

RIPERCORRENDO I “LUOGHI” DELLA
PROGNOSI “PERSONOLOGICA”: ALCUNI
SPUNTI DI RIFLESSIONE

Archivio Penale

in disCrimen dal 27.12.2020

Caterina Paonessa

SOMMARIO 1. La *vis* espansiva della prognosi nel diritto penale. — 2. Il giudizio prognostico di natura “personologica”. Una perimetrazione preliminare. — 3. La reversibilità degli effetti pronosticati. — 4. I modelli sospensivi. — 5. La pericolosità individuale. In particolare: la capacità a delinquere. — 6. Le misure di sicurezza personali. — 7. La pericolosità reale. Tentativi di adattamento. — 8. La prognosi apparente: le sanzioni sostitutive come tipologie sanzionatorie. — 9. Un bilancio (provvisorio) guardando “oltre”.

1. La *vis* espansiva della prognosi nel diritto penale

Al pari di altri rami del diritto¹, se non anche in misura maggiore, in campo penale albergano, in varia guisa, multiformi percorsi cognitivi incentrati sulla prognosi. Talvolta è lo stesso legislatore a riporre nelle mani del giudice il compito di formulare previsioni sul probabile verificarsi di eventi futuri pregiudizievoli in presenza di determinate circostanze (il passaggio del tempo, solo per fare un esempio) e di assumere, in ragione di ciò, provvedimenti consequenziali. Siffatta attitudine prognostica è piuttosto marcata sul versante processuale; pur nella eterogeneità delle situazioni interessate – assai numerose per poter essere indagate in modo completo in questa sede – inevitabile è il rimando, segnatamente, alla tutela cautelare, da un lato, e all’adozione di provvedimenti di natura sospensiva, dall’altro. Accanto ai presupposti applicativi delle misure cautelari personali e reali, agganciate – come noto – alle valutazioni ipotetiche proiettate nel futuro del *fumus bonis iuris* e del *periculum in mora*, è possibile richiamare, infatti, in aggiunta, le decisioni di natura prospettica generalmente poste in collegamento al riscontro dell’eventuale verificabilità di eventi gravi e irreparabili (è il caso, tra le variegate ipotesi, della decisione sulla richiesta di sospendere, in pendenza del ricorso per cassazione, l’esecuzione della condanna civile a norma dell’art. 612 c.p.p.).

¹ Per una panoramica, cfr. M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 2002, 329 ss.

Ma è, per il vero, soprattutto il piano sostanziale a caratterizzarsi, specialmente negli ultimi decenni, per il progressivo incremento di momenti valutativi sbilanciati in avanti nel tempo; ciò è accaduto, per lo più, in parallelo al crescente proliferare di sviluppi alternativi al carcere, che hanno portato ad ampliare, di riflesso, gli spazi per giudizi prognostici, essenzialmente tarati sulla persona del reo, non soltanto nella sede naturale dell'esecuzione, ma, già prima, nella stessa fase di cognizione. È tornato così alla ribalta, sotto una nuova veste, il tema della *Individualprognose*, tradizionalmente approfondito, in prevalenza, salvo sporadiche eccezioni², in ambito criminologico, al più con risvolti sul piano procedurale, stante la preoccupazione, tutta pragmatica, di dare risposte certe agli interrogativi sul *quomodo* della predizione di comportamenti criminali futuri³.

La rinnovata attenzione al fenomeno evidenzia come sia tutt'altro che agevole riuscire a stringere concettualmente la prognosi penale; quest'ultima, invero, intercettando trasversalmente – come si vedrà meglio nel prosieguo – istituti eterogenei, finisce per assumere una natura inevitabilmente polimorfa, recando in sé non pochi aspetti di criticità.

Nel caso della prognosi personologica, in particolare, non c'è dubbio che si abbia a che fare con un giudizio fisiologicamente delicato e complesso, non soltanto in ragione della circostanza – comune in realtà a tutte le forme di proiezione “in avanti” –

² Emblematica, sul punto, la riflessione di W. FRISCH, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht. Zur normativen Relevanz empirischen Wissens und zur Entscheidung bei Nichtwissen*, Heidelberg-Hamburg, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, 1983, 2 ss., che si sofferma ampiamente sull'abbandono della prognosi come tema generale della dogmatica, provando a farsi promotore di un suo recupero (cfr., segnatamente, 5 ss., 20-21), se pure limitatamente al settore indagato, costituito dalla prognosi di recidiva (*Rückfallprognose*) e da quella riguardante l'effetto di determinate sanzioni sull'autore del reato (*Wirkprognose*). Un precedente tentativo si era avuto con REIN. VON HIPPEL, *Gefährurteile und Prognoseentscheidungen in der Strafrechtspraxis*, Berlin-New York, de Gruyter, 1972, 2 ss., la cui indagine, tuttavia, diretta ad una migliore comprensione dei momenti ipotetici coinvolti nei processi decisionali, aveva sì provato a mettere insieme i giudizi di pericolo (*Gefährurteile*) e le valutazioni prognostiche (*Prognoseentscheidungen*), ma era giunta a riservare a quest'ultimo tema una trattazione assai marginale (nelle stesse parole di W. FRISCH, *op. cit.*, 5, nt. 11, «un solo paragrafo [§ 115], per di più composto soltanto da due (!) pagine [113-114]» (punteggiatura nell'originale).

³ Significativa, in proposito, l'esperienza tedesca; cfr., *ex plurimis*, i diversi contributi raccolti nel volume *Prognoseentscheidungen in der strafrechtlichen Praxis*, a cura di W. Frisch e T. Vogt, Baden-Baden, Nomos, 1994 e, segnatamente, quello di H. JUNG, *Die Prognoseentscheidung zwischen rechtlchem Anspruch und kriminologischer Einlösung*, ivi, 163 ss., la quale sottolinea proprio come la prognosi «è praticamente un ottimo esempio dei vantaggi della criminologia orientata all'applicazione». Per una rivisitazione del tema, in perenne tensione tra ragioni securitarie e certezza del diritto, cfr. H. POLLÄHNE, *Kriminalprognostik. Untersuchungen im Spannungsfeld zwischen Sicherheitsrecht und Rechtssicherheit*, Berlin-Boston, de Gruyter, 2011, 1 ss., 253 ss.

che il momento previsionale sia cronologicamente anticipato rispetto all'oggetto da valutare, ma precipuamente perché, polarizzandosi l'asse prognostico sulla realizzazione di fatti umani, si viene ad introdurre nella decisione giudiziale un ulteriore fattore di complicazione (*rectius* di imprevedibilità), qual è, appunto, la variabile della volontà umana, con l'effetto di rendere ancora più intricato il nodo, già di per sé aggrovigliato, della fondatezza delle previsioni fatte. In tale contesto forte è, dunque, il rischio che, dietro l'etichetta formale della prognosi, possano essere veicolate decisioni solipsistiche, e finanche preconcepite, che sfuggano a rigorosi riscontri in punto di attendibilità. La preoccupazione si accentua proprio nel caso delle valutazioni previsionali di tipo personologico posto che è qui che si annida, del resto, lo zoccolo duro della prognosi dato dal suo impiego come "giudizio predittivo puro". Nella specie, invero, la cognizione prognostica, riguardando fondamentalmente aspetti del futuro, opera, per così dire, in avanscoperta: il conoscere "prima" serve, in altre parole, ad offrire la base per assumere decisioni, o che non possono attendere un rinvio, tramutando, in questo modo, la previsione stessa in una necessità improcrastinabile, o che, comunque, consentono fin da subito di mettere in atto strategie comportamentali con finalità tendenzialmente preventive⁴.

Rispetto ad un fatto che ancora non si è invero, ossia il futuro comportamento criminale del reo, la prospettiva – va da sé – non può che essere quella di un giudizio predittivo che si sviluppa necessariamente *a priori*; tale contingenza, però, non può fare a meno di articolarsi sulla scorta di fondati elementi diagnostici. Anche nell'operare come guida all'azione – è importante precisare – la prognosi rinviene pur sempre la sua spinta propulsiva nell'anamnesi: solo guardando al passato si può, infatti, prevedere ciò che sarà, al pari di ciò che (non) è stato. Sennonché, mentre la prognosi personologica allocata in fase esecutiva – interessando tendenzialmente pene medio-lunghe – può contare, quanto meno, sull'osservazione intramuraria della

⁴ In merito, W. FRISCH, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht*, cit., 1, rileva, in particolare, che la prognosi costituisce «un problema centrale» soltanto «per gli ordinamenti giuridici che intendono il diritto penale in modo strumentale, come mezzo per una effettiva tutela dei beni». Ancora più chiaramente, ID., *Strafrechtliche Prognoseentscheidungen aus rechtswissenschaftlicher Sicht. Von der Prognose zukünftigen Verhaltens zum normorientierten Umgang mit Risikosachverhalten*, in *Prognoseentscheidungen in der strafrechtlichen Praxis*, cit., 56, osserva come la prognosi abbia una sua specifica dimensione «solo in un diritto penale, che con le sue sanzioni penali mira a prevenire qualcosa in futuro o a ottenere qualcosa in futuro – cioè un diritto penale mirato alla prevenzione generale o individuale, strumentalizzato in tal senso». Sul legame tra prognosi e prevenzione, cfr., altresì, S. MIR PUIG, *La perspectiva "ex ante" en Derecho penal*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1983, 7 ss.

persona del reo, la stessa, quando è affidata al giudice di cognizione rasenta, come si vedrà, quasi il salto nel vuoto.

È chiaro che ragionare per prognosi significa, per certo, accettare anche la dimensione “creativa” di tale forma del sapere. L’assunto, tuttavia, richiede di essere meglio contestualizzato.

