dell'evento, che pertanto sarà temuto, e che consiste nella realizzazione di un comportamento violento. "La probabilità" in senso filosofico è la misura delle possibilità di occorrenza di un evento relativamente ad una classe data di alternative. "La possibilità", dal canto suo, può esprimersi solo in termini di esistenza o inesistenza. La probabilità può esistere in infinite gradazioni, e la misura o gradazione della probabilità che un evento si verifichi o meno è possibile attraverso l'utilizzazione di metodi matematici e scientifici solo con un certo grado di approssimazione, che dipende dalla numerosità e quindi dalla controllabilità delle variabili in gioco e dalla numerosità e complessità delle alternative esistenti. v. F. BRUNO, *La pericolosità sociale psichiatrica*, in F. FERRACUTI (a cura di), *Trattato di Criminologia, Medicina Criminologica e Psichiatria Forense*, vol. XIII, Milano 1990, p. 349.

In crisi è entrato da tempo anche il concetto di pericolosità sociale, da molti considerato strettamente connesso alla stessa esistenza delle misure di sicurezza. Soprattutto, la normativa in materia di assistenza psichiatrica ha eliminato il nesso di matrice positivista tra malattia mentale e pericolosità sociale. A livello di dibattito tra medici legali si osserva come alla scuola positiva che riconosce una maggiore pericolosità dei soggetti affetti da disturbo psichiatrico, se ne sia aggiunta un'altra, che sulla base del medesimo pregiudizio, giunge all'opposto risultato, ovvero quello della minore pericolosità degli infermi di mente. La teoria prevalente, ad oggi, vuole che non esista un nesso eziologico diretto tra la commissione di reati e la patologia mentale. Si sostiene la necessità di prendere in considerazione una molteplicità di fattori: sociali, economici, familiari. La malattia in sé e per sé non sarebbe indice né di una maggiore, né di una minore pericolosità sociale, dovendosi piuttosto guardare alle condizioni di vita complessive del soggetto. Da un lato dunque è entrato in crisi il fondamento teorico-filosofico della pericolosità sociale del malato di mente, dall'altro ci sono altri aspetti che sono sembrati necessitare di una riforma. (per le misure di sicurezza v. *infra*) Dalla crisi della pericolosità è derivata la richiesta di una sostituzione del concetto, con altri che, pur rispondendo alla funzionalità di garantire la difesa sociale, risultino più compatibili con le recenti istanze di superamento del nesso tra malattia mentale e pericolo sociale. Del resto anche la pericolosità ha subito sorte analoghe a quella dell'imputabilità per quanto concerne la certezza scientifica. Dunque, anche coloro che optano per una posizione di conservazione della categoria ne richiedono, comunque, una ridefinizione. Anche la pericolosità sociale è stata revisionata in molti dei progetti di riforma del Codice penale presentati a partire dal II Dopoguerra. Alcuni provvengono ad un'ablazione del concetto, sostituito da altri che sembrano dotati di maggior scientificità. In questo senso, la "bozza Pagliaro" richiede solamente la valutazione del nesso eziologico tra il fatto commesso ed il disturbo psichico. Analogamente, ma in

Sul piano strettamente psichiatrico, in riferimento alla pericolosità sociale, può ben affermarsi come le variabili del comportamento umano siano numerosissime e non siano, soprattutto, tutte controllabili. Ciò riduce in modo netto la possibilità di valutarne la predizione anche applicando gli strumenti scientifici a disposizione.

In sostanza, i metodi di prognosi criminale si riducono fondamentalmente a quattro: il metodo intuitivo, il metodo clinico, il metodo statistico, il metodo integrato. Il metodo intuitivo non costituisce un metodo scientifico, essendo basato sul comune modo di pensare e sull'esperienza professionale e di vita maturata dal giudice, e quindi su atteggiamenti personali largamente variabili, suscettibili di influenze emotive e pertanto sottratti ad un procedimento di verificabilità. Il metodo clinico fonda la decisione prognostica su basi empiriche, attraverso l'esame della vita anteatta del soggetto, delle sue relazioni familiari, di lavoro e di tempo libero e, inoltre, mediante la metodica esplorazione e l'uso di test psico-diagnostici.

Il metodo statistico consiste nel determinare la prognosi ricorrendo a "tavole predittive", composte di punti sintomatici desunti dalla generalizzazione delle caratteristiche di singoli gruppi delinquenziali. Valutando il soggetto da esaminare sulla scorta di tali tavole si perviene ad un punteggio complessivo che indica il livello di possibilità della recidiva. Il metodo integrato analizza unitamente i dati del modello clinico e di quello statistico⁴⁸⁰.

una chiave meno deterministica e nell'ambito di una complessiva volontà di attribuire alla misura un diverso significato, alcuni progetti – il Progetto "Pisapia" in particolare – sostituisce la pericolosità sociale con la "necessità di terapie". Altri progetti, pur lasciando integra la pericolosità sociale e attribuendo comunque ad essa il valore di cardine del sistema delle misure di sicurezza, intervengono a limitare il ricorso a queste ultime. Ad esempio il DDL "Nordio", prevede che scatti una presunzione di pericolosità relativa soltanto nelle ipotesi di commissione di fatti contro la vita o l'incolumità – sia individuale che pubblica – oppure caratterizzati dalla violenza contro le persone. Analogamente nei Progetti "Pagliaro" e "Riz", soltanto la commissione di fatti per i quali il massimo edittale sia superiore a dieci anni consentono di ricorrere alla misura di sicurezza. Alcuni progetti formulano proposte sulla durata della misura di sicurezza: il DDL "Milio", cancella il termine minimo, mentre il Progetto "Pisapia" stabilisce un tetto massimo di durata, così da evitare le situazioni di cosiddetto "ergastolo bianco", che va a coincidere con il massimo di pena edittale previsto per quello specifico fatto. Particolarmente interessante risulta il disegno "Riz" che dispone una graduazione della pericolosità sociale, con misure di sicurezza diverse a seconda del grado. V. www.altrodiritto.unifi.it > ... > Sanità e carcere > La funzione dell'OPG.

⁴⁸⁰ M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore imputabile "pericoloso"*, cit., p. 13.

I termini della questione, peraltro, non migliorano sul piano strettamente normativo, data l'estrema genericità della definizione di pericolosità accolta nel nostro codice all'art. 203 c.p. La base di questo tipo di accertamento è, infatti, costituita da valutazioni difficilmente predeterminabili e falsificabili nella loro funzione predittiva, per l'indeterminatezza dei criteri di cui all'art. 133 c.p. e all'art. 236 c.p.p., per quanto riguarda i documenti relativi al giudizio sulla personalità⁴⁸¹.

Nel nostro ordinamento lo spazio della discrezionalità giudiziale in tema di giudizio di pericolosità resta per ora interamente coperto dal metodo intuitivo. Infatti, se alle difficoltà dei giudizi diagnostici è in parte possibile porre rimedio con una corretta procedura, a quelle dei giudizi prognostici del tipo della pericolosità sociale non può farsi fronte in alcun modo, né bastano a giustificarli i soli bisogni emotivi di pena in nome della sicurezza collettiva.

Inoltre, l'art. 220, comma 2 c.p.p., in merito all'oggetto della perizia, vieta espressamente “le perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato ed in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche”. Soltanto in caso di perizia psichiatrica “il giudice chiede al perito se l'imputato è persona socialmente pericolosa”, tutte le volte che tale accertamento è prescritto dalla legge per l'applicazione di una misura di sicurezza. In pratica dunque il ricorso al metodo clinico o al metodo statistico può aver luogo soltanto nei ristrettissimi limiti in cui la legge autorizza un'indagine peritale sulla personalità del soggetto.

Attualmente è operante il principio per cui la decisione sullo svolgimento di una indagine peritale, d'ufficio o su richiesta delle parti processuali, è affidata al potere discrezionale del giudice di merito⁴⁸².

⁴⁸¹ *Ivi*, p. 10.

⁴⁸² “L'accertamento peritale non può ricondursi al concetto di “prova decisiva”, la cui mancata assunzione possa costituire motivo di ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 606, comma 1, *lett. d*), c.p.p., in quanto il ricorso o meno ad una perizia è attività sottratta al potere dispositivo delle parti e rimessa essenzialmente al potere discrezionale del giudice, la cui valutazione, se assistita da adeguata motivazione, è insindacabile in sede di legittimità”. Così Cass., sez. IV, 9.3.2009, n. 15026, in www.cortedicassazione.it.

La Corte di Cassazione ha infatti affermato che rientra pur sempre nel potere discrezionale del giudice di merito stabilire se ricorra o meno la necessità di disporre perizia in presenza di una indagine che richieda cognizioni specifiche⁴⁸³.

Persiste dunque, in molti psichiatri forensi, la difficoltà di conciliare l'aleatorietà, lo scetticismo sulle capacità predittive della psichiatria con la necessità, che è propria del diritto, di risposte "certe". Gli stessi psichiatri, infatti, ritengono del tutto ascientifico il giudizio sulla pericolosità sociale e nel tempo hanno sempre manifestato difficoltà rispetto alla richiesta di formulazione di una valutazione in tal senso. La recente normativa ha fatto propri gli orientamenti di detti psichiatri. Infatti, una parte della psichiatria forense ha, da tempo, assunto un atteggiamento critico rispetto alla possibilità di fornire al giudice tali pareri tecnici ritenendosi non legittimata ad assumere un ruolo legato al soddisfacimento delle esigenze di controllo e di difesa sociale espresse dal sistema penale⁴⁸⁴.

In definitiva, poiché la pericolosità sociale e la violenza non sono più ritenute dagli psichiatri caratteristiche peculiari dei malati di mente, ma della popolazione in genere, delle due l'una: o l'accertamento peritale della pericolosità sociale viene richiesto anche per la persona normale o non deve essere ritenuto mai necessario⁴⁸⁵.

⁴⁸³ "L'accertamento della capacità di intendere e di volere dell'imputato non necessita della richiesta di parte, ma può essere compiuto anche d'ufficio dal giudice del merito allorché vi siano elementi per dubitare dell'imputabilità". Così Cass., sez. III, 8.4.2010, n. 19733, in www.cortedicassazione.it.

⁴⁸⁴ G. PONTI, I. MERZAGORA BETZOS, *Psichiatria e giustizia*, Milano, 1993, *passim*. In questo modo gli psichiatri forensi continuerebbero a fornire un supporto tecnico nella individuazione della malattia, della sua evoluzione, delle indicazioni terapeutiche da seguire, ma non invece della pericolosità sociale, che non dovrebbe basarsi su parametri di tipo medico, bensì solo di carattere normativo, quali la gravità del reato, l'allarme sociale, i fattori situazionali, la situazione progressa. E ciò dovrebbe valere sia per gli imputabili che per i non imputabili.

⁴⁸⁵ In realtà, l'accertamento del pericoloso "imputabile" è sempre stato calibrato sul modello assunto per valutare il "non imputabile". Ciò che bisogna modificare non è l'estensione o meno del concetto di pericolosità quanto la tipologia di accertamento che deve essere valida per tutti, imputabili e non imputabili. È ovvio che il giudizio sarà differente a seconda che il soggetto sia ritenuto imputabile o meno. V. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., *passim*.

3.1. *Il campo delle neuroscienze nella valutazione della pericolosità sociale*

In perfetta antitesi all'atteggiamento "rinunciatorio" della psichiatria di stampo tradizionale, rispetto all'apporto valutativo scientifico circa la pericolosità sociale, si riscontra negli ultimi tempi, di contro, un forte interesse verso il campo delle cosiddette "neuroscienze cognitive"⁴⁸⁶.

Tale particolare disciplina, costituendo l'espressione di una visione complessa della natura umana, è destinata ad apportare mutamenti nell'architettura concettuale dell'intero sistema giuridico⁴⁸⁷.

Il termine neuroscienze indica un gruppo di discipline scientifiche tra loro assai eterogenee che condivide un aspetto comune, ovvero quello di comprendere come il cervello renda possibili i fenomeni mentali e i comportamenti umani, anche quelli più complessi e tradizionalmente considerati inaccessibili all'indagine scientifica. Non più, quindi, la comprensione dei rapporti tra cervello e mente, ma lo studio di come la mente emerga dal suo substrato biologico: il cervello⁴⁸⁸.

Una parte della dottrina auspica che le neuroscienze cognitive possano costituire un valido contributo, da integrare alle conoscenze psichiatriche classiche, per addivenire in modo più completo e compiuto, al giudizio di imputabilità sul soggetto, soprattutto a seguito della storica pronuncia della Corte di Cassazione⁴⁸⁹ nella quale si è statuito che la nozione di infermità penalmente rilevante comprende non solo le patologie mentali organiche di stampo classico ma anche i disturbi della personalità⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore imputabile "pericoloso"*, cit., p. 18.

⁴⁸⁷ Al riguardo v., in generale, V.L. CAPRARO, V. CUZZOCREA, E. PICOZZA, D. TERRACINA, *Neurodiritto*, Torino, 2011, *passim*.

⁴⁸⁸ In tal senso, A. BIANCHI, *Neuroscienze e diritto: spiegare di più per comprendere meglio*, in A. BIANCHI, G. GULOTTA, G. SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009, XIII.

⁴⁸⁹ V. Cass., sez. un., n. 9163, 8.3.2005, meglio conosciuta come sentenza "Raso".

⁴⁹⁰ Pertanto, possono costituire causa di esclusione o di limitazione dell'imputabilità, anche anomalie del carattere di tipo non patologico, a condizione "che il giudice ne accerti la gravità e l'intensità, tali da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere e di volere, e il nesso eziologico con la specifica azione criminosa. Sul punto v. M.T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze*

Il giudice di legittimità nella predetta sentenza, ha recepito la più recente concezione multifattoriale di tipo bio-psico-sociale del disturbo mentale e quindi il paradigma integrato che considera l'individuo nella sua interazione con l'ambiente, nonché l'influenza sull'individuo delle particolari circostanze del caso concreto considerato⁴⁹¹.

Nell'ambito delle neuroscienze giuridiche, la branca che a noi interessa particolarmente è rappresentata dalle neuroscienze forensi rivolte alla trattazione e alla regolamentazione della prova neuro-scientifica afferente al processo⁴⁹².

Volendo orientarsi in un'ottica di mantenimento della categoria della pericolosità, parte della dottrina ritiene possibile perseguire la strada delle neuroscienze, non solo rispetto all'individuazione del disturbo psichiatrico ma anche per calibrare, da un punto di vista qualitativo e quantitativo, la possibile incidenza dello stesso sulla concreta possibilità che il soggetto reo possa commettere in futuro altri reati. Viene ritenuto a tale scopo utile l'utilizzo di una diagnosi di sede e di una diagnosi funzionale. In questo ambito trovano collocazione le cosiddette tecniche di *neuroimaging* per spiegare il comportamento umano⁴⁹³.

In particolare, le nuove "tecniche di *imaging*" permettono di visualizzare l'attivazione di aree del cervello interessate da atti di valutazione, scelte, aspettative, decisioni di agire ed emozioni. Inoltre, gli studi effettuati sul gene cosiddetto

nel giudizio di imputabilità, in www.penalecontemporaneo.it, p. 4.

⁴⁹¹ Lo stesso orientamento, sulla scorta anche delle legislazioni straniere, è stato adottato negli ultimi progetti di riforma del codice penale italiano.

⁴⁹² Tra le neuroscienze giuridiche, la migliore dottrina individua tre categorie fondamentali: le neuroscienze forensi, ossia la prova neuro-scientifica nel processo; le neuroscienze criminali, per quel che concerne lo studio neuro-scientifico del soggetto criminale; le neuroscienze normative e della cognizione morale, in riferimento allo studio neuro-scientifico del cosiddetto "senso di giustizia" e del ragionamento morale. V. L. SIMONETTI, M. MENDOLA, F. SALAMONE, *Prova scientifica, vulnerabilità genetica e processo penale*, cit., p. 3.

⁴⁹³ M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore imputabile "pericoloso"*, cit., p. 18. Secondo l'A. negli ultimi anni è maturata la convinzione che sia ormai possibile, attraverso la neuroanatomia, misurare la struttura del cervello e la sua funzionalità, potendo notare le alterazioni cerebrali e i problemi strutturali nelle aree temporale e limbica, come l'ippocampo, l'amigdala e il lobo frontale. Attraverso lo studio diretto dell'attività cerebrale nel corso dell'esposizione ad una stimolazione emotiva o durante la risposta comportamentale in condizioni fisiologiche sembrerebbe possibile individuare le componenti neurobiologiche del comportamento decisionale e comportamentale di tipo automatico e involontario, nonché riscontrare una base neuronale persino nel giudizio morale.

“MAOA” hanno accertato come questo possa influire sui livelli dei neurotrasmettitori come la dopamina e la serotonina, che sono collegati al comportamento e all’umore. Nello specifico, è risultato che tale gene potrebbe influenzare un comportamento antisociale o un’attività criminale in soggetti provenienti da un contesto familiare e sociale degradato.

Alcuni esperti della disciplina sostengono che nel cervello del soggetto sano e in quello del soggetto disturbato le funzioni neuronali opererebbero in modo diverso, per cui il secondo non riuscirebbe a bloccare le risposte automatiche. Accade, pertanto, che soggetti con lobo frontale mal funzionante possano più facilmente commettere illeciti, anche se non esposti ad ambienti particolarmente sfavorevoli, ovvero che, in presenza di una certa componente genetica, eventi traumatici possano generare reazioni di tipo aggressivo.

Analoga attenzione suscitano gli studi di biologia molecolare e di genetica comportamentale, volti ad individuare rispettivamente il genoma umano e l’influenza del patrimonio genetico sul comportamento e sulla personalità dell’uomo⁴⁹⁴.

Al riguardo, si ritiene che potendo misurare la capacità di autocontrollo o gli istinti aggressivi, tali studi potrebbero essere utili anche in relazione alla valutazione della pericolosità sociale del soggetto⁴⁹⁵.

Non bisogna trascurare, però, la presenza di importanti voci minoritarie volte a ridimensionare la valenza scientifica delle neuroscienze⁴⁹⁶. Infatti, il modello offerto

⁴⁹⁴ Il giudice nell’esaminare la posizione del reo inizia ad affidarsi anche ad indagini neuroscientifiche e morfologiche sul cervello e sul patrimonio genetico del criminale: chiamate in aiuto sia per valutare l’imputabilità sia la responsabilità dell’imputato. Nella giurisprudenza di merito, si riscontra a partire dalla sentenza n. 5 del 2009, pronunciata dalla Corte di assise di appello di Trieste, l’apertura di un varco nell’uso delle neuroscienze, seguita poi dalla pronuncia emessa il 20.5.2011 dal giudice per le indagini preliminari di Como, cosiddetta sentenza “Albertani” e, da ultimo, la sentenza emessa il 23.2.2012 dal Tribunale di Cremona. Nei primi due casi, i giudici si sono appoggiati alla genetica per valutare l’effettiva capacità di intendere e di volere dell’imputato, misurando la pena comminata in base alla reale partecipazione psicologica del reo alla commissione del delitto. Nel caso esaminato dal Gip di Como viene in rilievo l’anomalia del DNA. Nel terzo caso, invece, le neuroscienze sono state utilizzate per confermare la tesi della colpevolezza dell’imputato, già emersa con altri mezzi di prova, oltre i test psichiatrici. V. anche S. PELLEGRINI, *Il ruolo dei fattori genetici nella modulazione del comportamento: le nuove acquisizioni della biologia molecolare genetica*, in BIANCHI, GULOTTA, SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, p. 74 ss.

⁴⁹⁵ M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore imputabile “pericoloso”*, cit., p. 18.

dalle neuroscienze ha natura “descrittiva” e non “esplicativa” e riscontrare un’anomalia del cervello di una persona non basta per spiegare la commissione del delitto⁴⁹⁷.

Infatti, la biologia e la neurologia possono spiegare i meccanismi che regolano il funzionamento del cervello rispetto agli stimoli ricevuti dai sensi, ma non si è ancora in grado di spiegare, dal punto di vista scientifico, la soggettività dell’esperienza sensoriale⁴⁹⁸.

In particolare, da più parti sono state manifestate perplessità in relazione all’utilizzo della risonanza magnetica funzionale, poiché non ritenuta corrispondente al parametro del “tasso di errore” indicato tra i criteri di “Daubert” per l’ammissibilità delle prove.

Parte della dottrina ritiene che l’utilizzo di questo metodo possa consentire al magistrato l’acquisizione di un’analisi del rischio di recidiva basato su strumenti specifici dotati di scientificità. In Italia, questo tipo di indagine non è molto utilizzato e poche volte i giudici vi sono ricorsi per attestare la condizione di imputabilità. Solo in questi ultimi anni, i giudici hanno emesso pronunce sull’imputabilità facendo riferimento alle acquisizioni delle neuroscienze⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ Di avviso contrario è appunto M. BERTOLINO, *Il “breve” cammino del vizio di mente. Un ritorno al modello organicistico?*, in *Criminalia*, 2008, p. 3245 ss. Il problema che si pone a livello giuridico attiene alla relazione esistente tra determinismo biologico e libero arbitrio. Al riguardo v. G. GULOTTA, *Compendio di psicologia giuridico-forense, criminale e investigativa*, Milano, 2011, *passim*. Alla base vi è l’idea di una responsabilità intesa come capacità di dare ragione delle proprie azioni e di attribuire ad esse un significato coerente. In linea di massima, ogni individuo viene ritenuto arbitro del proprio comportamento sino a quando non vengono riscontrate patologie indipendenti dalla sua volontà, che la inficiano, appunto, in tutto o in parte. Le determinanti sono molteplici e attengono all’interazione tra l’individuo e il sistema in cui questi risulta inserito. v. I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, cit., pp. 39 ss.

⁴⁹⁷ Al riguardo v. M. BERTOLINO, *Il breve cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in A. SANTUOSSO (a cura di), *Le neuroscienze e il diritto*, Pavia, 2009, pp. 121, 140. V. anche Cass., n. 9163, 2005.

⁴⁹⁸ Si tratta della “Teoria del biocentrismo” di Robert Lanza. La teoria del professor Lanza è spiegata nel suo libro R. LANZA, *Biocentrism: How Life and Consciousness are the Keys to Understanding the True Nature of the Universe*, University of California, Los Angeles, *passim*.

⁴⁹⁹ In passato, la Corte di Cassazione, nonostante facesse spesso riferimento alle decisioni “Daubert”, aveva manifestato un diverso orientamento: in particolare aveva sostenuto che i rigorosi criteri di validazione della prova scientifica, elaborati dalla giurisprudenza degli Stati Uniti, avevano per

I periti, nei casi in cui si rileva l'applicazione delle neuroscienze, hanno proceduto oltre che con i metodi classici di valutazione, anche attraverso l'analisi della struttura e della funzionalità cerebrale del soggetto interessato e del suo patrimonio genetico, avvalendosi in particolar modo delle tecniche di *neuroimaging*.

Nei predetti casi, i giudici hanno riconosciuto l'utilità della consulenza neuroscientifica come valido completamento dell'accertamento psichiatrico. In particolare, le anomalie riscontrate con tecnica "VBM" hanno evidenziato nell'imputata un aumento del rischio di sviluppare certi comportamenti, dato che è pure confermato dagli accertamenti genetici. Per tale motivo le conclusioni dei periti si sono orientate verso l'assenza di una piena capacità di controllo dei propri atti, o della capacità di indirizzarli, di percepirne il disvalore e di autodeterminarsi liberamente⁵⁰⁰.

Si tratta anche di accertare se le neuroscienze, attraverso le loro tecniche di *neuroimaging*, possano dire l'ultima parola in tema di libertà o di determinismo dell'uomo. Il riferimento alle tecniche di neuroimmagine è dovuto al fatto che, benché le ricerche sulle componenti biologiche del comportamento antisociale si avvalgano anche dei contributi della genetica, in questo specifico versante vengono in rilievo solo gli aspetti legati alla neurologia⁵⁰¹.

In certi casi si ha il sospetto che la prova neuroscientifica non tanto sia compresa quanto suggerzioni: non pochi studiosi hanno dimostrato sperimentalmente come la prova che si ammanta della pretesa superiore scientificità dello "*scanning cerebrale*" sia fin troppo persuasiva, autorevole e suscettibile di deferenza. Vi è poi un effet-

l'autorità giudiziaria italiana "natura meramente orientativa". Al riguardo cfr. Cass., sez. I, 29.7.2008, n. 31456, Franzoni, in *Cass. pen.*, 2009, p.1867. Per ciò che concerne le frontiere delle nuove prove scientifiche rappresentate dalle cosiddette "prove di verità", ossia da quei mezzi o strumenti tecnici potenzialmente idonei a verificare e/o promuovere la sincerità di chi rende dichiarazioni processualmente rilevanti v. S. MAFFEI, *Ipnosi, poligrafo, narcoanalisi, risonanza magnetica: sincerità e verità nel processo penale*, in *Ind. Pen.*, 2006, p. 717. V. altresì M. JELOVCICH, *Il facial action coding system: pseudoscienza o metodo affidabile per accertare l'attendibilità del contenuto dichiarativo?*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁰⁰ V. al riguardo M.T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, cit.

⁵⁰¹ Le neuroscienze non hanno ricadute solo in tema di responsabilità morale ma riguardano una serie di ambiti teorici e applicativi vasta quanto tutto ciò che riguarda la nostra mente. In ambito forense, ad esempio, vi sono interessanti applicazioni in tema di testimonianza. v. I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, cit., p. 79.

to seducente delle immagini variamente colorate con cui sono presentati i risultati della scansione cerebrale, ma esse sono modelli del reale, e in effetti queste immagini “persuasive ed attraenti” portate davanti ai tribunali comportano, fra gli altri, il rischio di essere frettolosamente intese come corrispondenze certe ed oggettive di stati mentali, quando invece sono dinamiche, manipolabili e difficili da decifrare persino per l’esperto⁵⁰².

Inoltre, alcuni neuroscienziati pretendono di trarre, dalle ricerche in questione, delle conseguenze di tipo filosofico, etico e giuridico, in particolare, relativamente alla struttura deterministica dell’individuo. Pertanto, la domanda che ci si pone è se la scoperta dei meccanismi cerebrali che si correlano alle nostre scelte e decisioni farà piazza pulita della nostra radicata convinzione di essere liberi, e la domanda è così importante che per risponderci è persino nata una disciplina: la neuroetica⁵⁰³.

Tra coloro che affermano che tali moderne scoperte mettono in discussione la libertà dell’individuo quando è in discussione un delitto, vi è anche chi afferma che “noi tutti siamo il nostro cervello”: pertanto saremmo tutti innocenti!⁵⁰⁴

Tale visione, di stampo prettamente positivista, reputa la mente “un fenomeno secondario del cervello”, secondo la tradizionale idea positivista secondo cui il pensiero non è altro che una “secrezione del cervello”⁵⁰⁵.

Questo nuovo approccio potrebbe cambiare in maniera determinante le categorie logico-scientifiche dei vari ordinamenti. A questo riguardo critiche e controindicazioni sono attualmente molto diffuse anche per quanto concerne le problematiche

⁵⁰² In tal senso v. *Ivi*, pp. 77 ss.

⁵⁰³ La neuroetica comprende essenzialmente due branche, l’etica delle neuroscienze che si occupa dei principi etici che devono governare la ricerca e la fruizione dei risultati ottenuti dalla ricerca neurologica da parte della società; e la neuroscienza dell’etica, vale a dire lo studio dei meccanismi cerebrali che stanno alla base delle scelte e dei comportamenti morali. v. I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, cit., p. 81.

⁵⁰⁴ *Ivi*, p. 82.

⁵⁰⁵ *Ivi*, p. 83.

relative al corretto e responsabile dialogo intercorrente tra la scienza e il diritto, per il timore che l'uno possa sovrastare l'altro⁵⁰⁶.

Taluni esperimenti di psicologia sociale avrebbero dimostrato che il credere o meno nel libero arbitrio produce atteggiamenti etici diversi, nel senso che una visione deterministica incoraggia comportamenti antisociali e riduce quelli altruistici⁵⁰⁷.

Va inoltre considerato che nella valutazione del possibile utilizzo delle neuroscienze nel campo giuridico, bisogna tenere sempre presente la trasformazione subita dalla nozione di scienza. Superata la concezione positivista circa le conoscenze certe e immutabili, la nuova frontiera è quella di una scienza fonte di verità valide nel momento in cui vengono formulate, ma fallibili, e dunque superabili, nel tempo futuro. Le scienze umane e sociali, tra le quali si annoverano la psicologia e la psichiatria, vengono vagliate per capire se le conoscenze a cui fanno riferimento poggiano su valide basi scientifiche e se vi è, nelle stesse, correttezza dell'uso delle conoscenze e dei metodi.

È bene comunque sottolineare che un'indagine neuroscientifica non può mai portare a risultati presuntivi. È constatato, infatti, che alcune tipologie di disturbi psichici potenzialmente in grado di produrre forme di violenza e aggressività se riportati all'interno di un contesto ideale, possono dirigere l'impulso distruttivo verso forme comportamentali ritenute accettabili socialmente. In realtà, la probabilità di commissione di futuri reati dipenderebbe non tanto dai requisiti organici dei soggetti bensì da inclinazioni che interagiscono in maniera diversa a seconda delle circostanze socio-ambientali. Al riguardo Ugo Fornari distingue tra pericolosità sociale di tipo "psichiatrico" riferita principalmente alle esigenze di cura del soggetto e pericolosità

⁵⁰⁶ Così L. SIMONETTI, M. MENDOLA, F. SALAMONE, *Prova scientifica, vulnerabilità genetica e processo penale*, cit., p. 11.

⁵⁰⁷ In tal senso v. D. RIGONI, M. BRASS, *La libertà: da illusione a necessità*, in M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI (a cura di), *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Torino, 2010, pp. 71 ss.

sociale di tipo “criminologico”, che dovrebbe rimanere di esclusiva pertinenza del giudice⁵⁰⁸.

4. La pericolosità situazionale

L’attenzione verso i fattori relazionali e “di contesto”, ha dato vita a quella che viene definita “pericolosità situazionale”. I predetti fattori avrebbero valenza “situazionale” sia per i soggetti imputabili che per quelli non imputabili anche se “agirebbero” in maniera differente sulla struttura di personalità del soggetto considerato a seconda che alla base vi sia un disturbo psichico o meno⁵⁰⁹.

Sicuramente, risulta discriminante nella valutazione della pericolosità dell’infermo di mente anche il fattore socio-ambientale. Non solo quindi, la cura farmacologica, ma anche il supporto esterno adeguato al tipo di soggetto. Pertanto, per un efficace percorso sanzionatorio terapeutico-riabilitativo dell’autore di reato non imputabile si dovrebbe prendere in considerazione l’adeguatezza del contesto socio-familiare, ossia la concreta possibilità di accoglienza del territorio di appartenenza, l’idoneità della eventuale presa in carico della famiglia rispettando la funzionalità delle relazioni e dinamiche interne, la presenza di risorse personali e materiali in grado di supportare il soggetto. In tal caso, i connotati di tipo medico sono destina-

⁵⁰⁸ U. FORNARI, *Attualità in presenza di pericolosità sociale psichiatrica*, Relazione tenuta al congresso su “Pericolosità sociale e società pericolosa”.

⁵⁰⁹ Ciò significa che la prognosi di ricaduta nel reato dovrebbe essere effettuata con parametri diversi. Per certi versi, la prognosi del soggetto affetto da disturbo dovrebbe risultare più semplice perché supportata da parametri più oggettivi di quanto non lo siano quelli presi a metro di valutazione per la pericolosità del sano di mente. Si tratta di due tipi di de-codificazione differenti. L’ambiente “ideale” sarà quindi diverso a seconda del tipo di disagio psichico perché un conto è avere a che fare con un soggetto de-strutturato, scisso, incapace di un esame di realtà, altra cosa è il soggetto lucido e integro personalmente che presenta solo alcuni aspetti “disturbati” sui quali soltanto bisogna intervenire per creare un ambiente ideale. E questo è possibile nell’attuale contesto di separazione tra esame con perizia ed esame intuitivo senza perizia.

ti a rimanere marginali avallandosi sempre di più la tesi che riconosce alla pericolosità esclusivamente natura normativa, come tale di sola pertinenza dei giudici⁵¹⁰.

Ci si domanda allora quale ruolo debba ricoprire l'esperto, il perito, nell'indagine della pericolosità sociale e, più in generale, quale modello sanzionatorio meriti maggiore condivisione. Una parte della dottrina, ritiene che il perito, psichiatra o psicologo, dovrebbe limitarsi ad accertare il disturbo mentale, astenendosi completamente dal valutare l'eventuale sussistenza dell'imputabilità. In questo modo al perito è richiesto solo un apprezzamento di elementi tecnici ed oggettivi, tenendosi separato l'aspetto meramente cognitivo, rimesso a costui, da quello valutativo, devoluto al giudice, cui solo spetterebbe l'indagine sulla capacità di autodeterminazione del soggetto e sulla pericolosità sociale, posta l'impossibilità al momento di fornire una prova empirica.

D'altro canto, l'apporto degli esperti è considerato ancora molto utile, soprattutto in relazione alla seconda fase del giudizio di imputabilità, sia pure nell'ottica di una revisione dei contenuti della perizia. Tale contributo è considerato utile in riferimento al trattamento sanzionatorio degli autori di reato non imputabili e per l'individuazione della pericolosità sociale, quale presupposto per l'applicazione delle misure di sicurezza.

Sulla base delle considerazioni svolte, l'individuazione della tipologia del disturbo psichico, ma soprattutto l'esame della sua gravità e intensità, può avere dei riflessi inevitabili anche sulla indicazione del grado di compromissione della capacità di intendere e di volere, come pure sulla pericolosità sociale dell'agente.

Considerato che il concetto di pericolosità sociale non può essere sinonimo di malattia mentale, per le ragioni che sono state ampiamente esposte, di conseguenza anche il senso e l'utilità delle misure di sicurezza dovrebbe essere ridimensionato. Semmai potrebbe parlarsi di metodi di cura, reclusivi e non reclusivi, dove i primi, come l'esperienza ha dimostrato, nell'applicazione generalizzata, si sono rivelati del

⁵¹⁰ M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso" del reato*, in A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO, (a cura di), *Libertà dal carcere libertà nel carcere*, cit., p. 289.

tutto fallimentari. La cura “reclusiva” andrebbe prevista solo in ipotesi di agiti molto aggressivi, auto ed eterodiretti, soprattutto per il bene del paziente. Pertanto anche il contenimento di un paziente psichiatrico difficile dovrebbe avvenire non all’interno di strutture carcerarie ma nell’ambito di comunità terapeutiche dove risulti esclusivo il fine di cura del soggetto. Il controllo sul paziente diventa così non uno strumento di repressione ma una componente della relazione d’aiuto, calibrata in funzione delle esigenze del soggetto, da disporre, pertanto, solo in casi particolari e non in maniera indiscriminata. Un conto è considerare il controllo come una forma di tutela del paziente, diverso è presumere che il controllo sia l’unico mezzo per contrastare la recidiva, come finora è avvenuto. La cura, se impostata in maniera efficace, conduce sicuramente al contrasto della recidiva⁵¹¹.

In questo scenario la pericolosità sociale non può più essere contemplata perché riguarda una componente evanescente, indimostrabile, non afferente l’individuo in sé ma relativa, piuttosto, ad un bisogno insito nella società.

Il progetto “Pisapia”⁵¹², di riforma del codice penale, non a caso, ha proposto l’abbandono del concetto di pericolosità sociale e la sua sostituzione con quello di “bisogno di controllo o di cura”⁵¹³.

⁵¹¹ Del resto, la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 253 del 2003, ha aperto un primo varco verso le alternative alla tradizionale forma di cura reclusiva degli OPG, dichiarando che le esigenze di difesa sociale e il trattamento del soggetto non imputabile vanno considerati cumulativamente, come finalità “collegate e non scindibili”. Al controllo freddo e artificioso va sostituito il controllo che cura e che nutre.

⁵¹² Il progetto “Pisapia” supera e abbandona il concetto di pericolosità sociale, sostituendolo con quello di “necessità di cura”, prevedendo all’art. 21, *lett. g*) che “le misure di cura e di controllo siano applicate tenendo conto della necessità di cura e che la loro durata non possa superare quella della pena che si applicherebbe all’agente imputabile”. Tale progetto asseconda il *cupio dissolvi* della pericolosità sociale coltivato dalla recente letteratura penalistica e registra una sorta di *abolitio sine glossa* della relativa nozione, non esplicitando interamente le ragioni giustificative delle previste misure di controllo e di cura. Al riguardo v. M. RONCO, B. ROMANO (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, 2012, pp. 1157-1158. Per le analogie rispetto alla riforma apportata dalla legge di chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari, v. *infra*, cap. secondo, par. 3.

⁵¹³ Favorevole all’adozione del “reale bisogno di trattamento”, in sostituzione della pericolosità sociale, M. BERTOLINO, *L’imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale italiano*, cit., p. 668 ss.

L'intervento penale, in questo modo, sarebbe chiamato a rispondere più che ad istanze di difesa sociale, davanti al pericolo di recidiva, ad esigenze terapeutico-riabilitative, *ex art. 32 Cost.*⁵¹⁴.

Volendo non rinunciare alla pericolosità sociale come presupposto delle misure di sicurezza, sarebbe, d'altro canto opportuno ridefinire il concetto con un aggancio fatto soprattutto in riferimento ai dati oggettivi, basati sulla tipologia dei reati commessi o sull'entità della pena per gli stessi prevista. Solo in aggiunta, quando ciò venga ritenuto necessario, si potrebbe fare anche riferimento ad elementi sintomatici che consentano di ulteriormente supportare la suddetta forma di pericolosità con una base empirica di riferimento.

I fattori "situazionali", piuttosto che essere presi in considerazione per formulare una prognosi circa la pericolosità sociale, dato che si tratta sempre di fattori incerti, dovrebbero piuttosto essere valutati agli esclusivi fini sanzionatori, nel rispetto del principio rieducativo della pena *ex art. 27, comma 3, Cost.* Tale modalità consentirebbe di stabilire la misura terapeutico-riabilitativa più adeguata in base ad un calcolo che tenga conto sia di dati oggettivi, anche se ipotetici, sia di indici di rischio di tipo "soggettivo" come la suscettibilità al trattamento del sofferente psichico, le conseguenze rispetto alla famiglia e al contesto ambientale.

La tipologia di reato e le modalità agite per consumarlo costituiscono il sintomo principale di pericolosità. Rispetto al non imputabile, la pericolosità dovrebbe essere valutata tenendo conto soprattutto di questo fattore oggettivo. La pericolosità o meno dei malati psichici potrà essere dedotta sulla base di "indici di rischio". Il malato psichico pericoloso dovrà essere assegnato ad una struttura terapeutico-riabilitativa "protetta" e contenitiva. Quanto meglio funziona il sistema assistenziale e sanitario, tanto più è destinato a ridimensionarsi l'ambito della giustizia penale.

La predetta soluzione appare la più congeniale considerato che, attualmente, nel processo di cognizione si dà poco spazio a valutazioni "reali" sulla personalità

⁵¹⁴ Contro questa soluzione, Pelissero lamenta il pericolo di uno snaturamento dei compiti del diritto penale che rischia, così, di medicalizzare il suo intervento. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 179.

del soggetto e sulle circostanze indicate nell'art. 133 c.p., per cui ci si orienta prevalentemente sull'accertamento dei fatti e sull'acquisizione di una diagnosi psichiatrica della malattia, considerando impliciti gli altri aspetti⁵¹⁵.

La nozione di pericolosità sociale situazionale ha avuto importanti effetti in psichiatria e nell'evoluzione della disciplina delle misure di sicurezza. In ambito psichiatrico ha condotto al superamento della logica manicomiale, perché il rischio che un malato mentale commetta reati non è in molti casi superiore a quello che interessa un soggetto "sano" ed è sempre condizionato dal contesto nel quale questi vive per cui diventa determinante la capacità del sistema sanitario di prendere in carico il soggetto attraverso programmi terapeutici individualizzati extracustodiali. In ambito penale, la nozione di pericolosità sociale situazionale è alla base delle pronunce della Corte costituzionale che nel 2003 e 2004⁵¹⁶ hanno imposto il principio di sussidiarietà dell'OPG rispetto alla libertà vigilata terapeutica che va privilegiata come misura di controllo del rischio di recidiva⁵¹⁷.

È importante che gli esperti abbiano una specifica formazione, imparino ad adottare una procedura standardizzata, confrontabile, ripetibile e comprensibile dal giudice, accettando di rivedere eventualmente la propria formazione e impostazione, nonché di sottostare alle regole processuali. I giudici, d'altro canto, devono essere disponibili ad acquisire conoscenze nuove, estranee al sapere giuridico tradizionale,

⁵¹⁵ Solo nel procedimento di sorveglianza invece, entrano in gioco anche fattori legati alla dimensione relazionale della persona e del contesto ambientale, anche se per mezzo di consulenze e documenti non provenienti da persone "esperte". Al riguardo v. procedimento di osservazione scientifica della personalità, *infra*, cap. 5.

⁵¹⁶ Si tratta delle sentenze della Corte costituzionale n. 253 del 2003 e n. 367 del 2004, in www.cortecostituzionale.it, nelle quali viene ritenuta incostituzionale la non applicazione di misure alternative all'internamento in OPG, al fine di "assicurare adeguate cure all'infermo di mente e fare fronte alla sua pericolosità".

⁵¹⁷ La consapevolezza che i programmi terapeutico-riabilitativi costituiscono parte integrante del contesto ambientale nel quale viene collocato il giudizio prognostico, ha consentito alla Consulta di superare la centralità dell'OPG come misura di sicurezza per i soggetti non imputabili per vizio di mente, realizzando in tal modo un equilibrato contemperamento tra esigenze di difesa sociale e assistenza alla persona. Al riguardo v. M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 2014, p. 924. Come si vedrà nel prosieguo, la legge n. 81 del 2014 attua, rispetto ai presupposti fondanti la pericolosità situazionale, una evidente inversione di tendenza.

ma indispensabili per consentire il vaglio giudiziale di alcune questioni. Al riguardo, trova sempre maggior seguito l'invito rivolto ai giudici a dedicarsi maggiormente alla loro formazione con particolare attenzione allo studio degli aspetti epistemologici e metodologici delle scienze moderne, così da poter comprendere il linguaggio e le categorie concettuali degli esperti per orientarsi nei giudizi.

5. Le innovazioni introdotte per i non imputabili pericolosi. La pericolosità sociale “decontestualizzata”.

Il decreto legge del 31.3.2014, n. 52, recante disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, convertito in legge 30.5.2014, n. 81, ha introdotto una riforma epocale della disciplina delle misure di sicurezza⁵¹⁸.

⁵¹⁸ Come è noto, il 21.2.2012 è entrata in vigore la legge n. 9 che, all'art. 3 *ter* intitolato “Disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari”, stabiliva un termine finale per il “completamento del processo di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari già previsto nell'allegato C del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 1 aprile 2008...”. L'efficacia di questa legge è stata poi prorogata con il decreto legge n. 24 del 2013 con scadenza 31 marzo 2014 per le dimissioni delle persone internate “per le quali l'autorità giudiziaria abbia già escluso o escluda la sussistenza della pericolosità sociale”, “con l'obbligo per le ASL di presa in carico all'interno di progetti terapeutico-riabilitativi individuali che assicurino il diritto alle cure e al reinserimento sociale nonché di favorire l'esecuzione di misure di sicurezza alternative al ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o all'assegnazione a casa di cura e custodia”. Le strutture alternative sono caratterizzate da una gestione esclusivamente sanitaria, con previsione di controllo soltanto al di fuori degli spazi perimetrali e da parte della polizia di Stato. Il sistema delle misure di sicurezza è rimasto pressoché invariato. Il d.l. n. 52, del 2014, recante disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, conv. in legge n. 81, del 2014, infatti, così stabilisce: “Il giudice dispone nei confronti dell'infermo di mente e del seminfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale, il cui accertamento è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale. Allo stesso modo provvede il magistrato di sorveglianza quando interviene ai sensi dell'articolo 679 del codice di procedura penale. Non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali”... Inoltre: “Per i pazienti per i quali è stata accertata la persistente pericolosità sociale, il programma documenta in modo puntuale le ragioni che sostengono l'eccezionalità e la transitorietà del prosieguo del ricovero. 1-*quater*. Le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima. Per la determinazione della pena a tali effetti si

Nell'ambito delle strategie per il superamento degli OPG, la legge n. 81 del 2014 è intervenuta incidendo sugli assetti fondamentali della disciplina delle misure di sicurezza e, in particolare, sui criteri da adottare per la formulazione del giudizio di pericolosità sociale degli infermi di mente e seminfermi di mente⁵¹⁹.

La riforma, per quanto criticata e oggettivamente discutibile per taluni aspetti, è parsa necessaria ad adeguare la disciplina di riferimento a fondamentali parametri di legittimità costituzionale e per impedire, quindi, “una certa dilatazione del concetto di pericolosità sociale” che, nella prassi giudiziaria, era già stata rilevata nel 2011 dalla Commissione parlamentare sul sistema sanitario nazionale⁵²⁰.

Attraverso la predetta riforma, le strutture detentive originarie, deputate a gestire e contenere la pericolosità degli autori di reato non imputabili pericolosi sono state “sostituite” attraverso la creazione di nuove strutture residenziali – denominate R.E.M.S. ossia, residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza – che conserva-

applica l'articolo 278 del codice di procedura penale. Per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo non si applica la disposizione di cui al primo periodo”. Per quanto riguarda gli autori di reato affetti da infermità mentale ritenuti pericolosi, il progetto Grosso di riforma della parte generale del codice penale aveva proposto il mantenimento della categoria della semi-imputabilità, abbandonando l'applicazione congiunta di pene e misure di sicurezza, in favore di una pena arricchita da uno specifico programma riabilitativo riflettentesi sul piano dell'esecuzione, sulla previsione di una sospensione condizionale della pena subordinata al trattamento in libertà e sulla condanna con rinuncia alla pena per fatti di modesta gravità. Vi è, però da riconoscere come la categoria della seminfermità mentale appaia alquanto discutibile, precaria, in via teorica ed astratta. Al riguardo v. S. ALEO, *Imputabilità e pericolosità sociale dell'individuo infermo di mente*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, 2013, p. 14.

⁵¹⁹ Al riguardo v. F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra “sottigliezze empiriche” e “spessori normativi”: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, 11.12.2014, cit.

⁵²⁰ Purtroppo, il pregiudizio sociale, circa la particolare pericolosità sociale dell'infermo di mente, risulta ancora largamente diffuso. Soprattutto nei contesti di maggiore disgregazione sociale, infatti, il sofferente psichico è esposto ad un controllo sociale più rigoroso perché maggiormente partecipato nella fase che precede l'intervento degli organi di polizia: è presumibile che sia anche questa la causa della maggiore facilità di emersione dei reati bagatellari commessi dal sofferente psichico. Ciò determina differenze significative tra criminalità emersa e criminalità reale. Sul punto v. F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra “sottigliezze empiriche” e “spessori normativi”: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, 11.12.2014, cit.; sulla predetta “cifra oscura” v. G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su “cifre oscure” e funzione general-preventiva della pena (1982)*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, pp. 55 ss.; sulla materia, per un ulteriore approfondimento v. G. FORTI, *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, *passim*.

no le denominazioni di OPG e CCC, presenti nelle invariate disposizioni del codice penale ad esse relative⁵²¹.

Con il suddetto provvedimento normativo sono state apportate rilevanti modifiche alla disciplina delle misure di sicurezza detentive volte complessivamente a limitarne l'applicazione, nell'*an* e nel *quantum*⁵²².

Il nuovo comma 4 dell'art. 3 *ter*, legge n. 12 del 2012 prevede che il giudice, o il magistrato di sorveglianza in sede di accertamento della pericolosità sociale *ex art.* 679 c.p.p., disponga “nei confronti dell'infermo di mente e del seminfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale”. La disposizione non fa che cristallizzare sul piano della legislazione ordinaria principi già fissati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale nelle sentenze che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dapprima dell'art. 222 c.p. e successivamente dell'art. 206 c.p. per violazione dell'art. 32 Cost., nella parte in cui tali norme non consentivano di adottare, in luogo del ricovero in OPG, una diversa misura di sicu-

⁵²¹ Presso il Ministero della Salute sarà d'altra parte costituito un organismo di coordinamento per il superamento degli OPG (art. 1, co. 2 *bis* d.l. n. 52 del 2014, inserito in sede di conversione. Al riguardo v. G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima*, 6.6.2014, www.penalecontemporaneo.it.

⁵²² Al superamento degli OPG, come accennato, segue l'entrata in funzione delle nuove strutture residenziali sanitarie per l'esecuzione della misura di sicurezza: le REMS, in grado di garantire la presa in carico degli internati. Nella nuova legge viene stabilito che la durata della misura sanitaria non deve superare l'entità della pena edittale che sarebbe stata comminata nel caso in cui il reo fosse stato ritenuto imputabile. Il decreto reca, inoltre, una serie di misure di carattere sanitario di competenza delle regioni che sottolineano l'importanza di misure alternative al ricovero in OPG, quali i progetti personalizzati di cura e riabilitazione. Il ricovero in OPG è disposto solo nei casi in cui sono acquisiti elementi dai quali risulta che è la sola misura idonea ad assicurare cure adeguate ed a fare fronte alla pericolosità sociale dell'infermo o seminfermo di mente. È prevista l'impossibilità di disporre la custodia cautelare provvisoria in OPG dell'infermo e seminfermo di mente *ex art.* 312 e 313 c.p.p.; la misura ora prevista è il ricovero presso apposite strutture ospedaliere.

rezza idonea ad assicurare adeguate cure all'infermo di mente e a fare fronte alla sua pericolosità sociale⁵²³.

Si positivizza così il “principio di sussidiarietà” nell'applicazione della misura del ricovero in OPG e dell'assegnazione a una CCC *ex art.* 1, co. 1, lett. b), d.l. n. 52 del 2014, convertito con modificazioni in legge n. 81 del 2014. Si introduce, in tal modo, la regola (analoga a quella prevista dall'art. 275, co. 3 c.p.p. per la custodia cautelare in carcere) secondo cui il ricovero in OPG o in CCC può essere disposto solo quando ogni altra misura risulti inadeguata in rapporto alle esigenze di cura e di controllo della pericolosità sociale.

Allineandosi ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, la legge n. 81 del 2014 obbliga a dare prevalenza all'applicazione di una misura diversa da quella a contenuto custodiale. Il binomio cura e difesa sociale costituisce dunque la *ratio* di intervento delle misure di sicurezza che devono essere applicate in modo flessibile, mantenendo la sussidiarietà dell'intervento delle misure detentive.

Il suddetto ricovero rappresenta quindi, nel riformato assetto normativo, un'eccezionale *ultima ratio* cui il giudice può ricorrere solo dopo aver dimostrato, sulla base degli elementi acquisiti, l'inadeguatezza di ogni altra misura di sicurezza⁵²⁴.

Tuttavia, flessibilità nell'applicazione delle misure di sicurezza non significa rinunciare al principio di riserva di legge, in quanto il giudice deve comunque applicare una delle misure di sicurezza previste dal sistema, in ossequio ai principi stabili-

⁵²³ I giudici della Consulta hanno valorizzato la misura della libertà vigilata, sfruttando la genericità delle prescrizioni che la connotano, così da consentire al magistrato di sorveglianza di integrarla con contenuti terapeutico-riabilitativi. Al riguardo v. Corte cost., 18.7.2003, n. 253, in *Giur. Cost.*, 2003, con nota di A. FAMIGLIETTI, *Verso il superamento della pena manicomiale*; e Corte cost., 17.11.2004, n. 367, in *Dir. pen. proc.*, 2005, con nota di F. TRIULZI, *Infermità di mente e misure di sicurezza detentive*. La Corte costituzionale è così giunta a costituzionalizzare due principi fondamentali: la flessibilità della disciplina delle misure di sicurezza, al fine di adeguare le forme di controllo penale alle specificità del soggetto, e la sussidiarietà delle misure custodiali, applicabili solo laddove la soluzione della libertà vigilata a contenuto “terapeutico” non sia idonea a garantire il contemperamento tra esigenze di cura e di difesa sociale. V. M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, cit., p.921.

⁵²⁴ G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima*, 6.6.2014, cit.

ti dagli artt. 25 Cost. e 199 c.p. In tale direzione sembra muoversi la giurisprudenza di legittimità⁵²⁵.

Nella nuova legge si prevede anche un maggior rigore nell'accertamento della pericolosità sociale che può giustificare il ricovero presso le strutture detentive. Invero, relativamente ai presupposti di applicazione delle misure di sicurezza detentive per i non imputabili e i semi-imputabili, per ciò che concerne i criteri di accertamento della pericolosità sociale ai fini dell'applicazione delle misure di sicurezza del ricovero in OPG e in CCC vengono introdotti due nuovi criteri⁵²⁶, stabilendosi che l'accertamento della pericolosità sociale, da parte tanto del giudice di cognizione quanto del magistrato di sorveglianza, "è effettuato sulla base delle "qualità soggettive della persona" e senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale", e cioè delle "condizioni di vita individuale familiare e sociale del reo". L'intento è quello di evitare che l'indigenza, il disagio familiare e sociale – cioè condizioni di marginalità e di abbandono – possano venire in gioco quali indici sui quali fondare il giudizio di pericolosità sociale dell'agente⁵²⁷. Si introduce, pertanto, una disciplina speciale in relazione ai destinatari delle misure di sicurezza, lasciando intatta la nozione di generale di pericolosità sociale di cui all'art. 203 c.p. Eppure le riflessioni della scienza giuridica e psichiatrica da tempo evidenziano la necessità di garantire una base ampia al giudizio di pericolosità del soggetto. Il profilo personale, psicologico e psichiatrico, dell'autore non è di per sé

⁵²⁵ La giurisprudenza di merito, per cercare di limitare i ricoveri in OPG, si era spinta a dare un'interpretazione molto elastica della libertà vigilata a contenuto terapeutico, ammettendo che il soggetto potesse essere assegnato a strutture residenziali della rete sanitaria di tipo custodiale-contenitivo diverse dagli OPG o CCC. Al riguardo v. Trib. Milano 6.11.2008, in *Foro ambr.*, 2008, p. 381. La Corte di Cassazione ha invece dichiarato "illegittimo il provvedimento con cui il tribunale del riesame sostituisca la misura di sicurezza provvisoria del ricovero presso una casa di cura psichiatrica interna al DAP con altra misura di sicurezza provvisoria presso una struttura comunitaria psichiatrico-residenziale da individuarsi ad opera del centro di salute mentale territoriale. Ciò sul presupposto che sia precluso al giudice l'applicazione di misure di sicurezza diverse da quelle previste dalla legge, pena la violazione del principio di legalità ex art. 25 Cost. al riguardo v. Cass., sez. V, 8.1.2010, n. 9656, in www.cortedicassazione.it.

⁵²⁶ Art. 1, co. 1 lett. b, nel testo della legge di conversione.

⁵²⁷ G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima*, 6.6.2014, cit.

significativo se è avulso dal contesto ambientale nel quale il soggetto si colloca e dal quale è necessariamente condizionato. La pericolosità sociale non è un dato biologico e psicologico esclusivamente legato alle caratteristiche personali dell'autore, ma va accertata attraverso l'interazione di questi elementi con il complesso dei fattori ambientali, più o meno predisponenti alla commissione di reati. La pericolosità sociale andrebbe, pertanto, intesa in un'accezione "situazionale" poiché il soggetto non essendo una monade deve essere valutato nell'interazione con l'ambiente circostante⁵²⁸.

La legge n. 81 del 2014 interviene, quindi, in direzione opposta rispetto alla valorizzazione della pericolosità sociale situazionale⁵²⁹.

La pericolosità sociale va accertata "decontestualizzando" l'autore di reato dall'ambiente e dai fattori esterni interagenti con la sua personalità⁵³⁰.

L'introduzione di elementi di astrazione del giudizio rispetto ai fatti che potrebbero essere presi in considerazione, fornisce un'immagine antropologicamente distorta dell'autore di reato, come di un soggetto "da laboratorio" sottratto all'influenza di fattori esterni. Tale impostazione sembra guardare con favore al

⁵²⁸ V. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., pp. 474 ss.; v. anche ID., *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, cit., p. 923.

⁵²⁹ Detta legge non modifica la nozione di pericolosità sociale, che continua ad essere definita in termini ampi e generici come mera probabilità di commettere i reati, ma delimita l'ambito del giudizio prognostico quando si tratta di applicare le misure di sicurezza ai soggetti affetti da vizio totale e parziale di mente. Ciò in deroga all'art. 203, comma 2, c.p. che stabilisce di considerare sia le componenti oggettive che le componenti soggettive della pericolosità sociale. M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, cit., p. 924.

⁵³⁰ Eppure risulta ampiamente condivisa in letteratura la distinzione tra "indicatori interni" e "indicatori esterni" della pericolosità sociale. L'autonoma rilevanza attribuita a questi ultimi e, in particolare, alle caratteristiche dell'ambiente familiare e sociale di appartenenza, sembra corrispondere pienamente agli indirizzi della psichiatria che ne hanno determinato il superamento del modello classico, ovvero il superamento del dualismo cartesiano di anima e corpo che tanto aveva condizionato e ancora condiziona la psichiatria organicistica. Si tratta di fondamentali postulati dell'indirizzo fenomenologico della psichiatria, ma, generalizzando il riferimento alla rilevanza diagnostica e terapeutica dei fattori ambientali, posizioni analoghe sembrano sostenute anche nell'ambito di altri indirizzi che pure hanno contribuito in modo determinante al definitivo superamento del modello organicistico. Per le predette considerazioni v. F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra "sottigliezze empiriche" e "spessori normativi": la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, 11.12.2014, cit.

ritorno ad una nozione “biologica” di pericolosità sociale che si pensava ormai abbandonata. Inoltre, sul punto, la legge n. 81 del 2014 introduce un’irragionevole delimitazione della base del giudizio prognostico in contrasto con quanto affermano le citate sentenze della Corte costituzionale n. 254 del 2003 e n. 367 del 2004 in tema di “pericolosità situazionale”⁵³¹.

Per la valutazione della pericolosità sociale dell’infermo di mente, “i parametri di riferimento sono oggi offerti esclusivamente dalla psichiatria forense che, però, nella trattatistica più rappresentativa ed autorevole prima ne propone una dettagliata definizione ampiamente condivisa e poi, in termini altrettanto condivisi e senza concedere margini al dubbio, ritiene indispensabile lavorare per il superamento dell’equivoco, riduttivo e non scientifico concetto di individuo socialmente pericoloso”⁵³².

Per quanto specificamente concerne la pericolosità sociale dell’infermo psichico, pertanto, si tratterebbe della ipostatizzazione legislativa di categorie nosografiche riconosciute, tra gli altri, agli artt. 203 e 133 c.p. e risalenti ad oltre ottanta anni fa. Data l’assenza oggi unanimemente riconosciuta, di un fondamento razionale, gli artt. 103 e 203 c.p. costituiscono ormai gli unici motivi per cui si discute di pericolosità sociale anche in settori scientifici diversi da quello propriamente giuridico. Se venisse abolito l’art. 203 c.p. di pericolosità sociale si discuterebbe esclusivamente nei tempi e nei modi della storia del diritto penale⁵³³.

⁵³¹ A ben vedere, la valutazione della pericolosità sociale richiederebbe, alla luce del nuovo disposto normativo, specifiche competenze scientifiche che legittimerebbero il ricorso a perizie e consulenze tecniche o – come accade nella prassi consolidata dei procedimenti di sorveglianza per il riesame della pericolosità sociale – l’attribuzione di un ruolo decisivo alle relazioni e ai pareri dei professionisti del servizio psichiatrico territoriale che, nell’ambito dei lavori del gruppo di osservazione e trattamento allargato all’ASL ai sensi dell’art. 20 del reg. es. ord. penit., sono trasmessi al magistrato di sorveglianza ex art. 71 bis ord. penit. Sul punto v. F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra “sottigliezze empiriche” e “spessori normativi”: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, 11.12.2014, cit., p. 8.

⁵³² Le predette affermazioni relative alle contraddizioni insite nel pensiero psichiatrico sono di Francesco Schiaffo. Al riguardo v. F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra “sottigliezze empiriche” e “spessori normativi”: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, 11.12.2014, cit., p. 8; cfr. U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 158. Per le considerazioni della Società italiana di psichiatria v. nel prosieguo del paragrafo.

⁵³³ In tal senso v. F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra “sottigliezze empiriche” e “spessori nor-*

Preoccupa anche il significato che la nuova disciplina normativa può assumere alla luce delle acquisizioni delle neuroscienze in ordine alla incidenza dei fattori genetici sui giudizi prognostici in tema di pericolo di commissione di condotte violente. Se si incentra il giudizio di pericolosità sociale esclusivamente sulla “personalità dell’autore di reato” allora anche i risultati delle indagini neuroscientifiche potrebbero rafforzare il loro peso predittivo rispetto al medesimo⁵³⁴.

Si accentua la possibilità che la pretesa vulnerabilità genetica reintroduca un riduzionismo monofattoriale e antiscientifico nella valutazione dei comportamenti complessi⁵³⁵. In altre parole, c’è il rischio che la diagnosi di una qualunque anomalia neurologica alla base del reato possa comportare la prognosi di pericolosità sociale⁵³⁶.

Come le neuroscienze rischiano di trasmettere un’immagine riduttiva della malattia mentale, riportandola ad una dimensione esclusivamente biologica, altrettanto vale per l’immagine che questi nuovi saperi possono dare della pericolosità sociale, una volta che la si sia scollegata dai fattori ambientali e sociali dai quali il soggetto è sicuramente influenzato⁵³⁷.

Invero, la limitazione della valutazione di pericolosità sociale alle “qualità soggettive della persona”, stabilita nella legge n. 81 del 2014, risulta discutibile, superflua e soprattutto fuorviante, in ragione del pericolo di derive lombrosiane ed eugenetiche che potrebbero provenire dalla “euforia neuroscientifica” recentemente emersa,

mativi”: la riforma di cui alla legge n. 81/2014, 11.12.2014, cit., p. 8.

⁵³⁴ Sul presente tema v. M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, cit., pp. 924-925; M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile “pericoloso”*, cit.

⁵³⁵ Così U. FORNARI, *Le neuroscienze forensi: una nuova forma di neopositivismo?*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2727.

⁵³⁶ Al riguardo v. I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, cit., pp. 110 ss.

⁵³⁷ V. M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, cit., p. 925.

come precedentemente evidenziato, anche nella giurisprudenza, ma ancora lontana da una consolidata e affidabile razionalizzazione scientifica⁵³⁸.

A parere di Marco Pelissero la nuova disciplina presenta non solo profili di illegittimità costituzionale in relazione all'art. 3 Cost. ma introduce surrettiziamente una presunzione di pericolosità sociale. Secondo lo stesso risulta irragionevole imporre per legge una base parziale nel giudizio di pericolosità, quale scelta non corroborata da criteri scientificamente fondati essendo la sua applicazione foriera di irragionevoli disparità di trattamento, perché potrebbe portare a considerare socialmente pericolosi soggetti che, inseriti in un certo contesto relazionale, non presenterebbero particolari rischi di recidiva⁵³⁹.

Inoltre, l'introduzione di una disciplina evidentemente differenziata dei criteri da assumere per il giudizio di pericolosità sociale per il fatto di reato commesso da un infermo di mente o seminfermo di mente, fa sorgere l'interrogativo se tale innovazione sia posta a favore di questi ultimi o, al contrario, vada interpretata esclusivamente nella parte in cui la disposizione non risulta applicabile per la valutazione della pericolosità di chiunque abbia commesso un fatto di reato⁵⁴⁰.

Per le medesime criticità, il Tribunale di sorveglianza di Messina, con ordinanza del 16.7.2014, ha sollevato questione di legittimità costituzionale in merito ai nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale del seminfermo di mente⁵⁴¹.

Nello specifico, l'organo collegiale della Sorveglianza ha considerato che "l'interdizione normativa dell'uso prognostico di fattori essenziali come le condizioni individuali, familiari e sociali e l'assenza di progetti terapeutici individuali, incida

⁵³⁸ Così F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra "sottigliezze empiriche" e "spessori normativi": la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, 11.12.2014, cit., p. 8. Sul punto v. U. FORNARI, *Le neuroscienze forensi: una nuova forma di neopositivismo*, cit., pp. 2719 ss.

⁵³⁹ v. M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, cit., p. 925.

⁵⁴⁰ In tal senso v. F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra "sottigliezze empiriche" e "spessori normativi": la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, 11.12.2014, cit., p. 8.

⁵⁴¹ Al riguardo v. R. BIANCHETTI, *Sollevata questione di legittimità costituzionale in merito ai nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale del seminfermo di mente, Tribunale di sorveglianza di Messina, ordinanza del 16 luglio 2014*, in www.penalecontemporaneo.it.

in modo determinante e profondamente distorsivo sul giudizio di pericolosità sociale, impedendo una valutazione compiuta della concreta pericolosità sociale del soggetto interessato e del suo grado attuale. Dovendo fondare il giudizio prognostico sulla base delle qualità soggettive della persona, ignorando forzatamente i fattori prognostici interdetti dalla normativa denunciata, ancorché acquisiti alla cognizione del fascicolo processuale, la stessa prognosi risulta impossibile o radicalmente alterata, con la conseguenza che sarà ardua, profondamente incerta ed affidata ad un volontarismo giudiziario arbitrario, cognitivamente inadeguato e teleologicamente disorientato, la scelta di se e di quale misura mantenere o adottare e del suo contenuto prescrittivo”⁵⁴².

La legge n. 81 del 2014 prevede, inoltre, che “non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali”⁵⁴³. La decontestualizzazione dell’autore dall’ambiente relazionale è quindi ribadita dall’ulteriore delimitazione della base del giudizio prognostico, *ex art. 3 ter*, come modificato dalla legge n. 81 del 2014. Infatti, anche tali programmi e la capacità dei servizi psichiatrici territoriali entrano a comporre il contesto nel quale il soggetto si colloca e in tal senso si è sviluppata la giurisprudenza in tema di accertamento della pericolosità sociale. Il suddetto presupposto costituisce uno stimolo per una più efficace attivazione dei servizi territoriali di salute mentale, in considerazione del fatto che proprio la legge n. 81 del 2014 richiede l’attivazione di programmi individuali di dimissione delle persone ricoverate negli attuali OPG⁵⁴⁴.

⁵⁴² v. R. BIANCHETTI, *Sollevata questione di legittimità costituzionale in merito ai nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale del seminfermo di mente, Tribunale di sorveglianza di Messina, ordinanza del 16 luglio 2014*, cit., p. 5.

⁵⁴³ In sostanza, il legislatore vuole evitare che l’internamento negli OPG e nelle CCC possa dipendere da eventuali disfunzioni organizzative e, in particolare, dalla mancanza della possibilità di assegnare la persona interessata ai dipartimenti di salute mentale, cioè alle strutture non detentive facenti capo al servizio sanitario e dislocate sul territorio regionale.

⁵⁴⁴ In riferimento alla proroga della misura di sicurezza per i soggetti potenzialmente dimissibili, relativamente alla tematica sulla “pericolosità latente”, presupposto che ricorre spesso nelle ordinanze della giurisprudenza di sorveglianza e che si risolve, spesso, in una sostanziale elusione dell’obbligo di motivazione per tutti i provvedimenti giurisdizionali, stabilito al comma 6 dell’art. 111 Cost., v. Uff. sorv. di Santa Maria Capua Vetere, proc. n. 71 del 2010, R.G.M.S.D., ord. del 1.3.2012. Per un approfondimento del tema v. F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra “sottigliezze empiriche” e*

A ben vedere, se sono assenti programmi terapeutici individuali, la nuova disciplina, che si muove entro una chiara *ratio* di garanzia, rischia di tradursi negativamente sul diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*⁵⁴⁵.

La nuova normativa introduce un importante criterio di giudizio per l'esame della pericolosità del soggetto. La permanenza nell'OPG e nella CCC può essere protratta a condizione che siano indicate le ragioni dell'eccezionalità e della transitorietà del ricovero. Tale disposizione si pone in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che non è di per sé contraria a sanzioni di durata indeterminata sempre che l'indeterminatezza non si traduca in carattere assoluto di perpetuità⁵⁴⁶.

Viene meno, inoltre, la tradizionale regola che ancorava la durata delle misure di sicurezza al requisito della pericolosità sociale. Da sempre, nel nostro ordinamento, le misure di sicurezza, comprese quelle detentive, sono risultate indeterminate nella durata, essendo correlate al perdurare della pericolosità sociale dell'interessato, oggetto di periodico accertamento da parte del magistrato di sorveglianza. La riforma in esame introduce – relativamente a tutte le misure di sicurezza detentive, comprese le case di lavoro, le colonie agricole e il ricovero nelle nuove REMS – il diverso principio secondo cui la durata delle misure di sicurezza “non può superare la durata massima della pena detentiva comminata per il reato commesso”⁵⁴⁷.

“spessori normativi”: la riforma di cui alla legge n. 81/2014, 11.12.2014, cit., p. 8.

⁵⁴⁵ Al riguardo v. M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, cit., p. 925.

⁵⁴⁶ Al riguardo v. G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pp. 355 ss.

⁵⁴⁷ “Le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima. Per la determinazione della pena a tali effetti si applica l'articolo 278 del codice di procedura penale. Per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo non si applica la disposizione di cui al primo periodo”, v. art. 1, co. 1 *quater* d.l. n. 52 del 2014. La disposizione ha voluto mettere fine al fenomeno del c.d. ergastolo bianco subito da autori di reati più o meno bagatellari che rimangono per molti anni, anche per decenni, internati negli OPG o nelle CCC, e che per la mancanza di cure e di prognosi favorevoli di non recidività corrono il rischio tangibile di restarvi per sempre, vedendo la revoca come un autentico miraggio.

Un netto distacco della legge n. 81 del 2014 rispetto al codice penale “Rocco” sul punto influenzato dalla scuola positiva che, in funzione di prevenzione della pericolosità sociale, aveva previsto misure di sicurezza di durata non predeterminata. La riforma, che ancora una volta non tocca formalmente le norme del codice penale, pur stravolgendone l’impianto, pone limiti alle esigenze di difesa sociale in nome del rispetto delle garanzie individuali. Rispetto alla predetta riforma, il primo problema che ci si pone è di carattere teorico e sistematico. Nella legge di riforma si introduce una corrispondenza tra la durata massima delle misure di sicurezza detentive e la gravità del reato commesso. Questa innovazione ispirata al “*sistema spagnolo*” e nello specifico all’art. 104 del *Codigo penal*, risulta, però, difficilmente compatibile con la *ratio* politico criminale e la travagliata legittimazione delle nostre misure di sicurezza, concepite come sanzioni ulteriori rispetto alle pene, volte a neutralizzare la *persistente pericolosità sociale* dell’autore del reato che ha già scontato la pena, se imputabile o semi-imputabile, o che non può essere soggetto a una pena, perché non imputabile. Siffatta fisionomia delle misure di sicurezza, pertanto, fatica a conciliarsi con la predetta riforma che vede le misure di sicurezza come autonome sanzioni penali aventi gli stessi requisiti della pena⁵⁴⁸.

La conseguenza dell’introduzione del termine di durata si riverbera sul piano politico-criminale e di tutela della collettività. Infatti, la nuova disciplina consente, allo spirare del termine di durata massima della misura di sicurezza detentiva, di mettere in libertà gli internati, a prescindere dalla loro pericolosità sociale. La preoccupazione riguarda principalmente l’abolizione del cosiddetto “ergastolo bianco” comportante, secondo alcuni, gravi conseguenze per la sicurezza della collettività. A questo riguardo si può replicare chiedendosi da che cosa si può dedurre che i soggetti persistano nella loro pericolosità considerato che la pericolosità non è accertabile, non ha valenza scientifica e non può essere considerata una malattia, che dopo un certo decorso di cura, presenta o una fase di remissione o una fase di persistenza. La

⁵⁴⁸ G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima*, 6.6.2014, cit.

pericolosità sociale è una condizione soggettiva transeunte destinata al mutamento a seconda delle condizioni di contesto, personali e sociali, in cui si inserisce. Perciò, l'idoneità del percorso riabilitativo che tenga conto delle specifiche caratteristiche del soggetto e del contesto di riferimento, in base alla teoria della pericolosità situazionale recepita dalla Consulta, dovrebbe automaticamente dare per esclusa l'esistenza di una pericolosità di tipo medico equiparabile ad una malattia.

Altra problematica riguarda poi la determinazione del termine massimo di durata della misura di sicurezza qualora l'internato abbia commesso più reati. Il richiamo della regola stabilita dall'art. 278 c.p.p. per la determinazione della pena ai fini dell'applicazione della custodia cautelare in carcere fa sì che non si possa considerare la continuazione. Si pone dunque il problema di come calcolare il termine massimo di durata della misura di sicurezza nei confronti dell'autore di più reati uniti dalla continuazione. L'unica via parrebbe quella del cumulo materiale. Fuori dal caso della continuazione, d'altra parte, dovrebbero trovare applicazione le regole sul cumulo materiale o giuridico, anche per quanto riguarda i limiti massimi all'aumento delle pene⁵⁴⁹.

Vi è poi un problema legato al diritto intertemporale, relativo all'applicabilità della nuova disciplina alle misure in esecuzione al momento della sua introduzione. Ci si chiede se debba essere revocata la misura di sicurezza detentiva nei confronti di chi, ad oggi, abbia subito un periodo di esecuzione superiore al termine massimo di durata, individuato secondo il disposto della nuova disposizione legislativa⁵⁵⁰.

Allo stato attuale ci troviamo di fronte ad una riforma in fase embrionale che richiede ancora l'adeguamento di tutta una serie di concetti quali la pericolosità

⁵⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁵⁰ Si ritiene che la risposta debba essere senz'altro affermativa, in assenza di una disciplina transitoria *ad hoc*, e senza dover necessariamente scomodare il principio di retroattività della legge penale più favorevole all'agente, trovando applicazione la regola generale prevista dall'art. 200, co. 2 c.p., secondo cui "se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa [dalla legge vigente al tempo della sua applicazione], si applica la legge in vigore al tempo della esecuzione". G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima*, 6.6.2014, cit.

sociale, l'imputabilità, la follia, alle mutate conoscenze scientifiche, filosofiche e giuridiche. D'altro canto, è necessario creare strutture idonee all'accoglimento dei detenuti affetti da disagi psichici nonché operatori in grado di accompagnare gli stessi lungo il percorso rieducativo e riabilitativo⁵⁵¹.

Il 13 marzo 2014, nel corso della Conferenza stampa della Società Italiana di Psichiatria alla Camera dei deputati è stata presentata una Relazione del presidente della società italiana di criminologia sulla delicata questione dell'abolizione delle misure di sicurezza per gli infermi di mente e della cancellazione della pericolosità sociale, ponendo quindi la questione della sopravvivenza dei manicomi giudiziari⁵⁵².

Secondo tale documento la vera questione riguarda l'abolizione delle misure di sicurezza psichiatriche, e la cancellazione della (relativa) pericolosità sociale psichiatrica. Risulta appurato come il concetto di pericolosità sociale sia ritenuto, ormai, un assunto vecchio e inadeguato, oltre che privo di totale fondamento scientifico. Giuristi esperti, criminologi o psichiatri, tutti ne hanno denunciato l'assoluta obsolescenza. Vi è sterminata letteratura scientifica che ne chiede, quindi, l'abolizione⁵⁵³.

La stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 253 del 2003, stabilisce che le misure di sicurezza psichiatriche debbano essere idonee *“ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale... rispondano contemporaneamente ... a finalità di cura e tutela dell'infermo e contenimento della*

⁵⁵¹ V. M.L. FADDA, *Misure di sicurezza e detenuto psichiatrico*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, 2013, p. 45.

⁵⁵² Si tratta del prof. Roberto Catanesi, Presidente della Società Italiana di Criminologia nonché Ordinario di psicopatologia forense all'Università di Bari.

⁵⁵³ Nel 2003, un gruppo di delegati ufficiali delle Società Scientifiche – le Società Italiane di Medicina legale, di Criminologia e di Psichiatria – in un documento congiunto inviato all'allora estensore del progetto di riforma del Codice penale, dott. Nordio, così si espressero: “La sostituzione delle misure di sicurezza con misure a finalità trattamentali, riabilitative, risocializzanti, il passaggio dalla sociale pericolosità al bisogno di trattamento è un principio oggi condiviso dalla comunità scientifica, così come lo è il coinvolgimento delle strutture territoriali – tanto di salute mentale quanto delle tossicodipendenze – nella gestione della tutela della salute del paziente-reo. In questo modo si rende difatti possibile articolare le strategie terapeutiche secondo le reali necessità del caso e senza necessariamente ricorrere a misure restrittive, laddove queste non siano necessarie”. Le predette società scientifiche erano concordi nel ritenere necessaria l'abolizione delle misure di sicurezza psichiatriche pena il perpetrarsi dell'equivoco di fondo secondo il quale la psichiatria è deputata a curare e proteggere la società, piuttosto che a curare il malato.

sua pericolosità". Secondo questo assunto (il cui contenuto, nella sostanza, viene riproposto nella sentenza n. 367 del 2004) una buona cura produce "automaticamente" anche riduzione del rischio di recidiva comportamentale violenta.

Ormai è assodato come la pericolosità sociale sia un concetto ascientifico. Psichiatri e criminologi possono, al limite, identificare fattori di rischio, di probabilità, di comportamento violento, possono intervenire su alcuni di essi ma non dispongono di strumenti per "prevedere" comportamenti futuri, in specie nel medio e a lungo termine. Gli stessi ritengono di non poter distinguere la "probabilità" richiesta dall'art. 203 c.p. da generiche "possibilità" di mettere in atto nuovi delitti⁵⁵⁴.

Nell'immediato bisognerebbe prevedere un adeguato filtro di accesso alle REMS – più in generale alle strutture riabilitative – per essere certi che ad esse siano assegnati pazienti che possano davvero beneficiare di un trattamento utile⁵⁵⁵.

Lo psichiatra Vittorino Andreoli riferisce di aver proposto al Dipartimento di Amministrazione Penitenziaria, la "restituzione" al malato mentale di responsabilità e di pienezza del diritto prima di ogni altra cosa⁵⁵⁶.

Come può ben notarsi, per quanto riguarda i rei affetti da infermità mentale, si è assistito ad una mutazione del fondamento delle misure di sicurezza, nel senso che alla pericolosità sociale, che pur rimane presupposto soggettivo di applicazione, si sono affiancate le esigenze terapeutiche, che hanno inciso sulla fisionomia delle misure di sicurezza e hanno stimolato la Corte costituzionale nell'enunciazione di

⁵⁵⁴ Gli psichiatri hanno sempre ritenuto necessaria la cancellazione delle misure di sicurezza psichiatriche, sostituendole con misure terapeutiche o riabilitative. Secondo questi, è necessario passare dal concetto di *sociale pericolosità* intesa come probabilità di nuovi comportamenti delittuosi (prospettiva intrinsecamente legata alla difesa sociale) al *bisogno di trattamento*, inteso come necessità clinica che un paziente giudiziario può anche soggettivamente non avere e che può essere imposta da un Giudice. Il progetto di riforma del Codice penale Grosso, non a caso già nel '98 prevedeva la cancellazione della sociale pericolosità e la sua sostituzione concettuale con il concetto di "*bisogno di trattamento*". L'intero impianto (che tocca anche il nucleare tema dell'imputabilità) potrebbe essere utilizzato oggi, a maggior ragione se si pensa alla chiusura degli OPG. Del resto, i manicomi, nel '78, furono abbattuti insieme al concetto di "*pericoloso a sé e agli altri*". Furono chiuse le strutture insieme al pregiudizio del malato sempre pericoloso.

⁵⁵⁵ Per un'analisi sul tema v. www.news-forumsalutementale.it/misure-di-sicurezza-e-pericolosita.

⁵⁵⁶ Per un approfondimento sull'intervista allo psichiatra Vittorino Andreoli v. link: http://issuu.com/segnalazioni.box/docs/andreoli_la_stampa_21.12.13.

due importanti principi: l'ampia flessibilità della risposta sanzionatoria, attraverso la previsione di un ventaglio di misure custodialistiche e di trattamento in libertà; la proporzionalità della misura al reato commesso; la sussidiarietà del ricorso a strutture privative della libertà personale⁵⁵⁷.

Lungi dal costituire una provocazione, ci si domanda, però, se la prospettiva di fare del bisogno di trattamento l'unica legittimazione d'intervento delle misure di sicurezza non rischi di medicalizzare l'intervento penale, snaturando completamente il senso dello stesso⁵⁵⁸.

6. Infermità mentale e disturbi della personalità: aspetti problematici

Al problema della discutibile pericolosità dei soggetti non imputabili si aggiunge la questione relativa all'ampio ambito di riferimento delle infermità mentali delineato nella sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione che propone un modello vasto di infermità rilevante agli effetti della capacità di intendere e di volere, aperto ai disturbi della personalità, come le nevrosi e le psicopatie⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ Si tratta di principi sui quali è possibile trovare similitudini con i sistemi della Spagna, Portogallo e Germania, nei quali si è provveduto ad una loro codificazione espressa. Al riguardo v. M. PELISSERO, *Crisi e mutazioni del sistema del doppio binario*, in P. PISA (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti, Genova, 15 settembre 2006, Torino 2006, pp. 150-151.

⁵⁵⁸ Dello stesso avviso M. PELISSERO, *Crisi e mutazioni del sistema del doppio binario*, cit., p. 155.

⁵⁵⁹ V. Cass. sez. un., 25.1.2005, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 394 ss., con nota di M.T. COLLICA, *Anche i "disturbi di personalità" sono infermità mentale*. Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione ha posto fine ad un lungo dibattito che ha radici antiche e che ha visto contrapposti il legislatore, la giurisprudenza e la scienza psichiatrica sui concetti di capacità di intendere e di volere del soggetto agente, di imputabilità, di colpevolezza, di infermità mentale. Le oscillazioni interpretative – secondo la Corte di Cassazione – sono state essenzialmente determinate dal difficile rapporto tra giustizia penale e scienza psichiatrica, insorto nel momento in cui quest'ultima ha sottoposto a revisione critica paradigmi in precedenza condivisi, ponendo in crisi tradizionali elaborazioni metodologiche e, nel contempo, legittimando una sempre più accentuata tendenza verso il pluralismo interpretativo; sicché accanto ad un indirizzo "medico" (all'interno del quale si sono distinti un orientamento "organicista" ed uno "nosografico"), si è proposto quello "giuridico" (volta a volta accompagnato, o temperato, dal criterio della patologicità, da quello della intensità, da quello eziologico), che ha, in

I disturbi di personalità hanno oggi una incidenza del 10% presso la popolazione generale; fra i 15 e 25 anni tali disturbi possono generare tendenze suicide. Il vero rischio sociale appare rappresentato dalla possibile devianza di chi è affetto da disturbi di personalità. Comportamenti quali la tossicodipendenza o la violenza sono le forme esterne ed evidenti di alcuni di questi tipici disturbi. Importante risulta l'aspetto di improduttività di questi malati: il loro inserimento in strutture operative appare, infatti, difficoltoso e a volte anche fallimentare. Appare fondamentale nel disturbo della personalità comprendere il grado di compromissione della sfera psichica rispetto alla possibilità del soggetto considerato di effettuare un certo esame della realtà. A compromettere la capacità di intendere e di volere è, molto spesso, la scissione psicotica che non sempre, però, è presente nei disturbi della personalità⁵⁶⁰.

