

«La cosa giusta, per la ragione sbagliata»: qualche spunto (e qualche perplessità) a partire dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 26821/2014

*The last temptation is the greatest treason
To do the right deed for the wrong reason
T.S. ELIOT - Murder in the Cathedral*

di **Andrea Longo** – Ricercatore di diritto costituzionale presso Università di Roma “Sapienza”

SOMMARIO: 1. Prevenzione e doppio binario - 2. Il caso in esame - 3. La regola (e l'eccezione) posta dalla sentenza della Corte costituzionale n. 291 del 2013 - 4. Alcune perplessità sull'utilizzo della regola da parte della Corte di cassazione.

1. Prevenzione e doppio binario

La sentenza della Corte di cassazione n. 26821 del 2014 segna un mutamento nella giurisprudenza di legittimità con riguardo ad una declinazione del *principio del doppio binario*; mutamento intervenuto a seguito di una decisione della Corte costituzionale.

In realtà, il caso di cui ci occupiamo riguarda la relazione tra *misure di prevenzione e misure cautelari*; pertanto, di primo acchito, potrebbe sembrare eccentrico ricondurlo nell'ambito della teoria del doppio binario, la quale, com'è noto, nasce, originariamente, per definire la complessa relazione teorico-sistematica *tra pene e misure di sicurezza*, ossia due istituti che esplicano la loro azione *post delictum*¹ e *post sententiam*, marcando in tal modo la distanza tanto dalle misure

¹ A rigore, le misure di sicurezza non prevedono come presupposto necessario la commissione di un reato: è il caso delle ipotesi che ricadono sotto il *genus* del "quasi-reato"; ipotesi (individuate rispettivamente dagli artt. 49 e 115 c.p.) nelle quali un comportamento, pur non integrando in sé la commissione di un reato vero e proprio, comporta però un giudizio di disvalore tale, da parte dell'ordinamento, da far ritenere il suo autore socialmente pericoloso e, dunque, suscettibile di essere sottoposto a misura di sicurezza. Sul punto, *ex plurimis*, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna, 2014, 823, dove si legge: «L'applicazione delle misure di sicurezza è subordinata all'esistenza di due presupposti, uno *oggettivo* – la commissione di un fatto previsto dalla legge come reato – e l'altro *soggettivo* – la pericolosità sociale del soggetto ... Questo principio fondamentale subisce, però, due eccezioni, sempre

cautelari (che agiscono *post delictum* ma *ante sententiam*) quanto dalle misure di prevenzione (che agiscono *ante delictum* e *ante sententiam*)².

Se, tuttavia, accediamo ad una concezione più ampia della teoria del doppio binario che muova da presupposti soggettivi più che oggettivi, possiamo affermare che esso ipostatizza a livello ricostruttivo *il modo di reagire, del nostro ordinamento, nei confronti di due diverse, ma parallele, condizioni: la reità e la pericolosità sociale*. Spostando la visione su una prospettiva soggettiva, facilmente possiamo definire *le misure di prevenzione come uno dei modi nei quali l'ordinamento reagisce all'elemento della pericolosità sociale*, in maniera perfettamente parallela alle misure di sicurezza. Dunque, se la *colpevolezza* vede *necessariamente* come *precondizione oggettiva* la commissione di un reato, *la pericolosità sociale*, invece, no; nel primo caso la reazione dell'ordinamento è sempre la pena, nel secondo caso può essere una misura di prevenzione o una misura di sicurezza, a seconda che il provvedimento intervenga *ante* o *post delictum*. Ricordiamo, *ad adiuvandum*, che autorevole dottrina ritiene non determinante, sul piano concettuale, che una misura sia emessa prima o dopo la commissione di un reato, stante la natura, per così dire "prognostica", di ogni attività preventiva: «Tra prevenzione *post delictum* e *ante delictum*, non vi è differenza concettuale, essendo la prevenzione sempre *ante delictum*»³.

Pertanto, in teoria, le misure di prevenzione, quanto a *ratio legis*, si trovano sul medesimo binario delle misure di sicurezza (quello che ha come precondizione la pericolosità sociale e come obiettivi la difesa sociale e la rieducazione) e si discostano, invece, dal binario delle pene (la cui precondizione è la colpevolezza e il cui scopo, forse prevalente ma certamente non unico, è la retribuzione).

Tuttavia, poste queste diversità originarie, la dottrina sembra essersi evoluta nel senso di una sempre maggior valorizzazione della prossimità dei due binari: così se le correnti dottrinali che elaborarono il codice penale del 1930 erano ferme nel ritenere che alle due situazioni presiedessero *rationes legis* diverse (la punizione nel caso della pena, la difesa sociale e l'emenda nel caso delle misure di sicurezza e di prevenzione)⁴, la dottrina più moderna, invece, non ha mancato di rilevare

tassativamente stabilite dalla legge: il giudice può applicare una misura di sicurezza sia nell'ipotesi del *reato impossibile* (art. 49), sia nel caso di *accordo criminoso non eseguito o istigazione a commettere un delitto, se l'istigazione non viene accolta* (art. 115). Si tratta cioè delle ipotesi denominate dalla dottrina "quasi-reato".