Se è vero, infatti, che, da sempre, il sapere – anche al di fuori dell’ambito strettamente giuridico – non riesce a fare a meno di nutrirsi di previsioni, specie in contesti caratterizzati dalla precarietà e dall’incertezza dello stato delle conoscenze, è altrettanto vero che la prognosi come processo cognitivo è ben lontana dall’incarnare il portato di forme di (divinatoria) preveggenza. I fili della predittività oggi, a differenza di quanto accadeva in passato, non sono più tirati da forze soprannaturali e metafisiche, bensì dall’uomo stesso che si trova impegnato a districarli e gestirli con i propri mezzi. Dall’iniziale approccio “esoterico” alla previsione, quale quello che contraddistingueva in particolare le antiche pratiche divinatorie⁵, si è passati – a ben guardare – a forme predittive improntate a un *management* spiccatamente “scientifico”, pur se con significative divergenze a seconda del campo di materia interessato. Nell’affrancarsi dalla dimensione strettamente religiosa, la prognosi rappresenta, dunque, il frutto più maturo della predittività. La previsione si è fatta, invero, sempre meno irrazionale ed impercussibile, tramutandosi in effettivo metodo di conoscenza, come tale, maggiormente dominabile e, almeno potenzialmente, controllabile.

Quanto osservato ha delle significative ripercussioni pratiche; di fronte ad un sapere congetturale e probabilistico, come quello prognostico⁶, realisticamente non si può fare altro che cercare di contenere quanto più possibile gli inevitabili, plausibili, margini di errore, segnatamente con un corretto (e razionale) governo del meccanismo, *in primis* ovviando al rischio che la valutazione prognostica venga di fatto a significare giudizio fondato esclusivamente sull’*intuitu personae*.

⁵ Sulla complessità e varietà del fenomeno, nell’ambito di una letteratura sconfinata, cfr., per tutti, oltre all’ampia trattazione di A. BOUCHÉ-LECLERCQ, *Histoire de la divination dans l’antiquité*, voll. I-IV, Paris, Ernest Leroux, 1879-1882, la serie di studi raccolti nei due volumi de *La divination. Études recueillies*, a cura di A. Caquot e M. Leibovici, Paris, Presse universitaires de France, 1968, nonché R. BLOCH, *Prodigi e divinazione nel mondo antico. Etruschi, Greci, Romani*, Roma, Newton Compton, 1977 e ID., *La divinazione nell’antichità*, Napoli, Esi, 1995. Per un sintetico quadro d’insieme cfr., altresì, S. TIMPANARO, *Introduzione*, in M.T. CICERONE, *Della divinazione*, Milano, Garzanti, 1988, xxviii ss.

⁶ L. MONACO, *Prospettive dell’idea dello ‘scopo’ nella teoria della pena*, Napoli, Jovene, 1984, 122 ss.

2. Il giudizio prognostico di natura "personologica". Una perimetrazione preliminare

La prognosi c.d. personologica ha ad oggetto, essenzialmente, come si è anticipato, la capacità criminale del colpevole⁷. Come tale, essa ha trovato terreno fertile soprattutto nella teoria della pena, ambito in cui, d'altra parte, non è infrequente che l'attitudine al reato operi quale presupposto per l'applicazione – come si vedrà – di specifici trattamenti o per poter usufruire di particolari "benefici" previsti sia dal codice penale, sia dalla normativa speciale, segnatamente in materia di ordinamento penitenziario.

Su questo versante, la valutazione comportamentale assume una caratura prognostica in tutti quei casi in cui il giudizio manifesti una curvatura prospettica, ossia là dove essa prenda di mira il possibile inverarsi di future condotte che, allo stato del giudizio, rimangono, però, del tutto ipotetiche.

Il punto merita attenzione perché consente di meglio identificare il raggio di azione della prognosi personologica; tenuto conto di quanto osservato, infatti, va da sé che quest'ultima non possa riconoscersi *tout court* ogni qualvolta venga in rilievo il riferimento alla capacità a delinquere del reo, anche implicitamente, sulla base del richiamo degli indici dettati dall'art. 133, comma 2, c.p. Il dato – com'è noto – contraddistingue una pluralità di istituti; è chiaro, però, che si avrà un autentico giudizio prognostico di natura personologica soltanto nella misura in cui la capacità criminale evochi una proiezione finalistica *in progress* del comportamento del reo.

La circostanza appena indicata spiega, dunque, perché, nonostante l'indiretto riferimento alla capacità criminale, non possa includersi nel tipo di valutazione in esame il giudizio sul "sicuro ravvedimento del reo", richiesto quale presupposto per il riconoscimento della liberazione condizionale (art. 176 c.p.)⁸; siffatto apprezzamento,

⁷ Nel riferirsi alla "prognosi criminologica della personalità", G. DELL'OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Milano, Giuffrè, 1985, 7 sottolinea che essa «consiste in una serie di indagini finalizzate alla formulazione di un giudizio di predizione sul comportamento futuro del reo», risolvendosi, quindi, «nella affermazione o nella negazione della pericolosità sociale nei confronti del soggetto, ossia della probabilità che questo ricada nel delitto».

⁸ Sulla circostanza che la certezza del ravvedimento abbia come significato il «conseguimento da parte del condannato della effettiva capacità di reinserirsi in modo ordinato nella società, in particolare della garanzia che egli dà di non commettere ulteriori reati», cfr. G. VASSALLI, *Funzione rieducativa della pena e liberazione condizionale*, in *Scuola pos.*, 1964, 406-407; cfr., inoltre, L. CESARIS, *Sulla valutazione del "sicuro ravvedimento" ai fini della liberazione condizionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 295 ss., nonché, più di recente, S. DE FLAMMINEIS, *Sicuro ravvedimento e risarcimento del danno nella liberazione condizionale: natura soggettiva e contenuto oggettivo*, in *Corr. merito*, 2007, 361 ss.; V. RISPOLI, *Liberazione condizionale e finalità rieducative. Limiti ed estensione del concetto del*

infatti, non guarda “in divenire”, bensì a ritroso, ossia al comportamento tenuto dal colpevole durante il tempo di esecuzione della pena e, dunque, in un arco temporale assolutamente dominabile, in quanto circoscritto a ciò che si è verificato prima del momento decisionale⁹. Non a caso, nella specie, si viene a configurare «un vero e proprio “diritto del condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo”»¹⁰.

Analogamente può dirsi in relazione alla declaratoria di abitualità (art. 103 c.p.), di professionalità (art. 105 c.p.) e della tendenza a delinquere (art. 108 c.p.), là dove, in effetti, la capacità criminale è evocata, come si evince dagli stessi parametri valutativi variamente indicati dalle rispettive disposizioni normative, sempre in chiave retrospettiva. In chiave prospettica questa anamnesi viene ribaltata in giudizi di pericolosità preventivi, che sono l’opposto della prognosi, che è giudizio in concreto.

Portando in avanti la riflessione, è evidente, dunque, che l’oggetto della prognosi personologica non possa identificarsi semplicemente con l’attitudine del soggetto al fatto commesso, ossia con «il grado di *appartenenza* dell’episodio criminoso alla *personalità* dell’agente», bensì vada intesa in un’accezione più specifica, qual è, appunto, la sua attitudine «*a commettere nuovi reati*»¹¹.

Siffatta indicazione finalistica, di regola, è esplicitata dallo stesso legislatore, talvolta in negativo, come nel caso della sospensione condizionale della pena, dove il pronostico deve riguardare la circostanza «che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati» (art. 164, comma 1, c.p.); altre volte, all’opposto, in positivo, come accade per il giudizio di pericolosità sociale rilevante ai fini dell’applicazione delle misure di sicurezza, rispetto alle quali, invece, deve aversi riguardo alla circostanza che

«sicuro ravvedimento» alla luce di una lettura costituzionalmente orientata delle pene, in *Riv. pen.*, 2007, 1249 ss.

⁹ Sulla natura diagnostica della valutazione sottesa alla liberazione condizionale cfr., altresì, F. GIUNTA, *Attenuazione del custodialismo carcerario e tutela della collettività: note sulla recente riforma penitenziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 599.

¹⁰ Così D. PULITANO, *Diritto penale*, 8^a ed., Torino, Giappichelli, 2019, 454 (corsivi nel testo), che, sul punto, richiama Corte cost., 14 maggio-27 giugno 1974, n. 204, in *Giur. cost.*, 1974, 1707 ss., con nota di P.M. CORSO, *La liberazione condizionale dopo l’intervento della Corte costituzionale*, ivi, 3528 ss. e di G. VASSALLI, *La liberazione condizionale dall’amministrazione alla giurisdizione*, ivi, 3523 ss.

¹¹ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 7^a ed., Torino, Giappichelli, 2018, 572 (corsivi nel testo).

sia «probabile» che il soggetto «commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati» (art. 203, comma 1, c.p.).

Nel significato assunto, la prognosi personologica finisce, generalmente, per dispiegarsi sulla scia dell'art. 133, comma 2, c.p., assumendo come parametri valutativi di riferimento prevalentemente l'insieme dei criteri identificativi della capacità a delinquere (motivi a delinquere e carattere del reo; precedenti penali e giudiziari; condotta e vita del reo antecedenti al reato; condotta contemporanea o susseguente del reo; condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo). A prescindere dalla esaustività di tali indici – da più parti, non a torto, criticata – ciò che preme evidenziare è come, attraverso il richiamo in parola, il giudizio venga ad appuntarsi sulla personalità dell'individuo considerato *uti singulis*, non quale concetto di genere, ossia sul comportamento esattamente di "quel" reo, che, nel futuro, proietta il proprio vissuto. La peculiarità dell'oggetto prognostico consente, dunque, di annoverare la relativa valutazione personologica tra i giudizi di stampo soggettivistico. Conseguentemente, il pronostico di cui si tratta, presentando una chiara matrice individualizzante, risulta scarsamente sensibile ad istanze di standardizzazione¹².

Ecco delineato allora il contesto operativo della prognosi personologica: essa, a ben guardare, si innesta nel raggio funzionale di quegli istituti che hanno una vocazione spiccatamente specialpreventiva, la cui applicazione non è affidata ad automatismi, ma necessita, anche se non in via esclusiva, di un vaglio preliminare sulla meritevolezza del reo, trattandosi di misure che, operando per lo più in un'ottica riabilitativa, hanno, come implicazione, quella di derogare, di fatto, se pure con modalità diversificate, alla pena *stricto sensu*. In tutti questi casi la prognosi rappresenta, in pratica, un passaggio obbligato: la fiducia o la sfiducia dell'ordinamento riposa sulla scommessa sul comportamento futuro del reo.