Qualsiasi disturbo di personalità (ma ciò accade anche nella cosiddetta normalità) si manifesta, in concreto, attraverso comportamenti tipici che servono ai fini diagnostici. I sintomi e i segni che vengono denunciati dal soggetto e annotati dall'osservatore sono i mezzi, gli strumenti, le strategie che il soggetto traduce in comportamenti e attraverso i quali manifesta il suo stile di vita, e il suo modo di “funzionare”⁵⁶¹.

L'infermità giuridicamente rilevante è costituita dalla confluenza di un disturbo funzionale che interagisce con un disturbo mentale, al punto di compromettere in concreto la capacità di autodeterminazione del soggetto incidendo in maniera rilevante e grave sulle funzioni autonome dell'Io (il “*quid novi*” o “*quid pluris*”) e con-

sostanza, sviluppato una nozione più ampia di infermità rispetto a quello di malattia psichiatrica.

⁵⁶⁰ Nella sostanza, anche ai Disturbi di Personalità può essere riconosciuta la natura di “infermità” giuridicamente rilevante, purché essi abbiano inciso significativamente sul funzionamento dei meccanismi intellettivi e volitivi del soggetto. Affermazione ricorrente nelle massime giurisprudenziali della Corte di Cassazione. Per un'ampia trattazione dei disturbi della personalità e sulla loro incidenza sulla capacità di intendere e di volere v. M. BALDASSARRE, *Narcisismo, perversione e disturbi della personalità*, Roma, 2012, pp. 25 ss., 107 ss.

⁵⁶¹ U. FORNARI, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità?* www.giustizia.lazio.it/Appello.it/.../Relazione%20Prof%20Fornari.doc.

ferendo in tal modo “significato di infermità” all’atto agito o subito. Lo stesso ragionamento psichiatrico forense vale anche per la vittima di reato⁵⁶².

I “gravi disturbi di personalità”, per essere tali, essi debbono essere caratterizzati, indipendentemente dal *cluster* in cui sono inseriti, da un funzionamento *borderline* di personalità⁵⁶³. Un soggetto che non mostri instabilità affettiva, intensa disforia ed esplosioni di rabbia non può essere considerato un tipico *borderline*. Una diagnosi di disturbo grave di personalità richiede un’integrazione tra l’approccio dinamico funzionale e quello descrittivo categoriale.

Il disturbo grave di personalità viene ricondotto alla nozione di “Organizzazione *Borderline* di Personalità” e, per alcuni aspetti, alla categoria diagnostica del disturbo *Borderline* di Personalità. Questo tipo di organizzazione può trovarsi anche nel Disturbo Narcisistico e in quelli Paranoide, Istrionico, Antisociale, Schizoide e Schizotipico. Affinché l’indagine risulti affidabile occorrerebbe andare oltre una diagnosi di struttura o di organizzazione⁵⁶⁴.

Nei casi in cui il funzionamento primario non faccia parte di una categoria psichiatrica convenzionalmente stabilita, e quindi non rientri in una categoria alfanumerica (ad esempio disturbo psicotico o grave disturbo di Personalità), il discorso si limita a esplorare criminogenesi e criminodinamica al di fuori di quel “valore di malattia” attribuibile all’atto agito o subito.

Il funzionamento patologico psichico da cui discende la gravità del reato deve in questi casi essere messo a confronto con il comportamento tenuto prima, durante e dopo il reato. Tanto più grave è la compromissione patologica psichica, meno strutturate le difese, più diffusa l’identità e compromesso l’esame di realtà, tanto più compromessa sarà l’autonomia funzionale dell’Io, che apparirà non coordinato e non

⁵⁶² *Ibidem.*

⁵⁶³ *Ibidem.*

⁵⁶⁴ *Ibidem.*

pianificato nel passaggio all'atto, sia nelle premesse, sia nel suo estrinsecarsi, sia nella condotta immediatamente successiva: e viceversa⁵⁶⁵.

A ben vedere, l'accertamento della "gravità" del disturbo di personalità appare tutt'altro che semplice. La stessa dottrina sul punto ha da tempo posto in rilievo come le più recenti acquisizioni della psichiatria riconoscano spazi sempre più ampi di responsabilità al malato mentale, riconoscendosi che, pur a fronte di patologie psichiche, egli conservi, in alcuni casi, una "quota di responsabilità", ed a tali acquisizioni appare ispirarsi anche la legge n. 180 del 1978, nel far proprio quell'orientamento psichiatrico secondo cui la risocializzazione dell'infermo mentale possa avvalersi anche della sua responsabilizzazione in tal senso.

In Svezia, ad esempio, l'imputabilità viene desunta non con criteri nosografici, meramente classificatori, bensì attraverso l'adozione di "formule elastiche" che tendono a basarsi sul caso concreto⁵⁶⁶.

Secondo gli studiosi della psicologia giuridica, i tecnici che predicano il comportamento altrui sulla base delle caratteristiche della persona incorrono facilmente in ciò che viene definito "l'errore fondamentale di attribuzione". Si tratta di un ragionamento vincolato alla sistematica tendenza a sottostimare la rilevanza dei fattori situazionali e a sovrastimare quelli disposizionali. In base a questa strategia cognitiva il costrutto ipotetico definito "personalità" viene reificato e trasformato in un agente causale, e come tale è classificabile per somiglianza in "tipologie psicologiche", dimenticando che l'osservatore è a sua volta orientato in modo selettivo e intenziona-

⁵⁶⁵ Il problema clinico e la conseguente valutazione psichiatrico forense di un Disturbo Grave di Personalità (per quanto complesso esso sia), è quello di documentare, alla luce della storia clinica, delle risultanze delle indagini psicodiagnostiche, delle modalità che hanno preceduto, accompagnato e seguito il delitto, se il Disturbo si è (o meno) manifestato in maniera qualitativamente o quantitativamente sufficiente per conferire "valore di malattia" al reato commesso. In altre parole, anche in presenza di un disturbo di personalità grave e serio, se la genesi (progettazione) e la dinamica (esecuzione) del comportamento criminale indicano che – nello svolgimento complessivo e nel resoconto retrospettivo dello stesso – l'autore ha conservato e conserva, sostanzialmente indenni le aree funzionali del suo Io preposte alla comprensione del significato del suo atto e delle conseguenze dello stesso (funzioni percettivo-memorizzative, organizzative, previsionali, decisionali ed esecutive) non si può concludere nel senso dell'esistenza di un vizio di mente. v. U. FORNARI, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità?*, cit.

⁵⁶⁶ G. URSITTI, M. SCILLITANI, *Perizie penali: strategie e vizi*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 292.

le dal momento che le sue valutazioni sono pure il risultato della relazione tra lui e l'osservato⁵⁶⁷.

Si va incontro a pure tautologie se si considera, ad esempio, la diagnosi di disturbo antisociale di personalità, definito dal DSM IV come “un quadro pervasivo di inosservanza e di violazione dei diritti degli altri, che si manifesta nella fanciullezza o nella prima adolescenza, e continua nell'età adulta”. Gli individui cui si attribuisce questo disturbo possono “compiere ripetutamente atti passibili di arresto, come distruggere le proprietà, molestare gli altri, rubare o svolgere attività illegali”. A ben vedere, si tratta di una classificazione puramente descrittiva alla quale si conferisce, oltre che un valore valutativo, anche uno esplicativo: per cui il reato, la trasgressione o il comportamento problematico risultano causati dal disturbo antisociale di personalità, come se tale disturbo fosse un agente patogeno operante al di sotto della volontà del soggetto⁵⁶⁸.

Il campo dell'inimputabilità dovrebbe essere ristretto alle patologie mentali organiche di stampo classico e, a parere di chi scrive, considerato che l'accertamento dell'infermità mentale costituisce un territorio alquanto incerto e scivoloso, bisognerebbe prendere in considerazione un orientamento che consideri il reato commesso come “sintomo” di un certo tipo di personalità, anche alla luce del fatto che la maggior parte delle persone che delinquono, imputabili, hanno comunque problemi di equilibrio, di socializzazione e di adattamento. Ciò non significa che non siano in grado di discernere nelle loro scelte. Molti detenuti presentano disturbi mentali, anche non riconosciuti, comunque non trattati; inoltre, i disturbi della personalità,

⁵⁶⁷ Sul punto, si ritiene che il rapporto tra l'interprete e il testo non possa essere collocato nei termini di una semplicistica opposizione poiché anche l'interprete sta dentro a delle tradizioni che colmano la distanza temporale che lo separa dalla redazione del testo da interpretare e diventano, pertanto, “*auctoritates*” ovvero inevitabili pregiudizi, più o meno legittimi, che l'interprete verifica e, ancor prima, subisce, in quanto costitutivi della sua realtà storica più di quanto non lo siano i suoi giudizi. Al riguardo v. F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra “sottigliezze empiriche” e “spessori normativi”*: la riforma di cui alla legge n. 81/2014, 11.12.2014, cit.; per un approfondimento sul tema v. anche H. G. GADAMER, *Verità e metodo. Elementi di una ermeneutica filosofica (1986)*, Milano, 2001, Prefazione alla seconda ed. tedesca (1965), p. 573. Si rimanda, sull'argomento, alla prima parte di questo lavoro, relativamente all'opera di M. Foucault sulla tematica della “veridizione” e sul legame di tale processo con il fenomeno della bio-politica.

⁵⁶⁸ Sul tema, v. A. SALVINI, A. RAVASIO, T. DA ROS, *Psicologia clinica giuridica*, cit., pp. 40 ss.

anche se con connotazioni differenti, sono relativamente diffusi nella popolazione generale⁵⁶⁹.

Si dovrebbe, allora, articolare meglio la differenza tra soggetti imputabili e soggetti non imputabili, facendo salva la categoria dei minorenni. Conseguentemente, la pena, e quindi il trattamento, dovrebbe essere eseguito in modo differente a seconda delle predette caratteristiche individuali. In entrambi i casi, la residenzialità (carcere o REMS detentiva) per gli autori di reati di una certa rilevanza ed efferatezza, deve essere considerata la soluzione più adeguata non solo quale deterrente e mezzo di difesa sociale ma anche quale mezzo di riabilitazione e di reintegrazione sociale. Il problema riguarda la tenuta e le connotazioni della teoria della responsabilità nella società e nella cultura attuale⁵⁷⁰.

Mentre per i soggetti imputabili pericolosi l'esigenza dell'intervento penale è soddisfatta nell'ambito dell'applicazione della pena, in relazione al fatto commesso, per i soggetti non imputabili, mancando la colpevolezza per il fatto commesso, dovrà essere dato spazio al giudizio prognostico in ordine alla probabile commissione di reati in connessione con lo stato patologico. Il reato, la sua manifestazione e gravità, viene in sé considerato sintomatico di un certo tipo di personalità. Il giudice dovrà, pertanto, formulare un giudizio sulla pericolosità sociale svincolato da elementi "interni", tipici del giudizio personologico classico, per basarsi piuttosto su elementi di manifestazione esteriore, canoni che rendono più praticabile e quindi effettivo, l'accertamento della pericolosità sociale. La descrizione del tipo di infermità di cui risulta affetto l'agente di reato, dettagliata nella perizia tecnica, potrà costituire un supporto per il giudice nella valutazione della pericolosità sociale. In questo modo, il giudizio *de quo* tenderà ad essere maggiormente coincidente con la probabilità ravvicinata di ricaduta in comportamenti delittuosi, anche in rapporto all'evolversi del disturbo psichico⁵⁷¹.

⁵⁶⁹ Al riguardo v. S. ALEO, *Imputabilità e pericolosità sociale dell'individuo infermo di mente*, cit., p. 14.

⁵⁷⁰ Al riguardo v. *Ivi*, pp. 15-16.

⁵⁷¹ M. PELISSERO, *Crisi e mutazioni del sistema del doppio binario*, cit., p. 156.

Secondo Marco Pelissero, laddove la pericolosità del soggetto infermo non sia tale da mettere in pericolo beni fondamentali, quali la vita, l'incolumità fisica, il pericolo di recidiva potrebbe essere adeguatamente assolto dagli interventi extra-penali, facendo così prevalere la finalità terapeutica sulle esigenze di difesa sociale. La collettività dovrebbe essere disposta a sopportare i rischi di una ricaduta nel reato a fronte di un intervento terapeutico che, operando fuori dal sistema penale, dovrebbe fornire anche maggiori possibilità di integrazione. Le esigenze di difesa sociale invece, dovrebbero tornare a prevalere in funzione preventiva, attraverso i meccanismi del sistema penale, solo nel caso in cui occorra tutelare beni giuridici fondamentali. In definitiva, è necessario guardare alle diverse sanzioni in ragione della loro capacità di assolvere alle funzioni di prevenzione generale e speciale a tutela dei beni giuridici, tenendo conto soprattutto delle garanzie poste in capo alla persona. Non è un caso che proprio a fronte della spiccata funzione preventiva tradizionalmente riconosciuta alle misure di sicurezza si siano posti nel tempo dubbi di legittimità costituzionale inerenti il rispetto dei diritti inderogabili dell'individuo⁵⁷².

In riferimento alla possibilità di attuare interventi extra-penali, ci si domanda se la sanità pubblica da sola sia in grado di prendere in carico il problema della malattia mentale anche quando essa produce pericolosità sociale e commissione di reati, sovrapponendo così ai bisogni terapeutici delle persone la problematica e le esigenze di sicurezza della collettività⁵⁷³.

⁵⁷² *Ivi*, p. 159.

⁵⁷³ Al riguardo v. S. ALEO, *Imputabilità e pericolosità sociale dell'individuo infermo di mente*, cit., p. 18; Anche S. ALEO, S. DI NUOVO, *Responsabilità penale e complessità. Il diritto penale di fronte alle altre scienze sociali. Colpevolezza, imputabilità, pericolosità sociale*, Milano, 2011, *passim*.

CAPITOLO TERZO

La pericolosità sociale nella fase cautelare e nel giudizio di cognizione

SOMMARIO: 1. La pluralità di forme di accertamento della pericolosità sociale: premessa. – 2. Valutazione della pericolosità sociale nella fase pre-cautelare e cautelare. – 3. Accertamento della pericolosità sociale dell'imputabile nella fase del giudizio di cognizione. – 3.1. La pericolosità sociale come indice di maggiore colpevolezza. Il soggetto recidivo.

1. La pluralità di forme di accertamento della pericolosità sociale: premessa

Le varie forme di accertamento della pericolosità sociale sono soggette a numerose critiche per la tipologia degli elementi di fatto posti a base del giudizio di pericolosità. Ad un progressivo avanzamento del fronte di tutela delle esigenze di difesa sociale – effettuando un percorso processuale a ritroso che va dalle misure di sicurezza applicate definitivamente dopo l'espiazione della pena fino alle misure precautelari, passando per il trattamento penitenziario – si accompagna una progressiva riduzione del tasso di qualità garantistica dei modelli di accertamento. Basti considerare gli angusti spazi concessi, in generale, all'esercizio del diritto al contraddittorio, in materia. Possiamo infatti notare, nel corso della presente disamina, come in ogni fase processuale si perda sempre qualcosa in termini di garanzie soggettive e oggettive. Ad esempio, nel giudizio di cognizione, quando si tratta di accertare la pericolosità sociale dell'imputato per ordinare con sentenza l'applicazione di una

misura di sicurezza o per decidere sulla concessione di un beneficio, si hanno pienezza del contraddittorio e doppio grado del giudizio, ma si è costretti a rinunciare all'accertamento peritale per il divieto posto *ex art.* 220, comma 2, c.p.p.⁵⁷⁴.

Nel giudizio di sorveglianza finora, *ex art.* 679 c.p.p., invece, per l'applicazione definitiva della misura di sicurezza da parte del magistrato di sorveglianza, l'udienza si è celebrata in camera di consiglio, con la partecipazione personale dell'interessato garantita solo a determinate condizioni, e il contraddittorio attenuato e deformalizzato, dove la pretesa "osservazione scientifica" della personalità del detenuto è spesso stata mortificata da prassi a dir poco sbrigative. Di recente, con la sentenza n. 135 del 2014, la Corte costituzionale si è pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale degli artt. 666, comma 3, 678, comma 1, e 679, comma 1, del codice di procedura penale nella parte in cui non consentono che la procedura di applicazione delle misure di sicurezza possa svolgersi, su istanza degli interessati, nelle forme della "pubblica udienza"⁵⁷⁵.

Nella giurisdizione penitenziaria viene inoltre meno il doppio grado del giudizio di merito: tale sacrificio non è certo da ritenersi di poco conto⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ Sul divieto di perizia criminologica o psicologica, *ex art.* 220, comma 2, c.p.p., in sede di giudizio di cognizione v. G. VARRASO, *La prova tecnica*, in A. SCALFATI (a cura di), *Trattato di procedura penale*, vol. 2, diretto da G. SPANGHER, Milano, 2009, p. 242.

⁵⁷⁵ Corte Cost., sent., 19.05.2014 n. 135, in www.cortecostituzionale.it. A tal riguardo, i giudizi costituzionali hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 666, comma 3, 678, comma 1, e 679, comma 1, c.p.p., nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione della misura di sicurezza, si svolga davanti al magistrato di sorveglianza, nelle forme dell'udienza pubblica. Secondo i giudici della Consulta, risulta indispensabile, ai fini della realizzazione delle garanzie previste dall'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione europea dei diritti sull'uomo, che le persone coinvolte nel procedimento abbiano la possibilità di chiedere il suo svolgimento in forma pubblica.

⁵⁷⁶ L'appello al Tribunale di sorveglianza, infatti, è ammesso solo nel "processo di sicurezza" che garantisce in questo modo il doppio grado di giurisdizione nel merito, affidato alla competenza funzionale del tribunale di sorveglianza quale giudice di secondo grado "specializzato sulla pericolosità sociale". Ciò a differenza del procedimento tipico di sorveglianza nel quale l'ordinanza decisoria è soggetta esclusivamente al ricorso in Cassazione. Per un approfondimento su tali aspetti della giurisdizione penitenziaria v. L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 461.

2. Valutazione della pericolosità sociale nella fase pre-cautelare e cautelare

Le diagnosi di pericolosità formulate in sede pre-cautelare e cautelare stanno acquisendo ormai un ruolo centrale in sede di analisi scientifica, oltre che un ruolo determinante sul piano applicativo⁵⁷⁷. L'art. 381 comma 4 c.p.p. menziona la pericolosità del soggetto tra i presupposti dell'arresto facoltativo in flagranza. L'art. 274 lett. c) c.p.p. annovera tra le esigenze cautelari il "concreto pericolo" che l'imputato lasciato in libertà commetta uno dei delitti ivi elencati.

Come sia possibile valutare la pericolosità in sede di arresto in flagranza facoltativo e di sua convalida, ex art. 381, comma 4, c.p.p. è difficile a dirsi⁵⁷⁸. L'art. 381 c.p.p. richiede ai fini dell'arresto facoltativo in flagranza di reato la presenza disgiunta della gravità del fatto o della pericolosità del soggetto, per cui anche quando solo la motivazione su una di queste condizioni sia ritenuta corretta, la convalida deve essere ritenuta legittima⁵⁷⁹.

Il terreno su cui si registra la maggiore tensione fra il rispetto dei principi costituzionali e le risposte processuali alle esigenze di difesa sociale è indubbiamente rappresentato dalla libertà personale dell'imputato⁵⁸⁰.

Nei giudizi di pericolosità, funzionali all'adozione di misure cautelari, il quadro delle garanzie si fa ancora più desolante. Infatti, il provvedimento di incapacita-

⁵⁷⁷ F. CAPRIOLI, *Pericolosità e processo penale*, cit., pp. 22-23.

⁵⁷⁸ In tal senso si pronuncia F. CAPRIOLI, *Pericolosità e processo penale*, cit., p. 35. Nell'arresto facoltativo in flagranza, difatti, la pericolosità del soggetto deve essere desunta dalla sua personalità o dalle circostanze del fatto. Trattasi di un parametro di carattere soggettivo per cui il codice fa riferimento a due criteri: la personalità dell'indagato e le circostanze del fatto. Per la prima si può ben richiamare il disposto dell'art. 133 c.p. con particolare riferimento al comma 2 dello stesso. Tale disposto è assimilato a quello sulla pericolosità sociale contenuto nell'art. 203 c.p., quale presupposto per l'applicazione di misure di sicurezza, in quanto richiede di effettuare una valutazione prognostica circa la condotta che l'indagato terrà in futuro, ma non si sovrappone a quest'ultimo, in quanto la misura precautelare interviene in una fase in cui non vi è ancora una sentenza irrevocabile da eseguire e con una finalità completamente diversa. Al riguardo, sul punto, v. L. DELLA RAGIONE, *Compendio di procedura penale*, Roma, 2014, p. 294.

⁵⁷⁹ Così Cass., sez. I, 16.6.2004, n. 28540, in V. GIOIA, *Codice di procedura penale e leggi speciali*, Roma, 2014, p. 824.

⁵⁸⁰ O. MAZZA, *Le persone pericolose. In difesa della presunzione d'innocenza*, in www.penalcontemporaneo.it, p. 7.

zione del soggetto ritenuto pericoloso viene emanato non soltanto in assenza di contraddittorio preventivo e senza alcun ricorso ad indagini personologiche qualificate, ma anche all'esito di una valutazione di pericolosità sociale in cui il giudizio sul fatto di reato contestato alla persona sottoposta a indagine o all'imputato offusca interamente il giudizio sulla sua personalità⁵⁸¹.

La legge impone al giudice di valutare la pericolosità sociale sia sulla base delle "specifiche circostanze e modalità del fatto" sia, appunto, sulla base della "personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato", desunta "da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali". Secondo la Corte di Cassazione, tra i comportamenti e gli atti concreti che illuminano la personalità dell'inquisito non possono non rientrare anche le circostanze e le modalità del fatto, "costituendo la condotta tenuta in occasione del reato un elemento specifico assai significativo per valutare la personalità dell'agente"⁵⁸².

La carcerazione dell'imputato viene giustificata tanto dalle scelte legislative quanto dalla percezione sociale invocando anche esigenze di difesa della collettività sulla base di un giudizio prognostico di recidiva⁵⁸³.

A tal riguardo è lecito domandarsi se i provvedimenti restrittivi della libertà personale, emanati nel corso del processo per finalità di prevenzione speciale, debbano essere considerati alla stregua di "misure di sicurezza processuali", indispensabili per la difesa sociale – come sosteneva Vincenzo Manzini – o rappresentino "un'ingiustizia necessaria" – come, invece, scriveva Francesco Carrara – oppure costituiscano la "più grave perversione" dell'istituto della coercizione cautelare, come afferma oggi la dottrina penalistica più radicale⁵⁸⁴.

⁵⁸¹ F. CAPRIOLI, *Pericolosità e processo penale*, cit., p. 34.

⁵⁸² A tal riguardo, v. Cass., 17.6.2004, Berouki, in *Guida dir.*, 2004, n. 48, p. 92; cfr. anche Cass., 21.1.2004, Raniolo, in *CED Cass.* 227277.

⁵⁸³ O. MAZZA, *Le persone pericolose. In difesa della presunzione d'innocenza*, cit., p. 7.

⁵⁸⁴ Al riguardo, M. Serraino ritiene il termine "custodia cautelare" una denominazione artefatta, giacché si rivolge ad un istituto cautelare, nella pratica concreta, del tutto inesistente, trattandosi piuttosto di una *fictio* giuridica equiparabile ad un sequestro di persona in carcere. v. M. SERRAINO, *Tutela cautelare e salvaguardia dei diritti della persona*, in A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, cit., p. 199.

Sicuramente l'istituto dà luogo ad una frizione con l'art. 27 comma 2 della Costituzione. Ci si domanda, in sostanza, se abbia senso privare un individuo della sua libertà personale sulla base di un giudizio prognostico di recidivanza non essendosi ancora pervenuti alla dimostrazione circa la commissione di un reato. Il giudizio prognostico, al riguardo, dovrebbe essere più rigoroso di quello preteso dall'art. 203 c.p. in ordine alla probabilità che il reo, avendo commesso quel reato, ne commetta altri. Purtroppo la prassi applicativa va in tutt'altra direzione⁵⁸⁵.

È illusorio pensare di poter fondare la valutazione circa la pericolosità sociale in sede cautelare su accertamenti realmente incentrati sulla persona dell'imputato. Molto spesso il pericolo di recidivanza viene desunto dal solo fatto illecito e dalle modalità di estrinsecazione dello stesso, in quanto ritenuto elemento sintomatico della personalità. La legge processuale vorrebbe invece che tale elemento fosse desunto sia dal fatto illecito che dalla personalità dell'autore. D'altro canto, simili interpretazioni esegetiche riflettono una tendenza a rendere sempre più oggettivo e verificabile il giudizio di pericolosità, una tendenza quest'ultima che si ritiene di assecondare⁵⁸⁶.

La profilassi del delitto, ancorata alla presunta pericolosità dell'imputato, non è più solo la considerazione distorta della finalità cautelare da sempre radicata nell'opinione pubblica, ma è divenuta, nel tempo, anche una delle linee guida delle politiche legislative securitarie⁵⁸⁷.

A denunciare l'inadeguatezza e la sostanziale ipocrisia dell'art. 274 lett. c c.p.p. è ancora una volta il test di effettività dei diritti difensivi. Infatti, se l'addebito verte su specifiche condotte, l'imputato può essere in grado di allestire una difesa anche negli angusti confini della procedura cautelare, non così, invece, se oggetto del contendere è rappresentato dall'evoluzione futura della sua personalità. Non è un caso che l'esigenza cautelare in questione venga ormai considerata "buona per ogni

⁵⁸⁵ F. CAPRIOLI, *Pericolosità e processo penale*, cit., p. 35.

⁵⁸⁶ V. F. CAPRIOLI, *Pericolosità e processo penale*, cit., p. 35 il quale considera questa modalità di accertamento molto valida poiché dotata di un certo grado di affidabilità.

⁵⁸⁷ O. MAZZA, *Le persone pericolose. In difesa della presunzione d'innocenza*, cit., p. 8.

occasione”, un agevole passaporto per usi strumentali e vessatori del carcere preventivo⁵⁸⁸.

Relativamente al giudizio di pericolosità da emettere nella fase cautelare, viene in rilievo nella presente ricerca, il fecondo dibattito inerente l’art. 275, comma 3, c.p.p., la cui vicenda normativa risulta caratterizzata da una molteplicità di interventi, non sempre tra loro concordanti, come si evincerà dal prosieguo. Al riguardo, le tematiche principali su cui si è concentrata l’attenzione della dottrina riguardano le presunzioni di pericolosità sociale e il connesso giudizio di proporzionalità e adeguatezza formulato in sede cautelare⁵⁸⁹.

Il testo dell’art. 275, comma 3, c.p.p., nonostante le scelte iniziali operate dal codice di rito del 1988, ha subito nel tempo numerose modifiche ad opera di un legislatore per lo più “emergenziale”, così è accaduto due volte: nel 1991 e successivamente nel 2009⁵⁹⁰.

La riforma del 1991 stabilisce per un ampio catalogo di reati⁵⁹¹ l’applicazione di un regime cautelare speciale derogando al criterio ordinario che individua la custodia cautelare in carcere come *extrema ratio*, sulla base di una doppia presunzione:

⁵⁸⁸ F. CAPRIOLI, *Pericolosità e processo penale*, cit., p. 39.

⁵⁸⁹ A questo proposito, Serena Quattrocolo nella relazione dal titolo “*Aporie e presunzioni nei criteri selettivi della tutela cautelare personale*”, presentata al Convegno tenutosi a Pisa, in data 9-10 novembre 2012, sul tema: “Libertà dal carcere, libertà nel carcere, Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale”, al termine di un *excursus* sulla tematica predetta, ha ritenuto di non considerare come giunto al declino il giudizio di proporzionalità e adeguatezza ma di riconoscergli ancora uno spazio di operatività e di efficacia. Si rimanda pertanto a S. QUATTROCOLO, *Aporie e presunzioni nei criteri selettivi della tutela cautelare personale. Verso il crepuscolo del giudizio di proporzionalità e adeguatezza*, in A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, cit., pp. 217 ss. Per una sintesi della relazione del convegno v. A.R. VANDI, *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, in *Cass. pen.*, 12, 2013, *passim*.

⁵⁹⁰ Le disposizioni normative in grado di incidere sui criteri di scelta per l’applicazione delle misure cautelari non si riducono di certo al solo art. 275, comma 3, c.p.p. però, esso sicuramente ne costituisce il perno essenziale. Così S. QUATTROCOLO, *Aporie e presunzioni nei criteri selettivi della tutela cautelare personale*, cit., pp. 217 ss.

⁵⁹¹ Si tratta del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e il d.l. 9 settembre 1991, n. 292, convertito con modificazioni dalla legge 8 novembre 1991, n. 356, attraverso il quale è stata introdotta una deroga alla disciplina cautelare ordinaria per i reati in materia di criminalità organizzata e altri gravi reati quali devastazione, saccheggio, strage, delitti a fine terroristico o eversivo, in materia di stupefacenti, omicidio, rapina, estorsione aggravata, sequestro di persona, fabbricazione o traffico d’armi.

“relativa” in merito alla sussistenza delle esigenze cautelari, “assoluta” con riguardo all’adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere⁵⁹².

La legge n. 332 del 1995⁵⁹³ opera, invece, un mutamento di prospettiva rispetto alla legislazione emergenziale, poiché attua un forte ridimensionamento dei reati per i quali è previsto il meccanismo custodiale obbligatorio, anche nella prospettiva di un potenziamento delle garanzie difensive. In quest’ottica, si interviene sulla riduzione del novero delle fattispecie sottoposte al regime speciale, e si circoscrive ai delitti associativi in materia di mafia e a quelli a essi collegati per il metodo o la finalità che li ispira, detta disciplina speciale⁵⁹⁴.

La legge del 1995 sopra riportata, che riesce ad uscire indenne dal giudizio di costituzionalità⁵⁹⁵ e dal vaglio della Corte europea dei diritti dell’uomo⁵⁹⁶ viene in

⁵⁹² L’esito, in tal caso, risulta costituito dalla possibilità, non negoziabile, tra libertà e carcere, potendo assumere valenza soltanto la insussistenza delle esigenze cautelari. Una scelta, quindi, che ha rappresentato un’importante compromissione dei principi costituzionalmente stabiliti. Così P. FERRUA, *Poteri istruttori del pubblico ministero e nuovo garantismo*, in V. GREVI (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano, 1996, p. 246.

⁵⁹³ Legge 8.8.1995, n. 332, Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione, di misure cautelari e di diritto di difesa, pubblicato in G.U. n. 184 del 8.8.1995.

⁵⁹⁴ A tale proposito, si riscontra, appunto, una restrizione delle ipotesi ai soli casi di criminalità organizzata di stampo mafioso di cui all’art. 416 *bis* c.p. o di reati commessi usufruendo del metodo mafioso o per agevolare l’organizzazione mafiosa stessa. Al riguardo, tale restrizione è stata considerata apodittica sia per il persistere, in quel dato momento, della grave minaccia da parte della criminalità organizzata alla struttura statale, sia per la dubbia opportunità di mantenere l’eccezione applicativa non già per tutti i reati dell’art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p., ma solo per le fattispecie di cui all’art. 416 *bis* c.p.p. Così V. GREVI, *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995, n. 332, tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in V. GREVI (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa*, cit., p. 9. Cfr. E. MARZADURI, *sub art. 5, l. 8.8.1995, n. 332*, in *Leg. pen.*, 1995, p. 627.

⁵⁹⁵ Si tratta dell’ordinanza della Corte costituzionale 24 ottobre 1995, n. 450. In tale ordinanza il giudice delle leggi dichiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 275, comma 3, c.p.p., del testo allora vigente, sollevata con riferimento agli artt. 3, 13, comma 1, e 27, comma 2, Cost. Al riguardo, v. D. NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell’art. 275, comma 3, c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 2835 ss. Di particolare rilievo risulta il fatto che nell’ordinanza *de quo* la Consulta affermi, incidentalmente, l’estraneità al tema oggetto del giudizio del canone della presunzione di non colpevolezza, evidenziando, quindi, il peculiare requisito dei sodalizi criminosi di stampo mafioso in grado di giustificare calibrature differenti di interessi, estranei a quelli valutati nelle situazioni ordinarie del codice. Così S. QUATTROCOLO, *Aporie e presunzioni nei criteri selettivi della tutela cautelare personale*, cit., pp. 217 ss.

⁵⁹⁶ Corte EDU, sez. I., sentenza 6.11.2003, *Pantano c. Italia*, §69. In tale pronuncia i giudici di Strasburgo hanno escluso che la censurata presunzione potesse porsi in contrasto con il dettato convenzionale il quale può ben essere posto in bilanciamento con straordinarie situazioni eccezionali come

seguito riscritta dal cosiddetto “pacchetto sicurezza del 2009”⁵⁹⁷, il quale la estende a una serie di fattispecie delittuose tra loro eterogenee: dai delitti in materia di violenza sessuale a quelli in tema di pedopornografia e prostituzione minorile, dall’omicidio ai delitti associativi richiamati dall’articolo 51, commi 3 *bis*, e 3 *quater* del codice di procedura penale⁵⁹⁸.

Ebbene, l’attuale quadro normativo dell’art. 275, comma 3, prima parte, c.p.p., relativamente al giudizio di proporzionalità e adeguatezza della misura cautelare, contiene una triplice matrice⁵⁹⁹.

Infatti, accanto ad un’applicazione “ordinaria” dell’art. 275, comma 3, c.p.p., e ad un’applicazione di un regime di tipo “speciale” di carattere automatico, con alla base una presunzione di pericolosità assoluta, riscontriamo anche la previsione di un ulteriore regime cautelare speciale, facente leva su una presunzione di pericolosità di tipo relativo, applicata solo per alcune fattispecie delittuose, sulle quali si è pronunciata, a più riprese, la Corte costituzionale. Il riferimento riguarda le pronunce del Giudice delle leggi, sopraggiunte a seguito dell’emanazione della novella del predetto “pacchetto sicurezza” del 2009 per mezzo delle quali, attraverso la declaratoria

quelle, appunto derivanti dai fenomeni legati alla criminalità organizzata di stampo mafioso. In tale pronuncia, pertanto, la Corte ha concluso per la tollerabilità della presunzione applicativa in sede cautelare, sebbene la stessa Corte abbia, allo stesso tempo, manifestato un certo scetticismo verso le presunzioni assolute come quelle appunto governanti l’art. 275, comma 3, c.p.p. Per un approfondimento sulla predetta pronuncia v. G. MANTOVANI, *Dalla corte europea una “legittimazione” alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia*, in *Leg. pen.*, 2004, pp. 513 ss.

⁵⁹⁷ Si tratta del decreto legge 23.2.2009, n. 11, recante “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori”, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38.

⁵⁹⁸ Tale catalogo è stato poi ulteriormente ampliato dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, recante, ancora una volta, “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”, che ne ha esteso l’operatività ai delitti di favoreggiamento dell’immigrazione illegale di cui all’art. 12 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, ossia il Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

⁵⁹⁹ La fisionomia attuale dell’art. 275, comma 3, c.p.p. riproduce e fotografa, in qualche modo, lo scenario presente nell’ultimo periodo di vigenza del vecchio codice in cui vi era la contemporanea presenza dell’esigenza di emanare un nuovo codice da un lato, di attuare l’inasprimento del contrasto alla violenza terroristica dall’altro, soprattutto in relazione all’istituto della cattura obbligatoria. Tali ambivalenti esigenze creavano, e creano tutt’ora, un vero e proprio contrasto tra i principi costituzionali ex artt. 3, 13, comma 1, 27, comma 2, Cost., e le esigenze di difesa sociale. Così S. QUATTROCOLO, *Aporie e presunzioni nei criteri selettivi della tutela cautelare personale*, cit., pp. 217 ss.

della parziale illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p., viene “sostituita”, per alcune fattispecie delittuose, la presunzione di pericolosità sociale *iuris e de iure* con una presunzione *iuris tantum*.

In sostanza, per molti reati, la Corte Costituzionale ha trasformato progressivamente la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere in una presunzione vincibile attraverso elementi che dimostrino come le sussistenti esigenze cautelari possano essere soddisfatte attraverso la scelta di altre misure⁶⁰⁰.

Pertanto, chiamata a pronunciarsi ripetutamente sull'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p. nella parte in cui fa riferimento alle diverse fattispecie inserite dal pacchetto sicurezza, la Corte costituzionale ha progressivamente demolito l'impianto costruito dal legislatore del 2009⁶⁰¹ rispetto alle scelte emergenziali, scelte del tutto antitetico allo spirito del codice di rito del 1988⁶⁰².

La sentenza n. 265 del 2010 della Corte costituzionale apre il varco ad una sequenza di declaratorie sulla parziale illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma

⁶⁰⁰ Cfr. M. CHIAVARIO, *Ancora libertà “ch'è si cara... e qualche interrogativo sul rispetto dei confini di ruoli istituzionali*, in *Leg. pen.*, 2012, pp. 2 ss.

⁶⁰¹ Per un approfondimento sulle singole predette declaratorie di incostituzionalità dell'art. 275, comma 3, c.p.p. v. Corte cost., sent. 21.7.2010, n. 265, in *Guida dir.*, 2010, n. 35, pp. 60 ss., con nota di S. LORUSSO, *Necessario valutare la possibilità di applicare misure meno rigorose della custodia in carcere*; Corte cost., sent. 9.5.2011, n. 164, in *Guida dir.*, 2011, n. 22, pp. 75 ss., con nota di S. LORUSSO, *Altre norme a rischio bocciatura irrispettose del “minor sacrificio necessario”*; Corte cost., sent. 22.7.2011, n. 231, in *Guida dir.*, 2011, nn. 33-34, pp. 60 ss., con commento di S. LORUSSO, *Il variegato panorama del vincolo associativo impedisce di formulare una regola di esperienza*; Corte cost., 12.12.2011, n. 331, in www.cortecostituzionale.it; Corte cost., sent., 18.4.2012, n. 110 in *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 671 ss., con nota di G. DI CHIARA, *Custodia in carcere e rigidi automatismi: prosegue la sequenza delle declaratorie di incostituzionalità*.

Tra le pronunce demolitorie più significative, emanate dalla Corte costituzionale, nell'ordine cronologico troviamo: la sentenza “apripista” Corte cost., 7.7.2010, n. 265; Corte cost. 9.5.2011 n. 164; Corte cost. 9.7.2011, n. 231; Corte cost., 12.12.2011, n. 331, riferita all'art. 12, comma 4 *bis*, d.lgs. 25.7.1998, n. 286; Corte cost., 18.4.2012, n.110; Corte cost., 3.7.2013, n. 213; Corte cost., 23.3.2013, n. 57; Corte cost., 23.7.2013, n. 232.

⁶⁰² Le critiche alle scelte emergenziali del 2009 sono state molteplici e hanno riguardato soprattutto l'utilizzo della legislazione penale per scopi di difesa sociale tendenti, nel contempo, alla diffusione di un senso di insicurezza nei cittadini. Per un approfondimento sul tema dell'utilizzo del diritto penale per scopi di difesa e controllo sociale v. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Milano, 1997, *passim*; G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, pp. 5 ss.; P. PISA (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, cit., *passim*.

3, c.p.p., in riferimento alle modifiche apportate dalla predetta riforma emergenziale del 2009, poiché ampliativa delle fattispecie delittuose sottoposte al regime speciale cautelare. Il punto nodale della pronuncia riguarda, come predetto, la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere che l'art. 275, comma 3, c.p.p. enuncia rispetto ad un ampio catalogo di reati. Si tratta del regime cautelare speciale, introdotto nel 1991 con riferimento ai reati di criminalità organizzata e ad altre gravi fattispecie, tendente a ridurre al minimo i poteri discrezionali del giudice in sede cautelare nell'ottica del doppio binario. Lo schema procedimentale che prevede in questi casi una doppia presunzione, in presenza del *fumus commissi delicti ex art. 273, comma 1, c.p.p.*, paralizza di fatto l'intervento giurisdizionale con importanti riflessi anche sull'obbligo di motivazione posto in capo al giudice⁶⁰³.

La predetta sentenza n. 265 del 2010 esprime il disagio della coscienza giuridica italiana ad accettare un indiscriminato ampliamento del ricorso a meccanismi automatici indefettibili di applicazione delle misure cautelari, in relazione a fattispecie che non si prestano alla cristallizzazione del giudizio di adeguatezza in forma normativa⁶⁰⁴. Detta sentenza, nel ridurre l'ambito oggettivo della "presunzione di adeguatezza" della custodia cautelare in carcere, di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p., ha introdotto una distinzione tra presunzioni ammissibili e presunzioni inammissibili di pericolosità sociale. Secondo la Corte, l'irragionevolezza della presunzione assoluta in generale, e di pericolosità sociale in particolare, si coglie tutte le volte in cui risulti "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa⁶⁰⁵. Si tratta di un criterio secondo il quale la giustificabilità della presunzione assoluta si basa sull'*id quod plerumque accidit*.

A seguito della suddetta pronuncia è così caduta nel nulla la presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere per gli imputati di reati di natura

⁶⁰³ Quest'ultimo, infatti, salvo che non sia dimostrata l'insussistenza di esigenze cautelari per mezzo della presunzione relativa, è obbligato a disporre la custodia cautelare in carcere. v. Corte cost., sent. 21.7.2010, n. 265, cit.

⁶⁰⁴ Al riguardo v. S. QUATTROCOLO, *Aporie e presunzioni nei criteri selettivi della tutela cautelare personale*, cit., p. 222.

⁶⁰⁵ Sul tema v. F. CAPRIOLI, *Pericolosità e processo penale*, cit., p. 40.

sessuale *ex art. 275 comma 3 c.p.p.*⁶⁰⁶. La Corte costituzionale ha trasformato la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere in una presunzione vincibile attraverso elementi che dimostrino come le sussistenti esigenze cautelari possano essere soddisfatte attraverso la scelta di altre misure⁶⁰⁷.

La Corte, nella sentenza n. 265 del 2010, ha aggiunto un'altra affermazione di principio rispetto all'esigenza di contrastare situazioni che sono causa di allarme sociale. A parere della Consulta, infatti, non si può fronteggiare l'allarme sociale, cagionato dalla commissione di gravi reati, per mezzo del processo e quindi della custodia preventiva. La funzione di rimuovere l'allarme sociale causato dal reato è infatti un compito della pena perché presuppone la certezza circa la responsabilità di colui che ha turbato l'ordine sociale. Questo principio vale, in realtà, sia per la custodia preventiva che per il processo penale⁶⁰⁸.

D'altro canto, la Corte costituzionale con la sentenza n. 265 predetta ha avuto modo di confermare la straordinaria rilevanza cautelare delle esigenze di difesa sociale di fronte alla minaccia del crimine organizzato e la conseguente razionalità dei meccanismi presuntivi di adozione automatica della più grave misura coercitiva con riferimento alla criminalità mafiosa. Nel censurare la scelta legislativa di assimilare nel trattamento cautelare differenziato delitti, come la violenza sessuale, che non trovano significativi punti di contatto con la criminalità mafiosa, il giudice delle leggi ha infatti inteso ribadire che “dalla struttura stessa della fattispecie di criminalità organizzata e delle sue connotazioni criminologiche – connesse alla circostanza che

⁶⁰⁶ Le decisioni della Corte costituzionale prendono le mosse dalla sentenza n. 139 del 2010, in materia di patrocinio dei non abbienti. In quest'ultima pronuncia la Consulta ha ritenuto che l'imputato possa essere ammesso alla prova contraria, cioè possa dimostrare al giudice di essere rimasto nullatenente malgrado la sua partecipazione all'associazione mafiosa. In caso di riscontro positivo, l'imputato predetto potrà ottenere, così, il diritto ad essere difeso a spese dello Stato.

⁶⁰⁷ Al riguardo, v. S. QUATTROCOLO, *Aporie e presunzioni nei criteri selettivi della tutela cautelare personale*, cit., p. 223. Secondo Quattrococo, alla Corte costituzionale “non piacciono” gli automatismi cautelari. Cita al riguardo le sentenze Corte cost. 231 e 331 del 2011, giunte a dichiarare, rispettivamente, l'incostituzionalità parziale dell'art. 275, comma 3, e dell'art. 12, comma 4 *bis*, d.lgs. 25.7.1998 n. 268, in relazione a fattispecie per loro natura per lo più associative, diversamente da quelle fin lì considerate nelle sentt. n. 265 e 164. In tali pronunce, infatti, si è voluto distinguere tra associazioni criminose *tout court* e associazioni di stampo mafioso.

⁶⁰⁸ F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale e processo penale*, cit., p. 41.

l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice – deriva, nella generalità dei casi concreti ad essa riferibili e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, una esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere”. Tale assunto, pertanto, non può valere riguardo ai delitti a sfondo sessuale in considerazione.

All'interno della stessa pronuncia, la Corte costituzionale da un lato, dunque, legittima il regime eccezionale di applicazione obbligatoria di una misura di tipo penale a carico degli imputati per fatti di mafia e dall'altro, riafferma il valore della presunzione d'innocenza come sbarramento insuperabile, in sede cautelare, differenziando le fattispecie di reati a sfondo sessuale da quelle tipicamente caratterizzate dal vincolo mafioso, per poi spingersi addirittura sul terreno della condivisibile critica alla difesa sociale quale valore ispiratore della disciplina processuale⁶⁰⁹.

Seguendo lo stesso percorso argomentativo e motivazionale la Corte costituzionale torna a pronunciarsi sul tema predetto, a distanza di poco tempo, con la sentenza n. 164 del 2011 in riferimento al delitto di “omicidio volontario” annoverato tra le fattispecie del “pacchetto sicurezza” sottoposte al regime speciale cautelare. In tale pronuncia la Consulta ha ribadito che le presunzioni assolute, specialmente quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza se sono arbitrarie e irragionevoli, ovverosia quando non rispondono a dati di esperienza generalizzati sintetizzabili nella nota formula dell'*id quod plerumque accidit*. In particolare, la presunzione assoluta è da considerarsi irragionevole qualora risulti agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a fondamento di detta presunzione⁶¹⁰.

⁶⁰⁹ O. MAZZA, *Le persone pericolose. In difesa della presunzione d'innocenza*, cit., p. 12.

⁶¹⁰ Al riguardo, oltre Corte cost., 21.7.2010, n. 265, cit., v. anche altre sentenze che censurano le presunzioni *iuris et de iure*: Corte cost., sent., 14.4.2010 n. 139, in materia di esclusione dal patrocinio a spese dello Stato di affiliati ad organizzazioni criminose, su cui v. B. GIORIS, *Criminalità organizzata e accesso al patrocinio a spese dello Stato: una disciplina colpita dai fulmini dell'incostituzionalità*, in *Leg. pen.*, 2010, pp. 345 ss.; Corte Cost., 6.7.2012, n.172, in materia di regolarizzazione di stranieri

La Corte costituzionale ha così ereditato, facendolo proprio, il principio scien-
tista post-positivista, della falsificabilità delle ipotesi, applicandolo alla materia
cautelare, attraverso la distinzione tra massime d'esperienza la cui tenuta va valutata
in concreto, massime d'esperienza accettate ma delle quali non è possibile escludere
in astratto la falsificazione mediante prova contraria, poste a base quindi della pre-
sunzione relativa e infine, massime d'esperienza non falsificabili, poste, dunque, a
fondamento delle presunzioni assolute⁶¹¹.

La Consulta ha precisato che la gravità in astratto del reato, desumibile dalla
misura della pena o dal rango dell'interesse protetto, non può costituire un indice di
ragionevolezza, trattandosi di parametro proprio dei giudizi di colpevolezza che non
può fungere da elemento preclusivo in ordine alla verifica della sussistenza di esi-
genze cautelari, del loro grado e della conseguente individuazione della misura più
idonea a soddisfarle. In tale ipotesi, infatti, si produrrebbe una lesione dell'articolo
27, comma 2, Cost. perché si attribuisce alle misure cautelari tratti funzionali tipici
della pena⁶¹².

In relazione alla fattispecie dell'omicidio volontario *ex art. 575 c.p.*, richiamata
nella pronuncia n. 164 del 2011 predetta, la Corte costituzionale ha evidenziato come
tale reato, molto spesso, rappresenti la conseguenza di una condotta meramente
individuale, più che altro originata da pulsioni occasionali, emotive e/o passionali,
dettate dal rapporto con la vittima o dal contesto ambientale e sociale. Ciò significa
che è possibile escludere a priori la possibilità che una misura cautelare diversa dal

che svolgono impieghi di colf o badanti, i quali, abbiano subito una condanna penale anche non
definitiva, per uno dei reati di cui all'art. 381 c.p.p. Su quest'ultimo tema v. M. GILARDI, *Principio di
uguaglianza e "regolarizzazioni" di stranieri: una nuova censura per le presunzioni assolute di
pericolosità*, in *Leg. pen.*, 2012, pp. 647 ss.

⁶¹¹ Sul punto v. Corte cost., sent. 9.5.2011, n. 164, in *Guida dir.*, 2011, n. 22, pp. 75 ss., con nota di S.
LORUSSO, *Altre norme a rischio bocciatura irrispettose del "minor sacrificio necessario"*. In sostan-
za, la Consulta ha proseguito, rispetto alla pronuncia n. 265 del 2010, nell'opera di restringimento
dell'ambito di operatività della presunzione assoluta cautelare, criticando, altresì, la riforma del 2009
per avere esteso la disposizione censurata a fattispecie delittuose tra loro del tutto eterogenee, quanto a
oggetto, struttura e trattamento sanzionatorio.

⁶¹² In tal caso si legittimerebbe l'equiparazione di fatto dello *status* di imputato a quello di condannato
e si permetterebbe conseguentemente di piegare, all'esigenza di difesa sociale, la custodia cautelare in
carcere, distorcendone quindi la natura servente rispetto al processo stabilita *ex art. 13 Cost.*. In tal
senso v. anche Corte cost., 7.7.2005, n. 299, in www.cortecostituzionale.it.

carcere possa essere in grado di neutralizzare il fattore scatenante la condotta omicida o impedirne la riproposizione, a differenza di quanto invece può accadere per i reati di mafia implicanti l'esistenza di un vincolo di appartenenza permanente ad un sodalizio criminoso, radicato nel territorio e avente forza intimidatrice. Tali distinzioni criminologiche non possono non riverberarsi nella scelta della misura cautelare più idonea da adottare in concreto, nel rispetto dei meccanismi individualizzanti di selezione del trattamento cautelare che il principio del "minore sacrificio necessario" e del suo corollario consistente nella "pluralità graduata" normato nel codice del 1988, implica in virtù dell'esigenza di contenere la limitazione della libertà personale prima della condanna definitiva⁶¹³.

Nella sentenza n. 231 del 2011, la Corte costituzionale è stata nuovamente chiamata a valutare la legittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p., così come modificato dall'art. 2 del d.l. n. 11 del 2009, convertito in legge n. 38 del 2009, nella parte in cui non consente di applicare la misura degli arresti domiciliari, o altra misura cautelare che comunque risulti meno afflittiva della custodia in carcere, in relazione al "delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui all'art. 74 del d.P.R. 9.10.1990, n. 309", ritenuta dal giudice *a quo* contrastante con gli artt. 3, 13, comma 1, e 27, comma 2, Cost.⁶¹⁴.

Ancora nella sentenza n. 331 del 2011, la Consulta è giunta a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 12, comma 4 *bis* del d.lgs. 25.7.1998 n. 268 in relazione ad una certa categoria di delitti associativi. Nelle predette pronunce nn. 231 e 331,

⁶¹³ Non è un caso che l'art. 575 c.p. facesse inizialmente parte del pacchetto di reati per i quali la legge 12 luglio 1991, n. 203, aveva introdotto il regime differenziato, per poi escluderlo con l'intervento correttivo operato dalla legge n. 332 del 1995.

⁶¹⁴ Su tale pronuncia v. Corte cost., sent., 22.7.2011, n. 231, in *Giur. cost.*, 2011, p. 2965, con note di A. MARANDOLA, *Associazione per il narcotraffico e negazione della "ragionevolezza" della carcerazione obbligatoria fra Corte costituzionale e Sezioni Unite* e di L. SCOMPARIN, *Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi presuntivi*; in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 2950, con nota di G. DI CHIARA, *Custodia in carcere, criteri di scelta delle misure e rigidi automatismi: ancora una declaratoria di incostituzionalità*; in *Guida dir.*, 2011, nn. 33-34, pp. 60 ss., con commento di S. LORUSSO, *Il variegato panorama del vincolo associativo impedisce di formulare una regola di esperienza*; e in *Legisl. pen.*, 2001, p. 3, con commento di E. MARZADURI, *Ancora ristretto il campo di operatività della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*.

del 2011, infatti, si è voluto distinguere tra associazioni criminose *tout court* e associazioni di stampo mafioso⁶¹⁵. Invero, nella sentenza n. 231 del 2011 sulle associazioni finalizzate al narcotraffico e nella sentenza n. 331 del 2011 relativa alle figure di favoreggiamento delle immigrazioni illegali richiamata dall'art. 12, comma 4 *bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998, il Giudice delle leggi ha affermato la violazione dell'art. 3 Cost. da parte del legislatore, per l'ingiustificata parificazione delle suddette fattispecie delittuose ai delitti di mafia e per l'irrazionale assoggettamento ad un medesimo regime cautelare dei diversi fatti riconducibili alle indicate figure criminose⁶¹⁶.

In particolare, con la pronuncia n. 331 del 2011 la Consulta ha avuto modo, infatti, di porre in evidenza come il delitto di associazione di tipo mafioso è normativamente connotato – di riflesso a un dato empirico-sociologico – da un vincolo associativo tendente ad esprimere una forza di intimidazione e condizioni di assoggettamento e di omertà, che da quella derivano, per conseguire determinati fini illeciti⁶¹⁷.

Anche con la sentenza n. 110 del 2012⁶¹⁸ la Consulta ha dichiarato, ancora una volta, l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p., come modificato dall'art. 2, comma 1, d.l. n. 11 del 2009, convertito in legge n. 38 del 2009, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 416 c.p., realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p., è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigen-

⁶¹⁵ Cfr. L. SCOMPARIN, *Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi presuntivi*, cit., p. 3736.

⁶¹⁶ Al riguardo v. I. NICOTRA, *Diritto pubblico e costituzionale*, Torino, 2013, p. 93.

⁶¹⁷ Caratteristica essenziale è proprio tale specificità del vincolo che sul piano concreto, implica ed è suscettibile di produrre una permanente adesione tra gli associati, nonché una rigida organizzazione gerarchica caratterizzata da una rete di collegamenti sul territorio che produce diffusività dei risultati illeciti e un conseguente progressivo accrescimento della forza intimidatrice proveniente dal sodalizio criminoso. Al riguardo v. Corte cost., sent., 18.4.2012, n. 110 in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 672, con nota di G. DI CHIARA, *Custodia in carcere e rigidi automatismi: prosegue la sequenza delle dichiarazioni di incostituzionalità*.

⁶¹⁸ Al riguardo v. Corte cost., sent., 18.4.2012, n. 110 in *Dir. pen. proc.*, 6/2012, p. 671 ss., e in *Giur. Cost.*, 2012, pp. 1619 ss.

ze 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.

Secondo la Corte costituzionale i reati oggetto delle suddette pronunce di illegittimità non sono assolutamente equiparabili alle fattispecie criminose di stampo mafioso⁶¹⁹.

Nelle precedenti decisioni, alle quali la Consulta fa espresso riferimento in questa pronuncia, si è rilevato come, alla luce dei principi costituzionali *ex artt.* 13, comma 1, sull’inviolabilità della libertà personale, 27, comma 2, sulla presunzione di non colpevolezza, la disciplina delle misure cautelari debba essere ispirata al criterio del “minimo sacrificio necessario”; ciò significa che la compressione della libertà personale deve essere contenuta entro limiti indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto⁶²⁰.

Rispetto ai reati di cui agli artt. 473 e 474 c.p. si pongono problemi analoghi a quelli posti a base delle precedenti declaratorie di incostituzionalità dell’art. 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p. Invero, anche la fattispecie criminosa individuata dal giudice *a quo*, imperniata sulla norma incriminatrice generale dell’associazione per delinquere dettata dall’art. 416 c.p., è caratterizzata da una certa “apertura” della

⁶¹⁹ Così Corte cost. n. 219 del 2008. Infatti, la Corte rammenta come l’art. 275, comma 3, c.p.p., sia frutto di numerose stratificazioni legislative che ha visto, più di recente, il legislatore del 2009 estendere la disciplina introdotta dalla legge n. 332 del 1995 per i delitti di cui all’art. 416 *bis* c.p. o commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416 *bis* ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dallo stesso articolo 5, comma 1, legge n. 332 del 1995, anche a numerose altre fattispecie penali, tra le quali quelle individuate attraverso il richiamo ai delitti di cui all’art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p. Successivamente, il delitto di associazione per delinquere realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 è stato inserito nel catalogo di cui all’art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p., dall’art. 15, comma 4, della legge 23.7.2009 n. 99, Disposizioni per lo sviluppo e l’internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia.

⁶²⁰ Ciò impegna il legislatore a strutturare il sistema cautelare secondo il modello della “pluralità graduata” predisponendo una gamma di misure alternative alla custodia cautelare in carcere, connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà personale, e a prevedere scelte “individualizzanti” del trattamento cautelare, calibrate sulle necessità individuabili dalle singole fattispecie concrete. Del resto, a queste regole cardine si conforma la disciplina generale del codice di rito penale, basata sulla tipizzazione di un ventaglio di misure di gravità crescente *ex artt.* 281-285 c.p.p. e sulla correlata enunciazione del principio di adeguatezza *ex art.* 275, comma 1, c.p.p. Sul punto v. Corte cost., sent., 18.4.2012, n. 110, in *Dir. pen. proc.*, 2012, con nota di G. DI CHIARA, *Custodia in carcere e rigidi automatismi: prosegue la sequenza delle declaratorie di incostituzionalità*, pp. 672 ss.

definizione, qualificata solo dalla tipologia dei reati-fine, ossia i delitti di cui agli artt. 473 e 474 c.p., e non, piuttosto, da connotazioni tipiche dell'associazione stessa. Infatti, il paradigma legale della figura criminosa di cui si discute risulta completamente scollegato dalle caratteristiche normative previste per l'associazione di stampo mafioso e quindi, con riguardo ad essa, tale figura risulta incapace di fornire una base statistica alla presunzione in esame⁶²¹.

Nella fattispecie in questione, pertanto, difettano le caratteristiche che hanno condotto la Corte a ritenere legittimo il regime cautelare speciale per i reati di mafia. Al riguardo, deve pertanto escludersi che l'inserimento dell'associazione per delinquere, realizzata allo scopo di commettere i reati di cui agli artt. 473 e 474, tra i reati indicati nell'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. sia idoneo a offrire legittimazione costituzionale alla norma in esame⁶²².

Lo spostamento sul versante della presunzione relativa, effettuato, a più riprese, dalla Corte costituzionale non viene considerato del tutto efficace sul piano del rispetto delle garanzie individuali. Infatti, la possibilità di rovesciamento della presunzione cautelare non assoluta è assai limitata in un contesto non basato sul contraddittorio cautelare anticipato⁶²³.

⁶²¹ All'associazione per delinquere realizzata allo scopo di commettere i reati di cui agli artt. 473 e 474 c.p., sono infatti riconducibili fattispecie concrete diverse. Ciò risulta confermato da alcuni orientamenti della Corte di cassazione: Cass., sez. VI, 15.6.2011, n. 25698 dove per la configurazione del reato *ex art.* 416 c.p. la Corte ha ritenuto sufficiente l'esistenza di strutture anche rudimentali; oppure *Id.*, sez. V, 5.5.2009, n. 31149 dove si è richiesto, per la predetta configurazione, lo svolgimento dell'attività associativa per un breve periodo.

⁶²² La Corte ha infatti chiarito che la disciplina *ex art.* 51, comma 3 *bis*, c.p.p. risponde a una logica distinta e singolare rispetto a quella di cui alla disposizione scrutinata, dettata più che altro da ragioni di opportunità legate alle esigenze degli uffici del pubblico ministero e alle tecniche d'indagine richieste per alcune tipologie di reati. In tal senso, v. Corte cost. n. 231 del 2011.

⁶²³ Purtroppo, la previsione di cui all'art. 291 c.p.p., in forza della quale "le misure cautelari sono disposte su richiesta del pubblico ministero, che presenta al giudice competente gli elementi su cui la richiesta si fonda, nonché tutti gli elementi a favore dell'imputato ...", raramente viene applicata nel concreto e solo sporadicamente avviene che, tra il materiale fornito al P.M., vi siano elementi in grado di rovesciare la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere. Del resto, anche attraverso indagini difensive può non essere agevole la dimostrazione dell'adeguatezza di una misura diversa dalla custodia cautelare. Sul punto v. S. QUATTROCOLO, *Aporie e presunzioni nei criteri selettivi della tutela cautelare personale*, cit., p. 223.

Di recente, la Corte costituzionale, con sentenza n. 57 del 2013, si è pronunciata in ordine alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere con riferimento ai delitti commessi avvalendosi del “metodo mafioso” o al fine di agevolare l’attività delle associazioni di tipo mafioso⁶²⁴. In tale ipotesi, il Giudice delle leggi ha affermato, specificamente, come la norma censurata⁶²⁵ si ponga in contrasto con l’art. 3 Cost., per l’ingiustificata parificazione dei procedimenti relativi ai delitti in questione a quelli concernenti il delitto di cui all’art. 416 *bis* c.p. e per l’irrazionale assoggettamento ad un medesimo regime cautelare delle diverse ipotesi riconducibili alle due fattispecie in esame. La Consulta ha ritenuto, inoltre, violato l’art. 13, comma 1, Cost. quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale, e l’art. 27, comma 2, Cost., in quanto attributivo alla coercizione processuale di tratti funzionali tipici della pena⁶²⁶.

Alle medesime conclusioni è giunta la Corte, con la sentenza n. 213 del 2013⁶²⁷ in ordine al reato di sequestro di persona a scopo di estorsione di cui all’art. 630 c.p., al quale il regime cautelare speciale era stato esteso dal secondo periodo dell’art. 275, comma 3, c.p.p. tramite il richiamo “mediato” alla norma processuale di cui all’art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p.⁶²⁸.

⁶²⁴ Tali delitti, infatti, sono assoggettati al regime cautelare speciale in virtù del richiamo operato dall’art. 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p. all’art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p.. Ebbene, la Corte costituzionale, con decisione del 29.3.2013, n. 57, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p. “nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai 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, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi ai 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 possano essere soddisfatte con altre misure”.

⁶²⁵ Art. 275, comma 3, c.p.p. come modificato dall’art. 2, comma 1, d.l. n. 11 del 2009, conv. con modificazioni in legge n. 38 del 2009.

⁶²⁶ Al riguardo v. Corte cost., 29.3.2013, n. 57, cit.

⁶²⁷ Sul punto v. Corte cost., 18.7.2013, n. 213, cit.

⁶²⁸ Tale ipotesi criminosa, infatti, può assumere le più disparate connotazioni concrete: dal fatto commesso “professionalmente” e con modalità efferate da organizzazioni criminali rigidamente strutturate e dotate di ingenti dotazioni di mezzi e di uomini; all’illecito realizzato *una tantum* da singoli o da gruppi di individui, quale reazione ad un’altrui condotta apprezzata come scorretta e al solo fine di eliderne le conseguenze patrimoniali. Del che deve conclusivamente inferirsi che in un

Come già precisato dalla Consulta, ciò che vulnera i valori costituzionali non è la presunzione in sé ma il suo carattere assoluto che implica una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del “minor sacrificio necessario”.

Ancora più recente è la sentenza n. 232 del 2013 con la quale la Consulta ha ritenuto che anche rispetto al delitto di violenza sessuale di gruppo *ex art. 609 octies* c.p. siano applicabili misure cautelari diverse dalla mera custodia in carcere⁶²⁹.

In riferimento all’odierno tema, un atteggiamento tendenzialmente più conservatore è stato invece mantenuto dalla Suprema Corte. Infatti, rispetto agli automatismi cautelari *de quibus*, la Corte di Cassazione, ha mostrato, nel tempo, un atteggiamento non sempre del tutto coerente. A ben vedere, la stessa, per un verso, ha riproposto dopo la novella 2009, un’esigua giurisprudenza tendente a circoscrivere l’efficacia dell’automatismo applicativo custodiale al solo momento genetico della misura, dall’altro, ha ritenuto il giudice cautelare libero di decidere in sede di diversa decisione⁶³⁰.

In generale, secondo la Suprema Corte, la presunzione contenuta nell’art. 275, comma 3, c.p.p. deve intendersi, per essere considerata costituzionalmente compati-

numero non trascurabile di casi le esigenze cautelari potrebbero trovare risposta in misure diverse e meno afflittive della custodia carceraria. In www.giurisprudenzapenale.com 2013.

⁶²⁹ Al riguardo v. Corte cost., 16.7.2013, n. 232, in N.E. LA ROCCA, *La cattura obbligatoria tra scure della Corte costituzionale e inerzia colpevole del legislatore*, in www.archiviopenale.it/apw/wp-content/.../LaRoccaCorte-cost.232.pdf. Per un approfondimento sulla questione v. anche A. LUZIO, *Itinerari problematici in materia di prova e custodia cautelare*, in AA.VV., L. MARAFIOTI, G. PAOLOZZI (a cura di), *“Incontri ravvicinati” con la prova penale: un anno di seminari a Roma Tre*, Torino, 2014, p. 104.

⁶³⁰ Al riguardo v. Cass., VI, 4.2.2011, D’Angelo. V. anche Cass., sez. IV, 1.3.1995, Corea, massimata in *Arch. N.p.p.*, 1995, p. 463; Cass., sez. I, 6.8.1996, Corasanti. Nella sentenza del 20.1.2012, Lisi e al., la Suprema Corte ha addirittura “disapplicato” l’art. 275, comma 3, seconda parte, c.p.p., in relazione all’art. 609 *octies* c.p. sulla base di una presunta interpretazione conforme dell’orientamento già espresso dalla Consulta nella sentenza pilota n. 265 del 2010. Questo contegno è stato poi censurato dalla Corte costituzionale nella declaratoria di parziale illegittimità costituzionale dell’art. 275, comma 3, c.p.p., (sent. n. 110 del 2012) in relazione all’associazione per delinquere volta alla commissione dei reati di contraffazione di cui agli artt. 473 e 474 c.p. Contrariamente a questo orientamento, ultimamente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno confermato l’efficacia del meccanismo presuntivo, ove ancora previsto, anche in sede di delibazione successiva a quella genetica, rinnegando quanto precedentemente affermato. Il riferimento è a Cass., sez. Un., 10.9.2012, n. 34474, in www.penalecontemporaneo.it. Secondo S. Quattrocchio, la guerra fra Corti continua ad infervorare la scena processuale penale, e il tema della libertà personale conferisce sempre nuova linfa alla alimentare tale conflitto. v. S. QUATTROCOLO, *Aporie e presunzioni nei criteri selettivi della tutela cautelare personale*, cit., p. 227.

bile, di tipo “relativo” e dunque superabile da elementi di segno opposto che debbono però essere costituiti da indicatori specifici in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure⁶³¹. L’importanza di valutare il caso concreto, in ordine anche al requisito temporale di commissione del reato, è stato affermato di recente in riferimento all’art. 74 d.p.r. 309 del 1990⁶³².

Con riferimento al cosiddetto “concorso esterno in associazione mafiosa”, la Suprema Corte ha affermato che “la presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari di cui all’art. 275, comma 3, c.p.p. opera anche nel caso in cui sia stata contestata la fattispecie di concorso esterno in associazione di tipo mafioso⁶³³”.

Con la predetta pronuncia, la Corte di cassazione ha “confermato” la declaratoria parziale di incostituzionalità, da cui è derivata la relativizzazione della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere di cui alla sentenza Corte cost. n. 57 del 2013, relativamente ai delitti aggravati *ex art. 7* della legge n. 203 del 1991. A parere della Corte di cassazione lo stesso ragionamento non può sostenersi, in via generale, in ordine al reato di concorso esterno all’associazione mafiosa *ex art. 416 bis c.p.*⁶³⁴. A giudizio della Corte di cassazione, infatti, la commissione di singolo reato, anche aggravato dall’art. 7 d.l. n. 152 del 1991, non è indice, di per sé, di un perdurante collegamento dell’agente con l’associazione mafiosa, né della volontà di contribuire alla realizzazione del suo programma criminoso. Al contrario, il concorso esterno nell’associazione mafiosa implica che l’agente, pur non inserito stabilmente nella struttura organizzativa, fornisca un concreto, specifico, consapevole e volonta-

⁶³¹ Così Cass., sez. Un., 30.5.2013, n. 26711.

⁶³² Al riguardo v. Cass., sez. III, 1.4.2014, n. 27439. Si evidenzia come il tempo trascorso dalla commissione dal reato può costituire un elemento specifico, in relazione al caso concreto, dal quale risulta che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

⁶³³ Potrebbe essere superata solo valutando in via prognostica la ripetibilità della situazione che ha dato luogo al contributo dell’*extraneus* alla vita della consorte e, in questa prospettiva, tenendo conto dell’attuale condotta di vita e della persistenza o meno di interessi comuni con il sodalizio mafioso, senza la necessità di provare la rescissione del vincolo. Al riguardo v. Cass., sez. V, 10.6.2013, n. 25049.

⁶³⁴ V. Cass., sez. I, 22.1.2014, n. 2946.

rio contributo, che costituisca una condizione necessaria per la conservazione e il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione e sia diretto a realizzare il suo programma criminoso⁶³⁵.

Ritiene la Corte di cassazione inoltre, che gli effetti delle decisioni della Consulta tendano ad esplicarsi anche nei riguardi dei procedimenti cautelari in corso, e ciò anche se l'ordinanza applicativa della custodia cautelare sia antecedente alla dichiarazione di incostituzionalità *de qua*, e ciò sull'evidente rilievo che la censura delle disposizioni sulla presunzione di adeguatezza deve essere considerata anche in sede di legittimità e nonostante la mancanza di una precisa doglianza in merito, non potendosi ammettere che la limitazione della libertà possa fondarsi sopra finzioni ormai inammissibili⁶³⁶.

Relativamente alle altre fasi del procedimento penale, in ordine alla necessità di adottare una misura cautelare, laddove vi sia una condanna in appello, il giudice può ritenere sicuramente sussistenti i gravi indizi di colpevolezza. La norma richiede in questa ipotesi che sussistano le esigenze cautelari e le altre condizioni previste dal codice, ossia la condanna deve riguardare uno dei delitti di cui all'art. 380, comma 1, c.p.p. e tale reato deve essere stato commesso da soggetto condannato nei cinque anni precedenti per delitti della stessa indole. Nel caso di condanna in primo grado il giudice può ma non deve necessariamente disporre la misura cautelare in presenza di esigenze cautelari. In entrambi i casi è necessaria la richiesta del P.M., essendo i poteri di iniziativa del giudice limitati alle ipotesi previste dall'art. 276 c.p.p.⁶³⁷.

Sul tema in oggetto, relativo all'applicazione della custodia cautelare (obbligatoria) in carcere per alcune tipologie delittuose, si ritiene di condividere la proposta, secondo la quale sarebbe opportuno estendere il regime ordinario, quindi la presunzione *iuris tantum*, alla generalità dei reati, prevedendo conseguentemente un onere

⁶³⁵ Cfr. Cass., sez. II, 26.3.2014, n. 17784.

⁶³⁶ Così Cass., sez. I, 18.4.2013, n. 20515, in riferimento agli effetti che può assumere la decisione della Corte costituzionale n. 57 del 2013.

⁶³⁷ V. GAROFOLI, *Diritto processuale penale*, Milano 2012, *passim*.

di motivazione in capo al giudice, rappresentando la presunzione assoluta un sacrificio troppo elevato sul piano delle garanzie personali⁶³⁸.

Al riguardo, ci si domanda se la presunzione per i reati di mafia sia da ritenersi ragionevole secondo il principio *dell'id quod plerumque accidit*⁶³⁹. Sarebbe opportuno, in dottrina, focalizzare l'attenzione sulla ragionevolezza circa la sussistenza di una presunzione assoluta⁶⁴⁰.

⁶³⁸ V. S. QUATTROCOLO, *Aporie e presunzioni nei criteri selettivi della tutela cautelare personale*, cit., p. 227. Nella sentenza pilota n. 265 del 2010, la Corte costituzionale nel censurare la scelta legislativa di assimilare nel trattamento cautelare differenziato delitti come la violenza sessuale, che non trovano significativi punti di contrasto con la criminalità mafiosa, ha voluto ribadire l'eccezionalità della struttura della fattispecie mafiosa e delle sue connotazioni criminologiche descritte *ut supra*, connesse, appunto, alla circostanza circa l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso, implicante l'adesione permanente ad un sodalizio criminoso dotato di una potente forza intimidatrice esplicantesi in modo radicato e capillare nel territorio di riferimento. Tali connotati, riscontrati nella generalità dei casi concreti ad essa riferibili, sono in grado di creare una regola di esperienza sufficientemente condivisa da cui deriva, e può derivare legittimamente, un'esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata la sola custodia in carcere. Analoghe contraddizioni si sono registrate nella giurisprudenza europea con la sentenza del 6.11.2003, *Pantano c. Italia*. In quest'ultima pronuncia, infatti, la Corte di Strasburgo ha ritenuto, da un lato, che la presunzione *ex art. 275 comma e c.p.p.* finisse per "impedire al giudice di adattare la misura cautelare alle esigenze del caso concreto", dall'altro, ha affermato l'importanza della "natura specifica del fenomeno della criminalità organizzata, soprattutto quella di stampo mafioso", reputando, quindi, la custodia cautelare a carico dell'imputato presunto mafioso utile per "tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito criminale di origine". La Corte europea però, non ha effettuato lo stesso ragionamento effettuato dalla giurisprudenza costituzionale, ovvero di giustificare una cautela di matrice special-preventiva e di richiamare, al tempo stesso, la presunzione d'innocenza quale criterio guida nell'applicazione delle misure cautelari. In tal senso, v. O. MAZZA, *Le persone pericolose. In difesa della presunzione d'innocenza*, cit., p. 12. Per pronunce dello stesso tenore di quelle pronunciate dalla giurisprudenza europea, da parte della giurisprudenza nazionale v. Cass., sez. VI, 26.01.2005, n. 20447, Marino, in *CED 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. La Corte ha tra l'altro osservato come, data la peculiare gravità dei delitti pertinenti al fenomeno mafioso, debba 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".

⁶³⁹ D'altro canto, l'irragionevolezza viene colta tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa.

⁶⁴⁰ Può ben accadere, infatti, che il fatto presunto dal legislatore non sia affatto la conseguenza di un fatto noto, ma risponda alla regola *dell'id quod plerumque accidit*, sui quali elementi necessariamente il giudice è chiamato a fondare il ragionamento inferenziale.

Relativamente alle fattispecie di reato indicate nell'art. 275, comma 3, c.p.p., che ancora non sono state oggetto del vaglio di legittimità costituzionale, tecnicamente resta ancora applicabile la presunzione assoluta di adeguatezza.

Tuttavia, per ragioni di coerenza sistematica e per un'opportuna ragionevolezza, si può ipotizzare che la Consulta, nel caso in cui dovesse pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle stesse, interverrà analogamente. Ove ciò dovesse avvenire, la presunzione assoluta di adeguatezza persisterebbe soltanto rispetto ai gravi delitti di criminalità organizzata, determinando un sostanziale ritorno alla formulazione codicistica anteriore alla novella del 2009⁶⁴¹.

Gli ulteriori effetti (concomitanti) dell'applicazione delle misure cautelari e, in particolare, della misura della custodia cautelare in carcere, riguardano l'aumento importante della popolazione carceraria e, in difetto di carceri adeguate, ciò può portare verosimilmente a difficili condizioni di vita la persona sottoposta alla misura⁶⁴².

⁶⁴¹ E ciò risulterebbe coerente con quanto affermato finora dalla Corte costituzionale nelle sue pronunce.

⁶⁴² Tale problema è divenuto oramai cruciale, in quanto, dopo la sentenza della Corte eur. dir. uomo, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU rilevando l'esistenza di un problema strutturale in ordine al sovraffollamento carcerario, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p., nella parte in cui, accanto alle ipotesi ivi contemplate, non prevede il rinvio facoltativo della esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità, sono state dichiarate inammissibili con monito al legislatore dalla Corte costituzionale. Al riguardo v. T.E. EPIDENDIO, *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari*, 21.11.2013, www.penalecontemporaneo.it. In materia di sovraffollamento carcerario si segnala la sentenza n. 279 del 2013 pronunciata dalla Corte costituzionale, relativa alla questione di legittimità costituzionale dell'articolo 147 del codice penale "nella parte in cui non prevede, oltre ai casi ivi espressamente contemplati, l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità". La Consulta ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale proposta, in riferimento all'art. 147 c.p., quale rimedio atto ad ovviare a condizioni di violazione dei diritti del detenuto cagionati dal sovraffollamento carcerario. All'uopo, il giudice delle leggi, in detta pronuncia, ha formulato delle indicazioni finalizzate a predisporre possibili soluzioni contro violazioni configuranti trattamenti contrari al senso di umanità, dovuti alla situazione di sovraffollamento carcerario. Al riguardo v. Corte cost., 22.11.2013, n. 279, in www.cortecostituzionale.it. Si rimanda all'analisi della sentenza effettuata da A. DELLA BELLA, *Il termine per adempiere la sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, Nota a Corte cost., 22 novembre 2013, n. 279, Pres. Silvestri, Rel. Lattanzi, in www.penalecontemporaneo.it. Tale orientamento ha comportato una diminuzione della percentuale di imputati soggetti alla custodia cautelare, che fino al 2012 si aggirava intorno al 42% sull'intera popolazione detenuta. Al riguardo v. www.giustizia.it

Ebbene, dell'*escalation* repressiva subita dall'art. 275, comma 3, c.p.p., riassunta precedentemente, è forse possibile poterne parlare al passato in quanto, risulta attualmente in fase di seconda lettura alla Camera la proposta di legge AC 631-C⁶⁴³, recante modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali, approvata con modificazioni dal Senato della Repubblica in data 2.4.2014 che, con specifico riferimento all'art. 275, comma 3, c.p.p., propone delle modifiche modellate sulla base dei principi già enucleati dalla Corte costituzionale. L'Assemblea sta esaminando una proposta di legge – già approvata dalla Camera e poi modificata dal Senato – che delimita l'ambito di applicazione della custodia cautelare in carcere, circoscrivendo i presupposti per l'applicazione della misura e modificando il procedimento per l'impugnazione della stessa⁶⁴⁴.

Il disegno di legge predetto si estende anche alle ipotesi delittuose ricomprese nella norma di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p. ma coinvolte dalle pronunce di incostituzionalità, relative al regime della presunzione relativa di adeguatezza della custodia cautelare in carcere che, in definitiva, verrebbe a riferirsi ai reati di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p. (esclusi quelli che rientrano nel regime cautelare speciale) e quelli di omicidio, induzione alla prostituzione minorile, pornografia minorile (esclusa la cessione del materiale anche gratuita), turismo sessuale e fattispecie di violenza sessuale, atti sessuali con minorenne, violenza sessuale di gruppo (salvo che ricorrano le circostanze attenuanti). D'altro canto, si mantiene ferma l'obbligatorietà della misura più severa, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari, per i reati di associazione mafiosa ac-

⁶⁴³ Per maggiori dettagli v. www.camera.it.

⁶⁴⁴ Infatti, nella nuova formulazione, detta disposizione prevede che “quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli artt. 270, 270 *bis* e 416 *bis* c.p. è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Salvo quanto previsto dal secondo periodo del presente comma, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, del presente codice nonché in ordine ai delitti di cui agli artt. 575, 600 *bis*, primo comma, 600 *ter*, escluso il quarto comma, 600 *quinquies* e, quando non ricorrano le circostanze attenuanti contemplate, 609 *bis*, 609 *quater* e 609 *octies* c.p., è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure”. www.camera.it.

canto al quale si nominano i delitti di associazione sovversiva, associazione con finalità di terrorismo, anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico, scambio elettorale politico-mafioso e associazione a delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti⁶⁴⁵.

L'opera di erosione della presunzione *iuris et de iure* sulla adeguatezza della custodia cautelare in carcere, avvenuta attraverso le sentenze additive della Corte costituzionale, ha affievolito ma non eliminato del tutto il meccanismo presuntivo. Come evidenziato in precedenza, per alcuni reati previsti dal comma 3 dell'art. 275 c.p.p. esiste attualmente un *tertium genus* cautelare caratterizzato, anch'esso, da una duplice presunzione.

La previsione di un duplice meccanismo presuntivo con efficacia *iuris tantum* incide soprattutto sul procedimento probatorio che, proprio in ragione della particolare gravità dei reati considerati, viene a semplificarsi in favore del pubblico ministero, il quale, ai fini dell'applicazione della custodia cautelare in carcere, non dovrà (come di regola avviene) fornire elementi di prova volti a dimostrare la sussistenza di esigenze cautelari di natura e grado tali da far ritenere adeguata a soddisfarle la sola misura inframuraria⁶⁴⁶.

Conseguenza tipica dei meccanismi presuntivi è quella per cui i rischi della mancata prova del fatto presunto non gravano sulla parte in favore della quale la presunzione è formulata, bensì, sulla parte che ha interesse a contrastare la presun-

⁶⁴⁵ Le modifiche hanno anche riguardato la legge 26.7.1975, n. 354, in materia di visita a persone affette da handicap in situazione di gravità e il d.lgs. 23.2.2006, n.109 in materia di illeciti disciplinari e relative sanzioni, già approvato alla Camera il 9.1.2014. v. M. POLLERA, in *Cass. pen.*, 11, 2014, p. 3833.

⁶⁴⁶ In tal senso, relativamente alla presunzione di adeguatezza della custodia in carcere, M. POLLERA, in *Cass. pen.*, n. 11, 2014, pp. 3826-3827, secondo la quale, si realizza nell'ipotesi in questione, di presunzione *iuris tantum*, una *relevatio ab onere probandi* in favore della pubblica accusa, sulla quale l'onere di prova sarebbe gravato in assenza delle presunzioni legali. Al pubblico ministero, infatti, non spetta, di volta in volta, dimostrare l'esistenza del *periculum libertatis*, né l'idoneità della custodia in carcere, trattandosi di circostanze che già nella valutazione legislativa si assumono presupposte. Compete invece all'indagato smentire l'assunto contenuto nella norma dimostrando l'assenza di qualsivoglia esigenza cautelare, ovvero fornendo elementi dai quali risulti l'adeguatezza di una misura graduata.

zione legale, sulla quale, sono destinate a ricadere le ripercussioni derivanti dalla mancata prova contraria⁶⁴⁷.

Al fine di ovviare alle criticità appena evidenziate, viene proposto un diverso funzionamento del fenomeno in considerazione, attraverso la formula dell'“onere di allegazione” che consentirebbe un'estensione del tema probatorio⁶⁴⁸.

