

## **Recidiva reiterata e concessione delle misure alternative alla detenzione**

di Vincenzo Rispoli

[www.dirittoegustizia.it](http://www.dirittoegustizia.it), 8 marzo 2008

Con l'ordinanza n. 35/2008 la Corte costituzionale è tornata ad affermare un principio di assoluto rilievo. I giudici della Consulta infatti hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-quater, commi 1 e 7-bis, della legge n. 354/1975, così come introdotti dalla legge n. 251/2005 (la cosiddetta ex Cirielli), "nella parte in cui non prevedono che i benefici in essi indicati possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, nei confronti dei condannati che, prima dell'entrata in vigore della citata legge n. 251/2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti".

Una pronuncia che conferma l'orientamento già formulato con la sentenza n. 79/2007 (pubblicata sul quotidiano del 17 marzo 2003 - ndr), e che sviluppa le proprie motivazioni con riferimento alla violazione, da parte della normativa impugnata, del principio di rieducazione ex art. 27 co. 3 Cost. Conclusioni che riaffermano principi di civiltà giuridica e che, come avremo modo di meglio specificare nel prosieguo della trattazione, ripresentano il divario mai sopito tra le opposte concezioni inerenti la questione del "perché punire".

### **Le questioni di costituzionalità**

La pronuncia in commento ha preso le mosse da questioni di costituzionalità promosse con due distinte ordinanze di rimessione presentate rispettivamente dal Tribunale di Sorveglianza di Catanzaro e dalla Suprema Corte di Cassazione.

Al di là delle singole vicende giudiziarie oggetto dei rispettivi procedimenti giurisdizionali, in questo momento ciò che interessa è l'oggetto delle rispettive questioni presentate ai giudici della Consulta.

Da un lato, la Corte calabrese aveva sollevato dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 58-quater comma 7-bis della legge sull'Ordinamento penitenziario, "nella parte in cui vieta la concessione per più d'una volta delle misure alternative alla detenzione ai soggetti riconosciuti recidivi reiterati con il titolo in esecuzione, senza tenere conto del grado di rieducazione raggiunto dall'interessato".

Dall'altro lato, i giudici di legittimità avevano presentato la questione di legittimità costituzionale della stessa norma, ma limitatamente alla "parte in cui preclude la nuova concessione dei benefici ai condannati i quali, alla data di entrata in vigore della normativa restrittiva, avevano già raggiunto un grado di rieducazione adeguato alla concessione del beneficio richiesto".

Conclusioni del tutto simili nel contenuto, che derivano entrambe da concezioni di segno opposto ai riferimenti dogmatici della riforma ex Cirielli, ma che, nella loro concreta estensione, presentano differenze sostanziali di carattere teorico-pratico.

I giudici penitenziari infatti presentano le proprie lagnanze partendo dal quadro personologico del detenuto, ed imperniano le motivazioni decisive con riferimento all'inammissibilità del riconoscimento della recidiva reiterata quale limite soggettivo invalicabile per la concessione delle misure alternative.

Una prospettiva di tal genere infatti "configurerebbe un tipo d'autore al quale deve essere applicato un trattamento esecutivo-penitenziario che esclude, aprioristicamente, che la rieducazione possa avvenire fuori dal percorso carcerario", assolutamente inconciliabile con la finalità rieducativa della pena e le esigenze derivanti dalla prevenzione speciale positiva.

Dall'altro lato, anche i giudici di legittimità denunciano la possibile lesione del principio sancito dall'art. 27 co. 3 Cost., nel caso in cui la preclusione in esame venga "applicata a soggetti che abbiano già raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto", producendo così un arresto del percorso di recupero, "pur in difetto di una regressione comportamentale da parte del detenuto".

Tuttavia, richiamando un correlato principio precedentemente affermato dalla Consulta, limitano la propria indagine al caso in cui il detenuto abbia già realizzato tutte le condizioni per usufruire delle misure richieste, “al momento in cui è entrata in vigore una legge restrittiva”, nella specie, la legge n. 251/2005.