3. La reversibilità degli effetti pronosticati

La condizione sopra enucleata di meritevolezza, va detto, opera, al contempo, quale fondamento e limite del giudizio prognostico personologico che è un meccanismo cognitivo "aperto" al successivo corso degli eventi. La prognosi, invero, prendendo di mira eventi che non si sono ancora verificati, sottende una valutazione "at-

¹² F. GIUNTA, *Sospensione condizionale della pena*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 110-111; più di recente, cfr., altresì, P. STELLA, *Pena e politica criminale. Aspetti teorici e casi pratici*, Milano, Giuffrè, 2008, 180.

tuale”, radicata nel presente, *hic et nunc*; la sua forza di proiezione riposa, pressoché interamente, su elementi diagnostici tratti dal passato – quasi una sorta di trampolino di lancio – che indicano la traiettoria del giudizio verso l’incognito.

La prognosi sarà tanto più irreprensibile, quanto più rigoroso sarà il metodo utilizzato per giungere alla formulazione del giudizio predittivo. Parallelamente, l’eventuale errore metodologico sarà suscettibile di ripercuotersi sul risultato finale della valutazione, minandone l’esattezza, a meno che la prognosi – per pura casualità – non si riveli ugualmente “azzeccata”, compensando, in questo modo, il difetto prospettico di partenza.

Ciò non toglie, peraltro, che anche un pronostico metodologicamente ineccepibile e, quindi, *ex ante*, “corretto”, possa rivelarsi, *ex post*, fallace o, comunque, inattuale, perché sconfessato, di fatto, da successivi avvenimenti. Nella prognosi altrimenti definibile “a sviluppo incerto”, del resto, non è inusuale che l’epilogo valutativo cristallizzatosi in un determinato momento storico, dovendosi misurare con eventi *in fieri*, possa essere messo in discussione nel tempo. Data la strumentalità dell’accertamento prognostico, ben si comprende come mai, di solito, l’ordinamento tenda ad affiancare all’apertura verso valutazioni di questo tipo la previsione di meccanismi che consentano di far caducare il trattamento o la disciplina fondati su un giudizio predittivo che, *a posteriori*, si sia rivelato scorretto, vuoi perché rappresenta la conferma di un processo cognitivo già in origine sbagliato, vuoi perché, pur nella esattezza del metodo usato, esso non abbia trovato effettiva corrispondenza nella realtà.

La reversibilità degli effetti della prognosi, sotto le sembianze della revoca, è, in particolare, una delle peculiarità che contraddistingue gli istituti nei quali prende maggiormente corpo la c.d. prognosi personologica. Sussiste, a ben guardare, una corrispondenza biunivoca tra questa tipologia di prognosi e la revoca, per cui anche quest’ultima, al pari della prima, consegue dal comportamento antidoveroso, all’evidenza “immeritevole”, del reo, restando immutata nei suoi effetti a prescindere dal tipo e dalla gravità dell’illecito commesso. Nel contesto di una prognosi necessariamente “aperta”, quale, segnatamente, quella personologica, la possibile invertibilità degli esiti funge, d’altra parte, da contrappeso al carattere fortemente probabilistico del giudizio di cui si tratta, permettendo di recuperare terreno sul piano della certezza. La revoca altro non è che la cartina di tornasole della correttezza della valutazione personologica; ben si comprende, quindi, come essa integri un suo attributo indefettibile.

Ciò induce ad un ulteriore ritaglio del margine di manovra della prognosi in esame, la quale – vale la pena rilevare – non può riguardare quegli istituti che, dietro

una apparente considerazione della personalità del reo, mascherano, in realtà, vere e proprie "concessioni".

Si pensi al perdono giudiziale, che, come noto, apre la strada ad un possibile epilogo estintivo per i reati commessi da minori degli anni diciotto se si "presume" che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati. La prognosi di non recidiva, come attestato dalla sua stessa irreversibilità, offre qui una copertura meramente formale alla «rinuncia alla pena» in cui, di fatto, si sostanzia il provvedimento clemenziale dell'art. 169 c.p.¹³, tenuto conto della peculiare categoria soggettiva che può beneficiarne. Nell'ipotesi considerata, in pratica, «uno degli scopi della pena, ossia il ravvedimento del reo» costituisce «lo scopo ed insieme il presupposto della sua diapplicazione», la cui opportunità è rimessa al prudente apprezzamento giudiziale¹⁴.

Più in generale, comunque, va detto che non c'è prognosi personologica qualora la decisione giudiziale (ad esempio nel caso di immissione in libertà del detenuto prima del suo fine-pena) sia subordinata «alla valutazione diagnostica di elementi dai quali è immediatamente desumibile una notevole diminuzione o addirittura una assenza di pericolosità del detenuto»¹⁵. Qui non si ha a che fare, invero, con giudizi predittivi, bensì come mere "constatazioni" centrate sulla "persona", più che sulla "personalità" del destinatario. Si pensi, oltre all'ipotesi già indicata della liberazione condizionale, alla semilibertà, che altro non è se non una modalità esecutiva della pena detentiva (art. 48 L. 26 luglio 1975, n. 354, c.d. legge sull'ordinamento peniten-

¹³ Fa esplicito riferimento alla «fuga dalla sanzione» in questo caso F. MANTOVANI, *Pene e misure alternative nel sistema vigente*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Atti dell'XI Convegno E. De Nicola, Milano, Giuffrè, 1977, 32. Sulla presunzione di "emenda" del minorente sottesa alla valutazione del suo comportamento futuro, cfr., M. DUNI, *Il perdono giudiziale*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1957, 160; cfr., altresì, G. BELLAVISTA, *Perdono giudiziale*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, Utet, 1965, 930; R. DOLCE, *Perdono giudiziale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 1000 s.; G. PIGHI, *Il perdono giudiziale*, Milano, Giuffrè, 1984, 10 ss., nonché T. PADOVANI, *Sub art. 169*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Art. 150-240, a cura di M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2011, 220 ss.

¹⁴ In questi termini, M. DUNI, *Il perdono giudiziale*, cit., 161. I risultati di una ricerca sul campo danno conto, ad esempio, dell'applicazione del perdono giudiziale pure a fronte di fatti di reato "importanti" in ordine ai quali sia stata raggiunta la piena prova della colpevolezza dell'imputato, allorché si disponga, comunque, di un quadro – ancorato ad elementi consistenti – da cui si desuma che il reo abbia superato "la fase della devianza" e che la sua condotta futura sarà conformata a quei canoni che garantiscono la civile convivenza; così A.M. CAPITTA, G. FRANCO, *Il perdono giudiziale*, in *Cass. pen.*, 2009, 3150.

¹⁵ F. GIUNTA, *Attenuazione del custodialismo carcerario e tutela della collettività*, cit., 597-598.

ziario, di seguito ord. pen.)¹⁶, la cui concessione è condizionata ai progressi compiuti dal detenuto nel corso del trattamento (art. 50, comma 4, ord. pen.) o, ancora, alla liberazione anticipata, la quale presuppone la partecipazione del destinatario all'attività di rieducazione¹⁷, operando quale riconoscimento della stessa (art. 54, comma 1, ord. pen.).

4. I modelli sospensivi

Così fissate le coordinate della prognosi personologica, è agevole constatare come essa integri un elemento strutturale principalmente dei modelli c.d. “sospensivi”. Nonostante la varietà delle misure astrattamente inquadrabili in tale cornice e la diversità della loro regolamentazione giuridica nel nostro ordinamento, è, infatti, oramai acquisito che gli istituti in esame siano accomunati da almeno due note distintive: da un lato, l'ancoraggio ad un giudizio prognostico in prospettiva specialpreventiva, inerente cioè alla «possibilità di recupero del colpevole, nell'interesse di quest'ultimo ma anche nell'interesse collettivo ed utilitaristico di una migliore difesa sociale»; dall'altro lato, la possibilità di revoca della misura sospensiva, anch'essa dalle venature specialpreventive, in quanto incardinata alla sopravvenuta “immeritevolezza” del reo che, con il suo comportamento successivo, è venuto a smentire, in pratica, la precedente prognosi favorevole¹⁸.

Sulla scorta delle caratteristiche anzidette, la logica sospensiva – com'è evidente – è suscettibile di abbracciare, in modo trasversale, istituti diversi. Ai fini che interessano, ciò ha, naturalmente, dei riflessi sull'individuazione dell'ambito operativo delle prognosi di carattere personologico; nel contesto dell'ampio *genus* dei modelli sospensivi, in particolare, parrebbero assumere tale connotazione, tanto i giudizi predittivi che agganciano, come parametro finalistico per l'esercizio del potere discrezionale del giudice, in via esclusiva, la presunzione di non recidiva, quanto quelli

¹⁶ S. BELLOMIA, *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1980, 931; G. FLORA, *Misure alternative alla pena detentiva*, in *Noviss. Dig. it., App.*, vol. V, Torino, Utet, 1984, 98; F.C. PALAZZO, *Semilibertà e trattamento penitenziario*, in *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, a cura di V. Grevi, Bologna, Zanichelli, 1982, 68; da ultimo, F. DELLA CASA, A. PRESUTTI, Sub art. 48, in *Ordinamento penitenziario commentato*, 6ª ed., a cura di F. Della Casa, G. Giostra, Milano, Wolters Kluwer, 2019, 720.

¹⁷ Per tutti, M.G. COPPETTA, Sub art. 54, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 776 ss.

¹⁸ Sul punto, diffusamente, F. GIUNTA, *Pene sostitutive e sistema delle sanzioni: profili ricostruttivi ed interpretativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 486 ss.

che prendono di mira, con una valutazione maggiormente composita, il probabile reinserimento sociale del reo.

Sotto il primo profilo, indubbiamente tale è il criterio che presiede alle due *species* paradigmatiche della sospensione condizionale della pena (ex art. 164, comma 1, c.p.), da un lato, e della sospensione del procedimento con messa alla prova ex artt. 168-*bis* c.p. e 464-*quater*, comma 3, c.p.p., dall'altro¹⁹. In entrambi i casi, con riguardo a pene ancora da scontare e finanche da accertare nell'ipotesi della messa alla prova, ci si misura con osservazioni della personalità del reo funzionali a desumere che lo stesso si asterrà dal commettere in futuro nuovi reati. Con la particolarità che, per la sospensione condizionale della pena, la prognosi di non recidività opera come limite applicativo per il beneficio, nel senso di impedirne la concessione in caso di esito negativo, ma attestando, ove positivo, la doverosità del provvedimento giudiziale²⁰. Una valutazione, questa, alla base anche della messa alla prova, là dove, nondimeno, la prognosi di non recidiva si interconnette alla valutazione sull'idoneità del programma da eseguire, che diventa, quindi, «strumento per far sì che l'imputato si astenga dal commettere nuovi reati»²¹.