Viene sottolineato come, a prescindere dalla presunzione che lo investe, quello circa la sussistenza dei bisogni cautelari, sia nulla più che un giudizio prognostico, nel caso che a noi interessa quello relativo alla pericolosità dell'indagato. Invero, relativamente alla tematica dell'onere probatorio, non può essere richiesto all'indagato di fornire la prova dell'insussistenza di una situazione di mera probabilità, quale risulta quella circa la sussistenza delle esigenze cautelari e l'adeguatezza della misura. Perciò, l'onere di allegazione appare come la soluzione da preferirsi al fine di delineare l'attività richiesta dall'indagato per opporsi alla presunzione legale. In concreto, la parte interessata a contrastare la presunzione relativa verrebbe ad essere gravata dall'onere di far conoscere al giudice elementi che, in considerazione della loro incidenza sull'esistenza del presupposto dei bisogni cautelari e/o sulla valutazione di adeguatezza della misura da disporsi, siano tali da assumere rilievo nel processo di formazione del convincimento del giudice e che, invece, sulla base della prospettazione legislativa, formulata in via astratta e applicata al caso di specie, non erano stati considerati. Alla difesa, si richiederebbe di indicare nuove circostanze volte a integrare le ipotesi che la legge pone come necessarie ai fini del superamento delle presunzioni che andranno a costituire nuovi temi di prova⁶⁴⁹.

La Corte costituzionale in tema di applicazione delle presunzioni legislative di pericolosità sociale, non ha avuto modo di sindacare l'effettivo rispetto dell'art. 13

⁶⁴⁷ Così M. POLLERA, in *Cass. pen.*, cit., p. 3827. In considerazione della duplice presunzione che caratterizza il cosiddetto *tertium genus* cautelare, quindi, il giudice non potrebbe in assenza di elementi che dimostrino il contrario – forniti dall'indagato o acquisiti *ex officio* – rigettare la domanda del pubblico ministero reputando inesistenti i pericoli processuali, ovvero disporre l'applicazione di una misura gradata, ritenendola adeguata al caso di specie.

⁶⁴⁸ La proposta è formulata nella relazione di M. POLLERA, in *Cass. pen.*, cit., p. 3828.

⁶⁴⁹ Così M. POLLERA, in *Cass. pen.*, cit., p. 3827.

comma 2 Cost. nella misura in cui tale disposizione impone di adottare i provvedimenti restrittivi della libertà personale solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria. Ebbene, la proposta di legge suddetta tende a rafforzare anche gli obblighi di motivazione a carico del giudice che dispone la misura cautelare⁶⁵⁰.

L'obbligo di motivazione, al pari della riserva di giurisdizione, costituisce l'effettiva garanzia per il cittadino e per il rispetto del bene altrimenti inviolabile della libertà personale solo se il giudice rimane libero di valutare la concreta ricorrenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie cautelare, dai gravi indizi di colpevolezza, alla sussistenza delle esigenze cautelari, alla adeguatezza della misura prescelta rispetto alla tipologia e all'entità del *periculum* emergente dal quadro probatorio. La motivazione presuppone in capo al giudice la libertà di valutare le prove e di decidere dando conto “dei risultati acquisiti e dei criteri adottati” *ex art.* 192, comma 1, c.p.p., mentre la mera presa d'atto delle presunzioni legislative non può integrare lo schema dell'atto motivato, mancando a monte, la libertà decisoria e, a valle, la necessità di rendere conto dei percorsi argomentativi che hanno condotto alla decisione stessa. Il mancato rispetto del predetto principio risulta, evidentemente, in aperta violazione della garanzia imposta dall'art. 13, comma 2, Cost.⁶⁵¹.

Le “allegazioni difensive” a cui si è fatto riferimento in precedenza, comporterebbero in capo al giudice un onere motivazionale in merito al tema probatorio affrontato. Solo in quest'ultimo caso sembrerebbe potersi parlare di un vero e proprio

⁶⁵⁰ Infatti, il giudice nell'ordinanza con la quale applica la misura, se dispone la custodia cautelare in carcere deve spiegare i motivi dell'eventuale inidoneità ad assicurare le esigenze di cautela degli arresti domiciliari con uso dei cosiddetti braccialetti elettronici. Deve, inoltre, fornire un'autonoma valutazione sia delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi alla base della misura restrittiva sia delle concrete e specifiche ragioni per le quali le indicate esigenze di cautela non possono essere soddisfatte con altre misure (articolo 8). Si intende, così, evitare la formulazione di motivazioni sulle esigenze cautelari “appiattite” su quelle del P.M. richiedente. La mancanza di “autonoma valutazione” è considerata motivo di annullamento dell'ordinanza cautelare in sede di riesame. Sul punto v. www.camera.it.

⁶⁵¹ O. MAZZA, *Le persone pericolose. In difesa della presunzione d'innocenza*, cit., p. 13. È storicamente documentato che la riforma dell'art. 275, comma 3, c.p.p., avesse quale obiettivo quello di escludere la discrezionalità giurisdizionale nell'apprezzamento della sussistenza delle esigenze cautelari e dell'adeguatezza della misura più afflittiva, essendosi registrati nei primi anni di vigenza del codice, casi in cui, ad avviso del legislatore, i giudici si erano mostrati poco “efficaci” nel sanzionare adeguatamente gli imputati per fatti di mafia. Cfr. V. GREVI (a cura di), *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, Roma-Bari, 1993, p. 10.

obbligo di motivazione del giudice, il quale sarà tenuto a spiegare le ragioni per cui ritenga i nuovi temi di prova, allegati dall'indagato, inidonei ai fini del superamento delle presunzioni legali, non potendosi dire lo stesso nell'ipotesi in cui la difesa si sia limitata a proporre una "mera valutazione" alternativa rispetto a quella formulata dall'organo requirente, dagli elementi risultanti dagli atti⁶⁵².

I dubbi di legittimità costituzionale della presunzione assoluta di pericolosità di cui all'art. 275, comma 3 c.p.p., riguardano finanche il principio democratico della separazione dei poteri statuali. La legge infatti, non potrebbe predeterminare il contenuto della decisione giurisdizionale pena l'annullamento della stessa funzione dello *ius dicere*⁶⁵³.

3. Accertamento della pericolosità sociale dell'imputabile nella fase del giudizio di cognizione

La pericolosità sociale dell'imputato interessa allo studioso del processo penale come oggetto di una peculiare valutazione rimessa al giudice. Il giudizio di valutazione viene fatto sulla base del combinato disposto degli artt. 133 e 203 c.p. Nel giudizio di cognizione la pericolosità sociale rileva anche rispetto alla possibile concessione del perdono giudiziale, della sospensione condizionale della pena⁶⁵⁴.

Le misure di sicurezza invece, a seguito dell'accertamento della capacità di intendere e di volere del soggetto, vanno applicate quando sia "probabile" che il soggetto commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati. Sono decisioni dislocate in chiusura della fase cognitiva anche se il giudizio di pericolosità funzionale

⁶⁵² In tal senso M. POLLERA, in *Cass. pen.*, cit., p. 3828.

⁶⁵³ Al riguardo, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 17.

⁶⁵⁴ Al riguardo, v. gli artt. 164, 169, 203 c.p.

all'applicazione delle misure di sicurezza va reiterato nel momento in cui la misura deve essere concretamente eseguita⁶⁵⁵.

Il legislatore del 1930 influenzato dal positivismo criminologico, ha codificato, al riguardo, alcuni tipi legali riflettenti forme di pericolosità sociale "specifiche": il delinquente abituale, il delinquente professionale, il delinquente per tendenza. Questi tre tipi criminologici legali corrispondono a soggetti imputabili e, al tempo stesso, socialmente pericolosi, per cui nei loro confronti la misura di sicurezza è applicabile in aggiunta alla pena⁶⁵⁶.

Rispetto all'imputabile, dopo l'abolizione delle presunzioni automatiche, le esigenze di controllo della pericolosità sociale hanno rifluito, progressivamente, nell'ambito dell'esecuzione penale secondo una logica rispondente ai criteri di flessibilizzazione e differenziazione dei circuiti penitenziari⁶⁵⁷.

A ciò è conseguito un proliferare di giudizi di pericolosità affidati ai giudici di sorveglianza. A tale proposito, si sottolinea come i giudizi di pericolosità formulati in sede di giudizio di cognizione si differenzino notevolmente da quelli formulati in sede di esecuzione della pena⁶⁵⁸. Infatti, il divieto contenuto nell'art. 220 comma 2 c.p.p. non soltanto impedisce al giudice di commisurare le pene e di decidere in materia di misure di sicurezza con autentica cognizione di causa ma questa mancanza genera inevitabilmente un moltiplicarsi di giudizi di pericolosità, differenti, in sede cognitiva e in sede esecutiva⁶⁵⁹.

⁶⁵⁵ F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale e processo penale*, cit., p. 21.

⁶⁵⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 703.

⁶⁵⁷ Ogni ipotesi di pericolosità presunta, è ormai superata v. sent. Corte Cost., sentt. n. 17 del 1971, n. 139 del 1982, n. 249 del 1983; la legge n. 663 del 10.10.1986 ha, infine, abolito tutte le presunzioni di pericolosità previste dal codice penale. L'art. 31 della predetta legge dispone che: "le misure di sicurezza sono ordinate previo accertamento che colui che ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa". Da questo momento in poi, la pericolosità sociale diviene elemento che deve accertarsi caso per caso. v. C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 591.

⁶⁵⁸ Ad esempio nell'ipotesi di concessione di permessi premio o di concessione di misure alternative. Sul punto v. *infra*.

⁶⁵⁹ F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale e processo penale*, cit., p. 34.

Allo stato, infatti, solo il magistrato di sorveglianza può avvalersi della perizia psico-criminologica. Inoltre, non potendo essere attribuiti al giudice dell'impugnazione, nei procedimenti relativi alle misure di sicurezza, poteri di accertamento più ampi di quelli riconosciuti al giudice che ha emesso il provvedimento impugnato (ossia il giudice della cognizione) sembra da escludere che il Tribunale di sorveglianza possa fare ricorso all'accertamento peritale quando decide *ex art.* 680 comma 2 c.p.p. in sede di appello contro la sentenza emessa in fase cognitiva. Questa discrasia porta al rischio di avere, in un lasso di tempo relativamente breve, quattro decisioni (diverse) sulla pericolosità sociale: le prime emesse dal giudice della cognizione e dal tribunale di sorveglianza, quest'ultimo in sede di giudizio d'appello (decisioni emanate senza l'ausilio della perizia psicologica), decisioni seguite poi da quelle emesse in fase esecutiva dal magistrato di sorveglianza e dal tribunale di sorveglianza, quest'ultimo quale giudice d'appello (con l'ausilio, in questo caso, della perizia psico-criminologica).

Sul piano concreto, sono considerati fattori di scarsa attendibilità del giudizio di pericolosità: l'indicazione troppo generica dell'evento oggetto di previsione, l'insufficiente specificazione normativa dei fattori sintomatici, l'assenza di attendibili parametri inferenziali di previsione del comportamento criminoso, le carenze strutturali dei vari modelli di cognizione. Questi aspetti deficitari conducono gli accertamenti sulla personalità del reo verso derive intuizionistiche e potestative che sono la negazione dei principi di legalità processuale e di stretta giurisdizionalità. Il modello giurisdizionale penale risultante dall'art. 111 Cost. stenta a conciliarsi con le dinamiche accertative e valutative proprie della fase di commisurazione e di esecuzione della pena. Infatti, se il giudizio è sulla persona anziché sul fatto ci si deve rassegnare non solo all'abbandono della struttura conflittuale tipica del processo accusatorio di cognizione e della conseguente terzietà del giudice, ma anche ad un sacrificio notevole in termini di diluizione eccessiva del principio di legalità e del principio di tassatività⁶⁶⁰.

⁶⁶⁰ *Ivi*, p. 36.

Difficilmente il giudice della cognizione statuisce rispetto alle misure di sicurezza per l'imputabile adottando le categorie "preconfezionate" dal legislatore. In alternativa, si va sempre più affermando la nuova logica basata sull'attestazione di una presunta pericolosità per "tipi d'autore" che implica anziché l'applicazione di una misura di sicurezza, l'inasprimento della pena attraverso l'attribuzione, all'autore di reato, di un *surplus* di colpevolezza⁶⁶¹. La figura del soggetto recidivo costituisce uno degli esempi più eclatanti e sintomatici⁶⁶².

3.1. *La pericolosità sociale come indice di maggiore colpevolezza. Il soggetto recidivo*

La recidiva viene considerata un'espressione specifica di pericolosità sociale fondata, principalmente, su esigenze special-preventive, che si sostanzia nella previsione di un aumento di pena nell'ipotesi di ricaduta nel reato. Il codice penale Rocco

⁶⁶¹ In altri paesi, come Germania, Svizzera e Francia, invece, il giudizio di pericolosità dell'imputabile nell'ambito delle misure di sicurezza sta avendo una rinascita all'interno di un sistema monistico pensato, quindi, anche per rei imputabili e socialmente pericolosi. v. F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, cit., p. 51. Sta infatti sorgendo l'idea che la pena tradizionale, ancorata alla colpevolezza, sia insufficiente a garantire un'adeguata difesa sociale soprattutto riguardo a certe categorie delinquenziali come gli autori di reati sessuali, di reati violenti, ancorché di non particolare gravità. Alla pena, si sostiene, andrebbero affiancate misure non custodiali e custodiali di durata indeterminata, finalizzate unicamente a neutralizzare la pericolosità individuale del reo e ad impedirgli fisicamente di continuare a nuocere alla società. (vedi custodia di sicurezza in Germania) In Italia, invece, il doppio binario pare tramontare a vantaggio di progetti di riforma che vedono la riconduzione delle esigenze specialpreventive all'interno dell'esecuzione della pena. F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, cit., p. 53. Ma questa è solo un'apparenza, basti considerare l'attuale numero di internati in colonia agricola e casa di lavoro, presente nel nostro paese. Discorso analogo potrebbe farsi per i semimputabili internati a fine pena in casa di cura e custodia. A differenza degli altri paesi, in Italia vi è però la pressoché totale assenza di dibattito sul punto. Fa eccezione l'opera di M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., *passim*, quasi che la realtà di sofferenza e di marginalità sociale ci inducesse a distogliere lo sguardo altrove. Cfr. F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, cit., p. 54.

⁶⁶² Un esempio, per tutti, di colpa d'autore è rappresentato dall'aggravante della clandestinità, dichiarata incostituzionale dalla Consulta, poiché basata su una presunzione di pericolosità sociale comportante, conseguentemente, un aumento della pena. Sul punto v. Corte cost. n. 249 del 2010, *L'aggravante della clandestinità: un esemplare declaratoria di illegittimità costituzionale di una fattispecie di "diritto penale del nemico"*, in www.diritto.it.

del 1930, così come del resto il suo predecessore, già prevedeva all'art. 99 significativi aggravamenti di pena per il recidivo, obbligatori e sottratti alla valutazione discrezionale da parte del giudice. La disciplina originaria sulla recidiva è stata poi modificata, in positivo, con l'art. 9 del D.l. 99 del 1974⁶⁶³, che l'ha trasformata da obbligatoria in facoltativa, permettendo di abbandonare così la concezione sintomatico-presuntiva dell'istituto (pur continuandosi a considerare la recidiva come una circostanza del reato in senso tecnico), per poi riaffacciarsi prepotente con la riforma cosiddetta *ex Cirielli*⁶⁶⁴, riesumatrice della concezione sintomatico-presuntiva dell'istituto attraverso l'introduzione della recidiva obbligatoria prevista dall'art. 99, comma 5, c.p. e la previsione di un maggiore aumento di pena per le varie ipotesi di recidiva⁶⁶⁵.

La suddetta rivalutazione dell'istituto in questione pone il problema di come il legislatore finisca, in tal modo, per contraddire i principi propri di un moderno diritto penale del fatto, proponendo categorie concettuali tipiche di un "diritto penale d'autore". Difatti, è tale un diritto penale che, a scapito della necessaria centralità del fatto di reato, prospetta una colpevolezza per il carattere del reo o per la sua condotta di vita, finendo per punire l'autore del reato non per quello che ha fatto, ma per quello che è o che "si è lasciato diventare"⁶⁶⁶.

Fra le innovazioni apportate dalla legge *ex Cirielli* è previsto che il nuovo delitto, rilevante al fine della diagnosticabilità della recidiva, debba essere necessaria-

⁶⁶³ Si tratta del d.l. 11.4.1974, n.99, "Provvedimenti urgenti sulla giustizia penale", conv. con modificazioni dalla legge 7.6.1974, n. 220.

⁶⁶⁴ Si tratta della legge 5.12.2005, n. 251, Modifiche al codice penale e alla legge 26.7.1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di usura e di prescrizione.

⁶⁶⁵ V. CANEPA M., S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., *passim*.

⁶⁶⁶ Per contro, un diritto penale del fatto rispettoso del principio di colpevolezza, non può espandere il riferimento alla personalità dell'agente oltre i limiti di immediata e diretta rilevanza per la valutazione del fatto concreto. La problematica relativa alla fisionomia stessa del diritto penale è stata affrontata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 249 del 2010, avente ad oggetto l'art. 61, n. 11 *bis*, c.p., articolo introdotto dal d.l. 23.5.2008, n. 92, disciplinante l'aggravante speciale della clandestinità. Secondo la Consulta la qualità di immigrato "irregolare" tende a diventare uno stigma, un "tipo d'autore" assoggettato, per questa sua qualità, ad un trattamento sanzionatorio più severo.

mente non colposo (quindi deve essere o doloso o preterintenzionale). Anche le contravvenzioni non rilevano ai fini della recidiva⁶⁶⁷.

In generale, l'art. 99 c.p. stabilisce che il recidivo può essere sottoposto ad un aumento di un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo. L'aumento è fino alla metà se si tratta di recidiva aggravata specifica, di recidiva aggravata infraquinquennale, o di recidiva aggravata finta o vera. Se si tratta di un soggetto già recidivo che commette ulteriore reato ossia in presenza di recidiva reiterata l'aumento è della metà stabilito in modo secco, se la recidiva reiterata concorre con altre circostanze stabilite dal comma 2 dell'art. 99 c.p., allora l'aumento sarà addirittura di due terzi.

Inoltre, nell'ipotesi in cui il nuovo reato commesso sia considerato di particolare gravità, ovvero sia riconducibile all'art. 407, comma 2, lett. a) c.p., l'aumento della pena per la recidiva diventa obbligatorio e, nei casi di concorso di circostanze, l'aumento non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto.

La disciplina della recidiva introdotta dalla predetta legge ha fatto sorgere, da subito, problemi interpretativi legati, soprattutto all'intrinseco carattere ambivalente costituito dal connubio di colpevolezza e capacità criminale. Nella giurisprudenza sono ravvisabili due diverse concezioni della recidiva: una "formale", normalmente

⁶⁶⁷ Nello specifico, la recidiva semplice è prevista al 1° comma dell'art. 99 c.p., nel caso in cui un soggetto, dopo essere stato condannato con una sentenza passata in giudicato per un precedente delitto, ne commette un altro, indipendentemente da quale tipo di illecito venga commesso e da quanto tempo sia trascorso dal passaggio in giudicato della sentenza. Anteriormente all'entrata in vigore della legge ex Cirielli predetta, l'aumento di pena per la recidiva semplice era di un sesto. Attualmente la pena da applicare al nuovo delitto non colposo viene aumentata di un terzo secco. La recidiva aggravata è diagnosticabile, tra l'altro, quando il nuovo delitto non colposo è della stessa indole di quello precedentemente commesso, ex art. 101 c.p., può essere classificata in quattro tipologie: specifica, se il nuovo delitto non colposo è della stessa indole di quello precedentemente commesso; infraquinquennale, se il nuovo delitto viene eseguito entro cinque anni dalla condanna per il delitto precedente; "vera", se il nuovo delitto viene commesso durante o dopo l'esecuzione della pena; "finta", quando il reo si sottrae intenzionalmente all'irrogazione della condanna. In tutte queste ipotesi la pena è aumentata "fino alla metà" se sussiste solo una delle circostanze che la caratterizzano; l'aumento è invece "della metà" se le circostanze ricorrenti sono molteplici. La recidiva reiterata si ha, infine, quando il nuovo delitto non colposo è commesso da chi è già recidivo, e l'aumento di pena, in questo caso, varia a seconda del tipo di recidiva precedente: se la recidiva era semplice l'aumento di pena è pari alla metà, se la recidiva era aggravata l'aumento è pari a due terzi. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., *passim*.

espressa attraverso la qualifica della recidiva come *status* soggettivo, secondo la quale la recidiva è tendenzialmente produttiva di effetti sulla base del mero dato formale della commissione del nuovo reato dopo una precedente condanna passata in giudicato; una concezione “sostanziale”, espressa attraverso la valorizzazione della qualificazione della recidiva come circostanza del reato, secondo la quale la recidiva è tendenzialmente produttiva di effetti anche indiretti solo se il giudice ne accerti i presupposti e la dichiari, verificando non solo l’esistenza del presupposto formale costituito dalla previa condanna, ma anche, nel caso di recidiva facoltativa, del presupposto sostanziale costituito dalla maggiore colpevolezza e dalla maggiore pericolosità del reo⁶⁶⁸.

Il rinvio operato dal comma 5 dell’art. 99 c.p. all’art. 407, c.p.p. comporta che nel caso in cui venga commesso uno dei delitti di cui al catalogo di reati *ex art. 407 c.p.p.*, il P.M. sarà obbligato a contestare la recidiva e il giudice dovrà obbligatoriamente applicarla⁶⁶⁹.

In questo senso si riscontra, nella pratica, una presunzione *iuris et de iure* circa la pericolosità sociale da parte del soggetto che venga a trovarsi in tale condizione⁶⁷⁰.

La legge *ex Cirielli* inoltre, introducendo l’ultimo comma dell’art. 69 c.p., ha stabilito il divieto di prevalenza delle circostanze qualora si proceda a carico di un soggetto già recidivo, cioè recidivo reiterato *ex art. 99, comma 4, c.p.*, oppure a carico di persona imputata per i reati di cui agli artt. 111, 112, comma 1, n. 4, c.p. Pertanto, dopo l’entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, il principale problema interpretativo affrontato dalla giurisprudenza è stato quello della natura della recidiva

⁶⁶⁸ La giurisprudenza in materia di recidiva non sempre risulta lineare e coerente proprio in ragione della diversità interpretativa della stessa che sottende l’adesione all’una o all’altra concezione. In realtà, si tratta di un’alternativa alquanto risalente, riscontrabile addirittura in epoca anteriore alla riforma del 1974, quando la recidiva era sempre obbligatoria. Sul punto v. G. PIFFER, *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, 30.12.2010, in www.penalecontemporaneo.it; v. anche G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, 15.9.2011, in www.penalecontemporaneo.it.

⁶⁶⁹ Al riguardo v. Cass., sez. un., n. 35738 del 27.5.2010, Calibè.

⁶⁷⁰ Considerata l’abolizione della presunzione di pericolosità in materia di misure di sicurezza, la presunzione di cui alla recidiva *de qua* risulta in evidente contrasto con l’art. 3 Cost. nell’ottica della ragionevolezza.

reiterata e della sua incidenza sul giudizio di valenza ai sensi dell'art. 69, comma 4, c.p. L'orientamento seguito dalla Corte di Cassazione riconosce alla stessa il carattere facoltativo, ossia discrezionale nell'*an* e vincolata nel *quantum*, salvo il caso in cui essa diventa obbligatoria nell'*an*, ai sensi dell'art. 99, comma 5, c.p., essendo il nuovo delitto compreso nell'elenco di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p.⁶⁷¹.

In definitiva, la limitazione del giudizio di valenza di cui all'art. 69, comma 4, c.p., va intesa nel senso che le circostanze attenuanti non possono essere dichiarate prevalenti sulle aggravanti nel caso in cui ricorrono gli estremi della recidiva reiterata ex art. 99, comma 4, c.p. (o nel caso in cui ricorrono le aggravanti di cui agli artt. 111 e 112, comma 1, n. 4, c.p.) o perché il giudice riconosce la recidiva facoltativa, ritenendone sussistenti i presupposti formali e sostanziali, o perché la recidiva è obbligatoria e quindi deve essere dichiarata dal giudice per essere il nuovo delitto ricompreso nella previsione dell'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p.. Al di fuori di queste ipotesi il giudizio di valenza non è soggetto ad alcuna limitazione⁶⁷².

⁶⁷¹ Sulla recidiva obbligatoria v. Cass., sez. IV, 30.6.2009, n. 2666 del 2009; Cass., sez. II, n. 46243 del 5.12.2007, Cavazza, Rv. 238521; Cass., sez. I, n. 17313 del 15.4.2008, Giglio, Rv. 239620) Quanto ai criteri che il giudice deve applicare nell'esercizio del potere discrezionale che è alla base del riconoscimento della recidiva facoltativa, essi sono costantemente individuati nella maggiore colpevolezza del fatto e nella maggiore pericolosità dell'autore del reato, il che comporta per il giudice un corrispondente obbligo motivazionale. Anche su detto punto la giurisprudenza, però, non appare univoca. al riguardo v. Cass., sez. VI, n. 34702 del 16.7.2008, Ambesi, Rv. 240706; Cass., sez. II, 4.11.2009, n. 106/2010, Marotta, Rv. 246045.

⁶⁷² V. per tutte Cass., sez. V, n. 13658/2009 del 30.01.2009, Maggiani, Rv. 243600: "Il divieto di prevalenza, nel giudizio di comparazione, delle circostanze attenuanti nel caso di recidiva reiterata di cui all'art. 99, co. 4, c.p., opera soltanto se il giudice in concreto ritenga di disporre l'aumento di pena per la recidiva, oltre che nel caso in cui la recidiva reiterata sia obbligatoria per essere il nuovo delitto compreso nell'elencazione di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p."; Cass., sez. V, n. 22871 del 15.05.2009, Held, Rv. 244209: "La recidiva prevista dall'art. 99, co. 4, c.p., come modificata dalla L. n. 251 del 2005, deve ritenersi tuttora facoltativa – salvo che si tratti di uno dei delitti previsti dall'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p. (art. 99, co. 5, c.p.) – con la conseguenza che, allorquando il giudice ritenga di non apportare alcun aumento di pena per la recidiva, non reputandola espressione di maggiore colpevolezza o pericolosità sociale, non è operante il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute aggravanti, previsto dall'art. 99, co. 4, c.p.. Ne deriva che, nel caso in cui la recidiva reiterata concorra con una o più attenuanti, il giudice procede al giudizio di bilanciamento, a norma dell'art. 69, co. 4, c.p., come modificato dalla L. n. 251 del 2005, solo ove ritenga la recidiva reiterata effettivamente idonea ad influire, di per sé, sul trattamento sanzionatorio del fatto per cui si procede".

Gli esposti orientamenti in tema di facoltatività della recidiva e di giudizio di valenza sono stati confermati da Cass., sez. un., n. 35738 del 27.5.2010, cit.

La recidiva, allorché comporta un aumento di pena superiore ad un terzo, viene considerata “circostanza ad effetto speciale”⁶⁷³.

L’assunto di cui all’art. 69, comma 4, c.p., vale anche qualora si tratti di recidiva obbligatoria ex art. 99, comma 5, c.p.⁶⁷⁴

Alla disposizione contenuta nell’art. 69, comma 4, c.p., si è pure accostata la normativa innovata dell’art. 81, comma 4, c.p. che, in tema di reato continuato, introduce l’obbligo per il giudice di applicare un aumento minimo di pena, pari ad un terzo, nei confronti dei soggetti recidivi reiterati⁶⁷⁵.

La Corte costituzionale, con alcune pronunce di illegittimità, ha recepito il “malcontento” relativo all’applicazione di rigidi automatismi sanzionatori, permettendo così la realizzazione di nuove conquiste nella battaglia contro il “divieto di prevalenza” sancito dall’art. 69, comma 4, c.p.⁶⁷⁶.

⁶⁷³ Quindi soggiace, ove ricorrono altre circostanze aggravanti ad effetto speciale, alla regola dell’applicazione della pena stabilita per la circostanza più grave, con possibilità per il giudice di applicare un ulteriore aumento, in aderenza alla regola stabilita dall’art. 63, comma 4, c.p. In tal senso Cass., sez. un., 24.5.2011, n. 20798, in www.penalecontemporaneo.it, commento di G.L. GATTA. V. anche Cass., sez. un., 24.5.2011, n. 17386, in www.penalecontemporaneo.it. Le Sezioni unite confermano la piena adesione alla concezione della recidiva quale circostanza aggravante, e non già quale “mero *status* desumibile dal certificato penale”. Il riconoscimento e l’applicazione della recidiva quale circostanza aggravante postulano la valutazione della gravità dell’illecito commisurata alla maggiore attitudine a delinquere manifestata dal soggetto agente, idonea ad incidere sulla risposta punitiva, sia in termini retributivi che in termini di prevenzione speciale, quale aspetto della colpevolezza e della capacità di realizzare nuovi reati, soltanto nell’ambito di una relazione qualificata tra precedenti del reo e nuovo illecito commesso che deve essere concretamente significativo, avuto riguardo ai parametri fissati ex art. 133 c.p., sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo.

⁶⁷⁴ Di avviso contrario Cass., sez. II, 16.6.2009, n. 26517, in www.penalecontemporaneo.it.

⁶⁷⁵ Ciò al fine di fronteggiare diffuse prassi applicative, ritenute eccessivamente indulgenti, nell’ambito delle quali gli aumenti di pena ex art. 81, comma 2, c.p., risultavano eccessivamente modesti rispetto all’effettivo disvalore del fatto “continuato”. Così G. CIVELLO, *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p.: due nuove conquiste nella battaglia contro il “divieto di prevalenza”*, in *Archivio penale*, n. 2, 2014, pp. 2 ss.

⁶⁷⁶ L’intenzione del legislatore, infatti, è stata quella di prevedere uno speciale regime derogatorio che, in presenza della recidiva reiterata ex art. 99, comma 4, c.p., fosse impedito al giudice di considerare prevalenti eventuali circostanze attenuanti in concreto sussistenti. Sul punto, relativamente alla visione dottrinale sul tema del giudizio di bilanciamento, v. S. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: “tre colpi e sei fuori”?*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, p. 53 ss.; G. FLORA, *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1325 ss.; A. MAMBRIANI, *La nuova disciplina della recidiva e della prescrizione: contraddizioni sistematiche e problemi applicati-*

La Consulta, invero, *in primis* ha censurato l'art. 69, comma 1, c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990 sulla recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p.⁶⁷⁷.

Nella predetta pronuncia la Corte costituzionale ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale, con riferimento al parametro dell'art. 3 Cost., valutando le specifiche cornici edittali previste dai commi 1 e 5 dell'art. 73, d.P.R. n. 309 del 1990, ossia rispettivamente la reclusione da sei a vent'anni e la reclusione da uno a sei anni, cornici che, peraltro, risultano presidiare due nuclei criminologici e di tipicità distinti ed eterogenei. La Consulta ha, al riguardo, evidenziato l'abnorme enfaticizzazione delle componenti soggettive o d'autore riconducibili al meccanismo della recidiva reiterata, a scapito delle componenti oggettive del reato. La Corte costituzionale, con una decisione definita di "illegittimità parziale interpretativa" ha pertanto assunto un approccio cosiddetto "individualizzante" adottato con sentenza n.

vi, in *Giur. merito*, 2006, p. 837 ss.; A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 175 ss.; M. PAVARINI, *The spaghetti incapacitation: la nuova disciplina della recidiva*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, pp. 3 ss.; D. POTETTI, *Osservazioni in tema di recidiva, alla luce della l. n. 251 del 2005 (c.d. "ex Cirielli")*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 2467 ss.; E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, pp. 154 ss.

⁶⁷⁷ V. Corte cost., sent., 15.11.2012, n. 251. Trattasi del cosiddetto "fatto di lieve entità", in quanto si precluderebbe al giudice di adeguare la risposta sanzionatoria al caso di specie, imponendo una sanzione palesemente sproporzionata, dunque avvertita come ingiusta dal condannato. Deve, peraltro, precisarsi che la norma richiamata dalla Corte costituzionale – il comma 5 dell'art. 73 del testo unico sugli stupefacenti – è stata oggetto di correttivi ad opera del d.l. 23.12.2013, n. 146, conv. in legge 21.2.2014, n. 10. Orbene, per effetto di tali correttivi, ad avviso della Corte costituzionale, la norma avrebbe mutato natura giuridica, divenendo un'autonoma ipotesi di reato e non più una circostanza attenuante, con la conseguenza che non troverebbero più applicazione, nei suoi confronti, i criteri di bilanciamento in esame. Sul tema, già un importante pronuncia costituzionale aveva caducato la disposizione dell'art. 62 *bis*, comma 2, c.p., nella parte in cui, in determinati casi di recidiva reiterata obbligatoria, era impedito al giudice di concedere le attenuanti generiche sulla scorta dei parametri di cui all'art. 133, comma 1, n. 3, e comma 2, c.p. Si tratta di Corte cost., n. 183 del 7.6.2011, in *Giur. Cost.*, 2011, p. 2359. Al riguardo, v. G. CARUSO, *Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità. A proposito di Corte cost., sent. n. 183 del 7 giugno 2011*, in *Riv. pen.*, 2011, pp. 961 ss.; G.L. GATTA, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*, in *Giur. Cost.*, 2011, p. 2359; G. LEO, *Un primo caso accertato di irragionevolezza nella disciplina degli effetti "indiretti" della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 1773 ss. Cfr. anche C. BERNASCONI, *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzione: il caso della recidiva reiterata*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 4057; D. NOTARO, *La fine ingloriosa ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta "lima" il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1755.

251 del 2012.⁶⁷⁸ Attraverso detta sentenza, la Corte costituzionale si è spinta “oltre” e ha censurato direttamente il cuore dell’automatismo congegnato dalla legge *ex Cirielli* – seppur limitatamente alla fattispecie di cui all’art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990 – ritenendolo manifestamente irragionevole poiché, a fronte di condotte di “minima offensività penale” indirizza l’individuazione della pena concreta verso un’abnorme enfattizzazione delle componenti soggettive riconducibili alla recidiva reiterata. La Consulta ha precisato, altresì, che “i due aspetti della colpevolezza e della pericolosità pur essendo pertinenti al reato, non possono assumere, nel processo di individualizzazione della pena, una rilevanza tale da renderli comparativamente prevalenti rispetto al fatto oggettivo”⁶⁷⁹.

Successivamente, il Giudice delle leggi ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all’art. 648, comma 2, e 609 *bis*, comma 3, c.p., sulla recidiva di cui all’art. 99, comma 4, c.p.⁶⁸⁰.

Con particolare riferimento alla disposizione dell’art. 69, comma 4, c.p., quindi, il diritto vivente ha manifestato, fin dal principio dell’entrata in vigore della legge

⁶⁷⁸ G. CIVIELLO, *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p.*, cit., p. 7.

⁶⁷⁹ Per le considerazioni complessive espresse sul tema v. www.magistraturademocratica.it.

⁶⁸⁰ Il solco teorico della sentenza n. 251 del 2012 è stato, infatti, ripercorso da due ulteriori pronunce della Corte costituzionale, le sentenze 18.4.2014, nn. 105 e 106, le quali sono ritornate a censurare di incostituzionalità il suddetto comma 4 dell’art. 69 c.p., in www.penalecontemporaneo.it. Si tratta delle ipotesi di ricettazione di particolare tenuità e di violenza sessuale di minore gravità. Così, come già avvenuto in tema di stupefacenti, con la sentenza n. 105 del 2014 la Consulta condivide le doglianze sollevate dal giudice *a quo* relativamente al principio di uguaglianza con riferimento alle cornici edittali. La persistenza della norma, infatti, avrebbe comportato la violazione del principio di ragionevolezza, di fattualità e di proporzione, poiché a fronte di condotte evidentemente tenui e scarsamente offensive, si sarebbe giunti ad applicare le severe pene di cui al comma 1, art. 678 c.p., solo in virtù della sussunzione dell’imputato nel “tipo d’autore” del recidivo reiterato, senza che a tale inasprimento sanzionatorio corrispondesse un effettivo e reale incremento di offensività fattuale e materiale. Nella sentenza n. 106 del 2014, invece, la Consulta ha condiviso le valutazioni del giudice *a quo* con riferimento alla nuova struttura della violenza sessuale *ex art. 609 bis c.p.*, nonché ai due distinti nuclei criminologici sottesi alle ipotesi di cui ai commi 1 e 3 di tale fattispecie incriminatrice. Secondo la Consulta, l’applicazione dell’art. 69, comma 4, c.p. ai casi di violenza sessuale di minore gravità (semplici palpamenti o toccamenti repentini in luogo della più grave violenza carnale) avrebbe comportato la violazione del principio di proporzione tra fatto e pena, quale corollario della funzione tendenzialmente rieducativa della pena *ex art. 27, comma 3, Cost.* Per tali ragioni si è imposta la declaratoria di incostituzionalità dell’art. 69, comma 4, c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all’art. 609 *bis*, comma 3, c.p., sulla recidiva reiterata di cui all’art. 99, comma 4, c.p.

ex Cirielli, una spiccata insofferenza nei confronti del divieto di prevalenza citato, poiché lo stesso, con una sorta di automatismo applicativo, è stato volto a limitare, in maniera forse eccessiva, la discrezionalità del giudice nella commisurazione del trattamento sanzionatorio. Detto atteggiamento di dissenso e di scontento ha indotto, molto presto, anche la giurisprudenza di merito e di legittimità, a mitigare l'eccessivo rigore dell'art. 69, comma 4, c.p. Nello specifico, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno ritenuto, pur in presenza della rituale contestazione della recidiva reiterata ad opera del P.M., la possibilità per il giudice di escluderne in concreto l'applicazione, salvo i casi previsti ex art. 99, comma 5, c.p., evitando così non solo l'aumento notevole di pena di cui all'art. 99, comma 4, c.p. ma anche "neutralizzando" la recidiva ad ogni altro effetto, compreso il divieto di prevalenza ex art. 69, comma 4, c.p.⁶⁸¹.

Con la predetta pronuncia la Suprema Corte ha ribadito la natura facoltativa e discrezionale della recidiva semplice, aggravata e reiterata considerata più aderente ai principi costituzionali in tema di ragionevolezza, proporzione, personalizzazione e funzione rieducativa della risposta sanzionatoria⁶⁸².

Secondo detta pronuncia, nell'ipotesi di recidiva reiterata, pertanto, il giudice dovrebbe rinvenire, nel caso concreto, elementi o circostanze tali da giustificare la "disapplicazione" della predetta recidiva reiterata, pur regolarmente contestata dall'accusa. Qualora, invece, tali circostanze non fossero emerse nell'ipotesi concreta, il vincolo del divieto di prevalenza si dovrebbe applicare alla commisurazione

⁶⁸¹ Al riguardo, v. Cass., sez. un., 27.5.2010, cit. e altro, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2094; anche in *Riv. pen.*, 2010, n. 12, p. 1239. In tale pronuncia la Suprema Corte ha avuto modo di motivare come segue: "La praticabilità di un'opzione ermeneutica nel senso dell'avvenuta reintroduzione legislativa di rigidi meccanismi presuntivi (con ricadute come si è detto, non solo sull'aumento della pena ma su vari altri effetti commisurativi riconnessi alla recidiva), con la conseguente elisione del potere discrezionale del giudice di apprezzare, in termini di riprovevolezza della condotta e pericolosità del suo autore, il reale significato del dato meramente oggettivo costituito dalla ripetizione dei delitti, è stata esclusa dalla prevalente giurisprudenza di legittimità fin dalle prime pronunce in argomento".

⁶⁸² V. Cass., sez. un., 27.5.2010, Calibè e altro, cit.

sanzionatoria, impedendo l'estromissione della recidiva reiterata e del suo regime sostanziale e processuale⁶⁸³.

In principio la dottrina ha disquisito sul fatto se la disciplina dettata dall'art. 99, comma 5, c.p. si riferisse a tutte le figure di recidiva o fosse, piuttosto, riferita solo alla recidiva reiterata⁶⁸⁴.

A quest'ultimo riguardo, la giurisprudenza di legittimità ha affrontato il quesito se a ciascuna delle forme di recidiva (semplice, monoaggravata, pluriaggravata, reiterata), corrisponda una figura di recidiva obbligatoria. Il quesito ha trovato risposta positiva come si evince dalle pronunce della Suprema Corte⁶⁸⁵.

La struttura dell'art. 99 c.p. come riformato dalla legge *ex Cirielli* prevede, in alcuni casi, degli aumenti di pena determinati in misura fissa⁶⁸⁶ non graduabile da parte del giudice, con buona pace della discrezionalità tecnica e del libero convincimento del giudice⁶⁸⁷.

⁶⁸³ In tal senso, v. Corte cost., n. 192 del 2007, cit.

⁶⁸⁴ Se così fosse, l'articolato riferimento operato dal secondo comma dell'art. 62 *bis* c.p. non troverebbe giustificazione, in quanto sarebbe stato sufficiente il mero richiamo, appunto, all'art. 99, comma 5, c.p. In tal senso la Corte di Cassazione ha sollevato questione legittimità sulla recidiva obbligatoria. Al riguardo v. Cass., sez. V, 3.7.2014, in www.cortedicassazione.it.

⁶⁸⁵ V. Cass., sez. un., 24.2.2011, n. 20798, secondo cui, il rinvio *per relationem* contenuto nel comma 5 dell'art. 99 c.p. al comma 2, lett. a) dell'art. 407, c.p.p., rende evidente come alle diverse forme di recidiva facoltativa, disciplinate dai primi quattro commi, si affianchino altrettante forme di recidiva obbligatoria, sottoposte, di regola, ai medesimi aumenti di pena previsti per le corrispondenti ipotesi di recidiva facoltativa. Ricollegandosi a un indirizzo già affermato da Cass., sez. I, 12.11.2009, n. 46875, la predetta tesi ha trovato successivamente conferma nella medesima giurisprudenza di legittimità che ha ribadito come il comma 5 dell'art. 99 c.p. non individui una nuova forma di recidiva ma una particolare qualificazione delle ipotesi di cui ai quattro precedenti commi, avendo l'unica funzione di superare la facoltatività che le connota. Così Cass., sez. V, 15.11.2012, n. 48655, Amato.

⁶⁸⁶ Invero, per la recidiva semplice si è passati da un aumento fino ad un sesto all'aumento fisso di un terzo; per la recidiva aggravata si è passati da un aumento fino ad un terzo ad un aumento fino alla metà; per la recidiva reiterata, nell'ipotesi di recidiva semplice, si è passati ad un aumento fino alla metà ad un aumento fisso della metà; per la recidiva reiterata aggravata, si è passati da un aumento fino a due terzi ad un aumento fisso di due terzi. Per maggiori dettagli v. www.altalex.com.

⁶⁸⁷ La modifica normativa in questione ha comportato un restringimento della discrezionalità del giudice il quale, in ordine alla recidiva facoltativa è vero che deve accertare in concreto se la ricaduta nel reato rappresenti un indice di marcata pericolosità e quindi di maggiore colpevolezza ma, una volta espressosi positivamente, non ha più la possibilità di regolare la commisurazione della pena essendo previsto un aumento in forma fissa dal legislatore. Nella recidiva obbligatoria, invece, l'applicazione di una pena maggiore è automatica per tutti quei nuovi reati compiuti se appartenenti all'elenco di cui all'art. 407, comma 2, lettera a), c.p.p. Il tema delle cosiddette "pene fisse" è oggetto

Per qualche tempo la nuova fisionomia della recidiva ha retto, sia pure attraverso una logica paradossale di disattivazione delle preclusioni imposte dal legislatore, attraverso il meccanismo per il quale gli effetti cosiddetti “indiretti” della recidiva operano solo in caso di concreta “applicazione” della circostanza⁶⁸⁸.

Le pene comminate in base ai predetti “parametri” della recidiva, appaiono, nella prassi concreta, sproporzionate rispetto al fatto commesso, con effetti ancor più pesanti per i recidivi reiterati. Tale effetto dell’istituto crea delle problematiche in ordine al principio costituzionale di uguaglianza nella prospettiva della ragionevolezza poiché solo la possibilità di adattare il trattamento sanzionatorio alle caratteristiche dei casi concreti consente di differenziare la risposta punitiva riguardo a situazioni difformi.

In dottrina e giurisprudenza è discussa la *ratio* di tale più severo regime sanzionatorio, fondato sulla maggior colpevolezza del soggetto, che torna a delinquere dopo una precedente sentenza di condanna, o sulla maggiore pericolosità dell’autore, di cui il reato risulta sintomo⁶⁸⁹.

La stessa Corte costituzionale ravvisa nella recidiva l’espressione “della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità” del soggetto⁶⁹⁰. In questo

di discussione da alcuni decenni. Non si può negare come negli ultimi anni si sia registrata, a livello sistemico e ordinamentale, una netta propensione del legislatore verso il restringimento degli ambiti della discrezionalità giudiziale nonostante la stessa sia da tempo individuata quale presidio irrinunciabile di valori costituzionali fondamentali. Basti considerare l’ambito delle misure cautelari in riferimento alla presunzione di pericolosità costruita sull’oggetto dell’imputazione cautelare, “trasformata” dalla Corte costituzionale, come analizzato *supra*, da assoluta in relativa. Stessa problematica si riscontra nel settore dei benefici penitenziari con l’art. 4 *bis* ord. pen. relativamente all’accesso dei condannati a forme alternative di esecuzione delle pene. In tal senso, G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, Voce per “*Il libro dell’anno Treccani 2014*”, in www.penalecontemporaneo.it, p. 2. A tal riguardo, essendo acquisita da lungo tempo, nella giurisprudenza costituzionale, l’affermazione “teorica” circa l’incompatibilità tra le pene fisse e il dettato costituzionale inerente l’illecito penale, per una chiara enunciazione del principio v. Corte cost., 2.4.1980, n. 50.

⁶⁸⁸ In tal senso v. Cass., sez. un., 27.5.2010, n. 35738, in *Cass. pen.* 2011, p. 2094, con nota di F. ROCCHI, *Il patteggiamento dei recidivi reiterati: un problema di “discrezionalità bifasica” o di politica legislativa?*

⁶⁸⁹ Per un’ampia analisi v. G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, cit.

⁶⁹⁰ v. Corte cost. 14 giugno 2007, n. 192, in *Dir. pen. proc.* 2008, 327; analogamente Cass. 3 maggio 2007, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 870 ss. e specialmente 878, dove, interrogandosi sulla facoltati-

caso si considera l'aumento di pena per il recidivo come conseguenza di una maggiore colpevolezza per il fatto commesso, per non essersi lasciato l'agente distogliere dalla commissione dello stesso nonostante la precedente condanna⁶⁹¹. Il fulcro della valutazione penalistica si è spostato dal fatto all'autore, con conseguente rottura dell'equilibrio che nell'ambito di un diritto penale costituzionalmente orientato dovrebbe intercorrere tra dimensione oggettiva e dimensione soggettiva dell'illecito penale. Il recente intervento normativo non si è limitato ad un generale inasprimento dei trattamenti sanzionatori ma ha anche ampliato il ventaglio dei cosiddetti "effetti giuridici minori" della recidiva⁶⁹². Infatti, a quelli già previsti in materia di amnistia, oblazione, sospensione condizionale della pena, estinzione della stessa, perdono giudiziale, indulto, liberazione condizionale e riabilitazione, la riforma ha aggiunto gli effetti dell'istituto in esame su prescrizione, continuazione e bilanciamento delle circostanze. Inoltre, l'applicazione della nuova recidiva ai soli delitti non colposi ha accentuato il profilo retributivo della pena, ridimensionandone la vocazione special-preventiva. L'intento, non così oscuro, è quello di differenziare il recidivo dal reo attraverso la riproposizione di un doppio binario o "corsia a parte" (così come avviene nell'ambito delle misure cautelari e nel contesto penitenziario con la pericolosità "straordinaria") che prevede un trattamento mite per i cosiddetti "primari" (che statisticamente provengono per lo più dalla categoria dei "colletti bianchi") e un trattamento rigido per i recidivi, reputati come una sorta di soggetti incorreggibili perché ritenuti, in maniera presuntiva e aprioristica, strutturalmente inclini alla commissione di reati.

Come osservato, nella recidiva obbligatoria, l'applicazione di una pena maggiore è automatica per tutti i nuovi reati compiuti appartenenti all'elenco di cui all'art. 407, comma 2, lettera a), c.p.p. Quest'ultimo elenco è tutt'ora oggetto di critiche per la non omogeneità rispetto all'entità della pena e per il fatto che casi di

vità della recidiva, afferma che questa «comporta un accertamento in concreto della particolare insensibilità e pericolosità sociale del soggetto».

⁶⁹¹ Al riguardo v. F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 48-49.

⁶⁹² V. L. PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida dir.*, n. 1, 2006, p. 61.

maggior gravità rimangono esclusi dal regime di obbligatorietà⁶⁹³. Più idonea sarebbe stata la scelta di un criterio basato sull'omogeneità del tipo di illecito, indice rivelatore di un'attitudine criminale in grado di giustificare il trattamento di maggior rigore. Lo speciale statuto del recidivo reiterato coinvolge anche il bilanciamento delle circostanze, riducendo il potere discrezionale del giudice nella concessione delle attenuanti e nel relativo giudizio di bilanciamento, al punto da annullarlo per effetto di veri e propri automatismi che minimizzano ogni valutazione della gravità del fatto e della personalità del reo. In tal caso, il legislatore presume che le eventuali aggravanti siano indice di una personalità talmente compromessa da impedire un'irrogazione di pena al di sotto di determinate soglie⁶⁹⁴.

La previsione di cospicui aumenti di pena per il recidivo possono essere spiegati solo come neutralizzazione della pericolosità mostrata dal suo autore. Accanto all'effetto relativo alla verosimile sproporzione della pena comminata, l'attuale disciplina della recidiva mostra sintomi di frizione anche con il principio di rieducazione della pena *ex art. 27, comma 3, Cost.*⁶⁹⁵.

La necessaria finalizzazione rieducativa della pena deve attuarsi non solo riguardo alle modalità esecutive, ma anche mediante una corrispondenza tra il fatto e la misura della sanzione irrogata, dalla quale soltanto può scaturire una percezione sociale e individuale, in termini di giustizia, della punizione applicata⁶⁹⁶.

⁶⁹³ Si noti anche l'assurdità a cui porta il criterio adottato dal legislatore, nell'ipotesi in cui il primo delitto commesso sia di modesta entità, apparendo eccessivo imporre incondizionatamente un aumento di pena esclusivamente in ragione dell'appartenenza del successivo reato al catalogo *ex art. 407 c.p.p.* anche quando cioè, tra i due illeciti, non dovesse sussistere alcuna relazione automatica di una effettiva e constatata maggior pericolosità del reo.

⁶⁹⁴ Viceversa la *ratio* del giudizio di bilanciamento coinciderebbe con l'esigenza di apprezzare non solo la vera entità del fatto criminoso, ma anche la personalità del colpevole, onde conseguirne un reale adattamento della pena al caso concreto: così Cass., 28 giugno 2005, in *Guida dir.*, n. 1, 2006, p. 59.

⁶⁹⁵ Sul tema v. A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit., p. 181.

⁶⁹⁶ Solo così la responsabilità penale diviene effettivamente "personale" con la corrispondenza dell'entità della pena alla colpa e al grado di rimproverabilità dell'autore di reato. Conseguentemente, il principio di uguaglianza costituzionalmente sancito troverebbe reale applicazione determinando un trattamento differenziato di fattispecie non ragionevolmente assimilabili in termini di offesa e di requisiti soggettivi. Detto principio, rinvenibile nella sentenza Corte cost., 2.7.1990, n. 313, è stato ultimamente richiamato dalle citate sentenze Corte cost. nn. 183 del 2011 e 251 del 2012.

In definitiva, la recidiva considera il reo per “quello che è diventato” e per ciò solo meritevole di maggiore punizione, nonché quale responsabile dell’allarme sociale per il quale si invoca, da parte dei consociati, un più sicuro e incisivo apparato sanzionatorio. Tale visione del delinquente recidivo assume a monte la incorreggibilità del reo per il quale, evidentemente, il pregresso percorso rieducativo non ha sortito alcun effetto, o almeno non nel senso positivo di non ricaduta nel reato⁶⁹⁷.

Nel luglio del 2014, con una netta inversione di tendenza rispetto al passato, la Quinta Sezione della Corte di cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 99, comma 5, c.p. per contrasto con i principi di uguaglianza, di ragionevolezza e di proporzionalità della pena *ex artt.* 3 e 27, comma 3 Cost.⁶⁹⁸.

La Corte, al riguardo, si è soffermata sul regime di obbligatorietà della recidiva in relazione a un elenco di delitti non colposi, di particolare gravità, elencati nell’art. 407, comma 2 lett. a), c.p.p.

L’art. 99, comma 5 c.p. fa riferimento, come osservato, al discutibile automatismo basato sulla presunzione assoluta di più accentuata colpevolezza e maggiore pericolosità del reo, delineata dal legislatore con un altrettanto discutibile riferimento all’art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p.

Come precedentemente evidenziato, la recidiva obbligatoria di cui all’art. 99 comma 5 c.p., rispetto alle altre categorie di cui ai quattro commi precedenti⁶⁹⁹, non

⁶⁹⁷ A tali penalizzazioni si aggiunge il divieto di amnistia *ex art.* 151 c.p., i divieti stabiliti in tema di estinzione delle pene, della liberazione condizionale o della riabilitazione. In tema di riabilitazione v. Cass., sez. I, n. 36751 del 17.09.2008, Siciliano, in *CED Cass.*, n. 241139; in tema di liberazione condizionale v. Cass., sez. I, n. 26472 del 09.06.2009, Chiti, *ivi*, n. 244034. In tali pronunce si evidenzia come meccanismi successivi alla condanna non abbiano alcuna rilevanza una volta acclarato lo *status* di recidivo. L’evidenza la si riscontra soprattutto in materia di “patteggiamento allargato” dal quale si esclude, appunto il recidivo, considerato non meritevole neppure del predetto rito premiale, secondo il disposto dell’art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p.

⁶⁹⁸ Si tratta di Cass. sez. V, 3.7.2014, ord. n. 37443, in www.penalecontemporaneo.it; tale ordinanza della Cassazione, segue a pronunce di segno opposto, che in passato hanno invece sempre dichiarato l’infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale relative all’unica ipotesi di recidiva obbligatoria introdotta nell’art. 99 c.p. in occasione dell’ultima riforma dell’istituto, dopo che la precedente riforma del 1974 aveva sostituito l’originario e generalizzato regime obbligatorio della recidiva con quello facoltativo.

⁶⁹⁹ Rispettivamente recidiva semplice, recidiva monoaggravata, recidiva pluriaggravata, e recidiva reiterata.

rappresenta una nuova forma di recidiva ma costituisce, piuttosto, una particolare qualificazione delle predette categorie, avente quindi la mera funzione di superare la facoltatività che le contraddistingue. In realtà, vi sarebbero tante figure di recidiva obbligatoria quante sono le ipotesi di recidiva previste⁷⁰⁰.

A venire in rilievo nella pronuncia della Corte di Cassazione, è la commissione del cosiddetto “reato espressivo”, ossia quello richiamato nel predetto “catalogo” ai fini dell’applicazione della recidiva obbligatoria che non implicherebbe necessariamente la corrispondenza col reato commesso in precedenza dal reo, denominato “fondante”⁷⁰¹.

A parere della Suprema Corte, l’accertamento della significatività del nuovo episodio delittuoso, sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo, infatti, risulta totalmente estraneo alla disciplina della recidiva obbligatoria dettata dalla norma *ex art. 99 comma 5 c.p.*, poiché “preclude al giudice l’accertamento della concreta significatività del nuovo episodio delittuoso, in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei precedenti e avuto riguardo ai parametri indicati dall’art. 133 c.p.”⁷⁰². Una preclusione questa che deriva da un automatismo basato su una presunzione assoluta di una più accentuata colpevolezza e di una maggiore pericolosità del reo delineata dal legislatore con riferimento ai delitti espressivi ricompresi nel catalogo di cui all’art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p.⁷⁰³.

⁷⁰⁰ L’art. 99, comma 5, c.p., affianca alle diverse forme di recidiva facoltativa, disciplinate dai primi quattro commi, altrettante forme di recidiva obbligatoria. Non si limita, pertanto, a contemplare una forma di recidiva reiterata o aggravata obbligatoria. Cfr. Cass. 12.11.2009, Moussaid, cit.; Cass. 2.7.2007, Farris, *Ced Cassazione* m. 236910, in motivazione. In dottrina, cfr., ad esempio, G. MARI-NUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, cit., p. 506.

⁷⁰¹ La sentenza 24.2.2011, n. 20798, ha costituito l’occasione per due importanti *obiter dicta* circa l’individuazione delle ipotesi in tema di recidiva obbligatoria *ex art. 99, comma 5, c.p.* Uno di questi riguarda l’inglobamento del nuovo delitto commesso dal soggetto potenzialmente recidivo, nell’elenco di cui all’art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p. Cfr. Cass., 23.9.2010, Pisanello, *Ced Cassazione* n. 248289; Cass. 12.11.2009, Moussaid, *ivi*, 246254; Cass. 11.6.2009, *ivi*, 244268, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷⁰² Così anche Corte Cost., sent. n. 183 del 2011.

⁷⁰³ Anche secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale “le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di uguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali... potendosi cogliere l’irragionevolezza della presunzione assoluta “tutte le volte in cui sia “agevole” formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla genera-

Ebbene, secondo la Corte la norma di cui all'art. 99, comma 5, c.p., configurerebbe una presunzione irragionevole e pertanto è da ritenersi in contrasto con l'art. 3 Cost., non rispondendo la norma ai dati di comune esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*⁷⁰⁴.

Gli effetti della recidiva, soprattutto se reiterata, non risparmiano neppure l'ambito di esecuzione della pena. Al riguardo, il d.l. 78 del 2013, conv. con modifica in legge n. 94 del 2013 ha previsto l'eliminazione di alcuni automatismi carcerari che impedivano l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione, ai condannati a cui era stata applicata la circostanza aggravante della recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4, c.p. Nello specifico, sono stati abrogati i commi 1.1 e 1 bis dell'art. 47 *ter*, e 50 *bis*, ord. penit.⁷⁰⁵. Pertanto, relativamente alla fase esecutiva, con il d. l. 78 del 2013, per la prima volta, il legislatore fa un passo indietro, smantellando, seppur parzialmente, il sistema di preclusioni legate, in questo caso, all'istituto della recidiva⁷⁰⁶.

lizzazione posta a base della presunzione stessa". Così Corte cost., sent. n. 139 del 2010, cit.

⁷⁰⁴ Al riguardo v. G.L. GATTA, *La Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 27, co. 3 Cost.*, 29.9.2014, in www.penalecontemporaneo.it; Corte cost. 14 giugno 2007, n. 192, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 327; analogamente Cass. 3 maggio 2007, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 870 ss. dove la Corte di Cassazione nell'interrogarsi sulla facoltatività della recidiva, afferma che questa comporti "un accertamento in concreto della particolare insensibilità e pericolosità sociale del soggetto". Sul punto v. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., *passim*.

⁷⁰⁵ Come modificati dall'art. 2, comma 1, lett. b), d.l. 78 del 2013, conv. con modif. in legge n. 94 del 2013. Sul punto v. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale, I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Torino, 2014, p. 95. La disposizione abrogata prevedeva, infatti, limiti rispetto all'accesso alla semilibertà e una preclusione radicale rispetto alla detenzione domiciliare surrogatoria dell'affidamento in prova al servizio sociale. Per un approfondimento v. *infra*, cap. quinto, par. 3.

Per un'analisi della precedente normativa v. A. MARCHESELLI, *Permessi premio con il contagocce ai recidivi*, in *Guida al Diritto*, n. 1, 2006, p. 79; F. GIUNTA, *Il marchio indelebile della nuova recidiva. Commiato dal diritto penale del fatto*, in *Diritto Penale e Processo*, 2006, 191. Cfr. anche E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 575 ss.).

⁷⁰⁶ Al riguardo, v. la Relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione del d.l. 78 del 2013, a.s. 896, in www.senato.it.

Altra modifica importante è rappresentata dalla soppressione del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione delle condanne a pena detentiva di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p., che era stabilito appunto nei confronti dei recidivi reiterati⁷⁰⁷.

Tale scelta di carattere generale è stata dettata dalla constatazione della scarsa significatività, in termini di difesa sociale, della presunzione assoluta di pericolosità a carico della categoria dei condannati recidivi. Una novità, quindi, da considerare in termini di indubbia positività, nell'auspicio che possa costituire l'esordio di una significativa inversione di tendenza, in grado di ricostituire la crepa creatasi a seguito del contrasto provocato verso i principi costituzionali. Si auspica, altresì, la produzione conseguente di effetti sul piano concreto relativamente al decremento dell'importante entità numerica dei condannati plurirecidivi detenuti nelle carceri italiane.

⁷⁰⁷ Sul tema, per un approfondimento, v. www.penalecontemporaneo.it.

CAPITOLO QUARTO

Forme di pericolosità penitenziaria: ordinaria e straordinaria

SOMMARIO: 1. Pericolosità penitenziaria ordinaria: i circuiti penitenziari. – 2. Pericolosità penitenziaria straordinaria. La sorveglianza particolare *ex art. 14 bis* ord. penit. e la sicurezza interna. – 3. Pericolosità penitenziaria e sicurezza pubblica esterna: l'art. 41 *bis*, comma 2, dell'ordinamento penitenziario.

1. Pericolosità penitenziaria ordinaria: i circuiti penitenziari

I circuiti penitenziari rappresentano la chiara dimostrazione dello spostamento del requisito della pericolosità sociale, dal versante delle misure di sicurezza al versante delle pene. Ogni circuito è deputato a contenere una certa categoria di detenuti, classificata, a sua volta, sulla base di un preciso indice di pericolosità. Ci saranno, pertanto, tante pericolosità esecutive quante sono le categorie previste rientranti nei circuiti. Se per diverso tempo la detenzione carceraria ha rappresentato la chiusura più totale verso il detenuto, relativamente alla possibilità di fruire anche di spazi di autonomia all'interno del carcere, dovuto all'esigenza di un maggiore controllo dettato, a sua volta, da ragioni di sicurezza, di recente, sull'onda anche delle spinte provocate dalla giurisprudenza europea, si sono poste le basi per un sistema detentivo “più aperto” strutturato e gestito attraverso il meccanismo della cosiddetta “sorveglianza dinamica”⁷⁰⁸.

⁷⁰⁸ Al riguardo v. GDAP 0251644, del 13.7.2013, *Linee guida sulla sorveglianza dinamica*, in www.ristretti.it/commenti/2013/settembre/.../circolare_sorveglianza.pdf.

Secondo il Capo del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, Giovanni Tamburino, si tratta di "un nuovo modo di intendere gli istituti maggiormente aperti, attraverso una proposta formulata a detenuti selezionati, per poter vivere un'esperienza carceraria dove gli stessi avrebbero l'opportunità di dare prova di una maggiore responsabilità". Il Capo del DAP ritiene, al riguardo, che lo scopo del trattamento sia appunto quello di "formare un cittadino che non delinqua più"⁷⁰⁹.

L'istituzione dei circuiti penitenziari ha regolamentato in modo ufficiale l'inserimento e la gestione della pericolosità sociale all'interno dell'esecuzione della pena che, proprio per tale motivo, appare sempre più rassomigliante alle misure di sicurezza. Infatti, così come previsto per queste ultime, anche nell'ambito della esecuzione della pena carceraria riscontriamo la presenza di un doppio binario all'interno del quale viene distinta la pericolosità ordinaria, presente in capo a tutti i soggetti detenuti, da una pericolosità ritenuta più accentuata, calcolata sulla base di elementi principalmente riferibili alla tipologia di reato di cui alla condanna o tramite una valutazione circa il contegno esteriore tenuto dal condannato, anche nella società libera.

La materia dei circuiti penitenziari è allo stato regolata da diverse circolari, e risponde alla necessità di dare attuazione ai contenuti della legge di ordinamento penitenziario n. 354 del 1975. L'Amministrazione penitenziaria, nell'esercizio del potere discrezionale inerente la gestione dei detenuti e degli internati, in linea con i criteri individuati dagli artt. 13 e 14 ord. penit., opera garantendo che la popolazione carceraria sia suddivisa per categorie omogenee. Ciò al fine di evitare "influenze nocive reciproche" nonché per consentire una certa facilitazione nell'espletamento dell'osservazione personologica verso i detenuti che risulta indispensabile per la valutazione della specifica "tipologia" di pericolosità sociale degli stessi. Al riguar-

⁷⁰⁹ In quest'ottica è possibile raggiungere il suddetto scopo solo se in carcere si sollecita il più possibile l'assunzione delle proprie responsabilità, facendo in modo di differenziare i regimi carcerari creando spazi comuni, e far vivere il minor tempo possibile i detenuti nelle camere di pernottamento. Così: Giovanni Tamburino – Carceri: DAP, via a differenziazione circuito penitenziario – News 21.03.2013 www.altalex.com/index.php?idnot=62156.

do, viene fatto apposito richiamo all'art. 14 ord. penit. e ai criteri indicati nell'art. 42 ord. penit.⁷¹⁰.

L'amministrazione penitenziaria è sempre stata molto attenta al problema della diversificazione degli istituti e dei detenuti ivi ristretti. In più occasioni le direzioni degli istituti penitenziari sono state sollecitate al rispetto delle previsioni ordinamentali e regolamentari circa la suddivisione e il raggruppamento dei ristretti nelle carceri. A partire dagli anni novanta, si è proceduto alla classificazione delle strutture esistenti in "circuiti penitenziari" in base al grado di pericolosità dei detenuti e al conseguente livello di sicurezza richiesto. In particolare, con la circolare n. 3359/5809 del 21 aprile 1993⁷¹¹ e successive modifiche e integrazioni, sono stati disciplinati in modo dettagliato tre circuiti penitenziari protesi alla distribuzione dei detenuti per "grado di pericolosità sociale". Gli istituti penitenziari sono stati inquadrati, pertanto, in tre macrolivelli e specificamente qualificati come "circuiti penitenziari"⁷¹².

All'uopo si distinguono: un circuito penitenziario *di primo livello, ossia di "alta sicurezza"*, destinato ai detenuti ritenuti più pericolosi⁷¹³; un circuito penitenziario

⁷¹⁰ Negli stessi, infatti, si impone di tenere in considerazione, nella scelta delle assegnazioni e dei raggruppamenti dei detenuti, anche i delicati profili della sicurezza connessi alla gestione penitenziaria.

⁷¹¹ Avente ad oggetto "Regime penitenziario. Impiego del personale di polizia penitenziaria. Gestione decentrata democratica e partecipata dell'Amministrazione penitenziaria".

⁷¹² Già la nota prot. n. 606895 del 20.4.1991 dell'ex Ufficio detenuti e trattamento – che ancora oggi viene richiamata nel dettare disposizioni o raccomandazioni in merito alle cautele da adottare nei confronti dei detenuti – distingueva dalla massa dei ristretti quelli che "richiedevano particolari o addirittura eccezionali cautele, ossia attenzioni custodiali". Nella stessa logica, nel 1991, con la nota prot. n. 107372/3-670 del 31.8.1991, l'allora Direttore Generale Nicolò Amato nel "Messaggio a tutto il personale, per una nuova amministrazione, suddivideva le carceri italiane in tre livelli di sicurezza: livello 1), istituti a normale livello di sicurezza, destinati ai detenuti e agli internati non pericolosi o di pericolosità ridotta; livello 2), istituti a particolare livello di sicurezza, destinati ai detenuti e agli internati ritenuti pericolosi; livello 3), istituti ad alto livello di sicurezza, destinati ai detenuti e agli internati ritenuti molto pericolosi. In www.diritto.it; C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., *passim*.

⁷¹³ Il circuito penitenziario di primo livello ossia di alta sicurezza è stato destinato, in linea di massima, ai detenuti imputati o condannati per i delitti di cui agli artt. 416 *bis* e 630 c.p., 74 T.U. n. 309 del 1990. La differenziazione di tali soggetti dagli altri trova ragione nella pericolosità degli stessi connessa al tipo di reato commesso e alla capacità di fare proselitismo o sopraffazione, nonché nella caratteristica ad essi comune di essere esclusi dalle misure alternative e dagli altri benefici penitenziari

di secondo livello, ossia di “media sicurezza”, destinato alla stragrande maggioranza dei detenuti che non rientrano né nel primo né nel secondo circuito⁷¹⁴; un circuito penitenziario di terzo livello, ossia di “custodia attenuata”, destinato ai detenuti tossicodipendenti ritenuti non particolarmente pericolosi.

Con la sopra riportata circolare del 1993, istitutiva del circuito di primo livello, in origine non era stata prevista l'ipotesi di detenuti che, non avendo titolo per essere inseriti nel circuito di primo livello e non essendo in alcun modo collegabili con la

ai sensi dell'art. 4 *bis* ord. penit. Detto circuito prevede la rigorosa separazione dagli altri detenuti di quello in essi inserito, l'uso di strutture sicure inerentemente al profilo edilizio e, quanto più possibile, dal punto di vista degli apparati elettronici e meccanici, il massimo della sicurezza per quanto concerne la gestione e soprattutto per quanto riguarda la sorveglianza. Per il circuito “Alta Sicurezza” sono tutt'ora in vigore, per le parti non in contrasto con quelle successive, le circolari n. 606895 del 20.1.1991, n. 3359 del 21.4.1993, n. 3449 del 16.1.1997, n. 3479 del 9.7.1998 ed infine n. 20 del 9.1.2007. In definitiva, coerentemente con la funzione del regime, il criterio di assegnazione in AS risponde alla necessità di separare i detenuti appartenenti alla realtà della criminalità mafiosa e del terrorismo da tutti gli altri detenuti.

⁷¹⁴ Questo circuito presuppone un equilibrio fra le esigenze di sicurezza e quelle trattamentali. Al fine di regolamentare il circuito in parola, con la circolare a firma del Capo del Dipartimento, prot. n. GDAP- 0445330-2011, datata 25 novembre 2011, avente ad oggetto “Modalità di esecuzione della pena. Un nuovo modello di trattamento che comprenda sicurezza, accoglienza e rieducazione” e con la circolare della Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento, prot. n. GDAP-0445732-2011, sempre del 25 novembre 2011, di pari oggetto, l'Amministrazione è intervenuta sulla materia tentando, in particolare, di raggiungere un duplice obiettivo: da un lato, disciplinare le modalità di detenzione con riferimento alla media sicurezza, operazione questa mai compiuta, dall'altro, legare tutte le iniziative intese a dettagliare interventi sulla vita di reparto, richiamando i testi già vigenti, oppure procedendo a modificazioni di talune prassi adottate. In tal senso, le circolari citate hanno ridefinito i parametri di riferimento per il circuito media sicurezza e introdotto il cosiddetto “regime aperto” che prevede una maggiore libertà di movimento dei detenuti ritenuti di “scarsa pericolosità”, all'interno del contesto penitenziario. Nel circuito di media sicurezza avremo, pertanto, due sotto-livelli: uno per detenuti poco pericolosi e l'altro, più restrittivo, con “celle chiuse”, per i detenuti ritenuti più pericolosi e di difficile gestione. Infatti, il presupposto per l'attuazione del regime aperto rimane, in ogni caso, ancorato all'adesione a precise regole di vita interna, la cui violazione comporterebbe, chiaramente, il ritorno alla camera di pernottamento, ossia al metodo detentivo basato sulla perimetrazione dello spazio. La destinazione al “regime aperto” potrà avvenire dopo avere effettuato un'analitica valutazione circa la idoneità di ciascun soggetto demandata all'équipe di osservazione e trattamento dell'istituto carcerario secondo la stessa modalità e impostazione adottata per l'osservazione scientifica della personalità. Ai fini della valutazione della pericolosità, a ciascun ristretto – condannato o imputato – del circuito media sicurezza, dovrà essere attribuito un codice (bianco, verde, giallo o rosso) che misuri il concreto rischio che lo stesso si renda autore di evasione o di episodi di turbamento dell'ordine e della sicurezza interna dell'istituto. In data 28 maggio 2012 l'Amministrazione è tornata a regolamentare il circuito media sicurezza con la circolare prot. n. GDAP-0206745-2012 mutando, in parte, orientamento rispetto a quanto previsto precedentemente, anche nella necessità di mitigare la situazione di sovraffollamento degli istituti di pena. Cfr. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione. Normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2013, pp. 254 ss., soprattutto sul ruolo affidato all'équipe di osservazione e trattamento all'interno dei circuiti penitenziari: allocazione nelle sezioni specifiche, chiuse o a regime aperto.

criminalità organizzata, presentino tuttavia una pericolosità talmente spiccata da far risultare inopportuno il loro inserimento nel circuito di secondo livello ossia di media sicurezza. In altre parole, l'Amministrazione penitenziaria ha rilevato come "al di fuori del primo livello non siano state disciplinate organicamente le caratteristiche delle sezioni per detenuti cosiddetti "comuni" ma portatori di particolare pericolosità, da raggrupparsi omogeneamente ai sensi degli artt. 2 e 32 del regolamento penitenziario approvato con d.P.R. n. 230 del 30.6.2000⁷¹⁵.

A tal fine, la circolare n. 3479 del 9.7.1998⁷¹⁶ istituiva il circuito ad elevato indice di vigilanza (E.I.V.). L'assegnazione a tale circuito è stata prevista per quanti rispondevano dei delitti commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante compimento di atti di violenza, nonché per i soggetti provenienti dal circuito di cui all'art. 41 *bis* ord. penit. a seguito di revoca e quindi, già ritenuti organicamente inseriti al vertice delle associazioni mafiose. A tale circuito venivano inoltre assegnati detenuti che, indipendentemente dal titolo detentivo, avessero tenuto un "comportamento allarmante" in costanza di detenzione ossia "soggetti dall'elevata pericolosità individuale ed intramuraria", autori di tentativi di evasione, di violenza grave commessa in danno di altri detenuti o di operatori penitenziari o di fatti di grave nocimento per l'ordine e la sicurezza penitenziaria.

Il regime penitenziario dell'EIV non si differenziava per contenuti, offerte trattamenti e modalità di gestione dalle regole penitenziarie vigenti per l'Alta Sicurezza, da cui si distingueva unicamente per la diversa collocazione logistica. Il regime, invece, avrebbe dovuto comportare unicamente l'assegnazione dei detenuti ad aree speciali del penitenziario senza limitare in alcun modo i diritti degli stessi⁷¹⁷.

⁷¹⁵ Il d.P.R. 230 del 2000, all'art. 32 prevede infatti che: "i detenuti e gli internati, che abbiano un comportamento che richiede particolari cautele, anche per la tutela dei compagni da possibili aggressioni o sopraffazioni, sono assegnati ad appositi istituti o sezioni dove sia più agevole adottare le suddette cautele".

⁷¹⁶ V. Circ. DAP n. 3479/5929 del 9.7.1998.

⁷¹⁷ L'amministrazione penitenziaria era solita definire l'EIV non un regime ma un circuito. Ciò nonostante esso è sempre stato costantemente percepito come maggiormente afflittivo, specie presso

Il circuito EIV si presentava, dunque, eterogeneo, per le differenti caratteristiche dei detenuti presenti. Al fine di ovviare a tale eterogeneità, il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP) ha previsto, con circolare n. 3619/6069 del 21 aprile 2009, lo scomponimento del complessivo circuito EIV, in tre differenti sezioni, tra loro non comunicanti, destinate a contenere altrettante tipologie di detenuti ritenuti pericolosi: "A.S.1", "A.S.2", "A.S.3", i primi due dedicati ai detenuti di elevata pericolosità provenienti dal vecchio circuito EIV⁷¹⁸.

Nessuna norma di fonte primaria stabilisce la differenziazione di circuiti e sezioni per "titoli di reato o d'autore" e l'attuale regolamentazione dei circuiti differen-

gli organismi giudiziari europei che, investiti dai ricorsi dei detenuti *ex art. 41 bis*, hanno avuto già modo di accoglierne le doglianze dichiarando la violazione dell'art. 6, par. 1, Cedu. L'assegnazione del detenuto al circuito EIV non viola, di per sé, l'art. 6 comma 1, Cedu, per quanto riguarda il diritto del ricorrente ad essere ascoltato da un tribunale per contestare l'applicazione del regime EIV. Al riguardo v. Corte EDU, sez. II, 6.10.2009, Pesce c. Italia. V altresì, *Id.*, sez. IV, 11.1.2005, Musumeci c. Italia, in *Guida dir.*, suppl. bim. n. 2, 2005, pp. 82 ss. In quest'ultimo pronunciamento la Corte eur. ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 6 comma 1, Cedu, quanto al diritto di rivolgersi a un tribunale per contestare la sottoposizione al regime di elevato indice di vigilanza, in quanto il ricorrente non ha goduto di tale possibilità avverso un regime che costituiva un'ingerenza nei suoi diritti di natura civile. Infatti, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità esclude un'assimilazione tra il regime di cui all'art. 41 *bis* ord. penit. e quello di EIV. Cfr. Cass., sez. I, 2.1.2009, M.C., in *CED Cass.* 242380; Cass., sez. I, 20.12.2007, Barreca, in *Cass. pen.*, 2009, p. 723; nello stesso senso Cass., sez. I, 24.3.2004, Paziienza, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2351, secondo cui l'inserimento del detenuto nel circuito EIV non può essere assimilato ai provvedimenti adottati ai sensi degli artt. 14 *bis* ord. penit. (sottoposizione a regime di sorveglianza particolare v. *infra*) e 41 *bis*, comma 2, ord. penit., in quanto il suddetto provvedimento lungi dal limitare la partecipazione del detenuto ad attività trattamentali, stabilisce soltanto, per ragioni di opportunità specificamente indicate, l'allocatione intramuraria del detenuto in determinati istituti, con la prescrizione di determinate cautele dettate non solo in relazione alla sua particolare pericolosità, ma anche per evitare il compimento di atti di autolesionismo o aggressioni da parte di altri detenuti. Ne consegue che il relativo provvedimento, essendo di esclusiva competenza dell'amministrazione penitenziaria, è sottratto al controllo del magistrato di sorveglianza, potendo costituire oggetto di reclamo solo i singoli atti esecutivi di esso che siano lesivi dei diritti primari del detenuto. Per un'approfondita trattazione del tema v. L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 222; G. ZAPPA, C. MASSETTI, *Codice penitenziario e della sorveglianza*, Piacenza, 2014, p. 613.

⁷¹⁸ Nel primo sottocircuito saranno destinati detenuti e internati appartenenti alla criminalità organizzata di tipo mafioso, nei cui confronti sia venuto meno il decreto di applicazione del regime di cui all'art. 41 *bis* ord. penit., 4 *bis*, ord. penit., e comunque tutti quelli che sono stati considerati elementi di spicco e rilevanti punti di riferimento delle organizzazioni criminali di provenienza. Nel sottocircuito "A.S.2" vengono, invece, inseriti automaticamente i soggetti imputati o condannati per delitti commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza ossia delitti di cui agli artt. 270, 210 *bis*, 270 *ter*, 270 *quater*, 270 *quinquies*, 280, 280 *bis*, 289 *bis*, 306, c.p. Il terzo sottocircuito è dedicato alla popolazione detenuta ai sensi della circolare n. 20 del 9.1.07, ossia capi, promotori, dirigenti, organizzatori e finanziatori della fattispecie di cui all'art. 74 del d.P.R. n. 309 del 1990, 291 *quater* del d.P.R. n. 43 del 1973.

ziati è di fonte amministrativa, costituita quindi o da circolari ministeriali o da circolari dipartimentali. La creazione di appositi circuiti penitenziari, che garantiscano elevati livelli di sicurezza, è prevista dall'art. 32 del reg. es. ord. penit.⁷¹⁹.

In data 28 maggio 2012 l'Amministrazione penitenziaria è tornata a regolamentare il circuito media sicurezza con la circolare prot. n. GDAP -0206745- 2012, modificando l'orientamento rispetto al passato⁷²⁰. In questa circolare viene rimarcato il ruolo di ogni Provveditorato regionale che costituisce il concreto traduttore della politica penitenziaria nazionale⁷²¹.

Di particolare rilievo risulta la circolare del 18 luglio 2013, n. 3649/6099, denominata "Realizzazione circuito regionale *ex art.* 115 d.P.R. 30 luglio 2000 n. 230: linee guida sulla sorveglianza dinamica"⁷²². L'introduzione di questa circolare ha visto "smussare" le conseguenze create della realizzazione dei circuiti penitenziari. Il nuovo orientamento risulta finalizzato, infatti, a suscitare e accrescere il senso di responsabilità del detenuto prevedendo all'interno del circuito della media sicurezza discrete possibilità di autonomia del ristretto con la sottoscrizione di un patto trattamentale che prescriva gli specifici impegni assunti e le correlate responsabilità dell'interessato. La pericolosità sociale ritenuta come facente capo al detenuto viene "trattata" e gestita per il raggiungimento del fine rieducativo che, col tempo, ha assorbito in sé non solo la funzione di prevenzione speciale positiva ma anche quella negativa legata alla neutralizzazione del soggetto sottoposto a pena reclusiva⁷²³.

⁷¹⁹ Il d.P.R. 230 del 2000, all'art. 32 prevede infatti che: "i detenuti e gli internati, che abbiano un comportamento che richiede particolari cautele, anche per la tutela dei compagni da possibili aggressioni o sopraffazioni, sono assegnati ad appositi istituti o sezioni dove sia più agevole adottare le suddette cautele".

⁷²⁰ "Realizzazione circuito regionale *ex art.* 115 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230".

⁷²¹ "Il Provveditorato costituisce la chiave di volta di un nuovo sistema organizzativo, lo snodo attraverso il quale l'indirizzo nazionale della politica penitenziaria deve tradursi in scelte progettuali e individua gli obiettivi da raggiungere in una visione aderente alle specificità del territorio".

⁷²² Al riguardo v. il tema: "dal controllo alla conoscenza del detenuto", in www.giustizia.it.

⁷²³ Tra le teorie utilitaristiche della pena troviamo, infatti, le teorie della prevenzione speciale negativa e quelle della prevenzione speciale positiva. Le prime denominate anche teorie dell'interdizione sono tese ad attribuire alla sanzione la funzione negativa di eliminazione di qualche aspetto del condannato che è ritenuto disfunzionale, patologico, oppure, in qualche modo di neutralizzazione del reo. Nelle

La suddivisione degli istituti detentivi in circuiti penitenziari corrisponde alla visione culturale di una teoria della prevenzione speciale positiva e negativa, che vede il soggetto delinquente come un soggetto con proprie difficoltà “interne” che deve, da un lato, essere trattato, curato e riabilitato per essere restituito “rinnovato” alla società, dall’altro lato, contenuto e neutralizzato nella sua supposta pericolosità sociale⁷²⁴.

A ben vedere, nella realtà italiana le esigenze di sicurezza penitenziaria, sia interna che esterna, non sono perseguite solo con gli strumenti legislativi a ciò dedicati (artt. 14 *bis* e 41 *bis* ord. penit.), ma anche attraverso istituti, i circuiti penitenziari, che sfuggono alla legge e soprattutto al controllo dell’autorità giudiziaria.

Si tratta, infatti, di provvedimenti nei confronti dei quali non è riconosciuta, nel nostro ordinamento, una tutela giurisdizionale⁷²⁵.

Ci si domanda, se la ripartizione nei circuiti detentivi, dovrebbe avvenire per tipologie “legali” di pericolosità sociale (es. imputazione di reato *ex art.* 416 *bis* c.p.) o per tipologie concrete di pericolosità “penitenziaria”. È evidente che, coerentemente con la scelta operata dal legislatore nell’art. 4 *bis* ord. penit., frutto di numerose stratificazioni legislative, che prevede una differenziazione della pericolosità a seconda della tipologia di reato commesso, la risposta potrebbe essere quella della tipologia legale: del resto alcuni validi sistemi, come quello canadese, operano in tal senso, almeno in fase di prima assegnazione⁷²⁶.

teorie della prevenzione speciale positiva, invece, chiamate anche teorie della correzione, la sanzione penale assume una funzione positiva di correzione del condannato. Così M.J. FALCON Y TELLA, F.J. FALCON Y TELLA, *Fondamento e finalità della sanzione. Diritto di punire?*, Milano, 2008, p. 160.