Una affermazione giustificata dalla adesione ad esigenze di legalità e tassatività, ma che cozza drammaticamente con la motivazione dogmatico-funzionale da cui è originata, in forza della quale il divieto di concessione dei benefici costituisce un ostacolo “al raggiungimento della finalità rieducativa, prescritta dalla Costituzione all’art. 27, co. 3.”.

Ed allora, ci chiediamo. È possibile la limitazione della configurabilità della lesione della finalità rieducativa della pena ai soggetti che si trovassero in carcere prima della entrata in vigore della legge ex Cirielli? O forse la lesione del principio ex art. 27 co. 3 Cost. non si produce ogni qual volta il condannato (detenuto o meno) non venga ammesso al trattamento rieducativo adeguato al concreto quadro personologico desunto dalle operazioni di osservazione scientifica della personalità praticate durante l’esecuzione della pena?

Ed ancora, quale può essere l’estensione teorico-pratica delle preclusioni penitenziarie, e delle preclusioni riferite alla recidiva? Ed in definitiva, quale è la reale natura dell’istituto della recidiva? Domande decisive, che ci consentiranno di affrontare in modo compiuto il tema oggetto di commento.

### **L’art. 58-quater co. 7-bis O.P.**

L’articolo 58-quater della legge sull’Ordinamento penitenziario costituisce un irrigidimento pressoché invalicabile della normativa penitenziaria. Tale norma infatti, nei casi da essa previsti, preclude la concedibilità di qualsiasi misura alternativa o premiale, nonché la revoca delle misure precedentemente concesse comportando, in definitiva, l’ordine di carcerazione o di non scarcerazione del condannato.

Una norma sulla cui compatibilità costituzionale sorgono diversi dubbi, se è vero che la stessa non è applicabile ai minori degli anni 18 (Corte Cost., n. 436/1999), ma che non consente ampie riletture, per evidenti motivi di opportunità riconducibili ad esigenze di difesa sociale e di prevenzione generale.

In tale contesto normativo, la legge n. 251/2005, come più sopra accennato, ha riformulato il testo del comma 1, ed introdotto ex novo il comma 7-bis.

Quest’ultima norma in particolare dispone che “l’affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall’articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall’articolo 99, quarto comma, del codice penale”.

Una norma che, a differenza dei commi precedenti, limita la propria applicabilità alle misure alternative in senso stretto, consentendo dunque la concessione di misure premiali, come i permessi premio ed il lavoro all’esterno, nonché l’applicabilità di sanzioni sostitutive di pene detentive brevi, qualora non concorrano altre ipotesi ostantive.

Tuttavia, una norma che sostanzialmente reinserisce nel sistema penale e penitenziario criteri presuntivi ed oggettivanti di pericolosità inerenti i recidivi, allontanandosi a nostro avviso dai riferimenti teleologici e programmatici della Legge sull’Ordinamento penitenziario, basata essenzialmente sui principi di rieducazione e di individualizzazione del trattamento.

Di qui, la necessità di ricondurre ad unità e coerenza l’Ordinamento positivo, contemperando, in un contesto costituzionalmente orientato, le necessarie esigenze di prevenzione generale e di difesa sociale, con i caratteri propri della prevenzione speciale e della finalità rieducativa della pena.

### **Caratteri e natura della recidiva**

L’istituto della recidiva è previsto dall’art. 99 del codice penale, ed è costituito dal caso in cui un soggetto, “dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro”. A fronte del riconoscimento della recidiva, la pena applicabile con la sentenza di condanna può essere

aumentata dal giudice in misura più o meno consistente, a seconda della specie di recidiva riconosciuta. E sarà dunque di un terzo, nei casi di recidiva semplice.

Fino alla metà, se il nuovo delitto non colposo è della stessa indole, od è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente, od è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena, dovendo giungere alla metà nel caso in cui concorrano più tra tali circostanze.

Venendo al nostro caso, il comma 4 dell'articolo in esame configura la cosiddetta recidiva reiterata, addebitabile a chi, già riconosciuto come recidivo in una precedente sentenza di condanna, "commette un altro delitto non colposo", per cui "l'aumento della pena" è "della metà", ovvero "di due terzi", a seconda che siano presenti o meno le circostanze speciali anzidette.