Nella seconda prospettiva sopra indicata acquisterebbe rilievo, invece, segnatamente, la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale prevista dell'art. 47 ord. pen.²², che, secondo parte della dottrina, andrebbe parimenti inquadrata tra i meccanismi *lato sensu* sospensivi²³. A suffragare la predetta inclusione si porrebbe un duplice rilievo: da un lato, la subordinazione dell'affidamento in prova ad

¹⁹ Rileva l'omogeneità dei due giudizi prognostici A. MARTINI, *Cronaca di un successo annunciato. Commento all'art. 3 della l. 28 aprile 2014*, n. 67, in *Leg. pen.*, 2014, 493.

²⁰ A. MARTINI, *La pena sospesa*, Torino, Giappichelli, 2001, 206 ss.; T. PADOVANI, *Sub art. 163*, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 168-169.

²¹ M. MIRAGLIA, *La messa alla prova dell'imputato adulto. Analisi e prospettive di un modello processuale diverso*, Torino, Giappichelli, 2020, 277.

²² La disciplina dell'affidamento in prova ha suscitato fin da subito un vivo interesse in dottrina; cfr., in particolare, F. BRICOLA, *L'affidamento in prova al servizio sociale: «fiore all'occhiello» della riforma penitenziaria*, in *Quest. crim.*, 1976, 373 ss. e, in particolare, sui delicati quesiti interpretativi sollevati dalla disciplina, 382 ss.; ID., *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, cit., 377 ss.; F. MANTOVANI, *Pene e misure alternative nel sistema vigente*, cit., 20 ss.; A. PAGLIARO, *Prospettive di riforma*, ivi, 427 ss.; ID., *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 1198; S. BELLOMIA, *Ordinamento penitenziario*, cit., 929 ss.

²³ F. GIUNTA, *Pene sostitutive e sistema delle sanzioni*, cit., 488 ss. Sul punto cfr., altresì, F. PISANTI, *Misure alternative della detenzione: problemi sostanziali e processuali*, in *Diritto penitenziario e misure alternative*, a cura del C.S.M., Roma, Arti grafiche Jasillo, 1979, 179; E. FASSONE, *Affidamento in prova al servizio sociale e riforma penitenziaria: un bilancio fra luce ed ombre*, in *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, cit., 29; G. FLORA, *Misure alternative alla pena detentiva*, cit., 96 e 99 ss.

una preliminare prognosi positiva in ordine al non compimento di futuri reati; dall'altro lato, il silenzio della legge sugli effetti della revoca in caso di comportamento incompatibile con la sua prosecuzione della misura, la quale determinerebbe, in assenza di una disciplina *ad hoc*, la reviviscenza della pena sospesa nella sua interezza²⁴.

Secondo la chiave di lettura proposta, dunque, l'istituto disciplinato dall'art. 47 ord. pen. avrebbe natura sostanziale: per suo tramite, infatti, l'ordinamento non farebbe altro che "sospendere" un'esecuzione già iniziata, facendo discendere, all'esito positivo della prova, l'estinzione della pena e degli effetti penali e, in caso contrario, il ripristino dell'originario rapporto punitivo. Proprio in relazione a quest'ultimo aspetto, tuttavia, come noto, si è fatta strada una lettura diversa²⁵, successivamente avvalorata, almeno in parte, dalla stessa Consulta²⁶. Si è sostenuto, infatti, il «carattere sanzionatorio delle prescrizioni inerenti all'affidamento in prova», posto che si tratta di «norme di condotta che investono l'intera attività del reo e comportano significative limitazioni all'esercizio di una serie di diritti costituzionalmente garantiti»; da qui l'esigenza, in conformità ai principi di proporzionalità e individualizzazio-

²⁴ Per tutti, cfr. F. MANTOVANI, *Pene e misure alternative nel sistema vigente*, cit., 42, nonché F. GIUNTA, *Pene sostitutive e sistema delle sanzioni*, cit., 489.

²⁵ Per la tesi che, argomentando dalle sensibili restrizioni alla libertà personale che la misura comporta e dal suo essere applicata, dopo un periodo di osservazione, dalla magistratura di sorveglianza, la concepisce come istituto di diritto penitenziario avente sostanza di pena, traendone la conclusione che, anche in caso di revoca, essa vada scomputata dalla pena da espiare, cfr. G. DI GENNARO, M. BONOMO, R. BREDA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, 1ª ed., Milano, Giuffrè, 1976, 222-223 (i quali successivamente ribadiscono la stessa posizione, in termini più sfumati; cfr. ID., *op. cit.*, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 1991, 264-265); G. CONSO, G. GIOSTRA, *Natura giuridica e vicende interruttrive dell'affidamento in prova al servizio sociale*, in *Rass. penit. crim.*, 1979, 8 ss.

²⁶ Sulla scia di Corte cost., 5 marzo-12 giugno 1985, n. 185, in *Giur. cost.*, 1985, 1283 ss. e 9 ottobre-3 dicembre 1985, n. 312, ivi, 2312 ss., che hanno riconosciuto la computabilità del periodo trascorso in affidamento nel calcolo della pena espiata, rispettivamente, in caso di annullamento del provvedimento di ammissione e di revoca dello stesso per motivi non dipendenti dall'esito negativo della prova, si consideri, in particolare, Corte cost., 15-29 ottobre 1987, n. 343, ivi, 1987, 2625 ss., concernente la revoca per comportamento incompatibile con la prosecuzione della prova; su quest'ultima pronuncia, cfr. A. PRESUTTI, *Il nuovo regime degli effetti conseguenti alla revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale: verso il tramonto della funzione rieducativa*, in *Cass. pen.*, 1988, 32 ss.; D. VERRINA, *Corte Costituzionale e revoca dell'affidamento in prova: la rieducazione dal mito al realismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1155 ss.; nonché P. ZAGNONI BONILINI, *La revoca dell'affidamento in prova di nuovo al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 372 ss. La posizione intermedia, secondo cui risulterebbe scomputabile soltanto il periodo utilmente trascorso durante l'affidamento in prova, era stata già sostenuta da C.E. PALIERO, *Revoca "postuma" dell'affidamento in prova e scomputo della pena nel periodo "utilmente" trascorso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 1488; da ultimo, sul tema, con un'apertura anche all'esperienza straniera, F. TRAPPELLA, *Lo scomputo del servizio prestato in caso di revoca dell'affidamento in prova*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, fasc. 2, 66 ss.

ne della pena, che, a fronte dell'intervenuta revoca, il Tribunale di sorveglianza, «debba determinare la durata della residua pena detentiva da scontare, tenendo conto, sia del periodo di prova trascorso dal condannato nell'osservanza delle prescrizioni imposte e del concreto carico di queste, sia della gravità oggettiva e soggettiva del comportamento» che vi ha dato luogo²⁷. Detto altrimenti: in caso di revoca il tempo positivamente trascorso in affidamento equivale a pena scontata e va decurtata dal fine-pena.

Al di là dell'inquadramento concettuale, ad ogni modo, quand'anche si muovesse nell'ordine della modalità esecutiva della pena detentiva, resterebbe pur sempre ferma la peculiarità della previsione dell'art. 47 ord. pen. rispetto alle altre misure alternative previste nel capo VI della medesima L. n. 354/1975. Il suo raggio operativo, invero, dipende da una prognosi di tipo personologico. Che si passi o meno da un periodo di osservazione della personalità del detenuto (situazioni previste, rispettivamente, dal comma 2 e dal comma 3 dell'art. 47 cit.), infatti, l'ammissione del condannato al regime di affidamento in prova al servizio sociale presuppone un delicato giudizio prognostico, tutt'altro che agevole, il quale deve combinare il pericolo di recidiva con il processo rieducativo del reo.

Vi è, dunque, una evidente affinità tra gli istituti a carattere sospensivo-probatorio e l'ipotesi, più tradizionale, della sospensione condizionale della pena. Per quanto nell'affidamento in prova *ex art. 47 ord. pen.* manchi un riferimento espresso all'art. 133 c.p., è chiaro che, anche in questo caso, al pari delle altre ipotesi in precedenza considerate, il giudizio prognostico che ne governa l'applicazione, per poter trarre implicazioni sulla futura realtà criminologica, e, parimenti, sulla reale efficacia rieducativa della misura alternativa ipotizzata, deve dipartire, necessariamente, dalla considerazione, degli elementi attinenti alla vita anteatta del condannato²⁸.

A mutare è, semmai, lo spettro temporale di indagine e, quindi, la base del giudizio prognostico, posto che, nel caso dell'art. 47 ord. pen., il parametro è dato dal comportamento carcerario del condannato, tenuto conto del momento in cui logicamente interviene tale prognosi, ossia la fase successiva a quella propriamente co-

²⁷ Corte cost., 15-29 ottobre 1987, n. 343, cit.

²⁸ Cfr. F. GIUNTA, *Attenuazione del custodialismo carcerario e tutela della collettività*, cit., 611, secondo cui la prognosi prevista per la concessione dell'affidamento in prova è «strutturalmente analoga» a quella prevista dall'art. 164 c.p., in quanto anch'essa «non può non fondarsi sulla valutazione di almeno uno scorcio di vita del condannato». Sui risvolti processuali del giudizio sull'affidabilità, cfr. G. GIOSTRA, *Prognosi rieducativa e pendenze penali nell'affidamento al servizio sociale*, in *Cass. pen.*, 1983, 1435 ss.

gnitiva del fatto di reato. Non manca, d'altra parte, chi²⁹, anche in ragione della constatazione del periodo limitato di osservazione della personalità del detenuto nell'istituto carcerario (almeno un mese ai sensi del comma 2), che può perfino essere completamente bypassata (nel caso del comma 3), avvicinando ancora di più il momento dell'esecuzione a quello di cognizione, riconosca all'affidamento in prova un ruolo molto prossimo a quello di "mero doppione" della sospensione condizionale della pena.