² Sul punto v. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Padova 2013, 871: «Le misure di prevenzione sono misure specialpreventive *ante* o *praeter delictum*, essendo applicabili ai soggetti pericolosi prima della commissione di reati o a prescindere dalla avvenuta commissione di reati. Con le misure di sicurezza hanno in comune il presupposto della pericolosità del soggetto, fondandosi entrambe su un giudizio di probabilità che egli compia in futuro atti criminosi. Mentre, però, nelle misure di sicurezza la pericolosità è *post delictum*, essendone il reato commesso una componente sintomatica e trattandosi di una probabilità di recidiva, nelle misure di prevenzione la pericolosità è *sine delicto* o *ante delictum*, prescindendo il relativo giudizio dalla precedente commissione di reati».

³ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale, loc. cit.*, il quale, però, precisa che comunque «il fatto che un reato sia già stato accertato può, naturalmente, qualificare in modo diverso la situazione soggettiva di pericolosità». Ciò posto, come vedremo, la somiglianza tra misure di sicurezza e misure di prevenzione è uno dei capisaldi della sentenza della Corte costituzionale dalla quale tra origine la decisione della Cassazione che qui si commenta.

⁴ Il sistema dualistico, o del «c.d. "doppio binario"», prevede, accanto o in aggiunta alla pena tradizionale, inflitta sul presupposto della colpevolezza, una misura di sicurezza, vale a dire una misura fondata sulla pericolosità sociale del reo

come tali funzioni potessero in realtà convergere e, per certi versi, sovrapporsi⁵. Così è innegabile che le misure di sicurezza (e, in termini minori, quelle di prevenzione) abbiano carattere afflittivo, come è noto che le pene, in uno Stato democratico e pluralista, possiedano, anche, una funzione rieducativa⁶. Il lettore avrà notato che nella descrizione sopra riportata mancano le misure cautelari;

e finalizzata alla sua risocializzazione. Secondo tale sistema i destinatari delle misure di sicurezza sono i soggetti “imputabili” socialmente pericolosi, i “semi-imputabili” ed i soggetti “non imputabili”. Alle prime due categorie di soggetti le misure si applicano cumulativamente con la pena, dando vita al sistema del c.d. “doppio binario”; alla terza si applicano in modo esclusivo»: così G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna, 2014, 821. La misura di sicurezza, quindi, differisce dalla pena poiché non ha il carattere di castigo e, pertanto, non rappresenta un corrispettivo per la violazione di un comando della legge. Inoltre, essendo la misura di sicurezza diretta esclusivamente al futuro, non è proporzionata al delitto commesso bensì alla pericolosità del reo, la quale ne costituisce la ragione giustificatrice: in tal senso F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2000, 802. I compilatori del codice del 1930, inoltre, vista la finalità di prevenzione e di emenda propria della misura di sicurezza, riconoscevano a questa carattere amministrativo e, dunque, non la consideravano una sanzione penale. La pena, di conseguenza, veniva considerata la sanzione criminale per eccellenza oltre che l’unica sanzione in grado di dispiegare una funzione retributiva. Sul punto cfr. A. ROCCO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in *Riv. Dir. Penit.*, 1933, 1245 ss.; G. MAGGIORE, *Aspetti dogmatici nel problema dell’esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Riv. dir. penit.* n. 5, 1934, 597.

⁵ La rigida separazione concettuale sottesa alla teoria del sistema del c.d. doppio binario istituito dal Codice Rocco venne criticata dalla dottrina successiva, che lo ha considerato, in realtà, un sistema in cui «pene e misure di sicurezza si incontrano e si incrociano tra loro, rendendosi assolutamente impossibile, per forza ineluttabile di cose, una netta differenziazione tra il trattamento penale e quello di sicurezza»: così G. DELITALA, *Criteri direttivi del nuovo Codice penale*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1935, 596. Sul punto v. anche A. DE MARSICO, *Natura e scopi delle misure di sicurezza*, in *Riv. Dir. Penit.*, 1933, 1259.

Secondo F. ANTOLOSEI, «i fautori del sistema dualistico attuale continuano a ragionare come se la pena avesse quel carattere di puro corrispettivo che un tempo le era inerente. Essi non considerano che la pena è un *quid compositum*, che tende sempre di più alla risocializzazione del reo». Per questo motivo, continua ANTOLISEI, dopo l’entrata in vigore del codice Rocco, venne formulata la proposta di «sostituire ai due provvedimenti una sanzione conformata in modo che in nessun caso sia inferiore a quel tanto che corrisponde all’entità del delitto commesso e nel tempo medesimo possa protrarsi finché l’individuo è ancora pericoloso. Ciò significa che in luogo della pena più la misura di sicurezza, si dovrebbe adottare un solo provvedimento avente lo scopo principale di risocializzare il reo, provvedimento indeterminato nel massimo, e cioè prorogabile fino al venir meno della pericolosità dell’individuo, ma con un *minimum* prestabilito in ragione della gravità del reato» (F. ANTOLISEI, *op. cit.*, 830 s.). Per la dottrina moderna, inoltre, anche la misura di sicurezza, così come la pena, doveva essere considerata una sanzione penale e non un provvedimento di natura amministrativa (v. ancora F. ANTOLISEI, *op. cit.*, 670). La misura di sicurezza, infatti, come la pena presuppone ed è conseguenza di un reato, è un mezzo di lotta contro la delinquenza, uno strumento per la difesa sociale; essa, inoltre, trova la sua disciplina nel codice penale ed ha carattere giurisdizionale in quanto la sua applicazione è affidata all’autorità giudiziaria (A. DE MARSICO, *op. cit.*). In posizione antitetica è Bettiol, il quale sostiene che la misura di sicurezza non derivi dal reato bensì dalla pericolosità del reo: pertanto la pena deve mantenere la funzione retributiva che le è propria, mentre la misura di sicurezza viene ad assumere una funzione di risocializzazione (G. BETTIOL, *I problemi di fondo delle misure di sicurezza*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova, 1962, 16).