⁷²⁴ Impostazione che corrisponde perfettamente ai dettami della Scuola Positiva.

⁷²⁵ In relazione a questi casi può rivelarsi illuminante il riferimento alla giurisprudenza francese che, è invece arrivata ad ammettere la ricorribilità di qualsiasi provvedimento dell’amministrazione penitenziaria (quindi anche in materia di trasferimenti e di assegnazione a circuiti penitenziari di alta sicurezza), ogniqualvolta da esso derivi un pregiudizio ai diritti del detenuto superiore al pregiudizio determinato dalla detenzione ordinaria. Per un maggiore approfondimento sul tema v. A. FERRAVANTE, *Il trattamento penitenziario dei detenuti pericolosi in Francia e in Italia*, Tesi di Laurea, 18.1.2012, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷²⁶ L. DAGA, *Prevenzione della recidiva: modifiche normative ed adeguamento delle strutture in rapporto al sistema penitenziario*, in *Scritti e discorsi 1980-1993*, a cura del Dipartimento Amministrazione Penitenziaria Ufficio Studi Ricerche Legislazione e Rapporti Internazionali, Ministero della

2. Pericolosità penitenziaria straordinaria. La sorveglianza particolare ex art. 14 bis ord. penit. e la sicurezza interna

Le disposizioni sul regime di sorveglianza particolare sono state introdotte dalla legge n. 663 del 1986 con l'intenzione di risolvere in modo più soddisfacente il problema del trattamento dei soggetti di difficile controllo all'interno del carcere. In particolare, si tratta di comportamenti che evidenziano una specifica pericolosità per l'ordine e la sicurezza all'interno degli istituti penitenziari denominata "pericolosità penitenziaria"⁷²⁷.

Viene definita "sicurezza" quella condizione oggettiva che consente sia lo svolgimento del trattamento penitenziario in senso lato, sia l'effettiva esecuzione della pena. Nel primo senso più propriamente si parla di sicurezza "interna": ciò che deve essere garantito è la libertà di azione degli operatori penitenziari, il diritto di partecipare al trattamento dei detenuti, il rispetto delle norme regolamentari sia tra i detenuti che tra questi e gli operatori. Nel secondo, invece, si parla di sicurezza "esterna", in quanto ciò che vuole essere impedito è il pericolo di evasioni o di possibili inserimenti di elementi estranei agli stabilimenti penitenziari. In entrambi i casi, quindi, viene in rilievo una situazione talmente generale che può essere pregiudicata

Giustizia, Roma, 2008, pp. 463 ss.

⁷²⁷ La "pericolosità penitenziaria" è un'espressione usata dalla Corte di Cassazione per definire la condotta del soggetto detenuto, legata a una valutazione di fatto dei comportamenti dello stesso potenzialmente pregiudicanti l'ordine e la sicurezza all'interno del carcere, ma che fa riferimento anche al percorso criminale del detenuto, tenendo in considerazione i reati commessi o episodi imputatigli in precedenti carcerazioni. Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, la "pericolosità penitenziaria" deve avere in ogni caso il carattere dell'attualità: infatti, solo una capacità di turbativa e una pericolosità presente possono compromettere e turbare la sicurezza e l'ordine negli istituti ovvero impedire le ordinate attività e far avvalere lo stato di soggezione di altri detenuti. Inoltre, la pericolosità presente e attuale va distinta dalla sua esteriorizzazione: ciò che rileva ai fini del provvedimento di cui all'articolo 14 bis è una complessità di giudizio della personalità del detenuto che può far riferimento a fatti anteriori e pregressi, dovendosi valutare una certa capacità e probabilità di comportamento del soggetto. La differenza fra i due aspetti enunciati dalla Corte di Cassazione è rilevante: il concetto di "pericolosità penitenziaria" amplia l'ambito di applicazione del regime di "sorveglianza particolare". Invero, basando il giudizio, ai fini dell'applicazione del suddetto regime, sull'indole del reato commesso e sul comportamento tenuto durante le precedenti detenzioni, si valuta soltanto l'eventualità che il soggetto ponga in essere una condotta che miri alla soggezione di altri detenuti; invece, attenendosi alla pericolosità attuale della condotta del soggetto, il reato commesso e il comportamento tenuto nelle precedenti detenzioni, costituiscono indici secondari di valutazione che servono a formulare un giudizio complessivo sulla personalità del soggetto. Al riguardo v. Cass., sez. I, 13.11.1987, Puinti; Cass., sez. I, 17.2.1994, n. 5694, Tripodi, in www.cortedicassazione.it.

solo da specifici comportamenti particolarmente dannosi. Infatti, intanto l'amministrazione penitenziaria può intervenire con strumenti limitativi della libertà dei detenuti, in quanto siano in gioco interessi della collettività penitenziaria e della comunità civile⁷²⁸.

Succede che, quando i comportamenti irregolari sono di intensità tale da richiedere l'adozione di particolari cautele, i detenuti responsabili dell'azione turbolenta possono essere assegnati, o successivamente trasferiti in appositi istituti o sezioni⁷²⁹.

In una seconda fase, qualora poi il detenuto ponga in essere una o più condotte tassativamente previste dall'art. 14 *bis* ord. penit. configuranti forme di pericolosità cosiddetta "penitenziaria", può essere applicato un regime penitenziario più restrittivo dell'ordinario, il cosiddetto regime di "sorveglianza particolare"⁷³⁰.

Ai sensi di quest'ultimo articolo, i parametri di comportamento che danno luogo alla "pericolosità penitenziaria", presupposto necessario per l'applicazione del regime di sorveglianza particolare, sono tre: la compromissione della sicurezza ovvero la turbativa dell'ordine negli istituti; la violenza o la minaccia diretta ad impedire le attività degli altri detenuti o internati; la soggezione imposta agli altri detenuti. Ciascuno dei predetti comportamenti, anche se realizzato isolatamente, è sufficiente a giustificare l'eventuale adozione del provvedimento, a condizione, però, che l'Amministrazione ne dia un'adeguata motivazione. È stato osservato, al riguardo,

⁷²⁸ Se a tutela della sicurezza interna il legislatore ha previsto lo strumento della sorveglianza particolare, viceversa a tutela della sicurezza esterna il provvedimento generalizzato previsto è quello disciplinato dall'art. 41 *bis*, primo comma, ord. pen. In tal senso, R. GRIPPO, *Illegittimità dell'isolamento totale o della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, "41 bis" e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione*, 27.09.2011, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷²⁹ Al riguardo v. art. 42, comma 1, ord. penit. e art. 32 reg. esec.

⁷³⁰ Sul tema v. C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 478. Inizialmente l'ordinamento penitenziario prevedeva unicamente l'art. 90 ord. pen. che attribuiva al ministro della giustizia il potere di sospendere in uno o più stabilimenti penitenziari le regole del trattamento in presenza di gravi ed eccezionali motivi di ordine e sicurezza. Si trattava di una norma dalla formulazione assai generica, in quanto non prevedeva limiti, condizioni, procedure ed un controllo giurisdizionale. Successivamente, la legge n. 663 del 1986 abrogava la suddetta disposizione, introducendo, appunto gli art. 14 *bis* e ss. ord. pen. Per un approfondimento di quest'ultima normativa v. L. CESARIS, *Art. 14 bis*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2011, ed. IV, p. 182 ss.

che le restrizioni alle quali è soggetto il sorvegliato particolare traggono il loro fondamento giuridico dal potere decisionale dell'amministrazione penitenziaria e non dalla sentenza di condanna, finendo inevitabilmente per alterare il giudizio di proporzionalità tra reato e pena ordinata dal giudice⁷³¹.

La seconda parte del primo comma dell'art. 14 *bis* ord. penit. fissa in sei mesi la durata massima della sottoposizione di un detenuto al regime di sorveglianza particolare. Detta misura può essere successivamente prorogata di tre mesi in tre mesi, per un numero indefinito di volte, lasciando presagire come il predetto regime possa, in pratica, essere applicato in modo pressoché permanente nei confronti di taluni soggetti, quindi per tutta la durata della pena⁷³².

Inoltre, possono essere sottoposti al regime di sorveglianza particolare, fin dal momento del loro ingresso in istituto, i condannati, gli internati e gli imputati, sulla base di precedenti comportamenti penitenziari o di altri concreti comportamenti tenuti nello stato di libertà, indipendentemente dalla natura dell'imputazione. Rispetto a quest'ultima forma di pericolosità, una parte della dottrina, ha osservato come la genericità delle condotte irregolari legittimanti tale *species* di sorveglianza particolare sia ancora più accentuata di quella definita al primo comma, giacché il legislatore non potendo avvalersi delle fattispecie descritte nelle lettere a), b) c) del primo comma dell'art 14 *bis*, che presuppongono l'attualità dello stato di detenzione, ha fatto riferimento soltanto a precedenti comportamenti penitenziari e ad altri concreti comportamenti tenuti nello stato di libertà. Si può dedurre, dalla lettura coordinata del primo e del quarto comma dell'art. 14 *bis* ord. penit., quindi, che i comportamenti posti in essere dai condannati e internati antecedentemente al loro ingresso in istituto devono essere stati così gravi e indicativi da far presumere la pericolosità penitenziaria dei loro autori⁷³³.

⁷³¹ Al riguardo v. C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 478.

⁷³² *Ivi*, p. 480.

⁷³³ Questa ipotesi ha suscitato non poche perplessità. In proposito, si veda G. DI GENNARO, R. BREDI, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, p. 109.

L'adozione del provvedimento di sorveglianza particolare può avvenire con due procedimenti diversi: uno ordinario in cui è necessario acquisire, prima di adottare il provvedimento, il parere del consiglio di disciplina, integrato da due esperti in discipline sociali, pedagogiche, psichiatriche e criminologiche, nonché dall'autorità giudiziaria precedente, per gli imputati; uno abbreviato a cui è possibile ricorrere solo in caso di necessità e urgenza. Il procedimento abbreviato non può mai essere usato per prorogare il regime di sorveglianza particolare.

Il parere del Consiglio di Disciplina deve accertare e valutare sia la "pericolosità soggettiva" del detenuto, con riferimento ai comportamenti descritti dal comma 1, articolo 14 *bis*, sia l'insufficienza degli strumenti di trattamento a fronteggiare tale pericolosità. Si deve trattare di una valutazione tecnica, mirata ad accertare la necessità di sottrarre il soggetto alle ordinarie regole del trattamento, poiché queste ultime si rivelano non in grado di fronteggiare le specifiche caratteristiche personologiche del soggetto. Il Consiglio di Disciplina deve, inoltre, pronunciarsi sulla capacità del soggetto di sopportare il regime di sorveglianza particolare senza che la sua personalità, fisica e morale, subisca ulteriori danni.

Il parere è obbligatorio, ma non vincolante: infatti, il dipartimento dell'amministrazione penitenziaria può disattenderlo, ma è in ogni caso tenuto a dare una valutazione autonoma in merito alle esigenze organizzative, di ordine e sicurezza degli istituti penitenziari.

Nell'ipotesi in cui il provvedimento sia adottato nei confronti di un imputato, il parere deve essere richiesto all'autorità giudiziaria precedente. Se il soggetto riveste contemporaneamente lo *status* di imputato e di condannato, il parere dell'autorità giudiziaria precedente non è necessario. Al riguardo, l'autorità giudiziaria dovrà pronunciarsi sulla pericolosità del soggetto, motivata dalla natura dell'imputazione, in modo da consentire al DAP un'adeguata valutazione sulle esigenze di ordine e sicurezza⁷³⁴.

⁷³⁴ F.C. PALAZZO, *Commento alla legge 663/86. Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, in *Legislazione penale*, 1987, pp. 101.

Il regime di sorveglianza particolare è uno strumento eccezionale, in quanto prevede una serie di restrizioni per il detenuto ad esso sottoposto, le quali comportano vistose deroghe all'ordinario trattamento penitenziario. Pertanto, per evitare un abuso da parte dell'amministrazione penitenziaria, la normativa ne disciplina i presupposti nell'art. 14 *bis* ord. penit., le singole restrizioni nell'art. 14 *quater* ord. penit. e il controllo giurisdizionale nell'art. 14 *ter* ord. penit.⁷³⁵.

Il provvedimento di cui all'art. 14 *bis* ord. penit. può essere considerato un regime esecutivo individualizzato, calibrato sulla pericolosità del detenuto, da affiancare al modello di differenziazione degli istituti accolto dall'impianto originario dell'ordinamento⁷³⁶. Invero, l'amministrazione penitenziaria può, a tal fine, prescrivere restrizioni dirette esclusivamente a neutralizzare la pericolosità di quello specifico soggetto destinatario del provvedimento *de quo*⁷³⁷.

Al riguardo, l'autorità amministrativa non può limitarsi a richiamare i casi previsti dall'art. 14 *bis* ord. penit. ma dovrebbe, di volta in volta, indicare gli specifici comportamenti in riferimento ai quali è possibile effettuare una valutazione prognostica di pericolosità⁷³⁸.

⁷³⁵ Sul tema v. C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 478 ss.; M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 200 ss.

⁷³⁶ v. L. CESARIS, *Art. 14 bis*, cit., p. 185 ss.

⁷³⁷ In questo senso, per la qualificazione della sorveglianza particolare come un regime individualizzato v. T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, Padova, 1994, p. 166. Se così fosse ci si dovrebbe porre il quesito se venga, veramente, effettuata un'indagine personologica sul soggetto, ai fini dell'applicazione del provvedimento di sorveglianza particolare, alla stregua di quella che lo stesso ordinamento prevede per il trattamento penitenziario individualizzato. Per questo, può suscitare qualche perplessità il fatto che, tra i destinatari figurino anche gli imputati, nei cui confronti vale, notoriamente, la presunzione di non colpevolezza. La spiegazione si può trovare nella circostanza che il regime in esame non dovrebbe avere un carattere punitivo, bensì preventivo cautelare, diretto, cioè, ad assicurare il mantenimento dell'ordine e della sicurezza in carcere. Così L. CESARIS, *Art. 14 bis*, cit., p. 185 ss.

⁷³⁸ Va osservato come l'art. 14 *bis* pur individuando determinati comportamenti, li ha formulati con un grado di determinatezza differente. Infatti, mentre è puntuale il riferimento ai soggetti "che con la violenza o minaccia impediscono attività degli altri detenuti o internati" *ex* comma 1, lett. *b*) ed a quelli "che nella vita penitenziaria si avvalgono dello stato di soggezione degli altri detenuti nei loro confronti" (comma 1, lett. *c*), costituiscono, invece, delle vere e proprie clausole generali sia la definizione data dal comma 1, lett. *a*), ossia i "comportamenti che compromettono la sicurezza ovvero turbano l'ordine negli istituti", sia il richiamo del comma 5, ad "altri concreti comportamenti tenuti

La sorveglianza particolare costituisce una misura di tipo preventivo-cautelare che prevede presupposti oggettivi “aventi diverso grado di determinatezza”⁷³⁹. Non tutta la giurisprudenza concorda sulla specifica natura dello strumento di controllo: una parte della giurisprudenza ritiene che tale misura rivesta contenuti disciplinari e sia compatibile addirittura con l’ulteriore regime di rigore di cui all’art. 41 *bis* comma 2 ord. penit.⁷⁴⁰. Relativamente a quest’ultima ipotesi, l’applicazione del regime di sorveglianza particolare “perderebbe il suo ruolo di strumento a carattere preventivo e si aggiungerebbe agli strumenti sanzionatori penali e disciplinari”⁷⁴¹. Al riguardo, va sottolineato, come il regime di sorveglianza particolare e quello disciplinare sono due istituti diversi, in quanto rispondono a finalità diverse. Infatti, il primo è uno strumento introdotto dal legislatore al fine di prevenire comportamenti che mettono in pericolo la sicurezza interna negli istituti di pena. Il secondo, invece, ha come scopo quello di assicurare che negli stabilimenti penitenziari, sia garantito l’ordine, ossia il rispetto delle ordinarie regole di condotta. L’art. 36 ord. penit. nel sancire che il regime disciplinare serve a “stimolare il senso di responsabilità e la capacità di autocontrollo, lo configura non solo come uno strumento di gestione della comunità carceraria attraverso il tradizionale binomio castigo-premio, ma anche come un mezzo che concorre al trattamento rieducativo”⁷⁴².

nello stato di libertà”. Pertanto, in virtù dell’eccezionalità della sorveglianza particolare, l’individuazione degli episodi sussumibili sotto queste ultime due fattispecie, deve essere estremamente rigorosa. Al riguardo, si v. T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all’approdo della legalità*, cit., p. 170, ad avviso del quale i comportamenti menzionati nell’art. 14 *bis* ord. pen. appaiono indecifrabili e oscuri, tanto che la misura della sorveglianza particolare, appare, più che altro, come una ulteriore forma di restrizione della libertà personale non supportata costituzionalmente e, soprattutto, alquanto evanescente nei presupposti.

⁷³⁹ v. L. CESARIS, *Art. 14 bis*, cit., p. 185 ss.

⁷⁴⁰ In tal senso, ord. Tribunale di Sorveglianza di Bologna del 27.09.2011, cit. Al riguardo, la predetta impostazione suscita forti perplessità di ordine sistematico e l’area della critica si allarga fino a ricomprendervi il sistema dei circuiti penitenziari, anch’esso in netta sovrapposizione con il regime di cui agli artt. 14 *bis* ord. pen. citati.

⁷⁴¹ v. L. CESARIS, *Art. 14 bis*, cit., p. 185 ss.

⁷⁴² Al riguardo v. R. GRIPPO, *Illegittimità dell’isolamento totale o della cella liscia*, cit., p. 12. A tal proposito, viene osservato che, in materia disciplinare, il principio di tassatività appare maggiormente rispettato, avendo il legislatore non solo sancito che nessun detenuto può essere punito per un fatto che non sia previsto espressamente come infrazione, ex art. 38, comma 1, ord. pen., ma altresì descrit-

Eppure, la misura della sorveglianza particolare, disciplinante una delle forme di pericolosità penitenziaria, viene spesso assimilata alle sanzioni disciplinari, creando un ulteriore stato di incertezza, nonostante i due istituti non possano neppure porsi in posizione di sussidiarietà in quanto non regolano affatto diversi ambiti della stessa materia ma configurano mezzi del tutto diversi, aventi un'operatività autonoma e differente⁷⁴³.

Altro aspetto, di particolare rilevanza, rivestito dalla sorveglianza particolare, riguarda il fatto che, molto spesso, nella prassi penitenziaria, essa assuma la forma di “isolamento continuo” nonostante ciò non abbia alcun fondamento legislativo” e “leda, inoltre, il diritto al trattamento secondo i principi di umanità e rispetto della dignità umana” ex art. 1 ord. penit.⁷⁴⁴. Questo perché la misura della sorveglianza particolare sconta appunto, come osservato, la confusione tra la stessa e le sanzioni disciplinari nonostante l'istituto in parola sia stato introdotto proprio per evitare che prescrizioni impartite dall'autorità amministrativa potessero incidere sul trattamento e sui diritti dei detenuti in termini puramente restrittivi e con il solo effetto di aggravare il contenuto afflittivo della pena⁷⁴⁵.

L'art. 14 *quater* ord. penit., riguardante le singole prescrizioni, si limita a stabilire come la sorveglianza particolare possa comportare solo quelle restrizioni ritenute strettamente necessarie per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza⁷⁴⁶.

to i comportamenti oggetto di punizione, ex art. 77, comma 1, reg. pen. Al contrario, come si è visto precedentemente, l'art. 14 *bis* ord. pen. ha per un verso tipizzato i comportamenti concreti, quali appunto gli atti di violenza e di minaccia e l'assunzione di una posizione di supremazia, ma per un altro, ha introdotto una sorta di clausola generale facendo riferimento a tutti “i comportamenti che compromettono la sicurezza negli istituti”.

⁷⁴³ A tal proposito, v. R. GRIPPO, *Illegittimità dell'isolamento totale o della cella liscia*, cit., p. 14.

⁷⁴⁴ In tal senso, ord. Tribunale di Sorveglianza di Bologna del 27.09.2011, cit.

⁷⁴⁵ Così M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pp. 195 ss.

⁷⁴⁶ Peraltro, ai sensi dell'art. 14 *quater*, comma 4, ord. penit.: “le restrizioni non possono riguardare l'igiene e le esigenze della salute; il vitto, il vestiario ed il corredo; il possesso, l'acquisto e la ricezione di generi ed oggetti permessi dal regolamento interno, nei limiti in cui ciò comporta pericolo per la sicurezza; la lettura di libri e periodici; le pratiche di culto; l'uso di apparecchi radio del tipo consentito; la permanenza all'aperto per almeno due ore al giorno, salvo quanto disposto dall'articolo 10; i colloqui con i difensori, nonché quelli con il coniuge, il convivente, i figli, i genitori, i fratelli.” Per la normativa di riferimento v. G. ZAPPA, C. MASSETTI, *Codice penitenziario e della sorveglianza*, cit.

Non è chi non veda come tale formula appaia piuttosto vaga lasciando all'interprete il compito di ricavare il contenuto positivo del provvedimento. Volendo quindi tentare di indicare quali restrizioni possano essere applicate dal combinato disposto dei commi 2 e 4 dell'art. 14 *quater* ord. penit., si deduce, per esclusione, che il provvedimento può avere ad oggetto solo la corrispondenza epistolare e telefonica (ovviamente nel rispetto delle condizioni di legge), i colloqui con terzi, ossia con persone diverse dai familiari, la ricezione e il possesso di oggetti pericolosi per la sicurezza, le attività in comune con gli altri detenuti come le attività lavorative, ricreative, culturali e sportive, e la libertà di movimento normalmente riconosciuta nell'ambito dell'istituto penitenziario. La possibilità per i detenuti di essere inclusi nelle attività trattamentali comuni fa sorgere il quesito se la partecipazione in forma collettiva possa essere solo ridotta quantitativamente o addirittura esclusa del tutto, ponendo il detenuto in una condizione di isolamento totale⁷⁴⁷. Tutto ciò, nonostante l'esperienza abbia dimostrato gli effetti deleteri che l'isolamento produrrebbe sulla psiche e sul fisico delle persone costrette a subirlo⁷⁴⁸. Inoltre, se si ammettesse la possibilità di applicare la sorveglianza particolare in forma di isolamento continuo, si arriverebbe all'assurda conseguenza per cui il detenuto subirebbe una (ingiustificata) sanzione con una durata di gran lunga superiore a quella ridotta prevista dall'art. 39 ord. pen.⁷⁴⁹.

Il Comitato per la prevenzione contro la tortura (CTP)⁷⁵⁰ nei suoi rapporti ha sempre messo in evidenza la necessità di rispettare il principio di proporzionalità tra

⁷⁴⁷ Al riguardo, si precisa come l'ordinamento penitenziario ammetta l'isolamento solo in tre casi: per ragioni sanitarie, in esecuzione della sanzione disciplinare dell'esclusione dalle attività in comune e, infine, per gli imputati durante l'istruttoria *ex art.* 33 ord. pen. Quest'ultima disposizione, prevedeva la possibilità dell'isolamento anche per gli arrestati nel procedimento di prevenzione, di cui alla legge 1956 n. 1423. La legge 1988 n. 327, modificando l'art. 6 della legge 1956 n. 1423, ha fatto venire meno la facoltà dell'arresto nell'ambito del procedimento di prevenzione. Così M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 159.

⁷⁴⁸ *Ivi*, p. 158.

⁷⁴⁹ L'art. 39 ord. penit., infatti, stabilisce tra le infrazioni disciplinari "l'esclusione dalle attività in comune per non più di quindici giorni". V. G. ZAPPA, C. MASSETTI, *Codice penitenziario e della sorveglianza*, cit.

⁷⁵⁰ Si tratta di un organo di controllo preventivo deputato ad effettuare, periodicamente, visite negli

le esigenze del caso concreto e la misura dell'isolamento continuo, in modo tale che quest'ultimo venga adottato solo a fronte di situazioni eccezionali, e per un tempo che sia considerato il più breve possibile. I risultati di tali indagini sono stati spesso utilizzati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) la quale, in una delle sue recenti sentenze⁷⁵¹ ha stabilito che, l'isolamento, per non costituire un trattamento inumano e degradante e quindi per non porsi in contrasto con l'art. 3 Cedu, deve rispettare la durata fissata dalla legge, essere giustificato da comportamenti straordinari e specifici del soggetto e non essere totale. Ciò significa che non è possibile vietare al detenuto qualsiasi contatto sociale con gli altri ristretti. Quanto osservato comprova l'illecita prassi adottata sovente in Italia di applicare l'isolamento continuo, in un regime di sorveglianza particolare, che essendo prorogato di tre mesi in tre mesi, può notevolmente oltrepassare il limite temporale stabilito dall'art. 39 ord. pen. per la sanzione disciplinare⁷⁵².

In relazione al regime di sorveglianza particolare viene in rilievo anche un'altra incongruenza, legata alla questione della collocazione del detenuto nella cosiddetta "cella liscia", ovverosia in una stanza dotata solo di letto, tavolo e sgabello, ma priva di tutti gli altri suppellettili quali il televisore, l'armadio, il fornellino individuale per cucinare, la radio portatile: tutti oggetti, questi ultimi, invece presenti in una comune camera detentiva. Detti oggetti, che difettano nella cella liscia, sono ritenuti indispensabili per garantire il diritto al trattamento secondo principi di umanità e di rispetto della persona e sono in grado di garantire condizioni di vita dignitose alla persona, anche se soggetta a restrizione della libertà personale. Al riguardo, ci si domanda se tale principio di umanità possa essere derogato in caso di accertati comportamenti pericolosi del detenuto, al fine di poter garantire il mantenimento dell'ordine e della sicurezza interna, e se quindi la privazione di tali oggetti possa

Stati membri al fine di segnalare le condizioni dei luoghi di tortura ed impedire la commissione e/o il perpetrarsi di torture e maltrattamenti.

⁷⁵¹ Al riguardo v. Corte EDU, sez. V, sent. 20.10.2011, ric. n. 51019/08, Alboreo c. Francia. Sul punto v. A. GILBERTO, *Rassegna di sentenze e decisioni della Corte Edu rilevanti in materia penale*, 17.11.2011, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷⁵² Per un approfondimento sul tema v. M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 160.

rientrare nell'art. 14 *quater* ord. penit. e permetta il perseguimento del principio rieducativo.

Il Tribunale di sorveglianza di Bologna, al riguardo, ha escluso che l'adozione della cella "liscia" possa ritenersi funzionale al mantenimento dell'ordine e della sicurezza interna⁷⁵³.

La dottrina prevalente ha sollevato più volte critiche concernenti soprattutto l'indeterminatezza della descrizione di alcuni comportamenti sintomatici della pericolosità, o alcune contraddizioni presenti nel procedimento di applicazione dell'istituto in esame. Secondo alcuni autori⁷⁵⁴, infatti, l'avvenuta regolamentazione di un regime di sicurezza individualizzato quale quello della sorveglianza particolare, non annulla, né impedisce, la sopravvivenza degli istituti di massima sicurezza. Anzi, quest'ultima viene implicitamente riconosciuta e giustificata laddove, non essendo attuabile la sorveglianza particolare nell'istituto in cui il detenuto si trovava, è consentito all'amministrazione di disporre il trasferimento in un altro istituto dove vigono regole detentive più severe (art. 14 *quater*, comma 5, ord. penit.)⁷⁵⁵. In tal modo vengono così meno i controlli di tipo giurisdizionale.

⁷⁵³ Lo stesso Tribunale ha però ritenuto pericoloso l'utilizzo della radio "atteso che in istituto vi è un sistema di radiodiffusione". Eppure, l'art. 14 *quater*, comma 4, ord. pen., se da una parte fa salva la generale possibilità che le restrizioni abbiano ad oggetto il possesso e l'uso di oggetti pericolosi per la sicurezza, dall'altra esclude espressamente che le stesse possano riguardare "l'uso di apparecchi radio del tipo consentito". Detto ciò, non può negarsi come il negare al detenuto l'utilizzo dell'apparecchio radio rappresenti non tanto un mezzo per contrastare la pericolosità quanto un metodo di tipo punitivo tipico della cultura carceraria e custodiale. V. Trib. Sorv. L'Aquila, ord. 8.11.2011, ric. x, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷⁵⁴ B. GUAZZALOCA, M. PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, Torino, 1995, p. 292; A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, p. 26; V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., pp. 29-30.

⁷⁵⁵ R. MERANI, *Il rapporto con il sistema penitenziario. I vari circuiti penitenziari*, in *Quaderni del CSM*, 1995, n. 80, p. 286. A tal proposito l'autore riporta le considerazioni espresse dal Tribunale di sorveglianza di Firenze (ordinanza 25/3/1987, in *Foro it.*, 1987, II, col. 596 e ss.) a seguito di un reclamo avanzato ex art. 14 *ter* ord. penit.: "Basti ricordare esclusivamente su questo punto: 1) i detenuti assegnati al circuito di massima sicurezza dovevano restare nello stesso fino a quando non venivano classificati e assegnati dall'amministrazione centrale ad un istituto ordinario. Questo, come si dirà, vale tutt'ora. (...) Ci possono essere state modeste attenuazioni di tale regime, ma la sostanza del trattamento negli istituti e nelle sezioni di massima sicurezza è rimasta ferma, comunque nettamente differenziata da quello degli istituti ordinari (...) L'espedito verbale di chiamare *ex-differenziati* i detenuti della massima sicurezza ha lasciato la realtà del sistema differenziato com'era in precedenza".

Il *trend* applicativo della sorveglianza particolare nel corso degli anni è risultato essere piuttosto elevato nel periodo appena successivo alla sua introduzione, ma è costantemente diminuito negli anni fino a risolversi in una pressoché totale disapplicazione del regime, stante probabilmente la previsione normativa del reclamo avverso il provvedimento che disponeva o prorogava tale regime, che ha evidentemente sconsigliato l'amministrazione penitenziaria ad avvalersene con eccessiva frequenza⁷⁵⁶.

Infatti, i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria incidenti sui diritti soggettivi sono sindacabili in sede giurisdizionale mediante reclamo al magistrato di sorveglianza che decide con ordinanza ricorribile per cassazione secondo la procedura indicata nell'art. 14 *ter* ord. penit.⁷⁵⁷.

In definitiva, l'attuazione del regime di cui all'art. 14 *bis* ord. penit. ha portato, nel tempo, alla creazione di un apposito circuito interno di "massima sicurezza", contraddicente lo spirito della normativa penitenziaria del 1975, e all'applicazione distorta dell'istituto, dettata molto spesso da esigenze di opportunità, il che ha determinato la sottoposizione al regime anche dei soggetti non pericolosi, con evidente compressione delle regole del trattamento penitenziario e rieducativo. A ben vedere, a carico dei soggetti sottoposti al regime restrittivo *ex art.* 14 *bis* ord. penit. ha finito per prevalere una presunzione di pericolosità e soprattutto di non rieducabilità degli stessi⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti delle pene*, 1992, parte 3, p. 126.

⁷⁵⁷ Così Cass., sez. I, 12.12.2007, n. 46269, Musumeci, v. G. ZAPPA, C. MASSETTI, *Codice penitenziario e della sorveglianza*, cit., p. 614.

⁷⁵⁸ In merito v. Tribunale di sorveglianza di Roma, 20.3.1987, *Senzani*, in "Giurisprudenza di merito", 88, 1113, nella quale, ai fini dell'applicazione del regime restrittivo *ex art.* 14 *bis* ord. penit., viene sottolineata "la mancanza di un'evoluzione dell'atteggiamento del detenuto nei confronti delle istituzioni".

3. Pericolosità penitenziaria straordinaria e sicurezza pubblica esterna: l'art. 41 *bis*, comma 2, dell'ordinamento penitenziario

Con l'art. 41 *bis* ord. penit., introdotto inizialmente dalla legge Gozzini in sostituzione dell'art. 90 ord. penit., il legislatore del 1992, con normativa inizialmente di efficacia triennale, successivamente prorogata, poi resa definitiva e ulteriormente modificata con l'art. 2 della legge 15 luglio 2009, n. 94, ha ritenuto di introdurre, per l'art. 41 *bis* predetto, i commi 2 e seguenti. In questi ultimi commi è prevista, a differenza del comma 1 della stessa disposizione, la possibilità di derogare al regime di ordinario trattamento di singoli detenuti, non per ragioni di sicurezza interna dell'istituto e non in ragione di comportamenti tenuti dagli interessati all'interno dei medesimi, bensì per ragioni di “sicurezza pubblica esterna” e in stretta correlazione con una forma di pericolosità qualificata del detenuto, desunta dalla sua condotta adottata in libertà⁷⁵⁹.

Si tratta di quello che, con gergo giornalistico, viene definito “carcere duro” quale manifestazione non solo di rigido contenimento custodialistico dei singoli ristretti, ma anche quale deterrente nei confronti degli associati ancora in stato di libertà. Molti gli addebiti da subito mossi avverso il regime speciale disancorato, tanto nei modi quanto nelle forme, da precisi parametri di legalità⁷⁶⁰.

Attualmente, lo strumento contemplato dall'art. 41 *bis*, comma 2, ord. penit. rispecchia, più che altro, il perseguimento una politica di prevenzione generale tanto

⁷⁵⁹ La norma infatti prevede che, con decreto del Ministro della Giustizia, possa essere sospeso l'ordinario trattamento e, di fatto, adottato un sistema di rigore nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'art. 4 *bis* ord. penit., o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva. Così M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 209.

⁷⁶⁰ Così, B. BOCCHINI, *L'accertamento della pericolosità (misure di prevenzione e sorveglianza e misure alternative alla detenzione)*, cit., p. 610. L'introduzione originaria dei “gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica” ha rappresentato una novità per il chiuso e autoreferenziale sistema carcerario. Una formula, tra l'altro, tanto indeterminata da necessitare di continue opere di valutazione rimandate in genere al Gurdasigilli. Il legislatore all'epoca rinunciò al compito *de quo* a favore di un organo di alta Amministrazione sia in tema di restrizione della libertà personale sia per l'individuazione dei destinatari del provvedimento restrittivo.

rigida e contenitiva da risultare spesso illogica e incoerente. Ad esempio, in riferimento all'art. 41 *bis*, comma 2, ultimo periodo, ord. penit., desta perplessità la parte in cui si precisa che il regime di rigore possa essere applicato al detenuto o internato in caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, anche nel caso sia stata già espiata la parte di pena o misura cautelare relativa ai delitti indicati nell'articolo 4 *bis* ord. penit. Ciò significa che il dato soggettivo dell'essere stato condannato o arrestato anche per un certo tipo di reati prevale sul dato oggettivo di essere in attuale espiazione della pena oppure assoggettato alla custodia cautelare per quel delitto. A ben vedere, trattasi di una valorizzazione della pericolosità del cosiddetto "tipo d'autore", che crea qualche interrogativo sia sul piano teorico, logico-sistematico sia sul piano pratico⁷⁶¹.

Inoltre, vi è da chiedersi quale sia il limite oltre il quale l'intervento del Ministro della Giustizia, di sospensione dell'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti nella normativa penitenziaria, cessa di essere costituzionalmente corretto. Infatti, ove il provvedimento del ministro sospendesse le regole del trattamento tali da incidere sulla possibilità per il detenuto di usufruire di quei minimi spazi vitali riconosciuti dalla normativa vigente, ci si troverebbe, inevitabilmente, in violazione del principio fissato dal comma 3 dell'art. 27 Cost.⁷⁶².

Secondo la Corte Costituzionale⁷⁶³ la norma in esame ricomprenderebbe non solo le regole cardine del trattamento ma anche gli istituti premiali previsti

⁷⁶¹ Ai fini dell'effetto di espansione, ossia dell'estensione dell'ostatività a tutti i reati commessi a prescindere dalla loro inclusione nell'art. 4 *bis* ord. penit., è necessaria l'emanazione, per le pene detentive, del provvedimento di unificazione del P.M. L'effetto "espansivo" si produce attraverso la espiazione in sequenza delle diverse pene. Pertanto, basta la interruzione della detenzione per un solo giorno tra le diverse pene in espiazione per rendere inapplicabile detta sospensione nei confronti delle pene ancora da eseguire. Così M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 210.

⁷⁶² "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato".

⁷⁶³ La Corte costituzionale con numerose decisioni – nn. 349 del 1993, 410 del 1993, 332 del 1994, 351 del 1996, 376 del 1997, 417 del 2004 – ha chiarito che l'art. 41 *bis*, comma 2, ord. penit. non è costituzionalmente illegittimo, in quanto sia interpretato nel senso della piena sindacabilità ad opera del giudice ordinario, e precisamente del Tribunale di sorveglianza adito con reclamo di cui all'art. 41 *bis*, comma 2 *quinquies*, ord. penit., dei decreti ministeriali sia di applicazione che di proroga del regime detentivo speciale, sotto il profilo del rispetto, in ordine al contenuto delle singole misure

dall'ordinamento penitenziario, ivi comprese quindi le misure alternative alla detenzione e gli altri benefici penitenziari. Ma questa interpretazione si ritiene da escludere sul presupposto che se la legge avesse voluto ricomprendere nelle regole del trattamento anche le misure premiali extra-murarie lo avrebbe stabilito espressamente, cosa che invece non è avvenuta. Difatti, un conto è parlare di regole di trattamento, diverso è riferirsi alle misure extra-detentive⁷⁶⁴.

Il contenuto del regime è regolato dalla legge con previsioni operanti su un doppio livello. Il primo livello è imperniato sulla regola della proporzionalità in base alla quale possono essere ammesse solo limitazioni in grado di assolvere all'esigenza di prevenzione cui la misura è finalizzata⁷⁶⁵. Il secondo livello indica, invece, i contenuti che dovrebbe rivestire il regime di rigore: l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna; la determinazione dei colloqui; la limitazione delle somme di denaro e di oggetti provenienti dall'esterno; la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza; l'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati; la limitazione della permanenza all'aperto. Tale elencazione, non tassativa, suscita dubbi e perplessità. Infatti, non tutte le limitazioni citate sono giustificabili nel perseguimento del fine preventivo di contrasto alla pericolosità soggettiva del detenuto⁷⁶⁶.

Inoltre, tra le disposizioni sopra richiamate ce ne sono alcune "aperte", quali ad esempio l'adozione di misure di elevata sicurezza, il cui completamento nella pratica attuazione può generare interrogativi e perplessità⁷⁶⁷.

restrittive, dei limiti del potere ministeriale. V. Cass., sez. I, n. 43450 del 30.11.2005, Graviano, *CED*, in F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, cit., p. 443.

⁷⁶⁴ Dello stesso avviso, M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 212.

⁷⁶⁵ Secondo la giurisprudenza costituzionale il regime non può comunque, sfociare in un trattamento inumano e degradante. Al riguardo v. Corte Cost., ord. 13-23.12.2004, n. 417, in *Guida dir.*, 2005, n. 3, p. 83 ss. La Corte costituzionale (e il giudice di legittimità) ha individuato il miglior punto di equilibrio nell'imporre all'amministrazione di corredare il provvedimento che sottopone il detenuto al trattamento speciale, di una puntuale motivazione che documenti la proporzionalità, la necessità e l'adeguatezza delle misure adottate rispetto agli interessi da salvaguardare.

⁷⁶⁶ Si pensi ad esempio, al divieto di cuocere cibi, condotta la cui pericolosità dovrebbe essere adeguatamente motivata. M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 212.

⁷⁶⁷ *Ibidem*.

Il provvedimento di sospensione delle regole di ordinario trattamento è emesso con decreto motivato del Ministro della giustizia, anche su richiesta del Ministro dell'Interno, sentito l'ufficio del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice procedente e acquisita ogni altra necessaria informazione presso la Direzione nazionale antimafia, gli organi di polizia centrali e quelli specializzati nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva. La sospensione ha la durata di quattro anni ed è prorogabile nelle stesse forme per successivi periodi, ciascuno pari a due anni. Il mero decorso del tempo non costituisce, di per sé, elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere i collegamenti con l'associazione o dimostrare il venir meno dell'operatività della stessa. Al riguardo, ci si può domandare se il sistema legislativo si sia spinto fino a una presunzione legale di permanenza dei presupposti, considerati comunque, ragionevoli. Se è vero che il mero decorso del tempo non può costituire, di per sé, una prova del venir meno dei presupposti del regime detentivo, è anche vero che la verosimiglianza della persistenza di essi diminuisce, di fatto, col passare degli anni. Ciò significa che con il susseguirsi delle proroghe la verifica della permanenza dei presupposti andrebbe effettuata con maggior rigore⁷⁶⁸.

La tutela giurisdizionale nei confronti del regime di cui all'art. 41 *bis* ord. penit. è prevista dai commi 2 *quinquies* e *sexies* della medesima disposizione⁷⁶⁹.

Per la tutela giurisdizionale è prevista una competenza territoriale accentrata e inderogabile nel Tribunale di Sorveglianza di Roma, scelta operata al fine di garantire una certa uniformità nelle decisioni e concentrare, altresì, le risorse specialistiche in un'unica sede. Il fatto, però, che dai poteri del Tribunale di sorveglianza sia stato espunto quello di valutare la congruità del contenuto del regime rispetto alle esigenze di prevenzione è un forte argomento a favore della tesi che esclude il possibile intervento di quell'organo sulla questione. Pertanto, se il suo compito è solo quello di

⁷⁶⁸ *Ivi*, p. 216.

⁷⁶⁹ Il detenuto o l'internato nei confronti del quale è stata disposta o prorogata l'applicazione del regime ovvero il difensore, possono proporre reclamo nel termine di venti giorni dalla comunicazione del provvedimento. Così M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 217.

verificare i presupposti per la sussistenza del regime, alla lettera pare esclusa sia la possibilità di annullare il decreto per sproporzione dei suoi contenuti, sia la possibilità di annullare o disapplicare in parte le sue prescrizioni. Qualora le prescrizioni di cui al decreto dovessero violare diritti fondamentali dell'individuo, essendosi in presenza di atto amministrativo e non giurisdizionale, l'unica tutela possibile per il detenuto sarebbe quella dinanzi il magistrato di sorveglianza tramite l'utilizzo dello strumento del reclamo *ex artt. 35 e 69* e ora anche *ex art. 35 bis*, ord. penit.⁷⁷⁰.

In definitiva, quella che inizialmente doveva essere solo una differenza di regime penitenziario ha finito per tramutarsi in una vera e propria difformità di trattamento per i destinatari del provvedimento *ex art. 41 bis*, comma 2, ord. penit., ove l'appartenenza alla categoria di reato previste dall'art. 4 *bis* ord. penit., realizzava, paradossalmente, la tanto contestata "presunta pericolosità sociale", da superare solo con la *probatio diabolica* consistente nella dimostrazione di assenza di collegamenti con il crimine organizzato per i detenuti o internati per reati che tale legame non presuppongono, ma che di fatto risulta presunto dalla lettera della legge, in assenza di prova contraria. Una precisa volontà di creare una forma di rigida deterrenza attraverso l'incremento dell'afflittività della pena, in netto contrasto con il fine rieducativo stabilito a livello costituzionale. Ciononostante, attraverso continue interpretazioni in *malam parte* – finanche europee⁷⁷¹ – il carcere duro continua ad essere prorogato di anno in anno in capo ai condannati mafiosi sulla base del solo titolo di reato, probabilmente al solo scopo di indurre lo stesso a prestare la collaborazione con la giustizia⁷⁷².

⁷⁷⁰ Sotto il profilo dei rimedi cosiddetti "preventivi", in materia di violazione dei diritti dei detenuti, lo Stato ha risposto alle richieste della sentenza "Torreggiani", introducendo un'ipotesi di reclamo giurisdizionale al magistrato di sorveglianza per i casi di "attuale e grave pregiudizio" ai diritti dei detenuti, derivante da condotte dell'amministrazione penitenziaria non conformi alla legge di ordinamento penitenziario o al suo regolamento attuativo *ex artt. 69*, comma 6 lett. b) e *35 bis* ord. penit. Per mezzo di tale reclamo il magistrato di sorveglianza, accertate condotte di violazione, può ordinare all'amministrazione penitenziaria di porre rimedio alla situazione. Per un'analisi dettagliata di tale rimedio v. *infra*. V. A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, 13.10.2014, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷⁷¹ Corte EDU, 28.6.2005, Gallico c. Italia, in *DPP*, 2005, 9, 1175.

⁷⁷² Dello stesso avviso, B. BOCCHINI, *L'accertamento della pericolosità (misure di prevenzione e*

Eppure, la proroga del regime in parola, dovrebbe essere individuata nel documentato e positivo accertamento della concreta capacità del detenuto o internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive tale da eludere e superare la dubbia e discutibile prassi creatasi attorno a quel concetto di “pericolosità desunta dal titolo di reato sfociante in una sorta di profezia che si autoadem-
pie”⁷⁷³.

sorveglianza e misure alternative alla detenzione), cit., p. 612.

⁷⁷³ *Ivi*, p. 613. Gli elementi sui quali deve basarsi il decreto di proroga non possono consistere nella semplice riproduzione della “biografia delinquenziale” del condannato, non accompagnata da riferimenti ad altre e concrete circostanze idonee a provare l’attuale pericolosità del soggetto. Al riguardo, risulta che nella pratica le statistiche non giochino certo a favore della legalità. L’effettiva impossibilità di mantenere contatti con le associazioni criminali, ed il conseguente venir meno della pericolosità sociale, è data proprio dalla sottoposizione del detenuto al “carcere duro”, a meno che si arrivasse all’assurdo di ammettere il fallimento del regime speciale e dunque la sua inutilità nonché incapacità di garantire il fine per il quale fu creato.

CAPITOLO QUINTO

Osservazione scientifica della personalità e “doppio binario” nella concessione dei benefici penitenziari

SOMMARIO: 1. Pericolosità sociale e misure alternative alla detenzione. – 2. La pericolosità sociale nei divieti e preclusioni alla concessione delle misure alternative. – 3. L’affidamento in prova al servizio sociale. – 4. La detenzione domiciliare. – 5. La semi-libertà. – 6. La liberazione condizionale. – 7. Le altre forme di sostegno e premiali: i permessi premio e il lavoro all’esterno. – 8. La collaborazione con la giustizia e l’accesso ai benefici penitenziari. – 9. L’ergastolo ostativo: l’ergastolano “non collaborante”.

1. Pericolosità sociale e misure alternative alla detenzione

Il carcere è universalmente riconosciuto come il principale rimedio nei confronti dei delinquenti più pericolosi, in quanto le esigenze di difesa sociale inducono ad isolare costoro per non procurare ulteriori danni alla collettività⁷⁷⁴.

Considerati, però, gli effetti deleteri che generalmente procura la reclusione carceraria, quest’ultima si rivela inutile e inefficace soprattutto se applicata nei confronti di colpevoli di reati non gravi e ai quali è stata inflitta una pena cosiddetta “mite”⁷⁷⁵. Risulta pacifico come in tali casi la detenzione in carcere possa risultare

⁷⁷⁴ Per un approfondimento circa il significato storico e sociologico che assume la struttura carceraria v. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1993, p. 251; cfr. D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, 1979, p. 243.

⁷⁷⁵ Cfr. P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall’ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e*

più dannosa che “utile” per le conseguenze negative che inevitabilmente tende a produrre sul soggetto, come la eventuale perdita del lavoro, l’allontanamento dagli affetti familiari e/o amicali, la disistima sociale unita allo “stigma”, aspetti che, paradossalmente, renderebbero più difficoltoso il processo di rieducazione e di risocializzazione del condannato medesimo⁷⁷⁶.

Analogo discorso vale nei confronti di coloro che, pur essendo stati condannati a lunghe pene detentive, inflitte per gravi reati, avendo già dato prova di maturazione personale e manifestato la volontà di reinserirsi socialmente, appaiano meritevoli di particolare considerazione ai fini del loro reinserimento nella società libera. Il fatto che la reclusione carceraria non sia l’unica modalità di espiazione della pena è una realtà che si evince già dalla legge n. 354 del 1975, la quale, dichiaratamente ispirata all’art. 27, comma 3, Cost., e imperniata appunto sul principio rieducativo, disciplina, tra l’altro, le misure alternative alla detenzione⁷⁷⁷.

Il suddetto enunciato costituzionale, riferito non solo alla fase del trattamento penitenziario, deve essere considerato una delle disposizioni essenziali della pena nel suo contenuto ontologico, insieme a quella di prevenzione generale e di difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retribuzione da un lato, di rieducazione e prevenzione speciale dall’altro. Al riguardo, non può stabilirsi *a priori* una gerarchia statica e assoluta delle predette finalità, a patto però che nessuna di esse ne risulti offuscata. Il legislatore del 1975 ha disegnato un modello di esecuzione della pena che, al contrario del regolamento del 1931, ruota attorno al diritto alla risocializzazione, inteso come necessità di impostare un graduale e progressivo processo di recupero sociale della persona condannata, sulla base di un procedimento di osservazione della personalità dello stesso. Il carcere, al riguardo, diviene un luogo deputato

politiche penitenziarie, cit., p. 3.

⁷⁷⁶ Sul tema del detenzione, relativamente agli obiettivi “mistificatori” della rieducazione in carcere v. T. PADOVANI, *Il carcere fra storia e ragione*, in www.rassegnapenitenziaria.it/cop/17536.pdf, p. 14; cfr. A. MARGARA, *Sorvegliare e punire: storia di 50 anni di carcere*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 91.

⁷⁷⁷ Tale articolo, infatti, statuisce: “la pena non può consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e deve tendere alla rieducazione del condannato”. Cfr. C. BARGIACCHI, *Esecuzione della pena e relazioni familiari. Aspetti giuridici e sociologici*, in www.altrodiritto.it.

ad apprestare, per il detenuto ivi ristretto, tutte le strutture materiali e psicologiche che favoriscono quell'insieme di interventi concreti, combinati a suo favore dal gruppo tecnico cosiddetto "di osservazione e trattamento", presente nel carcere, che consentano al detenuto di assumere un nuovo o diverso orientamento di vita, giungendo così alla rieducazione auspicata dal disposto costituzionale⁷⁷⁸.

Tra gli altri strumenti, il trattamento rieducativo, viene appunto realizzato anche attraverso l'ausilio delle "misure alternative alla detenzione in carcere". Tali istituti di apertura del carcere se da un lato contribuiscono ad evitare gli effetti desocializzanti dello stesso, nei confronti, soprattutto, dei detenuti condannati a pene detentive di breve durata, dall'altro vengono però considerate una fonte di pericolo per la difesa della comunità esterna⁷⁷⁹.

Infatti, la restituzione, anche solo parziale, della libertà nella fase esecutiva, è solitamente ritenuta dalla generalità dei consociati come un modo per minare la sicurezza della collettività, per il pericolo della eventuale commissione di ulteriori reati da parte del reo. Ciò comporta l'insorgere del problema relativo all'accertamento della pericolosità del condannato ai fini della concessione della misura alternativa. La legge sull'ordinamento penitenziario del 1975 inizialmente prevedeva la concessione delle misure alternative alla detenzione solo dopo un periodo di esecuzione della pena carceraria, consentendo quest'ultima di verificare essenzialmente, e attraverso l'osservazione scientifica della personalità eseguita nell'istituto penitenziario, l'accertamento dell'idoneità del condannato a usufruire della misura alternativa, attraverso la valutazione della pericolosità sociale di questi⁷⁸⁰.

⁷⁷⁸ Cfr. A. SALVATI, *L'evoluzione della legislazione penitenziaria in Italia*, in *Amministrazione in cammino*, 2009, p. 10; v. anche B. GUAZZALOCA, M. PAVARINI, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004, p. 95.

⁷⁷⁹ F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, p. 359.

⁷⁸⁰ Al riguardo, l'esame scientifico della personalità, implica sia la diagnosi criminologica, attraverso la quale si vogliono individuare le carenze individuali e i bisogni del soggetto, per avere elementi valutativi per l'individuazione del trattamento penitenziario, sia la prognosi criminologica sulla personalità come giudizio di predizione sul futuro comportamento del reo nell'ambiente libero. La prova sulla non pericolosità viene in sostanza a coincidere con la realizzazione del programma di

Le misure alternative alla detenzione in carcere costituiscono, quindi, una modalità di esecuzione della pena suscettibile di concretizzarsi in una condizione di libertà personale, seppur in un quadro di strumenti di verifica e di controllo, in capo, principalmente, ma non solo, agli Uffici di Esecuzione Penale Esterna (U.E.P.E.)⁷⁸¹.

Non è possibile fornire una risposta generalmente valida al quesito circa la natura giuridica, la *ratio* e la finalità delle misure alternative poiché ogni misura si ispira ad un modello logico e vede applicarsi una specifica disciplina legislativa⁷⁸².

Con la legge del 1975, la pronuncia di ammissione alle misure alternative ha assunto il contenuto di una concessione premiale a favore della persona assoggettata ad esecuzione penale e, per tale motivo, ha preso campo la definizione equivoca di “benefici” penitenziari⁷⁸³.

Allo stato attuale della legislazione, quindi, l’esecuzione penitenziaria non costituisce più il centro della esecuzione penale, che pertanto, si è avviata a costituire una modalità di esecuzione della sanzione penale residuale. Essa viene applicata automaticamente in relazione alla presunzione di pericolosità sociale, che il legislatore prevede per pene superiori ad una certa entità, o a seconda della tipologia di reato commesso⁷⁸⁴.

Nella trasposizione normativa le misure in esame hanno subito profonde distorsioni rispetto ai corrispondenti modelli logici, sia nella genuinità delle caratteristiche sia nella sfera dei naturali destinatari, finendo per sovrapporsi senza un preciso disegno e apparendo non riconducibili ad un sistema coerente. Infatti, si evidenzia come negli anni novanta, la cosiddetta legislazione emergenziale e premiale, abbia disatteso le loro singole peculiarità funzionali, prevedendo da un lato, un numero sempre maggiore di limitazioni alla fruibilità di dette misure, dall’altro, delle controeccesio-

trattamento e la partecipazione del condannato a quest’ultimo.

⁷⁸¹ M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 242 ss.

⁷⁸² C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 529.

⁷⁸³ M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 242 ss.

⁷⁸⁴ *Ivi*, p. 246.

ni, e addirittura delle eccezionali agevolazioni rispetto alla disciplina normale, come la collaborazione con la giustizia, ispirate da una esclusiva *ratio* premiale-clemenziale⁷⁸⁵.

Se dunque, da un lato, le misure alternative delineate dall'ordinamento penitenziario del 1975 esprimono il diritto alla risocializzazione del condannato, consentendo un'apertura verso la società esterna, dall'altro, il rischio di una tale apertura viene ritenuto rischioso per la società tanto che il legislatore prevede, appunto, l'osservazione della personalità del detenuto al fine di escludere da tali aperture quei soggetti che non si appalesino idonei a ritornare in libertà venendo ritenuti pericolosi per la società. Ma le critiche all'ideologia del trattamento non tardano ad arrivare, soprattutto in un contesto di sovraffollamento carcerario e di effetti desocializzanti della pena carceraria. Alla necessità di ricercare con ogni mezzo la rieducazione del detenuto, si viene affiancando l'esigenza di far sì che la pena risulti effettivamente in grado di "recuperare" il condannato. La legge n. 669 del 1986⁷⁸⁶ varata successivamente, prevederà non solo un ampliamento della possibilità di fruire di misure alternative alla detenzione in carcere ma anche la possibilità di goderne fin dal momento iniziale dell'esecuzione⁷⁸⁷.

L'innovazione più importante della legge Gozzini è rappresentata dalla nuova concezione dell'osservazione personologica, con la "decarcerizzazione integrale

⁷⁸⁵ C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pp. 529 ss.

⁷⁸⁶ Si tratta della legge del 10.10.1986, n. 663, intitolata "Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure di sicurezza". Essa si colloca nel panorama legislativo quale vera e propria rivisitazione dell'ordinamento penitenziario. In realtà l'Autore della legge non fu solo Mario Gozzini: contribuirono anche Giuliano Vassalli, che presiedeva la Commissione, Raimondo Ricci, Marcello Gallo che era il relatore. Al riguardo v. A. ZEPPI, *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, in www.AmbienteDiritto.it, 2005.

⁷⁸⁷ Il senatore Mario Gozzini riteneva che, per essere utile alla società, il carcere dovesse servire a qualcosa. Accanto a tale obiettivo, che si ricollega anche ad una politica di deflazione della popolazione carceraria, la legge Gozzini, come visto in precedenza, tenta di risolvere anche il problema della sicurezza degli istituti penitenziari, che si era già posto dopo la legge del 1975 in seguito all'esplosione di un nuovo tipo di criminalità a carattere organizzato, di matrice terroristica o di tipo mafioso. Tale legge, infatti, introduce l'art. 14 *bis* ord. penit. che va a sostituire l'art. 90 ord. penit. Al riguardo v. A. MARGARA, *Il "carcere utile". Il senso di un impegno*, in *Questione Giustizia*, 2000, p. 403; M. ANNETTA, *Dalla legge Gozzini alla legislazione di emergenza. Politica penale e professionalità della magistratura di sorveglianza*, in www.altrodiritto.it.

delle misure che da questo momento in poi potranno essere ottenute anche dalla libertà, e verranno denominate misure alternative *ab initio*⁷⁸⁸. Questo mutamento di prospettiva non risulta esente da critiche. Fin dall'origine la legge Gozzini ha presentato ampi difetti rispetto alla finalità di prevenzione speciale intesa in senso correzionale, soprattutto quando si risolve in interventi tendenti al raggiungimento di mete disciplinari, privilegiando più la quiete carceraria che la rieducazione stessa⁷⁸⁹.

Con la legge Gozzini pertanto muta il procedimento per l'accertamento della pericolosità sociale. Il nuovo modello di sinallagma penitenziario prevede un vero e proprio "scambio" tra la modifica della pena e determinati comportamenti che dovranno essere assunti dal soggetto condannato. Pertanto, viene riposta meno attenzione per la persona in sé e maggiore attenzione, invece, viene prestata al "fatto" inteso come comportamento⁷⁹⁰.

L'agganciamento della premialità al comportamento svolge l'indubbia funzione di aumento del controllo sia all'interno che all'esterno dell'istituzione⁷⁹¹.

Sul piano delle garanzie giuridiche, il giudizio sul comportamento manifestato appare più univoco e rassicurante di quanto non lo sia, invece, l'indagine "interna" sulla persona. In tale caso, infatti, ci si basa su elementi oggettivi di esteriorizzazione comportamentale la cui interpretazione è sicuramente meno intuitiva e aleatoria di quanto non lo sia l'esame personologico classico. Ciò che manca riguarda soprattutto la spontaneità del condannato che attraverso la logica della premialità è indotto in

⁷⁸⁸ Sul tema v. M. PAVARINI, *Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell'ossessione correzionale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1986, n. 2.

⁷⁸⁹ In effetti, l'idea della rieducazione "spontanea" intesa come possibilità di un trattamento rieducativo impostato sulla volontarietà dell'atteggiamento gratuito di cooperazione con l'istituzione ai fini della rieducazione, con tale legge può ritenersi fallito insieme al sinallagma osservazione-trattamento-rieducazione che sembra ora venuto meno con la possibilità di concessione delle misure alternative fin dall'inizio dell'esecuzione. Così L. DAGA, *L'evoluzione normativa e la situazione penitenziaria dopo la riforma del 1986*, in *Quaderni del Consiglio superiore della magistratura*, 1995, n. 80, pp. 76 ss.

⁷⁹⁰ Non si può non sottolineare l'assoluta distanza del sistema della legge Gozzini rispetto allo schema teorico della indagine sulla personalità e sulla pericolosità ai fini di un trattamento individualizzato finalizzato alla riduzione della recidiva, proprio e tipico dello schema iniziale della riforma del 1975.

⁷⁹¹ Si parla di maggior controllo all'esterno in quanto la valutazione di una condotta come "non adeguata" può far scattare la sospensione e successiva revoca della misura alternativa con il conseguente ritorno alla condizione detentiva.

maniera forzata a porre in essere comportamenti “regolari” che risultano dunque fallaci perché non accompagnati da una seria e consapevole revisione critica dei reati commessi.

Lo stesso magistrato di sorveglianza, a partire dalla legge Gozzini, ha iniziato a basare le proprie valutazioni semplicemente sul contegno esteriore manifestato dal condannato, in carcere o in libertà. Il passaggio a questo tipo di valutazione non ha però comportato il venir meno del tradizionale contributo fornito dagli operatori del carcere, nonostante la magistratura di sorveglianza, a seguito della legge predetta, abbia cominciato ad avvalersi anche di altri tipi di valutazioni circa la pericolosità sociale⁷⁹², ai fini della concessione delle misure alternative.

Contrariamente alle aspettative, col tempo, quindi, si è andato configurando il modello basato su “un giudizio sul fatto per risalire all’autore”⁷⁹³.

L’accertamento circa la pericolosità del condannato viene a mutare, soprattutto per la mancanza di strumenti probatori dotati di sufficiente attendibilità. I dati che all’uopo si acquisiscono tendono ad essere poco significativi sul piano trattamentale e del tutto insufficienti sul piano probatorio. Inoltre, con l’emanazione della legge Gozzini la valutazione prognostica sembra assumere una nuova centralità rispetto a quella diagnostica e l’osservazione personologica viene condotta, prevalentemente, in concomitanza dell’attivazione di un procedimento per la concessione della misura alternativa, al fine di una valutazione formale che garantisca la prevenzione dal pericolo che il reo commetta altri reati. In teoria, ciò che viene richiesto agli operatori del carcere è una “prognosi di reinseribilità” all’interno della quale viene valutato specificamente l’elemento della pericolosità sociale, attraverso l’interpretazione di aspetti psico-comportamentali esteriori, potenzialmente rilevanti in ambito istituzionale, ma poco rispondenti alla realtà concreta, che vengono utilizzati come indici

⁷⁹² Ossia riscontri fattuali forniti esclusivamente dagli organi di polizia o dalle inchieste del servizio sociale ai fini prognostici.

⁷⁹³ F. CORBI, *L’esecuzione nel processo penale*, cit., pp. 360-361. Rileva quindi, come osservato, non solo l’indagine personologica ma anche l’accertamento di fatti materiali, quali la condotta tenuta in libertà o il comportamento durante l’attuazione delle misure o la specifica situazione concreta del condannato, sotto il profilo economico o lavorativo.

predittivi del comportamento che potrebbe essere esternato nella società esterna, all'interno di una rete sociale, familiare, culturale, quale tessuto connettivo dell'esperienza umana, esperienza ben diversa dalla dimensione puramente artificiale del carcere. Nella prognosi sociale, sulla pericolosità esecutiva, pertanto, risulta centrale la valutazione predittiva circa la possibilità di commettere altri reati.

Ciò premesso, in tema di pericolosità sociale, ci si domanda se essa possa rappresentare un ostacolo alla piena realizzazione del principio rieducativo insito nella concessione delle misure alternative alla detenzione. Invero, l'art. 27, comma 3, Cost., non sembra autorizzare un distinguo tra "delinquente pericoloso" e "delinquente non pericoloso". Certamente, pur prendendosi atto che il sistema autorizza nel caso di "diversità di situazioni" trattamenti diversi, il punto è stabilire in tali ipotesi la legittimità dell'alternativa che esigerebbe, innanzi a soggetti marchiati come pericolosi, di far prevalere, in una sorta di operazione non consentita, la finalità special-preventiva della pena per giungere, in un totale arbitrio giudiziario e in casi tutt'altro che rari, all'annullamento del canone fondamentale del fine rieducativo della stessa⁷⁹⁴.

Si tratta di analizzare il concreto atteggiarsi della pericolosità sociale all'interno delle misure alternative alla detenzione in carcere prendendo atto, almeno per i delitti cosiddetti comuni, di una certa enfaticizzazione del principio rieducativo della pena, destinato ad avere la meglio sul carattere afflittivo della punizione penale. Pertanto, tutti i provvedimenti incidenti sulla libertà personale non possono che adeguarsi, per fine ed entità, alla personalità del soggetto che al di là della potenziale qualificazione di "pericoloso", dovrà essere stimolato, all'interno del circuito penitenziario ordinario, ad avviare il proprio percorso di correzione, assumendo a considerazione che "la precisa delineazione dei "tipi "(di pericolosità) con tutte le loro

⁷⁹⁴ Al riguardo v. B. BOCCHINI, *L'accertamento della pericolosità (misure di prevenzione e sorveglianza e misure alternative alla detenzione)*, cit., p. 590.

caratteristiche biopsicologiche può riuscire fondamentale per la scelta del trattamento più idoneo”⁷⁹⁵.

Come esposto, l’osservazione (scientifica) della personalità, prevista all’art. 13, comma 2, ord. penit., costituisce il mezzo per vagliare l’idoneità del condannato, in relazione alla pericolosità sociale, a usufruire delle misure alternative alla detenzione in carcere. Detto articolo, al comma secondo, prescrive che: “nei confronti dei condannati e degli internati è predisposta l’osservazione scientifica della personalità per rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale. L’osservazione è compiuta all’inizio dell’esecuzione e proseguita nel corso di essa”.

A ben vedere, le misure alternative costituiscono degli strumenti in grado di contribuire alla rieducazione del reo e alla prevenzione dal pericolo che egli commetta altri reati. Detto a contrario, la prova sulla “non pericolosità” viene a coincidere con la realizzazione del programma rieducativo e la partecipazione del condannato alla realizzazione di quest’ultimo⁷⁹⁶.

Parte della dottrina ha evidenziato come non siano stati effettuati sforzi dal legislatore, né per elevare il contenuto rieducativo delle misure alternative, né per basare la loro concessione a presupposti di maggiore tassatività, in modo che la magistratura di sorveglianza potesse formulare le decisioni sulla base di criteri determinati. In tema di pericolosità sociale la legge 27 maggio 1998, n. 156 (cosiddetta “Simeone-Saraceni), introduttiva della sospensione automatica dell’ordine di esecuzione al fine di consentire la presentazione della richiesta di applicazione di una misura alternativa, si è limitata a stabilire una serie di preclusioni indicate nell’art. 656, comma 9, c.p.p.⁷⁹⁷.

⁷⁹⁵ In tal senso G. DELL’OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Milano, 1985, p. 156.

⁷⁹⁶ “*La legge Gozzini e il definitivo tramonto della scientificità dell’osservazione. Realtà e prospettive dopo le recenti innovazioni*”, in www.altrodiritto.it.

⁷⁹⁷ Tale legge dispone l’inapplicabilità della sospensione dell’esecuzione nei confronti dei condannati per i delitti di cui all’art. 4 *bis* ord. penit., ribadendo la scelta del doppio regime trattamentale e quindi, riconfermando il rigore punitivo che riguarda il fenomeno della criminalità organizzata, e nei confronti di soggetti sottoposti a custodia cautelare per il fatto oggetto della condanna da eseguire. A. PRESUTTI, *Le misure alternative alla detenzione, Le nuove figure. I presupposti, le procedure e le revoche*, in *Incontro sul tema: la legge 27.5.1998, n. 165*, Frascati, 1998, pp. 7 ss. Risulta censurabile il fatto

Difatti, la legge n. 156 del 1998 ha radicalmente modificato l'impianto normativo del previgente art. 656, c.p.p., riconoscendo per la prima volta al Pubblico Ministero, come organo dell'azione esecutiva, il potere-dovere di sospendere l'esecuzione delle condanne definitive, in presenza di determinate condizioni, al fine di consentire all'interessato di richiedere una misura alternativa alla detenzione in carcere⁷⁹⁸.

Al fine di ridurre il flusso dei detenuti "in ingresso" negli istituti penitenziari, con il d.l. n. 78 del 2013 sono state introdotte alcune rilevanti modifiche all'art. 656 c.p.p., al fine di ampliare i casi di operatività del comma 5 dello stesso articolo. In sede di riforma si è provveduto, da un lato, ad introdurre una procedura che consente di applicare al condannato gli sconti di pena derivanti dalla liberazione anticipata in un momento precedente all'emissione dell'ordine di esecuzione da parte del pubblico ministero; dall'altro, ad aumentare, per alcune specifiche ipotesi, il *quantum* di pena sospendibile e a limitare l'operatività delle condizioni ostative alla sospensione⁷⁹⁹.

che del meccanismo della sospensione automatica dell'esecuzione si avvarranno soggetti pericolosi condannati per reati non certamente di minore gravità, se si considera il *quantum* di pena all'uopo stabilito e la possibilità di fruire degli sconti di pena di cui ai riti alternativi.

⁷⁹⁸ La prima di tali condizioni ha riguardato l'entità della pena da non oltrepassare per beneficiare della sospensione: tre anni in generale, sei anni per i reati di cui al d.P.R. n. 309 del 1990, artt. 90 e 94, quattro anni se trattasi di titolo esecutivo comprendente reato di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. Al riguardo v. F. DELLA CASA, *Sub art. 656 c.p.p.*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, cit., pp. 1014 ss. Come si vedrà in seguito tale limite è stato modificato in senso ampliativo dal d.l. n. 78 del 1.7.2013 conv. con modificazioni in legge n. 94 del 9.8.2013. Detta disposizione contenuta nell'art. 656 c.p.p. ha, pertanto, assunto una posizione di centralità nell'ambito del sistema di regolamentazione del nuovo regime di esecuzione penale, in quanto si rivela non solo norma cardine, da cui trae fondamento l'accennato potere sospensivo, originato a sua volta dall'avvertita esigenza di operare una maggiore apertura sul piano del *favor libertatis*, facendo prevalere sull'interesse della collettività alla concreta punizione dei rei quello del loro recupero e reinserimento sociale, ma anche precetto di sicura valenza generale rispetto a tutte le ipotesi in cui risulta prevista la possibilità di evitare l'ingresso in carcere dei condannati a pena detentiva di breve durata in vista dell'eventuale applicazione, su loro domanda, di uno dei trattamenti penitenziari alternativi. In tal senso v. Cass., sez. III, 7.4.2006, n. 12447, *Laurenza, CED. Cass.*

⁷⁹⁹ Le nuove disposizioni introducono un meccanismo che consente di anteporre ai provvedimenti del pubblico ministero *ex art. 656 c.p.p.* la decisione del magistrato di sorveglianza circa l'applicazione degli sconti di pena derivanti dalla liberazione anticipata. La detrazione di pena è di 75 giorni, in relazione ai semestri di pena che vanno dal 1.1.2010 al 31.12.2015: lo prevede l'art. 4, d.l. n. 146 del 2013, conv. con modif. in legge n. 10 del 2014, che ha introdotto nell'ordinamento la "liberazione anticipata speciale", misura eccezionale, a carattere temporaneo, finalizzata a fronteggiare l'emergenza carceraria. Scopo della procedura introdotta nei commi 4 *bis* e ss. dell'art. 656 c.p.p., è quello di consentire che nel computo del *quantum* di pena residua che occorre considerare per valutare l'applicabilità della sospensione *ex* comma 5 possano essere conteggiate anche le detrazioni di pena

A ben vedere, le modifiche apportate alla legge iniziale del 1975, avendo alterato, in parte, i caratteri delle misure alternative, hanno portato taluni ad affermare che la nuova configurazione di queste si pone in contrasto anche con i dettami costituzionali. Infatti, presentate come semplici variazioni dei relativi meccanismi applicativi, le modifiche introdotte dalla legge n. 165 del 1998 alla disciplina delle alternative penitenziarie, sono apparse da subito in grado di provocare una ulteriore e consistente alterazione dei tratti distintivi delle singole misure. Soprattutto non è sfuggito come ad uscirne compromessa fosse, ancora una volta, la loro connotazione di strumenti di attuazione del finalismo rieducativo della pena conformemente al progetto delineato dall'art. 27 della Costituzione⁸⁰⁰.

Al riguardo, si precisa come i requisiti per l'accertamento della pericolosità sociale siano suscettibili di variazione a seconda della misura alternativa considerata, il che produce, nel nostro sistema giuridico, un'evidente incoerenza interna.

derivanti dall'applicazione della liberazione anticipata: ciò al fine ultimo di ampliare l'ambito di operatività della sospensione *ex art.* 656, comma 5, c.p.p. L'altro intervento avente ad oggetto l'art. 656 c.p.p., anch'esso diretto ad ampliare l'operatività del comma 5, riguarda l'innalzamento del *quantum* di pena "sospensibile". Il d.l. n. 78 del 2013 – rimasto inalterato sul punto in sede di conversione – ha modificato il comma 5 dell'art. 656 c.p.p., prevedendo la sospensione delle condanne fino a 4 anni di pena detentiva "nei casi previsti dall'art. 47 *ter*, comma 1, ord. penit.", ossia nei confronti di donna incinta, madre o padre di prole convivente, di età inferiore ai dieci anni, o di persona in gravi condizioni di salute, o ultrasessantenne se inabile anche parzialmente, oppure, infine, minore di anni ventuno. L'effettività di tale disposizione rimarrà, di fatto, subordinata all'adempimento di un onere di allegazione da parte del condannato, che dovrà segnalare al pubblico ministero di trovarsi in una delle situazioni descritte dall'art. 47 *ter*, comma 1, ord. penit. La novella vale a colmare la sfasatura, prima esistente, tra il limite di tre anni di pena sospensibile *ex art.* 656, comma 5, c.p.p., e il limite di quattro anni previsto dall'art. 47 *ter*, comma 1, ord. penit., per l'accesso alla detenzione domiciliare. Una sfasatura che comportava il necessario passaggio dal carcere per i condannati con pene tra i tre e i quattro anni che volessero fare istanza per la detenzione domiciliare. Peraltro, per effetto dell'introduzione da parte del d.l. n. 146 del 2013 di una nuova ipotesi di affidamento in prova – il cosiddetto "affidamento allargato" – che riguarda le condanne fino a quattro anni di reclusione, si è venuta a creare una nuova "sfasatura", perché il limite di pena dei tre anni per la sospensione *ex art.* 656, comma 5, c.p.p., non è stato invece modificato. La sospensione in questione opera fino a sei anni, invece, nei confronti dei tossicodipendenti, laddove si debba applicare l'art. 90 o l'art. 94 del t.u. sugli stupefacenti, fatta eccezione per le ipotesi di condanna per reati compresi negli elenchi di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. Per una completa disamina v. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014. Aggiornato al d.l. 20 marzo 2014, n. 36*, cit., pp. 30 ss.; ID., *Convertito in legge il "decreto carceri" 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, 15.9.2013, in www.penalecontemporaneo.it.

⁸⁰⁰ Uno dei rischi insiti nelle modifiche operate, infatti, concerne la maggior facilità di ricorso alle misure alternative da parte di soggetti pienamente integrati nel tessuto sociale, a discapito di gran parte della popolazione carceraria. Così M. D'ONOFRIO, M. SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione*, Milano, 2004, p. 12.

Inoltre, è possibile l'applicazione di una misura alternativa alla detenzione contestualmente ad una misura cautelare, dovendosi soltanto valutare, in concreto, la compatibilità tra l'una e l'altra con prevalenza, in caso di ravvisata incompatibilità fra le stesse, delle ragioni della cautela⁸⁰¹.

2. La pericolosità sociale nei divieti e preclusioni alla concessione delle misure alternative

Sin dall'entrata in vigore della legge n. 354 del 1975, il diritto penitenziario ha convissuto con le emergenze criminali: terroristica prima, camorristica e mafiosa in un secondo momento. La gestione di tali fenomeni è attualmente assicurata, sul versante della giurisdizione, attraverso le preclusioni di cui agli artt. 4 *bis* e 58 *quater* ord. penit., le quali inibiscono ovvero ritardano l'accesso alle misure alternative alla detenzione⁸⁰².

La norma di cui all'art. 4 *bis* ord. penit., è stata oggetto di modifiche senza che, però, la sua struttura sia mai stata intaccata nella sostanza, anche se non si può non cogliere in queste innovazioni un adeguamento, da un lato, a modifiche legislative intervenute in altri settori, dall'altro, agli insegnamenti della Corte costituzionale intervenuta proprio sulla disciplina dell'art. 4 *bis* ord. penit.⁸⁰³.

Se si analizza il catalogo dei cosiddetti reati ostativi contemplati nelle versioni di volta in volta innovate, ci si rende conto come tale catalogo si estenda al verificarsi di fenomeni criminali che suscitano un particolare allarme sociale (es. traffico di immigrati, reati a sfondo sessuale, terrorismo, ecc.).

⁸⁰¹ Così Cass., sez. I, 19.12.2002, n. 43226; Cass., sez. I, 26.6.2002, n. 24710, in www.cortedicassazione.it.

⁸⁰² Sul versante amministrativo, invece, come illustrato nel capitolo precedente, si è provveduto a garantire l'ordine e la sicurezza, dapprima attraverso le carceri di "massima sicurezza", poi attraverso una serie composita di circuiti differenziati di contenimento della pericolosità penitenziaria cosiddetta "straordinaria" attraverso gli istituti previsti dall'art. 14 *bis* e 41 *bis*, comma 2, ord. penit.

⁸⁰³ Sul punto v. *infra*, cap. quinto, parr. 2 e 8.

La pericolosità insita nella disposizione di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. costituisce una forma di pericolosità sociale ricondotta a specifiche categorie di reato. La norma in questione sancisce la strutturazione dell'ordinamento penitenziario sul principio del trattamento esecutivo "differenziato" dei condannati, sulla base del titolo di reato per il quale costoro hanno subito la condanna in esecuzione. Il trattamento è, infatti, organizzato, per quanto riguarda il decorso esecutivo, su un sistema multilivello sulla base dei delitti commessi dalla persona sottoposta ad esecuzione. Il soggetto detenuto, secondo la natura dei reati, è inserito in uno specifico circuito esecutivo: a parità di pena irrogata, al condannato è applicato un regime penitenziario differenziato sulla base di livelli differenti di accessibilità alle misure alternative. Pertanto, ad una "discriminazione quantitativa", fondata sull'entità della pena espianda, viene sommata una "discriminazione qualitativa" che guarda alla tipologia di reato commesso⁸⁰⁴.

Le tipologie di reato ricomprese nell'art. 4 *bis* ord. penit. sono, per lo più, ricollegabili ai fenomeni associativi di tipo mafioso, terroristico o eversivo e, per tale motivo, sono considerate sintomatiche di una rilevante e quasi scontata pericolosità sociale⁸⁰⁵.

Tale scelta di politica criminale trova origine nell'esigenza, avvertita a partire dal biennio 1991-1992, di potenziare gli strumenti di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa, attraverso un'azione legislativa volta a delimitare i presupposti per l'applicazione delle misure alternative alla detenzione. Tale operazione, che doveva avere carattere provvisorio, è divenuta definitiva attraverso una tecnica di stratificazione legislativa alquanto discutibile, ispirata ai gravi delitti commessi nell'area della

⁸⁰⁴ In tal senso, v. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, cit., pp. 183 ss.

⁸⁰⁵ Al riguardo, v. C. FIORIO, *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4 bis e 41 bis ord. penit.*, in A. BARGI (a cura di), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, p. 1138 ss.

criminalità organizzata, prevedente forme di inversione dell'onere della prova e rigide predisposizioni aprioristiche di pericolosità presunte per legge⁸⁰⁶.

Quindi, accanto ad una corsia “*standard*” che tende a veicolare le azioni della politica rieducativa, indirizzate ai detenuti cosiddetti “comuni”, riscontriamo un binario speciale, completamente autonomo, destinato a coloro che sono ritenuti, per predeterminazione di legge, “più pericolosi di altri”. Per questi ultimi, l'unica possibilità per fuoriuscire da un circuito ostativo alla concessione di benefici penitenziari, è rappresentata dalla “collaborazione con la giustizia” *ex art. 58 ter* ord. penit.⁸⁰⁷. Assistiamo pertanto, alla distinzione tra un tipo di pericolosità “superabile” perché ritenuta transitoria e correggibile, e un tipo di pericolosità “insuperabile” di tipo congenito, ritenuta, pertanto, incorreggibile.

La norma di cui all'art. 4 *bis* ord. pen. in origine prevedeva una bipartizione di fasce di reati dalle quali far discendere l'operatività o meno dei benefici penitenziari, attraverso un metodo di accertamento della pericolosità presunta per legge⁸⁰⁸.

Il sistema configurato dalla norma in esame prevede attualmente quattro gruppi di reati. Per quelli di cui al primo comma, l'ammissione ai benefici penitenziari è condizionata all'accertamento dell'avvenuta collaborazione dell'interessato con la giustizia, nei termini indicati dall'art. 58 *ter*, ord. penit. La *ratio* del sistema è individuabile, anzitutto, nella presunzione legislativa che la commissione di determinati

⁸⁰⁶ B. BOCCHINI, *L'accertamento della pericolosità (misure di prevenzione e sorveglianza e misure alternative alla detenzione)*, cit., p. 606.

⁸⁰⁷ *Ibidem*.

⁸⁰⁸ Fin dall'origine per un primo gruppo di reati, l'applicazione dei benefici penitenziari veniva subordinata alla presenza di una “prova negativa” inerente l'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva”. Un timido tentativo di introduzione della prova positiva, diretta alla dimostrazione dell'attualità di detti collegamenti, vi è stato con il d.l. 13.3.1991, n. 76, che successivamente, però, non è stato convertito in legge. La prova negativa veniva così (ri)confermata nel sistema dal d.l. 13.5.1991, n. 152, conv. in legge 12.7.1991, n. 203, per delitti della prima fascia, mentre per quelli della seconda – ossia omicidio, rapina aggravata, estorsione aggravata, produzione e traffico illecito, in quantità ingente, di sostanze stupefacenti o psicotrope – venivano richiesti “elementi tali” da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva. Così, C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale diritto penitenziario*, cit., pp. 237 ss.; cfr. M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 460; G. LA GRECA, *La riforma penitenziaria a venti anni dal 26 luglio 1975*, in *Dir. pen. proc.*, pp. 885-886; F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., pp. 360-361.

delitti provi il collegamento con la criminalità organizzata e costituisca un elemento di pericolosità sociale incompatibile con l'ammissione del condannato ai benefici penitenziari. La fattiva collaborazione offerta dal soggetto assumerebbe, in questa prospettiva, valenza rescissoria di tale collegamento criminale e – di conseguenza – varrebbe a ridurre il grado di pericolosità sociale dell'interessato⁸⁰⁹.

Il comma 1 *bis* dell'art. 4 *bis* ord. penit. prevede l'ipotesi di collaborazione "impossibile" o "inesigibile" quali condizioni individuate dalla giurisprudenza costituzionale – nelle sentenze n. 306 del 1993 e n. 357 del 1994, n. 68 del 1995 – come equipollenti alla collaborazione effettiva ai fini della rimozione della preclusione all'accesso ai benefici penitenziari prevista dall'articolo in esame⁸¹⁰.

Invero, la Corte costituzionale ha ritenuto la disciplina introdotta dall'art. 4 *bis* ord. penit., costituzionalmente illegittima, per contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., nella parte in cui condizionava la concessione dei benefici penitenziari alla collaborazione con la giustizia, anche quando la collaborazione risultasse inesigibile per la limitata partecipazione del condannato al fatto criminoso, accertata in sentenza, anche al di là dei casi di applicazione degli artt. 62, n. 6, 114 e 116, comma 2, c.p., ovvero risultasse impossibile per l'integrale accertamento dei fatti, e sempre che fossero stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamento con la criminalità organizzata⁸¹¹.

⁸⁰⁹ Così F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, cit., p. 197. Il difetto delle condizioni indicate dall'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit. comporta l'inammissibilità dell'istanza, anche nel caso in cui il soggetto abbia comunque dato prova di adesione al trattamento rieducativo. Al riguardo v. Cass., sez. I, 11.12.1991, Musitano, *Mass. Arch. Cass. Pen.*, 1992, fasc. 2, 58.