5. La pericolosità individuale. In particolare: la capacità a delinquere

Da quanto finora osservato dovrebbe emergere, con sufficiente chiarezza, che la prognosi personologica, stante la peculiarità del suo oggetto (personalità intesa come *sub specie* di comportamento futuro), non possa prescindere – a meno di risultare arbitraria e inattendibile – da un retroterra valutativo e diagnostico che funga da base verso la successiva condotta del reo.

Va da sé che, al di fuori dei modelli sospensivi, siffatta tipologia di giudizio si rinviene, su un piano più generale, nel contesto di misure costruite sulla pericolosità individuale³⁰. Il riferimento è, segnatamente, alla molteplicità di istituti correlati al

²⁹ In questi termini, ancora, F. GIUNTA, *Attenuazione del custodialismo carcerario e tutela della collettività*, cit., 604-605, ad avviso del quale, data nei due istituti «la tendenziale analogia dei contenuti specialpreventivi e della valutazione personologica, non si comprende quindi in base a quali nuovi ed ulteriori elementi la stessa prognosi, esclusa dal giudice di cognizione, possa essere effettuata positivamente in un momento immediatamente successivo dal tribunale di sorveglianza», di talché «una volta destinato ad operare su un'area di pena già coperta dalla sospensione condizionale, l'affidamento in prova finisce così per diventare un facile strumento per aggirare quelle preclusioni operative dell'art. 165 c.p. che – ridotte da una lenta evoluzione legislativa ad un nucleo essenziale – impediscono, nonostante qualche incongruenza interna, di considerare la sospensione della pena una mera franchigia sanzionatoria».

³⁰ Osserva, in particolare, A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, Giappichelli, 2017, 6 che il giudizio di pericolosità personale, nell'implicare «il riconoscimento di un elevato grado di possibilità che con il proprio agire il soggetto possa determinare eventi avversi», ha una intrinseca natura prognostica, posto che «esso si esprime traendo spunto da una conoscenza del passato e dello stato attuale, proiettandola verso il futuro, per ipotizzare che ne originino reiterazioni»; analogamente, già prima, S. RANIERI, *Manuale di diritto penale*, vol. I, *Parte generale*, Padova, Cedam, 1952, 514-515 rilevava che la possibilità della prognosi «si fonda sulla certezza di determinate condizioni che lasciano temere l'evento» e che «la prognosi di pericolosità, quindi, è un giudizio dedotto da altri giudizi, mediante i quali si constata ciò che esiste, come causa di un evento futuro probabile»; da qui la correlazione dell'«esattezza del giudizio di pericolosità» alla «estensione della conoscenza delle circostanze che lasciano attendere una condotta criminosa», con la conseguenza che «il problema dell'accertamento della pericolosità si riduce, nel suo aspetto pratico, all'accertamento di quelle cause che, secondo

giudizio di pericolosità sociale³¹, non soltanto all’interno dello stesso sistema penitenziario, dove si impone il richiamo della disciplina sui permessi-premio (art. 30-ter ord. pen.)³², ma soprattutto, all’esterno, con l’inevitabile riferimento alla regolamentazione giuridica che presiede, nel nostro ordinamento, l’applicazione delle misure di sicurezza o di prevenzione³³.

Come noto, il perno su cui si incardina la valutazione di pericolosità sociale è dato dall’art. 203 c.p. che, a sua volta, richiama, sul piano dei contenuti, le circostanze dell’art. 133 c.p. da cui il giudice dovrebbe desumere in termini prognostici il comportamento non recidivante del colpevole³⁴.

Nella prospettiva di indagine, di particolare interesse, per la loro spiccata attitudine predittiva, sono, più che gli elementi da cui è possibile attestare la gravità del reato (art. 133, comma 1, c.p.), soprattutto quelli di ausilio all’identificazione della capacità a delinquere del reo (art. 133, comma 2, c.p.)³⁵. Invero, tutti i criteri legati

l’esperienza e la legge di causalità, fanno presumere l’esistenza di un pericolo in atto come causa probabile di un evento futuro dannoso».

³¹ Cfr., per tutti, A. CALABRIA, *Pericolosità sociale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, Utet, 1995, 451 ss.; A. MANNA, *L’imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle “finzioni giuridiche” alla “terapia sociale”*, Torino, Giappichelli, 1997, 59 ss., nonché, con particolare riguardo all’evoluzione delle strategie di controllo penale sugli autori di reato “pericolosi” nel nostro ordinamento, M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, Giappichelli, 2008, 31 ss.

³² Significativo, in proposito, il recupero di vitalità della prognosi a seguito della declaratoria di incostituzionalità dell’art. 4-bis ord. pen. ad opera di Corte cost., 22 ottobre-4 dicembre 2019, n. 253, in *Giur. cost.*, 2019, 3103 ss., con nota di M. MICHETTI, *L’accesso ai permessi premio tra finalità rieducativa della pena ed esigenze di politica criminale*, ivi, 3124 ss. e A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, ivi, 3321 ss.; nella specie, dalla riconosciuta relatività della presunzione di pericolosità ostativa alla concessione del beneficio è stata fatta discendere, *inter alia*, la necessità di acquisire informazioni stringenti atte ad escludere non solo la permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata, ma altresì, in un’ottica prospettica, il pericolo di un loro ripristino.

³³ D. PULITANÒ, *Relazione di sintesi. Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 645, estendendo nella specie la riflessione anche alle misure cautelari processuali, rileva che le misure di sicurezza e di prevenzione, accomunate dalla «vaghezza e opinabilità del giudizio di pericolo», danno rilievo a «giudizi prognostici» che, pur legati ad accertamenti e valutazioni di dati di fatto, in quanto «orientati al futuro» – e, quindi autenticamente forme di prognosi *ex ante* – «mettono sotto tensione il paradigma cognitivo del garantismo».

³⁴ Per un’analisi di tali criteri, nella sconfinata letteratura sul punto, cfr., per tutti, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, Cedam, 1979, 301 ss.; G. DELL’OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, cit., 56 ss. Sui rapporti tra l’art. 203 c.p. e l’art. 133 c.p., da ultimo, cfr. M. AMISANO TESI, *L’uso del linguaggio nella pericolosità. Concetto e applicazioni*, Milano, Le Monnier, 2017, 58 ss.

³⁵ A. CAPUTO, *La pericolosità sociale. Vecchie esigenze e nuove prospettive alla luce della legge 30 maggio 2014, n. 81*, Roma, Aracne, 2015, 90.

alla gravità del reato – modalità dell’azione, gravità del danno o del pericolo cagionato, intensità del dolo o grado della colpa – sono certamente utili al fine di predire il futuro agire del soggetto; nondimeno – come non si è mancato di rilevare – essi «richiedono un approfondimento, volto allo scopo di collocarli in un più ampio scenario complessivo, alla cui stregua risulti possibile confermare o smentirne, a seconda delle circostanze, la valenza esplicativa ai fini del giudizio da compiere»³⁶.

Di contro, una maggiore vocazione prognostica sembrano palesare, invece, i fattori legati alla capacità a delinquere del reo, atteso che, a ben guardare, essi non sono altro che «l’insieme di quei fattori predittivi comunemente utilizzati, anche al di fuori del contesto penale, per formulare ipotesi sull’agire futuro di una persona»³⁷.

Con la sola eccezione dei precedenti penali e giudiziali³⁸, tuttavia, gli altri elementi valutativi veicolati dalla norma per l’enucleazione della capacità criminale non sembrano in grado di funzionare quali criteri di orientamento certi per l’attività giudiziale. Il disposto dell’art. 133, comma 2, c.p., infatti, si avvale di formule onnicomprensive che, specialmente con riguardo alla condotta di vita – anteatta e presente – del reo, presentano l’ulteriore problema della selezione degli elementi di fatto su cui fondare il giudizio prognostico. Senza contare che, a seconda di come si intendono i criteri anamnestici di riferimento inseriti nell’ampio contenitore dell’art. 133, comma 2, c.p., il risultato predittivo può risultare sbilanciato in chiave oggettiva o, per converso, soggettiva. Nel convogliare e combinare al suo interno elementi di natura retrospettiva con aspetti prospettici, in effetti, la norma si presta a plurime – e antitetiche – letture, che possono portare, a seconda dei casi, a valorizzare i profili retributivi piuttosto che la soddisfazione di istanze specialpreventive e viceversa. Si pensi a titolo esemplificativo alla duttilità con cui possono essere vagliati i motivi in presenza dei quali il reato è stato commesso, i quali, peraltro, non di rado sono intesi come inversamente proporzionali alla capacità a delinquere³⁹.

³⁶ Per queste considerazioni, cfr. A. MARTINI, *Essere pericolosi*, cit., 176.

³⁷ In questi termini, ancora, A. MARTINI, *Essere pericolosi*, cit., 176, secondo cui «solo considerando le motivazioni a delinquere, il carattere del reo, la sua storia penale, la sua condotta di vita antecedente, contemporanea o susseguente al reato e le sue condizioni individuali, familiari e sociali, è possibile impostare una prognosi che, per quanto non scientificamente certa, appare socialmente condivisibile».

³⁸ Rileva, a tal proposito, in un’ottica fortemente critica, proprio con riguardo al «certificato penale» e allo «status sociale del giudicabile, se ed in quanto desumibile dal fascicolo processuale», che «la piattaforma conoscitiva del giudizio prognostico è pressoché esclusivamente *documentale*» L. MONACO, *Prospettive dell’idea dello ‘scopo’ nella teoria della pena*, cit., 128 (corsivi nel testo).

³⁹ A. MALINVERNI, *Capacità a delinquere*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 1960, 125-16; ID., *Motivi (dir. pen.)*, ivi, vol. XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, 295 ss. Sul punto, cfr., altresì, E. DOLCINI, *La*

Anche al di là dell'ambito legato alla commisurazione della pena in senso stretto, resta comunque inteso, in ogni caso, il limite segnato dalla proporzione con la colpevolezza per il fatto. Appare, in effetti, difficile poter sganciare totalmente la previsione sulla capacità criminale dalla gravità del fatto già commesso⁴⁰, giungendo, per questa via, a riconoscere una attitudine al reato più intensa rispetto alla commissione di reati meramente bagatellari. E ciò, in misura ancora più significativa, soprattutto in tutte quelle situazioni in cui la prognosi personologica operi in modo del tutto indipendente dal *quantum* di pena, a differenza di quanto avviene a proposito della sospensione condizionale della pena.