⁶ «Le teorie sulla funzione della pena per quanto siano assai numerose e in apparenza presentino una grande varietà, si aggirano intorno a tre idee fondamentali: la retribuzione, l’intimidazione e l’emenda. Con l’entrata in vigore della Costituzione repubblicana l’idea dell’emenda ha avuto un notevole sviluppo per cedere poi parzialmente il campo – anche per influsso delle scienze criminologiche e della sociologia – a quella della prevenzione generale, mentre non mancano assunti neo-retribuzionisti» (così F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 680). Sul punto autorevole dottrina ricorda che «Il problema non sta quindi nel riconoscere alla pena carattere polifunzionale, quanto piuttosto nel coordinare le diverse funzioni per evitare che il prevalere di uno scopo ne annulli un altro. Lo ha ben chiarito la Corte Costituzionale nella sentenza n. 306 del 1993, secondo la quale “non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte e in ogni condizione”, non di meno “il legislatore può ... - nei limiti della ragionevolezza - far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l’una o l’altra finalità della pena ma a patto che

infatti anche sposando una visione estesa del principio del doppio binario, basata sulla *ratio legis*, appare difficile ricomprendere le misure cautelari nell'uno o nell'altro binario, ponendosi effettivamente come un *tertium genus* in relazione agli scopi concretamente perseguiti. Sul punto però torneremo più avanti nella trattazione. Per ora basti dire che la sentenza in esame, e la giurisprudenza costituzionale dalla quale essa origina, si immettono in questa serie di complessi rapporti di distinzione/implicazione tra i vari corni del sistema penale.

2. Il caso in esame

Passiamo ora all'esame della vicenda processuale.

La Corte di Appello di Bari, con sentenza del 18 aprile 2013, aveva confermato la condanna dell'imputato F.C. per il reato di cui all'art. 9 legge n. 1423/1956, ossia per aver violato le prescrizioni relative alla misura di prevenzione a cui era sottoposto e, in particolare, per aver ommesso di portare con sé la carta precettiva. I giudici del merito, seguendo l'orientamento giurisprudenziale, fino ad allora consolidato, in materia di misure di prevenzione, avevano ritenuto che "in ipotesi di provvedimento di sorveglianza speciale sospeso per intervenuta carcerazione del sottoposto, la misura riprende efficacia alla scadenza della detenzione senza alcuna necessità di una nuova notifica del decreto applicativo".

Avverso la decisione della Corte distrettuale era stato presentato ricorso per Cassazione dalla difesa dell'imputato per i seguenti motivi: "illegittimità per violazione degli artt. 5 e 9 L. 1423/1956 e difetto di motivazione sul rilievo che il prevenuto, già sottoposto a misura cautelare personale, una volta cessata la misura avrebbe dovuto essere risottoposto a quella di prevenzione speciale di p.s., di guisa che, in assenza di siffatto provvedimento, alcun onere precettivo gli faceva carico a maggior ragione per l'obbligo di soggiorno in esso contemplato". Solo in presenza di un nuovo provvedimento che (ri)emettesse la misura di prevenzione, aveva dedotto la difesa, era previsto, *ex art. 5 L. 1423/1956*⁷, l'obbligo di circolare con la carta precettiva, mentre il mancato rinnovo della misura avrebbe fatto venir meno ogni obbligo di legge.

La Corte di cassazione ha dichiarato il ricorso fondato, seppur per ragioni diverse da quelle dedotte dalla difesa.

nessuna di esse ne risulti obliterata": così C.F. GROSSO, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, 594. Sul punto, tuttavia, è necessario rilevare che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 168 del 1994, dichiarando l'incostituzionalità della pena dell'ergastolo per i minori, ha affermato la preminenza della funzione rieducativa limitatamente a tale ambito; tale finalità, infatti «data la particolare attenzione che deve essere riservata, in ossequio all'art. 31 della Costituzione, ai problemi educativi dei giovani, per i soggetti minori di età è da considerarsi, se non esclusiva, certamente preminente» (su tale sentenza v. M. RUOTOLO, *L' illegittimità costituzionale della pena dell' ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica*, in *Giur. it.*, 1995, 358 ss.).

⁷ L'art. 5 della medesima legge disciplina le prescrizioni inerenti all'obbligo di soggiorno: «Qualora venga applicata la misura dell'obbligo di soggiorno nel comune di residenza, di dimora abituale ovvero del divieto di soggiorno, può essere altresì prescritto: 1) di non andare lontano dall'abitazione scelta senza preventivo avviso all'autorità preposta alla sorveglianza; 2) di presentarsi all'autorità di pubblica sicurezza preposta alla sorveglianza nei giorni indicati ed a ogni chiamata di essa. Alle persone di cui al comma precedente è consegnata una carta di permanenza da portare con sé e da esibire ad ogni richiesta degli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza».