Una normativa assai stringente, che giustamente colpisce con aumenti di pena sempre più consistenti quei soggetti che abbiano dimostrato una elevata propensione al crimine, perfettamente compatibile con i principi di proporzionalità, prevenzione speciale e rieducazione.

Tuttavia, ai fini del nostro lavoro, è bene specificare quale sia la effettiva natura della recidiva, così come desumibile dalla stessa normativa codicistica.

In particolare, l'art. 69 c.p., nel disciplinare il "concorso di circostanze aggravanti e attenuanti", riferisce che "le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle circostanze inerenti la persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'articolo 99, quarto comma" c.p.

L'istituto della recidiva consiste dunque in una circostanza aggravante soggettiva, "inerente la persona del colpevole", e che in particolare concerne "[...] le condizioni e le qualità personali del colpevole" (art. 70 c.p.).

Un particolare fondamentale, che ci consente di proseguire il lavoro secondo prospettive assai differenti rispetto i riferimenti assunti dal Legislatore del 2005.

### **La recidiva reiterata quale novella presunzione di pericolosità?**

L'istituto della recidiva, come detto, risponde a precise esigenze di difesa sociale, perfettamente compatibile in linea teorica con i principi di proporzionalità, prevenzione speciale e rieducazione.

Tuttavia, la stessa normativa può assumere aspetti meno condivisibili, se non addirittura reazionari ed illiberali, se utilizzata fuori dell'alveo dei principi e dei valori costituzionali.

È quanto a nostro avviso può accadere in taluni casi, tra i quali l'art. 58-quater co. 7-bis O.p.

In questo contesto infatti la recidiva reiterata sveste le funzioni di una "circostanza inerente la persona del colpevole", sulla cui base il giudice emette la sentenza, e gli operatori penitenziari avviano il percorso rieducativo.

Essa al contrario assume le vesti di una vera e propria presunzione assoluta di pericolosità, in grado di determinare qualità e modalità del percorso rieducativo del condannato secondo criteri eminentemente oggettivi, senza lasciare alcuna possibilità di effettiva individualizzazione del trattamento.

Una conseguenza non accettabile, ed anzi già espulsa dal sistema dal Legislatore, in quanto lesiva della finalità rieducativa delle pene, in tutti i casi in cui il condannato non venga ammesso alla misura adeguata al suo concreto assetto personologico, così come desunto dalle risultanze dell'osservazione praticata durante l'esecuzione della pena.

Ed infatti l'Ordinamento penale e penitenziario ha visto la progressiva abolizione delle cosiddette presunzioni di pericolosità, a più riprese considerate incompatibili, sia in dottrina che in giurisprudenza, con l'assetto di principi e valori propri dello Stato democratico e sociale di diritto.

Dapprima, con la legge n. 1/1977, si erano eliminate le preclusioni soggettive concernenti i recidivi, ed esteso l'applicabilità delle misure alternative ai casi in cui il condannato avesse proposto ricorso avverso l'ordinanza di rigetto motivata sulla preclusione della recidiva, senza alcun'altra specifica causa di esclusione.

Successivamente, con la legge n. 636/1986, vennero abrogati i residuali strumenti di valutazione oggettiva della personalità del reo, costituiti dai reati ostativi quali presunzioni di pericolosità (con esclusione dei reati di mafia), portando a compimento l'opera di individualizzazione del trattamento, da realizzare sulla base della prognosi soggettiva del condannato.

Un approdo che riservava il concreto atteggiarsi del percorso rieducativo del condannato, e la possibile concessione delle misure alternative e premiali, alla valutazione discrezionale del Tribunale di Sorveglianza, e che imponeva la necessità di espletare effettivamente le operazioni di osservazione scientifica, unico strumento per la verifica della personalità del reo e della sua compatibilità con un trattamento diverso dalla pena carceraria.

### **La presunta pericolosità... di scarso allarme sociale**

A sostegno del percorso legislativo appena ricordato, si considerino alcune ipotesi esemplificative, che meglio possono presentare i caratteri inammissibili delle presunzioni assolute di pericolosità.

È il caso ad esempio del condannato in stato di infermità, di cui sia accertata l'impossibilità di commettere nuovi delitti.

O del soggetto condannato ad una pena di lievissima entità, o che sia stato condannato per un fatto commesso moltissimi anni prima.