6. Le misure di sicurezza personali

La prognosi personologica ha conosciuto una significativa vivacità nel contesto delle misure di sicurezza personali⁴¹. Come noto, la disciplina originariamente prevista dal codice Rocco ne fondava l'applicazione in larga parte su presunzioni di pericolosità, che avevano l'effetto di rendere pressoché automatiche ed indefettibili le misure in questione⁴²; la loro operatività finiva, infatti, con il dipendere dal mero riscontro di elementi sintomatici della pericolosità, senza alcuna possibilità di prova contraria. Su input prima della Consulta⁴³, poi dello stesso legislatore (L. 10 ottobre 1986, n. 663, c.d. legge Gozzini), il sistema, nell'ottica di una maggiore valorizzazione delle istanze specialpreventive, si è venuto definitivamente a smarcare da meccanismi presuntivi, riconoscendo che tutte le misure di sicurezza personale sono ordi-

commisurazione della pena, cit., 332, secondo cui «il fatto risulterà tanto più colpevole, quanto meno intensi siano stati i motivi, e viceversa: se è vero che la colpevolezza cresce al diminuire degli stimoli che hanno indotto il soggetto al reato, ed è tanto maggiore, quanto maggiori sono state le difficoltà, le resistenze interne che il soggetto ha dovuto superare nella realizzazione del fatto di reato».

⁴⁰ Sul ruolo del fatto di reato nel giudizio di pericolosità *ex art. 203 c.p.*, cfr., da ultimo, A. MARTUFI, *Nulla periculositas sine actione? Pericolosità sociale e materialità del fatto alla prova delle fattispecie di quasi reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 818 ss. e, in particolare, 830 ss.

⁴¹ Sul tema, diffusamente, cfr. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 73 ss., e, già prima, E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1978, 109 ss., 191 ss.

⁴² Si esprime così T. PADOVANI, *Diritto penale*, 12^a ed., Milano, Giuffrè, 2019, 407.

⁴³ Corte cost., 25 novembre 1970-12 gennaio 1971, n. 1, in *Giur. cost.*, 1971, 1 ss., con una osservazione di G. VASSALLI, *La pericolosità presunta del minore non imputabile*, *ivi*, 3 ss.; ID., 10 febbraio-8 luglio 1982, n. 139, *ivi*, 1982, 1191 ss., parimenti con una osservazione (a prima lettura) di G. VASSALLI, *L'abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, *ivi*, 1202 ss.; ID., 25 maggio-15 luglio 1983, n. 249, *ivi*, 1983, 1498 ss.

nate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa. Il passaggio all'accertamento in concreto della pericolosità ha portato, dunque, all'innesto nella disciplina di un giudizio prognostico prima inesistente, con il chiaro obiettivo – almeno nelle intenzioni – di evitare che venisse snaturata la *ratio* funzionale delle misure in questione, ostacolandone l'applicazione – inizialmente, invece, consentita – a soggetti in concreto non pericolosi.

Un aspetto di particolare criticità concerne le ipotesi in cui le misure di sicurezza abbiano come destinatari categorie tipizzate di soggetti ritenuti particolarmente pericolosi, ossia i delinquenti e contravventori abituali (artt. 102-104 c.p.), professionali (art. 105 c.p.) e per tendenza (art. 108 c.p.). Siffatte previsioni, che nell'impianto codicistico stavano alla base delle presunzioni di pericolosità poi venute meno⁴⁴, stridono con il necessario accertamento in concreto della pericolosità che oggi presiede all'applicazione delle misure di sicurezza. Vale la pena rilevare, infatti, che segnatamente nel caso della dichiarazione di abitualità ritenuta dal giudice (artt. 103 e 104 c.p.) e nella dichiarazione di professionalità del reato (art. 105 c.p.)⁴⁵, la prognosi è assorbita nella valutazione in concreto che il soggetto è dedito al reato o vive (abituamente) con i proventi dello stesso⁴⁶, manifestando, in questo modo, come si è già avuto modo di rilevare (cfr. *retro* par. 2), una connotazione più retrospettiva che prospettica. E lo stesso si può dire anche per la valutazione della tendenza a delinquere⁴⁷, la quale nasce pur sempre «da un fatto presente, da un reato commesso», da cui si desume, eventualmente con il supporto delle circostanze dell'art. 133 c.p., «l'esistenza di una malvagità particolare del colpevole e della speciale inclinazione al delitto»; con ciò lasciando intendere come nell'istituto «la responsabilità e la pericolosità non si escludono a vicenda, ma si intrecciano, riverberando luce l'una sull'altra», tanto più che esse «scaturiscono dagli stessi elementi subiettivi e obiettivi e trovano la misurazione della loro gravità nelle stesse situazioni personali»⁴⁸.

⁴⁴ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 110.

⁴⁵ S. RICCIO, *Abitualità e professionalità nel reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. I, Torino, Utet, 1957, 70 ss.

⁴⁶ F. COPPI, *Professionalità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 1024-1025.

⁴⁷ Siffatta categoria, da tempo, viene considerata un relitto storico; cfr. A.A. CALVI, *Tendenza a delinquere*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, Giuffrè, 1992, 86-87 e 92-93; sulla necessità di una riformulazione della previsione, cfr. già ID., *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, Cedam, 1967, 598 ss.

⁴⁸ S. RICCIO, *Tendenza a delinquere*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVIII, Torino, Utet, 1971, 1125-1126.

L'apertura alla prognosi personologica porta con sé, ad ogni modo, il problema degli strumenti giudiziali di accertamento della pericolosità⁴⁹; il giudizio in questione, infatti, è fortemente problematico sotto l'aspetto epistemologico atteso che – come si è osservato – esso «non si esaurisce in un accertamento di fatti avvenuti» e che i «criteri della prognosi scontano le difficoltà, le incertezze ed i limiti delle scienze dell'uomo (psicologia, psichiatria, sociologia, criminologia)»⁵⁰. A tale rilievo si aggiunge, peraltro, la circostanza che, alla luce dell'art. 220, comma 2, c.p., 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»⁵¹, salvo quanto previsto ai fini della "esecuzione" della misura di sicurezza (o della pena); soltanto nel caso di imputato non imputabile (o semimputabile) per cause patologiche il giudice può avvalersi di una valutazione peritale anche in ordine alla pericolosità.

7. La pericolosità reale. Tentativi di adattamento

Una vocazione predittiva parrebbe da riconoscersi parimenti al giudizio di prevenzione. Pure se in assenza della commissione di reati, ma, comunque, in presenza di una prognosi di pericolosità sociale, le misure di prevenzione, infatti, nella loro duplice caratterizzazione – personale e patrimoniale – sono finalisticamente rivolte ad impedire la realizzazione di future attività criminose⁵².

Tale peculiare connotazione teleologica si riflette sull'accertamento delle condizioni che legittimano l'applicazione nel nostro ordinamento delle misure in questione: il giudizio di prevenzione, invero, muovendo dalla considerazione di fatti pregressi rispetto al momento valutativo per trarre elementi di sintomatici di pericolosità del soggetto che lascino presagire la futura commissione di reati, mira, all'evidenza, a collegare «il presente al futuribile, nell'ambito di una evoluzione cri-

⁴⁹ Sulle difficoltà di accertamento della pericolosità sociale e sui diversi metodi utilizzabili (statistico, clinico, combinato e intuitivo), cfr., *ex plurimis*, M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 110 ss., nonché, quanto ai limiti del giudizio prognostico, 344 ss.; cfr., altresì, A. CAPUTO, *La pericolosità sociale*, cit., 65 ss., 140 ss.; A. MARTINI, *Essere pericolosi*, cit., 155 ss.

⁵⁰ D. PULITANO, *Diritto penale*, cit., 471.

⁵¹ Per una riflessione attualizzata sul ruolo della perizia criminologica, cfr. L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, Giuffrè, 2010, 299 ss.

⁵² *Ex plurimis*, di recente, F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca allargata (art. 240-bis c.p.)*, vol. I, *Aspetti sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè, 2019, 1 ss.

minologicamente rilevante»⁵³. È proprio la prognosi di rischio sulla futura attività criminale del destinatario della misura a giustificare, in altre parole, l'applicazione della stessa, *ante delictum*, a fini di difesa sociale.

Senonché, in tale contesto, che sta vivendo di recente «un nuovo rinascimento»⁵⁴, il giudizio prognostico sembrerebbe assumere, ad un più attento esame, una conformazione del tutto peculiare. Se, da un lato, con riguardo alle misure di carattere personale, la tara valutativa sulla pericolosità sociale riversa nel settore in questione gli aspetti di criticità già segnalati a proposito delle misure di sicurezza personali (cfr. *retro* par. 6), occorre prendere atto, dall'altro lato, delle trasformazioni che proprio questo stesso concetto ha subito nel complessivo sistema della prevenzione, le quali, invero, sono così radicali da trasfigurare lo stesso giudizio prognostico richiesto sul piano applicativo⁵⁵.

Senza ripercorrere nel dettaglio l'intera vicenda evolutiva⁵⁶, giova richiamare l'attenzione sul passaggio normativo dal modello originariamente focalizzato sulla pericolosità sociale di determinate tipologie di autore a quello incentrato su figure di “sospettati” di reati, messo a punto, da ultimo, dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione). Qui, infatti, la quasi totalità delle categorie di destinatari delle misure di prevenzione è descritta attraverso una tecnica che combina un elemento processuale – l'indizio – con un elemento sostanziale – la commissione di un reato – a cui il primo accede⁵⁷.

Si tratta di una modifica di non poco conto, atteso che, per effetto di ciò, si è finito per riconoscere alla misure di prevenzione, di fatto, «una funzione surrogatoria della repressione penale fondata su logica indiziaria»⁵⁸, la quale giunge ad applicare misure coercitive, dal contenuto, dunque, fortemente afflittivo, nei confronti di sog-

⁵³ P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, 633.

⁵⁴ Così, M. PELISSERO, *Le misure di prevenzione*, in *disCrimen*, 2020, fasc. 1, 202.

⁵⁵ Sul punto, cfr., da ultimo, L. DELLA RAGIONE, *Le misure di prevenzione nello specchio del volto costituzionale del sistema penale*, in *disCrimen*, 2020, fasc. 2, 55 ss.