Nello svolgere la parte motiva, il supremo giudice di legittimità richiama, inizialmente, la propria precedente giurisprudenza⁸, che risolveva la relazione tra carcerazione e misure di prevenzione secondo un *duplici automatismo*; infatti, riportando l'esempio della sorveglianza speciale, “in caso di intervenuta carcerazione nel corso della misura, la decorrenza della sorveglianza speciale resta sospesa quale fatto automatico conseguente alla mera ricognizione dell'evento sopravvenuto⁹ e [...] essa riprende a decorrere allo scadere della carcerazione, senza necessità di una nuova notifica del decreto applicativo”¹⁰. In tal senso parliamo di duplici automatismo: intervenendo la carcerazione, la misura veniva *sospesa automaticamente* e *automaticamente riprendeva*, allo scadere della carcerazione.

In breve: l'intervento di una pena detentiva non determinava l'estinzione della misura di prevenzione che tornava a riespandersi, insieme agli obblighi precettivi imposti, al termine della carcerazione. Un simile meccanismo si azionava automaticamente senza che il giudice che aveva emesso il provvedimento dovesse riesaminare la sussistenza dei suoi presupposti di applicazione; in conseguenza di ciò non sussisteva la necessità di un rinnovo della notifica del provvedimento¹¹. In definitiva, questo meccanismo era coerente con una visione classica del doppio binario, in forza della quale le due misure, pur emesse nel medesimo periodo, andavano però eseguite in tempi diversi, senza che l'esecuzione dell'una influenzasse (estinguesse, assorbisse) quella dell'altra; un *parallelismo* fondato sulla diversità funzionale dei due provvedimenti: poiché pene e misure di prevenzione svolgono funzioni diverse, esse possono convivere (sul piano dell'emanazione) ed essere eseguite successivamente.

La Cassazione, però, afferma che tale orientamento deve, oramai, venir abbandonato: «il quadro normativo di riferimento» così come appena tratteggiato, «ha di recente ricevuto una significativa diversificazione con la sentenza della Corte costituzionale n. 291/2013» che ha dichiarato

⁸ Sul punto tra le altre: Cass. pen., sez. I, n. 37997/2007; sez. I, 29265/2010; sez. I, n. 7783/2007; sez. I, 49226/2004. Tale orientamento si era definitivamente consolidato con la sentenza delle Sezioni unite, 25 marzo 1993, n. 6, che aveva risolto un contrasto giurisprudenziale in merito alla compatibilità tra detenzione per espiazione di pena e misure di prevenzione personali. Secondo le Sezioni unite della Suprema corte, per sciogliere tale nodo interpretativo è necessario distinguere tra un momento deliberativo, nel quale la misura di prevenzione viene applicata, e un momento esecutivo, nel quale la misura applicata produce i suoi effetti. In virtù di tale distinzione, lo stato di detenzione per un titolo definitivo diviene compatibile con l'applicazione di una misura di prevenzione ma non con la sua esecuzione. Per tale ragione, la fase esecutiva della misura deve necessariamente essere differita all'esito della pena detentiva. Resta salva la possibilità per l'interessato, nel caso in cui la sua pericolosità sia venuta meno, di chiedere la revoca della misura, in forza dell'art. 7 della l. n. 1423/1956.

⁹ Cass. pen., sez. I, sent. n. 37993/2007.

¹⁰ È da segnalare che la sospensione automatica della misura di prevenzione non si verificava solo in conseguenza dell'applicazione di una misura cautelare, ma anche in presenza di una pena definitiva. Pure in questa circostanza, infatti, il termine di esecuzione della misura di prevenzione veniva sospeso per poi ricominciare a decorrere all'esito della carcerazione.

¹¹ Ricordiamo che, in ossequio al succitato orientamento, la Corte di Appello di Bari aveva dichiarato l'imputato colpevole del reato di cui all'art. 9, comma 2, della L. 1423/1956: secondo i giudici del merito, infatti, la misura di prevenzione (obbligo di soggiorno) era tornata in vigore automaticamente all'esito della carcerazione ed aveva riattivato, senza che ciò dovesse essere comunicato al prevenuto, tutti gli obblighi ad essa connessi, tra cui quello di circolare con la carta precettiva.

illegittimo l'art. 12 delle legge 1423 del 1956¹² nella parte in cui non prevedeva che «nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta, *l'organo che ha adottato il provvedimento di applicazione debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura*» (corsivi nostri)¹³.

Applicando la regola addita dalla Consulta, la Corte di cassazione annulla con rinvio la sentenza impugnata, imponendo al giudice distrettuale di valutare la persistenza della pericolosità sociale del ricorrente¹⁴.

Ictu oculi la decisione apparirebbe ineccepibile; tuttavia, se tale ineccepibilità può essere predicata sul piano consequenzialista (tra l'altro valutato secondo un'ottica garantista), sul piano sistematico tale decisione desta, almeno in chi scrive, non poche perplessità, per comprendere le quali dobbiamo porre mente alla decisione della Consulta che fonda quella della Cassazione.

3. La regola (e l'eccezione) posta dalla sentenza della Corte costituzionale n. 291 del 2013

La sentenza della Corte costituzionale è, ovviamente, una “additiva secca”¹⁵ ossia una decisione il cui dispositivo, nel colpire una norma nella parte in cui non prevede qualcosa, “aggiunge” una

¹² Recante *Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e la pubblica moralità*.