Od ancora del recidivo che sia gravato da precedenti penali assai risalenti nel tempo. O che, già condannato per taluni dei delitti non colposi commessi, nelle more dell'ultimo procedimento di merito, e durante l'esecuzione delle pene derivanti dalle condanne subite, abbia presentato una personalità compatibile con l'esecuzione extra-muraria, od abbia addirittura concluso il proprio percorso rieducativo, allontanandosi definitivamente dall'ambiente criminogeno di provenienza, tornando ad una vita ordinata, e dedicandosi ad una attività lavorativa con la quale provvede al sostentamento della propria famiglia.

È chiaro come in tali casi non sia assolutamente ammissibile, secondo i principi generali, l'applicazione automatica di un trattamento penitenziario che precluda l'accesso a misure trattamentali specifiche solo sulla base del dato oggettivo della recidiva, senza tenere conto delle caratteristiche personologiche del soggetto e del percorso rieducativo già intrapreso.

In altri termini, ripresentare oggi la recidiva reiterata come una novella presunzione di pericolosità non è accettabile. Essa al contrario deve essere ricollocata nell'alveo suo proprio, quale circostanza aggravante soggettiva inerente le condizioni e le qualità personali del colpevole, sulla cui base la valutazione discrezionale del giudice, ed i responsabili rilievi degli operatori penitenziari, dovranno applicare il quantum ed il quomodo della pena.

### **Rieducazione e preclusioni penitenziarie**

Tanto detto, appare evidente la necessità di reinterpretare il tema in questione, e di riorganizzare le preclusioni penitenziarie in una prospettiva nuova e più coerente, capace di rimuovere i connotati oggettivanti e presuntivi, e di rivalutare la dimensione soggettiva ed individualizzante di valutazione della personalità del condannato.

L'idea costituzionalmente orientata di rieducazione infatti postula un modello di risocializzazione come processo inteso a favorire la riacquisizione dei valori basilari della convivenza, in una dimensione che supera il piano meramente naturalistico, fisico o psicologico, in accordo con il principio costituzionale di autodeterminazione e di autonomia morale della persona.

In questo senso, la rieducazione è da intendersi come un percorso, "fatto di avanzamenti e di ripiegamenti, ai quali deve corrispondere un sistema duttile di sanzioni positive e negative" (F. Della Casa, La crisi d'identità delle misure alternative, in C.p. 2002), per cui è necessario, e sufficiente, che la concessione di misure alternative e premiali dipenda dal fatto di avere raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto (C. Cost., n. 504/1995; n. 445/1997; n. 137/1999).

In tale contesto, come su ricordato, la giurisprudenza costituzionale e di legittimità in passato ha già reinterpretato diverse preclusioni oggettive, conferendo loro caratteri compatibili con i principi costituzionali, e determinando l'approvazione di leggi di riforma, quando non addirittura di abrogazione, dell'istituto. Di qui la possibilità d'una rilettura anche dell'art. 58-quater co. 7-bis O.p.

Infatti, come già affermato dalla Consulta, l'articolo 58-quater presenta "una disciplina complessiva che si propone di contemperare le peculiari esigenze che sottostanno alla concessione, ai divieti di concessione e alla revoca delle misure alternative alla detenzione".

Ma è al tempo stesso evidente che il comma 7-bis, così come elaborato dal Legislatore del 2005, appare esclusivamente avvinto da finalità retributive e di difesa sociale, ed assolutamente privo di un ancoraggio con le esigenze derivanti dalla prevenzione speciale e dalla funzione rieducativa, cui la pena dovrebbe in ogni caso tendere.

In altri termini, il comma 7-bis O.p. presenta a nostro avviso un'efficacia probabilmente criminogena e desocializzante. Esso, al contrario, dovrebbe presentare scenari più compatibili con i riferimenti teleologici e funzionali propri del sistema penale e penitenziario.

L'accento dovrà dunque essere distolto dal termine "la recidiva" ed anzi spostato sul "condannato", con tutte le conseguenze individualizzanti che questo comporta.