⁸¹⁰ L'art. 4 *bis*, comma 1 *bis* ord. penit. stabilisce infatti: "possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti ivi previsti... anche nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso... rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui sia stata applicata una delle circostanze attenuanti di cui all'art. 62, numero 6) c.p.". Si tratta di situazioni caratterizzate dalla obiettiva impossibilità, originaria o sopravvenuta, di prestare un'utile collaborazione perché fatti e responsabilità sono già stati completamente accertati, ovvero perché la posizione marginale nell'organizzazione criminale non consente di conoscere fatti e compartecipari a livello superiore. Al riguardo v. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, cit., p. 198.

⁸¹¹ A titolo esemplificativo, per la collaborazione inesigibile v. Corte cost., 27.7.1994, n. 357; per la collaborazione impossibile v. Corte cost., sent., 1.3.1995, n. 68, in www.cortecostituzionale.it.

Per i delitti indicati al comma 1 *ter*, della medesima disposizione, sono, invece, stabilite quote di pena maggiorate rispetto a quelle ordinarie, cui si aggiunge un accertamento (che deve naturalmente avere esito negativo) relativo agli eventuali collegamenti con la criminalità organizzata, che sono ostativi alla concessione dei benefici richiesti. In questi ultimi casi, i detenuti potranno godere dei benefici penitenziari solo laddove risulti acquisita, attraverso l’informativa del comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica, la prova di elementi tali da escludere in maniera certa l’attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata⁸¹².

Per i delitti indicati al comma 1 *quater*, dell’art. 4 *bis* ord. penit.⁸¹³ i benefici penitenziari, invece, possono essere ottenuti solo “sulla base dei risultati dell’osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno” presso l’Istituto penitenziario, “anche con la partecipazione degli esperti di cui al quarto comma dell’art. 80 ord. penit.”⁸¹⁴.

Per i delitti indicati nel comma 1 *quinquies* della medesima disposizione, riguardanti fatti commessi in danno di persona minorene⁸¹⁵ al fine della concessione

⁸¹² Come già rimarcato precedentemente, assai controversa è la questione inerente al presupposto della prova relativa all’esclusione del collegamento con la criminalità organizzata, necessario per l’ammissibilità dell’istanza volta ad ottenere benefici penitenziari. La lettura della disposizione pare inequivocabilmente imporre la necessità di una “prova negativa” in ordine alla sussistenza dei diretti collegamenti. Tale lettura è avversata dalla dottrina, che vi individua una sorta di “*probatio diabolica*” posta in capo all’interessato, ritenuta, sotto questo profilo, in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., per l’irragionevole imposizione di un onere probatorio impossibile da assolvere. Sul tema v. B. BOCCHINI, *L’accertamento della pericolosità (misure di prevenzione e sorveglianza e misure alternative alla detenzione)*, cit., p. 608. Cfr. M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 470; G. ESPOSITO, *Le nuove norme in materia penitenziaria*, in *Arch. Pen.*, 1992, fasc. 3, p. 490; F.C.P. IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 440; B. GUAZZALOCA, M. PAVARINI, *L’esecuzione penitenziaria*, cit., p. 312.

⁸¹³ Ossia i delitti a sfondo sessuale di cui agli artt. 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quater*, 600 *quinquies*, 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *quinquies*, 609 *octies* e 609 *undecies*, c.p. Il comma *quater* predetto è stato inserito dall’art. 3, comma 1, lett. a), del d.l. 23.2.2009, n. 11, conv. con modif. nella legge 23.4.2009, n. 38, “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori”.

⁸¹⁴ L’art. 80, comma 4, ord. penit. stabilisce: “Per lo svolgimento delle attività di osservazione e di trattamento, l’amministrazione penitenziaria può avvalersi di professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica...”.

⁸¹⁵ Artt. 600 *bis*, 600 *ter*, anche se relativo al materiale pornografico di cui all’art. 600 *quater*.1, 600 *quinquies*, 609 *quater*, 609 *quinquies* e 609 *undecies*, c.p., nonché gli artt. 609 *bis*, 609 *octies* del medesimo codice, se commessi in danno di persona minorene.

di benefici penitenziari, il magistrato di sorveglianza o il Tribunale di sorveglianza valuta la positiva partecipazione al programma di riabilitazione specifica di cui all'art. 13 *bis* ord. penit.⁸¹⁶ finalizzata alla protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale. Il provvedimento detta alcune norme di adeguamento dell'ordinamento interno volte a modificare il codice penale – attraverso l'introduzione di nuovi reati di adescamento di minorenni, anche attraverso internet, e di istigazione e apologia di pratiche di pedofilia e di pedopornografia – il codice di procedura penale e l'ordinamento penitenziario⁸¹⁷.

Inoltre, come esaminato nel capitolo precedente, per i delitti più gravi è altresì prevista la possibile ulteriore applicazione di un regime penitenziario di rigore costituito dalla sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario.

Il riferimento anche “ai delitti comunque commessi al fine di agevolare le attività di cui all'art. 416 *bis* c.p.” costituisce una formula assai ampia nella cui categoria possono ben essere fatte confluire una molteplicità e varietà di fattispecie riferite anche ai delitti “tentati” considerato che “il divieto di concessione di misure alternative alla detenzione stabilito dall'art. 4 *bis*, comma 1, ord. pen., sussiste anche per i delitti tentati” commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività di associazioni in esso previste, in quanto anche quelli rimasti allo stadio di tentativo punibile sono tecnicamente dei delitti, ciò con l'evidente scopo precipuo di prevenzione generale e di difesa sociale⁸¹⁸.

L'attuale ordinamento dell'esecuzione penale differenziata è bersaglio di aspre critiche da parte della dottrina, che si appuntano, in particolare, sotto il profilo del contrasto di un siffatto sistema, imperniato sul disvalore del reato commesso piuttosto che sulla valutazione della personalità del condannato nel singolo caso, con il principio posto dall'art. 27, comma 3, Cost.. La dottrina, al riguardo, individua nel sistema un regime di “molteplice binario penitenziario” considerando che al partico-

⁸¹⁶ Quest'ultimo articolo è stato introdotto dalla legge 1.10.2012, n. 172, di ratifica della Convenzione del consiglio d'Europa del 2007 (Convenzione di Lanzarote, entrata in vigore il 1.7.2010).

⁸¹⁷ Al riguardo v. www.camera.it.

⁸¹⁸ Al riguardo v. Cass., sez. I, 22.4.2004, Lo Baido, *MUff.*, 228134.

lare regime esecutivo proprio dei cosiddetti “collaboratori di giustizia” sottoposti a speciale programma di protezione si aggiungono tutti gli altri regimi “speciali” sopra descritti⁸¹⁹.

Non sono mancate opinioni secondo cui l’introduzione dei regimi restrittivi avrebbe assunto il carattere di vera e propria “controriforma”; si tratta di valutazioni caratterizzate da accenti critici riguardo la distorsione operata, con riferimento alle funzioni della pena, dal meccanismo incentivante della collaborazione, secondo il combinato disposto degli artt. 4 *bis* e 58 *ter*, ord. penit., che finirebbe per ridurre l’apparato carcerario a “ingranaggio dell’azione investigativa” generando scompensi e antinomie nel sistema penitenziario⁸²⁰.

In sostanza, il legislatore ha ritenuto di adottare una misura drastica, nettamente ispirata a finalità di tutela della sicurezza collettiva, nella convinzione che per il contenimento del crimine organizzato fosse necessaria una decisa inversione di tendenza rispetto agli indirizzi della legge Gozzini⁸²¹. Parrebbe insomma un ostacolo insormontabile quello posto a base della ostatività alla concessione di benefici penitenziari per i delitti indicati sopra, proprio a scopi di prevenzione generale, in ogni caso non superabile attraverso politiche di tipo correzionale-rieducativo. Al proposito, il legislatore ha ritenuto che l’unico modo per superare tale ostacolo potesse essere la “collaborazione con la giustizia”. Su tale scelta di politica criminale, piuttosto che di tipo penitenziario, cadono i dubbi in merito alla predetta disciplina “sanante”. Difatti, la collaborazione con la giustizia, richiesta ai fini dell’esonero dall’ostatività per l’ottenimento dei benefici, rappresenta in tutto e per tutto una

⁸¹⁹ Sulla presente tematica v. V. GREVI (a cura di), *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, cit., pp. 12 ss.; G. CASAROLI, *Misure alternative alla detenzione*, in *Dig. Pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 15; B. GUZZALOCA, in AA.VV., *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Atti della giornata di studio, Macerata, 13.5.1993, a cura di G. GIOSTRA e G. INSOLERA, Milano, 1995, pp. 140 ss.

⁸²⁰ Così G. MOSCONI, *La controriforma carceraria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1991, n. 2, pp. 144 ss.; F. DELLA CASA, in V. GREVI (a cura di), *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, cit., p. 117; G. GIOSTRA, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, cit., p. 40.

⁸²¹ V. B. BOCCHINI, *L’accertamento della pericolosità (misure di prevenzione e sorveglianza e misure alternative alla detenzione)*, cit., p. 608.

forma di gratuita premialità per il condannato, poiché non prevede affatto l'accertamento e/o l'individuazione di un percorso rieducativo idoneo alla esclusione di ogni forma di pericolosità sociale. Cosicché la mancata collaborazione con la giustizia diventa mero "indice legale della persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata e quindi, della mancanza di quella volontà di emenda cui è indiscutibilmente connessa la funzione rieducativa della pena"⁸²².

Più che assurgere a stimolo o a ricompensa per l'avvenuto progresso risocializzativo, la suddetta collaborazione con la giustizia viene strumentalizzata a fini processuali di acquisizione di nuovo materiale probatorio⁸²³.

La tipizzazione per "titolo 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 i quali la funzione di rieducazione, così come la concepisce la legge, risulta altamente compromessa⁸²⁴.

⁸²² Al riguardo v. *Ivi* p. 609. La magistratura di sorveglianza ha, in più occasioni, investito la corte costituzionale di questioni di legittimità costituzionale dei regimi differenziati, stigmatizzandone soprattutto il carattere discriminante e la loro contrarietà al principio codificato dall'art. 27, comma 3, Cost. Su quest'ultimo principio, che impone alla pena di orientarsi alla rieducazione del reo, e di conseguenza all'esecuzione della medesima con una certa flessibilità, si è soprattutto concentrata l'elaborazione giurisprudenziale, osservando che l'obiettivo della rieducazione del condannato si realizza attraverso l'ammissione del condannato alle misure alternative alla detenzione; che mal si concilia con un sistema rigidamente e unicamente ancorato alla tipologia del delitto commesso, laddove non si tenga in alcun conto l'eventuale positiva evoluzione della personalità del condannato. Al riguardo v. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, cit., pp. 186 ss.

⁸²³ Al riguardo v. B. BOCCHINI, *L'accertamento della pericolosità (misure di prevenzione e sorveglianza e misure alternative alla detenzione)*, cit., p. 609.

⁸²⁴ Sul punto v. Corte cost., sent. 8.7.1993, n. 306, in www.cortecostituzionale.it; v. anche B. BOCCHINI, *L'accertamento della pericolosità (misure di prevenzione e sorveglianza e misure alternative alla detenzione)*, cit., p. 610. Infatti, le disposizioni restrittive introdotte con il d.l. n. 306 del 1992 rischiano di vanificare i programmi ed i percorsi rieducativi particolarmente nei confronti di soggetti la cui collaborazione sia incolpevolmente impossibile o priva di risultati utili e, comunque, per i soggetti per i quali la rottura con le organizzazioni criminali sia adeguatamente dimostrata. In generale, sono considerati legittimi gli interventi legislativi che condizionino l'accesso ai benefici penitenziari, e in particolare alle misure alternative, purché da essi non discenda un effetto totalmente obliterante del trattamento risocializzante di cui il condannato si è dimostrato già meritevole secondo il cosiddetto "principio di non regressione incolpevole del trattamento penitenziario rieducativo. Cfr. Corte cost., sent., 14.12.1995, n. 504; Corte cost., sent., 22.4.1999, n. 137, in www.cortecostituzionale.it.

Attualmente l'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., in riferimento al condannato non collaborante, prevede il divieto assoluto di applicazione dei benefici penitenziari. Tale disposto risulta in contrasto con gli artt. 21, comma 1, ord. penit. relativamente al lavoro all'esterno, 30 *ter*, comma 4, lett. c) inerente l'istituto del permesso premio, e 50, comma 2, ord. penit. sulla semilibertà, come modificati dalla legge n. 94 del 2009, i quali prevedono, in riferimento all'art. 4 *bis* ord. penit.⁸²⁵ dei tempi minimi di reclusione per l'accesso ai benefici penitenziari, quindi un'ostatività non assoluta. Si configura, pertanto, un'antinomia normativa fra quanto prevede il primo comma dell'art. 4 *bis* ord. penit. e quanto prevedono gli artt. 21, comma 1, 30 *ter*, comma 4, lett. c), 50, comma 2, ord. penit., poiché ad una stessa materia si applicano disposizioni dal contenuto differente⁸²⁶.

Del resto, i limiti temporali previsti agli artt. 21, comma 1, 30 *ter*, comma 4, lett. c), e 50, comma 2, ord. penit., risulterebbero oggi perfettamente inutili se fossero riferiti ai soli detenuti collaboranti, posto che, rispetto a questi ultimi, l'applicabilità di quei limiti è esclusa dall'art. 58 *ter*, comma 1, ord. penit.⁸²⁷.

In realtà, gli artt. 21, comma 1, 30 *ter*, comma 4, lett. c), 50, comma 2, ord. penit., si configurano in rapporto di specialità rispetto all'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit. e comunque risultano prevalenti secondo il criterio temporale, in quanto modificati ai sensi della legge n. 94 del 2009, rispetto al medesimo art. 4 *bis*, comma 1,

⁸²⁵ Da riferirsi ai delitti indicati nei commi 1, 1 *ter*, 1 *quater*. In epoca precedente, tali norme facevano riferimento al comma 1 dell'art. 4 *bis* ord. penit., che prima delle modifiche introdotte con decreto legge n. 11 del 2009, conv. nella legge n. 38 del 2009, ricomprendeva unitariamente gli attuali commi 1 e 1 *quater*.

⁸²⁶ A tal proposito, il Trib. Sorv. Perugia 20.10.2011, n. 2011/966 SIUS, giunge a negare lo stesso sussistere di un'antinomia tra l'artt. 4 *bis*, comma 1, e l'art. 30 *ter*, comma 4, lett. c), ord. penit., affermando che quest'ultima norma assolverebbe alla funzione di rendere applicabili i limiti temporali più rigidi in essa previsti, circa la concessione di permessi premio relativa ai delitti menzionati nell'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., nei soli casi di collaborazione cosiddetta "inesigibile, impossibile o irrilevante" di cui al comma 1 *bis* del medesimo art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit. In senso contrario, Uff. Sorv. Pavia 10.1.2011, n. 09/2654 SIUS; 15.3.2011, n. 11/2006 SIUS; 14.4.2011, n. 11/1247 SIUS, 25.5.2011, n. 11/2022 SIUS, in relazione ad istanze di detenuti non collaboranti condannati per i delitti di cui all'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit.

⁸²⁷ Sul tema v. L. EUSEBI, *Ergastolano "non collaborante" ai sensi dell'art. 4 bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettività di una fine?*, in *Cass. pen.*, n. 4, 2012, pp. 10, 19.

ord. penit., da ultimo modificato dal d.l. 23.2.2009, n. 11, convertito con modifiche in legge n. 38 del 2009, e devono ritenersi, pertanto, applicabili ai detenuti non collaboranti, anche se condannati per i delitti di cui al primo comma dell'art. 4 *bis* ord. penit.⁸²⁸.

La predetta possibilità di usufruire dei benefici dopo l'espiazione di parte della pena anche per i soggetti condannati per delitti *ex art. 4 bis* ord. penit., fa salvo un ambito significativo di possibile rilevanza anche per i detenuti non collaboranti, ai sensi dell'art. 27 comma 3 Cost., in riferimento al percorso di trattamento penitenziario validamente svolto.

Anche l'istituto della liberazione anticipata *ex art. 54* ord. penit., a differenza degli altri benefici penitenziari, non risultando soggetto alle predette preclusioni, viene ad applicarsi alle ipotesi delittuose di cui all'art. 4 *bis* ord. penit.⁸²⁹. Ciò nonostante, il decreto legge del 23.12.2013 n. 146⁸³⁰ convertito con modificazioni dalla legge 21.02.2014 n. 10, nell'introdurre la cosiddetta "liberazione anticipata speciale", caratterizzata da una detrazione di giorni 75 ogni sei mesi di pena scontata, anziché di 45 giorni, come nella liberazione anticipata ordinaria *ex art. 54* ord. penit., contiene, invece, in riferimento all'art. 4 *bis* ord. penit., una singolare disciplina d'eccezione⁸³¹.

⁸²⁸ Lo stesso principio non vale, però, per gli altri benefici penitenziari, tra i quali, in particolare, la liberazione condizionale, stante il già richiamato disposto dell'art. 2, comma 1, decreto legge n. 152 del 1991, come convertito nella legge n. 203 del 1991, come predetto.

⁸²⁹ La liberazione anticipata costituisce una misura premiale che permette al condannato che abbia dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione, di ottenere una detrazione di quarantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata. La misura si applica anche al soggetto che sia stato sottoposto alla misura della custodia cautelare, alla misura della detenzione domiciliare, e al condannato che abbia ottenuto l'affidamento in prova al servizio sociale qualora abbia dato prova, nel periodo di affidamento, di un recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della sua personalità. V. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pp. 163, 165.

⁸³⁰ Si tratta del provvedimento denominato "Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria".

⁸³¹ La nuova misura si caratterizza, innanzitutto per il suo carattere temporaneo. Essa infatti è destinata ad operare solo per un periodo di due anni dalla data di entrata in vigore del decreto, dunque fino al 24 dicembre 2015. Questo spiega perché la disposizione non sia stata inserita nel corpo dell'art. 54 ord. penit. La norma ha, inoltre, carattere retroattivo: il decreto infatti, stabilisce che la maggiore detrazione si applica a partire dai semestri di pena in corso di espiazione alla data del 1 gennaio 2010.

Nonostante il presupposto soggettivo richiesto per l'applicazione di questa misura consista nella "prova della partecipazione del condannato all'opera di rieducazione"⁸³², detta nuova misura non viene ad applicarsi ai condannati per i reati di cui all'art. 4 *bis* ord. penit.⁸³³.

Al riguardo può osservarsi, in generale, che la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità dell'art. 4 *bis* ord. penit. con il principio di cui all'art. 27 comma 3 Cost., ha salvato la predetta disposizione dai dubbi di legittimità costituzionale, appellandosi proprio al fatto che essa escludeva dal suo ambito applicativo la liberazione anticipata, cui questi condannati potevano accedere a parità di condizioni degli altri: ciò – nel ragionamento della Corte – era quanto bastava a ritenere salvaguardata la funzione rieducativa della pena⁸³⁴.

Ora, proprio l'argomentazione utilizzata dalla Corte costituzionale nella citata sentenza può far sorgere qualche dubbio circa la legittimità costituzionale, sotto il profilo dell'art. 27, comma 3, Cost., dell'art. 4 d.l. n. 146 del 2013, nella parte in cui esclude totalmente i condannati di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. dall'ambito operativo della liberazione anticipata speciale. L'esclusione dei soggetti condannati per uno dei delitti ostativi previsti dall'art. 4 *bis*, ord. penit., rappresenta un'ulteriore e preoccupante preclusione normativa all'accesso al beneficio suddetto, per di più svincolata da qualunque valutazione in ordine al grado di rieducazione conseguito con l'espiazione della pena. E ciò, peraltro, in netto contrasto con la faticosa opera demolitoria avviata dal Giudice delle leggi, più volte intervenuto sull'art. 4 *bis* ord. penit., proprio al fine di destituire di legittimità costituzionale tutte le previsioni ostative

⁸³² Il decreto legge, nella sua versione originaria, contemplava, al co. 4, che anche questi condannati potessero accedere alla nuova misura, sul presupposto dell'accertamento di un loro "concreto recupero sociale", in sede di conversione in legge del decreto, però, il co. 4 è stato soppresso e tale categoria di condannati è stata conseguentemente estromessa dal novero dei destinatari della liberazione anticipata speciale. www.penalecontemporaneo.it.

⁸³³ Detta misura risulta altresì negata, paradossalmente, a tutti coloro che si trovino in affidamento in prova e in detenzione domiciliare, relativamente ai periodi trascorsi, in tutto o in parte, in esecuzione di tali misure alternative e ai condannati ammessi all'esecuzione della pena presso il proprio domicilio o che si trovino agli arresti domiciliari a norma dell'art. 656, comma 10, c.p.p., contrariamente a quanto previsto dall'art. 54 ord. penit.

⁸³⁴ Cfr. Corte cost. n. 306 del 1993.

all'accesso ai benefici penitenziari fondate su presunzioni assolute di pericolosità sociale⁸³⁵.

Nella formulazione originaria, l'art. 4 del d.l. n. 146 del 2013 sanciva l'applicabilità dell'istituto della liberazione anticipata speciale a prescindere dal titolo di reato oggetto di condanna e, pertanto, anche ai soggetti di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. Al riguardo, occorre chiedersi quale esito sortiranno le istanze presentate proprio da tali soggetti in costanza del testo originario del decreto e trattate, invece, nella vigenza della nuova disposizione, come modificata in sede di conversione⁸³⁶.

La predetta disposizione “innovata” va posta in connessione con il fenomeno della successione delle leggi nel tempo *ex art. 25*, comma 2, Cost. e pone l'interrogativo se la disposizione entrata in vigore debba avere efficacia *ex nunc* o *ex tunc* rispetto ai fatti pregressi. Secondo il Tribunale di sorveglianza di Torino, nell'ipotesi di decreto legge non convertito o convertito con emendamenti, che importino mancata conversione parziale, non potrebbe invocarsi l'art. 25, secondo comma Cost., essendo quest'ultima disposizione relativa ad un fenomeno di successione di leggi nel tempo, fenomeno escluso *ex art. 77*, terzo comma Cost.⁸³⁷.

⁸³⁵ Sul punto, Corte cost., 1.12.1999, n. 436, in *Giur. Cost.*, 2000, p. 548, con nota di C. SANTORIELLO. La predetta sentenza viene presa in considerazione in materia di preclusioni legate ai “tipi d'autore” per attestare il principio interpretativo di ordine generale, di matrice giurisprudenziale, secondo cui nella materia dei benefici penitenziari, è criterio “costituzionalmente vincolante”, quello che esclude “rigidi automatismi” e richiede sia resa possibile una valutazione individualizzata caso per caso. v. anche Corte cost., sent., 4.7.2006, n. 257, in *Foro it.*, 2007, p. 2330; Corte cost., sent., 16.3.2007, n. 79, *ibidem*. Anche la Corte di Cassazione ha avuto modo di analizzare la preoccupante tendenza alla configurazione normativa di tipi d'autore per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita. Al riguardo, la Corte ha affermato che gli automatismi preclusivi in detta materia si pongono in evidente contrasto con il principio rieducativo, nonché con i principi di proporzionalità e individualizzazione della pena. Sul punto v. Cass., sez. I, 6.5.2009, n. 22368, in *CED Cass.*, rv. 244130; Cass., sez. I, 22.10.2009, n. 41956, in *CED Cass.*, rv. 245078; Cass., sez. I, 10.11.2009, n. 44669, in *CED Cass.*, rv. 245682. Per un approfondimento v. M. RABAI, *La liberazione anticipata “speciale”*, in R. DEL COCO, L. MARAFIOTI, N. PISANI (a cura di) *Emergenza carceri, Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014, pp. 108 ss.

⁸³⁶ Sulle questioni relative al tema del diritto processuale intertemporale v. O. MAZZA, *La norma processuale nel tempo*, Milano, 1999, pp. 104 ss. In giurisprudenza, per l'applicazione del principio *tempus regit actum*, v. Cass., sez. III, 27.2.1995, n. 3489, in *Cass. pen.*, 1996, p. 505.

⁸³⁷ Così Trib. Sorv., Torino, ord. 17.6.2014, F. CECCHETTI, “*Svuota carceri*” e liberazione anticipata speciale: decreto legge non convertito e successione di leggi penali nel tempo, 16.9.2014, in www.penalecontemporaneo.it. v. Corte cost., sent., 22.2.1985, n. 51, in *Foro it.*, 1985, I, p. 963, con nota di G. FIANDACA. Con tale pronuncia la consulta ha stabilito l'illegittimità, per violazione dell'art.

A parere di Glauco Giostra non vi è alcuna disposizione che vieta di concedere ai condannati per i reati di cui all'art. 4 *bis* ord. penit., il beneficio della liberazione anticipata speciale con riferimento al periodo pregresso. Invero, la legge di conversione, dopo avere soppresso il citato comma 4, estromette tali condannati dal beneficio “per il futuro”, introducendo un apposito *incipit* esclusivamente al comma 1 dell'art. 4, legge n. 10 del 2014. Se si fosse voluto estendere la predetta regola anche “al passato” lo si sarebbe specificato, ed invece così non è stato⁸³⁸.

Secondo la Consulta: “nell'ipotesi di una sopravveniente normativa che escluda da un beneficio una data categoria di soggetti, l'applicazione della nuova restrizione a chi aveva già maturato, secondo la previgente disciplina, le condizioni per godere del beneficio stesso, rappresenta, rispetto all'*iter* rieducativo, una brusca interruzione, senza che ad essa abbia in alcun modo corrisposto un comportamento colpevole del condannato”⁸³⁹.

L'irretroattività della legge penale meno favorevole al reo si pone, nel nostro sistema, come principio garantito costituzionalmente ed esso riguarda la previsione legale della fattispecie di reato e la previsione legale della pena. Ciò significa che anche le disposizioni sostanziali afferenti le misure alternative alla detenzione – nella specie la liberazione anticipata speciale – hanno indubbiamente natura penale dal momento che si riferiscono direttamente alla quantità e qualità della pena irrogata⁸⁴⁰.

77, comma 3, Cost., del comma 5 dell'art. 2 c.p., nella parte in cui rendeva applicabili le disposizioni di cui ai commi 2 e 3 dello stesso art. 2 c.p. ai casi di mancata conversione di un decreto legge recante norma penale abrogatrice o più favorevole al reo. La corte ha inoltre precisato che l'illegittimità riguarda solo i casi in cui l'ultimo comma dell'art. 2 c.p. renderebbe applicabile il decreto non convertito ai fatti pregressi, e cioè a quelli commessi prima della sua entrata in vigore, non già a quelli commessi sotto la sua vigenza. Tali considerazioni valgono anche per il caso di specie relativo a conversione di decreto con emendamenti “soppressivi”. v. M. RABAI, *La liberazione anticipata “speciale”*, cit., p. 110.

⁸³⁸ Al riguardo v. G. GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁸³⁹ In tal senso, v. Corte cost., sent., 30.12.1997, n. 445, in *Giur. Cost.*, 1997, p. 3934.

⁸⁴⁰ Per una precisa presa di posizione sul punto v. G. ESPOSITO, *Brevi osservazioni in ordine alla legittimità costituzionale della nuova disciplina delle misure alternative alla detenzione*, in *Arch. pen.*, 1993, p. 139.

In dottrina si prospettano due opzioni percorribili. La prima, muove dalla rivalutazione dell'incidenza immediata della liberazione anticipata sulla misura della sanzione inflitta, consentendo di ricondurre le disposizioni che regolano l'istituto nell'alveo delle norme relative al trattamento sanzionatorio. In tal caso, diventano operativi in *subiecta materia* i principi che regolano la successione delle leggi penali nel tempo e, segnatamente, l'art. 25, comma 2, Cost., che sancisce il principio di irretroattività della legge più restrittiva. Diventa, altresì, operativo l'art. 117 Cost. con riferimento all'art. 7 Cedu⁸⁴¹. Quest'ultima tesi è stata ritenuta meritevole di una seria riflessione da parte della stessa giurisprudenza costituzionale, incontrando altresì largo seguito in dottrina⁸⁴².

Secondo altra parte della dottrina, invece, l'espunzione con efficacia *ex tunc* della norma che consentiva l'applicazione del beneficio anche ai soggetti di cui all'art. 4 *bis* ord. penit., impedirebbe la configurabilità di un fenomeno di successione di leggi nel tempo e, di conseguenza, l'applicabilità della regola della retroattività della legge più favorevole⁸⁴³.

Al fine di evitare di incorrere in un'applicazione della nuova normativa irragionevolmente lesiva del principio di uguaglianza, appare più agevole percorrere la prima tesi che predilige la retroattività della legge più favorevole, quindi l'orientamento della giurisprudenza costituzionale sul punto, conferendo rilevanza, ai

⁸⁴¹ Detta interpretazione è avallata dai giudici di Strasburgo e garantisce l'applicabilità retroattiva della *lex mitior*, nonché l'operatività dell'art. 2 c.p. Al riguardo v. Corte eur. dir. uomo, 17.9.2009, *Scoppola c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it. In dottrina, sul punto, v. M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, pp. 60 ss.

⁸⁴² Alcuni autori hanno posto in evidenza come l'esecuzione della pena coincida con la "dimensione dinamica" della stessa. Ciò pertanto, nell'ipotesi di sopravvenute modalità peggiorative del trattamento sanzionatorio le stesse non dovrebbero essere applicate retroattivamente. Dello stesso avviso è la giurisprudenza costituzionale. Al riguardo v. Corte cost., sent., 4.7.2006, n. 257, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1656 e *ivi*, p. 2630, con nota di A. BONOMI.

⁸⁴³ Infatti, nell'ipotesi di decreti legge non convertiti che eventualmente introducano, modifichino o abrogano fattispecie penali preesistenti, viene meno la possibilità di configurare una successione di leggi penali nel tempo: ciò in quanto il fenomeno della successione presuppone la valida applicazione della legge preesistente al fatto, mentre la caducazione con efficacia *ex tunc* di un decreto legge impedirebbe di continuare ad applicarlo anche a fatti commessi sotto la sua vigenza. Sul punto v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., pp. 86 ss. Alla stessa tesi corrisponde il provvedimento emesso dal Tribunale di sorveglianza di Torino, 17.6.2014, in www.penalecontemporaneo.it.

fini della concessione del beneficio, al grado di partecipazione al programma rieducativo raggiunto dal condannato al momento della proposizione dell'istanza. Tale impostazione appare preferibile nella misura in cui privilegia il finalismo rieducativo della pena, che deve caratterizzare la concessione della misura *de quo*⁸⁴⁴.

L'esclusione dei condannati per reati di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. pone, inoltre, un problema interpretativo relativo alla sorte di coloro che sono destinatari di "cumuli" di pene (derivanti dalla continuazione *ex art.* 81 c.p. o dall'unificazione di pene concorrenti), comprensivi anche di pene inflitte per taluni dei delitti di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. Si discute, cioè, se tali condannati, una volta espiata la parte di pena relativa al reato ostativo, possano essere ammessi a beneficiare della liberazione anticipata speciale: soluzione questa che presuppone lo "scioglimento del cumulo", con successiva attribuzione dei periodi di carcerazione già espiati ai vari titoli detentivi⁸⁴⁵.

Ebbene, la posizione della giurisprudenza sul punto è piuttosto ambigua, nonostante la Corte costituzionale, nella fondamentale sentenza n. 361 del 1994, si sia espressa sul punto in modo limpido ed esaustivo⁸⁴⁶.

Negando l'applicazione delle misure alternative e dei benefici penitenziari ai condannati *ex art.* 4 *bis* ord. penit., anche dopo l'espiazione della pena corrispondente ai reati ostativi, si arriverebbe ad attribuire alla persona "una sorta di *status* di

⁸⁴⁴ Cfr. M. D'ONOFRIO, M. SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione*, cit., p. 263.

⁸⁴⁵ La questione relativa all'ammissibilità dello scioglimento del cumulo delle pene rileva su una pluralità di piani diversi: ad esempio, in relazione all'individuazione del termine di prescrizione, all'applicazione dell'indulto, alla sostituzione delle pene detentive brevi. Quanto al piano del diritto penitenziario, ed in particolare al profilo della concessione delle misure alternative e dei benefici penitenziari, la questione assume un particolare spessore per la presenza dell'art. 4 *bis* ord. penit., che fa discendere dal titolo di reato una serie di rilevanti effetti preclusivi. Al riguardo, v. A. DELLA BELLA, *Sull'applicabilità della liberazione anticipata speciale ai condannati con cumuli di pene comprensivi di quelle irrogate per reati ostativi, ai sensi dell'art. 4 bis ord. penit.*, 16 giugno 2014 (Mag. Sorv. Vercelli, ud. 27 maggio 2014, Est. Fiorentin), in www.penalecontemporaneo.it.

⁸⁴⁶ In particolare, la Corte costituzionale – pronunciandosi sulla concedibilità della semilibertà ad un condannato in esecuzione di pene concorrenti, tra cui alcune relative a reati *ex art.* 4 *bis* ord. penit., – rilevando l'esistenza di orientamenti diversi nella giurisprudenza della Cassazione, ha affermato doversi seguire la tesi dello scioglimento del cumulo. Ciò poiché le norme concernenti il cumulo delle pene non possono risolversi in un danno per il condannato. A ben vedere, convincono, nelle argomentazioni della Corte, le riflessioni circa le inaccettabili conseguenze che deriverebbero dal mancato scioglimento del cumulo in presenza di un reato ostativo *ex art.* 4 *bis* ord. penit.

detenuto pericoloso”, che permeerebbe di sé l’intero rapporto esecutivo, a prescindere dal titolo specifico di condanna, e ciò sarebbe dunque espressione di una logica di stigmatizzazione del tutto incompatibile con il principio di uguaglianza e di rieducazione del condannato⁸⁴⁷.

È indubbio come il divieto dello scioglimento del cumulo comporterebbe una irragionevole diversità di trattamento, a seconda che un determinato titolo detentivo sia oggetto di un rapporto esecutivo autonomo o rientri invece in un cumulo di pene. Solo nella prima ipotesi, infatti, l’avvenuta espiazione della pena inflitta per il titolo ostativo consentirebbe la successiva fruizione dei benefici penitenziari in relazione ad altre condanne; mentre, nel secondo caso, il cumulo “produrrebbe il paradossale effetto negativo di assegnare alla quantità di pena riferita al titolo di reato ostativo una sorta di efficacia impeditiva permanente agli effetti dei benefici penitenziari”⁸⁴⁸.

D’altro canto, per espressa disposizione di legge, la concessione dei benefici penitenziari non è subordinata ai risultati dell’osservazione scientifica della personalità, condotta nei termini di cui all’art. 4 *bis*, comma 1 *quater*, ord. penit., nel caso in cui al detenuto condannato per violenza sessuale sia stata applicata la circostanza attenuante della minore gravità, prevista dall’ultimo comma dell’art. 609 *bis* c.p.⁸⁴⁹.

⁸⁴⁷ Al riguardo, v. Mag. Sorv. Vercelli, ud. 27 maggio 2014, Est. Fiorentin, in www.penalecontemporaneo.it; la conclusione cui arriva l’ordinanza del magistrato di sorveglianza di Vercelli, è che la liberazione anticipata speciale debba considerarsi applicabile al condannato con cumuli di pene, qualora abbia già espiaato la parte di pena relativa a un reato ostativo *ex art. 4 bis* ord. penit.

⁸⁴⁸ Le soluzioni contenute nella sentenza n. 361 del 1994 sono state poi ribadite in Cass., sez. un., 30.6.1999, *Ronga*, pronuncia relativa all’analogia questione della scindibilità delle pene unificate sotto il vincolo della continuazione, *ex art. 81 cpv. c.p.*, sempre con riferimento alla concessione dei benefici penitenziari a condannati la cui pena comprendeva condanne anche per reati ostativi di cui all’art. 4 *bis* ord. penit.. Il divieto di scioglimento del cumulo si è affermato in relazione alla sospensione condizionata della pena *ex legge n. 207 del 2003* (c.d. indultino); cfr. Cass., 2014, n. 3543; in relazione alla misura alternativa dell’espulsione dello straniero *ex art. 16 d.lgs. n. 286 del 1998*: cfr. Cass., 2013, n. 35620; in relazione all’esecuzione della pena nel domicilio *ex legge n. 199 del 2010*. Cfr., per i riferimenti giurisprudenziali, M. ROMANO, *art. 76*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, *passim*.

⁸⁴⁹ Viceversa, qualora la circostanza attenuante sia stata riconosciuta ma non applicata, risultando prevalenti le circostanze aggravanti, occorrerà osservare la disciplina prevista dal comma 1 *quater* dell’art. 4 *bis* ord. penit. v. P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Milano, 2010, p. 69.

Stando al dato testuale della disposizione in esame, i risultati dell'osservazione scientifica non rilevano neppure ai fini della concessione dei benefici penitenziari a favore dei detenuti per il reato di associazione a delinquere finalizzata al compimento dei delitti di violenza sessuale *ex art. 609 bis c.p.*, atti sessuali con minorenni *ex art. 609 quater c.p.*, violenza sessuale di gruppo *ex art. 609 octies c.p.*, rispetto ai quali è necessario e sufficiente che non sussistano collegamenti con la criminalità organizzata: in questa ipotesi rileva la natura associativa della fattispecie criminosa, mentre i delitti a sfondo sessuale vengono in considerazione in quanto reati fine dell'associazione per delinquere⁸⁵⁰.

Ulteriori preclusioni alla concessione dei benefici penitenziari sono previste dall'art. 58 *quater* ord. penit. Il primo comma di detto articolo stabilisce, infatti, un divieto generale di concessione dei benefici nei confronti del condannato per qualsiasi reato, che sia stato ritenuto colpevole del delitto di evasione⁸⁵¹.

Al riguardo, oggetto di esclusione sono l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, l'affidamento in prova ordinario, la detenzione domiciliare e la semilibertà. L'accesso ai benefici è altresì negato nel caso sia stata disposta la revoca dell'affidamento in prova, ordinario o terapeutico, della detenzione domiciliare o della semilibertà. Tale provvedimento ha la durata di tre anni da quando è stata disposta la revoca o è stata ripresa l'esecuzione della pena⁸⁵².

Detta preclusione, che opera in via generale, assume connotati particolari con riferimento al detenuto condannato per uno dei delitti previsti dal comma 1, dal comma 1 *ter*, e dal comma 1 *quater* dell'art. 4 *bis* ord. penit. nei confronti del quale si proceda o sia pronunciata sentenza di condanna per un delitto doloso punito con la

⁸⁵⁰ Sul punto v. M.F. CORTESI, *L'inasprimento del trattamento penitenziario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 9, p. 1091.

⁸⁵¹ Il decreto legge 1.7.2013 n. 78 convertito in legge 9.8.2013 n. 94 prevede la revoca del beneficio solo nel caso di condanna del soggetto per il reato di evasione. In passato la sola denuncia di evasione costituiva il presupposto per la sospensione del beneficio. La modifica ha recepito il disposto di cui alla sentenza della Corte cost. n. 173 del 1997 di illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui faceva derivare automaticamente la sospensione della detenzione domiciliare alla presentazione di una denuncia per il reato *de quo*.

⁸⁵² P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 107.

pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, commesso nel corso di evasione o durante il lavoro all'esterno o la fruizione di un permesso premio o di una misura alternativa alla detenzione. In tal caso, il divieto di concessione opera per cinque anni dal momento in cui è stato emesso il provvedimento di revoca o è ripresa l'esecuzione della pena. A ben vedere, in tali casi il giudizio circa l'opportunità di concedere i benefici premiali è sottratto alla magistratura di sorveglianza scattando il divieto *ope legis* in conseguenza di determinate condotte, indipendentemente da un giudizio in concreto sulla effettiva pericolosità del detenuto e per una durata prefissata dal legislatore, a prescindere dagli eventuali progressi nel percorso rieducativo, compiuti successivamente dal soggetto⁸⁵³.

Si determina così “un'incapacità temporanea e relativa” del condannato che per cinque anni non può avvalersi dei benefici penitenziari, in relazione alla pena in esecuzione e a quella inflittagli per il reato commesso a seguito di evasione o a seguito della fruizione di una misura premiale o alternativa. Espiata l'una e l'altra pena, il divieto viene meno e il soggetto riacquista la capacità di fruire dei benefici penitenziari in relazione a condanne riportate per altri fatti di reato successivi o anteriori⁸⁵⁴.

Un altro specifico limite è poi posto per gli autori dei delitti di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione e sequestro di persona a scopo di estorsione, che abbiano cagionato la morte del sequestrato⁸⁵⁵.

Ancora una volta, rispetto ai detenuti comuni, il regime riservato ai condannati per uno dei reati “ostativi” ricompresi nel catalogo *ex 4 bis* ord. penit., risulta con evidenza caratterizzato da una maggiore afflizione, quando tali soggetti pongano in essere nuovi fatti di reato o comunque si siano dimostrati inidonei a qualunque trattamento alternativo. Ciò dimostrerebbe come nel disegno del legislatore la pena

⁸⁵³ *Ivi*, p. 108.

⁸⁵⁴ *Ibidem*.

⁸⁵⁵ In tal caso, a norma del comma 4 dell'art. 58 *quater* ord. penit., l'accesso ai benefici penitenziari indicati nel primo comma dell'art. 4 *bis* ord. penit., è subordinato all'espiazione di almeno due terzi della pena irrogata o di almeno ventisei anni in caso di ergastolo. C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pp. 537 ss.

venga ad assumere connotati tipicamente retributivi in elusione del dettato costituzionale *ex art. 27 comma 3*⁸⁵⁶.

3. L' affidamento in prova al servizio sociale

Nell'affidamento in prova al servizio sociale, disciplinato dall'art. 47 ord. pen., il condannato può avere la possibilità di scontare un certo *quantum* di pena al di fuori del circuito carcerario. Questa misura comporta l'affidamento al servizio sociale penitenziario, per un periodo uguale a quello da scontare con l'obbligo di osservare le prescrizioni stabilite dal Tribunale di sorveglianza, e di sottoporsi al controllo dell'U.E.P.E.

Quest'ultimo ufficio, deputato a seguire il condannato in un percorso risocializzativo, deve attuare i propri compiti attraverso un'azione di "sostegno e controllo" sull'affidato⁸⁵⁷.

L'istituto è stato introdotto nel 1975, ma la sua disciplina ha subito importanti modifiche che ne hanno mutato sia la struttura che la funzione iniziale, ossia quella di evitare il più possibile i danni derivanti dal contatto con l'ambiente carcerario considerato quale fattore di desocializzazione e di emarginazione⁸⁵⁸.

⁸⁵⁶ Così P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 109.

⁸⁵⁷ Infatti, in base ai commi 9 e 10 dell'art. 47 ord. penit. "il servizio sociale controlla la condotta del soggetto e lo aiuta a superare le difficoltà di adattamento alla vita sociale, anche mettendosi in relazione con la famiglia e con gli altri suoi ambienti di vita". Al riguardo, si concorda sul fatto che le funzioni di "aiuto" e "controllo" possano apparire, a prima vista, in contraddizione fra loro, sul presupposto che chi aiuta non possa anche controllare. In realtà, tale perplessità trova adeguata soluzione se si considerano i diversi piani sui quali operano il "controllo" e il "sostegno", come due distinti indirizzi di azione. I due aspetti, infatti, ben si conciliano da un punto di vista pedagogico-rieducativo, riproponendo, in termini differenti, il rapporto di tipo genitoriale che non potrà mai essere solo di supporto ma implicante, necessariamente, un certo grado di autorità. In questa prospettiva, il "controllo" non assume valenza repressiva, non essendo finalizzato alla mera contestazione dell'infrazione, ma diventa, piuttosto, il punto di inizio di una riflessione e di una ricerca di soluzioni nella quale l'affidato è chiamato a organizzarsi costruttivamente. V. R. BREDI, *Il controllo nell'affidamento in prova*, in *Dir. pen. proc.*, n. 5, 1995, p. 652.

⁸⁵⁸ C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pp. 536-537.

Ciò che rileva ai fini della presente misura è la “prognosi di rieducabilità”, ma quest’ultima può essere formulata anche per reati di una certa gravità, tanto da spingere la dottrina ad evidenziare come detta misura alternativa, inizialmente creata per permettere un vero recupero sociale di soggetti macchiati di fattispecie delittuose non gravi, abbia finito per ridursi, secondo un’espressione di Marinucci, ad una vera e propria “incontrollata forma di grazia giudiziaria”⁸⁵⁹. L’ordinamento penitenziario non prevede particolari preclusioni, legate alla tipologia del reato, per l’applicazione dell’affidamento in prova al servizio sociale, eccezion fatta, come precedentemente esposto, per alcune delle fattispecie delittuose di cui all’art. 4 *bis* ord. pen., sempre che il condannato non decida di prestare la collaborazione con la giustizia *ex art.* 58 *ter* ord. pen.⁸⁶⁰. L’applicazione dell’affidamento in prova ai condannati detenuti per reati contro la libertà sessuale, previsti dal comma 1 *quater* dell’art. 4 *bis* ord. penit., è invece subordinata ai risultati dell’osservazione scientifica della personalità condotta in istituto per almeno un anno⁸⁶¹.

Per i reati non ostativi, invece, la misura in discorso si articola in due diverse modalità, a seconda che il soggetto si trovi in condizione di restrizione o di libertà: nel primo caso, la misura può essere applicata dopo avere eseguito l’osservazione scientifica della personalità *ex art.* 13 ord. pen., nel secondo caso, per l’applicazione della misura dallo stato di libertà, verranno presi in considerazione gli elementi legati alla condotta assunta successivamente alla commissione del reato. L’art. 47, comma 2, ord. penit. stabilisce che tale misura venga concessa ove si ritenga che “il provve-

⁸⁵⁹ In tal senso v. G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 160, 177.

⁸⁶⁰ In via generale, l’art. 4 *bis* ord. penit. nega la concessione dell’affidamento in prova ai condannati detenuti per reati di criminalità organizzata o di particolare allarme sociale previsti dal comma 1 *quater* dell’art. 4 *bis* ord. penit., ammettendoli al beneficio solo quando sia esclusa la persistenza di un legame con la criminalità organizzata e quando i detenuti, per un delitto della prima fascia, abbiano tenuto una condotta collaborativa con l’autorità giudiziaria, indipendentemente dagli esiti di tale collaborazione, potendo, a determinate condizioni, essere significativa anche una collaborazione irrilevante o impossibile.

⁸⁶¹ Invero, la lettera della legge non lascia spazio ad interpretazioni diverse. Il divieto di concessione dell’affidamento in prova nei confronti dei condannati per uno dei delitti di cui all’art. 4 *bis* sembra riferibile a tutte le diverse ipotesi contemplate nell’art. 47 ord. penit. Così P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 75.

dimento stesso, anche attraverso le prescrizioni di cui al comma 5, contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che costui commetta nuovi reati”.

Ciò significa che, nel caso di soggetto detenuto, nel procedimento *ex art. 678*, comma 2, c.p.p., ai fini del giudizio prognostico di cui all’art. 47 ord. pen., il Tribunale di sorveglianza dovrà acquisire tutti i “dati giudiziari, penitenziari, clinici, psicologici e sociali, e procedere alla loro valutazione con riferimento al modo in cui il soggetto ha vissuto le sue esperienze e la sua attuale disponibilità ad usufruire degli interventi del trattamento”. Tale giudizio prognostico, per sua natura, non potrà che essere largamente discrezionale, in riferimento alle specifiche finalità dell’istituto, rieducative e di prevenzione del pericolo che il condannato ricommetta altri reati⁸⁶².

Per ciò che concerne la concessione dell’affidamento in prova senza osservazione della personalità, il Tribunale di sorveglianza, sarà chiamato ad attuare una ferrea valutazione prognostica idonea a rintracciare l’indice di pericolosità di un soggetto mediante l’utilizzazione di una vasta gamma di strumenti. Quindi, nell’ipotesi in cui la misura alternativa sia richiesta prima dell’esecuzione della pena, il Tribunale di sorveglianza è tenuto a valutare, oltre agli elementi sintomatici desumibili dalla natura e dalla gravità dei reati, anche la condotta mantenuta nello stato di libertà, dopo la condanna, al fine di stabilire se il soggetto possa compiere in futuro nuove azioni delittuose. Ai fini della formulazione del giudizio prognostico richiesto per la decisione sull’affidamento in prova al servizio sociale, è doveroso per il giudice, valutare i precedenti penali del soggetto senza che, però, tale valutazione possa assumere carattere esclusivo, dovendo essa invece essere compiuta in collegamento con ogni altro possibile elemento di giudizio e, in primo luogo, con il comportamento successivo alla commissione del reato. Rileveranno pertanto, tutta una serie di elementi rivelatori quali la condotta irregolare tenuta durante l’esecuzione di una precedente misura alternativa, la mancanza di un’attività lavorativa, lo scarso impegno in

⁸⁶² Gli elementi che saranno posti alla base della decisione del giudice possono essere prodotti dalle parti oppure acquisiti dalla magistratura di sorveglianza attraverso l’utilizzazione dei suoi poteri istruttori. V. C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 539.

un progetto rieducativo o l'omesso adeguamento alle indicazioni degli operatori. Particolare valore assumerà il certificato penale del condannato dal quale poter desumere eventuali o ulteriori cause ostative all'applicazione della misura tenuto conto che "è astrattamente configurabile un'incompatibilità logico-giuridica tra le misure di prevenzione personali di cui alla legge n. 1423 del 1956 e l'affidamento in prova al servizio sociale", ravvisandosi una contraddizione in termini fra la dichiarazione di pericolosità sociale, concreta e attuale, del soggetto, da un lato, e la fiducia sull'idoneità della misura alternativa a contribuire alla sua rieducazione e ad assicurare la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati, dall'altro⁸⁶³.

Il giudizio espresso dal Tribunale di sorveglianza, pertanto, sarà ancorato sia al carattere puramente oggettivo della documentazione richiesta, sia al profilo eminentemente soggettivo, come l'indagine da espletare in ordine al grado di pericolosità sociale del singolo condannato⁸⁶⁴.

La pericolosità che si dovrebbe indagare con questo procedimento riguarda principalmente i fattori di scarso inserimento sociale o lavorativo, relativi ad una situazione di disadattamento. Eppure, nonostante questo, il provvedimento sarà, paradossalmente, negato nel caso in cui risulti perdurante la situazione di isolamento, la mancanza di risorse familiari e materiali, e il mancato reinserimento nella società. La mancanza di risorse personali e materiali dovrebbe costituire il presupposto per l'intervento statale nonché un criterio di priorità per il godimento di una misura alternativa come l'affidamento in prova al servizio sociale. La discrasia in questione è attribuibile al fatto che le finalità per le quali il provvedimento è elargito sono essenzialmente funzionali al vantaggio non del singolo ma della società, dal che si desume come la sottrazione del soggetto al regime di detenzione, rappresenta solo un mezzo e non uno scopo. Perciò, l'indagine condotta dal Tribunale di sorveglianza,

⁸⁶³ Ne consegue che, allorché sia in corso la misura alternativa dell'affidamento in prova, le valutazioni circa l'eventuale misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza nei confronti del medesimo soggetto, debbano essere fatte dal giudice dopo la fine del trattamento, allo scopo di accertare la persistente attualità delle condizioni legittimanti l'applicazione della misura di prevenzione.

⁸⁶⁴ Così Cass., sez. I, 8.10.1993, Nicefaro, *MUff.*, 195789.

sulla situazione socio-familiare del richiedente, pur comportando una dilatazione dei tempi burocratici molto spesso non garantisce l'effetto sperato a vantaggio del condannato interessato⁸⁶⁵.

Con riferimento al soggetto detenuto, inoltre, la possibilità di acquisire dati della personalità genuini e veritieri risulta già compromessa dal fatto che essa debba svolgersi in un ambiente innaturale e mistificante come il carcere, favorevole all'assunzione, da parte del condannato, di atteggiamenti artificiali, nella prospettiva di conseguire qualche beneficio penitenziario.

Relativamente ai delitti commessi dai cosiddetti "colletti bianchi", autori cioè di crimini contro la pubblica amministrazione, si registrano delle perplessità relativamente al processo rieducativo di tali soggetti e alla presenza della cosiddetta "pericolosità da disadattamento", sul presupposto che sia difficile parlare di rieducazione o di risocializzazione di soggetti che risultano perfettamente inseriti nel contesto sociale ricoprendovi, molto spesso, anche posizioni rilevanti.

Appare chiara la filosofia della misura alternativa *de quo* attraverso la quale "lo Stato rinuncia in parte all'esecuzione della pena detentiva, e dà vita ad una sorta di patto sociale con il condannato, fondato su un reciproco impegno: lo Stato offre strumenti di crescita e di socializzazione pretendendo l'assolvimento del compito posto in capo al condannato di fruire di tali occasioni di crescita"⁸⁶⁶.

Le innovazioni normative apportate dall'art. 3, lett. c), d), ed e) del d.l. 23.12.2013 n. 146 convertito con modifiche in legge 21.2. 2014 n. 10 ("Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria"), incidenti sull'art. 47 ord. penit. sembrano lasciare intatta la natura dell'istituto. Le modifiche legislative introdotte rispecchiano chiare linee di "politica criminale", essendo dirette ad agevolare e facilitare l'impiego della

⁸⁶⁵ In tal senso, Cass., sez. I, 19.10.1992, Gullino, in *Riv. pen.*, 1993, p. 958.

⁸⁶⁶ E. FASSONE, *Affidamento in prova al servizio sociale e riforma penitenziaria: un bilancio fra luci e ombre*, in V. GREVI (a cura di), *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Bologna, 1982, p. 24; v. anche S. PAREZZAN, *L'affidamento in prova al servizio sociale: un'alternativa al carcere tra luci e ombre*, in R. DEL COCO, L. MARAFIOTI, N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri, radici remote e recenti soluzioni normative*, cit., p. 84.

misura alternativa in questione, inducendo l'autorità giudiziaria a farne largo utilizzo. Ciò nell'acquisita consapevolezza che un approccio fondato esclusivamente sul ripensamento degli istituti esistenti e sull'introduzione di nuove forme di espiazione della pena si rivelerebbe di scarsa efficacia se poi gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento non dovessero trovare applicazione⁸⁶⁷.

L'art. 3 lett. c) del d.l. n. 146 del 2013 inserisce nell'art. 47 ord. penit. un nuovo comma 3 *bis*, in forza del quale può essere ammesso all'affidamento in prova il condannato che debba espiaire una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione, purché egli abbia serbato (quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà) un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2. Ebbene, la nuova ipotesi denominata "affidamento allargato" "si affianca" ai casi già contemplati dall'art. 47, commi 1 e 3, ord. penit., i quali consentono al condannato di richiedere l'affidamento in prova solo se la pena detentiva inflitta non superi i tre anni⁸⁶⁸.

Da ciò si evince come il legislatore non si sia limitato a una mera sostituzione della misura prevedendo un diverso *quantum* di pena per l'accesso alla misura in questione. Piuttosto, l'opzione ha riguardato l'introduzione di un'ulteriore ipotesi di affidamento in prova, grazie alla quale il condannato che debba espiaire una pena più elevata di quella ordinaria – quattro anni anziché tre – può comunque avere accesso alla misura. A fronte di tale scelta legislativa ci si domanda quale possa essere la motivazione di siffatto "doppio binario" automaticamente creatosi in tema di affidamento in prova al servizio sociale e quale possa essere la sostanziale differenza tra l'uno e l'altro strumento. La nuova ipotesi di affidamento in prova condivide con gli altri tipi il giudizio prognostico cui viene subordinato l'accesso alla misura. Infatti, per affidare il condannato ai servizi sociali il giudice, sulla scorta dei risultati

⁸⁶⁷ Per un'analisi di siffatto commento v. L. MARAFIOTI, *Sovraffollamento delle carceri e custodia cautelare: una proposta di riforma*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁸⁶⁸ Per un approfondimento sul tema v. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., pp. 104 ss.

dell'osservazione della personalità, deve ritenere il condannato “idoneo al provvedimento”. In altri termini, il provvedimento di ammissione ed il programma di recupero ad esso correlato devono apparire, *ex ante*, in grado di contribuire alla rieducazione del soggetto ed essere, altresì, adatti ad assicurare la prevenzione del pericolo di recidiva⁸⁶⁹.

È interessante notare, sul punto, come il d.l. n. 146 del 2013 consacri espressamente l'irrelevanza della condizione di detenzione del reo. Infatti, la norma contenuta nell'art. 47, comma 3 *bis*, ord. penit., non lascia margini di dubbio: si prescinde dallo stato di detenzione del condannato, potendo il comportamento rilevante ai fini della concessione della misura verificarsi sia se il soggetto si trovi in carcere, in esecuzione di una pena o della custodia cautelare, ma anche se lo stesso si trovi in condizione di libertà⁸⁷⁰.

L'elemento di novità che consente di differenziare la fattispecie di affidamento in prova introdotta dal predetto decreto legge rispetto alle precedenti è rappresentato dalla durata del periodo di osservazione, dal momento che l'analisi riguarda la condotta serbata dal condannato “quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta”. Un periodo così lungo non è, invero, richiesto per il soggetto che debba espriare una pena detentiva, anche residua, non superiore a tre anni. Ciò significa che è necessario effettuare un controllo più rigoroso sulla personalità del con-

⁸⁶⁹ Il sinallagma tra l'osservazione della personalità e il giudizio prognostico di affidabilità costituisce, insomma, il fulcro attorno a cui ruota la concessione della misura alternativa anche nel comma 3 *bis* dell'art. 47 ord. penit. La nuova ipotesi di affidamento in prova si fonda, infatti, sul medesimo giudizio, ossia la prognosi positiva di idoneità alla misura, nonché sulla stessa base cognitiva incentrata sui risultati dell'osservazione personologica, su cui pure si basano gli altri casi di concessione della misura. Rimane invariato anche il tipo di comportamento oggetto di esame. Per concedere la misura alternativa, il condannato deve avere serbato una condotta successiva alla commissione del reato, tale da consentire la formulazione di un giudizio favorevole in ordine alle sue possibilità di recupero. R. DEL COCO, L. MARAFIOTI, N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri, radici remote e recenti soluzioni normative*, cit., pp. 85-86; cfr. F.P.C. IOVINO, *L'affidamento in prova al servizio sociale*, in A.A. DALIA, M. FERRAIOLI (a cura di), *Sospensione della pena ed espiazione extra moenia*, *Commento alla legge 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. legge Simeone)*, Milano, 1998, pp. 180 ss.

⁸⁷⁰ Viene pertanto stabilito il principio dell'irrelevanza dello stato detentivo rispetto alla finalità rieducativa della pena. Nello stesso senso v. Corte cost., sent., 22.12.1989, n. 569, in *Giur. Cost.*, 1989, pp. 2619 ss.; v. altresì Cass., 1990, p. 1442, con nota di F. DELLA CASA, *Corte costituzionale e affidamento “anticipato”: perfezionamento e rilancio del più recente modello di probation*. Principio fatto salvo anche dalla legge n. 165 del 1998.

dannato. La maggiore durata dei tempi di osservazione del reo, in un'ottica rieducativa, equivale a verificare la presenza di "elementi sintomatici" di un positivo e costante sviluppo della sua personalità, così da aumentare le probabilità di un'auspicata risposta positiva al trattamento riabilitativo⁸⁷¹.

Vi sono nella novella evidenti incongruenze. In primo luogo, l'espressione utilizzata nel nuovo comma 3 *bis* dell'art. 47 ord. penit. risulta, quantomeno, ambigua: non è dato agevolmente comprendere, invero, se l'osservazione della personalità "condotta collegialmente" debba riguardare un lasso temporale annuale ovvero se, pur limitandosi a un periodo di verifica di un mese, possa essere effettuata nell'intero anno precedente la formulazione della richiesta di accesso all'affidamento "allargato". Se, da un lato, si è ritenuto che questa prima lettura sia preferibile, poiché è del tutto razionale che alla concessione di un beneficio più ampio corrisponda la garanzia di un'osservazione più lunga e dunque più significativa, d'altro canto, la novella è stata reputata "priva di ragionevolezza" e, soprattutto, "eccessivamente generica", potendo – paradossalmente – rivelarsi foriera di un incremento di declaratorie di inammissibilità ai sensi del comma 2, art. 666, c.p.p., a fronte di istanze *ictu oculi* carenti sotto il profilo considerato dalla norma. Proprio la mancata specificazione delle coordinate pratiche d'osservazione – frutto di una tecnica normativa certamente non inappuntabile – fa optare per una lettura che miri a salvaguardare e rendere in concreto effettiva la nuova misura allargata⁸⁷².

Il crescente numero di istanze rivolte agli uffici della giurisdizione di sorveglianza necessita di un attento lavoro selettivo che guardi complessivamente al comportamento tenuto dal condannato quantomeno nell'anno anteriore alla proposizione dell'istanza: si tratta di una cornice temporale non vincolante o esaustiva, potendo il

⁸⁷¹ Al riguardo v. R. DEL COCO, L. MARAFIOTI, N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri, radici remote e recenti soluzioni normative*, cit., pp. 86-87.

⁸⁷² Invero, il controllo comportamentale deve consentire la duplice funzione rieducativa e special-preventiva della pena e tale condizione, per esplicita volontà normativa, può essere valutata non solo se il detenuto sia già in carcere per espiare la pena o perché sottoposto a misura cautelare, bensì anche nel caso in cui si trovi in libertà. E.M. MANCUSO, *Sovraffollamento carcerario e misure d'urgenza*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, p. 59.

giudice decidere di spingersi addirittura oltre nel passato, rispetto alla quale, sia plausibile effettuare una concreta prognosi rieducativa e special-preventiva⁸⁷³.

Per i soggetti in libertà, la ricerca di una modalità di osservazione di tipo extra-carcerario che si protragga per un lungo periodo di tempo è – alla prova dei fatti – irrealistica, vista l'esigenza di rendere attuale la fase esecutiva e in virtù dell'assenza di speciali meccanismi sospensivi connessi ai nuovi limiti di accesso all'affidamento in prova⁸⁷⁴.

A confermare tale teoria vi è il mancato allineamento dell'art. 656, comma 5, c.p.p. con la previsione del riformato art. 47, comma 3 *bis*, ord. penit. Difatti, a fronte di una condanna ad una pena detentiva di tre anni ed un giorno il pubblico ministero non parrebbe tenuto a sospendere l'ordine di esecuzione. Sicché il condannato, pur legittimato a richiedere ed ottenere l'affidamento in prova, deve comunque venire a contatto con il mondo carcerario⁸⁷⁵.

Il “nuovo” affidamento in prova al servizio sociale, pertanto, rischia di risolversi in una mera fuga indulgenziale dalla pena detentiva, mossa, più che altro, da esigenze deflative quale alibi in ordine alla mancanza di una seria riforma dell'apparato sanzionatorio⁸⁷⁶.

In tema di applicazione dell'affidamento in prova al servizio sociale unitamente ad una misura di sicurezza, si consideri, a mero titolo esemplificativo, l'ordinanza del 30.11.2013 emessa dall'ufficio di sorveglianza del Tribunale di Alessandria che

⁸⁷³ Se tale verifica può, certamente, essere più agevole in ogni caso in cui il soggetto istante si trovi in uno *status* detentivo e sia sottoposto a osservazione della personalità intramuraria, vista la possibilità di avvalersi delle informazioni provenienti dal personale addetto all'osservazione e alla verifica del trattamento, ben più complessa e laboriosa risulterà la prognosi rispetto ai condannati in stato libero al momento della formazione dell'ordine esecutivo. E.M. MANCUSO, *Sovraffollamento carcerario e misure d'urgenza*, cit., pp. 59-60.

⁸⁷⁴ Da ciò consegue che, il dover essere sottoposti ad osservazione per almeno un anno, riduce l'area di fruibilità della misura da parte di chi si trovi in stato di libertà al momento della condanna definitiva, senza avere subito una carcerazione preventiva, vanificando così l'irrilevanza attribuita allo stato detentivo. Ciò sottende una certa diffidenza, da parte del legislatore, nei confronti dei soggetti che pure hanno i requisiti per accedere alla misura.

⁸⁷⁵ Al riguardo la stessa Commissione Mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza, nel corso della seduta del 20.1.2014 ha segnalato l'opportunità di allineare il contenuto della nuova disposizione all'art. 656, comma 5, c.p.p., in www.senato.it.

⁸⁷⁶ Al riguardo v. S. PAREZZAN, *L'affidamento in prova al servizio sociale*, cit., p. 87.

deve pronunciarsi sull'applicazione di una misura di sicurezza all'esito positivo di un affidamento in prova al servizio sociale⁸⁷⁷.

Secondo giurisprudenza costante, in tema di affidamento in prova al servizio sociale, “i riferimenti alla gravità del reato commesso o ai precedenti penali e giudiziari del condannato o al comportamento da lui tenuto prima o dopo la custodia cautelare ben possono essere utilizzati come elementi che concorrono alla formazione del convincimento circa la praticabilità anche della misura alternativa”⁸⁷⁸.

Nonostante l'accertamento della pericolosità sociale concerna (o dovrebbe concernere) un'indagine sullo stesso fulcro sostanziale del soggetto ritenuto “pericoloso”, l'effetto estintivo della pena detentiva, conseguente all'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale, non costituisce in automatico un'estinzione in senso proprio perché deriva da una particolare modalità di esecuzione della pena stessa. A tale effetto estintivo, perciò, non si ricollega l'inapplicabilità delle misure di sicurezza prevista dall'art. 210, comma 2, c.p. Infatti, l'affidamento in prova al servizio sociale essendo una misura alternativa alla detenzione, nonostante l'esito positivo del periodo di prova, comporta esclusivamente l'estinzione della pena detentiva e non invece la cessazione della misura di sicurezza⁸⁷⁹.

⁸⁷⁷ Il caso riguarda un uomo di nazionalità albanese, padre di minori cittadini italiani con lui conviventi, condannato per il reato di concorso ai fini di spaccio di sostanze stupefacenti, a cui è stata applicata la misura di sicurezza dell'espulsione dallo Stato ex art. 86 del d.P.R. n. 309 del 9.10.1990. V. Trib. Alessandria, Uff. sorv., ordinanza del 30.11.2013, www.altalex.com. L'applicazione al condannato, da parte del Tribunale di sorveglianza di Milano, della misura dell'affidamento in prova al servizio sociale per un periodo di 19 mesi, si pone alla base di una riconsiderazione della permanenza della pericolosità sociale dell'uomo. Si tratta del Testo Unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e delle sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione degli stati di tossicodipendenza.

⁸⁷⁸ Il mantenimento di una condotta positiva, anche in ambiente libero, non è considerata di per sé determinante, soprattutto ove la condanna in espiazione sia stata inflitta per reati di obiettiva gravità e sia inadeguato il periodo di carcerazione sofferto, “ma deve essere valutato nell'ambito di un giudizio globale di tutti gli elementi emersi nelle indagini esperite e dalle informazioni assunte, che tenga conto anche della progressività e gradualità dei risultati del trattamento e, conseguentemente, dell'eventuale previa esperienza dei permessi premio”. Così Cass., sez. I, 6.3.2003, n. 15064, in www.cortedicassazione.it.

⁸⁷⁹ Quindi l'estinzione della pena consegue, in tal caso, ad una forma di espiazione della pena con modalità alternative e non ha, pertanto, come effetto quello di impedire l'applicazione della misura di sicurezza ai sensi dell'art. 210, comma 2, c.p. In tal senso, Cass., sez. I, 6.5.2005, n. 23973; Cass., sez. I, 25.3.2003, n. 17019, in www.cortedicassazione.it.

Ebbene, la pericolosità afferente l'applicazione di una misura alternativa differisce, ingiustificatamente, rispetto a quella indicata per l'applicazione di una misura di sicurezza⁸⁸⁰.

4. La detenzione domiciliare

La detenzione domiciliare consente al condannato di espiare la pena detentiva nella propria abitazione, in altro luogo di privata dimora oppure in luogo pubblico di cura, assistenza e accoglienza⁸⁸¹. Introdotta dalla legge Gozzini, *ex art.* 13 legge 10 ottobre 1986, n. 663, il suo campo è stato esteso a tal punto da provocarne il completo snaturamento.

La detenzione domiciliare si suddivide in varie tipologie: “generica” o sostitutiva dell'affidamento in prova al servizio sociale *ex art.* 47-*ter*, comma 1 *bis*, ord. pen., “per i genitori” *ex art.* 47 *ter*, comma 1, lett. a) e b), ord. penit.; “sanitaria” *ex art.* 47 *ter*, comma 1, lett. c) ord. penit.; per ultrasessantenni *ex art.* 47 *ter*, comma 1, lett. d) ord. penit.; per ultrasessantenni *ex art.* 47 *ter*, comma 01, ord. penit.; “sussidiaria” *ex art.* 47 *ter*, comma 1 *ter*, ord. penit. nei casi di differimento dell'esecuzione della pena; “speciale” applicabile nei confronti dei condannati affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria *ex art.* 47 *quater* ord. pen., e “speciale” applicabile alle condannate madri di prole di età inferiore ai dieci anni quando non ricorrono le condizioni di cui all'art. 47 *ter* ord. pen.,

Nell'ampio scenario delle preclusioni previste per l'accesso alle misure alternative, una delle novità più significative contenute nel d.l. 1.7.2013, n. 78, conv., con modificazioni, in legge 9.8.2013, n. 94 è sicuramente rappresentata dall'eliminazione, parziale, di quegli “automatismi carcerari” che impedivano o

⁸⁸⁰ Così Cass., sez. III, 3.2.2010, n. 18527; Cass., sez. II, 18.1.2001, n. 3607; Cass., sez. I, 28.4.2011, n. 22100; Cass., sez. IV, 12.1.2012, n. 3516, in www.cortedicassazione.it; v. anche L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 125.

⁸⁸¹ V. art. 47 *ter*, ord. penit.

comunque rendevano assai più difficile l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione, ai condannati cui era stata applicata la circostanza aggravante della recidiva reiterata, di cui all'art. 99, comma 4, c.p.⁸⁸².

Nonostante la dottrina abbia persuasivamente messo in discussione la ragionevolezza di tale presunzione e la sua compatibilità con i principi costituzionali che regolano l'esecuzione della pena, e nonostante che ricerche empiriche, anche internazionali, abbiano dimostrato come l'esecuzione intra-muraria non rappresenti affatto una cura adeguata al problema del recidivismo, il nostro sistema aveva sino ad ora mantenuto la disciplina di rigore. Ebbene, con il d.l. n. 78 del 2013, per la prima volta, il legislatore ha fatto un passo indietro, smantellando parzialmente il sistema di preclusioni, giustificato principalmente da esigenze di difesa sociale. Una delle modifiche riguarda la soppressione del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione delle condanne a pena detentiva di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p., stabilito appunto nei confronti dei recidivi reiterati. Modifica altrettanto importante, anche per ragioni deflative, è quella che riguarda l'eliminazione degli "automatismi carcerari" che limitavano l'accesso dei recidivi reiterati alla misura alternativa della detenzione domiciliare, intervenuta attraverso l'abrogazione del comma 1.1 dell'art. 47 *ter*, ord. penit.⁸⁸³.

⁸⁸² Infatti, come noto, siffatta disciplina di rigore a carico dei recidivi reiterati è stata introdotta nel nostro ordinamento dalla legge 5.11.2005, n. 251, cosiddetta "ex Cirielli", sulla base di una presunzione assoluta di pericolosità sociale di coloro che sono stati condannati per la terza volta per un delitto non colposo. Cfr. E. DOLCINI, *La recidiva riformata*, cit., p. 515 ss.

⁸⁸³ Il comma 1.1 che è stato appunto abrogato, stabiliva un diverso e più sfavorevole regime di accesso per i recidivi reiterati alla detenzione domiciliare "tradizionale", ossia quella disciplinata nel comma 1 dell'art. 47 *ter* ord. penit. e riservata alla donna incinta o con prole inferiore ad anni dieci o al padre esercente la potestà, nel caso in cui la madre sia impossibilitata a dare assistenza ai figli; alla persona in condizioni di salute particolarmente gravi; alla persona di età superiore a sessant'anni, se parzialmente inabile; al minore di anni ventuno per ragioni di studio o di lavoro. In particolare il comma 1.1. prevedeva che i recidivi reiterati potessero essere ammessi a questa misura alternativa solo qualora la pena detentiva loro inflitta non fosse superiore ai tre anni, anziché quattro come gli altri condannati. Al riguardo v. R. DEL COCO, L. MARAFIOTI, N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri, radici remote e recenti soluzioni normative*, cit., pp. 98 ss.

Per effetto di tale abrogazione, la detenzione domiciliare “tradizionale” può essere ora concessa ai recidivi reiterati in condizioni di parità rispetto agli altri condannati⁸⁸⁴.

Altra modifica riguarda l’estensione ai recidivi reiterati della disciplina della detenzione domiciliare “infrabiennale”, di cui all’art. 47, comma 1, *bis*, ord. penit. destinata ai condannati con pena inferiore a due anni, nei casi in cui, non sussistendo i presupposti per l’affidamento in prova, la misura si ritenga idonea a prevenire il pericolo di commissione di reati, precedentemente preclusa a tale categoria di condannati. L’intervento normativo sulle due disposizioni esaminate ha come effetto quello di ridimensionare fortemente la disciplina di sfavore per il recidivo reiterato, in materia di detenzione domiciliare.

Va annoverata tra le forme di detenzione domiciliare anche quella prevista dalla legge n. 199 del 2010⁸⁸⁵.

In relazione alla detenzione domiciliare “tradizionale” e a quella infra-biennale il regime differenziato, a seguito del d.l. n. 78 del 2013, è venuto meno⁸⁸⁶.

Le modifiche intervenute nella disciplina della detenzione domiciliare dovrebbero essere applicabili anche ai condannati che abbiano commesso il fatto prima

⁸⁸⁴ Si consideri poi che gli effetti di tale previsione risultano amplificati dalla contestuale modifica dell’art. 656 c.p.p. nella parte in cui consente l’operatività del meccanismo sospensivo di cui al comma 5 per le condanne fino a quattro anni di pena nei confronti dei soggetti che rientrano nelle categorie di cui all’art. 47 *ter*, comma 1. Dunque, attualmente, per il combinato effetto delle due novelle, i condannati, anche recidivi reiterati, con pene fino a quattro anni, che abbiano fatto istanza per la detenzione domiciliare *ex art. 47 ter*, comma 1, possono attendere in stato di libertà la decisione del tribunale di sorveglianza. Al riguardo v. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., pp. 98 ss.

⁸⁸⁵ Si tratta della legge n. 199 del 26.11.2010, disciplinante l’esecuzione presso il proprio domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi. La Corte di Cassazione ha recentemente qualificato detta detenzione come sostanzialmente omogenea rispetto alla detenzione domiciliare tradizionale. Al riguardo v. Cass., sez. I, 17.5.2013, n. 23972, in *CED*, rv. 255812.

⁸⁸⁶ La parificazione del trattamento però non può dirsi completata. Infatti, per i condannati infrasettannari di cui all’art. 47 *ter*, comma 01, l’abolizione della preclusione non è intervenuta, forse per grossolana dimenticanza del legislatore. In tal senso v. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 99.

dell'entrata in vigore del d.l. n. 78 del 2013 secondo il principio che privilegia, nella successione delle leggi nel tempo, l'applicazione della legge più favorevole al reo⁸⁸⁷.

In materia di detenzione domiciliare si evidenzia l'importante pronuncia della Corte costituzionale n. 239 del 2014⁸⁸⁸ riguardo il divieto di applicazione della detenzione alle madri di prole minore d'età condannate per uno dei reati di cui all'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit.⁸⁸⁹.

Il profilo di illegittimità rilevante è stato individuato dalla Corte nell'irragionevolezza della disposizione, in contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui preclude alle detenute madri, condannate per i delitti indicati nel comma 1, art. 4 *bis* ord. penit. che non abbiano prestato collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58 *ter*, ord. penit., o che non possano invocare le ipotesi di collaborazione impossibile, irrilevante o inesigibile, l'accesso alla detenzione domiciliare speciale, introdotta dal legislatore, con la legge 8 marzo 2001, n. 40, allo scopo di salvaguardare il valore costituzionale della famiglia e il connesso diritto dei minori in tenera età alla convivenza con la madre ed a ricevere un'educazione da parte dei genitori⁸⁹⁰.

In definitiva, la concessione della “detenzione domiciliare speciale” quale particolare beneficio previsto per le madri condannate con prole di età sotto i dieci anni,

⁸⁸⁷ Sul punto, a conferma, v. Cass., sez. un., 30.5.2006, n. 24561, CED, rv. 255812.

⁸⁸⁸ Nello specifico v. Corte cost., 22.10.2014, n. 239. Per un approfondimento sulla predetta sentenza v. F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, 27.10.2014, in www.penalecontemporaneo.it.

⁸⁸⁹ La questione di legittimità era stata sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Firenze, il quale dubitava della compatibilità dell'art. 4 *bis*, comma 1, della legge n. 354 del 1975, con gli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost., nella parte in cui vietava la concessione della misura della detenzione domiciliare speciale, prevista dall'art. 47 *quinquies* ord. penit. in favore delle condannate madri di prole di età non superiore a dieci anni. Al riguardo v. commento sulla sentenza della Corte costituzionale n. 239 del 2014 in www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com.

⁸⁹⁰ Ad avviso del giudice rimettente, le esigenze di sicurezza e difesa sociale condensate nella disciplina restrittiva introdotta agli inizi degli anni '90, precludendo l'applicabilità delle misure esterne al carcere alle madri di prole in tenera età, oblitera del tutto la finalità di tutela del rapporto di convivenza del figlio minore con la madre in ambiente esterno al carcere, perseguite dall'istituto della detenzione domiciliare speciale, operando in tal modo un irragionevole e discriminatorio sbilanciamento dei valori in gioco, poiché finisce per colpire non già il soggetto detenuto che si rifiuti di collaborare utilmente con l'autorità giudiziaria, bensì una persona incolpevole – quale è il minore – al quale viene precluso l'esercizio del diritto fondamentale a fruire della vicinanza della madre e dell'educazione impartita dal genitore.

mirante a tutelare l'interesse "prioritario" dei minori in un periodo cruciale della formazione, non può essere assoggettata al requisito della collaborazione con la giustizia, come previsto per le misure alternative al carcere nei casi di commissione di taluni gravi delitti. Tale assoggettamento è, pertanto, da ritenersi illegittimo.

Purtroppo, la misura della detenzione domiciliare si caratterizza per l'assenza di qualunque contenuto risocializzante e di qualunque momento rieducativo⁸⁹¹.

Ebbene, la misura alternativa in discorso, rispetto all'affidamento in prova, sembra invertire la verifica circa il concetto di pericolosità rimandando al legislatore il delicato compito di predeterminare le categorie giuridiche in presenza delle quali la privazione della libertà personale si mostrerebbe quale inutile afflizione contrastante con il disposto di cui all'art. 27 Cost.

Per la concessione della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47 *ter*, comma 1 *bis*, ord. penit. l'applicazione della misura deve essere idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati. Tale possibilità è preclusa per coloro che siano stati condannati per reati di particolare gravità *ex art. 4 bis* ord. penit.

La detenzione domiciliare biennale, originata da motivi di deflazione carceraria per le pene residue di massimo due anni di reclusione, oggi, a seguito delle modifiche normative introdotte, può essere concessa anche ai recidivi reiterati.

L'art. 47 *ter*, comma 01, ord. penit. ammette la possibilità di detenzione domiciliare per le persone che al momento dell'inizio o nel corso dell'esecuzione della pena, abbiano compiuto settanta anni di età, qualunque sia il reato per cui sono stati condannati, ad eccezione dei delitti contro la personalità individuale e dei delitti previsti dagli artt. 609 *bis*, 609 *quater*, 609 *octies*, c.p., oppure dall'art. 51, comma 3 *bis* c.p.p., e dall'art. 4 *bis* ord. penit., sempre che non siano state dichiarate delin-

⁸⁹¹ Infatti, l'unico obbligo imposto all'interessato concerne il divieto di allontanarsi dal luogo indicato nel provvedimento quale sede dell'esecuzione. Le modalità esecutive stabilite dal tribunale di sorveglianza non tendono a favorire la risocializzazione e il reintegro nel contesto sociale, così come accade, invece per le altre misure alternative. La misura, inoltre, non è subordinata a requisiti di carattere soggettivo, fatta eccezione per quelli previsti *ex art. 4 bis* ord. penit., in relazione a tutte le misure. *Contra cfr. Cass.*, 24 ottobre 1996, secondo la quale "la valutazione discrezionale del giudice si estende alla opportunità del trattamento alternativo che... deve concernere le premesse meritorie e l'attingibilità concreta del beneficio, in relazione alla personalità del condannato. V. C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 550.

quenti abituali, professionali o per tendenza⁸⁹². La *ratio* della disposizione di cui al comma 01, art. 47 *ter*, ord. penit., è riconducibile alla presunzione di ridotta pericolosità sociale della persona ultrasettantenne, ed alla incompatibilità presunta dell'ultrasettantenne con il regime detentivo⁸⁹³.

A questo punto, preme rilevare la *ratio* sottesa alla valutazione della pericolosità introdotta con riferimento alla detenzione domiciliare laddove l'esigenza di dare protezione ai valori della maternità, dell'infanzia, della gioventù, della vecchiaia e della salute si mostra, seppur sempre condizionata alla sussistenza di precisi presupposti legati al *quantum* di pena e alla tipologia del reato, preponderante rispetto alla pretesa punitiva dello Stato. La necessità di rendere effettiva e operante la tutela della dignità umana ai sensi dell'art. 3 CEDU, secondo cui “nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani e degradanti”, ha portato gli organi di tutela di Strasburgo a porre a carico degli Stati membri obblighi positivi di garanzia “al fine di proteggere l'integrità fisica della persona privata della libertà”, qualificando come trattamenti disumani e degradanti l'assenza di adeguate cure mediche⁸⁹⁴.

Emerge, pertanto, in maniera chiara, la scelta di campo effettuata dalla legislazione penitenziaria nell'escludere, o addirittura ritenere sovrabbondante, un qualsivoglia giudizio di pericolosità in ordine a fattispecie predeterminate i cui *status* impediscano *in re ipsa* di prefigurare una nocività nei confronti della collettività. Il giudizio di “idoneità” sembra essere stato già compiuto aprioristicamente dal legislatore. Eppure, anche questo rappresenta uno dei, non rari, casi in cui discutibili scelte

⁸⁹² A prescindere dalla discutibile tecnica normativa con la quale il legislatore ha individuato la rosa dei reati ostativi, attraverso un elenco ripetitivo di delitti, pare chiaro che in questa ipotesi l'accesso alla misura alternativa alla detenzione è assolutamente negato ai detenuti condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4 *bis*, posto che la previsione di cui all'art. 47 *ter* ord. penit. rinvia esclusivamente al catalogo dei reati ostativi e non al contenuto dell'art. 4 *bis* ord. penit. Al riguardo v. Cass. sez. I, 2.2.2007, D'Emilio, in *CED Cass.* N. 236574; Cass. sez. I, 5.7.2006, Spallone, *Id.*, n. 234380; Cass. sez. I., 7.7.2006, Napolitano, *Id.*, n. 234716. V. anche L. CESARIS, *Commento all'art. 47 ter*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, cit., p. 589.

⁸⁹³ È immanente al vigente sistema normativo una sorta di incompatibilità presunta con il regime carcerario per il soggetto che abbia compiuto settanta anni. Al riguardo v. art. 275, comma 4, c.p.p. sul punto v. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, cit., p. 487.