¹³ Deve precisarsi, in proposito, che la norma citata, seppur espressamente abrogata dall'art. 120 del d.lgs n. 159/2011, continua a trovare applicazione, in forza della disciplina transitoria dettata dall'art. 117 del medesimo d. lgs., per i procedimenti per cui sia stata formulata proposta di applicazione della misura di prevenzione prima del 13 ottobre 2011, data di entrata in vigore del decreto legislativo. Per i procedimenti successivi a tale data trovano invece applicazione le nuove disposizioni. In particolare, per il caso che ci occupa, le disposizioni contenute nell'art. 12 della L. n. 1423/1956 sono confluite nell'art. 15 dello stesso decreto legislativo; anche di tale norma la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della l. n. 87/1953.

¹⁴ Nel dettaglio la parte finale della motivazione (punto 1.3), rinviando alla corte distrettuale barese, impone che essa «accerti in fatto la collocazione temporale del periodo di carcerazione subito dall'imputato in costanza di provvedimento di prevenzione al quale era sottoposto; valuti se tale lasso temporale rende ragionevole l'omissione di una reiterazione della verifica della pericolosità sociale nel suo profilo di attualità; articoli il sillogismo decisorio richiesto dal processo applicando, assunti i presupposti di pena indicati, il seguente principio di diritto: "*In costanza di sottoposto a misura di prevenzione personale ai sensi degli artt. 3 e 4 l. 27 dicembre 1956, n. 1423, ovvero 4 segg. d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 il quale, successivamente all'adozione della misura, sia sottoposto a misura cautelare personale ovvero alla espiazione di pena detentiva per un apprezzabile periodo temporale potenzialmente idoneo ad incidere sullo stato di pericolosità in precedenza delibata, la misura stessa deve considerarsi sospesa nella sua efficacia fino a quando il giudice della prevenzione non ne valuti nuovamente l'attualità alla luce di quando desumibile in favore del sottoposto all'esperienza carceraria patita*».

¹⁵ L'espressione «sentenze additive», ora di uso comune, si deve – come ricorda anche A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, V ed., Milano 2008, 261 – a C. LAVAGNA, *Sulle sentenze “additive” della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1969, 145 ss. ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 669 ss. Per dichiarare la «illegittimità costituzionale della omessa previsione di qualcosa, che avrebbe dovuto essere previsto dalla legge» (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale II.2. La Corte costituzionale*, Padova, 1984, 403), la Corte verifica (o dovrebbe verificare) che la soluzione prescelta sia logicamente implicita nel contesto normativo e, dunque, che sia «a rime obbligate» (secondo la famosa espressione di V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in AA. VV., *La Corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. Occhiocupo, Bologna, 1978, 84). Sul tema v., per ampi riferimenti dottrinari e giurisprudenziali, A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 170 ss. V. anche, sul sito della Corte costituzionale, il Quaderno predisposto dal Servizio Studi in occasione della Conferenza delle Corti costituzionali europee di Vilnius, 2-7 giugno 2008, *Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*.

regola di immediata applicazione. A tal proposito, mi pare che non sussistano dubbi sul fatto che quella posta dalla Corte sia un'additiva semplice e non di principio¹⁶. Orbene, rileggendo la regola posta, appare chiaro che essa faccia *espresso riferimento* ad uno «stato di detenzione per espiazione di pena»; vi è, dunque, l'esplicita indicazione che la condizione carceraria (che si sovrappone alla misura di detenzione) dipenda dalla *espiazione di una pena e non, come nel caso di specie, da una misura cautelare*. Il dato letterale in tal senso è chiarissimo e, direi, persino inequivocabile.

Si potrebbe tuttavia affermare che la Cassazione avrebbe ben potuto estendere, per via analogica, la regola posta dalla Consulta, ricomprendendo nella fattispecie anche i periodi di carcerazione cautelare (si sarebbe trattato di un'analogia in *bonam partem* e, dunque, ammessa anche per le fattispecie penali). Tuttavia, in primo luogo, non vi è alcuna traccia di quest'operazione analogica nella sentenza della quale si discorre: la Cassazione sembra assumere che la regola posta dalla Consulta sia immediatamente applicabile anche alla carcerazione cautelare; in secondo luogo, se è lecito affermare la possibilità di estensione analogica, sul piano teorico, sul piano pratico, invece, tale operazione appare difficilmente praticabile; però, per comprendere meglio le ragioni di una simile difficoltà, dobbiamo guardare ancora più da vicino la decisione del giudice delle leggi.

La motivazione della sentenza n. 291 del 2013, si articola su diversi capisaldi argomentativi.

Il primo, e più evidente, è il *giudizio di eguaglianza ex art. 3 Cost.* che la Corte invoca in relazione al rapporto tra misure di sicurezza e misure di prevenzione: la disciplina di queste ultime è stata ritenuta lesiva del principio di eguaglianza, in quanto riservava ai destinatari delle misure di prevenzione personali *un trattamento irragionevolmente diverso e meno favorevole rispetto a quello stabilito per i destinatari delle misure di sicurezza*. Come noto, infatti, l'art. 679 c.p.p. assicura, in relazione alle misure di sicurezza, la verifica *ex officio* della persistenza della pericolosità sociale nel momento di esecuzione della misura¹⁷; al contrario, una simile possibilità mancava in caso di misure di prevenzione, in costanza delle quali il prevenuto avrebbe dovuto, *sua sponte*, attivare un procedimento di revoca *ex art. 7* della legge n. 1423 del 1956. Una disparità di trattamento ingiustificata, dal momento che entrambe le misure hanno, in definitiva, le medesime