⁵⁶ Per una ricognizione dei passaggi fondamentali, cfr. F. CONSULICH, *La sanzione senza precetto. Verso un congedo delle misure di prevenzione dalla materia penale?*, in *disCrimen*, 2019, fasc. 3, 41 ss.

⁵⁷ Sottolinea le esigenze garantistiche sottese all'“arricchimento descrittivo”, A. MANGIONE, *Le misure di prevenzione*, in *Trattato di diritto penale, Parte generale*, vol. III, *La punibilità e le conseguenze del reato*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino, Utet, 2014, 439.

⁵⁸ F. PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *Criminologia*, 2017, 136.

getti che si ritiene abbiano commesso reati senza, tuttavia, averne pienamente la prova⁵⁹.

Detto altrimenti: una volta individuato il perno della prevenzione nel paradigma del sospetto di reati perde centralità, di riflesso, la prognosi sulla futura condotta criminosa del proposto; ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione, infatti, il giudizio di pericolosità finisce necessariamente per appiattirsi sull'accertamento di elementi meramente indiziari di uno o più reati pregressi⁶⁰, con una proiezione del giudizio, pertanto, più retrospettiva che rivolta al futuro che, neppure il richiamo al requisito dell'attualità della pericolosità parrebbe in grado di arginare. Come non si è mancato di sottolineare, «il processo in corso rischia di far smarrire di vista la peculiarità e l'essenza dell'unico fondamento costituzionale della misura di prevenzione», ossia la pericolosità sociale, la quale «abbandonate le spoglie di una prognosi su comportamenti futuri, tende sempre più a risolversi in un giudizio diagnostico il cui oggetto è composto da fatti-reato già commessi, con l'unica differenza insita nel minor rango probatorio che informa e sorregge l'accertamento e l'applicazione della misura»⁶¹.

Questa connotazione del giudizio di prevenzione si accentua particolarmente con riguardo alle misure di carattere patrimoniale e, segnatamente, con riferimento alla confisca di prevenzione (art. 24 d.lgs. n. 159/2011)⁶². Anche qui, infatti, con la

⁵⁹ Richiama l'attenzione sulla "scorciatoia probatoria" già G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, Utet, 1994, 120; cfr., altresì, sul ruolo degli "indizi" in materia di prevenzione, T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, Pisa University Press, 2014, 265 ss., nonché, più di recente, G. BALBI, *Le misure di prevenzione personali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 519.

⁶⁰ Icasticamente, D. PULITANÒ, *Relazione di sintesi*, cit., 646, osserva che se «la stessa base della prognosi di pericolosità è costruita in chiave indiziaria (per così dire trasfigurata in 'fattispecie di sospetto' la tipicità della fattispecie si dissolve, in una sorta di regresso *ad infinitum*)» (corsivi nel testo); analogamente, D. PETRINI, *Le misure di prevenzione personali: espansioni e mutazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1538 rileva che «l'insostenibile leggerezza del sospetto diviene devastante se si intreccia con una prognosi di pericolosità», posto che «sommare vaghezza dei presupposti e incertezza della prognosi sul futuro lede in maniera inguaribile il principio di tassatività degli interventi che incidono sui diritti di libertà dei cittadini».

⁶¹ In questi termini A. MANGIONE, *Le misure di prevenzione*, cit., 439.

⁶² Per una ricognizione della disciplina, per tutti, cfr. E. NICOSIA, *La confisca, le confische, Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivi-applicativi*, Torino, Giappichelli, 2012, 51 ss. Sul punto, cfr. già A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, Cedam, 2001, 386 ss.; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, Giuffrè, 2001, 345 ss.; D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, BUP, 2007, 160 ss.

recente rivisitazione della materia, si registra, contestualmente all'abbandono del concetto di pericolosità, il rafforzamento della logica indiziaria; a mutare, conseguentemente, è anche l'obiettivo preso di mira, da identificarsi, secondo parte della dottrina, nel generale contrasto all'economia derivante da proventi illeciti⁶³. Nello specifico, via via che la confisca viene ad affrancarsi dal presupposto della pericolosità soggettiva del proposto, perde terreno anche la prognosi. Se, infatti, originariamente, la misura – circoscritta a forme di pericolosità qualificata – trovava applicazione congiuntamente ad una misura di prevenzione personale, da ultimo si è arrivati con la legislazione del 2011, non soltanto a consacrare la disgiunzione applicativa tra misure personali e patrimoniali, ma a sancire anche l'indipendenza della confisca dalla pericolosità soggettiva, consentendo addirittura l'inizio del procedimento di prevenzione nei riguardi dei successori (art. 18, commi 1-3, d.lgs. n. 159/2011)⁶⁴.

Lo sganciamento dalla pericolosità personale porta ad avvicinare la confisca di prevenzione alla misura di sicurezza patrimoniale dell'art. 240 c.p., per la quale, infatti, come noto, tale requisito non è richiesto, spostandosi, invece, l'attenzione sulla pericolosità della cosa⁶⁵, che, sempre nell'ottica di prevenire futuri reati, avrebbe, però, una sua pregnanza – invero piuttosto limitata – non tanto nelle ipotesi di confisca obbligatoria, dove, infatti, il suo ruolo è svuotato di significato pratico, quanto soprattutto nei confronti della confisca facoltativa degli *instrumenta delicti*, del profitto e del prodotto del reato.

Venuto meno il tratto caratteristico delle misure di prevenzione rappresentato dal giudizio prognostico di pericolosità, ancorché circoscritte alla sola pericolosità reale del patrimonio, come non si è mancato di rilevare, «la decisione che applica la confisca ex art. 24 d.lg. n. 159 del 2011 rappresenta oggi semplicemente un clone deformato di ciò che avviene, in modo probatoriamente più garantito, ma su presupposti pressoché coincidenti, nel processo penale quando è disposta la confisca estesa dell'intero patrimonio ai sensi dell'art. 240-bis c.p. (già art. 12-sexies d.l. 306 del 1992)»⁶⁶.

⁶³ F. PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, cit., 138 ss.

⁶⁴ La pericolosità sociale si tramuta qui in pericolosità della *res*, rendendone oltremodo problematico l'accertamento dell'attualità; a tal proposito, cfr. A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, IUS Pisa University Press, 2019, 93-94.

⁶⁵ Sul punto, A.M. MAUGERI, *Confisca (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VIII, Milano, Giuffrè, 2015, 191 ss.

⁶⁶ Così O. MAZZA, *Dalla confisca di prevenzione alla pena patrimoniale*, in *Arch. pen.*, 2019, fasc. 2, 3, secondo cui l'aggressione ai patrimoni di origine sospetta a fini preventivi mostra sempre più

Invero, il giudice della prevenzione patrimoniale, messo da parte ogni vaticinio indirizzato al futuro, è chiamato a volgere lo sguardo soltanto al passato al fine di ricostruire – in modo sommario – fatti da cui poi trarre conseguenze “sanzionatorie”. Una valutazione, quindi, accostabile più al giudizio storico penale che a una vera e propria prognosi.

8. La prognosi apparente: le sanzioni sostitutive come tipologie sanzionatorie

A differenza di quel che a prima vista potrebbe sembrare, la prognosi personologica non si configura quale elemento strutturale delle tipologie sanzionatorie sostitutive delle pene detentive di breve durata (pena pecuniaria, libertà controllata, semidetenzione).

Superato il dibattito tradizionale sulla natura sospensiva o, per converso, sanzionatoria del fenomeno sostitutivo delineato dalla L. 24 novembre 1981, n. 689 in favore della seconda⁶⁷, l'errore di prospettiva parrebbe discendere dal peculiare significato contenutistico che, nella stringatezza dell'indicazione legislativa, si intende attribuire alla previsione che individua un ostacolo insuperabile all'applicazione di tali “pene” se il giudice “presume” che le prescrizioni impartite non saranno adempiute dal condannato (art. 58, comma 2, del provvedimento legislativo citato)⁶⁸.

chiaramente «il suo vero volto di strumento repressivo di intervento *post delictum e praeter probationem delicti*».

⁶⁷ Sulla riconducibilità delle sanzioni sostitutive al contesto degli istituti sospensivi, cfr. T. PADOVANI, *Sanzioni sostitutive e sospensione condizionale della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 494 ss., nonché S. VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981, n. 689. Infrazione amministrativa e reato*, Padova, Cedam, 1983, 300 ss. In merito alla natura sanzionatoria cfr., tra i tanti, F. MANTOVANI, *Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna, Il Mulino, 1980, 86; R. BERTONI, *Appunti in tema di pene sostitutive*, in *Cass. pen. Mass.*, 1982, 650; E. DOLCINI, *Le “sanzioni sostitutive” applicate in sede di condanna. Profili interpretativi, sistematici e politico-criminali del capo III, sezione I, della legge n. 689 del 1981*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1400; P. NUVOLONE, *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 797 ss.; F.C. PALAZZO, *Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 819 ss., 832; F. GIUNTA, *Pene sostitutive e sistema delle sanzioni*, cit., 481 ss.; ID., *Sanzioni sostitutive*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di G. Vassalli, Milano, Giuffrè, 1986, 825-826.

⁶⁸ Su tale previsione normativa, cfr. F.C. PALAZZO, *Sub art. 58*, in *Leg. pen.*, 1982, 334 ss., nonché L. MONACO, *Le pene sostitutive tra sistema penale “legale” e sistema “reale”. In particolare, discrezionalità e prognosi giudiziaria nell'art. 58 l. 689/1981*, in *Arch. pen.*, 1984, 254 ss.

Prima facie, siffatta valutazione parrebbe sottendere un giudizio predittivo sul futuro comportamento antiggiuridico del reo; tra le righe della previsione normativa sembrerebbe leggersi, invero, la necessità di una preliminare prognosi sulla “meritevolezza” del reo ad avere accesso alle sanzioni sostitutive, ovvero sulla sua “diligenza” nell’osservare le prescrizioni inerenti alla semidetenzione e alla libertà controllata, la cui disattesa determinerebbe, del resto, la loro conversione nella pena detentiva sostituita (art. 66 L. n. 689/1981)⁶⁹.