⁸⁹⁴ Comm. Rapp. 8.7.1993, H. c. Svizzera, par. 79.

di politica criminale, “compiute a metà”, finiscono per appalesarsi in tutta la loro incongruenza laddove, pur alla presenza delle condizioni oggettive e soggettive richieste dalla legge, per il Tribunale di sorveglianza non scatta l’obbligo di concedere la misura avendo lo stesso un potere di effettuare ampie valutazioni discrezionali in merito⁸⁹⁵.

Negli ultimi anni, dopo la riforma intervenuta con la legge Simeone, il ricorso alla detenzione domiciliare è divenuto di rilevante entità⁸⁹⁶.

Il Tribunale di sorveglianza, nel disporre l’applicazione della detenzione domiciliare, stabilisce le prescrizioni secondo quanto previsto dall’art. 284 c.p.p. per gli arresti domiciliari: inoltre, determina e impartisce le disposizioni per gli interventi dell’Ufficio di esecuzione penale esterna⁸⁹⁷.

Al riguardo, il regime delle modalità di controllo nell’esecuzione della detenzione domiciliare è stato modificato attraverso la soppressione del comma 4 *bis* dell’art. 47 *ter* e la correlativa introduzione dell’art. 58 *quinquies* da parte del d.l. n. 146 del 2013, conv. con modificazioni in legge n. 10 del 2014. Con tali modifiche, il legislatore ha attribuito il potere di prescrivere l’applicazione di procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, ove sia disposta la misura della detenzione domiciliare, anche al magistrato di sorveglianza, oltre che al Tribunale di sorveglianza, e anche nel corso dell’esecuzione della misura.

La legge 26 novembre 2010, n. 199, modificata da ultimo dal predetto decreto legge, prevede un’articolata normativa al fine di agevolare la espiazione delle pene detentive brevi, non superiori a 18 mesi, in luoghi esterni al carcere, preferibilmente presso l’abitazione del condannato. Nella disciplina in questione, la dichiarazione di abitualità nel delitto *ex art. 102 c.p.* o di professionalità nel reato *ex art. 105 c.p.* o di

⁸⁹⁵ B. BOCCHINI, *L’accertamento della pericolosità (misure di prevenzione e sorveglianza e misure alternative alla detenzione)*, cit., p. 600.

⁸⁹⁶ Per una panoramica storica v., tra gli altri, M. D’ONOFRIO, M. SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione*, cit., pp. 22 ss.

⁸⁹⁷ L’UEPE svolge un ruolo di minor rilievo rispetto a quello ricoperto nell’esecuzione dell’affidamento in prova. Le forze di polizia svolgono funzioni di controllo dell’osservanza delle prescrizioni, anche di propria iniziativa. V. C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 550.

tendenza a delinquere *ex art.* 108 c.p., a sua volta, integra – al pari della presenza di condanna per reati *ex art.* 4 *bis* ord. penit. – una presunzione *ope legis* di pericolosità sociale del condannato assolutamente ostativa alla concessione della detenzione presso il domicilio *ex art.* 1, comma 2, lettera b), L. 199/2010⁸⁹⁸. Tale misura resta preclusa ai condannati, i cui precedenti penali li fanno presumere *iuris et de iure* socialmente pericolosi. Si tratta, in concreto, di una pericolosità presunta più accentuata quale è quella derivante dalla dichiarazione di abitualità nel delitto *ex art.* 102 c.p. o di professionalità nel reato *ex art.* 105 c.p. o di tendenza a delinquere *ex art.* 108 c.p.

Inoltre, un'altra presunzione *ope legis* di pericolosità sociale ostativa alla concessione della detenzione presso il domicilio⁸⁹⁹ è costituita dalla sottoposizione del detenuto al regime di sorveglianza particolare *ex art.* 14 *bis* ord. penit.⁹⁰⁰. A ben vedere, trattasi di una condizione ostativa non richiamata dalla disciplina della detenzione domiciliare “generica”: pertanto, l'accesso al beneficio “speciale” introdotto dalla legge sull'esecuzione delle pene presso il proprio domicilio, appare astrattamente addirittura più difficoltoso rispetto al conseguimento del beneficio “ordinario”⁹⁰¹.

L'assenza di un concreto pericolo di fuga o di probabilità di incorrere in atti recidivanti, l'idoneità del domicilio e la sua effettività, infine, pur essendo specifica-

⁸⁹⁸ Per un commento sul punto, anche relativamente all'art. 47 *ter*, comma 1 *bis*, ultima parte, ord. penit., v. G. VIGNERA, *Sulla natura dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi*, 11.12.2012, in www.altalex.com.

⁸⁹⁹ V. C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., *passim*. Salvo che sia stato accolto il reclamo previsto dall'art. 14 *bis* ord. penit.

⁹⁰⁰ Al riguardo v. art. 1, comma 2, lettera c) legge n. 199 del 26.11.2010, in www.altalex.com.

⁹⁰¹ La legge n. 199 del 2010 suddetta che prevede l'esecuzione delle pene detentive (attualmente inferiori ai 18 mesi per la modifica apportata dalla legge n. 9 del 17.2.2012) presso il proprio domicilio, si inserisce nel quadro della “politica di deflazione carceraria” del Governo, prospettata in occasione dell'adozione del “Piano carceri” del gennaio 2010. Il provvedimento ha costituito l'attuazione del terzo dei quattro pilastri dello stesso Piano, quello relativo ad interventi di miglioramento normativo. In www.camera.it. In dottrina v. C. FIORIO, *Regimi penitenziari differenziati, Esecuzione delle pene detentive non superiori ad un anno*, in www.Treccani.it.

mente previste per la concessione della detenzione presso il domicilio⁹⁰², possono sicuramente annoverarsi pure tra le condizioni di merito della detenzione domiciliare “generica”, che la magistratura di sorveglianza è tenuta a considerare in sede di accertamento della “*idoneità della misura ad evitare che il condannato commetta altri reati*”⁹⁰³. Né si dica che l’art. 1, comma 2, lettera d), legge citata nel richiedere la sussistenza (quale fattore impeditivo alla concessione del beneficio) di “*specifiche e motivate ragioni per ritenere che il condannato possa commettere altri delitti*”, abbia inteso far riferimento ad una pericolosità sociale a tasso “speciale” perché più elevato rispetto a quello usualmente richiesto per negare la detenzione domiciliare “generica”⁹⁰⁴.

La detenzione domiciliare regolamentata dalla legge n. 199 del 2010, per perseguire nel tempo limitato indicato dal legislatore lo scopo di alleggerire il carico carcerario, dovrebbe essere disposta in deroga alle regole generali dettate dall’art. 47 *ter* ord. penit. e con il solo limite della ostatività derivante da un giudizio di pericolosità. Quindi anche a prescindere dalla meritevolezza della misura, il giudice dovrebbe applicare la disciplina dell’art. 1 della legge n. 199 del 2010 quando ricorre il requisito della entità della pena da espriare e quello temporale con riferimento al momento dell’applicazione, oltre a quelli non ostativi del reato in espiazione e della non pericolosità del condannato⁹⁰⁵.

Eppure, la generalizzata applicazione del trattamento di favore nell’assegnare un identico beneficio a condannati che presentino fra loro differenti stadi di percorso di risocializzazione, compromette, ad un tempo, non soltanto il principio di uguaglianza, finendo per omologare fra loro, senza alcuna plausibile *ratio*, situazioni

⁹⁰² V. art. 1, comma 2, lettera d).

⁹⁰³ Accertamento richiesto dall’art. 47 *ter*, comma 1 *bis*, ord. penit. come modificato dalla legge n. 94 del 2013.

⁹⁰⁴ Al riguardo v. la modifica introdotta all’art. 47 *ter*, ord. penit. in relazione alla recidiva reiterata. Il comma 1 *bis*, infatti, è stato soppresso dall’art. 2, comma 1, lett. b), n. 1 del d.l. 1.7.2013, n. 78, conv. con modif. nella legge 9.8.2013 n. 94, in G. ZAPPA, C. MASSETTI, *Codice penitenziario e della sorveglianza*, cit., pp. 530 ss.

⁹⁰⁵ Cass., sez. I, sent. n. 6138, 10.2.2014, in www.cortedicassazione.it.

diverse, ma anche la stessa funzione rieducativa della pena, posto che il riconoscimento di un beneficio penitenziario che non risulti correlato alla positiva evoluzione del trattamento, compromette inevitabilmente l'essenza stessa della progressività, che costituisce il tratto saliente dell'iter riabilitativo⁹⁰⁶.

In tale materia non dovrebbe essere previsto alcun automatismo proprio perché la *ratio* di tutte le misure alternative alla detenzione – anche quando sono ammissibili perché rientranti negli specifici limiti previsti per ciascuna di esse – è quella di favorire il recupero del condannato e di prevenire la commissione di nuovi reati⁹⁰⁷.

5. La semilibertà

La semilibertà, disciplinata dall'art. 48 e ss. ord. penit, consiste nella concessione al condannato e all'internato di trascorrere parte del giorno fuori dell'istituto penitenziario per partecipare ad attività lavorative, istruttive e comunque utili al reinserimento sociale. La concessione della predetta misura alternativa è subordinata alla presenza di alcuni requisiti: il limite di pena e l'assenza di cause ostative⁹⁰⁸.

⁹⁰⁶ In argomento v. pure Cass., sez. I, sent., 18.6.2008, n. 28555, Graziano, nella cui motivazione si legge che pure la concessione della detenzione domiciliare per il detenuto ultrasettantenne (prevista dall'art. 47 *ter*, comma 01, ord. penit.), “al pari di quanto previsto da tutte le altre disposizioni in materia di benefici penitenziari”, è rimessa “ad un potere discrezionale della magistratura di sorveglianza, cui è riservato il potere di verifica, in ogni caso, della meritevolezza del condannato e della idoneità della misura invocata a facilitarne il reinserimento nella società”.

⁹⁰⁷ Analogamente Cass., sez. I, sent., 2.1.2007 n. 10308, D'Emilio.

⁹⁰⁸ A norma dell'art. 50 reg. es. ord. penit.: “possono essere espiate in regime di semilibertà la pena dell'arresto e la pena della reclusione non superiore a sei mesi, se il condannato non è affidato in prova al servizio sociale. Fuori dei casi previsti dal comma 1, il condannato può essere ammesso al regime di semilibertà soltanto dopo l'espiazione di almeno metà della pena ovvero, se si tratta di condannato per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1 *ter* e 1 *quater* dell'art. 4 *bis*, di almeno due terzi di essi. L'internato può esservi ammesso in ogni tempo. Tuttavia, nei casi previsti dall'articolo 47, se mancano i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale, il condannato per un reato diverso da quelli indicati nel comma 1 dell'art. 4 *bis* può essere ammesso al regime di semilibertà anche prima dell'espiazione di metà della pena”. v. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, cit., pp. 507 ss.

L'ammissione al regime di semilibertà *ex art. 50, comma 4, reg. es. ord. penit.* è disposta in relazione ai progressi compiuti nel corso del trattamento, quando vi sono le condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società⁹⁰⁹.

La misura della semilibertà vanta una cerchia di destinatari più ampia di quella dell'affidamento in prova al servizio sociale, e i soggetti che ne usufruiscono presentano forme di pericolosità diverse, non tutte legate al disadattamento sociale. Essendo dunque applicata, la misura in questione, a soggetti portatori anche di pericolosità elevata, essa rappresenta un vero e proprio strumento del trattamento individualizzato che si inserisce nella prospettiva di risocializzazione del condannato attraverso la graduale attenuazione della detenzione in ragione della sua diminuita pericolosità, per prepararlo ad un ritorno in libertà. Nello specifico, rispetto all'elemento della pericolosità sociale, tale misura sembra configurare inequivocabilmente gli elementi utili in presenza dei quali la stessa può considerarsi superata: la non appartenenza del reo al novero dei condannati per delitti ostativi e il suo cosiddetto "ravvedimento operoso", consistente nell'onere di indicare una precisa attività lavorativa nel rispetto totale del programma di trattamento⁹¹⁰.

I progressi che consentono il giudizio prognostico sul graduale reinserimento sono valutati alla stregua dei risultati emersi dall'osservazione scientifica della personalità condotta in istituto⁹¹¹.

⁹⁰⁹ La possibilità di svolgere una delle attività risocializzanti indicate nell'art. 48 ord. penit. è condizione necessaria per l'ammissione alla semilibertà. In giurisprudenza così Cass., sez. I, 14.5.1984, Stanghellini; Cass., sez. I, 23.2.1978, Lacchini. In dottrina v. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, cit., pp. 507 ss.

⁹¹⁰ Sul tema v. B. BOCCHINI, *L'accertamento della pericolosità (misure di prevenzione e sorveglianza e misure alternative alla detenzione)*, cit., p. 601. L'art. 101, comma 2, del d.P.R. 230 del 2000, dispone che nei confronti del condannato e dell'internato ammesso al regime di semilibertà è formulato un particolare programma di trattamento, redatto dal Direttore del carcere e approvato dal magistrato di sorveglianza. In tale programma sono indicate le prescrizioni che il condannato o l'internato si deve impegnare a rispettare nell'ambiente sociale e familiare; sono indicate, altresì, i rapporti che la persona potrà mantenere all'esterno negli ambienti indicati, rapporti che risultino utili al processo di reinserimento sociale, secondo le indicazioni provenienti dall'attività di osservazione e in particolare dagli aggiornamenti sulla situazione esterna da parte del servizio sociale dell'UEPE.

⁹¹¹ Al riguardo v. Cass., sez. I, 24 giugno 1991, *Tucci*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2820.

Si tratta di valutare, tramite l'osservazione personologica, il processo di modificazione degli atteggiamenti ostativi ad una costruttiva partecipazione sociale, se trattasi di soggetto detenuto. Il titolare della responsabilità del percorso rieducativo è il direttore dell'istituto penitenziario da cui proviene il condannato: questi può segnalare al magistrato di sorveglianza, per le determinazioni di competenza, le modifiche che ritiene necessarie per il proseguimento della misura. All'esterno del carcere, l'UEPE curerà la vigilanza e l'assistenza del soggetto, collaborando con il direttore dell'istituto e informando il magistrato di sorveglianza circa i comportamenti che potrebbero comportare la revoca della misura⁹¹².

Al contrario, nel caso di misura concessa *ab initio*, si fa riferimento al comma 6 dell'art. 50 ord. penit. e cioè al fatto che il condannato "abbia dimostrato la propria volontà di reinserimento nella vita sociale", ritenendosi esso criterio di portata generale per questi specifici casi. Dovranno pertanto essere tenuti in considerazione "i buoni propositi" assunti dal condannato in libertà attraverso l'informativa di polizia e l'inchiesta socio-familiare⁹¹³.

Parte della dottrina ritiene la semilibertà non una reale alternativa al carcere ma piuttosto una semplice modalità di esecuzione della pena che resta, comunque, carceraria, sia pure attenuata perché consente al condannato e all'internato di trascorrere una parte del giorno fuori dall'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive e comunque utili al reinserimento sociale⁹¹⁴.

Per quanto attiene alle limitazioni relative alla concessione della semilibertà, essa è esclusa, in primo luogo, per il condannato in espiazione di pena detentiva derivante da conversione effettuata per inosservanza delle prescrizioni inerenti la semidetenzione e la libertà controllata *ex art. 67, legge 24 novembre 1981, n. 689*; in

⁹¹² C. BRUNETTI, M. ZICONE, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 552.

⁹¹³ Il legislatore, in questo ultimo caso, ha completamente disancorato la concessione di tale misura ai risultati emersi nel corso dell'osservazione penitenziaria, non essendo possibile esplicitarla. Ciò pertanto, la pericolosità sociale dovrà essere valutata con strumenti differenti dall'osservazione personologica creando così differenti impostazioni a seconda della situazione.

⁹¹⁴ Così come dispone l'art. 50, comma 4, ord. penit., in relazione ai "progressi compiuti nel corso del trattamento, quando vi sono le condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società. In tal senso, M. D'ONOFRIO, M. SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione*, cit., p. 24.

secondo luogo, ai sensi dell'art. 47 *ter*, comma 9 *bis* ord. penit., nell'ipotesi di revoca della detenzione domiciliare di cui all'art. 47 *ter*, comma 1 *bis* ord. penit.⁹¹⁵.

La concessione della semilibertà incontra, inoltre, i divieti e i limiti posti dalla normativa restrittiva di cui agli artt. 4 *bis* e 58 *quater* ord. penit.

Il d.l. n. 78 del 2013 conv. in legge n. 94 del 2013 ha modificato l'accesso a tale beneficio per i condannati ai quali sia stata applicata la recidiva reiterata prevenendo anche per costoro, a differenza del passato, l'applicazione degli stessi termini previsti per gli altri detenuti. Rimane invece fermo il disposto secondo cui "l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva reiterata" *ex* art. 58 *quater*, comma 7 *bis*, ord. penit.

6. La liberazione condizionale

La liberazione condizionale, prevista dall'art. 176 c.p., nella sua evoluzione storica si è trasformata da strumento utile a contribuire sotto il profilo disciplinare alla gestione degli stabilimenti penitenziari in strumento del trattamento rieducativo, diretto alla risocializzazione del condannato e quindi, all'allontanamento dal carcere e all'avvicinamento del suddetto soggetto al luogo dei suoi interessi ed affetti⁹¹⁶.

La liberazione condizionale consente di espiare la pena al di fuori del circuito carcerario mediante la sottoposizione al regime di libertà vigilata. Per poter ottenere la misura, il comportamento del condannato deve essere tale da fare ritenere sicuro il suo ravvedimento. Inoltre, è necessario che il preposto abbia superato ogni sospetto circa la pericolosità sociale attraverso il suo effettivo adempimento delle obbligazioni civili nascenti da reato⁹¹⁷.

⁹¹⁵ C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 560.

⁹¹⁶ G. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., *passim*.

⁹¹⁷ Sarà, in ogni caso, possibile ottenere il beneficio se il condannato dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempiere le predette obbligazioni. v. C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di*

Rispetto a chi si sia reso autore di un reato, un indice particolarmente significativo della acquisita consapevolezza di tale valore non può non essere rappresentato dall'atteggiamento assunto nei confronti della vittima del reato stesso. Per ciò che concerne il ravvedimento, questo deve "sostanziarsi in una condanna assoluta della propria condotta criminale, quale giudizio meditato e sofferto scaturente da un profondo e sincero pentimento, dimostrato anche attraverso l'effettivo impegno del soggetto nel lenire le conseguenze materiali e morali del proprio operato nei confronti delle vittime". Tale processo di revisione critica del reato commesso costituisce l'elemento precipuo nella valutazione della personalità del condannato, la quale deve essere ben incentrata sul comportamento complessivo del condannato, necessitando, pertanto, di un giudizio più ampio della mera buona condotta carceraria, richiesta nella formulazione originaria della norma, così che non può ritenersi sufficiente una indagine limitata alla valutazione della condotta del condannato durante la detenzione. Perché si possa parlare di ravvedimento, quindi, si richiede una più ampia e penetrante valutazione della personalità del condannato nella sua evoluzione, tenendo conto, oltre che della condotta carceraria, del suo atteggiamento interiore in relazione al fatto commesso, del comportamento tenuto nelle sue manifestazioni concrete, della sua volontà di reinserimento nella società dedotta dall'interesse da lui dimostrato per i valori etici e sociali, dalle manifestazioni di altruismo e di solidarietà, e il fattivo intendimento di riparare le conseguenze dannose del reato. Ed allora, l'indagine circa la completa assenza di pericolosità potrà dirsi compiuta nella misura in cui l'istruttoria svolta evidenzia "i progressi compiuti dal condannato nel corso del trattamento rieducativo, la sua assiduità al lavoro e all'apprendimento, i suoi buoni rapporti di correttezza con il personale di custodia e gli altri detenuti, sintomatico non solo di un'evoluzione della personalità improntata al recupero del senso di responsabilità delle proprie determinazioni ed alla revisione delle motivazioni che lo

diritto penitenziario, cit., p. 567.

avevano indotto a scelte criminali, ma anche del definitivo abbandono dei disvalori su cui tale scelte si fondavano e, quindi, al suo sicuro ravvedimento”⁹¹⁸.

Per la concessione della misura in questione è necessario che il condannato abbia scontato almeno trenta mesi o comunque la metà della pena, se la pena residua non superi i cinque anni. Nel caso di recidiva aggravata e reiterata il condannato deve avere scontato almeno quattro anni e non meno di tre quarti della pena inflitta. Nel caso di condanna all’ergastolo è necessario avere scontato almeno ventisei anni di pena. Nell’ipotesi di condanna per uno dei delitti di cui all’art. 4 *bis* ord. penit. il condannato deve avere scontato almeno i due terzi della pena⁹¹⁹.

Sussiste, altresì, il divieto di concessione della liberazione condizionale nel caso di condannato all’ergastolo, per uno dei reati inclusi nel catalogo *ex art. 4 bis*, comma 1, ord. penit., nell’ipotesi in cui il medesimo non abbia prestato una collaborazione con la giustizia⁹²⁰.

7. Le altre forme di sostegno e premiali: i permessi premio e il lavoro all’esterno

I permessi premio *ex art. 30 ter* ord. penit. sono stati introdotti dalla legge 663 del 1986 e possono essere concessi ai condannati che abbiano tenuto una regolare condotta, che non risultino socialmente pericolosi, al fine di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro. Nel decreto di concessione del permesso il magistrato dovrà dare conto, nella motivazione, della sussistenza di tutti e tre i predetti requisiti voluti dalla legge⁹²¹.

⁹¹⁸ Così Cass., sez. I, 4.10.1991, Nicolò, *MUff*, 188468.

⁹¹⁹ C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di Diritto penitenziario*, cit., p. 566.

⁹²⁰ V. art. 2 d.l. 13.5. 1991, n. 152, conv. con modif. in legge 12.7.1991, n. 203.

⁹²¹ Sul tema v. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, cit., pp. 367 ss.

Anche l'art. 30 *ter*, commi 2 e 4, ord. penit. è stato modificato dal d.l. n. 78 del 2013, conv. con mod. in legge n. 94 del 2013⁹²².

Innanzitutto è stata ampliata la durata dei permessi premio nei confronti dei condannati minorenni⁹²³.

In secondo luogo, è stato modificato il comma 4 dell'art. 30 ord. penit., con un intervento che incide anche sui condannati adulti: è previsto, infatti, l'innalzamento del *quantum* di pena, da tre anni a quattro, entro il quale è consentita la concessione del permesso premio senza previa espiazione di una parte della pena. Di questa innovazione non beneficiano, però, i condannati recidivi reiterati che rimangono, dunque, soggetti alla rigorosa disciplina dettata dall'art. 30 *quater*, ord. penit.⁹²⁴

L'istituto dei permessi premio, attualmente, viene contenuto in una dimensione puramente premiale sottovalutando il fatto che esso costituisce parte integrante del trattamento rieducativo: tale orientamento si discosta, peraltro, dalla più recente evoluzione della giurisprudenza costituzionale⁹²⁵.

Nei confronti dei detenuti per uno dei reati previsti dall'art. 4 *bis* ord. penit. la concessione dei permessi premio è possibile solo a determinate condizioni. Nei confronti dei condannati alla pena della reclusione per uno dei delitti di prima fascia che abbiano tenuto una condotta collaborativa, o nelle ipotesi in cui quest'ultima sia ininfluyente o impossibile, nonché nei confronti dei condannati alla pena della reclusione per uno dei delitti di seconda fascia, sempre che possa escludersi in entrambi i casi l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, il permesso premio può essere concesso dopo l'espiazione di almeno metà della pena e comunque, di non oltre dieci anni ai sensi dell'art. 30 *ter*, comma 4 lett. c) ord. penit.

⁹²² Cfr. G. LA GRECA, *Sub art. 30 ter*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, cit., pp. 389 ss.

⁹²³ Il nuovo comma 2 dell'art. 30 *ter*, ord. penit. prevede che ora la durata del singolo permesso sia di trenta giorni anziché venti, come nella passata disciplina, e che nell'arco dell'anno possano essere concessi sino a cento giorni di permesso, anziché sessanta. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 103.

⁹²⁴ Siffatta disposizione è stata, infatti, ripristinata in sede di conversione del decreto legge.

⁹²⁵ Al riguardo, v. Corte cost., 4.7.1996, n. 235, in *Giur. Cost.*, 1996, p. 2128.

Gli stessi limiti di pena sono richiesti per la concessione del permesso premio ai condannati per uno dei delitti di cui al comma 1 *quater* dell'art. 4 *bis* ord. penit. Viceversa, le disposizioni limitative del comma 4 dell'art. 30 *ter* ord. penit. non operano nei confronti dei detenuti condannati per uno dei delitti indicati nei commi 1, 1 *ter*, 1 *quater* dell'art. 4 *bis* ord. penit. che abbiano collaborato con la giustizia ai sensi dell'art. 58 *ter* ord. penit.

Inoltre, la concessione dei permessi premio ai detenuti cui sia stata applicata la recidiva reiterata ai sensi dell'art. 99, comma 4 c.p., è subordinata alla espiazione di elevate soglie di pena, fino al raggiungimento dei due terzi della pena⁹²⁶. Al riguardo, ci si domanda come mai il venir meno della disciplina di sfavore per il recidivo reiterato che ha interessato la detenzione domiciliare e la semilibertà non abbia, invece, toccato l'ambito dei permessi premio⁹²⁷.

A ben vedere, l'intervento sull'art. 30 *ter*, ord. penit., introducendo una disciplina più favorevole per tutti gli altri condannati, ha approfondito la differenza di trattamento con i recidivi reiterati, rendendo ancor più evidente il contrasto con i principi costituzionali di cui agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.⁹²⁸.

L'art. 30 *quater* ord. penit. che disciplina la concessione di tale misura premiale ai recidivi, non è inoltre richiamato dall'art. 58 *ter* ord. penit. che individua i limiti di pena previsti per l'accesso ai vari benefici penitenziari non applicabili ai collaboratori di giustizia. Sembrerebbe, dunque, che i condannati per un delitto preclusivo,

⁹²⁶ Il testo originario del decreto legge 1.7.2013 n. 78 – convertito in legge 9.8.2013 n. 94 – prevedeva l'abrogazione della disposizione in base alla quale la concessione dei permessi premio ai recidivi reiterati era possibile dopo un periodo di tempo maggiore rispetto a quello degli altri detenuti. La legge di conversione ha però reintrodotto la regola originaria *ex art. 30 quater* ord. penit. che è rimasta, pertanto, immutata.

⁹²⁷ Se la presunzione di pericolosità a carico di questa categoria di condannati deve considerarsi fondata e ragionevole, allora non si spiega il perché siano state abrogate alcune delle disposizioni che a tale presunzione erano ispirate. D'altro canto, se la presunzione è invece infondata non si spiega il perché alcune delle disposizioni ad essa ispirate siano state conservate. In tal senso A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., pp. 100 ss. La normativa sulla recidiva reiterata continua ad essere gravata da dubbi di costituzionalità. Cfr. in particolare Corte cost., 8.10.2010, n. 291, in *Giur. Cost.*, 2010, 5, p. 3766, con nota di C. RENOLDI, *Note sulla flessibilità della pena e sui limiti alla discrezionalità legislativa in materia di benefici penitenziari*.

⁹²⁸ V. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 103.

cui sia stata applicata la recidiva reiterata, possano godere del permesso premio solo dopo l'espiazione di due terzi della pena, nonostante la piena collaborazione prestata. L'interpretazione rigorosa delle norme in esame, e le conseguenze che ne derivano sul piano pratico, sembrano tuttavia contrastare con la *ratio* del complesso meccanismo dei benefici e preclusioni posto in essere dal legislatore al fine di ottenere la collaborazione dei soggetti appartenenti alla criminalità organizzata⁹²⁹.

Con l'istituto del lavoro all'esterno, previsto dall'art. 21 ord. penit., i detenuti e gli internati possono essere assegnati ad un'attività lavorativa che si svolge fuori dall'istituto di pena. L'elemento essenziale per l'applicazione di questa modalità di trattamento è costituito dall'esito positivo prodotto dall'osservazione della personalità sul soggetto. Tale scelta deve essere, quindi, vagliata dall'equipe multidisciplinare presente in istituto, il cui compito è rappresentato dall'individuazione dei bisogni specifici di ogni singolo detenuto⁹³⁰.

All'equipe non spetta solamente vagliare in astratto la possibilità dell'ammissione al lavoro all'esterno, ma anche valutare l'ammissione in concreto a tale forma di lavoro che è disposta dalla direzione dell'istituto che, dopo avere verificato la sussistenza formale e sostanziale dei presupposti previsti dalla legge, emette il provvedimento motivato di richiesta di approvazione⁹³¹.

La circolare ministeriale del 29.12.1986 ha precisato che il provvedimento è oggetto di una duplice valutazione da parte del magistrato di sorveglianza: un'approvazione preliminare e di legittimità, nell'ambito dell'approvazione del programma di trattamento, e un'approvazione successiva e di merito.

Le varie stratificazioni normative sopraggiunte alla normativa penitenziaria del 1975, hanno snaturato la funzione rieducativa dei benefici penitenziari, la quale,

⁹²⁹ La disciplina di rigore contemplata dall'art. 30 *ter*, comma 4 ord. penit. non si applica ai minorenni, a seguito di un intervento della Corte cost. che ha dichiarato l'illegittimità della norma nella parte in cui era riferibile ai minori. Cfr. Corte Cost., sentenza 16-30 dicembre 1998, n. 450, in *Giur. Cost.*, 1998, p. 3738. Per una disamina dell'istituto del permesso premio relativamente agli aspetti preclusivi v. P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 73.

⁹³⁰ P. COMUCCI, *Nuovi profili del trattamento penitenziario*, Milano, 1988, p. 112.

⁹³¹ Al riguardo v. CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., *passim*.

attualmente, viene messa decisamente in discussione dalla presenza di incongruenze e non sempre giustificate estensioni applicative, collegate ad una prassi tendente a largheggiare nelle concessioni. Attualmente, nel nostro sistema penitenziario sono ravvisabili due distinti percorsi di alternatività: quello originario, ispirato da una cultura correzionalistica che disciplina ipotesi di affievolimento dei rigori della pena privativa della libertà, attraverso misure più o meno limitative della stessa all'interno di una logica trattamentale; e quello che si è venuto progressivamente imponendo, ossia di misure volte a risparmiare completamente l'esperienza detentiva, in una logica sempre più emancipata dalla cultura correzionalistica e dalle prassi trattamentali, ma più sensibile a ragioni premiali e di deflazione carceraria⁹³².

8. La collaborazione con la giustizia e l'accesso ai benefici penitenziari

Nel biennio 1990-1992, per incentivare la dissociazione dalla criminalità organizzata e per poter utilizzare le conoscenze di soggetti ad essa interni, il legislatore ha sancito il divieto assoluto di concessione dei benefici penitenziari ai condannati ed internati per delitti di natura associativa: artt. 416 *bis*, 600, 601, 609 *quater* e 630 c.p.; 291 *quater* D.P.R. 43/1973 e 74 D.P.R. 309/1990, tranne nei casi di concreta e fattiva collaborazione con la giustizia⁹³³.

Il legislatore, in particolare, in materia di criminalità organizzata, ha introdotto per coloro che collaborano nuove attenuanti speciali, realizzando nuove forme di

⁹³² In tal senso, M. D'ONOFRIO, M. SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione*, cit., p. 44.

⁹³³ Infatti, a seguito dei gravissimi fatti di sangue verificatisi nel predetto periodo storico, si è pervenuti, con l'emanazione del decreto legge 13.5.1991, n. 152, conv. nella legge 12.7.1991, n. 203, del decreto legge 15.1.1991 n. 8 convertito in legge 15.3.1991 n. 82 nonché del decreto legge 8.6.1992 n. 306, convertito in legge 7.8.1992 n. 356, al primo sistema organico di istituti di carattere premiale per i collaboratori di giustizia. C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 453 ss.

tutela e protezione, creando così una “corsia preferenziale” per l’accesso ai benefici penitenziari in deroga ai presupposti e ai limiti di pena previsti⁹³⁴.

La predetta collaborazione deve essere “qualificata” ovvero deve essere idonea a evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, o a raccogliere elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti o per l’individuazione e la cattura dei responsabili⁹³⁵.

Al riguardo, l’art. 58 *ter* ord. penit. fornisce una definizione dei “collaboratori di giustizia”⁹³⁶.

Vi è totale diversità dei “piani” che caratterizzano gli effetti della condotta collaborativa, a seconda che si abbia riguardo alle condizioni generali ovvero ai requisiti specifici stabiliti per l’ammissione ai benefici penitenziari e alla liberazione condizionale, nei confronti dei condannati per i delitti indicati nelle diverse “fasce” in cui risulta strutturata la disciplina prevista dall’art. 4 *bis* ord. penit. Mentre, infatti, per i reati di cui al comma 1 di tale norma la collaborazione con la giustizia ai sensi dell’art. 58 *ter* della stessa legge funge da generale presupposto di ammissibilità, per i delitti previsti dal comma 1 *ter* dell’art. 4 *bis* ord. penit., il medesimo requisito della collaborazione opera soltanto quale specifica “condizione risolutiva” dei più severi limiti di pena minima espiata, introdotti dal d.l. n. 152 del 1991 per l’accesso ai benefici di cui trattasi⁹³⁷.

⁹³⁴ Sul tema v. P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall’ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, cit., p.1.

⁹³⁵ I soggetti che intendono collaborare concretamente, sono ammessi ad uno speciale programma di protezione per evitare azioni ritorsive e possono ottenere i benefici penitenziari, anche in deroga alle vigenti disposizioni, ivi comprese quelle relative ai limiti di pena necessari per potervi accedere. C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 453 ss. Parte della dottrina e della giurisprudenza, sulla base del dato testuale, sostengono che l’accertamento delle condotte collaborative venga effettuato dal tribunale di sorveglianza anche qualora la concessione del beneficio richiesto sia di competenza del magistrato di sorveglianza.

⁹³⁶ L’art. 58 *ter* ord. penit., infatti, così stabilisce: “coloro che anche dopo la condanna si sono adoperati per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero hanno aiutato 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”.

⁹³⁷ Al riguardo, v. Corte cost., sent., 23.3.1999, n. 89, in www.cortecostituzionale.it. Il requisito della collaborazione, pertanto, ancorché identico rispetto ai due fenomeni presi in considerazione ossia, presupposto dei benefici per i condannati della prima fascia e condizione per l’applicazione dei limiti

Il presupposto della collaborazione di cui all'art. 58 *ter*, ord. penit., qualora accertato, non vale a giustificare di per sé la concessione dei benefici penitenziari, che rimangono assoggettati agli ordinari presupposti, previsti dalle singole disposizioni della legge penitenziaria in relazione al beneficio richiesto⁹³⁸.

Il maggior limite di pena che taluni condannati incontrano per essere ammessi alla liberazione condizionale, ad esempio, si struttura come un aggravamento della condizione penitenziaria, al quale corrisponde, come fenomeno inverso di attenuazione sterilizzatrice, la condotta collaborativa richiamata dall'art. 2, comma 3, del medesimo d.l. n. 152 del 1991⁹³⁹.

La collaborazione con la giustizia costituisce un semplice dato storico, estraneo al procedimento di sorveglianza, per cui, al fine di verificare le condizioni poste dall'art. 58 *ter* ord. penit., il Tribunale non deve saggiare la disponibilità del condannato a collaborare, né deve acquisire comportamenti di collaborazione, dovendosi limitare ad accertare se il condannato ha collaborato, o non, con la giustizia⁹⁴⁰.

Inoltre, il presupposto della collaborazione di cui all'art. 58 *ter*, ord. penit., qualora accertato, non vale a giustificare di per sé la concessione dei benefici penitenziari, che rimangono assoggettati agli ordinari presupposti, previsti dalle singole disposizioni della legge penitenziaria in relazione al beneficio richiesto⁹⁴¹.

In tale materia, in relazione alla disciplina prevista dall'art. 4 *bis* così come modificato dal decreto legge n. 306 del 1992 è intervenuta più volte la Corte costituzionale dichiarando la norma illegittima nella parte in cui non prevede che i benefici di cui al comma 1 dell'art. 4 *bis* – ovvero i permessi premio – potessero essere con-

di pena “ordinari” per i condannati della seconda “fascia”, è chiamato a svolgere, rispetto ad essi, funzioni nettamente distinte, al punto che le relative peculiarità non possono non indurre ad apprezzamenti altrettanto differenziati sul piano delle rispettive conformità ai valori costituzionali che vengono ad essere coinvolti.

⁹³⁸ Al riguardo, v. Cass., sez. I, 3.4.1998, Del Vecchio, *CED*.

⁹³⁹ Inoltre, la deroga ai più severi limiti di pena espiata per l'accesso ai benefici penitenziari in favore dei condannati per taluni delitti *ex art. 4 bis* ord. penit. che abbiano collaborato con la giustizia, opera solo se la collaborazione sia stata effettiva e non nei casi in cui essa sia impossibile o inesigibile. Così Cass., sez. I, 11.3.2010, n. 13926, Ragni, *CED*.

⁹⁴⁰ Al riguardo, v. Cass., sez. I, 18.10.2007, n. 43659, Miraglia, *CED*.

⁹⁴¹ Così Cass., sez. I, 3.4.1998, Del Vecchio, *CED*.

cessi anche nel caso in cui l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendesse impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che fossero stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata⁹⁴². Altro intervento correttivo della Corte costituzionale ha riguardato la parte in cui si prevede che la concessione di ulteriori permessi sia negata nei confronti dei condannati per i delitti di associazione di tipo mafioso che non si trovino nelle condizioni per l'applicazione dell'art. 58 *ter* ord. penit., anche quando essi ne abbiano già fruito in precedenza e non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata⁹⁴³.

Ulteriori conseguenze che derivano dal riconoscimento della qualità di collaboratore di giustizia *ex art. 58 ter*, ord. penit., riguardano la possibilità di usufruire dei benefici penitenziari da parte di coloro che appartengono ad una categoria di condannati caratterizzata da un elevatissimo indice di pericolosità. D'altro canto, la suddetta norma comporta la non operatività degli aumenti di pena previsti dalle disposizioni del comma 1 dell'art. 21, del comma 4 dell'art. 30 *bis* e del comma 2 dell'art. 50 ord. penit. nei confronti delle persone – diverse da quelle indicate al comma 1 dell'art. 4 *bis* ord. penit. – condannate per taluni delitti indicati nell'art. 4 *bis* ord. penit.⁹⁴⁴.

⁹⁴² v. Corte cost., sent. 1.3.1995, n. 68.

⁹⁴³ Al riguardo, v. Corte cost., sent. 14.12.1995, n. 504, in www.cortecostituzionale.it. In dottrina v. L. D'AMBROSIO, *Nuovo e contestato regolamento sulla protezione dei collaboratori di giustizia*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, vol. I, n. 5, p. 626.

⁹⁴⁴ Mentre, l'art. 58 *ter* ord. penit. consentiva, e tutt'ora consente, nei casi previsti, l'applicazione del regime ordinario anche ai condannati per i reati di cui all'art. 4 *bis* ord. penit., nel vigore della legge n. 82 del 1991 sussisteva una vera e propria corsia privilegiata di accesso ai benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia, ai quali venivano assicurati sussidi e misure di protezione. Nell'ottica, quindi, di favorire quanto più possibile le collaborazioni veniva introdotto un sistema che si basava sulla deroga alla normativa ordinaria e sulla attribuzione di utilità economiche o di altro tipo. Così C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 457 ss.; v. anche A. BERNASCONI, *La collaborazione processuale. Incentivi di protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Milano, 1995, *passim*; ID., *Nei nuovi limiti ai benefici penitenziari non c'è svolta contro le distorsioni*, in *Guida dir.*, *Sole 24 ore*, 15.3.1997, n. 10, p. 128.

A distanza di diversi anni il legislatore ha ridisegnato la materia. La legge 13 febbraio 2001, n. 45, infatti, costituisce il secondo tentativo del legislatore di introdurre una disciplina organica, di sistema, relativamente alla normativa sui collaboratori di giustizia. In particolare, la nuova legge ha inciso sulla materia, da un lato, lasciando sostanzialmente immutata la disciplina dell'art. 58 *ter* ord. penit. e, dall'altro, apportando rilevanti modifiche alla disciplina della legge n. 82 del 1991. In particolare, l'art. 13 della legge n. 82 del 1991, novellato dalla legge n. 45 del 2001 predetta, disciplina in dettaglio i presupposti e le modalità esecutive per la modifica e la revoca delle speciali misure di protezione. Al riguardo, lo speciale programma di protezione non costituisce più un elemento imprescindibile di valutazione per l'accesso ai benefici penitenziari da parte del collaboratore, ma è attivato soltanto ove lo si ritenga necessario⁹⁴⁵.

Il secondo aspetto di novità della riforma concerne il profilo della figura stessa di collaboratore di giustizia, che viene maggiormente dettagliato, limitando le collaborazioni rilevanti ai fini delle premialità previste dalla legge, nell'ottica di una maggiore selezione qualitativa dei collaboranti. Il terzo aspetto di innovazione, invece, attiene alla gestione del momento processuale ed esecutivo della collaborazione. Con riferimento a tale ultimo aspetto, il legislatore del 2001 ha introdotto un'ulteriore serie di limitazioni e filtri alla possibilità di concedere i benefici penitenziari di cui alla legge n. 354 del 1975 ai collaboratori di giustizia in deroga alla disciplina ordinaria, con una netta contrazione della premialità⁹⁴⁶.

La contrazione della premialità si manifesta sia nella drastica riduzione della tipologia di benefici penitenziari concedibili, sia nella previsione, innovativa rispetto

⁹⁴⁵ L'art. 2, comma 3, della legge n. 45 del 2001 riforma ampiamente anche le caratteristiche che la "condotta collaborativa" deve assumere per poter attivare il programma di protezione. Infatti, con la nuova normativa assumono rilievo le dichiarazioni intrinsecamente attendibili e che presentino, inoltre, carattere di novità o di completezza ovvero appaiano per altri elementi di notevole importanza "per lo sviluppo delle indagini o ai fini del giudizio ovvero per le attività di investigazione sulle connotazioni strutturali...". Si vuole cioè privilegiare la collaborazione processuale funzionale ai fini investigativi. Così C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 460 ss.

⁹⁴⁶ Per un esame più approfondito sulla materia v. F. SASSANO, *La nuova disciplina sulla collaborazione di giustizia alla luce della legge 13 febbraio 2001, n. 45*, Torino, 2002, pp. 35 ss.

alla disciplina previgente, di una serie di requisiti la cui *ratio* non attiene a quei profili di finalizzazione rieducativa propri degli istituti noti del diritto penitenziario, ma che rispondono all'esigenza di ricalibrare la portata delle premialità concesse dall'ordinamento a chi si è reso autore di delitti di notevole allarme sociale⁹⁴⁷.

Paradigmatico della nuova politica legislativa di cui alla legge del 2001 è certamente l'inserimento tra i presupposti che il giudice deve valutare, ai fini della concessione della detenzione domiciliare, della liberazione condizionale e del permesso premio, del requisito dell'"avvenuto ravvedimento" del condannato ai fini della concessione della misura, *ex art. 16 nonies*, comma 4, d.l. n. 8 del 1991⁹⁴⁸.

Secondo la Corte di Cassazione è necessario che vi sia una correlazione fra la collaborazione e la richiesta di un beneficio penitenziario⁹⁴⁹.

La fruizione dei benefici penitenziari, compatibili con lo *status* di collaboratore, è subordinata alla espiazione di almeno un quarto della pena inflitta al collaboratore e, se si tratta di persona condannata all'ergastolo, di almeno dieci anni.

La nuova disciplina legislativa, inoltre, modifica il ruolo degli organi che, a vario titolo, concorrono nelle fasi procedimentali e processuali relative alla concessione

⁹⁴⁷ Così C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 462.

⁹⁴⁸ Parte della dottrina ha osservato che se tale ultima previsione normativa può avere un senso in un'ottica restrittiva dell'area della premialità, manca, tuttavia, di coerenza sistematica in raffronto agli istituti rieducativi del diritto penitenziario. Infatti, il requisito del "ravvedimento" non è, ordinariamente, richiesto per l'accesso ai benefici penitenziari del permesso premio e della detenzione domiciliare. Cfr. F. FIORENTIN, *I benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia: alcune annotazioni alla luce della prima applicazione della legge n. 45/01*, in www.diritto.it/osservatori/esecuzione_penale/commenti.html.

⁹⁴⁹ Invero, l'accertamento delle condotte collaborative ai sensi dell'art. 58 *ter*, ord. penit., e dunque la qualità di collaboratore di giustizia non può formare oggetto di una pronuncia dichiarativa fine a se stessa, mirante al preventivo riconoscimento di una condizione, assimilabile ad uno *status*, indipendentemente dalla richiesta dei benefici per i quali opera la preclusione derivante dal titolo del reato; ma deve essere, invece, accertata nell'ambito del procedimento di merito, attivato dalla richiesta di uno dei detti benefici, con lo specifico scopo di stabilire se ricorra la particolare situazione derogatoria prevista dalla disposizione in esame, che consente al giudice di superare il divieto dettato, in linea generale, dall'art. 4 *bis* stessa legge. In tal senso v. Cass., sez. I, ord., 31.1.2006, n. 7267, Mazzaferro, *CED*. Cfr. Cass., sez. I, 26.3.1997, n. 973, Guidali, *CED*; Cass., sez. I, 20.10.1997, n. 5851, Tripodi, *CED*; Cass., sez. I, 5.3.1999, n. 1865, Sparta Leonardi, *CED*; Cass., sez. I, 19.6.2003, n. 29195, Zaccaro, *CED*.

dei benefici penitenziari ai collaboratori. Infatti, la Commissione centrale perde la posizione di consulente privilegiato del tribunale di sorveglianza⁹⁵⁰.

La nuova legge esalta, invece, il ruolo consultivo della Procura Nazionale Antimafia se il collaborante ha commesso reati rientranti nell'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p., nei casi di condanne per reati di eversione o terrorismo, dei Procuratori Generali presso le Corte d'Appello territorialmente competenti. L'attribuzione al procuratore nazionale antimafia o al procuratore generale presso la corte d'appello dei poteri di proposta, di raccolta e di trasmissione dei dati si spiega con il fatto che solo tali autorità sono in grado di svolgere quell'attività di raccordo che, nella precedente disciplina, era invece svolta dalla Commissione centrale di protezione a ragione della commistione allora esistente tra momento tutorio e momento premiale⁹⁵¹.

È opportuno al riguardo precisare che il parere del Procuratore nazionale antimafia o dei procuratori generali deve intervenire a prescindere dal fatto che il beneficio penitenziario in discussione davanti al magistrato di sorveglianza o al tribunale di

⁹⁵⁰ Le dichiarazioni dei collaboratori (e quelle dei testimoni di giustizia) devono essere oggettivamente riscontrate dagli investigatori al fine di constatarne la loro veridicità. Appurato che la collaborazione o la testimonianza sono veritiere, i collaboratori e i testimoni di giustizia sono inseriti in un apposito programma di protezione, introdotto in Italia per la prima volta con la legge 15.3.1991, n. 82. Un'apposita commissione ministeriale, denominata "Commissione centrale", presieduta da un sottosegretario di Stato e composta da magistrati ed investigatori di comprovata esperienza nella conduzione di indagini sulla criminalità organizzata, valuta e decide l'ammissione dei soggetti al predetto speciale programma di protezione, nonché la modifica e la revoca dello stesso. F. SASSANO, *La nuova disciplina sulla collaborazione di giustizia alla luce della legge 13 febbraio 2001*, n. 45, cit., pp. 35 ss.; M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., *passim*.

⁹⁵¹ Con la separazione tra momento "tutorio" e momento "premiare", il legislatore con la legge n. 45 del 2001, ha inteso perseguire l'obiettivo di svincolare la concessione dei benefici penitenziari dall'ammissione al programma di protezione (che ormai ha solo finalità di sicurezza). Invero, prima della predetta legge, i benefici in deroga ai principi dell'ordinamento penitenziario potevano essere accordati solo se il collaboratore permaneva all'interno del programma speciale di protezione. Con la precedente legge era, dunque, il perdurare della esposizione al pericolo a fondare l'assunzione, non meno che la proroga, dei benefici penitenziari, con indesiderabili effetti di commistione fra finalità premiali ed esigenze di sicurezza. Viceversa, nel nuovo sistema è possibile la concessione di benefici penitenziari a prescindere dall'esistenza e dal perdurare delle misure tutorie. Al riguardo v. "*La collaborazione processuale nell'ordinamento italiano: prima e dopo la legge 45/01*", in www.l'altrodiritto.it; v. anche F. SASSANO, *La nuova disciplina sulla collaborazione di giustizia: alla luce della legge 13 febbraio 2001*, n. 45, cit., *passim*.

sorveglianza competenti debba essere eventualmente concesso in deroga alle disposizioni dell'ordinamento penitenziario⁹⁵².

A ben vedere, la valorizzazione dell'organo inquirente nella descritta fase esecutiva è completata dalla previsione che le medesime autorità possano proporre il collaboratore per l'accesso agli indicati benefici. Accanto all'istanza di parte, pertanto, si affianca la possibile iniziativa dell'organo requirente.

9. L'ergastolo ostativo: l'ergastolano “non collaborante”

La disciplina in apparenza desumibile dall'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit. e dell'art. 2, comma 1, del decreto legge n. 152 del 1991 manifesta risvolti particolari nel caso di condanna all'ergastolo. Si tratta, al riguardo, dell'unica ipotesi, nell'ordinamento penale vigente, in cui l'ergastolo – pur ove gli esiti del trattamento penitenziario fossero da valutarsi in modo positivo – risulterebbe insuscettibile di permettere non soltanto il “fine pena”, ma addirittura qualsiasi mutamento del regime di esecuzione, nonché qualsiasi uscita anche breve, dalle mura del carcere, salvo l'ipotesi eccezionale del permesso di necessità *ex art.* 30 ord. penit.

L'ergastolo ostativo rappresenta, pertanto, lo sconcertante squilibrio fra ciò che viene imputato materialmente e la condanna comminata. In sostanza, l'esecuzione di tale forma di ergastolo dipende non da ciò che il soggetto ha fatto ma dalla particolare posizione rivestita e dalla presunta pericolosità sociale attribuitagli, non avendo partecipato allo scambio della propria libertà con quella altrui. Il fulcro e il significato della pena è pertanto spostato dal fatto di reato all'identità della persona, o meglio, all'identità che l'istituzione attribuisce al condannato in base alla sua “non collaborazione”⁹⁵³.

⁹⁵² Così C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 463. Cfr. F. SASSANO, *La nuova disciplina sulla collaborazione di giustizia alla luce della legge 13 febbraio 2001, n. 45*, cit., pp. 35 ss.

⁹⁵³ Può accadere che una persona condannata all'ergastolo, all'interno di un quadro associativo *ex art.*

Ma, pur dando per pacifica la gravità dei reati commessi ricompresi nell'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., ciò che viene in considerazione, piuttosto, è l'impossibilità di operare un qualsiasi giudizio giuridicamente rilevante circa gli eventuali percorsi risocializzativi dei condannati all'ergastolo i quali non abbiano collaborato ai sensi dell'art. 58 *ter* ord. penit. – esclusi i casi di cui al comma 1 *bis* dell'art. 4 ord. penit. – pertanto, gli effetti limitativi del regime, paradossalmente, potrebbero ostacolare proprio tali percorsi, risultando controproducenti dallo stesso punto di vista general-preventivo⁹⁵⁴.

Pertanto, la lettura dell'art. 4 *bis*, comma 1, ord. pen. unitamente all'art. 2 comma 1 del decreto legge n. 152 del 1991, solleva indiscutibili problemi di compatibilità col dettato costituzionale. Al riguardo, assume particolare rilievo l'insostenibilità della presunzione *iuris et de iure* di non avvenuta rieducazione per il mero persistere della condotta non collaborante, in palese contrasto col rilievo che deve essere attribuito al conseguimento del fine rieducativo ai sensi dell'art. 27 comma 3 Cost. Detto rilievo assume una certa valenza soprattutto nel caso in cui la scelta di non collaborare sia riferita a vicende criminose ormai del tutto concluse nel tempo e abbia la motivazione di non permutare opportunisticamente propri vantaggi con la privazione della libertà di persone non più legate a quelle attività criminose.

Perfino, infatti, nell'ambito di pur discutibili letture polifunzionali del ruolo svolto dalla pena nella stessa fase esecutiva⁹⁵⁵, non potrà mai ritenersi costituzionalmente ammissibile un regime giuridico che annulli gli effetti di una rieducazione effettivamente realizzatasi. Se così fosse saremo di fronte ad un'ipotesi *sui generis* di pericolosità presunta del condannato.

4 *bis* ord. penit., venga a trovarsi per anni in un regime *ex art.* 41 *bis*, comma 2, ord. penit., sottoposta all'isolamento e a una quotidiana torsione psicofisica, non in riferimento a ciò che ha fatto ma solo per lo stigma di pericolosità sociale a questa attribuito. La presunzione di pericolosità risulta più controvertibile se si considera che la possibilità di essere destinatari del predetto regime di rigore sussiste anche nel caso in cui ci si trovi ancora in attesa di giudizio.

⁹⁵⁴ L. EUSEBI, *Ergastolano "non collaborante" ai sensi dell'art. 4 bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari*, cit., pp. 10, 19.

⁹⁵⁵ Cfr. Corte cost. n. 306/203, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 1176, con nota di C. FIORIO.

Di certo, l'attività collaborativa non costituisce necessariamente un indizio di avvenuta rieducazione ben potendo essere, piuttosto, frutto di mere valutazioni utilitaristiche⁹⁵⁶.

Si ritiene inammissibile il fatto per cui il diritto di non collaborare, rigorosamente garantito in sede processuale come espressione di una scelta operata spontaneamente dal soggetto interessato, avente effetti premiali, possa trasformarsi nella fase esecutiva in un dovere di collaborare onde poter usufruire dell'ordinario regime di rilevanza della partecipazione al trattamento penitenziario, quindi in un'imposizione dell'onere di collaborare processualmente⁹⁵⁷.

Verrebbe pertanto a configurarsi, per chi si trova nella fase esecutiva, un regime giuridico ben più pregiudizievole di quello previsto per la fase del processo.

Nella disciplina in esame l'agire utilitaristico è un requisito necessario per evitare un danno aggiuntivo ovvero sia evitare la preclusione dell'accesso, ordinariamente possibile, ai benefici penitenziari. Si opera in tal caso una forma di "costrizione" derivante dalla prospettiva di una permanenza in un carcere effettivamente perpetua⁹⁵⁸.

Risulta inammissibile, altresì, il fatto per cui si farebbe dipendere da un elemento successivo alla sentenza di condanna l'applicazione di un regime sanzionatorio più gravoso rispetto a quello ordinario di esecuzione della pena inflitta. Secondo alcuni, il legislatore può ritenere, date certe condizioni, di ricollegare degli effetti premiali alla collaborazione di giustizia ma non può far dipendere effetti *in malam partem* dalla mera circostanza della non collaborazione⁹⁵⁹.

⁹⁵⁶ Sul punto v. L. EUSEBI, *Ergastolano "non collaborante" ai sensi dell'art. 4 bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari*, cit., p. 10.

⁹⁵⁷ Così L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., *passim*, i quali evidenziano in tale prospettiva come verrebbe attribuita alla pena inflitta "una funzione di incentivo alla collaborazione processuale che esorbita dalla finalità rieducativa costituzionalmente imposta", con violazione ulteriore dell'art. 188 c.p.p., laddove preclude l'impiego di finalità processuali di "metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione".

⁹⁵⁸ L. EUSEBI, *Ergastolano "non collaborante" ai sensi dell'art. 4 bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari*, cit., pp. 10 ss.

⁹⁵⁹ *Ibidem*.

L'art. 133 c.p. al comma 2, ricomprende la condotta susseguente al reato tra i parametri di determinazione della pena, nell'ambito della capacità a delinquere. Ma tale condotta può essere valutata esclusivamente con riguardo alla determinazione della pena da infliggersi. Quindi, con la condanna definitiva l'ambito applicativo della pena dovrebbe risultare ormai definito. Inoltre, lo stesso concetto di capacità a delinquere non può essere ritenuto suscettibile di assegnare rilievo sfavorevole a elementi della condotta, o della personalità del soggetto agente i quali non abbiano avuto un'incidenza sul fatto commesso, posto che, nel caso contrario, risulterebbero violati sia il principio di offensività che quello di colpevolezza, favorendo così logiche di cosiddetta "colpa d'autore" e forme di grossolana sovrapposizione tra il giudizio inteso alla determinazione della pena e il giudizio di pericolosità sociale⁹⁶⁰.

Si riscontra l'ulteriore, irragionevole contraddittorietà della disciplina giuridica in esame rispetto alla scelta con cui furono abrogate le ipotesi di pericolosità presunta quali previste a suo tempo dall'art. 204 c.p., stante il parallelismo sostanziale intercorrente tra il presumere la non avvenuta rieducazione dell'ergastolano in assenza di contributi collaborativi e il presumere la permanente pericolosità sociale del medesimo⁹⁶¹.

In tema di ergastolo ostativo, inoltre, l'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., fa salva l'applicabilità della liberazione anticipata anche in favore del detenuto non collaborante, nonostante la stessa non abbia nessuna incidenza favorevole concreta. Non a caso, la Corte costituzionale con sentenza n. 306/1993 ha ravvisato nella liberazione anticipata "la valvola di sfogo che garantisce la compatibilità dell'intera disciplina di cui all'art. 4 *bis* citato, con l'art. 27, comma 3, Cost."⁹⁶².

⁹⁶⁰ Non a caso, la capacità a delinquere deve pur sempre essere accertata con riferimento al momento del fatto, onde poter valutare l'attitudine che il reo ha dimostrato alla commissione di quel determinato tipo di reato, ovvero valutare fino a che punto il reato commesso si radichi nella personalità del soggetto agente, fermo restando il dubbio circa la praticabilità e affidabilità di simili giudizi. L. EUSEBI, *Ergastolano "non collaborante" ai sensi dell'art. 4 bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari*, cit., pp. 10, 19.

⁹⁶¹ *Ibidem*.

⁹⁶² Così L. CESARIS, *sub art. 4 bis*, in V. GREVI, V. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, cit., p. 60.

Secondo detta sentenza, “il privilegio di obiettivi di prevenzione generale e di difesa sociale non può spingersi fino al punto da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa sancita dalla costituzione nel contesto della pena”, principio pure formulato nella sentenza n. 313/1990. Ciò significa che l’incentivo ad un’attiva partecipazione all’opera di rieducazione costituito dalla concedibilità della liberazione anticipata, deve sempre prevalere anche di fronte a plausibili motivazioni legate a serie e comprovate esigenze di difesa sociale⁹⁶³.

La Commissione di studio “Palazzo”⁹⁶⁴ costituita per la riforma del sistema sanzionatorio penale, al riguardo, ha proposto la modifica dell’art. 4 *bis*, comma 1 *bis*, della legge n. 354 del 1975 e dell’art. 2, comma 1 del decreto legge 13.5.1991, n. 152 convertito in legge 12.7.1991, n. 203. Siffatta proposta tesa alla revisione della preclusione assoluta all’accesso ai benefici penitenziari da parte dei soggetti autori di reati di cui all’art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., per il solo fatto della loro mancata “collaborazione”, ai sensi dell’art. 58 *ter* ord. penit.

Detta iniziativa è volta al superamento dell’ergastolo ostativo e alla trasformazione dell’attuale presunzione di non rieducabilità, quindi di pericolosità sociale, in assenza di collaborazione, da assoluta in relativa⁹⁶⁵.

Sulla compatibilità dell’ergastolo con la Convenzione EDU, la Corte europea dei diritti dell’uomo si è pronunciata più volte, non giungendo mai ad affermare pienamente l’incompatibilità della stessa con il divieto di cui all’articolo 3. Fino alla sentenza resa nel caso *Léger c. Francia*⁹⁶⁶ i giudici europei avevano sempre arrestato i casi in tema di ergastolo alla fase della ricevibilità e nelle decisioni di irricevibilità emesse, pur non riscontrando nei casi concreti sottoposti alla loro attenzione la viola-

⁹⁶³ Così Corte cost. sent. n. 274 del 1983 cit. in L. EUSEBI, *Ergastolano “non collaborante” ai sensi dell’art. 4 bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari*, cit., pp. 10, 19.

⁹⁶⁴ Si tratta della commissione di studio istituita dal ministro Orlando per l’elaborazione di proposte in materia di detenzione domiciliare, depenalizzazione, riforma del sistema sanzionatorio penale, attuazione delle deleghe di cui alla legge n. 67 del 2014. Un compito importante destinato alla reimpostazione del sistema di esecuzione penale soprattutto in funzione rieducativa. In www.giustizia.it.

⁹⁶⁵ V. www.penalecontemporaneo.it, 19.2.2014.

⁹⁶⁶ Corte EDU, sentenza *Léger c. Francia* dell’11.4.2006, in www.archiviopenale.it.

zione dell'articolo 3, gli stessi sembravano non escludere che, in astratto, l'imposizione della pena a vita senza possibilità di benefici potesse porre dei problemi di compatibilità con i principi della Convenzione⁹⁶⁷.

Le sentenze successive, da quella nel caso Léger in avanti, sembrano smentire tale asserzione⁹⁶⁸.

Nel caso Vinter c. Regno Unito la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accertato che la pena dell'ergastolo viola l'art. 3 della Convenzione qualora il sistema interno non preveda la possibilità di riesame o di rimessione in libertà dopo un certo periodo di tempo, in generale venticinque anni di reclusione. La sentenza Vinter, al riguardo, non costituisce un *revirement* rispetto alla giurisprudenza precedente, quanto piuttosto una sua evoluzione. L'aspetto principale di detta sentenza consiste nel riconoscimento del valore centrale della dignità umana nel quadro dello scopo della pena. La valorizzazione di tale principio ha comportato una doppia conseguenza. Da una parte ha permesso di riconoscere il diritto a sperare in una futura liberazione fin dal momento dell'inflizione della sanzione penale; dall'altra, ha imposto di prendere in considerazione la funzione rieducativa della pena nel determinare se sia legittimo o meno protrarre lo stato di detenzione. In altre parole, trascorso un certo lasso di tempo, il carattere retributivo della pena o le esigenze della prevenzione generale non sono più sufficienti, di per sé, per giustificare il permanere della detenzione. Ovviamente, sottolinea la Corte, l'assenza di un percorso di risocializzazione da parte del detenuto, associato a un elevato tasso di pericolosità, possono giustificare l'inflizione della pena detentiva per tutta la vita⁹⁶⁹.

⁹⁶⁷ Si tratta delle decisioni: Nivette c. France del 14 dicembre 2000; Einhorn c. France, del 16 ottobre 2001; Izquierdo Medina c. Spagna del 14 gennaio 2003, Partington c. RU del 26 giugno 2003.

⁹⁶⁸ Corte, Vinter e a. c. Regno Unito, sentenza del 17 gennaio 2012; Harkins e Edward c. Regno Unito, del 17 gennaio 2012; Babar Ahmad e al. c. Regno Unito, sentenza del 10 aprile 2012.

⁹⁶⁹ Per un approfondimento sul tema v. F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it.

CAPITOLO SESTO

Proposte di modifica del sistema sanzionatorio

“Parmi un assurdo che le leggi, che sono l’espressione della pubblica volontà, che detestano e puniscono l’omicidio, ne commettano uno esse medesime e, per allontanare i cittadini dall’assassinio, ordinino un pubblico assassinio.”

[Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene.*]

SOMMARIO 1. Funzione della pena e prevenzione della recidiva. – 2. Efficacia dell’attuale modello rieducativo sulla recidiva e possibili alternative in senso retributivo. – 3. Modelli sanzionatori alternativi. – 4. La crisi della pena detentiva. – 5. Il sistema per il controllo elettronico delle persone sottoposte a restrizione della libertà personale. – 6. I “droni” come possibile strumento per la prevenzione del crimine e la connessa tutela dei diritti fondamentali.

1. Funzione della pena e prevenzione della recidiva

Non può essere affrontata la tematica relativa alla pericolosità sociale, alla recidiva, alla commissione dei reati in genere, prescindendo da quelle che sono le riflessioni sul sistema della pena e sugli effetti che esso produce nella fase di esecuzione. Il tema della pena rimanda infatti all’alternanza tra prospettive retributive, di prevenzione generale e di prevenzione speciale che, a loro volta, rimandano anche ad una certa immagine dell’individuo, come libero, semilibero o determinato.

Il quesito che qui ci si pone riguarda la possibilità che il fine preventivo possa essere raggiunto attraverso l’utilizzo di sistemi di controllo non reclusivi. Di certo, un controllo così fitto e rigido come quello attualmente presente nella società, risulta

superfluo se si considera la dotazione, presente ormai a livello capillare, di sofisticati sistemi tecnologici che permettono già un diffuso e incisivo controllo sociale.

Per quanto concerne il fine rieducativo, ci si chiede se esso debba necessariamente implicare un'indagine personologica di tipo positivistico tendente a considerare l'uomo come soggetto passivo, determinato e quindi strumentalizzabile. O se non sarebbe piuttosto più consono al fine rieducativo adottare forme di riparazione del reato commesso che responsabilizzino il condannato senza che ciò debba necessariamente comportare un mero "scambio" di partite tra il condannato e lo Stato⁹⁷⁰.

Certo è che l'adozione di un'impostazione piuttosto che di un'altra, a seconda di come si voglia considerare il soggetto condannato, da un punto di vista filosofico, se libero nella sua volontà o determinato nelle sue scelte, cambia completamente la prospettiva di intervento. Infatti, adottare la visione di un uomo prevalentemente libero, permetterebbe di considerare tutti gli individui autori di reato allo stesso modo, utilizzando criteri oggettivi di previsione della pericolosità, e soprattutto porrebbe la rieducazione su un piano non di premialità per il condannato bensì di opportunità responsabilizzante, fonte di riflessione e di acquisizione di consapevolezza rispetto alle proprie attitudini e alle risorse presenti a livello personale e sociale, da sfruttare al meglio al fine di condurre un'esistenza improntata anche alla solidarietà sociale.

Non vi deve essere strumentalizzazione della condizione di detenuto in termini correzionali ma si dovrebbe prevedere la possibilità di scelta del condannato se intraprendere la via della risocializzazione o meno. Nel caso in cui il condannato decidesse di voler rimanere "delinquente" non potrà che applicarsi la pena retributiva, in un senso di retribuzione "rinnovato", più adeguato ai nostri tempi, consistente soprattutto nella riparazione dei danni provocati dal reato.

Come si è avuto modo di constatare nella presente ricerca, il nostro modello di società attuale è quello di una "società disciplinare" in cui i conflitti sono prevenuti

⁹⁷⁰ Il riferimento allo "scambio" riguarda soprattutto l'utilizzo delle misure alternative – non a caso denominate "benefici" penitenziari – con finalità soprattutto "premiale". V. BRUNETTI, ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., *passim*

mediante meccanismi etico-pedagogici di interiorizzazione dell'ordine o attraverso un trattamento medicale⁹⁷¹.

Nell'ambito delle teorie "giustificazioniste" (in contrapposizione a quelle abolizioniste) rientrano le teorie cosiddette "relative" (contrapposte a quelle assolute di tipo retributivo) di stampo "utilitaristico" che considerano e giustificano la pena soltanto come mezzo attraverso cui realizzare il fine utilitaristico della prevenzione futura dei reati⁹⁷².

È possibile distinguere le svariate dottrine della prevenzione speciale secondo tre orientamenti: le dottrine moralistiche dell'emenda, quelle naturalistiche della difesa sociale e quelle teleologiche della differenziazione della pena. Le dottrine positivistiche della difesa sociale assegnano alle pene e a più specifiche misure di sicurezza, il duplice scopo di curare il condannato, nel presupposto che egli sia un soggetto ammalato, e/o segregarlo e neutralizzarlo, nel presupposto che sia anche pericoloso⁹⁷³.

In quest'ottica, le pene assumono il carattere di misure tecnicamente appropriate alle diverse esigenze terapeutiche della difesa sociale: misure igienico-preventive, terapeutico-repressive, chirurgico-eliminative, in relazione alla tipologia di delinquenti da "trattare" (occasionali, abituali, pazzi o passionali) e ai fattori sociali, psicologici o antropologici del delitto. I sostenitori di queste dottrine sviluppano il progetto di una società sottoposta al controllo scientifico e caratterizzata da pratiche

⁹⁷¹ Al riguardo v. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 2002, *passim*.

⁹⁷² Tra le dottrine utilitaristiche della pena rientra la teoria della prevenzione speciale. Secondo questo modello la pena deve avere a funzione di eliminare o ridurre il pericolo che il soggetto ricada in futuro nella commissione di reati, attraverso un processo di riadattamento del soggetto alla vita sociale e mediante l'eliminazione di quei fattori che hanno favorito il reato. Si distingue tra prevenzione speciale negativa o dell'interdizione, tesa ad attribuire alla sanzione la funzione negativa di eliminazione, oppure, in qualche modo, di neutralizzazione del reo e la teoria della prevenzione speciale positiva o della correzione tesa, invece, ad attribuire alla sanzione penale la funzione positiva di correzione del condannato. In tale prospettiva si sposta l'attenzione dalla considerazione del fatto da punire alle valutazioni della persona da assoggettare a punizione. Sul tema v. F.J. FALCON Y TELLA, M.J. FALCON Y TELLA, *Fondamento e finalità della sanzione. Diritto di punire?*, cit., p. 160.

⁹⁷³ Si tratta della prevenzione speciale negativa.

medicali di tipo terapeutico o chirurgico, proprio come afferma nelle sue teorie il filosofo Michel Foucault⁹⁷⁴.

Le dottrine positivistiche di difesa sociale si sono poi conciliate con le dottrine teleologiche, secondo l'idea sviluppata da Franz Von Liszt il quale, come noto, elaborò un modello di diritto penale flessibile in relazione ai diversi tipi di delinquenti considerati. È evidente che tale impostazione presuppone alla base un concetto di individuo “non libero”, ma portatore di un congegno disfunzionale, quindi bisognoso di cure e trattamenti di “ripristino”. Infatti, queste teorie considerano i delitti come delle patologie, più dell'uomo che del sistema, e le pene, conseguentemente, come la terapia più adatta alla cura delle stesse. Si deduce che queste teorie siano illiberali e antigarantistiche, storicamente concepite all'interno di una forma di “diritto penale massimo” dove le pene risultano approvate in quanto contenitori di un fine preventivo e al contempo punitivo. Ed infatti propongono pene di natura e durata indeterminata, soggette a mutare con il variare delle necessità correttive e a cessare soltanto con il ravvedimento o la “guarigione” del reo⁹⁷⁵.

Un altro aspetto negativo è dato dal fatto che il fine pedagogico o risocializzante propugnato non è realizzabile in quanto non esistono pene emendatrici o terapeutiche, ed inoltre, il carcere si è rivelato null'altro che un luogo criminogeno di educazione e sollecitazione al delitto. Balza all'evidenza come tali ideologie contrastino con il principio del rispetto della persona umana in quanto violano il presupposto secondo cui “l'individuo è sovrano di se stesso e della sua mente”⁹⁷⁶.

Nonostante ciò, siffatte ideologie hanno segnato pesantemente gli ordinamenti penali moderni di tipo liberal-democratico. In Italia, ad esempio, sono state adottate strategie punitive basate sul doppio binario delle pene e delle misure di sicurezza, trattamenti penali differenziati, carceri speciali e regimi penitenziari speciali in relazione alla “natura dei rei” o alla tipologia dei reati, istituti “premiali” di tipo ricattato-

⁹⁷⁴ Al riguardo v. Prima parte, cap. secondo.

⁹⁷⁵ Al riguardo v. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., *passim*.

⁹⁷⁶ *Ibidem*.

rio e poco rieducativi, come la libertà condizionale, la semilibertà o la liberazione anticipata”⁹⁷⁷.

Tempo e spazio della detenzione stanno diventando, ultimamente, i nuovi termini di comunicazione che descrivono un percorso di cambiamento avente le radici in un pensiero critico sulle attuali condizioni della detenzione in carcere, condizioni lontane dalla verità ordinamentale riconducibile alla Costituzione e all’ordinamento penitenziario. Spazio, tempo e persone costituiscono in fondo gli elementi essenziali intorno ai quali si muove il pensiero della filosofia e che possono guidarci anche in un nuovo approccio al tema dell’esecuzione penale e persino alle norme penali che la generano. Rispetto all’ordinamento penitenziario, all’osservatore compare immediatamente un quadro in cui lo spazio e il tempo appaiono deformati rispetto al disegno ideale tracciato in origine, così come la centralità della conoscenza della persona è stata sacrificata a vantaggio di prassi discutibili, nonostante ciò costituisca il presupposto essenziale e ineludibile della riforma penitenziaria stessa. Oggi quelle dimensioni che descrivono i campi dell’autodeterminazione dell’essere umano si consumano prevalentemente con comportamenti aggressivi, rivolti agli altri o verso se stessi. Le relazioni personali dentro quello spazio sono disciplinate da un potere di forza, fisica e psicologica. Scopo di queste riflessioni è il bisogno, dettato dalla presa di coscienza dell’attuale realtà penitenziaria, di intraprendere una strada di cambiamento e dell’alternativa al carcere anche rispetto alla prevenzione del pericolo sociale di commissione di reati, con lo sguardo rivolto persino alla mediazione penale che può dare luogo a nuove misure sanzionatorie e riparative del danno cagionato dal reato. La centralità della persona in questo nuovo percorso richiede, al contrario di quanto avviene oggi, una conoscenza ancora più approfondita degli attori del sistema sociale e giudiziario, nonché una rinnovata e forte consapevolezza delle dimensioni di spazio e tempo che appartengono all’uomo⁹⁷⁸.

⁹⁷⁷ *Ibidem*.

⁹⁷⁸ Ministero della Giustizia, DAP, *Quaderni ISSP*, Numero 10, *Gli spazi della pena. Tutela dei diritti umani e circuiti penitenziari*, Novembre 2012, pp. 5, 6. V. www.giustizia.it/resources/cms/documents/Quaderni_ISSP_n_10.pdf.

Di fronte all'emergenza penitenziaria del sovraffollamento e ai rischi ricorrenti di violazioni del principio costituzionale di umanizzazione delle pene, è necessaria una definitiva presa di coscienza che il tasso di carcerizzazione non è proporzionale ai tassi di delittuosità ma ad altre variabili che, inevitabilmente e direttamente, rinviano a responsabilità politiche di chi detiene il governo della penalità. Pertanto, se non si comprendono, con il giusto approccio tecnico-scientifico, le vere cause del processo di ricarcerizzazione, non si riuscirà mai a dare una risposta, in chiave risolutoria, al dilagante fenomeno del sovraffollamento detentivo. Quando i tassi di carcerizzazione superano gli indici di tollerabilità tassativamente determinati per ogni singolo istituto penitenziario, la detenzione finisce per rappresentare sempre la violazione dei diritti fondamentali e, pertanto, la pretesa punitiva dello Stato deve saper cedere a possibilità di esecuzione della pena, diverse dalla detenzione carceraria, aprendo la strada a nuove tipologie sanzionatorie di tipo non reclusivo⁹⁷⁹.

Basti considerare che il 70% di coloro che avendo scontato in carcere la pena per un determinato reato, reiterano lo stesso; tuttavia, la percentuale di recidiva scende al 17% se la pena scontata è di tipo pecuniario (si tratta ovviamente di reati meno gravi)⁹⁸⁰.

È importante sottolineare come il tema dello spazio della pena rimandi anche ad un concetto di "spazio fisico", da intendersi non solo nel senso restrittivo di luogo in cui viene eseguita la pena, ma in senso più ampio quale spazio di vivibilità nella esecuzione della pena inflitta.

⁹⁷⁹ La stessa giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, unitamente ad una parte della giurisprudenza di sorveglianza, si sta muovendo in questa direzione. Emblematica è al riguardo la sentenza del 16.7.2009, della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso "Sulejmanovic", nella quale si è posto l'accento sulla violazione dell'art. 3 Cedu. Con tale pronuncia la Corte ha dettato dei criteri di massima al fine di rispettare standard minimi di vivibilità in carcere, compromesse dalla situazione di sovraffollamento carcerario. La Corte ha, inoltre, posto la necessità di individuare meccanismi di compensazione utili ad attenuare le conseguenze del disagio connesso a tale fenomeno presente all'interno degli istituti penitenziari. (Ministero della Giustizia, DAP, *Quaderni ISSP*, Numero 10, *Gli spazi della pena. Tutela dei diritti umani e circuiti penitenziari*, Novembre 2012, p. 9. Consultabile: www.giustizia.it/resources/cms/documents/Quaderni_ISSP_n_10.pdf).

⁹⁸⁰ Per maggiori dettagli sui dati statistici v. www.giustizia.it.

Nell'ambito dell'ampio tema della pericolosità sociale, in generale, relativamente all'aspetto della politica criminale, ci si domanda quali possano essere i fattori determinanti l'andamento dei tassi di criminalità e quelli relativi alla carcerizzazione. In quasi tutto il mondo si è registrato una tendenziale crescita dei tassi di carcerizzazione e quindi dell'utilizzo di forme di controllo e sorveglianza di tipo reclusivo. A differenza di altri Paesi (in particolare USA), in Italia non sono state elaborate, però, ricerche scientifiche sulla rilevanza causale che alcuni fattori strutturali possono avere sugli andamenti della repressione penale (sebbene i risultati ottenuti negli altri Paesi possano essere utilizzati, con i dovuti adattamenti, anche in Italia).

Solo in modo riduttivistico si tende a collegare la crescita dei tassi di carcerizzazione all'aumento della criminalità, in particolare alla criminalità di massa e di tipo predatorio. Infatti, se è vero che le forme di delittuosità di tipo predatorio sono aumentate nel tempo in alcuni Paesi è, altrettanto vero, che ciò è avvenuto con una certa discontinuità, che invece non è stata registrata con lo stesso andamento in relazione alla crescita dei tassi di carcerizzazione. Questo dato ci porta a pensare che l'aumento della criminalità debba essere collegato in modo più diretto con altri fenomeni, che sono molto probabilmente di tipo strutturale e politico quali la crisi del sistema del Welfare che, a sua volta, produce un aumento degli indici di disoccupazione, oppure l'aumento incontrollato dei flussi migratori, il tipo di politica di criminalizzazione di alcuni reati (es. sessuali e quelli legati alla droga), l'involuzione del comune sentire nei confronti dei soggetti così detti "marginalizzati"⁹⁸¹.

Per comprendere il fenomeno criminale bisognerebbe abbandonare l'utilizzo di un modello interpretativo di tipo monocausale per adottare, invece, il cosiddetto

⁹⁸¹ Secondo M. Pavarini il maggior bisogno di carcere non è strettamente collegato alla maggiore criminalità o alle emergenti variabili della pericolosità, o ancora al diffondersi dell'insicurezza sociale o alle pratiche di esclusione del mercato che, a ben vedere, sono solo alcuni degli elementi attraverso i quali si costruisce una determinata cultura del lecito e dell'illecito. Per i fautori di questa impostazione bisognerebbe, invece, saper cogliere la dimensione anche "culturale" della pena e del sistema penale più in generale, ovvero la visione di come intendere il mondo e la persona nel suo complesso. Al riguardo v. M. PAVARINI, *La penalità nell'Italia Repubblicana, come spiegare le variazioni nella repressione penale nel tempo*, in *IUS17*, 2012, 1, pp. 203-215; M. PAVARINI, *La criminalità punita: processi di carcerizzazione nell'Italia del XX secolo*, in *La criminalità (Annali della Storia d'Italia, n. XII, a cura di L. VIOLANTE)*, Torino, 1997; M. BARBAGLI, *Immigrazione e criminalità*, Bologna, 1998, *passim*.

“paradigma della costruzione sociale” e “dell’interazionismo simbolico”. Tali modelli prendono in considerazione soprattutto il dato empirico della progressiva esasperazione del sentimento d’insicurezza sociale, registrato nell’ultimo ventennio anche in Italia, che porterebbe, inevitabilmente, ad una domanda di maggiore severità del sistema penale e di conseguenza a un’elevazione della soglia di repressione⁹⁸².

Le ricerche all’uopo condotte hanno rilevato verosimilmente anche un’influenza del sistema economico sull’andamento della repressione penale⁹⁸³.

Infatti, l’andamento del mercato economico può incidere sul tipo di scelte politiche che determinano l’alternanza tra fasi che alcuni chiamano “bulimiche”, tipiche di uno stato del welfare tendenzialmente favorevoli a processi di inclusione sociale, e fasi cosiddette “anoressiche”, proprie di uno stato neo-liberista, al contrario, proteso verso meccanismi di esclusione sociale.

Prese in considerazione le ricerche di tipo sociologico, nella considerazione della criminalità, non ci si può però esimere da quello che è il dato normativo. Con la formulazione dell’art. 27, comma 3, Cost., seppure non si esclude completamente un aspetto afflittivo della pena, il legislatore viene vincolato alla strutturazione della pena ai fini rieducativi e risocializzativi. Tale previsione, di rango costituzionale, fornisce la risposta rispetto allo scopo che nel nostro ordinamento dovrebbe rivestire la pena. L’inserimento del fine rieducativo nel nostro ordinamento risente anche della dimensione sociale e solidaristica che richiama la prospettiva garantista degli

⁹⁸² Il modello in questione propone una visione idealistica e poco scientifica del fenomeno criminale ma, allo stesso tempo, affascinante per gli stimoli di riflessione che propone, soprattutto in riferimento al modo di intendere complessivamente l’ordine sociale e all’importanza attribuita alla componente culturale nel processo di significazione di un dato Paese. Cfr. PAVARINI M., *Introduzione alla sociologia della pena*, Bologna, 1996, *passim*.

⁹⁸³ Ricerche che sono state riprese anche da alcuni studiosi italiani per dimostrare quanto l’andamento del mercato economico possa incidere sul tipo di scelte politiche. De Giorgi utilizza con estrema efficacia le analisi di Michel Foucault, in modo tuttavia originale e cercando di arricchire la ricostruzione del filosofo francese. Il potere disciplinare che si dispiega in questo periodo è composto da una serie di pratiche di esercizio alla normalità morale, all’obbedienza, all’educazione. Se in una prima fase, in età classica, il carcere aveva una centralità assoluta per la produzione disciplinare, nella seconda metà del nostro secolo crescono per importanza altre strutture del trattamento. Il progetto rimane tuttavia il medesimo, la «produzione di soggetti utili a mezzo di pene utili». Per maggiori approfondimenti v. A. DE GIORGI, *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Roma, 2000.

artt. 2 e 3 Cost., nella misura in cui l'obiettivo della risocializzazione deve poter essere concepito come la possibilità, per il soggetto condannato, di poter essere messo nelle condizioni di superare gli ostacoli che hanno impedito, con la commissione del reato, una piena partecipazione sociale.

Il fine rieducativo inserito nella nostra Costituzione costituisce giocoforza un criterio orientatore della politica criminale. Ma l'interpretazione che a questo principio è stata data finora non è stata univoca bensì soggetta ad interpretazioni altalenanti⁹⁸⁴.

Al riguardo, ci si sente di condividere la posizione di chi ritiene che la pena debba orientarsi in una prospettiva retribuzionista, prevedendo la fissazione di criteri edittali fissi, in modo da garantire certezza della pena, e assumere delle formule esecutive, anche non reclusive, che possano anche garantire l'adempimento della funzione rieducativa costituzionalmente sancita. Le formule non reclusive potrebbero anche essere previste già nella fase di cognizione, con la previsione di possibili differenziazioni di tempo e luoghi di esecuzione a seconda della gravità di reato commesso. Quindi è importante cogliere l'importanza di allargare l'orizzonte oltre la mera esecuzione della pena estendendo le esigenze special-preventive-rieducative anche alla "teoria della pena", ossia già al momento legislativo della creazione di un sistema sanzionatorio differenziato che agevoli la risocializzazione dei condannati, attraverso scelte che rendano la pena concretamente adeguata, nella natura e nella misura. La tipologia di risposta sanzionatoria dovrà, necessariamente, avere riguardo alla tipologia e gravità di reato commesso, e dovrà essere stabilita fin dalla fase di cognizione⁹⁸⁵.