¹⁶ Le quali invece entrano in gioco laddove le "rime" non siano obbligate (v. nota precedente), ossia quando sussistano una pluralità di soluzioni idonee a superare l'incostituzionalità: scopo di tali pronunce, come è noto, è al contempo di fare salva la discrezionalità legislativa senza abdicare alla funzione della Corte di dichiarare, ove ne ricorrano i presupposti, l'incostituzionalità della legge: il rifiuto di prendere in considerazione la questione, infatti, corrisponderebbe a «un'iperprotezione non della discrezionalità del legislatore, ma della sua inerzia» (G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 400). In tali casi (non numerosi ma altamente significativi: A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., 174), dunque, il giudice *a quo* può individuare la norma del caso concreto sulla base del principio espresso dalla Corte. Ciò almeno in via generale: nell'ambito delle additive di principio, infatti, autorevole dottrina ha individuato le cd. *additive di meccanismo*, con le quali la Corte esplicitamente esclude che il giudice possa «dare diretta attuazione alla sua sentenza, occorrendo invece un intervento legislativo» (A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 272). Per una ulteriore classificazione delle sentenze additive di principio, v. ancora A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., 173 ss.

¹⁷ L'attuale formulazione dell'art. 679 c.p.p. origina da un lungo percorso della giurisprudenza costituzionale che ha, nel tempo, colpito il sistema delle misure di sicurezza.

funzioni: impedire la commissione di reati da parte del destinatario e contenerne la pericolosità sociale, tanto da poter «essere considerate “due *species* di un unico *genus*”»¹⁸.

Tuttavia, come ha ben messo in rilievo attenta dottrina, la struttura trilatera di tale giudizio si dimostra, nell'economia concreta dell'argomentazione, non assorbente¹⁹: determinante, nella decisione della Corte, non è il giudizio sulla sperequazione sussistente tra due famiglie di istituti ma la circostanza che solo una delle due, *intrinsecamente*, risponda «ai canoni dell'eguaglianza e della ragionevolezza»²⁰. Il fulcro della decisione allora, non poggia sull'equilibrio sistematico-relazionale dei due istituti, quanto sulla correttezza del bilanciamento, *interno* a ciascun istituto; bilanciamento che si declina secondo due direttrici assiologiche che riguardano da un lato il riconoscimento e la concreta valorizzazione della funzione rieducatrice della pena, dall'altro la corretta ponderazione tra l'esigenza di difesa sociale ed il sacrificio che sopporta la libertà personale²¹.

Ai nostri fini interessa soprattutto il primo di questi due argomenti che accede a quella sovrapposizione di funzioni tra pena e misure di prevenzione (e di sicurezza) di cui discorrevamo all'inizio: ai sensi dell'art. 27 Cost., comma 3, la pena (che non può essere contraria al sentimento di umanità) «deve tendere alla rieducazione del condannato»; pertanto se la sanzione penale condivide con le misure poste a freno della pericolosità sociale, una funzione di emenda e di risocializzazione, allora l'automatismo che vorrebbe la riespansione automatica della misura di prevenzione (dopo un apprezzabile periodo di carcerazione) negherebbe la funzione rieducativa della pena.

A tale argomento ne è sotteso un altro, di sapore *eminente pragmatico*, che riguarda l'effetto del *mero trascorrere del tempo* sull'attualità della condizione soggettiva di pericolosità sociale. Il valore pragmatico di tale argomentazione deriva dal fatto che il giudizio sull'attualità della pericolosità sociale si basa sulla concreta estensione del tempo trascorso tra l'emanazione della misura e la sua esecuzione: una detenzione particolarmente lunga determinerebbe un eccessivo iato temporale tra questi due momenti; *tale iato, mutando la situazione di fatto sulla quale si fonda la misura, eroderebbe l'attualità del giudizio di pericolosità, degradandolo ad una mera presunzione*. Pensiamo al caso nel quale era stata sollevata la questione di legittimità

¹⁸ Punto 6 del *considerato in diritto*. Sull'*eadem ratio* che accomuna misure di sicurezza e misure di prevenzione si rinvia a M. FORMICA, *L'estensione alle misure di prevenzione personali di una "ragionevole" norma prevista per le misure di sicurezza*, in *Giur. cost.*, 2013, 4674 ss. (ivi per gli ampi riferimenti dottrinari e giurisprudenziali).

¹⁹ Cfr. M. FORMICA, *op. cit.*, 4675, dove leggiamo che «l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale non poggia saldamente sulla pretesa omogeneità delle fattispecie normative poste a confronto ... per giungere alla declaratoria in commento la Consulta deve anche ricorrere ad una valutazione in chiave costituzionale della significatività degli interessi posti in gioco dalla tecnica di tutela adottata dal legislatore». Interessante, in tal senso, il passaggio nel quale il giudice delle leggi afferma che le affinità tra misure di sicurezza e misure di prevenzione non implicano «un'indiscriminata esigenza di omologazione ... posto che le due categorie di misure restano comunque distinte per diversità di struttura, settore di competenza, campo e modalità di applicazione».

²⁰ M. FORMICA, *op. cit.*, 4676.

²¹ I giudici di Palazzo della Consulta, sul punto, espressamente affermano che «la pericolosità sociale debba risultare attuale nel momento in cui la misura viene eseguita, giacché, in caso contrario, le limitazioni della libertà personale nelle quali la misura stessa si sostanzia rimarrebbero carenti di ogni giustificazione».

costituzionale, dove il soggetto a cui venne irrogata la misura stava scontando una pena carceraria particolarmente lunga che avrebbe differito l'esecuzione di tale misura di oltre dieci anni²².