Ed in questo senso, con la sentenza n. 79/2007, la Corte costituzionale ha già opportunamente dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-quater, commi 1 e 7-bis O.p., per lesione dell'art. 27 co. 3 Cost. "nella parte in cui non prevedono che i benefici in essi indicati possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, nei confronti dei condannati che, prima dell'entrata in vigore della citata legge n. 251/2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti".

Una pronuncia fondamentale, che avvia la rilettura della norma innestando forti rilievi di civiltà giuridica, ma che a nostro avviso dovrebbe a questo punto estendere la propria portata riformatrice.

La norma in definitiva dovrebbe essere ulteriormente contemperata con i principi di eguaglianza sostanziale, di proporzione delle pene e di personalità della responsabilità penale, assumendo una valenza effettivamente tendente alla rieducazione del condannato.

In tale contesto le misure alternative potranno essere concesse o precluse, non sulla base del mero dato oggettivo della recidiva reiterata, ma con riferimento al caso in cui i condannati "abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti".

Una condizione imprescindibile, e che nella valutazione prognostica della concreta personalità del recidivo reiterato, potrà essere attestata a fronte di requisiti ulteriori rispetto gli altri condannati, "un quid pluris, le cui risultanze dovranno essere particolarmente pregnanti e desumibili solo da sicure circostanze probatorie" (V. Rispoli, *L'affidamento in prova al servizio sociale*, p. 118, Giuffrè, 2006).

Può essere il caso, ad esempio, del soggetto che collabori con la Giustizia, nei casi in cui la collaborazione sia possibile e rilevante, e "siano acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata" e con il contesto criminoso di origine del reo. Appare infatti incoerente, da un punto di vista generale, ammettere al trattamento extra-murario il condannato per delitti di criminalità organizzata, terroristica od eversiva, e non ammettere allo stesso beneficio chi, avvinto dalle stesse caratteristiche personologiche abbia, per fare un esempio classico, rubato galline per tre volte.

Od ancora può essere il caso in cui il reo sia stato da ultimo condannato per un delitto di scarso allarme sociale, o ad una pena breve non sostituibile per cumulo materiale o giuridico, e la recidiva si riferisca però a reati commessi almeno dieci anni prima, sarebbe a dire ad un assetto personologico del tutto differente, e probabilmente non più presente.

Od infine, si pensi al soggetto che abbia "raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti" prima della ultima condanna generante la recidiva reiterata, e "siano accertati elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata" e con il contesto criminoso di origine del reo.

Una serie di ipotesi certo non esaustiva, che non "priva la norma di concreta valenza" e non ne abroga "la portata", consentendone l'applicabilità ad ogni "misura alternativa" da essa prevista, e che al tempo stesso non arresta il percorso di recupero "in difetto di una regressione comportamentale da parte del detenuto", corrispondendo anzi a precise esigenze di prevenzione speciale positiva e di rieducazione.

Una lettura che traduce l'articolo 58-quater co. 7-bis O.p. dall'alveo oggettivante e simbolico della legislazione emergenziale ad un contesto individualizzante, fondato sui gradi concreti di

colpevolezza e pericolosità del reo così come desumibili dalle risultanze processuali e dall'osservazione scientifica della personalità, in una prospettiva pienamente riconducibile a valutazioni inerenti il principio di rieducazione, così come inteso nel sistema penale e penitenziario proprio dello Stato democratico e sociale di diritto.

### **E concreto sistema giudiziario**

Per comprendere quanta strada sia ancora da compiere per la realizzazione dei principi qui affermati, basti segnalare che le ordinanze di remissione risalgono al febbraio ed al novembre del 2006.

In altri termini, nelle more dei rispettivi procedimenti di legittimità costituzionale, i condannati richiedenti la misura alternativa, anche se effettivamente titolari dei requisiti richiesti, sono probabilmente rimasti in carcere per tutto il periodo, ed in ogni caso fino alla definitiva decisione della Corte competente, cui la Consulta ha restituito gli atti "al fine di una nuova valutazione della rilevanza delle sollevate questioni".

In definitiva, in un contesto sociale e trattamentale che, come rilevato dalle operazioni di osservazione scientifica, non era più adeguato alla concreta personalità del condannato, e per un periodo probabilmente idoneo ad eseguire integralmente la pena residua da espiare.