⁹⁸⁴ In relazione alla previsione costituzionale del finalismo rieducativo, si sono riaccese le polemiche tra retribuzionisti e positivisti, protesi i primi a ridurre il significato dell'innovazione costituzionale, limitata alla sola fase materialmente esecutiva penitenziaria e i secondi, invece, a valorizzarla anche oltre i limiti consentiti. V. Ministero della Giustizia, DAP, *Quaderni ISSP*, Numero 10, *Gli spazi della pena. Tutela dei diritti umani e circuiti penitenziari*, Novembre 2012, p. 15. Consultabile: www.giustizia.it/resources/cms/documents/Quaderni_ISSP_n_10.pdf.

⁹⁸⁵ Del resto, il reato e le sue peculiari modalità costituiscono gli unici dati veramente inoppugnabili, concreti e inequivocabili, a differenza dell'analisi personologica basata sulla struttura interna all'uomo, e solo ripercorrendo gli eventi attraverso l'utilizzo dello strumento interpretativo dell'analisi criminologica, sul versante della ricostruzione criminodinamica e criminogenetica si può addivenire

Al riguardo, la pericolosità sociale potrà essere indagata attraverso l'ausilio di indici predittivi di tipo oggettivo, *standard*, e uguali per tutti, che abbiano come principale punto di riferimento la tipologia e gravità del reato commesso.

La prevenzione della pericolosità sociale, in tale prospettiva, sarebbe insita nella determinazione di risposte sanzionatorie adeguate, in chiave rieducativa, alla tipologia e gravità del reato commesso. La prevenzione della pericolosità sociale non deve però avvenire con sistemi necessariamente reclusivi in quanto la rieducazione, abbiamo visto con l'esperienza, pare realizzarsi soprattutto quando il soggetto viene immesso nel reale tessuto sociale e aiutato così nel processo di responsabilizzazione. I presupposti che sorreggono la teoria sulla "pericolosità situazionale", trattata in precedenza, sono i medesimi e riguardano proprio l'importanza del contesto sociale e relazionale⁹⁸⁶.

La reclusione fisica riveste carattere meramente afflittivo e si pone addirittura in contrasto con il processo di risocializzazione del condannato. Nel modello che si propone quindi, rieducazione e pericolosità convivono, sono le due facce di un'unica medaglia: se fallisce il percorso rieducativo fallisce conseguentemente anche la relativa azione di contrasto alla pericolosità sociale. E lo spostamento della pericolosità dal versante delle misure di sicurezza al versante delle pene lo dimostra. Anche se la pena non deve essere necessariamente carceraria e la forma di controllo non deve essere necessariamente reclusiva, poiché la pericolosità sociale non può essere considerata un concetto isolato e fine a se stesso ma assume significato solo se inserito all'interno di una certa situazione e di un certo contesto. È infatti errato il presupposto positivista secondo il quale i delinquenti sarebbero diversi dagli altri uomini a cagione di imperfezioni strutturali di tipo fisio-psichico⁹⁸⁷.

ad un giudizio obiettivo e logico ad opera del giudice, anche rispetto al versante dell'imputabilità. M. T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, cit., p. 16.

⁹⁸⁶ Sul punto v. *supra*, Parte Seconda, cap. secondo, par. 4.

⁹⁸⁷ Abbiamo visto come la categoria della pericolosità dell'imputabile, del resto, sia stata costruita sulla base dei presupposti assunti a base dell'individuazione della pericolosità del non imputabile. Si tende ancora a considerare la devianza una patologia da curare e non invece una possibilità di vita dettata e scaturita da una molteplicità di fattori. Lo sviluppo della personalità deve essere sempre valutato all'interno di contesti e rapporti.

I “tipi legali pericolosi”, finora distinti e classificati, trovano la loro fondatezza nella convinzione che la struttura di personalità dei delinquenti sia patologica, e tale assunto, a sua volta, trae origine da una convinzione di tipo etico-morale⁹⁸⁸.

L’esperienza dei circuiti penitenziari in seno all’esecuzione della pena mostra come la necessità di far fronte alla pericolosità sociale, unita all’impellente bisogno di soddisfare gli scopi di difesa sociale, abbiano finora prevalso sulla possibilità di attuare il fine rieducativo. Eppure le esigenze di difesa sociale possono essere ben soddisfatte anche con differenti strumenti di controllo di tipo non detentivo⁹⁸⁹.

Del resto, è appurato come il sistema delle misure alternative alla detenzione soddisfi la prevenzione della recidiva in misura di gran lunga superiore rispetto a quanto non faccia lo strumento della pena carceraria. Al riguardo, risulta che chi esegue la pena carceraria recidivi nell’ordine del 70%, chi invece esegue la pena in misura alternativa recidiva nell’ordine del 20% circa⁹⁹⁰.

Quel che può essere utile sottolineare è che tutto questo ragionamento si dovrebbe sviluppare al di fuori della dialettica pericolosità-trattamento. Vale a dire che sono ormai maturi i tempi per operare una frattura con il passato e riannodarsi direttamente alla idea originaria di trattamento come intervento sulla persona al fine del suo miglioramento e dell’aiuto, della contropinta al deterioramento da detenzione⁹⁹¹.

Svincolare cioè il trattamento dal sinallagma, dalla strumentalizzazione alla modifica della pena che invece dovrebbe essere certa e non modificabile. Se cioè il trattamento (inteso come sostegno psicologico, contatti con gli operatori dell’area

⁹⁸⁸ Al riguardo v. Cass., 9.4.68; Cass., 26.1.1977; Cass., 9.3.1977; Cass., 7.10.1977, in www.cortedicassazione.it.

⁹⁸⁹ La giurisprudenza costituzionale sul punto è stata alquanto oscillante. A titolo esemplificativo si rimanda alla sentenza n. 306 del 7.8.1993, nella quale la Consulta ha attribuito alla pena funzioni variegata di prevenzione generale e difesa sociale da un lato, retributive e afflittive dall’altra, unitamente a quelle di prevenzione speciale e di rieducazione. Si deduce che l’obiettivo della risocializzazione del reo non rivesta carattere assoluto ben potendo il legislatore far prevalere tendenzialmente l’una o l’altra finalità, con il limite che in nessun caso si possa completamente annullare o neutralizzare l’una in favore dell’altra.

⁹⁹⁰ Dati statistici in www.giustizia.it.

⁹⁹¹ L. DAGA, *Prevenzione della recidiva: modifiche normative ed adeguamento delle strutture in rapporto al sistema penitenziario*, cit., p. 475.

educativa, sostegno sanitario, lavoro, studio, etc.) venisse offerto come servizio a tutti i detenuti, esattamente come un qualsiasi servizio territoriale a cittadini liberi, e non fosse più inteso come tecnica selettiva per l'applicazione delle premialità e per lo "scambio" di pena in misura alternativa, si potrebbero ottenere una serie di importanti risultati. Intanto, bisognerebbe prevedere l'erogazione omogenea dei "servizi penitenziari" a tutti i detenuti (e non la monopolizzazione delle risorse per i condannati ansiosi per il parere per la semilibertà o il permesso premio), siano essi condannati o giudicabili. Bisognerebbe attuare la riconduzione dei parametri decisionali, in ordine alle misure alternative e agli altri interventi "esecutivi", a tipologie legali predeterminate e quindi più garantiste⁹⁹².

Sarebbe il caso di decretare la fine della "coscienza infelice" degli operatori chiamati a valutare l'evanescente condizione di pericolosità sociale e a formulare attività predittive delle recidive, su parametri comportamentali assolutamente inconferenti e inconsistenti. Conclusivamente, si potrebbe ipotizzare un trattamento che non costituisca solo il mezzo per la modifica della pena ma funga, piuttosto, da servizio fornito a fronte dell'adempimento di un impegno-compito del condannato, forse, finalmente, incisivo sulla personalità e produttivo di effetti favorevoli sul piano del reinserimento sociale⁹⁹³.

Certamente parliamo di una modifica normativa di largo respiro, che imporrebbe, specularmente, un importante intervento sulla cosiddetta "flessibilità della pena". La scelta del tipo di pena più adatta al perseguimento del fine della prevenzione speciale deve essere adottata, anzitutto, al momento della comminazione della pena sulla base di un criterio prevalentemente retribuzionistico e di responsabilizzazione del condannato⁹⁹⁴. Ovviamente ciò implica l'adozione di un modello di colpe-

⁹⁹² Il riferimento riguarda la polemica del neoguantismo contro il carattere cosiddetto "arbitrario ed extralegale" dei tribunali di sorveglianza. Al riguardo, v. L. DAGA, *Prevenzione della recidiva: modifiche normative ed adeguamento delle strutture in rapporto al sistema penitenziario*, cit., p. 479.

⁹⁹³ Al riguardo v. L. DAGA, *Prevenzione della recidiva: modifiche normative ed adeguamento delle strutture in rapporto al sistema penitenziario*, cit., p. 479.

⁹⁹⁴ Affiancandosi, ad esempio, al modello di Vassalli sul (neo)retribuzionismo. Al riguardo v. G. VASSALLI, *Neoretribuzionismo*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, nn. 2-3, 2005, p. 23; v.

volezza che preveda la libera volontà dell'uomo, anche in virtù dei risultati fallimentari e dei riscontri poco scientifici avuti finora riguardo il determinismo dell'uomo e della rieducazione "in forma passiva". La rieducazione dovrebbe comportare degli impegni in capo al condannato, come modalità di riparazione del reato, a fronte del quale lo Stato dovrebbe apprestare una serie di servizi di ausilio al percorso di risocializzazione. Dovrebbe quindi cambiare il concetto di rieducazione da modello correzionale in qualche modo "imposto", a modello responsabilizzante, liberamente scelto dal condannato senza che vi sia come contropartita un vantaggio per lo stesso. La Corte Costituzionale lo ha affermato recisamente, avallando inoltre con reiterate sentenze, la teoria del "diritto" alla cessazione della pena quando sia raggiunto il fine dell'emenda⁹⁹⁵.

Rimane quindi, sempre, la necessità di identificare un mezzo di valutazione del raggiungimento di questo fine. Ma sarà una attività particolare e limitata di una struttura penitenziaria *ad hoc*, senza pretesa di coprire – così come è oggi – l'interezza dei compiti delle équipes di osservazione e del trattamento. La grande riforma dovrebbe riguardare la scelta dei criteri sanzionatori, e la scelta della pena in giudizio. È intollerabile mantenere la schizofrenia della pena carcere inflitta in giudizio e successivamente posta nel nulla da un altro giudice (quello di sorveglianza), nel pieno rispetto della legge penitenziaria. Bisognerebbe fare in modo che fosse esclusivamente il giudice di cognizione a scegliere *ab initio* tra carcere e misure diverse. Dovrebbero permanere nell'esecuzione della pena, modeste o tradizionali modificazioni: ad esempio, riduzione della pena nell'ultimo periodo, previsione di *extrema ratio* della pena carceraria, atteggiamento di favore verso formule di sorveglianza "non reclusive" concesse su parametri il più possibile legali, predeterminati, oggettivi, "con conseguente eliminazione di ogni ruolo della cosiddetta *osservazione scien-*

anche G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienza della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 297; G. FIANDACA, *Commentario all'art. 27, comma 3*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, pp. 332 ss.

⁹⁹⁵ Per quanto concerne il rapporto tra la responsabilità del condannato e il principio rieducativo, v. Corte cost., n. 364 del 1988; n. 168 del 1994; n. 271 del 1998; n. 257 del 2006; n. 322 del 2007, in www.cortecostituzionale.it.

tifica in ordine alla assegnazione a misure alternative alla detenzione”⁹⁹⁶. Ciò anche in virtù della constatazione dell’impossibilità di addivenire ad un giudizio prognostico sull’uomo scientificamente fondato, per favorire l’orientamento secondo il quale l’individuo è in grado di valutare le azioni più opportune da commettere, quindi è libero nelle sue scelte e non è determinato così come lo rappresenta il positivismo. Taluni esperimenti di psicologia sociale avrebbero dimostrato che il credere o meno nel libero arbitrio produce atteggiamenti etici diversi, nel senso che una visione deterministica incoraggia comportamenti antisociali e riduce quelli altruistici. Ciò risulta evidente: se si acquisisce la convinzione di non poter detenere la facoltà di scelta rispetto ai propri comportamenti è ovvio che ci si sentirebbe giustificati nel disimpegno verso il rispetto delle regole sociali⁹⁹⁷.

In periodi di grande aumento di criminalità, non sarà scandaloso fissare limiti severi di agibilità temporale a tali forme residue di sinallagma penitenziario. Certo, se il giudice di cognizione dovesse scegliere la sanzione più adatta, esso oggi si troverebbe privato di strumenti conoscitivi “personologici”, stante il perdurante divieto di perizia sulla personalità (art. 220, 2° comma c.p.p.) in giudizio, salvo “ai fini dell’esecuzione della pena o della misura di sicurezza”. Siamo però ovviamente collocati su un piano *de iure condendo*, e non potrà non tenersi conto anche di questo problema⁹⁹⁸. Coerente alla introduzione di rigidi limiti alla modificazione della pena detentiva comminata in giudizio dovrà essere, sempre sul piano del riordino del sistema sanzionatorio, un generale abbattimento dei limiti massimi di pena. Le attuali pene (rispetto ai Paesi a sistema penale più avanzato) sono valutabili sul piano della loro ineffettività, viste le peculiari e sregolate possibilità di decarcerizzazione ad oggi formulate. Una volta ridotte a pene effettivamente da scontare, entro limiti ragione-

⁹⁹⁶ Al riguardo v. L. DAGA, *Prevenzione della recidiva: modifiche normative ed adeguamento delle strutture in rapporto al sistema penitenziario*, cit., p. 480.

⁹⁹⁷ I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce?*, *Criminologia, determinismo, neuroscienze*, cit.

⁹⁹⁸ Al riguardo, si potrebbe proporre l’utilizzazione di indici personologici di tipo oggettivo, valevoli per tutti indistintamente, deducibili senza il ricorso alla perizia psicologica. Il processo penale dovrebbe essere svincolato da questo tipo di indagini, essendosi le stesse rivelate finora dubbie ed evanescenti. I servizi psicologici potrebbero essere attivati in via extrapenale a scelta del soggetto.

voli, occorrerà riportarle a limiti coerenti con una non irragionevole dose di afflittività⁹⁹⁹.

In questo caso, l'afflittività non deve essere necessariamente intesa come una forma reclusiva e/o di costrizione fisica e morale, bensì può essere congegnata quale forma di responsabilizzazione del reo da esprimere soprattutto attraverso forme di riparazione dei danni cagionati dal reato commesso. Dopotutto, sono stati ripetuti ancora una volta i lamenti che hanno riempito la letteratura anglosassone e scandinava degli ultimi anni ed è stata constatata “la delusione sempre più profonda” verificatasi nel mondo intero circa gli sforzi compiuti verso la risocializzazione dei condannati¹⁰⁰⁰.

Questo ha fatto auspicare, a molti autori, il definitivo abbandono dell'ideologia “trattamentale”, di impostazione tipicamente medico-centrica, e la sua sostituzione con una “regola di giustizia” ispirata all'idea di un intervento penale limitato sia quanto ad estensione che quanto a severità e durata, ma tuttavia fondato su una “pena-castigo”, della quale la società non può fare a meno; una pena conosciuta e intellegibile per il grande pubblico, trasparente e uguale per tutti, determinata, proporzionata e soprattutto giusta, la cui commisurazione avvenga assai più sulla base del fatto e dell'elemento soggettivo che sui precedenti penali o su altri elementi inerenti la personalità del reo. Il “modello medico”, idoneo per un numero limitato di casi (ciroscritto a coloro che sono stati ritenuti completamente incapaci di intendere e di volere, quindi non imputabili), potrà essere abbandonato in favore del nuovo modello di giustizia, tra l'altro anche meno oneroso. Tale impostazione, largamente condivisa, ha preso il nome di “neo-classicismo”¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁹ L. DAGA, *Prevenzione della recidiva: modifiche normative ed adeguamento delle strutture in rapporto al sistema penitenziario*, cit., p. 470.

¹⁰⁰⁰ Sul tema v. V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in www.academia.edu; G. CATANIA, *Viaggio nelle carceri scandinave dove i detenuti sono persone*, 2.12.2013, in www.donneuropa.it; P. MIELI, *Per Beccaria vittoria a metà per tortura e pena di morte*, in *Corriere della Sera*, 23.12.2013.

¹⁰⁰¹ Al riguardo, v. G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, in E. DI SOMMA, G. DI GENNARO, G. LA GRECA, R. TURRINI VITA, E. DOLCINI, A. BORZACCHIELLO, *In margine ad alcuni recenti convegni*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, nn. 3 - 4, 1982, p. 438.

Sotto accusa sono gli eccessi nella politica del *parole* e il massiccio impiego di educatori nei penitenziari senza alcun frutto nella diminuzione della recidiva e, in generale, della criminalità. Al riguardo, Lejins¹⁰⁰² ha ricordato anche la concomitante ripresa del movimento per i diritti dell'uomo nella specifica istanza anticorrezionalista fondata sul diritto dell'individuo alla propria intimità e, in definitiva, ad essere diverso e a rimanere nella propria diversità¹⁰⁰³.

Lasciato cadere quindi, il miraggio della rieducazione (o l'incubo del disciplinamento), l'unico criterio per determinare quale pena comminare, rimane quello dell'efficienza e dell'economicità del sistema di controllo sociale che, a maggior ragione, anche in virtù del progresso tecnologico, dovrebbe dispiegarsi verso forme di esecuzione della pena responsabilizzanti e di sorveglianza-controllo di tipo non reclusivo¹⁰⁰⁴.

D'altro canto, assecondare il principio costituzionale della rieducazione nella pena non significa prendere a modello la pena carceraria poiché, quando la costituzione afferma che "le pene non possono consistere... e devono tendere alla rieducazione del condannato", non sta necessariamente parlando di pena reclusiva.

Secondo Massimo Pavarini la pena orientata a fini utilitaristici diventa sempre più simile ad una misura di sicurezza, così come il sistema sanzionatorio basato su una pena utile finisce per invocare un nuovo modello di diritto penale, incentrato sul paradigma della pericolosità sociale. Solo all'interno di un sistema penale della pericolosità si può comprendere pienamente il valore delle pene utili¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰² Sul movimento anti-correzionalista v. P.P. LEJINS, *The Field of Prevention*, in AMOS W.E., WELLFORD C.F. (eds.), *Delinquency Prevention. Theory and Practice*, Englewood Cliffs, 1967, pp. 1 ss.

¹⁰⁰³ Sul tema v. L. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, cit., p. 439.

¹⁰⁰⁴ Difatti, l'esperienza dimostra come le carceri abbiano fallito nel loro fine e rappresentino, inoltre, un enorme costo.

¹⁰⁰⁵ Così si esprime M. PAVARINI, *Come punire: per un nuovo sistema sanzionatorio*, in Atti del Convegno di Novara, Novara, 2012, *passim*. Secondo tale autore inoltre, nella dimensione special-preventiva della pena si affaccia l'utilità dell'esigenza di educare e risocializzare il soggetto che ha violato l'ordine legale penale, sulla base di un'ambiguità di fondo che vede sempre una contrapposizione tra l'impostazione che vuole che i soggetti esclusi, e quindi pericolosi, possano essere socialmente accettati nei limiti in cui siano educati alla legalità, anche attraverso la pena, e quella di impronta pedagogica che si muove verso la liberazione dallo *status* di esclusi, come atto di fiducia nella

Tutti i sistemi penali orientati allo scopo della prevenzione speciale si sono costruiti su modelli correzionali-rieducativi di giustizia caratterizzati, è vero, dall'idea di poter individuare pene e modalità sanzionatorie più utili di quella della sola privazione della libertà. Ma è altrettanto vero che questi stessi modelli non hanno saputo rinunciare completamente alla pena detentiva, anzi storicamente sono stati sempre caratterizzati da un incremento di penalità carceraria cui si è solo avvicinata, senza mai una pretesa di completa sostituzione, una ulteriore e diversa penalità. È stato, tuttavia, autorevolmente sostenuto che il fallimento delle pene correzionali si è rilevato con riferimento alla sola pena carceraria, senza poter escludere che altre modalità di somministrazione della pena possano raggiungere con successo il fine utilitaristico della reintegrazione sociale¹⁰⁰⁶.

Insomma, in tutte le esperienze detentive la risocializzazione del condannato è sempre stata considerata uno strumento di difesa sociale dal crimine e il diritto penale sempre più uno strumento di controllo e di disciplina. Ovverossia, il carcere può essere idoneo a contrastare la criminalità, solo implementando processi di esclusione sociale. In questo modo, la pena detentiva e il sistema penale nel suo complesso finiscono per essere utili nel governo della criminalità, nei limiti in cui siano messi nella condizione di selezionare e neutralizzare coloro che il sistema sociale non è comunque in grado di includere, differenziando la reazione penale per livelli di pericolosità¹⁰⁰⁷.

socializzazione alla legalità. In tal senso: M. PAVARINI, *Introduzione alla sociologia della pena*, cit., *passim*.

¹⁰⁰⁶ Ministero della Giustizia, DAP, *Quaderni ISSP*, Numero 10, *Gli spazi della pena. Tutela dei diritti umani e circuiti penitenziari*, cit., p. 26. In www.giustizia.it/resources/cms/documents/Quaderni_ISSP_n_10.pdf.

¹⁰⁰⁷ v. D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica: alle origini del sistema penitenziario (XVI-XIX secolo)*, cit.

2 Efficacia dell'attuale modello rieducativo sulla recidiva e possibili alternative in senso retributivo

L'affluire del controllo della pericolosità sociale nell'ambito della pena detentiva come indice per valutare anche l'idoneità del processo rieducativo attivato nei confronti del condannato, porta a domandarsi se vi sia reale effettività nell'attuale impostazione del processo risocializzante, così come lo disciplina l'ordinamento penitenziario, soprattutto per quanto concerne la prevenzione della recidiva. Dai dati nazionali e internazionali emerge un'esigenza di cambiamento in tal senso, che porta a rivolgere lo sguardo verso altre formule sanzionatorie che possano garantire, attraverso la loro struttura interna, l'attivazione di una maggiore revisione critica del percorso delinquenziale intrapreso ad opera del reo.

La Svezia pioniera nell'affermazione della pena risocializzante, è stato il primo paese europeo a sperimentare la disillusione nei confronti dell'ideale rieducativo¹⁰⁰⁸.

Sull'esempio della riforma della fase del *sentencing* anche in Svezia, così come in Finlandia, a partire dalla seconda metà degli anni settanta, si è avviata una riforma ispirata ai principi del *Justice model*, la quale ha visto il suo compimento con la revisione delle norme del codice penale svedese in materia di sanzioni e di commisurazione della pena approvata nel 1989, dove, ad esempio, è stato dato ampio spazio alla pena pecuniaria¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁸ Sul tema v. L. GOISIS, *La pena pecuniaria, un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano, 2008, p. 317.

¹⁰⁰⁹ Nell'ambito del sistema sanzionatorio di entrambi i paesi citati, infatti, particolare importanza ha assunto la pena pecuniaria, la quale viene commisurata secondo il cosiddetto "sistema dei tassi" che si caratterizza per un numero di tassi giornalieri... proprio in ragione del carattere non afflittivo che si vuole attribuire a tale sanzione. Al riguardo, v. L. GOISIS, *La pena pecuniaria, un'indagine storica e comparata*, cit., p. 318. In particolare, il modello del *Just Desert Model* pone al centro del processo commisurativo il parametro della proporzione tra gravità del reato e pena, mirando all'irrogazione di una pena che possa essere ritenuta "adatta al crimine commesso", e definitiva a partire da un approccio giusto e bilanciato alle pretese di punizione del comportamento illecito. Al riguardo v. G. MANNOSI, *Razionalità e "Giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del sentencing americano*, Padova, 1996, p. 376. La dinamica che ha storicamente portato all'abbandono dell'*indeterminate sentencing*, inserita all'interno di un contesto di sovraffollamento carcerario, riguarda principalmente due fattori: la crisi dell'ideale riabilitativo, con il corrispondente riemergere delle istanze retributive, e il crescente movimento di critica all'esercizio della discrezionalità giudiziale, postulato dal cosiddetto *sentencing* indeterminato. Il *Just Desert Model* rilancia l'ideale

Nonostante la nota mitezza cui si è sempre ispirata la politica criminale svedese, sembra che questo cambiamento della filosofia della pena abbia contribuito a rendere assai più severo il sistema sanzionatorio. Caratterizzata da una commisurazione orientata al “principio di proporzione”, da garantire tramite linee guida di tipo normativo, la riforma è segnata da una particolare attenzione al principio della *par condicio* di tutti gli imputati¹⁰¹⁰.

Lo stesso Giuliano Vassalli, già nel 1982, sottolineava la delusione dei Paesi scandinavi e anglosassoni rispetto al modello rieducativo classico, auspicandone il definitivo abbandono e proponendo la sua sostituzione con una “regola di giustizia” ispirata all’idea di un intervento penale “limitato” sia quanto a estensione che quanto a severità e durata, ma tuttavia fondato su una “pena-castigo” della quale la società non sarebbe in grado di fare a meno¹⁰¹¹.

Tale Autore riteneva, soprattutto, essenziale che la pena fosse conoscibile, intellegibile per la collettività, trasparente, determinata, proporzionata, giusta, e soprattutto uguale per tutti nell’approntamento dei criteri di erogazione, e che la sua commisurazione avvenisse più sulla base del “fatto” e dell’elemento soggettivo della colpevolezza, che sui precedenti penali o su altri elementi inerenti la personalità del reo. Il modello medico, idoneo per un numero limitato di casi, a parere di Vassalli, lo si sarebbe dovuto abbandonare in favore del nuovo modello di giustizia¹⁰¹².

Detto modello, seppur di matrice retributiva, ad una attenta analisi non mostra necessariamente l’abbandono *tout court* dell’ideale rieducativo che è, e deve rimanere l’obiettivo principale della sanzione penale, in ossequio al dettato costituzionale. Le critiche rivolte al modello risocializzativo riguardano, più che le finalità persegui-

retributivo come presupposto teorico-filosofico dei sistemi commisurativi determinati.

¹⁰¹⁰ Il cap. 29 del Codice svedese, infatti, prevede espressamente che la pena debba essere inflitta nel rispetto dei limiti edittali, secondo la gravità del reato, con il cosiddetto *penal value*, in modo che sia assicurata la parità di trattamento fra tutti i soggetti. Orientamento che ci si sente di condividere. V. L. GOISIS, *La pena pecuniaria, un’indagine storica e comparata*, cit., p. 318.

¹⁰¹¹ G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, cit., p. 437 ss.

¹⁰¹² *Ibidem*.

te, le modalità di esecuzione delle sanzioni e i metodi utilizzati nei regimi di esecuzione penale¹⁰¹³.

Alcuni studiosi, pur desiderando conciliare prevenzione speciale rieducativa e prevenzione generale, ritengono che la prima andrebbe circoscritta alla ristretta cerchia della più grave criminalità, mentre la piccola e media criminalità dovrebbe restare affidata alle sanzioni intimidatrici-dissuasive¹⁰¹⁴.

Attualmente, anche in Italia, si rileva una forte riduzione degli spazi e del significato della rieducazione con reviviscenza di teorie di stampo neoclassico. Al riguardo, se si volesse prendere in considerazione questo orientamento, la posizione che si ritiene più suggestiva e ricca di spunti interessanti, è quella proposta, già a suo tempo, dal Bettiol, che contiene in sé aspetti di forte autodeterminazione del soggetto e di responsabilizzazione dello stesso¹⁰¹⁵.

Affinché la rieducazione possa produrre gli effetti sperati è necessario che gli strumenti all'uopo predisposti si rivelino idonei ad attivare e fare emergere nel soggetto le potenzialità e le risorse utili al superamento di uno stile di vita contrario alle regole. È evidente che l'iniziativa di autoemendamento non può essere rimessa allo scambio istituzionale di tipo premiale, ma deve nascere spontaneamente nel soggetto senza aspettativa di una contropartita.

In una serie di saggi il Bettiol nel ribadire la predilezione verso teorie della pena di stampo retributivo, prende le distanze dalle teorie sulla prevenzione speciale e sulla prevenzione generale, entrambe accusate di fare dell'uomo, in nome di pretese leggi di necessità sociale, un oggetto pieghevole alle esigenze dello Stato. Secondo tale Autore, l'idea rieducativa e risocializzante vulnererebbe l'uomo nella sua libertà interiore e ne soffocherebbe l'individualità, in nome della prepotenza politica e del totalitarismo¹⁰¹⁶.

¹⁰¹³ *Ivi*, p. 442 ss.

¹⁰¹⁴ In tal senso, F. MANTOVANI, *Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale*, in ROMANO-STELLA, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 98.

¹⁰¹⁵ In tema v. G. BETTIOL, *Diritto penale*, XI ed., Padova, 1982, pp. 725, 756.

¹⁰¹⁶ Così G. BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, Convegno di dir. pen, Bressanone, 1963, Padova,

Questa posizione del Bettiol risulta particolarmente interessante poiché, in quanto legata ad una visione cristiana del mondo del diritto, non nega del tutto l'idea della correzione, la quale, accanto all'idea della reintegrazione dell'ordine violato, è perennemente presente nella dottrina penale cattolica. A ben vedere, infatti, tale posizione è chiara nel dimostrare come la pena retributiva, pur non ponendosi espresamente scopi di prevenzione speciale, proprio perché riveste natura "compensativa" rispetto all'offesa arrecata, risulta forse molto più educativa e morale della prevenzione speciale "tradizionale" di carattere premiale, poiché induce ad un processo di ravvedimento spontaneo e di emenda che non troviamo in quest'ultima. La rieducazione, in tal senso, è vero che sarebbe solo eventuale, ma nel caso avvenisse, sarebbe sicuramente molto più spontanea perché proveniente dalla libera volontà del condannato. Tale impostazione risulta di tipo marxista e il ripudio della risocializzazione è dovuto principalmente a motivi politici e soprattutto al timore verso pene di tipo indeterminato o eliminative erogate contro individui ritenuti incorreggibili, e quindi, verso i pericoli del totalitarismo. In questo senso, la teoria retributiva della pena implica la presenza di un uomo libero, responsabile, capace di fare scelte, nel bene e nel male. L'uomo libero ma ostacolato dalla società nelle sue determinazioni, attraverso l'apparato di una rieducazione fattiva, può essere messo nelle condizioni di reagire all'ostacolo sociale ed economico: il fine rieducativo dovrebbe, di massima, corrispondere a questo¹⁰¹⁷.

1964, p. 3 ss.

¹⁰¹⁷ Tale orientamento riprende la dottrina hegeliana della pena come giusta e simmetrica retribuzione, necessaria per cancellare il reato nel reo e nella società e non ad altro scopo finalizzata; una pena-castigo che spetta all'uomo per il suo demerito e che consacra la sua libertà. L'utilitarismo illuministico e lo scientismo positivista hanno cercato di scalzare questa visione della pena creando, a poco a poco, un sistema "giustificazionista" verso il reo, e apprestando "metodi della non punizione" addirittura arrivando a punire scusandosi di farlo, quindi adducendo a giustificazione della pena un fine completamente differente. Sulla tematica v. V. MATHIEU, *Perché punire? Il collasso della giustizia penale*, Milano, 1978. Anche secondo quest'ultimo autore infatti, la rieducazione non è un concetto da respingere *in toto*, purché essa venga considerata un riflesso della retribuzione, un risultato portato dall'applicazione di una pena giusta che sia capace di reinserire effettivamente il reo nel sistema della libertà e gli restituisca la sua dignità. Del resto, retribuzione non significa necessariamente pena carceraria.

L'apprezzamento delle teorie neo-retributive è anche dovuto al riscontro che si ha, ogni giorno, da parte degli operatori penitenziari, i quali stessi deplorano il permanere all'interno di strutture che sono radicalmente incompatibili sia con un'attenta osservazione, sia con un'efficace opera rieducativa, persino con alcune misure alternative alla detenzione come, ad esempio, la semilibertà. D'altro canto, la presenza dei circuiti penitenziari dimostra chiaramente come la revisione critica del reato commesso, ad opera del delinquente, costituisca solo un artificio, e come la pena sia, generalmente, avvertita come una mera necessità sociale senza che ciò risvegli l'esigenza di indagini più profonde su questa necessità e sui suoi risultati.

Gli autori citati, pertanto, condannano le basi sistematiche del credo positivista e pongono in rilievo come i precetti positivistici, messi in pratica, non riescano ad avere influenza sulla recidiva. Inoltre, essi sottolineano come la rieducazione possa trasformarsi in uno strumento di oppressione e la difesa sociale in aggressione sociale contro l'individuo¹⁰¹⁸.

La dottrina è concorde nel ritenere che l'andamento della criminalità possa essere controllato solo a patto che la società si trovi in una situazione tale da poter offrire ai suoi membri un certo livello di sicurezza e un soddisfacente tenore di vita. Solo allora il passaggio da una politica penale repressiva ad un programma riformatore può essere staccato dalla sfera dell'impegno umanitario per essere collocato in una prospettiva costruttiva e realistica di impegno e di azione sociale. Fino a quando, però, la coscienza sociale non sarà in grado di comprendere, e di conseguenza di agire, tenendo presente la necessaria connessione tra progresso sociale generale e politica penale progressista, ogni iniziativa di riforma nel settore della giustizia penale non potrà che andare incontro a incerti successi e gli inevitabili fallimenti verranno attribuiti alla malvagità umana invece che al sistema sociale¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁸ Al riguardo v. L. RADZINOWICZ, J. KING, *La spirale del crimine. L'esperienza internazionale*, trad. it., Milano, 1981 (*The growth of crime*, London, 1977) pp. 70 ss.

¹⁰¹⁹ Così G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, ed. it., *Introduzione* di M. MELOSSI, *Appendice* di M. PAVARINI, Bologna, 1978, p. 336. Al riguardo, Pavarini, sulla falsariga delle teorie di M. Foucault, pone un'alternativa tra la definitiva morte del carcere e la sua resurrezione in puri termini di apparato del terrore repressivo.

La pena correttiva, nascente dalle più lontane scaturigini, quale pretesa comunque ricorrente nella società, è venuta ad un certo momento a rappresentare la più solida e la più garantita tra le tecnologie del potere punitivo¹⁰²⁰.

Il lavoro penitenziario non è altro che la costituzione di un rapporto di potere, di una forma economica vuota, d'uno schema di sottomissione individuale e del suo aggiustamento ad un apparato di produzione, dove la collaborazione al processo educativo è oggetto di ricatto permanente da parte del potere. Secondo Alessandro Baratta, il diritto penale del trattamento, in realtà, non sarebbe altro che uno delle modalità di sfruttamento e di emarginazione delle fasce più deboli economicamente¹⁰²¹.

Risulta pertanto fondamentale chiedersi cosa abbia senso fare, da un punto di vista razionale e morale, quando condotte qualificate come criminose vengano poste in essere e, in generale, cosa fare per poterle prevenire. In altre parole, si tratta di chiarificare come la risposta prevista e applicata nei confronti di un comportamento implicante la frattura di vincoli solidaristici intersoggettivi, non può consistere nel riproporre in termini di reciprocità, verso l'autore, il contenuto negativo del fatto realizzatosi. Sarà, piuttosto, necessario che simile risposta assuma, rispetto a tutte le parti coinvolte, un significato esattamente opposto, quale esempio, rispetto a quello negativo, proprio della condotta offensiva. La giustizia richiede che dinanzi al male si agisca pur sempre secondo "progetti improntati al bene", che risultino tali in rapporto a ciascuno dei soggetti interessati¹⁰²².

¹⁰²⁰ Infatti, la generalizzazione del carcere, agli albori del secolo XIX, è frutto della maggiore facilità con cui esso, rendendo meno visibile e meno ripugnante l'esercizio del potere, meglio si è prestato a renderlo legittimo e naturale.

¹⁰²¹ V. A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982, *passim*. Eppure, anche rispetto a quest'ultimo autore, non si può parlare di opposizione netta all'idea rieducativa ma solo nella misura in cui tale idea tende a corrispondere agli interessi della sola classe dominante. In questa prospettiva, la rieducazione non appare combattuta in quanto tale ma solo in quanto inserita in un sistema inaccettabile, artificioso e privo di risultati positivi.

¹⁰²² Al riguardo, per quanto concerne la visione cristiana della giustizia penale, v. L. EUSEBI, *Dinanzi alla fragilità rappresentata dall'errore. Giustizia e prevenzione in rapporto alle condotte criminose*, Contributo al IV Convegno ecclesiale nazionale (Verona 16-20 ottobre 2006), p. 1, in *Il Regno*, 2006, 17, pp. 566, 775.

Ed invece, quanto più tipicamente ha caratterizzato e continua tutt'ora a caratterizzare l'idea del punire è la visione della pena come un'entità di sofferenza la quale dovrebbe esprimere, rendendolo manifesto, il disvalore ascrivito al fatto illecito: così che proprio dal negativo minacciato e applicato come corrispondente alla negatività di quel fatto, dipenderebbe la prevenzione delle condotte criminose e, pertanto, il bene della società! La pena, in una simile ottica, non è pensata nei termini di un percorso umanamente significativo per l'autore della condotta illecita e nell'ambito dei rapporti interpersonali che quest'ultima abbia coinvolto¹⁰²³.

Solo dopo l'inflizione della condanna (anziché prima che la stessa presenti l'esigenza di essere comminata), il nostro ordinamento giuridico tende a piegare quest'ultima – non costruita però in vista di tale obiettivo – a fini di reintegrazione sociale. Questo rende poco credibili gli intenti risocializzativi normativamente dichiarati e fa sì che gli strumenti, sospensivi, sostitutivi, alternativi, che dovrebbero consentire detto risultato, siano percepite come concessioni sempre suscettibili di revoca a istanze umanitarie, di per sé in contrasto con l'interesse preventivo della collettività¹⁰²⁴.

In proposito, va considerato come per molto tempo, a partire dal secondo Ottocento, si sia manifestata, anche in ambito cattolico, una forte diffidenza circa

¹⁰²³ Secondo L. Eusebi, al momento in cui la pena viene determinata, il condannato cessa di essere una persona per essere assimilato ad un corpo, sul quale, in forza della pena inflitta, dovrebbe progressivamente dispiegarsi nel tempo la sofferenza espressiva del male compiuto, e nel compimento di quel male finisce per essere identificata, ai fini della condanna, la sua intera esistenza. v. L. EUSEBI, *Dinanzi alla fragilità rappresentata dall'errore*, cit., p. 2.

¹⁰²⁴ Non sorprende, di conseguenza, come l'ambito applicativo degli strumenti "alternativi", abbia subito, nel tempo, profonde erosioni e soprattutto, come abbia trovato spazio anche nel nostro paese la visione dell'agente di reato in veste di "nemico", che andrebbe estromesso il più a lungo possibile dal contesto sociale. Un esempio, in questo senso, è la legge *ex Cirielli*, n. 251 del 2005, specie per quanto riguarda la materia della recidiva. v. L. EUSEBI, *Dinanzi alla fragilità rappresentata dall'errore*, cit., p. 2. Per ulteriori approfondimenti sulla problematica complessiva attinente alla prevenzione dei reati e alle strategie politico criminali, Cfr. L. EUSEBI, voce *Pena Criminale*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. V, Milano, 2006, p. 4190 ss.; ID., *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, p. 1109 ss.; ID., *La riforma del sistema sanzionatorio penale; una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 76 ss.

l'intento rieducativo riferito alle sanzioni penali, indotta dal timore di accogliere, insieme ad esso, il determinismo tipico della Scuola Positiva¹⁰²⁵.

Si ritiene che l'immagine dell'individuo, quale soggetto morale capace di responsabilità, sia senza dubbio il presupposto cardine del reciproco riconoscimento fra gli esseri umani quali titolari di una dignità inalienabile costituente, altresì, il presupposto decisivo onde evitare che l'autore di un illecito possa essere riguardato solo come mezzo, in rapporto a supposte esigenze di deterrenza o difesa sociale. Ciò non significa che una volta riconosciuta la capacità di libertà dell'individuo, quest'ultima possa dirsi empiricamente accertabile nel suo esercizio concreto. Risultano verificabili, infatti, soltanto i fattori che incidono sulle scelte individuali che fanno da limite e/o da cornice al manifestarsi della libertà, restando pur sempre priva di una risposta definitiva la domanda su quanto di totalmente proprio vi sia stato nella scelta comportamentale di un individuo¹⁰²⁶.

Il rimando al libero arbitrio in ambito penalistico può assumere un significato diverso da quello classico, che ne fa il presupposto per imbrigliare l'individuo al suo passato (*rectius*: poiché hai fatto del male meriti di soffrire): si tratterebbe, piuttosto, di utilizzare tale concetto secondo un orientamento rivolto al futuro, evidenziando come sia coesistente all'umano la capacità di ogni individuo di valutare criticamente gli atti compiuti e, su tale base, di operare scelte nuove per l'avvenire. Se il passato ha conosciuto il delitto, il futuro rimane una possibilità aperta. Secondo questa prospettiva, la natura di soggetto morale di ciascun individuo umano dovrebbe imporre all'ordinamento giuridico di considerare i destinatari del messaggio normativo e delle stesse sanzioni penali non già come oggetti passivi di una strategia intimidativa

¹⁰²⁵ Il nostro sistema di rieducazione, infatti, non esclude provvedimenti manipolativi della personalità del condannato e la neutralizzazione a oltranza dei reclusi giudicati non recuperabili. Lo stesso codice Rocco si ispira, in maniera inequivocabile, al positivismo criminologico, alla stregua dei sistemi giuridici varati nei sistemi totalitari. Un contesto che ha, d'altro canto, recepito (paradossalmente) in modo acritico la teoria retributiva, che dichiara di presupporre la colpevolezza, anche se in pratica ha fatto largo uso della responsabilità oggettiva. In tal senso, v. L. EUSEBI, *Dinanzi alla fragilità rappresentata dall'errore*, cit., p. 6.

¹⁰²⁶ Il che, del resto, è ben noto alla riflessione ecclesiale: “solo Dio – afferma la costituzione *Gaudium et spes* (n. 28c) – è giudice e scrutatore dei cuori, perciò ci vieta di giudicare la colpevolezza interiore di chiunque”.

o neutralizzativa, tale da assimilare la persona al suo corpo, bensì come soggetti cui il diritto rivolge un appello inteso a motivare verso una scelta per convinzione, cioè libera, di rispetto delle norme e di abbandono delle condotte illecite eventualmente tenute¹⁰²⁷.

Detto ciò, bisognerebbe prendere atto della indubbia esistenza di fattori psicosociali favorevoli alla commissione del reato, oggetto della ricerca criminologica, non negando, però, la libertà del volere. La difesa dell'autonomia individuale non può condurre ad un'immagine semplificatoria della medesima e del contesto complessivo in cui le condotte umane sono adottate, né tantomeno deve impedire un intervento sanzionatorio che prenda le distanze dalla ritorsione meramente retributiva. La non rimozione della consapevolezza relativa all'operatività di tali fattori risulta imprescindibile ai fini preventivi. Infatti, solo una società disponibile a non sentirsi la "società dei giusti" nel momento in cui riconosce alcuni suoi membri come agenti di reato, evitando di considerarli come "estranei" alla compagine sociale, facendone il capro espiatorio di tutto il male operante al suo interno, sarà capace di accettare gli oneri necessari per incidere su quanto fa da presupposto o motore alle attività illecite, così da ridurre l'incidenza¹⁰²⁸.

È chiaro dunque che, al fine di evitare la commissione dei reati, bisognerebbe agire precipuamente in chiave preventiva, intervenendo quindi sulla struttura politico-sociale ed educativa. Non è necessaria grande esperienza psico-pedagogica per constatare che le scelte comportamentali solide, vale a dire le scelte di cui necessita una prevenzione stabile, sono quelle compiute per convinzione, cioè aderendo in modo spontaneo ad appelli motivazionali persuasivi¹⁰²⁹. Il che rimanda ad alcune parole contenute nell'enciclica *Pacem in terris* del papa Giovanni XXIII: "L'autorità che si fonda solo o principalmente sulla minaccia o sul timore di pene o sulla promessa e attrattiva di premi non muove efficacemente gli esseri umani all'attuazione

¹⁰²⁷ v. L. EUSEBI, *Dinanzi alla fragilità rappresentata dall'errore*, cit., pp. 6-7.

¹⁰²⁸ *Ivi*, p. 7.

¹⁰²⁹ *Ivi*, p. 8.

del bene comune”. Se la prevenzione si riduce a incutere timore, finisce paradossalmente per diventare terrorismo suicida. L’esperienza dimostra come la neutralizzazione non abbia mai impedito che le opportunità criminali siano raccolte da altri individui, ed inoltre, la memoria della sofferenza patita in carcere non ha mai ostacolato la recidiva¹⁰³⁰.

Piuttosto che adottare formule espulsive, bisognerebbe costruire una forma di “prevenzione-consenso” in un’ottica di (re)integrazione responsabilizzante dell’agente di reato, quale versione positiva della prevenzione speciale. Nulla, infatti, rafforza maggiormente la prevenzione generale che assume l’autorevolezza delle norme violate da parte di un agente considerato capace di scelte libere: una dimensione di efficacia cui mai l’approccio neutralizzativo potrebbe ambire. Lavorare in questa prospettiva costituisce la condizione indispensabile per una prevenzione speciale davvero credibile. In definitiva, la risposta sanzionatoria non deve riprodurre la negatività dell’illecito commesso¹⁰³¹.

Manifestare l’antisocialità di una determinata condotta sottraendola al nascondimento è compito del processo, e nulla vieta che il giudizio sulla gravità dell’accaduto possa trovare un’espressione verbale sintetica, che oggi manca, nello stesso dispositivo della sentenza di condanna, il quale si limita attualmente alla mera commisurazione della pena. La risposta giuridica al reato deve essere coerente col fatto posto in essere non certo riproducendone la negatività, bensì rendendosi espressiva, nei contenuti, del valore dei beni offesi in concreto: mediante prestazioni riparative, percorsi riabilitativi se necessario, procedure orientate alla mediazione con la vittima, e tutto ciò che possa fare emergere le risorse personali del soggetto in prospettiva responsabilizzante. Questa scelta di fondo non implica una mera proporzionalità retributiva matematica ma un criterio di corrispondenza fra illecito e pena che tenga conto della condizione concreta oggetto di risocializzazione, ovvero una forma di prevenzione speciale “attiva e fattiva”, una retribuzione di tipo riparativo e riedu-

¹⁰³⁰ *Ivi*, p. 9.

¹⁰³¹ *Ibidem*. V. anche C. MAZZACUTO, *Consenso alle norme e prevenzione dei reati. Studi sul sistema sanzionatorio penale*, Roma, 2005, *passim*.

cativo che restituisca dignità al soggetto autore di reato e lo emancipi dalla condizione di puro oggetto passivo della condanna. Una forma nuova di retribuzione responsabilizzante che implichi nel suo seno un percorso rieducativo e risocializzante¹⁰³².

L'esecuzione della pena, detentiva e non detentiva, nel contesto attuale, non nasce come un percorso significativo per i soggetti coinvolti nel reato, ovvero sia come percorso magari impegnativo che tenga conto della persona, un percorso utile per chi la pena la deve vivere, come qualcosa di significativo nel rapporto con la vittima, sul piano della rielaborazione e riparazione di quello che è successo. La pena non rappresenta un progetto per il condannato, ma costituisce un mero strumento vivente di questa supposta esigenza della società di vedere espressa con la detenzione la gravità di quello che è successo¹⁰³³.

L'uso del carcere, piuttosto, necessita di motivazioni specifiche, che sono da rapportarsi, essenzialmente, all'eventuale sussistere di un rischio intenso della reiterazione in libertà di crimini gravi, senza che ciò possa far venir meno l'intento risocializzativo. Soprattutto va richiesto che la persona condannata torni ad essere protagonista, e non solo soggetto passivo, della vicenda sanzionatoria, anche rispetto al contesto concreto dei rapporti sui quali il reato abbia inciso¹⁰³⁴.

In questo senso, l'ottica riconciliativa orienta a non separare le esigenze preventive che si considerino proprie dello Stato, o del diritto in sé, dalle esigenze delle vittime, dirette o indirette. L'autore di reato andrebbe sollecitato a ricucire la frattura creata nell'ambito dei rapporti intersoggettivi minati a seguito del delitto commesso, facendo in modo che sia proprio la legge a diventare fattore motivante all'osservanza delle norme trasgredite¹⁰³⁵.

Un serio contrasto della criminalità esige l'intervento, non solo penalistico, sulle condizioni che a diverso titolo creano opportunità per l'agire criminoso e, pertanto,

¹⁰³² v. L. EUSEBI, *Dinanzi alla fragilità rappresentata dall'errore*, cit., p. 10.

¹⁰³³ Al riguardo v. L. EUSEBI, *Politiche sociali e politiche penali*, in *Al di sopra di tutto. "Un cuore che vede" per animare alla carità*, XXXI Convegno nazionale delle Caritas diocesane, Centro Congressi di Montecatini Terme, Montecatini (Pt), 25-28 giugno 2007, p. 2.

¹⁰³⁴ v. L. EUSEBI, *Dinanzi alla fragilità rappresentata dall'errore*, cit., p. 14.

¹⁰³⁵ *Ivi*, p. 15.

implica l'apprestamento di una serie inevitabile di *oneri* per i cittadini (compresa la non banale corresponsabilità etica verso i “fattori di rischio” del comportamento anti-giuridico); dall'altro lato, il recupero al rispetto dei precetti penali da parte di chi in precedenza li abbia trasgrediti può contribuire alla prevenzione in un senso ben più sostanziale della stessa incapacitazione fisica a nuocere¹⁰³⁶.

3. Modelli sanzionatori alternativi

Prevedere nuove forme di prevenzione dei reati significa anche ripensare i modelli sanzionatori. Difatti, il contrasto alla recidiva è possibile, attraverso la pena, solo nella misura in cui il sistema della penalità risulti efficiente. Al riguardo, nei progetti di riforma del codice penale, susseguitisi nel tempo, nelle concrete scelte in tema di sistema sanzionatorio, ha rivestito particolare importanza, ad esempio, la necessità di recuperare adeguati margini di certezza della pena¹⁰³⁷.

La certezza delle pene non costituisce l'unico parametro di valutazione dell'effettività del sistema penale bensì solo uno degli aspetti qualificanti del principio di legalità, in una prospettiva di garanzia per il cittadino. Al riguardo, è soprattutto importante il rapporto fra efficacia del sistema e certezza della risposta penale, che non necessariamente deve caratterizzarsi in termini di “sofferenza” inflitta ad un corpo¹⁰³⁸.

L'esperienza comparata insegna alternative alla previsione edittale di pene detentive. Una previsione legislativa di linee guida con possibilità per il giudice di

¹⁰³⁶ L. EUSEBI, *La pena: quale verità?*, in *Funzione della pena e terzietà del giudice nel confronto fra teoria e prassi*, Atti della Giornata di studio, Trento 22 giugno 2000, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza Università di Trento, n. 36, 2002, p. 55.

¹⁰³⁷ Nel Progetto Nordio la certezza della pena ha assunto una posizione predominante e ci si è soffermati, in modo particolare, sulla necessità di ridurre la discrezionalità del giudice in fase esecutiva. Stesso orientamento ha adottato il Progetto Pagliaro, rimarcando l'esigenza di restringere, all'interno di limiti rigorosi, la discrezionalità in sede di giudizio di cognizione. V. D. PETRINI, *Certezza della pena e modelli sanzionatori*, in P. PISA (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, cit., pp. 200.

¹⁰³⁸ V. D. PETRINI, *Certezza della pena e modelli sanzionatori*, cit., pp. 201.

individualizzare il trattamento sanzionatorio in base ad indici oggettivi prestabiliti, appare indispensabile per fuoriuscire da una logica dove la discrezionalità giudiziale non produce altro che incertezza della pena e ineffettività del sistema penale¹⁰³⁹.

Inoltre, attualmente la maggior parte dei sistemi penali concorda nel ritenere importante la riduzione del ricorso alla pena detentiva, attraverso alternative credibili e, per quanto possibile, efficaci sia sotto il profilo general-preventivo che del reinserimento sociale del reo¹⁰⁴⁰.

Infatti, ci troviamo di fronte ad una disuguaglianza che non è soltanto difforme applicazione giudiziale, ma che trova il suo maggiore momento di crisi nella impossibilità di applicazione delle misure alternative proprio a coloro che costituiscono, nell'attuale contingenza storica, i principali e più numerosi destinatari di pene detentive effettivamente scontate¹⁰⁴¹.

Per ovviare a tali macroscopiche incongruenze, si potrebbe prendere in considerazione il percorso tracciato dalla commissione Grosso con l'introduzione di pene principali, previste già in fase edittale, diverse dal carcere¹⁰⁴².

Siamo in una fase in cui pare possibile rivalutare il principio di *extrema ratio* non solo in relazione all'intervento penale, ma alla stessa necessità di ricorrere alla pena detentiva. Si tratta di una scelta di politica criminale che il legislatore della riforma del codice penale dovrà affrontare al più presto. In ogni caso, le ricadute in

¹⁰³⁹ È evidente, infatti, che aver attribuito ai tribunali di sorveglianza ogni decisione in ordine al *se*, al *quantum* e al *quomodo* della pena inflitta, abbia creato un inquietante deficit di certezza con conseguente violazione del principio di uguaglianza. V. D. PETRINI, *Certezza della pena e modelli sanzionatori*, cit., pp. 202.

¹⁰⁴⁰ Al riguardo, particolarmente utile si è rivelata un'interessante ricerca dell'Unione Europea, svolta da Pierre Victor Tournier nel 2000, che utilizza dati statistici del 1999. La ricerca ha fatto ampio ricorso alle linee guida contenute nelle direttive dell'Unione Europea. V. D. PETRINI, *Certezza della pena e modelli sanzionatori*, cit., p. 200.

¹⁰⁴¹ Le aporie e le severità edittali del codice Rocco sono state affrontate, in maniera prevalente, con interventi di riforma sulla fase esecutiva. V. D. PETRINI, *Certezza della pena e modelli sanzionatori*, cit., p. 200.

¹⁰⁴² È nota, al riguardo, la contraria opzione espressa nella Relazione che accompagnava la Bozza Pagliaro. V. D. PETRINI, *Certezza della pena e modelli sanzionatori*, cit., p. 200.

termini di certezza della risposta sanzionatoria sono estremamente rilevanti, anche sotto il profilo della percezione sociale del disvalore del fatto commesso¹⁰⁴³.

L'esperienza italiana infatti, constata la diuturna centralità fattuale della pena detentiva, dovuta probabilmente alla carenza di implementazione degli apparati e delle strutture deputate all'applicazione delle sanzioni alternative. In altri Paesi, invece, l'alternativa tra la pena detentiva e la pena non detentiva vede la prima come ipotesi recessiva, che non supera mai il 10-20% delle condanne¹⁰⁴⁴.

Attualmente, l'affidamento in prova risulta l'unica alternativa alla pena che ha dimostrato un significativo tasso di applicazione, a differenza delle altre sanzioni alternative. Secondo alcuni autori il successo di questa misura risiederebbe nella sua natura "para penitenziaria"¹⁰⁴⁵.

La misura dell'affidamento in prova al servizio sociale consente di attuare una "strategia differenziata" per la difesa sociale dal delitto¹⁰⁴⁶. Per tale ragione, occupa un posto di indubbia centralità tra gli strumenti che consentono di recidere il rapporto del condannato con il carcere, contemperando elementi afflittivi con la funzione rieducativa della pena¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴³ *Ivi*, p. 207.

¹⁰⁴⁴ La Germania, ad esempio, è arrivata ad un tasso di applicazione della pena detentiva del 12% delle condanne, mentre le restanti sentenze irrogano la pena pecuniaria. Le stesse cifre caratterizzano l'esperienza della Francia e dell'Inghilterra, in quest'ultima, in particolare, l'opzione non detentiva si articola tra lavoro sostitutivo e *probation* integrato. Al riguardo v. C.E. PALIERO, *La riforma del sistema sanzionatorio tra utopia e realtà*, in P. PISA (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, cit., p. 277.

¹⁰⁴⁵ Tra i condannati che accedono alle misure alternative, il 45% circa è rappresentato dagli affidati in prova al servizio sociale. L'analisi dei dati presenti in www.giustizia.it indica al 2012 un numero di affidati pari a 9953, nel 2013 pari a 10.992, e nel 2014 un numero pari a 11.896, importi derivanti soprattutto dalle modifiche legislative intervenute, volte a contrastare il fenomeno del sovraffollamento carcerario. Al riguardo, si evidenzia come nel 2014 gli uffici EPE nella relazione da inviare al Tribunale di Sorveglianza, nell'ipotesi di concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale, non facciano riferimento in larga parte né al contesto del reato né alla disponibilità del reo ad aderire ad una ipotesi riparatoria, né ad una ipotesi riparatoria vera e propria. L'ufficio EPE solo in misura limitata propone all'affidato un percorso riparatorio in assenza di una prescrizione del Tribunale di Sorveglianza. Sul tema v. anche C.E. PALIERO, *La riforma del sistema sanzionatorio tra utopia e realtà*, cit., p. 277.

¹⁰⁴⁶ Così G.D. PISAPIA, *Una strategia differenziata per la difesa sociale dal delitto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 209.

¹⁰⁴⁷ Sull'istituto dell'affidamento in prova al servizio sociale v. F. BRICOLA, *L'affidamento in prova al*

La diversificazione del sistema sanzionatorio riguarda, principalmente, l'efficacia della strategia difensiva, efficacia che è connessa, e non in antitesi, al perseguimento del modello costituzionale di una prevenzione che può essere definita come integratrice, non orientata, come tale, a espellere gli agenti tradizionali di reato dalla società. Al riguardo, la pena detentiva ha costituito per ampia parte il presupposto della inadeguatezza del sistema sanzionatorio per i suoi evidenti e storici effetti desocializzanti, con ovvi riflessi sulla recidiva¹⁰⁴⁸.

Allo stesso tempo, la credibilità delle sanzioni non detentive è legata al loro configurarsi come pene principali. Infatti, solo in questo modo può essere superata l'idea secondo cui il compito del sistema sanzionatorio consisterebbe, al momento della condanna, nel rappresentare in termini aritmetici la gravità del fatto colpevole, e non nel definire percorsi significativi per il condannato¹⁰⁴⁹.

Si tratta di fare scelte politiche che implicano anche importanti trasferimenti di risorse dal settore detentivo a quello non detentivo, tenendo conto che un serio percorso non detentivo implica costi complessivi di gran lunga inferiori rispetto a quelli della reclusione¹⁰⁵⁰.

Nel domandarsi quale modello di politica criminale perseguire, si deve nel contempo muovere da una visione concernente le caratteristiche di una strategia preventiva razionale e conforme alla dignità umana. Al riguardo, si può ben prendere in considerazione l'idea risocializzativa di cui all'art. 27, comma 3, Cost. mettendo in discussione la centralità del carcere e prendendo le distanze da modalità di interazione con il condannato mutate dal pensiero positivisticò. L'art. 27, comma 3 Cost. utilizza, non a caso, il plurale "pene" manifestando così di essere favorevole ad un

servizio sociale: "fiore all'occhiello" della riforma penitenziaria, in *Quest. Crim.*, 1976, p. 370; v. anche F.P.C. IOVINO, *L'Affidamento in prova al servizio sociale*, cit., p. 180; Cfr. E. FASSONE, *Affidamento in prova al servizio sociale e riforma penitenziaria: un bilancio fra luci e ombre*, cit., pp. 24 ss.; V. GREVI, *Esecuzione penitenziaria e rieducazione del condannato nelle regole minime per il trattamento dei detenuti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 537.

¹⁰⁴⁸ Al riguardo v. L. EUSEBI, *Appunti minimi in tema di riforma del sistema sanzionatorio penale*, in P. PISA (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, cit., p. 277.

¹⁰⁴⁹ Sul punto v. *Ivi*, p. 281.

¹⁰⁵⁰ *Ivi*, p. 282.

sistema sanzionatorio che persegua scopi preventivi mirando all'integrazione sociale del condannato: indirizzo con cui si esclude in radice che l'azione preventiva possa fondarsi strategicamente sull'intimidazione e la neutralizzazione, cioè sull'inquadramento come nemico di chi commetta reati¹⁰⁵¹.

In questi termini, la Costituzione avverte che la solidità dell'effetto preventivo dipende essenzialmente dalla capacità del sistema penale, anche attraverso la configurazione dell'apparato sanzionatorio, di mantenere elevata l'autorevolezza dei precetti normativi o, in altri termini, di favorire la loro osservanza per convinzione e non per timore o incapacitazione. Ne discende una formula preventiva tesa a promuovere il consenso intorno alle esigenze di salvaguardia dei beni fondamentali, rinunciando all'idea semplicistica secondo cui la prevenzione sarebbe da ricondursi al mero esercizio della forza. Nel contempo, risulta evidente come l'indirizzo deducibile dalla Costituzione sia lontanissimo da qualsiasi cedimento a modalità del rapporto col condannato che rendano quest'ultimo mero oggetto passivo di un intervento "trattamentale", fino ad autorizzare forme di manipolazione della sua personalità¹⁰⁵².

Emerge, in questo senso, un modello di prevenzione fondato sul convincimento per cui il sistema più idoneo a ottenere risultati preventivi è quello che maggiormente riesce a motivare l'insieme dei suoi interlocutori, rispettandone e promuovendone l'autonomia personale¹⁰⁵³.

Senza dubbio rimane un caposaldo indiscutibile l'ancoramento ad un diritto penale del fatto. La determinazione della pena che sappia risultare significativa rispetto alla persona condannata deve collocarsi entro limiti ben precisi definiti dal legislatore circa il perseguimento, con riguardo alle caratteristiche del fatto colpevole, di una strategia preventiva conforme ai principi costituzionali. In un simile contesto, la diversificazione dell'apparato sanzionatorio consente l'apertura a un profilo in

¹⁰⁵¹ *Ivi*, p. 283.

¹⁰⁵² *Ivi*, p. 284.

¹⁰⁵³ *Ibidem*.

certa misura progettuale della pena, capace di dare rilievo alla realtà umana del soggetto che ad essa risulti sottoposto¹⁰⁵⁴.

La pena carceraria continuerà a rappresentare la forma più drastica dell'intervento penale, da utilizzare come *extrema ratio*. Occorre, quindi, che le ragioni politico-criminali a monte delle scelte concernenti la diversificazione delle pene pervadano anche le modalità del ricorso alla detenzione, così da renderla essa pure, nei casi in cui risulti irrinunciabile, un percorso significativo e non soltanto una perdita di opportunità rispetto alla vicenda umana del condannato¹⁰⁵⁵.

Sulla base del modello proposto da Eusebi, possono individuarsi alcune modalità principali sulle quali l'intervento sanzionatorio potrebbe strutturarsi, modalità tra loro non esclusive e, pertanto, reciprocamente integrabili, ad esempio, percorsi riabilitativi che abbiano riguardo a condizioni personali del soggetto agente, da attuarsi attraverso forme di serio affidamento ai servizi sociali giudiziari o anche a strutture del volontariato sociale. Sarebbe opportuno, in questa prospettiva, evitare obblighi consistenti nella coercizione della libertà personale. L'esecuzione della pena in regime non reclusivo costituisce uno strumento fondamentale per la fascia socialmente più debole dell'attuale popolazione penitenziaria così come le procedure riparative di carattere tendenzialmente non pecuniario, orientate al recupero di sensibilità solidaristiche ed espressive del valore dei beni offesi in concreto. Al riguardo, lo strumento di giustizia riparativa non coincide con il risarcimento civilistico del danno. Altrettanta importanza riveste la partecipazione positiva a iter di mediazione penale, intesi a coinvolgere lo stesso agente di reato, volti al riconoscimento in rapporto con la vittima o con i soggetti esponenziali degli interessi offesi, del disvalore di quanto accaduto, anche attraverso la proposta, da parte dell'agente medesimo, di specifiche prestazioni orientate alla composizione del conflitto¹⁰⁵⁶. Sarebbero efficaci anche

¹⁰⁵⁴ *Ivi*, p. 287.

¹⁰⁵⁵ *Ivi*, p. 290.

¹⁰⁵⁶ Posto che la mediazione non avviene alla presenza del giudice e quanto emerge nel corso di essa non può essere usato contro l'imputato, simile strumento torna a rendere possibile un dialogo sincero tra le parti circa gli eventi verificatisi, privilegiando l'emergere e la connessa elaborazione della verità

prestazioni di utilità sociale nel quadro di un orientamento teso a promuovere il senso di responsabilità verso i beni che siano stati offesi; sanzioni pecuniarie per tassi, calibrate sulle condizioni economiche del condannato, volte a concretizzare un impegno responsabilizzante in favore dei beni sui quali il reato abbia inciso o, comunque, in favore di attività di rilievo sociale promosse dalle istituzioni pubbliche. Infine, pene privative e limitative di diritti, secondo modalità prettamente interdittive, quindi meno onerose rispetto alla detenzione, da utilizzare solo quale *extrema ratio*. Sarebbe opportuno che il ricorso a simili misure possa sempre collocarsi in un contesto di provvedimenti percepibile non come puro e semplice presupposto di un'incapacitazione mirata, bensì come stimolo a una condotta responsabile verso esigenze fondamentali della convivenza civile¹⁰⁵⁷.

Vi è al proposito da sottolineare, al contrario, una positiva tendenza a risolvere la sanzione (detentiva e non detentiva) in “modelli ricostruttivi della comunità esterna”. Questo avviene e direttamente con l'apertura del carcere alla comunità, che *partecipa* alla gestione della pena (e l'esempio italiano degli ultimi anni è convincente e appare vincente) e con la riproduzione della comunità (anche familiare) nelle forme di trattamento in libertà, come avviene nell'ambito delle comunità terapeutiche per i detenuti tossicomani¹⁰⁵⁸.

rispetto all'intento di punire, tipico di un clima di pura contrapposizione delle sanzioni meramente retributive. Tale orientamento trova collocazione nell'ambito del più ampio modello, elaborato a livello internazionale, della *Restorative Justice*, che in Italia ha trovato riscontro nell'ambito della sola giustizia penale minorile. V. L. EUSEBI, *Dinanzi alla fragilità rappresentata dall'errore*, cit., p. 15. In docenti.unicatt.it/web/scheda_publicazione.

¹⁰⁵⁷ In particolare, si ritiene riduttivo circoscrivere la riforma delle cosiddette pene principali applicabili nella sentenza di condanna, come si deduce da alcune proposte, all'introduzione della misura della detenzione domiciliare, per quanto quest'ultima, in effetti, appaia meno restrittiva del carcere. Il rischio, infatti, è che una simile scelta finisca per essere motivata da mere ragioni contingenti di contenimento dei costi per lo Stato, cioè in un'ottica di deflazione della popolazione carceraria cui non corrisponde l'intento effettivo di superare la logica corrente del punire e, con essa, la centralità del ricorso al carcere, specie con riguardo ai detenuti attuali più poveri e privi di risorse personali e familiari, che neppure potrebbero garantire la disponibilità di un domicilio idoneo all'esecuzione esterna della pena. v. L. EUSEBI, *Dinanzi alla fragilità rappresentata dall'errore*, cit., p. 15. In docenti.unicatt.it/web/scheda_publicazione.

¹⁰⁵⁸ v. L. DAGA, *La crisi della pena detentiva*, in *Scritti e Discorsi 1980-1993*, Ufficio Studi, Ricerche, Rapporti Internazionali, DAP – Ministero della Giustizia, Rassegna penitenziaria e criminologica, 2-3, p. 457.

Per i reati non gravi sarebbe opportuno prevedere percorsi risocializzativi responsabilizzanti e non reclusivi, sia per gli imputabili che per i non imputabili. La detenzione, sanitaria e non sanitaria, dovrebbe essere riservata solo agli autori di reati gravissimi, almeno per una parte della pena da eseguire¹⁰⁵⁹.

Ma ciò che risulta fondamentale riguarda l'esigenza di impostare una nuova concezione della responsabilità personale basata sul presupposto del libero volere dell'uomo. Da una teoria della responsabilità rivolta quasi esclusivamente al passato, riguardante la responsabilità di avere commesso un reato, ci si deve spostare verso una teoria della responsabilità rivolta al futuro, la responsabilità verso la costruzione di un percorso di recupero, di costruzione anche dello stesso senso di responsabilità, dell'individuo verso la società e della società nel rapporto con l'individuo¹⁰⁶⁰.

Alla luce delle esigenze di riforma summenzionate dovrebbe essere rivista la funzione assegnata al giudice nel momento della condanna, di modo che questi possa svolgere un compito diverso, e più pregnante sotto il profilo umano, assumendo un ruolo costruttivo sia rispetto al percorso sanzionatorio del condannato, sia per quanto possibile, con riguardo alla composizione del rapporto con la vittima¹⁰⁶¹.

Per quanto concerne l'ambito cautelare, il legislatore con la modifica apportata all'art. 280, comma 2, c.p.p., da parte del d.l. 1.7.2013, n. 78 convertito con modifiche in legge 9.8.2013, n. 94 si è orientato innalzando, da quattro a cinque anni, il limite di pena per l'applicabilità della misura cautelare della custodia in carcere¹⁰⁶².

La riforma corrisponde a quanto auspicato dai giudici di Strasburgo nella sentenza Torreggiani di limitare l'ambito di operatività della custodia carceraria, così da ridurre il numero degli imputati all'interno degli istituti penitenziari¹⁰⁶³.

¹⁰⁵⁹ v. S. ALEO, *Imputabilità e pericolosità sociale dell'individuo infermo di mente*, cit., p. 16.

¹⁰⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁰⁶¹ v. L. EUSEBI, *Dinanzi alla fragilità rappresentata dall'errore*, cit., p. 17. In docenti.unicatt.it/web/scheda_publicazione.

¹⁰⁶² Al riguardo v. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., pp. 16 ss.

¹⁰⁶³ Gli imputati sottoposti a custodia cautelare in carcere rappresentano, come è noto, il 40% del totale dei detenuti. Al riguardo, per le statistiche, v. www.giustizia.it.

La tendenza è evidentemente quella di impedire il soddisfacimento di qualsiasi esigenza cautelare, quindi anche la più pressante, a fronte di conclamate situazioni di inadeguatezza degli arresti domiciliari, rispetto ad imputati di reati di notevole allarme sociale, le cui pene però non superano, di solito, la soglia suddetta.

Il d.l. n. 92 del 2014 convertito con modifiche in legge n. 117 del 2014, ha apportato rilevanti modifiche all'art. 275, comma 2 bis, c.p.p. Al riguardo, il nuovo conio della legge di conversione ha profondamente innovato il testo in questione, tenendo conto dei rilievi che erano stati sollevati verso una regola così rigida nella scelta della misura¹⁰⁶⁴.

Purtroppo, ancora una volta, la morfologia del testo risente di una tecnica nomografica ormai radicata nel sistema processuale italiano che costruisce la fattispecie con un *rassemblement* di regole ed eccezioni. Nel caso del nuovo comma 2 bis la norma originaria è stata, per così dire, arginata nell'*incipit* e nella parte finale da una serie di fitte clausole di salvaguardia: “Salvo quanto previsto dal comma 3 e ferma restando l'applicabilità degli articoli 276, comma 1 ter, e 280, comma 3, non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni. Tale disposizione non si applica nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423 bis, 572, 612 bis e 624 bis, c.p., nonché all'articolo 4 bis, ord. penit. e quando, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, gli arresti domiciliari non possano essere disposti per

¹⁰⁶⁴ Invero, il decreto legge n. 92 del 2014 aveva introdotto una norma particolarmente rigida (art. 8) che instaurava una vera e propria presunzione di congruità delle misure diverse dalla custodia in carcere per tutti i casi in cui «il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva da eseguire non sarà superiore a tre anni». Il divieto operava, come era stato immediatamente rilevato, in tutti i casi a prescindere dalla tipologia del reato per cui si stava procedendo e dalle condizioni personali dell'imputato/indagato. Inoltre il riferimento alla «pena detentiva da eseguire» aveva fatto sorgere nella giurisprudenza di merito un acceso dibattito sul significato di tale locuzione, intendendosi, da parte di alcuni, che occorreva far riferimento alla pena irrogata in sentenza e, da parte di altri, alla pena ancora da scontare, tenuto conto della custodia cautelare sofferta in altre fasi o gradi del giudizio. Così, ad esempio, in caso di condanna in primo grado a quattro anni se l'imputato fosse stato in coercizione carceraria da oltre un anno, secondo una tesi prevalente operava il divieto in questione, con conseguente attenuazione del regime in direzione degli arresti domiciliari o della remissione in libertà. In www.altalex.com.

mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'articolo 284, comma 1, c.p.p.¹⁰⁶⁵.

4. La crisi della pena detentiva

La crisi di *legittimazione* del “sequestro istituzionale” della libertà nasce, come è noto, da un insieme eterogeneo di fattori: crisi della pena “giusta” (ordinata eticamente) e improbabilità della pena “utile”; eccessività “economica” della pena carceraria monopolistica, anche in tema di surplus di penosità, sul piano dei costi/benefici anche umani; incentivazione della considerazione dei diritti umani¹⁰⁶⁶.

Che cioè la popolazione penitenziaria non è grandemente influenzata dal massiccio aumento della criminalità (posto poi che questo sia corrispondente al declamato, e non sia invece anche fattore di altre variabili). In fondo questo fenomeno sarebbe una ulteriore conferma del vecchio sospetto positivista circa la nessuna influenza dei sistemi di controllo penale sulla criminalità¹⁰⁶⁷.

Certamente, una delle acquisizioni più sicure della criminologia radicale – ed in particolare di una delle due branche fondamentali, l’abolizionismo – e cioè l’essere il sistema carcerario sicuramente produttivo di danni per la società – sembra essere almeno parzialmente condivisa dai sistemi ufficiali che, sulla scia delle risoluzioni ONU (come la 16^a del Congresso di Milano 1985), ammettono la necessità della loro riduzione quali/quantitativa. Non è quindi lontano dal vero chi indica nell’altra branca della nuova criminologia (diversa dall’abolizionismo) e cioè nel

¹⁰⁶⁵ La legge n. 117 del 2014 è intervenuta anche in relazione al profilo oggettivo del procedimento coercitivo, prevedendo un ulteriore *cluster* di esclusioni. Infatti il nuovo comma 2 *bis* non si applica ai delitti di cui agli artt. 423 *bis* (incendio boschivo), 572 (maltrattamenti), 612 *bis* (*stalking*) e 624 *bis* (furto in abitazione furto con strappo) c.p. Un vero e proprio terzo binario cautelare che si colloca a metà strada con quello di cui all’art. 275, comma 3, c.p.p., pur pesantemente intaccato dalla Consulta, come precedentemente esaminato. Sulle predette modifiche v. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., pp. 16 ss.

¹⁰⁶⁶ v. L. DAGA, *La crisi della pena detentiva*, cit., p. 453.

¹⁰⁶⁷ *Ivi*, p. 455

“riduzionismo” il vero cavallo vincente delle politiche criminali odierne. L’abolizionismo, infatti, pur ricco di intuizioni geniali e utile per le costruzioni teoriche ulteriori, non ha inciso in senso costruttivo per la mancanza di piani e programmi alternativi. Quindi la ragione principale della crisi della sanzione penale risiede nella crisi del modello “trattamentale” e, all’interno di questo modello – che pur sopravvive in numerose anche moderne ed avanzate legislazioni – nella negatività della “punizione”, della afflittività, ai fini correzionali¹⁰⁶⁸.

Naturalmente ciò non basta a rendere la pena (soprattutto quella carceraria) meno afflittiva, ma in qualche misura l’aporia è risolta dal recente interesse, anche a livello sopranazionale, vedasi ultimo testo regole minime del Consiglio d’Europa, a confinare la punizione “legale” nella mera privazione della libertà, depurando il carcere dalla sofferenza “extralegale”, attraverso il riconoscimento della “dannosità” del carcere¹⁰⁶⁹.

Se allora, conclusivamente, la sanzione criminale: non deve “punire” e non deve “rieducare”, ben si può comprendere la portata della crisi attuale. Il grave rischio che si accompagna allo “svuotamento” del modello sanzionatorio delle antiche illusioni terapeutiche e correzionali è costituito dal noto e affermato pericolo di ridurre la pena detentiva a mera incapacitazione, sequestro obiettivo e separazione dalla società¹⁰⁷⁰.

L’errore compiuto dal sistema penitenziario ottocentesco riguarda il “sequestro istituzionale” con riproduzione di modelli comunitari “artificiali” che attualmente nei sistemi penali odierni è replicato in modo rovesciato, riproducendo modelli deboli. Il che, per *incidens*, sposta l’attenzione sulla necessità di rinforzare preliminarmente dei modelli riproducenti la “famiglia-comunità”, con una azione nel sociale, di lungo periodo, che “ricostruisca” le forme di socializzazione primaria oggi sempre meno

¹⁰⁶⁸ *Ivi*, pp. 455-456.

¹⁰⁶⁹ *Ivi*, p. 456.

¹⁰⁷⁰ v. G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, cit., p. 437.

efficaci, compito estremamente arduo visti i trend attuali della civilizzazione occidentale basati sulla tolleranza, sull'individualismo, sul consumismo¹⁰⁷¹.

Anche per questo fine occorre ulteriormente favorire la dislocazione del controllo sociale dell'ambito del penale ad altre agenzie sociali¹⁰⁷².

Col tempo il modello "premiare" ha pervaso l'ordinamento, ma non più in un'ottica di "osservazione scientifica" dei bisogni del condannato, ma solo di osservazione di oggettivi comportamenti esterni (ossia i "meriti"). La differenziazione "legale" è così finita come modello applicativo, ed è risultato vincente il modello mitico del "buon detenuto" applicabile magari da Lord Crofton nell'Irlanda del secolo diciannovesimo ma scarsamente pagante se applicato al mafioso, al camorrista, o al delinquente professionale italiano¹⁰⁷³.

Bisognerebbe peraltro dichiarare con chiarezza che l'azione nei confronti del delinquente condannato non può e non deve distogliere l'attenzione dal fatto che il vero problema del territorio è costituito dal novanta per cento dei criminali che stanno in libertà e non sono colpiti dalla incarcerazione. Ciò posto, occorre indubbiamente una ferma e responsabile presa di coscienza del problema, che impone scelte di non breve respiro. Per nulla in crisi sono invece i metodi di controllo penale extralegali e, non a caso è all'ordine del giorno, a livello sopranazionale, la lotta alla tortura, alle esecuzioni sommarie, all'uso indiscriminato della repressione come arma di lotta politica¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷¹ v. L. DAGA, *La crisi della pena detentiva*, cit., p. 457.

¹⁰⁷² *Ivi*, p. 459.

¹⁰⁷³ *Ivi*, p. 460.

¹⁰⁷⁴ *Ivi*, p. 461.

5. Il sistema per il controllo elettronico delle persone sottoposte a restrizione della libertà personale

Con il termine controllo elettronico, generalmente, ci si riferisce a differenti tecnologie, più o meno recenti, impiegate per la vigilanza a distanza di condannati o imputati.

Al riguardo, i dispositivi per il monitoraggio elettronico, sono costituiti da “braccialetti” allacciati alla caviglia o al polso del reo e da una Unità Locale di Sorveglianza, installata nell’abitazione di quest’ultimo, che riceve i segnali inviati dal braccialetto e segnala all’agenzia pubblica o privata incaricata della gestione dello strumento se il soggetto si sposta al di fuori del perimetro prestabilito o danneggia il dispositivo. L’operatore della centrale di controllo può mettersi in contatto telefonico con il soggetto e, in caso di allontanamento o manomissione, informare l’agenzia competente ad effettuare gli interventi necessari.

Ad oggi, quando si parla di controllo elettronico o satellitare, ci si riferisce a dispositivi che utilizzano diverse tecnologie, in particolare riscontriamo i sistemi a radio frequenza (E.M.); i dispositivi di localizzazione satellitare (GPS); lo strumento del riconoscimento vocale; il *microchip* sottocutaneo¹⁰⁷⁵.

I prototipi più recenti ed innovativi di controllo elettronico sono in grado di effettuare anche il riconoscimento vocale e di avvalersi di sistemi satellitari. Questi ultimi, permettono di monitorare, in tempo reale, i movimenti e la posizione del soggetto e segnalare qualsiasi spostamento non autorizzato. Tali strumenti possono pertanto essere utilizzati in modo ampio sia per controllare la permanenza di un soggetto in un determinato luogo, sia per seguire eventuali spostamenti di questi¹⁰⁷⁶.

In tema di sorveglianza elettronica, quale metodo di controllo di tipo “non reclusivo”, l’Italia, rispetto alla maggior parte dei Paesi europei, dotatisi di un quadro

¹⁰⁷⁵ Da alcuni anni, negli Stati Uniti, si è avviata la sperimentazione del microchip sottocutaneo che, nonostante le notevoli aspettative non sembra avere avuto maggiori vantaggi rispetto ai controlli elettronici tradizionali. V. E.V. PETRALLA, M. CIARPI, *Il controllo elettronico e satellitare in Europa. Possibili applicazioni per lo sviluppo dell’esecuzione penale esterna in Italia*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, 2013, p. 131.

¹⁰⁷⁶ *Ivi*, p. 130.

normativo e di moduli operativi coerentemente applicati, presenta una situazione alquanto complessa¹⁰⁷⁷.

Nel nostro Paese infatti, la possibilità di utilizzare dispositivi elettronici o altri strumenti tecnici per controllare le persone sottoposte agli arresti domiciliari è prevista dall'art. 275 *bis* c.p.p., introdotto dall'art. 16 del D.L. n. 341 del 2000, convertito nella legge n. 4 del 19.1.2001, che prevede, nella disposizione degli arresti domiciliari, la possibilità per il giudice di prescrivere, appunto “procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici quando ne abbia accertato la disponibilità da parte della polizia giudiziaria”¹⁰⁷⁸.

Tuttavia, da questo momento in poi, il concreto ricorso a tale sistema di controllo da parte della magistratura italiana è stato, di fatto, fortemente limitato¹⁰⁷⁹.

Solo di recente, a seguito di alcuni eclatanti fatti di cronaca, è stato varato il D.L. n. 211 del 2011 (c.d. decreto “Severino”), convertito in legge n. 9 del 2012, che ha ampliato la fascia dei potenziali fruitori della detenzione domiciliare, cui può essere applicato il braccialetto elettronico¹⁰⁸⁰.

Successivamente è stato emanato anche il D.L. n. 93 del 2013, di contrasto alla violenza di genere, convertito con legge n. 119 del 2013, il quale ha introdotto la possibilità di sottoporre a sorveglianza elettronica i soggetti allontanati dal domicilio familiare per i reati previsti dall'art. 282 *bis*, comma 6, c.p.p.¹⁰⁸¹.

Infine, il D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni in legge n. 10 del 2014, spinge ulteriormente nella direzione di un impiego diffuso laddove da un lato prevede che negli arresti domiciliari sia prescritto il controllo con mezzi elettronici, salvo che il giudice lo ritenga non necessario (art. 1, comma 1, lett. a),

¹⁰⁷⁷ *Ivi*, p. 145.