4. Alcune perplessità sull'utilizzo della regola da parte della Corte di cassazione

Riassumendo, i due argomenti che abbiamo messo in risalto sono uno di natura *pragmatica* (con cui si valorizza l'importanza del concreto trascorrere del tempo) ed uno di natura *teleologico-positiva* (che attiene alla funzione rieducativa della pena come indicata dall'art. 27 Cost.); essi ci interessano perché, simmetricamente, *i due argomenti, che si oppongono alla estensione analogica della regola posta dalla Consulta, derivano da questi e, con questi, condividono la medesima natura.*

Dal punto di vista pragmatico, la custodia cautelare in carcere ha una durata solitamente più breve rispetto a quella della pena detentiva; di conseguenza lo iato temporale tra emanazione ed esecuzione della misura è indiscutibilmente contenuto; tanto contenuto da far legittimamente dubitare che un tempo così breve possa essere sufficiente a far venir meno l'elemento della pericolosità sociale e, di conseguenza, l'attualità del giudizio su di essa.

Dal punto di vista teleologico-positivo, per quanto chi scrive ne abbia contezza, è difficile sostenere che le misure cautelari abbiano funzione rieducativa: in primo luogo perché chi è sottoposto a misura cautelare deve ancora essere giudicato colpevole in via definitiva, presumendosi l'innocenza dell'imputato (e *a fortiori* dell'indagato) fino al passaggio in giudicato della sentenza. In secondo luogo, perché le esigenze cautelari (cioè gli scopi in forza dei quali irrogare tali misure) sono tassativamente previste nell'art. 274 c.p.p. e attengono alla *garanzia della punizione del (potenziale) colpevole* (è il caso della misura irrogata per pericolo di fuga), *alla protezione sociale* (è il caso della misura irrogata per pericolo di reiterazione del reato), *alla tutela del buon andamento del processo* (quando la misura è irrogata per pericolo di inquinamento delle prove). In definitiva, la stessa natura endoprocessuale delle misure cautelari nega qualunque finalità rieducativa, persino ragionando *ex hypothesi*.

Nel contesto di cui si discorre, dunque, non si vede quale sia *la somiglianza rilevante*²³ che dovrebbe porre sullo stesso piano la pena e la misura cautelare, *a meno di non assumere che sia la*

²² La questione era, infatti, stata sollevata dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, in relazione ad una richiesta avanzata dalla Procura della Repubblica di disporre una misura di prevenzione personale (nella specie, la sorveglianza speciale) nei confronti di un soggetto indiziato di associazione camorrista; quest'ultimo, tuttavia, era già detenuto in espiazione di pena e, pertanto, la misura (se concessa) avrebbe trovato esecuzione dall'anno 2027, data prevista per la cessazione dello stato detentivo.

²³ Come è noto, infatti, l'*analogia legis*, prevista quale mezzo di integrazione dell'ordinamento dall'art. 12 delle Preleggi, è il procedimento logico mediante il quale si estende la disciplina di un caso regolato ad uno non regolato che sia simile al primo; non è peraltro sufficiente una somiglianza qualunque, ma è necessario che si tratti di una *somiglianza rilevante*: «cioè bisogna risalire dai due casi ad una qualità comune ad entrambi, che sia nello stesso tempo la ragion sufficiente per cui al caso regolato sono state attribuite quelle e non altre conseguenze» (N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 267). In senso analogo v. F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, III ed., Torino, 2000, 118 s. Come rileva R. D'ALESSIO, *Completezza, chiusura e integrazione dell'ordinamento* in F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale*, cit., 290, «il significato più usuale di simiglianza rilevante consiste nell'*identitas rationis*, dove *ratio* ha a sua volta il significato di ragion d'essere, di scopo

mera carcerazione l'elemento significativo delle due fattispecie: tuttavia questo assunto aprirebbe ulteriori questioni. In tal senso appare, in certo modo, ambigua la terminologia utilizzata dalla Cassazione nel porre il punto di diritto, nella parte finale della motivazione: da un lato, infatti, si mettono sullo stesso piano *misure cautelari personali* (senza ulteriori specificazioni) e *pene detentive*, dall'altro si fa riferimento al fatto che la rivalutazione della pericolosità sia motivata «*dall'esperienza carceraria subita*». Ora, è appena il caso di ricordare che tra le misure cautelari coercitive esistono anche gli *arresti domiciliari*; allora ci chiediamo: l'espiazione della misura in regime di arresti domiciliari, se si protraesse per un periodo consistente, determinerebbe la necessità della rivalutazione giudiziale? O è solo il transito in carcere che rende la misura cautelare suscettibile di estinguere la pericolosità del prevenuto? In definitiva, il punto di diritto stabilito dalla Cassazione vale solo per le misure cautelari in carcere (che in tal senso si porrebbero come le più prossime alla pena) o per tutte le misure cautelari coercitive?

In definitiva, se il procedimento analogico si basa sulla *eadem ratio*, pare che difficilmente la *ratio* (*rectius* le *rationes*) alla base della regola posta dalla Consulta con riguardo alle pene detentive, possa considerarsi in sintonia con gli scopi perseguiti dalle misure cautelari.