¹⁰⁷⁸ S. APRILE, *Il sistema per il controllo elettronico delle persone sottoposte alla misura degli arresti domiciliari previsto dall'art. 275 bis c.p.p.: “braccialetto elettronico”. L'esperienza del Gip di Roma*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n.2, 2013, p. 48.

¹⁰⁷⁹ E.V. PETRALLA, M. CIARPI, *Il controllo elettronico e satellitare in Europa* cit., p. 145.

¹⁰⁸⁰ *Ivi*, p. 147.

¹⁰⁸¹ Mentre nel primo caso è necessario il consenso dell'imputato, nel secondo caso sembrerebbe che il consenso dell'imputato non sia previsto.

mentre dall'altro ne rafforza l'applicabilità ai condannati, introducendo nell'ordinamento penitenziario il nuovo articolo 58-*quinquies* sulle particolari forme di controllo nella detenzione domiciliare¹⁰⁸².

L'introduzione del controllo nasce con finalità di difesa sociale e di recente è stato preso in considerazione anche quale mezzo di deflazione carceraria. Perciò, dopo dieci anni di scarsissima applicazione in Italia, il g.i.p. di Roma ha rivitalizzato l'utilizzo di detto strumento elettronico per soggetti sottoposti agli arresti domiciliari, ordinando l'installazione di quasi 65 dispositivi in un anno di sperimentazione. Il bilancio è stato estremamente positivo poiché non sono state segnalate evasioni o ingiustificati allontanamenti dal domicilio ed inoltre, si è dato un contributo al fine di attenuare la grave tensione carceraria e rendere più "umana" la fase cautelare.

Tali esiti positivi possono costituire uno stimolo per avviare un dibattito sulle possibili ricadute dell'impiego del sistema di controllo a distanza per tutti coloro che condannati possono beneficiare di una misura alternativa alla reclusione in carcere, quale strumento di contrasto alla recidiva e mezzo di difesa della collettività.

¹⁰⁸² Specificamente le modifiche hanno riguardato in primo luogo l'art. 275 *bis* c.p.p., secondo il quale il giudice "nel disporre la misura degli arresti domiciliari *anche in sostituzione della custodia cautelare in carcere*" deve prescrivere sempre le procedure di controllo elettronico, "salvo che le ritenga non necessarie in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari" (mentre, sino ad ora, erano prescritte solo se ritenute necessarie), e sempre che ne sia accertata la disponibilità da parte della polizia giudiziaria. Quanto alla detenzione domiciliare, la disposizione relativa al controllo elettronico è stata spostata dal comma 4 *bis* dell'art. 47 *ter* ord. penit. (ora abrogato), al nuovo art. 58 *quinquies* ord. penit., che ha innovato la precedente disciplina prevedendo, da un lato, la possibilità per il tribunale di sorveglianza di disporre il controllo elettronico anche "nel corso dell'esecuzione della misura" (e non più solo, quindi, al momento dell'applicazione della misura alternativa) ed attribuendo, dall'altro, anche al magistrato di sorveglianza il potere di disporlo, nei casi di applicazione provvisoria della detenzione domiciliare *ex* comma 1 *quater*. Il controllo elettronico è presumibilmente da ritenersi utilizzabile anche nei confronti dei condannati sottoposti alla misura dell'esecuzione presso il domicilio di cui alla legge n. 199 del 2010: il dubbio è dato dal fatto che il legislatore non ha modificato il comma 8 dell'art. 1 della legge n. 199 del 2010 che contiene il rinvio al comma 4 *bis* dell'art. 47 *ter* ord. penit. (ora, come si è detto, abrogato). Trattandosi con ogni probabilità di una svista, il rinvio deve ora intendersi come diretto al nuovo art. 58 *quinquies* ord. penit. Tali modifiche rendono evidenti la volontà del Governo di sfruttare le potenzialità del braccialetto elettronico, quale strumento in grado di assicurare un più effettivo controllo sui soggetti sottoposti agli arresti domiciliari, al fine di incentivare i giudici ad utilizzare la misura cautelare degli arresti domiciliari e la misura alternativa della detenzione domiciliare (e dell'esecuzione della pena presso il domicilio) in sostituzione della detenzione in carcere.

Nell'ambito della politica criminale, l'idea di un'estensione del controllo (*net widening*) rimanda ad una presunzione secondo la quale i soggetti ai quali viene applicata la misura sono socialmente pericolosi. Per questo motivo c'è chi sostiene che il controllo elettronico rappresenti nient'altro che un mezzo disciplinare che nasconde finalità di assoggettamento, rappresentando la possibilità di una coercizione occulta¹⁰⁸³.

Se però si guarda allo strumento del controllo in un'ottica diversa secondo la quale il soggetto controllato, pur sottoposto a controllo non deve però soggiacere a forme reclusive del corpo e della persona, avendo anche l'opportunità di fruire maggiormente di alternative al carcere di tipo rieducativo, allora i termini della questione sono costretti a mutare. Gli strumenti elettronici possono combinare le politiche di contrasto alla criminalità che rispondono a una domanda di maggiore sicurezza della popolazione, con i principi del reinserimento sociale. In tal modo, nell'ambito di una rinnovata politica criminale, i termini del rapporto Stato-cittadino dovrebbero essere reimpostati nel senso della reciproca collaborazione. In quest'ottica, la tecnologia non sarebbe uno strumento della giustizia penale ma essa stessa determinerebbe l'introduzione di nuovi modelli di politica penale, nel senso, anche, di maggiore solidarietà a livello comunitario¹⁰⁸⁴.

Oltre all'esigenza di deflazione carceraria, l'utilizzo degli strumenti di controllo elettronici, consentirebbe un maggiore utilizzo di misure sanzionatorie non carcerarie evitando così gli effetti negativi della "sindrome da prigionizzazione" riportati, nella maggior parte dei casi, dagli individui soggetti a reclusione totale.

Relativamente alla disciplina attualmente in vigore in Italia, per quanto riguarda il piano cautelare, le richieste dovranno prendere in considerazione la reale disponibilità dei supporti elettronici e comunque, essere formulate con riferimento a speci-

¹⁰⁸³ S. CIAPPI, *La sorveglianza elettronica*, Milano, 2003, p. 185.

¹⁰⁸⁴ Se la rieducazione classica si è rivelata un obiettivo dubbio sul piano epistemologico e irrealizzabile sul piano dei risultati concreti, non resta che tornare a riflettere sulla retribuzione e sulla deterrenza. L'ondata neoclassica risulta in sintonia con il particolare momento storico caratterizzato dalla crisi del sistema *welfaristico*, crisi che ha messo in discussione e delegittimato le principali tecnologie disciplinari. Al riguardo v. S. CIAPPI, *La sorveglianza elettronica*, cit., p. 185.

fici casi in cui la custodia in carcere non sia necessaria, ma si imponga un più incisivo controllo del soggetto collocato agli arresti domiciliari. È noto, altresì, che la misura degli arresti domiciliari sia idonea a presidiare le esigenze di contrasto alla reiterazione del reato in misura certamente maggiore rispetto alla custodia cautelare in carcere.

Come è stato evidenziato dagli studi condotti inizialmente da Garland nel 2002 e Paterson nel 2007, il sistema del controllo elettronico è in grado di incidere su diversi fattori: la riduzione della popolazione carceraria, la salvaguardia e la promozione dell'umanizzazione della pena, il contenimento della spesa necessaria al finanziamento del sistema penitenziario¹⁰⁸⁵.

In alcuni Paesi europei, come in Francia e in Belgio, il controllo elettronico viene considerato una modalità di esecuzione della pena detentiva; pertanto i soggetti sottoposti a tale forma di controllo vengono conteggiati tra i detenuti ristretti in carcere. In Austria, Germania (Baden-wuerttemberg) e nei Paesi Bassi, invece, la gestione è assegnata all'agenzia di *probation*, costituita da un'organizzazione privatizzata, legata ad un accordo di gestione sottoscritto con il Ministero della Giustizia. Una gestione integrata tra agenzie private, di *probation* e servizi sociali territoriali si ritrova in Portogallo, Olanda e Svizzera¹⁰⁸⁶.

In Olanda gli operatori sociali del servizio di *probation* svolgono le azioni di sostegno e controllo del reo, mentre un'agenzia mista pubblico/ privato gestisce i dispositivi e l'impianto tecnologico impiegato per il controllo elettronico. Anche in Svezia il servizio di *probation* ha la responsabilità della presa in carico del reo sottoposto ad una misura o sanzione di comunità abbinata al controllo elettronico. In Inghilterra e Galles, ormai da tempo, il servizio è prestato da una compagnia privata. Infine, il modello impiegato in Catalogna, prevede la responsabilità della gestione del controllo elettronico in capo al personale di custodia in servizio presso i penitenziari.

¹⁰⁸⁵ E. V. PETRALLA, M. CIARPI, *Il controllo elettronico e satellitare in Europa*, cit., p. 129.

¹⁰⁸⁶ L'agenzia privata generalmente fornisce ed installa sul reo il dispositivo per il monitoraggio elettronico, mentre il servizio di *probation* formula ed assicura lo svolgimento del programma di trattamento che, naturalmente, tiene conto dell'impiego di questa particolare forma di controllo. V. E. V. PETRALLA, M. CIARPI, *Il controllo elettronico e satellitare in Europa*, cit., p. 132.

A differenza dei predetti Paesi europei, l'Italia rappresenta l'unica nazione dove la competenza a gestire il sistema e le informazioni fornite dalla sorveglianza elettronica applicata a soggetti in esecuzione di pena è assegnata al Ministero dell'interno e non al Ministero della Giustizia, attraverso le articolazioni territoriali dell'Amministrazione penitenziaria.

Con riferimento ai costi di gestione si osservano situazioni diversificate, con alcuni Paesi nei quali il costo di gestione del controllo elettronico è sopportato interamente dallo Stato ed altri nei quali è prevista una compartecipazione del condannato o dell'imputato¹⁰⁸⁷.

I costi di gestione variano a seconda del Paese e della tipologia di sistema elettronico utilizzato: si parte da un importo di euro 2, 64 per l'Estonia, che garantisce una copertura di 24 ore, a euro 3.500 per 6 mesi nella Scozia, con una copertura dalle 13 alle 24 ore¹⁰⁸⁸.

Occorre precisare che le sperimentazioni condotte in Europa, in particolare nel Regno Unito, sconsigliano nei casi di detenzione presso il domicilio l'applicazione della sorveglianza elettronica per l'intero arco della giornata, senza predisporre in parallelo adeguati programmi di sostegno sociale e psicologico, oltre che prevedere la possibilità di uscite dall'abitazione, seppur brevi¹⁰⁸⁹.

Il fine che ci si dovrebbe proporre, nell'adozione di un sistema di sorveglianza elettronica, è l'accrescimento del livello di efficacia del controllo adottato sulla condotta di soggetti con livello di rischio di recidiva medio-alto, per far sì che si

¹⁰⁸⁷ Ad esempio in Svezia il soggetto sottoposto al controllo elettronico è tenuto a versare del denaro in un apposito fondo statale destinato a finanziare prestazioni di tipo assistenziale a favore delle vittime del delitto; tale iniziativa sembra avere migliorato significativamente la considerazione dell'opinione pubblica nei confronti del controllo elettronico e, più in generale, delle misure e sanzioni di comunità. V. E.V. PETRALLA, M. CIARPI, *Il controllo elettronico e satellitare in Europa*, cit., p. 132.

¹⁰⁸⁸ V. Schema riportato in *Ivi*, p. 135.

¹⁰⁸⁹ L'impiego del braccialetto elettronico negli arresti domiciliari non deve comportare l'accenuazione della condizione di "abbandono" del detenuto. V. E.V. PETRALLA, M. CIARPI, *Il controllo elettronico e satellitare in Europa*, cit., p. 135.

creino condizioni più favorevoli per ammettere un numero elevato di soggetti a beneficiare di una misura o sanzione di comunità¹⁰⁹⁰.

Il controllo elettronico, supportato dalla tecnologia “GPS”, permetterebbe inoltre, di continuare a vigilare sugli spostamenti dei condannati autori di reati molto gravi, come nel caso dei *sex offenders*, che hanno già finito di scontare la loro pena¹⁰⁹¹.

Secondo quanto stabilito dalle Raccomandazioni del Consiglio d’Europa R(2000)2223 e R(2010)124, il controllo elettronico rappresenta anche uno strumento di responsabilizzazione, potendo concretamente rinforzare ed implementare le misure e sanzioni di comunità, contribuire alla riabilitazione ed alla vigilanza a distanza del reo, soprattutto aiutare la persona a modificare le proprie abitudini e stili di vita nonché a sviluppare l’autocontrollo¹⁰⁹².

Le ricerche finora condotte sul tema, soprattutto con riferimento al modello del Regno Unito, hanno rilevato che l’introduzione del controllo elettronico può migliorare l’efficacia delle misure o sanzioni di comunità, riducendo i livelli di rischio e di recidiva. Lo strumento si è rilevato efficace nei confronti di autori di particolari tipologie di reato (*sex offenders*, *stalkers*, violenza intra-familiare), solo se associato a specifici interventi di controllo, accompagnamento e sostegno svolti dagli operatori dei servizi di *probation* e delle altre agenzie specialistiche territoriali. Inoltre, è stato constatato che il controllo elettronico non incrementa l’aggressività del reo e scoraggia

¹⁰⁹⁰ In alcuni Paesi, infatti, si è fatto ricorso al controllo elettronico nei confronti di autori di reati di natura sessuale al fine di consentirne la sottoposizione a programmi di trattamento da parte dei servizi specialistici territoriali, garantendo, nel contempo, adeguate condizioni di sicurezza per la collettività. V. E.V. PETRALLA, M. CIARPI, *Il controllo elettronico e satellitare in Europa*, cit., p. 137.

¹⁰⁹¹ Dopo un lungo periodo di detenzione in carcere, infatti, il rilascio può presentare un elevato e concreto rischio di recidiva e in questi casi il controllo elettronico può risultare particolarmente utile, anche per rassicurare l’opinione pubblica sul fatto che la liberazione anticipata possa essere concessa senza particolari rischi per la collettività. V. E.V. PETRALLA, M. CIARPI, *Il controllo elettronico e satellitare in Europa*, cit., p. 138.

¹⁰⁹² *Ibidem*.

il verificarsi di situazioni di violenza intra-familiare in caso di detenzione domiciliare¹⁰⁹³.

La critica secondo cui la sorveglianza elettronica costituisca uno strumento eccessivo di controllo è inadeguata se si considera che il sorvegliato è condannato alla pena detentiva o si trova in custodia cautelare e l'alternativa per lui è solo il carcere. Inoltre, l'effetto del braccialetto elettronico per quanto riguarda la stigmatizzazione e la desocializzazione dell'individuo è indubbiamente inferiore a quello del carcere.

La formula di sorveglianza non reclusiva permette al reo di mantenere il lavoro e l'abitazione, soprattutto per le pene brevi dove la carcerazione rappresenta un'interruzione dannosa per i rapporti affettivi, sociali e lavorativi. Per le pene più lunghe, invece, il sistema elettronico costituisce uno strumento per tornare gradualmente alla libertà.

La sorveglianza elettronica dovrebbe essere limitata ai casi veramente necessari. I destinatari dovrebbero essere individuati, caso per caso, a seguito di una valutazione del rischio di violazione delle prescrizioni. Questo strumento potrebbe essere usato anche nei confronti di quelle persone che hanno già violato un'ordinanza restrittiva, giustificando così l'inasprimento del controllo¹⁰⁹⁴.

Violare gli obblighi associati alla sorveglianza elettronica può comportare la revoca della misura e l'ingresso in carcere. Il numero di ordinanze revocate per violazione delle prescrizioni è generalmente basso, ma per comparare correttamente il tasso di revoca tra Paesi diversi è bene sottolineare che la violazione, e l'eventuale revoca della misura, dipende dai requisiti del programma e dal fatto che il concetto stesso di violazione può assumere significati molto differenti nelle varie giurisdizioni. Infatti una bassa percentuale di violazione delle prescrizioni potrebbe essere

¹⁰⁹³ *Ivi*, p. 144.

¹⁰⁹⁴ Se le condizioni di applicabilità della sorveglianza elettronica sono troppo rigide rischiano di tradursi in indicatori di previsione del rischio che portano a classificare la popolazione detenuta sulla base di politiche penali attuariali dove tutto viene spersonalizzato e classificato sulla base di considerazioni misurabili, da cui consegue che chi non possiede certi requisiti è considerato pericoloso e oltre a non essere ammesso a tale controllo non viene ammesso nemmeno ad altri benefici e misure alternative alla detenzione. V. F. LEONARDI, *La sorveglianza elettronica come alternativa al carcere. L'esperienza europea*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, 2013, p. 120.

associata a un comportamento estremamente corretto da parte del sorvegliato ma anche a un livello di tolleranza elevato per quella giurisdizione¹⁰⁹⁵.

In Italia, la sorveglianza elettronica dovrebbe essere rivolta a nuove tipologie di destinatari perché la sovrapposizione con le misure esistenti la renderebbe solo un inasprimento della pena, mentre per la sua riuscita deve rappresentare un'opportunità per le persone che altrimenti non avrebbero alternativa al carcere¹⁰⁹⁶.

Inoltre, il controllo elettronico si rivela obiettivo e asettico, essendo sempre attivo e privo della discrezionalità che caratterizza la valutazione umana¹⁰⁹⁷.

L'introduzione di nuovi modelli penitenziari può ispirarsi all'esperienza maturata in altri Paesi. Al riguardo, i modelli di riferimento sui quali sono state operate scelte per l'introduzione della sorveglianza elettronica, oltre a quello americano che è stato il primo a comparire, sono stati quelli svedese e olandese¹⁰⁹⁸.

In Svezia, ad esempio, l'ammissione al programma di sorveglianza elettronica viene decisa dal *Prison and Probation Service*, e la relativa vigilanza viene disposta nell'ambito di un programma di trattamento e reinserimento¹⁰⁹⁹.

6. I “droni” come possibile strumento di prevenzione del crimine e la connessa tutela dei diritti fondamentali

Un “drone” è un robot con limitate capacità decisionali ma che può anche essere comandato a distanza. Non necessariamente si tratta di un aereo robot, dunque,

¹⁰⁹⁵ *Ivi*, p. 93.

¹⁰⁹⁶ *Ivi*, p. 120.

¹⁰⁹⁷ *Ivi*, p. 94.

¹⁰⁹⁸ La differenza principale tra questi modelli è relativa alla gestione dei programmi. Il modello americano è a gestione privata, quello svedese a gestione pubblica, quello olandese a gestione mista. V. F. LEONARDI, *La sorveglianza elettronica come alternativa al carcere*, cit., p. 99.

¹⁰⁹⁹ *Ivi*, p. 101.

anche se nell'immaginario comune i droni sono volanti, esistono anche droni subacquei e terrestri¹¹⁰⁰.

I più comuni sono gli RPAS (*Remotely Piloted Aircraft Systems*), velivoli senza pilota con limitate capacità di volo autonomo, controllati da terra con un radiocomando; UAV (*Unmanned aerial vehicle*), velivoli senza pilota eventualmente assistiti da terra ma in grado di volare da soli.

Il costo dei droni dipende dalla loro natura e dal loro utilizzo¹¹⁰¹.

Gli *Unmanned Aerial Vehicles* (UAV) superata la fase di sola applicazione bellica, vengono ormai sempre più spesso adattati e impiegati in contesti civili, con particolare specializzazione nel monitoraggio del territorio a fini ambientali, di protezione civile o eventualmente di controllo e ispezione di aree impervie o siti pericolosi. Si tratta in particolare dell'adattamento di mini-UAV, dispositivi di ridotte dimensioni che per maneggevolezza e costi possono essere destinati a funzioni di servizio, in particolare pubblico¹¹⁰².

L'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile – ENAC – con delibera del C.d.A. n. 42 del 2013 in data 16.12.2013 ha stabilito un regolamento per chi utilizza mezzi aerei a pilotaggio remoto, i cosiddetti droni. Le regole stabilite dall'ENAC devono essere osservate anche dai soggetti che realizzano riprese aeree con l'utilizzo di Droni. Il testo completo del regolamento "Mezzi Aerei a Pilotaggio Remoto" (APR), è entrato in vigore il 15.02.2013. Detto regolamento specifica, all'art. 22, come, nel caso in cui le operazioni svolte dal SAPR comportino (o possano comportare) il

¹¹⁰⁰ In inglese drone rappresenta il fuco, il maschio dell'ape. Il nome onomatopeico sottolinea il ronzio grave tipico dei droni elettrici.

¹¹⁰¹ Ci sono droni hobbystici alla portata di tutti, poche centinaia di euro bastano per un sistema completo di telecamera da usare con iPad o iPhone, o con un radiocomando da aeromodellismo. Ci sono anche micro droni giocattolo che possono volare in casa, che costano meno di cento euro, e possono comunque portare una telecamerina tipo il diffusissimo portachiavi-telecamera che si trova in qualsiasi negozio online di elettronica di consumo. I droni professionali per riprese aeree, equipaggiati con telecamere *prosumer* o *action* camera costano diverse centinaia o migliaia di euro, i droni più sofisticati per il controllo del territorio, l'agricoltura di precisione e le riprese aeree di qualità broadcast costano decine di migliaia di euro, i droni militari sono sistemi d'arma di altissima sofisticazione che costano centinaia di milioni o miliardi a seconda dell'armamento di bordo. www.dronezine.it/rivista/.

¹¹⁰² www.csp.it/.../mini-e-micro-droni-uav-per-il-monitoraggio-ambientale/.

trattamento dei dati personali, lo stesso deve essere effettuato in ogni caso nel rispetto del codice in materia di protezione dei dati personali (di seguito codice *privacy*) di cui al d.lgs. n. 196 del 2003¹¹⁰³ con particolare riguardo al ricorso a modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità ai sensi dell'art. 3 del sopra citato codice e deve rispettare, altresì, le misure e gli accorgimenti a garanzia dell'interessato prescritti dal Garante per la protezione dei dati personali.

Il CNR – Consiglio Nazionale delle Ricerche – sta sperimentando l'utilizzo degli APR, in particolare droni multirotori, come mezzo per il controllo ambientale e per gli studi epidemiologici¹¹⁰⁴.

I droni possono effettuare, attraverso telecamere e sensori dei trattamenti di dati personali, dati definiti dal codice *privacy* come qualsiasi informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, sia direttamente (es. volto, voce, ecc.) che indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale (es. dati delle targhe delle autovetture).

In generale, l'utilizzo dei droni potrebbe essere considerato utile per il perseguimento di fini legati alla prevenzione del crimine. In particolare, si ritiene, inoltre, che ottimizzare l'attività investigativa del pubblico ministero attraverso la costituzione di “gruppi specializzati” per settori di criminalità, anche in relazione alle nuove

¹¹⁰³ Si tratta del d.lgs. 30.6.2003, n. 196, “Codice in materia di protezione dei dati personali”, denominato anche “codice *privacy*”.

¹¹⁰⁴ A questo proposito, lo scorso 4 Luglio si è svolto un seminario a cura di IFC-CNR per illustrare le caratteristiche, le potenzialità e i limiti dell'impiego dei mezzi aerei a pilotaggio remoto in questo ambito applicativo. “Nell'epidemiologia ambientale, che ha lo scopo di correlare caratteristiche ambientali con le caratteristiche della salute di individui, di comunità, di popolazione, è intuitivo quanto sia importante l'uso del drone” afferma Fabrizio Bianchi, dirigente di ricerca del CNR. E prosegue: “uno strumento che può volare con apparecchiature e sensori, non solo per fotografare o filmare ma anche per misurare caratteristiche ambientali. Il drone per vedere, esplorare, misurare, in aree difficili da studiare in altro modo. Ad esempio aree industriali, aree con discariche o inceneritori, aree rurali con uso di pesticidi. In queste aree l'uso di uno strumento come un velivolo a pilotaggio remoto, che vola a diverse quote con a bordo sensori per la misura degli inquinanti che via via si vanno a definire sulla base di protocolli scientifici, è molto importante ed è per questo che ci stiamo sforzando per utilizzare i droni nei progetti di ricerca di epidemiologia”.

disponibilità offerte dalla scienza e dalla tecnologia, possa condurre ad importanti risultati nelle indagini¹¹⁰⁵.

Secondo una recente indagine a cura della Doxa Marketing Advice¹¹⁰⁶ in materia di droni in Italia, la protezione dei dati personali costituisce l'aspetto che preoccupa di più gli italiani nell'approccio a questi nuovi strumenti tecnologici¹¹⁰⁷.

Il settore della tutela "progressiva" dei diritti di libertà esige, al riguardo, continui aggiustamenti. Invero, l'utilizzo dell'aggettivo "progressiva" intende segnalare la necessità di aggiornare via via la mappa delle garanzie, attraverso il riconoscimento di "nuovi diritti" la cui esistenza trova fondamento nella diffusione di novità tecnologiche idonee a pregiudicare posizioni personali, meritevoli di protezione giuridica. D'altro canto, l'utilizzo del termine suddetto, allude all'esigenza di sorvegliare il confine mobile che – sulla scorta di valutazioni e bilanciamenti mutevoli nel tempo – divide l'area dei diritti individuali da quella di una loro compressione giustificata dalla necessità di reprimere e/o prevenire attività criminose¹¹⁰⁸.

Nuovi diritti di libertà premono per essere ufficialmente riconosciuti anche sul piano del diritto processuale penale. Diritti di libertà di tipo tradizionale, costituzionalmente tutelati *ex artt.* 13, 14, 15, Cost., e diritti di libertà non tradizionali, godono di una tutela sensibile al clima socio-culturale dominante solitamente riflesso degli

¹¹⁰⁵ Invero, la specializzazione dell'attività investigativa, se ben congegnata, è in grado di assicurare buoni risultati sul piano della completezza delle indagini. Lo sguardo guidato dall'esperienza è in grado di distinguere all'impronta le notizie di reato da coltivare con verosimile successo, da quelle inconsistenti o insuscettibili di sfociare in accuse fondate. Donde l'opportunità che la riforma processuale penale si occupi anche di questo. Così R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3, 2014, p. 1149.

¹¹⁰⁶ Per approfondimenti v. L. MACI, *Doxa, italiani divisi sui minivelivoli. Utili sì, ma rischiosi per la privacy*, in *Corrierecomunicazioni*: http://www.corrierecomunicazioni.it/archivio-giornale/2014/3/Corcom_16.pdf.

¹¹⁰⁷ Al riguardo v. M. ALOVISIO, *L'occhio dei droni, security e protezione dei dati personali: l'Italia all'avanguardia*, 23.12.2014, in www.lavocedeldiritto.it/index.php/altri-diritti.

¹¹⁰⁸ Così R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, cit., p. 1151.

umori della politica: una tutela per ciò stesso mutevole nel tempo, oscillante fra istanze di libertà ed esigenze repressive¹¹⁰⁹.

Invero, ci sono diritti che ambiscono ad essere riconosciuti. Si tratta di un fenomeno legato essenzialmente alle nuove tecnologie, soprattutto informatiche. La normativa italiana non considera inviolabile il diritto alla *privacy*. L'art. 1 del d.lgs. n. 196 del 2003 prevede che: "Chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali". Da ciò si ricava che la limitazione del predetto diritto per fini di accertamento giudiziario può avvenire senza le particolari cautele. Al riguardo, si fa riferimento alla riserva di legge e alla riserva di giurisdizione, nel rispetto del criterio di proporzionalità, imposte per la limitazione di diritti fondamentali *ex art. 55 ss. del codice privacy*. Fa eccezione l'acquisizione di dati personali archiviati dai fornitori dei servizi telefonici e telematici, acquisibili entro i limiti previsti dall'art. 132 e su autorizzazione o convalida dell'autorità giudiziaria (art. 132, commi 3 e 4 *quinquies* codice *privacy*) verosimilmente in ragione della loro contiguità con il diritto inviolabile della segretezza delle comunicazioni *ex art. 15 Cost.* Per il resto, l'acquisizione di dati personali sensibili non è soggetta a particolari garanzie: gli organi di pubblica sicurezza vi possono procedere senza bisogno di farsi autorizzare, ad esempio quando usano le banche dati pubbliche o quando effettuano pedinamenti, anche satellitari, od osservazioni a distanza prolungate nel tempo.

Nella società contemporanea, l'individuo è in buona misura dominabile da chi controlla informazioni sulla sua vita privata, sulle sue abitudini e inclinazioni sessuali, sulle sue preferenze politiche, sulle sue appartenenze religiose, sulle sue frequentazioni sociali e amicali ecc. È facile intuire quanto possa essere scossa la personalità di un individuo che si trovi ad essere in balia di chi controlla sistematicamente queste informazioni. Ciò non risulta conforme al rispetto della dignità dell'individuo stesso. Per tale ragione, si auspica un adeguamento della lista dei diritti fondamentali all'evoluzione tecnologica, così da trarne le dovute conseguenze sul piano della disciplina processuale.

¹¹⁰⁹ *Ibidem.*

La Corte costituzionale con sentenza n. 173 del 2009¹¹¹⁰, in materia di intercettazioni telefoniche, ha qualificato come “fondamentale” il diritto alla riservatezza riconoscendogli lo stesso rango del diritto alla libertà e segretezza delle comunicazioni. Purtroppo, l’affermazione del carattere fondamentale del diritto alla *privacy* non trova alcun riscontro nella legge processuale dove la raccolta e l’elaborazione di dati personali continua ad essere classificata come “attività atipica di polizia”¹¹¹¹. Non sussiste, allo stato, nessuna riserva di legge, nessuna riserva di giurisdizione e nessuna applicazione del criterio di proporzionalità in materia¹¹¹².

La giurisprudenza della Corte EDU usa con grande flessibilità i principi della convenzione. Nell’art. 8 Cedu relativo al diritto al rispetto della vita privata e familiare, viene ricompreso il diritto alla *privacy*, così come il diritto all’autodeterminazione informativa¹¹¹³.

Anche la Corte di Giustizia dell’Unione europea arriva alle predette conclusioni sulla scorta degli artt. 7, 8, 52 della Carta dei diritti fondamentali U.E.¹¹¹⁴

I diritti fondamentali sono oggetto di tutela “progressiva” non solo nel senso appena precisato, di un loro opportuno adeguamento all’evoluzione tecnologica e alle sfide del tempo, ma altresì per il fatto di trovarsi in rapporto di costante tensione con l’esigenza di un’efficace perseguimento dei reati¹¹¹⁵.

Il bilanciamento fra le due esigenze in contrasto è comprensibilmente esposto ai mutevoli umori della politica. Accade così che i diritti di libertà subiscano com-

¹¹¹⁰ Si tratta di Corte cost., 22.4.2009, n. 173, in www.cortecostituzionale.it.

¹¹¹¹ Al riguardo v. Cass., sez. II, 13.2.2013, n. 21644, in *CED*, rv. 255542.

¹¹¹² Così R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti fondamentali*, cit., p. 1155.

¹¹¹³ Al riguardo v. Corte EDU, sent. 2.9.2010, caso *Uzun c. Germania*, in tema di “pedinamento satellitare”.

¹¹¹⁴ Al riguardo v. Corte di Giustizia U.E., sent. 8.4.2014, n. 54, cause riunite C-293/12 e C- 594/12, *Digital Rights Ireland*.

¹¹¹⁵ Così R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti fondamentali*, cit., p. 1155.

pressioni significative in corrispondenza di fenomeni criminosi percepiti come allarmanti¹¹¹⁶.

Va prioritariamente rispettata la dignità umana, quale nucleo essenziale dei diritti inviolabili della personalità. Una legge che intervenga a modificare il bilanciamento fra garanzie individuali ed esigenze repressive, deve orientarsi a quel criterio di razionalità pratica che dottrina e giurisprudenza hanno sintetizzato nel principio di proporzionalità. Ad esso, pertanto, conviene riferirsi per stabilire fin dove è lecito spingersi nella limitazione del diritto dichiarato inviolabile, facendo comunque salvo quel nucleo incompressibile comune ad ogni diritto fondamentale, rappresentato dalla dignità umana.

Il rischio, in questo attuale scenario storico, è che il legislatore abusi della discrezionalità intrinseca alla sua funzione politico-istituzionale. Al riguardo, si ritiene che l'imposizione di sacrifici inidonei, inadeguati o non indispensabili sia sintomo di un eccesso di potere legislativo da considerare costituzionalmente illegittimo per la sua intima irragionevolezza¹¹¹⁷.

L'altro aspetto, di carattere procedurale, che riveste particolare importanza, riguarda il fatto che la limitazione dei diritti (inviolabili) debba avvenire per atto motivato dell'autorità giudiziaria nei casi e nei modi prescritti da una legge dello Stato, sempre nel rispetto del principio di proporzionalità¹¹¹⁸.

Come osservato dagli studiosi Zygmunt Bauman e David Lyon¹¹¹⁹ “la nuova generazione dei droni resterà invisibile ma renderà visibile tutto il resto”. Ci attendono pertanto nuove sfide sia a livello tecnologico sia a livello giuridico al fine di

¹¹¹⁶ “Un terreno fertile per le pratiche di populismo penale che trovano facile diffusione nelle società post-ideologiche, soprattutto in ragione degli elevati dividendi che promettono sul mercato del consenso politico-elettorale”. Così R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti fondamentali*, cit., p. 1155.

¹¹¹⁷ A tale riguardo Renzo Orlandi fa riferimento anche al tema che investe l'art. 275, comma 3, c.p.p., definendolo un chiaro esempio di discrezionalità legislativa “abusata”. V. R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti fondamentali*, cit., p. 1158.

¹¹¹⁸ Sul punto v. R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti fondamentali*, cit., p. 1160.

¹¹¹⁹ Al riguardo v. Z. BAUMAN, D. LYON, *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, Roma-Bari, 2014, p. 5.

definire il dinamico e corretto equilibrio tra le necessità della sicurezza pubblica, diritto alla protezione dei dati personali e i vantaggi (anche economici) della tecnologia dei droni¹¹²⁰.

¹¹²⁰ Nell'opera predetta, si è utilizzato l'espressione "sorveglianza liquida" per mettere a fuoco il fatto che anche la sorveglianza è ormai percepita come un elemento liquido delle relazioni sociali, al pari di quanto Bauman ha scritto sulla modernità liquida. Inoltre, è importante far emergere l'ambivalenza delle forme di sorveglianza contemporanea. Ci sono, infatti, tecnologie che aiutano a risolvere operazioni quotidiane, come comunicare, fare prenotazioni, acquistare un abito o un libro, ma che sono allo stesso tempo tecnologie del controllo sociale. È quindi essenziale rendere evidente ciò che non è ovvio nel senso comune: cioè che le informazioni accumulate durante queste operazioni quotidiane sono anche strumenti di controllo.

Bibliografia

AA.VV., *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, Introduzione di P. Barcellona, Bari, 2001.

ALEO S., *Imputabilità e pericolosità sociale dell'individuo infermo di mente*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, 2013, p. 14.

ALEO S., DI NUOVO S., *Responsabilità penale e complessità. Il diritto penale di fronte alle altre scienze sociali. Colpevolezza, imputabilità, pericolosità sociale*, Milano, 2011, *passim*.

ALOVISIO M., *L'occhio dei droni, security e protezione dei dati personali: l'Italia all'avanguardia*, 23.12.2014, in www.lavocedeldiritto.it/index.php/altri-diritti.

AMATO G., *Individuo ed autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976, p. 261.

AMATO P., *La biopolitica. Il potere sulla vita e la costituzione della soggettività*, Milano 2004;

AMBROSETTI E.M., *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997.

AMODIO E., *Il processo di prevenzione: l'illusione della giurisdizionalità*, in *Giust. Pen.* 1975, III, 498.

ANCEL M., *La nuova difesa sociale*, Milano, 1966, *passim*.

ANDREOLI V., *La perizia psichiatrica*, in *Quaderni italiani di psichiatria*, XIX, 1, 2000.

ANNETTA M., *Dalla legge Gozzini alla legislazione di emergenza. Politica penale e professionalità della magistratura di sorveglianza*, in www.altrodiritto.it.

ANTONINI F., *L'uomo furioso, Studio sull'aggressività collettiva*, Firenze, 1974.

APRILE S., *Il sistema per il controllo elettronico delle persone sottoposte alla misura degli arresti domiciliari previsto dall'art. 275 bis c.p.p.: "braccialetto elettronico"*. *L'esperienza del Gip di Roma*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, 2013, p. 48.

ARDILLI D., *Hannah Arendt. Critica dell'ontologia e approssimazione al «concreto»*, in *Esercizi Filosofici* 2, 2007, pp. 1-19.

ARENDT H., *Vita activa. La condizione umana*, Milano, 1958.

BALDASSARRE M., *Narcisismo, perversione e disturbi della personalità*, Roma, 2012.

BALZAROTTI R., *Psychè. Invenzioni dell'altro*, Vol. 1, Milano, 2008, *passim*.

BANDINI T., M. LAGAZZI, *Lezioni di psicologia e psichiatria forense*, Milano, 2000.

BARATTA A., *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982.

BARATTA A., *Introduzione a S. MOCCIA, La perenne emergenza*, Napoli, 1997.

BARBAGLI M., *Immigrazione e criminalità*, Bologna, 1998.

BARCELLONA P., *Il suicidio dell'Europa: dalla coscienza infelice all'edonismo cognitivo*, Bari, 2005, p. 79.

BARDIN A., *Epistemologia e politica in Gilbert Simondon, Individuazione, tecnica e sistemi sociali*, www.Academia.edu.it.

BARGIACCHI C., *Esecuzione della pena e relazioni familiari. Aspetti giuridici e sociologici*, in www.altrodiritto.it.

BAUMAN Z., LYON D., *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, Roma-Bari, 2014.

BAUMAN Z., *Paura liquida*, GLF Editori Laterza, Roma/Bari, 2008, pp. 5 e ss.

BAZZICALUPO L. (a cura di), *Impersonale. In dialogo con Roberto Esposito*, Itinerari filosofici, Milano-Udine, 2008, p. 23.

BAZZICALUPO L., *Biopolitica. Una mappa concettuale*, Roma, 2010.

BAZZICALUPO L., ESPOSITO R. (a cura di), *Politica della vita*, Roma-Bari, 2003.

BECK U., *La società del rischio: verso una nuova modernità*, ed. it. a cura di W. PRIVITERA, Roma, 2000.

BERGER P.L., LUCKMANN T., *La realtà come costruzione sociale*, Bologna, 1997.

BERNASCONI A., *La collaborazione processuale. Incentivi di protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Milano, 1995.

BERNASCONI A., *Nei nuovi limiti ai benefici penitenziari non c'è svolta contro le distorsioni*, in *Guida dir.*, *Sole 24 ore*, 15.3.1997, n. 10, p. 128.

BERNASCONI C., *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzione: il caso della recidiva reiterata*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 405.

BERTOLINO M., *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *Archivio Penale*, 2014, n. 2, *passim*.

BERTOLINO M., *Il "breve" cammino del vizio di mente. Un ritorno al modello organico?*, in *Criminalia*, 2008, p. 3245 ss.

BERTOLINO M., *Il breve cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organico?*, in A. SANTUOSSO (a cura di), *Le neuroscienze e il diritto*, Pavia, 2009.

BERTOLINO M., *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da G. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Milano, 2009, p. 137 ss.

BERTOLINO M., *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale italiano*, Milano, 1990, *passim*.

BERZANO L., PRINA F., *Sociologia della devianza*, Roma, 2005.

BETSOS I.M., *Colpevoli si nasce?*, Milano, 2010.

BETTIOL G., *Diritto penale*, XI ed., Padova, 1982.

BETTIOL G., *Il mito della rieducazione*, Convegno di dir. pen, Bressanone, 1963, Padova, 1964.

BIANCHETTI R., *Sollezata questione di legittimità costituzionale in merito ai nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale del seminfermo di mente*, Tribunale di sorveglianza di Messina, ordinanza del 16 luglio 2014, in www.penalecontemporaneo.it.

BIANCHI A., *Neuroscienze e diritto: spiegare di più per comprendere meglio*, in A. BIANCHI, G. GULOTTA, G. SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009, XIII.

BOCCHINI B., *L'accertamento della pericolosità (misure di prevenzione e sorveglianza e misure alternative alla detenzione)* in *La prova penale*, Trattato diretto da A. Gaito, vol. I, *Il sistema della prova*, capitolo XVI, Torino, 2008, p. 577.

BORTOLINI M., *L'immunità necessaria, Talcott Parsons e la sociologia della modernità*, Roma, 2005.

BORZACHIELLO A., *La grande riforma. Breve storia dell'irrisolta questione carceraria*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, nn. 2-3, 2005, pp. 85 ss.

BOURKE J., *Paura: una storia culturale*, Roma, 2007.

BREDA R., *Il controllo nell'affidamento in prova*, in *Dir. pen. proc.*, n. 5, 1995, p. 652.

BREDA R., *L'assistente sociale per adulti nel sistema penitenziario*, in F.S. FORTUNA (a cura di), *Operatori penitenziari e legge di riforma*, Milano.

BREDA R., *Servizio sociale e mondo dei valori*, in *La rivista di servizio sociale*, n. 1, 1967, p. 32.

BRICOLA F., *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, p. 68.

BRICOLA F., *L'affidamento in prova al servizio sociale: "fiore all'occhiello" della riforma penitenziaria*, in *Quest. Crim.*, 1976, p. 370.

BROSDKY S. L., *Lo psicologo nella giustizia penale*, Milano, 1978, *passim*.

BRUNETTI C., ZICCONI M., *Manuale di diritto penitenziario*, prefazione di G. Sciaudone, Piacenza, 2004.

BRUNO F., *La pericolosità sociale psichiatrica*, in F. FERRACUTI (a cura di), *Trattato di Criminologia, Medicina Criminologica e Psichiatria Forense*, vol. XIII, Milano 1990, p. 349.

CAMPESI G., *Archeologia del “neoliberalismo penale”*. *Appunti sulla nascita di un nuovo paradigma criminologico*, in www.academia.edu/.../Archeologia_del_neoliberalismo_penale._Appunti...

CANCIO MELIA M., *“Diritto penale” del nemico?*, in DONINI M. e PAPA M. (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Quaderni di diritto penale comparato, internazionale e europeo, n. 4, Milano, 2007, pp. 65 ss.

CANEPA M., S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010.

CANETTI E., *Massa e potere*, traduzione di F. Jesi, Milano, 1981.

CANGUILHEM G., *Il normale e il patologico*, Introduzione di M. Porro, Torino 1998, *passim*.

CAPRARO V.L., V. CUZZOCREA, E. PICOZZA, D. TERRACINA, *Neurodiritto*, Torino, 2011, *passim*.

CAPRIOLI F., *Pericolosità e processo penale*, in M. PAVARINI, L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, Bologna, 2013, p. 21.

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, Bologna, 1993.

CARUSO G., *Reclività riformata, attenuanti generiche e discrezionalità. A proposito di Corte cost., sent. n. 183 del 7 giugno 2011*, in *Riv. pen.*, 2011, pp. 961 ss.

CASALINI B., CINI L. (a cura di), *Giustizia, uguaglianza e differenza. Una guida alla lettura della filosofia politica contemporanea*, Firenze University Press, 2012.

CASAROLI G., *Misure alternative alla detenzione*, in *Dig. Pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 15.

CASTEL R., *From Dangerous to Risk*, in G. BURCHELL, C. CORDON, P. MILLER, *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, London, 1991.

CASTEL R., *L'insicurezza sociale, Che significa essere protetti?*, Bologna, 2011.

CATANIA G., *Viaggio nelle carceri scandinave dove i detenuti sono persone*, 2.12.2013, in www.donneuropa.it.

CATTANEO M.A., *Critica della giustizia. Natura e società moderna*, Milano, 1996.

CAZZANIGA A., A. CATTABENI C. M., *Compendio di medicina legale e delle assicurazioni*, Torino, 1961, *passim*.

CAZZANIGA A., *Criteriologia medico-forense*, Pavia, 1969, *passim*.

CECCHETTI F., *“Svuota carceri” e liberazione anticipata speciale: decreto legge non convertito e successione di leggi penali nel tempo*, 16.9.2014, in www.penalecontemporaneo.it.

CESARIS L., *Art. 14 bis*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2011, ed. IV, p. 182 ss.

CESARIS L., *Commento all’art. 47 ter*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2006, p. 589.

CHIAVARIO M., *Ancora libertà “ch’è si cara... e qualche interrogativo sul rispetto dei confini di ruoli istituzionali*, in *Leg. pen.*, 2012, pp. 2 ss.

CIAPPI S., *La sorveglianza elettronica*, Milano, 2003.

CICCARELLI R., *Michel Foucault, l'immanenza della libertà*, in *Il Manifesto*, 25.6.2014.

CIVELLO G., *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p.: due nuove conquiste nella battaglia contro il “divieto di prevalenza”*, in *Archivio penale*, n. 2, 2014, pp. 2 ss.

COLLICA M.T., *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in www.penalecontemporaneo.it.

COLLICA M.T., *La crisi del concetto di autore non imputabile “pericoloso”*, in www.penalecontemporaneo.it.

COLLICA M.T., *La crisi del concetto di autore non imputabile “pericoloso” del reato*, in A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO, (a cura di), *Libertà dal carcere libertà nel carcere. affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, p. 289.

COLLICA M.T., *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel “Progetto Grosso”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 879 ss.

COLLICA M.T., *Ruolo del giudice e del perito nell'accertamento del vizio di mente*, in G. DE FRANCESCO, CARMELA PIEMONTESE e E. VENAFARO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Quaderni del Dipartimento di diritto Pubblico, Università di Pisa, Torino, 2010, p. 2.

COMUCCI P., *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, pp. 3 ss.

COMUCCI P., *Nuovi profili del trattamento penitenziario*, Milano, 1988.

CORBETTA S., *Il nuovo volto della recidiva: “tre colpi e sei fuori”?*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006.

CORBI F., *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992.

CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2012.

CORTESI M.F., *L'inasprimento del trattamento penitenziario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 9, p. 1091.

CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Milano, 2010.

CUCCI M., G. GENNARI, A. GENTILOMO, *L'uso della prova scientifica nel processo penale*, Sant'Arcangelo di Romagna (Forlì-Cesena), 2012.

CURI U., G. PALOMBARINI, *Diritto penale minimo*, in PAVARINI M. (a cura di), *Il “grottesco” della penologia contemporanea*, Roma, 2002, p. 252.

D. FUSARO (a cura di), *De Saussure Ferdinand* in www.filosofico.net/saussure.htm

D'ALESSANDRO F., *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella prassi del processo: il ruolo decisivo del controesame e della motivazione scritta*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, pp. 699 ss.

D'AMBROSIO L., *Nuovo e contestato regolamento sulla protezione dei collaboratori di giustizia*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, vol. I, n. 5, p. 626.

D'ONOFRIO M., SARTORI M., *Le misure alternative alla detenzione*, Milano, 2004.

DAGA L., *L'evoluzione normativa e la situazione penitenziaria dopo la riforma del 1986*, in *Quaderni del Consiglio superiore della magistratura*, 1995, n. 80, pp. 76 ss.

DAGA L., *La crisi della pena detentiva*, in *Scritti e Discorsi 1980-1993*, Ufficio Studi, Ricerche, Rapporti Internazionali, D.A.P. – Ministero della Giustizia, Rassegna penitenziaria e criminologica, 2-3, p. 457.

DAGA L., *Prevenzione della recidiva: modifiche normative ed adeguamento delle strutture in rapporto al sistema penitenziario*, in *Scritti e discorsi 1980-1993*, a cura del Dipartimento Amministrazione Penitenziaria Ufficio Studi Ricerche Legislazione e Rapporti Internazionali, Ministero della Giustizia, Roma, 2008, pp. 463 ss.

DAL LAGO A., *Le nostre guerre, filosofia e sociologia dei conflitti armati*, Roma 2010.

DAVIDSON A.I. (a cura di), *Michel Foucault e la storia della sessualità*, Milano, 2006, n. 331, *passim*.

DAWAN D., *I nuovi confini dell'imputabilità nel processo penale*, Milano, 2006, p. 2 ss.

DE CATALDO NEUBURGER L. (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007.

DE GIORGI A., *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Roma, 2000.

DE GIORGI A., *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Roma, 2000.

DE LEO G., P. PATRIZI, *Psicologia giuridica*, Bologna, 2002.

DEL COCO R., MARAFIOTI L., PISANI N. (a cura di) *Emergenza carceri, Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014.

DELL'OSSO G., *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Milano, 1985.

DELLA BELLA A., *Convertito in legge il "decreto carceri" 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, 15.9.2013, in www.penalecontemporaneo.it.

DELLA BELLA A., *Emergenza carceri e sistema penale, I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Torino, 2014.

DELLA BELLA A., *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, 13.10.2014, in www.penalecontemporaneo.it

DELLA BELLA A., *Sull'applicabilità della liberazione anticipata speciale ai condannati con cumuli di pene comprensivi di quelle irrogate per reati ostativi, ai sensi dell'art. 4 bis ord. penit.*, 16 giugno 2014 (Mag. Sorv. Vercelli, ud. 27 maggio 2014, Est. Fiorentin), in www.penalecontemporaneo.it.

DELLA RAGIONE L., *Compendio di procedura penale*, Roma, 2014.

DELLA TORRE J., *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sull'"oltre ogni ragionevole dubbio"*, in www.penalecontemporaneo.it.

DERRIDA J., *La scrittura e la differenza*, trad. G. Pozzi, Torino, 1971, *passim*.

DERRIDA J., *Luoghi dell'indecidibile*, Soveria Mannelli, 2012.

DI CATARCI, *Le forme sociali dell'educazione. Servizi, territori, società*, Milano, 2013.

DI GENNARO G., R. BREDI, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997.

DI LUCIA P. (a cura di), *Assiomatica del normativo: filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, 2011.

DISNAN G., G. FAVA VIZZIELLO, *La consulenza clinica psicologica*, Milano, 1999.

DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 575 ss.

DOMINIONI O., *La prova penale scientifica*, Milano, 2005.

DONINI M., *Il diritto penale di fronte al nemico*, in “*Cassazione penale*”, 2006, p. 274.

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale fra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.

DOUGLAS M., *Rischio e colpa*, Bologna, 1996.

ECO U., *La struttura assente: la ricerca semiotica e il metodo strutturale*, Milano, 2004, *passim*.

ELIA L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano 1962.

EPIDENDIO T. E., *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari*, 21.11.2013, www.penalecontemporaneo.it.

ESPOSITO G., *Brevi osservazioni in ordine alla legittimità costituzionale della nuova disciplina delle misure alternative alla detenzione*, in *Arch. pen.*, 1993, p. 139.

ESPOSITO G., *Le nuove norme in materia penitenziaria*, in *Arch. Pen.*, 1992, fasc. 3, p. 490.

ESPOSITO R., *Bios. Biopolitica e filosofia*, Torino, 2004.

ESPOSITO R., *Communitas*, Einaudi, Torino 1998.

ESPOSITO R., *Dall'impolitico all'impersonale. Conversazioni filosofiche*, a cura di M. Saidel e G.V. Arias, Milano-Udine, 2012.

ESPOSITO R., *Immunitas, Protezione e negazione della vita*, Torino, 2002.

ESPOSITO R., *Pensiero vivente. Origine e attualità della filosofia italiana*, Torino, 2010.

EUSEBI L., *Appunti minimi in tema di riforma del sistema sanzionatorio penale*, in P. PISA (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti, Genova, 15 settembre 2006, Torino 2006, pp. 277 ss.

EUSEBI L., *Dinanzi alla fragilità rappresentata dall'errore. Giustizia e prevenzione in rapporto alle condotte criminose*, Contributo al IV Convegno ecclesiale nazionale (Verona 16-20 ottobre 2006), p. 1, in *Il Regno*, 2006, 17, pp. 566 ss.

EUSEBI L., *Ergastolano "non collaborante" ai sensi dell'art. 4 bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, imm modificabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *Cass. pen.*, n. 4, 2012, pp. 10, 19.

EUSEBI L., *La pena: quale verità?*, in *Funzione della pena e terzietà del giudice nel confronto fra teoria e prassi*, Atti della Giornata di studio, Trento 22 giugno 2000, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza Università di Trento, n. 36, 2002, p. 55.

EUSEBI L., *La riforma del sistema sanzionatorio penale; una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 76 ss.

EUSEBI L., *Politiche sociali e politiche penali*, in *Al di sopra di tutto. "Un cuore che vede" per animare alla carità*, XXXI Convegno nazionale delle Caritas diocesane, Centro Congressi di Montecatini Terme, Montecatini (Pt), 25-28 giugno 2007, p. 2.

EUSEBI L., *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006.

EUSEBI L., voce *Pena Criminale*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. V, Milano, 2006.

FADDA M.L., *Misure di sicurezza e detenuto psichiatrico*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, 2013, p. 45.

FALCON Y TELLA M. JOSÈ, F. JOSÈ FALCON Y TELLA, *Fondamento e finalità della sanzione. Diritto di punire?*, Milano, 2008.

FASSONE E., *Affidamento in prova al servizio sociale e riforma penitenziaria: un bilancio fra luci e ombre*, in V. GREVI (a cura di), *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Bologna, 1982.

FERRAIOLI L., *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in “*Questione Giustizia*”, 2006, p. 797.

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Prefazione di Norberto Bobbio, Roma-Bari, 2009.

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 2002.

FERRAVANTE A., *Il trattamento penitenziario dei detenuti pericolosi in Francia e in Italia*, Tesi di Laurea, 18.1.2012, in www.penalecontemporaneo.it.

FERRUA P., *Poteri istruttori del pubblico ministero e nuovo garantismo*, in V. GREVI (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano, 1996.

FIANDACA G., *Commentario all'art. 27, comma 3*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991.

FIANDACA G., *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-giuridiche. Il diritto e il processo penale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, p. 1, www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2005_n5/mono.

FIANDACA G., *La prevenzione antimafia tra difesa sociale e garanzie di legalità*, in *Foro it.*, II, 1987, pp. 364 ss.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2014.

FIANDACA G., voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Digesto pen.*, vol. VIII, 1994, pp. 112-113; 117-118.

FILIPPI L., SPANGHER G., *Manuale di diritto penitenziario*, Terza edizione, Milano 2011.

FIGLIO S., *Diritto penale, Parte generale*, vol. II, Torino, 1995.

FIGLIO F., *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione. Normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2013.

FIGLIO F., *I benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia: alcune annotazioni alla luce della prima applicazione della legge n. 45/01*, in www.diritto.it/osservatori/esecuzione_penale/commenti.html.

FIorentin F., *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, 27.10.2014, in www.penalecontemporaneo.it.

FIORIO C., *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4 bis e 41 bis ord. penit.*, in A. BARGI (a cura di), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013.

FIORIO C., *Regimi penitenziari differenziati, Esecuzione delle pene detentive non superiori ad un anno*, in www.Treccani.it.

FLORA G., *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1325 ss.

FORNARI U., *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità?* in www.giustizia.lazio.it/Appello.it/.../Relazione%20Prof%20Fornari.doc.

FORNARI U., *Le neuroscienze forensi: una nuova forma di neopositivismo?*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2727.

FORNARI U., S. CODA, *Imputabilità e pericolosità sociale: nuove prospettive nella valutazione forense*, Relazione tenuta al Convegno di Studi “Verso un Codice Penale modello per l'Europa”, Foggia, 10-11 novembre 2000, Padova, 2002, p. 265.

FORNARI U., *Temperamento, delitto e follia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 521 ss.

FORNARI U., *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2008.

FORTI G., *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, *passim*.

FORTI G., *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su “cifre oscure” e funzione general-preventiva della pena (1982)*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985.

FOUCAULT M. in conversazione con COLIN GORDON e PAUL PATTON, presentazione di Alain Beaulieu, *Considerazioni sul marxismo, la fenomenologia e il potere*, in *Riv. Bim. Micromega*, 2/2014, pp. 116, 117, 118.

FOUCAULT M., *Gli anormali, Corso al Collège de France (1974-1975)*, Lezione del 29 gennaio 1975, traduzione dal francese di V. Marchetti e A. Salomoni, Milano, 2010.

FOUCAULT M., *Il coraggio della verità, Il governo di sé e degli altri II, Corso al Collège de France (1984)*, Milano, 2011.

FOUCAULT M., *Il sapere e la storia, Sull'archeologia delle scienze e altri scritti*, Introduzione a cura di A. Cutro, Verona, 2007.

FOUCAULT M., *L'Archeologia del sapere, Una metodologia per la storia della cultura*, Milano, 2013.

FOUCAULT M., *L'emergenza delle prigioni, Interventi su carcere, diritto, controllo*, Firenze, 2011.

FOUCAULT M., *La società disciplinare*, a cura di Salvo Vaccaro, Milano-Udine, 2010.

FOUCAULT M., *La strategia dell'accerchiamento. Conversazioni e interventi 1975-1984*, a cura di S. Vaccaro, Palermo 2009.

FOUCAULT M., *La volontà di sapere, Storia della sessualità I*, Traduzione di P. Pasquino e G. Procacci, Milano, 2011.

FOUCAULT M., *Le parole e le cose, Un'archeologia delle scienze umane*, Con un saggio di Georges Canguilhem, Milano 2010.

FOUCAULT M., *Nascita della biopolitica, Corso al College de France 1978-1979*, traduzione di M. Bertani e V. Zini, Milano, 2012, *passim*.

FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire, Nascita della prigione*, Torino,

FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire, Nascita della prigione*, traduzione di A. Tarchetti, cap. III *Il Panoptismo*, Torino, 1975.

FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1993.

FOUCAULT M., *Storia della follia nell'età classica*, Milano, 1998.

GABOARDI A., A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013.

GABRIELI F.P., *Gli istituti generali del codice penale*, Roma, 1936.

GADAMER H. G., *Verità e metodo. Elementi di una ermeneutica filosofica (1986)*, Milano, 2001.

GALBRAITH J.K., *La società opulenta*, Milano, 2014, *passim*.

GAMBARDELLA M., *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013.

GAROFALO R., *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, Torino, 1891, *passim*.

GAROFOLI G., *Diritto processuale penale*, Milano 2012, *passim*.

GAROFOLI V., *Dalla non considerazione di colpevolezza ex art. 27, comma 2, cost. alla regola dell'oltre il ragionevole dubbio*, in www.treccani.it, 2010, pp. 4 ss.

GATTA G.L., *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima*, 6.6.2014, www.penalecontemporaneo.it.

GATTA G.L., *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irrazionale divieto*, in *Giur. Cost.*, 2011, p. 2359.

GATTA G.L., *La Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 27, co. 3 Cost.*, 29.9.2014, in www.penalecontemporaneo.it.

GEHLEN A. (1904-1976), *L'uomo. La sua natura e il suo posto nel mondo*, (“Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt”, Junker und Dünnhaupt, Berlin 1940), introd. di Karl-Siegbert Rehberg, trad. di Carlo Mainoldi, Milano 1983.

GIARELLI G. (a cura di), *La persona ai confini della vita e della morte. Questioni di bioetica tra medicina e società*, Milano, 2011.

GIBERTI F., R. ROSSI, *Manuale di psichiatria*, Padova, 2009.

GIDDENS A., *Identità e società moderna*, Napoli, 1999.

GILARDI M., *Principio di uguaglianza e “regolarizzazioni” di stranieri: una nuova censura per le presunzioni assolute di pericolosità*, in *Leg. pen.*, 2012, pp. 647 ss.

GILIBERTO A., *Rassegna di sentenze e decisioni della Corte Edu rilevanti in materia penale*, 17.11.2011, in www.penalecontemporaneo.it.

GIOIA V., *Codice di procedura penale e leggi speciali*, Roma, 2014.

GIORDANO V., S. MAZZELLA, *Aspettando il nemico. Percorsi dell'immaginario e del corpo*, Roma, 2006.

GIORS B., *Criminalità organizzata e accesso al patrocinio a spese dello Stato: una disciplina colpita dai fulmini dell'incostituzionalità*, in *Leg. pen.*, 2010, pp. 345 ss.

GIOSTRA G., *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostantive alla liberazione anticipata speciale)*, in www.penalecontemporaneo.it.

GIUNTA F., *Il marchio indelebile della nuova recidiva. Commiato dal diritto penale del fatto*, in *Diritto Penale e Processo*, 2006, 191.

GIUSTI G., (a cura di), *Trattato di medicina legale e scienze affini*, V ed., Padova, 1999.

GOISIS L., *La pena pecuniaria, un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano, 2008.

GREVI V. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994.

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

GREVI V., *Esecuzione penitenziaria e rieducazione del condannato nelle regole minime per il trattamento dei detenuti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 537.

GREVI V., *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995, n. 332, tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in V. GREVI (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano, 1996.

GRIPPO R., *Illegittimità dell'isolamento totale o della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, "41 bis" e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione ord.* Tribunale di Sorveglianza di Bologna, 27.09.2011, imp. G, in www.penalecontemporaneo.it.

GROSSO G.F., G. NEPPI MODONA, L. VIOLANTE, *Giustizia penale e poteri dello Stato*, Milano, 2002.

GUAZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti delle pene*, 1992, parte 3, p. 126.

GUAZZALOCA B., in AA.VV., *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Atti della giornata di studio, Macerata, 13.5.1993, a cura di G. GIOSTRA e G. INSOLERA, Milano, 1995, pp. 140 ss.

GUAZZALOCA B., M. PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, Torino, 1995.

GUAZZALOCA B., PAVARINI M., *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004.

GUERRINI R., L. MAZZA, S. RIONDATO, *Le misure di prevenzione - Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2004.

GULOTTA G., *Compendio di psicologia giuridico-forense, criminale e investigativa*, Milano, 2011, *passim*.

HABERMAS J., *L'idea kantiana della pace perpetua due secoli dopo*, in ID., *L'inclusione dell'altro*, Milano, 1998.

HARCOURT B.E., *Against prediction. Profiling, policing, and punishing in an actuarial age*, Chicago 2007 (pp. 336), *published in Studi sulla questione criminale*, III, n. 1, 2008, pp. 113-119, in bernardharcourt.com/documents/recensione-di-harcourt.pdf.

HARDT M., A. NEGRI, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Milano, 2010.

HASSEMER W., *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto. Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_hassemer.pdf.

Il diritto penale del nemico, in *L'altro diritto*, Centro di Documentazione su carcere, devianza e marginalità, www.altrodiritto.unifi.it › ... › I migranti e i loro diritti › Migranti e polizia

Il diritto penale del nemico, *L'altro diritto*, Centro di Documentazione su carcere, devianza e marginalità, www.altrodiritto.unifi.it › ... › I migranti e i loro diritti › Migranti e polizia.

INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006.

IOVINO F.C.P., *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 440.

IOVINO F.P.C., *L'affidamento in prova al servizio sociale*, in A.A. DALIA, M. FERRAIOLI (a cura di), *Sospensione della pena ed espiazione extra moenia*, *Commento alla legge 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. legge Simeone)*, Milano, 1998, pp. 180 ss.

JAMERSON F., *La prigione del linguaggio*, *Interpretazione critica dello strutturalismo e del formalismo russo*, traduzione di G. Franci, Bologna, 1982, *passim*.

JELOVCICH M., *Il facial action coding system: pseudoscienza o metodo affidabile per accertare l'attendibilità del contenuto dichiarativo?*, in www.penalecontemporaneo.it.

JOURDAIN E., *La posta in gioco intorno a una critica del liberalismo*, in latradizione-libertaria.over-blog.it/article-approfondimenti-edouard-jourd.

Juris Classer, De Procédure Pénale, 1996.

LA GRECA G., *La riforma penitenziaria a venti anni dal 26 luglio 1975*, in *Dir. pen. proc.*, pp. 885-886.

LA GRECA G., *Sub art. 30 ter*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, pp. 389 ss.

LA ROCCA N.E., *La cattura obbligatoria tra scure della Corte costituzionale e inerzia colpevole del legislatore*, in www.archiviopenale.it/apw/wp-content/.../LaRoccaCorte-cost.232.pdf.

LANZA R., *Biocentrism: How Life and Consciousness are the Keys to Understanding the True Nature of the Universe*, University of California, Los Angeles, *passim*.

LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. V, Milano, 2010.

LEJINS P.P., *The Field of Prevention*, in AMOS W.E., WELLFORD C.F. (eds.), *Delinquency Prevention. Theory and Practice*, Englewood Cliffs, 1967, pp. 1 ss.

LEO G., *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, Voce per “*Il libro dell’anno Treccani 2014*”, in www.penalecontemporaneo.it, p. 2.

LEO G., *Gli statuti differenziali del delinquente pericoloso*, www.penalecontemporaneo.it.

LEO G., *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, 15.9.2011, in www.penalecontemporaneo.it.

LEO G., *Un primo caso accertato di irragionevolezza nella disciplina degli effetti “indiretti” della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 1773 ss.

LEONARDI F., *La sorveglianza elettronica come alternativa al carcere. L’esperienza europea*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, 2013, p. 120.

LOSAPPIO G., *Libera nos a malo. Sulle tracce della pena rimoszionale*, in www.annalidipartimentojonico.org/sct/attachments/.../13/LOSAPPIO.pdf.

LUZIO A., *Itinerari problematici in materia di prova e custodia cautelare*, in AA.VV., L. MARAFIOTI, G. PAOLOZZI (a cura di), “*Incontri ravvicinati*” con la prova penale: un anno di seminari a Roma Tre, Torino, 2014, p. 104.

MACI L., *Doxa, italiani divisi sui minivelivoli. Utili sì, ma rischiosi per la privacy*, in *Corrierecomunicazioni*: http://www.corrierecomunicazioni.it/archivio-giornale/2014/3/Corcom_16.pdf.

MACRI C., *Criminologia applicata*, in www.associazionelios.org.

MAFFEI S., *Ipnosi, poligrafo, narcoanalisi, risonanza magnetica: sincerità e verità nel processo penale*, in *Ind. Pen.*, 2006, p. 717.

MAIMONE V., *Judith Shklar e il liberalismo della paura. Una teoria etico-politica*, Atti della Reale Accademia Peloritana dei Pericolanti, 2001.

MAMBRIANI A., *La nuova disciplina della recidiva e della prescrizione: contraddizioni sistematiche e problemi applicativi*, in *Giur. merito*, 2006, p. 837 ss.;

MANACORDA A., *Malattia mentale, imputabilità e pericolosità sociale: dalla rilettura dei contributi alla proposta di rilettura dei problemi*, in G. CANEPA, G.I. MARUGO (a cura di), *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, Padova, 2005, *passim*.

MANCUSO E.M., *Sovraffollamento carcerario e misure d'urgenza*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, p. 59.

MANNA A., *Imputabilità e nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997.

MANNOZZI G., *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pp. 355 ss.

MANNOZZI G., *Razionalità e "Giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del sentencing americano*, Padova, 1996.

MANNOZZI G., *Razionalità e "Giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del sentencing americano*, Padova, 1996.

MANTI F., *Bioetica e biopolitica*, in www.swif.uniba.it/lei/scuola/carelli/bioetica/lezione10.htm.

MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 2007.

MANTOVANI F., *Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale*, in ROMANO-STELLA, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 98.

MANTOVANI G., *Dalla corte europea una "legittimazione" alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia*, in *Leg. pen.*, 2004, pp. 513 ss.

- MARAFIOTI L., *Sovraffollamento delle carceri e custodia cautelare: una proposta di riforma*, in www.penalecontemporaneo.it.
- MARCHESELLI A., *Permesso premio con il contagocce ai recidivi*, in *Guida al Diritto*, n. 1, 2006, p. 79.
- MARGARA A., *Il "carcere utile". Il senso di un impegno*, in *Questione Giustizia*, 2000, p. 403.
- MARGARA A., *Sorvegliare e punire: storia di 50 anni di carcere*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 91.
- MARINUCCI G., E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2012.
- MARINUCCI G., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 160, 177.
- MARINUCCI G., *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in www.didattica.unitus.it/web/scaricatore.asp?c...par=1.
- MARZADURI E., *sub art. 5, l. 8.8.1995, n. 332*, in *Leg. pen.*, 1995, p. 627.
- MASTRONARDI V., *Manuale per operatori criminologici e psicopatologi forensi*, Napoli, 2001, IV ed., p. 118.
- MATHIEU V., *Perché punire? Il collasso della giustizia penale*, Milano, 1978.
- MAZZA O., *La norma processuale nel tempo*, Milano, 1999.
- MAZZA O., *Le persone pericolose. In difesa della presunzione d'innocenza*, su www.penalecontemporaneo.it, p. 7.
- MAZZA P., *Pericolosità sociale e legalità*, Padova, 2012.
- MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 175 ss.
- MELILLO R., *L'Io che non c'è*, Milano, 2008, *passim*.

MELOSSI D., PAVARINI M., *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, 1979.

MERANI R., *Il rapporto con il sistema penitenziario. I vari circuiti penitenziari*, in *Quaderni del CSM*, 1995, n. 80, p. 286.

MERLINI S., *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, in *Democrazia e diritto*, 1970, p. 55.

MERZAGORA BETSOS I., *Colpevoli si nasce?*, Milano, 2012.

MIELI P., *Per Beccaria vittoria a metà per tortura e pena di morte*, in *Corriere della Sera*, 23.12.2013.

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, D.A.P., Quaderni ISSP, Numero 10, *Gli spazi della pena. Tutela dei diritti umani e circuiti penitenziari*, Novembre 2012, p. 9. V. www.giustizia.it/resources/cms/documents/Quaderni_ISSP_n_10.pdf.

MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Milano, 1997, *passim*.

MONGILLO V., *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in www.academia.edu.

MONZANI M., *Manuale di psicologia giuridica. Elementi di psicologia criminale e vittimologia*, Padova, 2011.

MONZANI M., *Percorsi di criminologia*, Padova, 2011.

MORIN E., *Il paradigma perduto, che cos'è la natura umana?*, Milano, 1974.

MOSCONI G., *La controriforma carceraria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1991, n. 2, pp. 144 ss.

NANCY J.L., *Essere singolare plurale*, Introduzione di Roberto Esposito in dialogo con J.L. Nancy Torino, 2001.

NANCY J.L., *L'esperienza della libertà*, Introduzione, di R. Esposito, Torino, 2000.

NANULA G., *La lotta alla mafia*, Milano, 2009.

NEGRI D., *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275, comma 3, c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 2835 ss.

NICOTRA I., *Diritto pubblico e costituzionale*, Torino, 2013.

NIETZSCHE F., *La nascita della tragedia*, (1872), Milano, 1972.

NOTARO D., *La fine ingloriosa ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta "lima" il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1755.

NUVOLONE P., *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Vol. XXVI, Milano, 1976.

ORLANDI R., *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3, 2014, p. 1149.

PADOVANI T., *Il carcere fra storia e ragione*, in www.rassegnapenitenziaria.it/cop/17536.pdf.

PADOVANI T., *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994.

PADOVANI T., *Introduzione*, in A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRE-SOTTO, M. SERRAINO (a cura di), *Premessa agli Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012, Libertà dal carcere, libertà nel carcere, Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa, Torino, 2013, pp. XIX ss.

PADOVANI T., *Fatto e pericolosità*, in M. PAVARINI, L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, Bologna, 2013, p. 117 ss.

PAGANO R., D. BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, Milano, 1982.

PALAZZO F.C., *Commento alla legge 663/86. Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, in *Legislazione penale*, 1987.

PALIERO C.E., *La riforma del sistema sanzionatorio tra utopia e realtà*, in P. PISA (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti, Genova, 15 settembre 2006, Torino 2006, pp. 150 ss.

PALMIERI E., *La struttura probabilistica del concetto di "fattispecie soggettiva di pericolosità sociale"*, in *Studi Nuvolone*, I, 1991.

PAREZZAN S., *L'affidamento in prova al servizio sociale: un'alternativa al carcere tra luci e ombre*, in R. DEL COCO, L. MARAFIOTI, N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri, radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014, p. 84.

PASTORE A., *Il medico in tribunale: la perizia medica nella procedura penale d'antico regime (secoli XVI E XVIII)*, Bellinzona, 2004.

PASTUGLIA A., *Immunità segreto stato di eccezione. Prospettive sistemico-normative*, par. La teoria dell'ibridazione, Torino, 2012.

PAULESU P.P., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2008.

PAVARINI M., B. GUAZZALOCA, *Saggi sul governo della penalità, Letture interpretative al Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2007.

PAVARINI M., *Come punire: per un nuovo sistema sanzionatorio*, in Atti del Convegno di Novara, Novara, 2012.

PAVARINI M., *Della penologia fondamentalista*, Rivista Il Mulino, 1/01, Bologna, 2011.

PAVARINI M., *Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell'ossessione correzionale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1986, n. 2.

PAVARINI M., *Introduzione a... La Criminologia*, Firenze, 1980.

PAVARINI M., *Introduzione alla sociologia della pena*, Bologna, 1996.

PAVARINI M., L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità sociale e giustizia penale*, Bologna, 2013.

PAVARINI M., *La criminalità punita: processi di carcerizzazione nell'Italia del XX secolo*, in *La criminalità (Annali della Storia d'Italia, n. XII, a cura di L. VIOLANTE)*, Torino, 1997.

PAVARINI M., *La penalità nell'Italia Repubblicana, come spiegare le variazioni nella repressione penale nel tempo*, in *IUS17*, 2012, 1, pp. 203-215

PAVARINI M., *La questione criminale nell'emergenza securitaria. Note teoriche sul caso italiano*, in <http://www.der.unicen.edu.ar/extension/upload/pavarini.pdf>.

PAVARINI M., *La società reclusa a rapporto*, in *Il Manifesto*, 26.6.2002.

PAVARINI M., *Le fattispecie soggettive di pericolosità nelle leggi 27.12.1956 n. 1423 e 31.05.1965 n. 575*, in *Le misure di prevenzione. Atti del convegno di Alghero*, Milano, 1975.

PAVARINI M., M. DONINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011.

PAVARINI M., *The spaghetti incapacitation: la nuova disciplina della recidiva*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006.

PELISSERO M., *Crisi e mutazioni del sistema del doppio binario*, in P. PISA (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti, Genova, 15 settembre 2006, Torino 2006.

PELISSERO M., *La pericolosità sociale: categoria imprescindibile o rinunciabile?*, in A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO (a cura di), Premessa agli Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012, *Libertà dal carcere, libertà nel carcere, Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, in Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa, Torino, 2013, pp. 239 ss.

PELISSERO M., *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 2014, p. 924.

PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008.

PELLEGRINI S., *Il ruolo dei fattori genetici nella modulazione del comportamento: le nuove acquisizioni della biologia molecolare genetica*, in BIANCHI, GULOTTA, SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, p. 74 ss.

PERINI C., *Il concetto di rischio nel dibattito penale moderno*, Milano, 2010.

PERTICARI P., *Biopolitica minore*, Roma, 2003.

PETRALLA E.V., CIARPI M., *Il controllo elettronico e satellitare in Europa. Possibili applicazioni per lo sviluppo dell'esecuzione penale esterna in Italia*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, 2013, p. 131.

PETRINI D., *Certeza della pena e modelli sanzionatori*, in P. PISA (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti, Genova, 15 settembre 2006, Torino 2006, pp. 150-151, pp. 200 ss.

PETRINI D., *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996.

PIFFER G., *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, 30.12.2010, in www.penalecontemporaneo.it.

PIGOZZO C.A., *Derrida filosofo politico*, Tesi di Dottorato di ricerca in filosofia, Filosofia politica e storia del pensiero politico, Università di Padova, 2011.

PISA P. (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio*, Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti Genova, 15 novembre 2006, Torino, 2006, *passim*.

PISAPIA G.D., *Una strategia differenziata per la difesa sociale dal delitto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 209.

PISTORELLI L., *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida dir.*, n. 1, 2006, pag. 61.

PLESSNER H., *Corporeità, natura e storia nell'antropologia filosofica*, (a cura di), A. Borsari, M. Russo, Università degli Studi di Salerno, Collana Scientifica, 2005.

PLESSNER H., *I gradi dell'organico e l'uomo. Introduzione all'antropologia filosofica*, (a cura di), Vallori-Rasini traduzione di U. Fadini, E. Lombardi Vallauri, Milano, 2006.

PONTI G., I. MERZAGORA BETSOS, *Compendio di criminologia*, Milano, 2008, *passim*.

PONTI G., I. MERZAGORA BETSOS, *La abolizione delle presunzioni di pericolosità sociale*, in *Riv. it. med. leg.*, IX, 1987, p. 24.

PONTI G., I. MERZAGORA BETSOS, *Psichiatria e giustizia*, Milano, 1993, *passim*.

POPPER K., *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1995.

POTETTI D., *Osservazioni in tema di recidiva, alla luce della l. n. 251 del 2005 (c.d. "ex Cirielli")*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 2467 ss.;

PRESUTTI A. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994.

PRESUTTI A., *Le misure alternative alla detenzione, Le nuove figure. I presupposti, le procedure e le revoche*, in *Incontro sul tema: la legge 27.5.1998, n. 165*, Frascati, 1998, pp. 7 ss.

PREVE C., *L'estetica di Lukàcs fra arte e vita. Considerazioni storiche, politiche e filosofiche*, in gyorgylukacs.wordpress.com/.../lestetica-di-lukacs-fra-arte-e-vita-consid...

PULCINI E., *La cura del mondo, paura e responsabilità nell'età globale*, Torino, 2009.

QUATTROCOLO S., *Aporie e presunzioni nei criteri selettivi della tutela cautelare personale. Verso il crepuscolo del giudizio di proporzionalità e adeguatezza*, in A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, pp. 217 ss.

RABAGLIATTI G., *Manicomi*, in *Novissimo Digesto*, vol. X, Torino, 1957.

RABAI M., *La liberazione anticipata "speciale"*, in R. DEL COCO, L. MARAFIOTI, N. PISANI (a cura di) *Emergenza carceri, Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014, pp. 108 ss.

RADZINOWICZ L., KING J., *La spirale del crimine. L'esperienza internazionale*, trad. it., Milano, 1981 (*The growth of crime*, London, 1977).

REGAZZONI S., *La decostruzione del politico*, Genova 2006.

REMOTTI F., *Contro l'identità, Saggio di antropologia culturale*, Roma-Bari, 1996.

REVEL J., *Michel Foucault, un'ontologia dell'attualità*, Soveria Mannelli, 2003.

REVEL J., *Per una biopolitica della moltitudine*, in P. Peticari (a cura di), *Biopolitica minore*, ManifestoLibri, 2003.

RIGONI D., BRASS M., *La libertà: da illusione a necessità*, in M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI (a cura di), *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Torino, 2010, pp. 71 ss.

ROMANO M., *art. 76*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004.

RONCO M., ROMANO B. (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, 2012.

ROVOLETTO V., *Le controindicazioni della verità. Nietzsche e la verità in senso extramurale*, in mondodomani.org/dialegesthai/vr02.htm

RUSCHE G., KIRCHHEIMER O., *Pena e struttura sociale*, ed. it., *Introduzione* di M. MELOSSI, *Appendice* di M. PAVARINI, Bologna, 1978.

SACCONI A., *La legge di pubblica sicurezza*, Milano, 1930.

SALVATI A., *L'evoluzione della legislazione penitenziaria in Italia*, in *Amministrazione in cammino*, 2009, p. 10.

SALVINI A., RAVASIO A., T. DA ROS, *Psicologia clinica giuridica*, Firenze-Milano, 2008.

SAPORITO F., *Su gl'incorreggibili e il loro governo razionale: nota di psicologia criminale*, Aversa, 1908.

SARTARELLI G., *Pedagogia penitenziaria e della devianza, Osservazione della personalità ed elementi del trattamento*, Roma, 2005.

SARTRE J.P., *Mallarmè: la lucidità e il suo volto d'ombra*, a cura di L. Chiuchiù Reggio Emilia, 2010, *passim*.

SASSANO F., *La nuova disciplina sulla collaborazione di giustizia alla luce della legge 13 febbraio 2001, n. 45*, Torino, 2002.

SBRICCOLI M., *Giustizia criminale*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2007.

SCHIAFFO F., *La pericolosità sociale tra "sottigliezze empiriche" e "spessori normativi": la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, 11.12.2014, in www.penalecontemporaneo.it.

SERRA C., *Proposte di criminologia applicata 2003*, Milano, 2003.

SERRA C., *Psicologia penitenziaria*, Milano, 2003.

SERRAINO M., *Tutela cautelare e salvaguardia dei diritti della persona*, in A. GA-BORDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, pp. 199 ss.

SEVERINO E., *La filosofia futura, Oltre il dominio del divenire*, Milano, 2011.

SHKLAR J., *The Liberalism of Fear*, in ROSENBLUM N. (a cura di), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge, Mass., 1989.

SIMONDON G., *L'individuazione psichica e collettiva*, Roma, 2006, *passim*.

SIMONETTI L., MENDOLA M., SALAMONE F., *Prova scientifica, vulnerabilità genetica e processo penale. La prospettiva offerta dalle Neuroscienze forensi*, in *Psicologia e Giustizia*, Anno 14, numero 2, Luglio-Dicembre 2013, pp. 1 ss.

SORRENTINO V., *Il pensiero politico di Foucault*, Roma, 2008.

STAGNI E., *Un'idea di comunità. La comunità come cambia, perché funziona*, Milano, 2008.

Stimmate criminali. Cesare Lombroso e l'atlante della degenerazione in www.treccani.it > Enciclopedia > Percorsi.

SUTHERLAND E.H., *Sociologia della devianza*.

SVENDSEN L., *Filosofia della paura, Come, quando e perché la sicurezza è diventata nemica della libertà*, Castelvecchi, Roma 2010.

TRAVERSO G.B., *Il giudizio di pericolosità ed il suo accertamento*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 490, 1986, pp. 1042 ss.

URSITI G., SCILLITANI M., *Perizie penali: strategie e vizi*, Santarcangelo di Romagna, 2008.

VANDI A.R., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, in *Cass. Pen.*, 12, 2013, pp. 4708-4719.

VARRASO G., *La prova tecnica*, in A. SCALFATI (a cura di), *Trattato di procedura penale*, vol. 2, diretto da G. SPANGHER, Milano, 2009, p. 242.

VASSALLI G., *Funzioni e insufficienza della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 297.

VASSALLI G., *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 311.

VASSALLI G., *Il dibattito sulla rieducazione*, in E. DI SOMMA, G. DI GENNARO, G. LA GRECA, R. TURRINI VITA, E. DOLCINI, A. BORZACCHIELLO, *In margine ad alcuni recenti convegni*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, nn. 3 - 4, 1982, p. 438.

VASSALLI G., *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di B. Petrocelli*, vol. III, Milano 1972.

VASSALLI G., *Neoretribuzionismo*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, nn. 2-3, 2005, p. 23.

VECCHIETTI A.M., *Salute mentale e riforma sanitaria*, Milano, 1983.

VIANELLO F., D. PADOVAN, *Criminalità e paura: la costruzione sociale dell'insicurezza*, in www.ristretti.it/areestudio/giuridici/studi/vianello_padovan.pdf

VIDIRI, *Nuovo processo penale e processo di prevenzione: quale cultura per quale giudice?*, in *Cass. Pen.* 1992, 200-201.

VIGANÒ F., *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it.

VIGANÒ F., *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in M. PAVARINI, L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, Bologna, 2013, p. 48 ss.

VIGNERA G., *Sulla natura dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi*, 11.12.2012, in www.altalex.com.

ZANARDO S., *Il legame del dono*, Milano, 2007.

ZAPPA G., MASSETTI C., *Codice penitenziario e della sorveglianza*, Piacenza, 2014.

ZEPI A., *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, in www.AmbienteDiritto.it, 2005.

ZIRULIA S., *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle "morti da amianto"*, in www.penalecontemporaneo.it