A tali considerazioni ne va aggiunta un'altra: abbiamo visto la regola posta dal dispositivo della sentenza della Corte costituzionale; ebbene nell'ultima parte della motivazione, in maniera piuttosto eccentrica, la Consulta afferma che «*resterà rimessa all'applicazione giudiziale l'individuazione delle ipotesi nelle quali la reiterazione della verifica della pericolosità sociale potrà essere ragionevolmente omessa, a fronte della brevità del periodo di differimento dell'esecuzione della misura di prevenzione* (si pensi al caso limite in cui la persona alla quale la misura è stata applicata si trovi a dover scontare solo pochi giorni di pena detentiva)».

La dottrina, che tra le prime ha commentato la decisione della Consulta, ha attribuito a tale proposizione valore interpretativo (addirittura di interpretazione autentica)²⁴ e la Cassazione pare condividere questa posizione²⁵.

In realtà chi scrive si sente di dissentire: l'unico motivo per considerare tale assunto come interpretativo è che esso non risiede nel dispositivo e, dunque, a rigore, non è immediatamente vincolante. Tuttavia l'enunciato in sé non ci pare avere natura interpretativa: non ci pare, cioè, che si muova all'interno dell'alveo di senso tracciato dal dispositivo, magari scegliendo tra le possibili declinazioni di significato che ad esso potevano essere attribuite. Tale sarebbe stato se avesse, ad esempio, specificato che, *nella sua attività di (ri)valutazione, il giudice avrebbe dovuto tener conto dei casi nei quali il periodo di differimento era particolarmente breve*. In tal modo, in via

o motivo della norma, da intendere, per adoperare una formula tradizionale come l' "id propter quod lex lata est et sino quo lata non esset" [...] Le due fattispecie debbono allora avere in comune una qualità che sia nello stesso tempo il motivo per cui alla fattispecie regolata è stata attribuita quella e non diversa disciplina».

²⁴ Cfr. D. CHINNI, *Petitum additivo «non corretto sul piano sistematico», limatura della Corte costituzionale sul verso della richiesta e indicazione ai giudici circa l'interpretazione della norma aggiunta*, in *Giur. cost.*, 2013, 4668: «Dismessi i panni del *legislatore*, il giudice costituzionale reindossa così quelli suoi propri e propone una sorta di *interpretazione autentica*, che ha l'effetto di consentire ai giudici, in determinate circostanze, di *non applicare* la nuova norma» (i corsivi sono testuali).

²⁵ Punto 1.2 della parte motiva.

interpretativa, l'enunciato in motivazione avrebbe specificato uno dei modi possibili di applicazione della regola aggiunta nel dispositivo. Qui, però, il rapporto tra i due enunciati è diverso: *la regola posta dal dispositivo possiede, indiscutibilmente, natura obbligatoria*, sancendo il dovere del giudice di rivalutare la condizione del sottoposto a misura di prevenzione; l'enunciato contenuto in motivazione *pone una eccezione a tale regola, stabilendo un caso nel quale tale valutazione può non aver luogo del tutto*. Appare, almeno a chi scrive, *difficile sostenere che la posizione di una regola derogatoria sia attività interpretativa della regola generale*.

Non si potrebbe nemmeno dire che l'enunciato in motivazione abbia trasformato la norma addita da obbligatoria in facoltizzante: la facoltà (o il permesso) dipende dalla scelta soggettiva del destinatario della norma, non da condizioni oggettive esterne a tale scelta (come in questo caso si configura il trascorrere più o meno cospicuo del tempo di carcerazione). Semplicemente *l'enunciato posto in motivazione ha natura di regola derogatoria (speciale), rispetto a quella (generale) posta nel dispositivo*. Chiaramente, rimanendo nella parte motiva, tale regola non può ritenersi avere natura pienamente vincolante e, forse, questo *depotenziamento* può far propendere per la sua natura (impropriamente) interpretativa.

Nel caso di specie, ci pare che le misure cautelari (salvo una durata eccezionalmente lunga) davvero potrebbero concretizzare l'ipotesi prevista dalla Corte nella norma derogatoria: vale a dire, uno di quei casi nei quali la (ri)valutazione della pericolosità sociale potrebbe essere ragionevolmente esclusa.

Certo, un'impostazione garantista milita contro una simile ipotesi, stante la sua natura decisamente afflittiva; come sarebbe forse eccessivo pretendere che sia la Cassazione ad effettuare un simile giudizio, anche se, in fondo, esso non è il giudizio di (ri)valutazione che il giudice di legittimità, giustamente, rimette alla Corte distrettuale. Esso, semmai, è un *meta-giudizio*, sulla necessità o meno di svolgere il giudizio di (ri)valutazione, che va eseguito secondo i parametri predisposti dalla Consulta. Tuttavia se tale *meta-giudizio* abbia natura di merito o di legittimità è questione sulla quale non ci sentiamo di prendere posizione.

In definitiva dal punto di vista, pratico-consequenzialista, la Cassazione ha probabilmente fatto bene a rimettere la questione alla Corte distrettuale di Bari affinché la posizione del ricorrente venisse rivalutata. Tuttavia dal punto di vista teorico-sistematico, permangono le perplessità che abbiamo sollevato e che ci fanno pensare ad un uso disattento (ancorché lodevolmente garantistico) della regola posta dai giudici di Palazzo della Consulta. In definitiva, chi scrive si chiede se la Cassazione non abbia fatto «la cosa giusta, per la ragione sbagliata».