Senonché l’assimilazione anzidetta, in mancanza – come detto – di parametri legislativi espressi in grado di orientare la valutazione giudiziale⁷⁰, finirebbe per veicolare decisioni alla “cieca”, le quali, nondimeno, risulterebbero impalpabili anche ove – come pure è stato autorevolmente sostenuto⁷¹ – dovessero ritenersi tacitamente richiamati nell’art. 58, comma 2, L. n. 689/1981 gli indici, chiaramente menzionati nel primo comma della disposizione anzidetta, dell’art. 133 c.p. e, segnatamente, quelli riguardanti la capacità criminale. Ne deriverebbero, infatti, non poche incongruenze, già sul piano logico⁷². Innanzitutto, l’inevitabile tara della capacità criminale, stante l’assenza di qualsivoglia parametro finale riassumibile nella formula dell’*honeste vivere*, sul fatto già commesso; fatto che, però, nella cornice della sostituzione, è evidentemente di modesta gravità e, quindi, difficilmente in grado di attestare l’eventuale spiccata attitudine a delinquere del reo (anche in considerazione delle preclusioni soggettive dell’art. 59 L. n. 689/1981). Senza contare l’autonomia (*rectius* l’indifferenza) di quest’ultimo attributo rispetto alla capacità di adattamento del condannato a certe regole di condotta, come quelle di carattere afflittivo-impositivo degli artt. 55 e 56 L. n. 689/1981, il cui vaglio può certamente fare a meno dei criteri dell’art. 133, comma 2, c.p.

⁶⁹ Così inteso il giudizio prognostico dell’art. 58, comma 2, l. n. 689/1981, esso ne condividerebbe la logica propria dei modelli sospensivi, avvicinandosi soprattutto alla sospensione condizionale della pena; a tale proposito, cfr. R. BERTONI, *Appunti in tema di pene sostitutive*, cit., 653; cfr. altresì S. VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981*, cit., 280 ss., nonché C.E. PALIERO, *Sub art. 58*, in *Commentario delle “Modifiche al sistema penale”*, a cura di E. Dolcini, A. Giarda, F. Mucciarelli, C.E. Paliero, E. Riva Crugnola, Milano, Ipsa, 1982, 304 e ID., *Sub art. 66*, ivi, 331-332.

⁷⁰ G. GRASSO, *La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 1411 ss.; M. MORELLO, *Le sanzioni sostitutive di pene detentive brevi*, in *Giust. pen.*, 1982, III, 436; A.C. MORO, *Commento all’art. 66 l. 24 novembre 1981, n. 689*, in *Leg. pen.*, 1982, 360 ss.

⁷¹ P. NUVOLONE, *La legge di depenalizzazione. Appendice al terzo volume del Trattato di diritto penale italiano di Vincenzo Manzini*, Torino, Utet, 1984, 35.

⁷² F. GIUNTA, *Pene sostitutive e sistema delle sanzioni*, cit., 494 ss.

Più correttamente, dunque, la prognosi sull'osservanza degli obblighi imposta dall'art. 58, comma 2, L. n. 689/1989, parrebbe da ritenersi svincolata dalla capacità criminale del colpevole. Essa, invero, opererebbe alla stregua di un limite intrinseco alla sostituzione, strettamente connesso all'applicazione delle sanzioni non patrimoniali della libertà controllata e della semidetenzione.

Nel guardare alla capacità di adattamento del colpevole agli obblighi concernenti la sanzione sostitutiva da irrogare, la predittività richiesta dall'art. 58, comma 2, L. n. 689/1981 verrebbe a stagliarsi, dunque, più semplicemente, sull'"idoneità afflittiva" della sanzione sostitutiva prescelta dal giudice, con la conseguenza che «la sostituzione andrebbe negata allorquando gli obblighi inerenti alla semidetenzione ed alla libertà controllata, nel caso concreto, risultino sul piano dell'afflittività assolutamente inidonei rispetto alla loro finalità sanzionatoria»⁷³. Puntando sull'efficacia, la disciplina rivela l'intento di ovviare alla «desocializzazione del reo» e a «tutti i controproducenti effetti collaterali della pena detentiva», più che perseguire una autentica finalità risocializzativa⁷⁴.

Che non ci sia un giudizio personologico dietro le sanzioni sostitutive si evince parimenti dalla circostanza che, tanto la loro conversione (art. 66 L. n. 689/1981), quanto la loro eventuale revoca (art. 72 L. n. 689/1981), non dipendono, in alcun modo, dal comportamento "immeritevole" del reo⁷⁵. Invero, nel primo caso, è sufficiente la mera violazione (ancorché incolpevole) degli obblighi relativi alla libertà controllata e alla semidetenzione (artt. 55 e 56 L. n. 689/1981), perché si dia àdito, automaticamente, al ritorno alla pena detentiva; nella seconda ipotesi, invece, la re-viviscenza della pena detentiva, con conseguente esecuzione della sola parte non ancora scontata, non scatta in ogni caso di successiva commissione di reato.

⁷³ F. GIUNTA, *Pene sostitutive e sistema delle sanzioni*, cit., 497-498; a suo avviso, accedendo alla clausola dell'ultima *ratio* quale criterio regolatore della sostituzione, nel senso che per determinati reati di lieve entità la risposta sanzionatoria normale sarà costituita dalla irrogazione della sanzione sostitutiva, la prognosi sull'inosservanza degli obblighi si rivelerebbe per la verità una inutile superfe-tazione legislativa, destinata a disorientare l'interprete; la regola dell'ultima *ratio*, invero, sarebbe già da sola in grado di escludere la sostituzione nei casi in cui sia possibile presumere l'inidoneità afflittiva della sanzione sostitutiva (cfr., in particolare, 514-515).

⁷⁴ F.C. PALAZZO, *Le pene sostitutive*, cit., 840-841.

⁷⁵ Sul punto, *amplius*, F. GIUNTA, *Pene sostitutive e sistema delle sanzioni*, cit., 502 ss. Sottolinea, invece, a proposito dell'art. 66 L. n. 689/1981, che «la *ratio* della norma sembra ispirata alla volontà di colpire chi abbia 'approfittato' dell'opportunità offertagli dalla sanzione sostitutiva rivelando così non solo di essere 'immeritevole del beneficio', ma anche di aver 'fallito la prova', tanto che quest'ultima cessa e riemerge la pena detentiva originaria», F.C. PALAZZO, *Le pene sostitutive*, cit., 835.

Tirando le fila del discorso, la disciplina delle sanzioni sostitutive conferma, se mai ce fosse bisogno, che la prognosi personologica, mentre è centrale nell'ottica specialpreventiva, ha meno familiarità con l'istanza generalpreventiva.

9. Un bilancio (provvisorio) guardando "oltre"

Il censimento – per quanto rapsodico – fin qui condotto, ha permesso di tracciare, in termini un po' più nitidi, l'effettiva dimensione operativa del giudizio prognostico personologico, ricalibrando l'attenzione sulle forme più problematiche ed espungendo quelle che, in realtà, ad un più attento esame, presentano soltanto una parvenza esteriore di predittività.

L'insinuazione – come si è visto sempre di più in aumento – di puntellature prognostiche personologiche in campo penale esalta, com'è facilmente intuibile e come in parte si è anticipato, il ruolo del giudice, a cui è assegnato un compito piuttosto arduo. A lui, infatti, sono affidate valutazioni dense di incertezze, dovendo predire, dall'analisi di condizioni anteatte, che riguardano il presente ma anche il passato del reo, il futuro comportamento criminale di quest'ultimo e, quindi, la sua eventuale pericolosità sociale futura. Il problema di fondo della prognosi criminale sta proprio qui, ossia nella ritenuta insuperabilità della connotazione evanescente del giudizio in questione, che spinge a ravvisare che non ci sia, di fatto, altra via per capire se il reo commetterà o meno nuovi reati se non quella di affidarsi sostanzialmente a parametri intuitivi rimessi all'equo apprezzamento del giudice.

In questa convinzione c'è, però, dell'anacronismo. La predittività costituiva sì una precipua abilità umana, ma nella sua conformazione originaria. Si è citata (cfr. *retro* par. 1) l'*ars divinatoria*: sullo sfondo di una cosmologia religiosa e segnatamente politeista, nelle civiltà più antiche l'ambita conoscenza del futuro riposava, essenzialmente, sulla capacità intellettuale dell'uomo di leggere anticipatamente, tra le trame dei segni della natura, il dispiegarsi di ciò che in avanti si sarebbe verificato. Il sapere predittivo nasceva così come sapere esperienziale; traendo alimento dall'empiria e dall'osservazione, la sua essenza era, inevitabilmente, congetturale. Il progressivo affinamento delle tecniche predittive, se non ha fatto venire meno la polarizzazione antropomorfa della valutazione prognostica, ha contribuito, tuttavia, a smarcare il metodo cognitivo in parola dal suo profilo strettamente intuizionistico.

Anche – e a maggior ragione – nel caso della prognosi personologica si pone allora la questione del *modus procedendi*. Il percorso tracciato in precedenza evidenzia, infatti, in controtuce, come siffatta tipologia di giudizio, attraverso la considerazione della pericolosità del reo o della sua meritevolezza a usufruire di determinati trattamenti o benefici, punti specificamente all’individualizzazione del trattamento punitivo. Nei suoi diversi segmenti applicativi la prognosi personologica dà vita ad una sorta di scommessa razionale sul reo, ora a sfavore, ora perlopiù a favore. Atteso ciò, sul piano metodologico, il giudizio predittivo indirizzato al futuro non può che nutrirsi delle massime conoscenze disponibili da parte del giudicante; è proprio tale certezza metodologica a controbilanciare lo slancio verso l’incertezza in cui si sostanzia l’epilogo valutativo, soprattutto quando determina risvolti negativi nei confronti del reo. Detto altrimenti: la prognosi *tout court* è tanto più attendibile, quanto più è a base totale e si avvale del parametro della migliore scienza. Anche la difesa ha in questo un ruolo proattivo, per quanto condizionato dal momento – intra o extra-processuale – nel quale viene formulato il giudizio prognostico.

Ci sono poi, all’orizzonte, i nuovi problemi con cui, necessariamente, si deve fare i conti. Bisogna considerare, infatti, che il progresso tecnologico ha impattato in modo significativo sul desiderio immanente dell’uomo di guardare al futuro. La predittività è venuta, per questa via, ad arricchirsi di un nuovo strumento di previsione: l’algoritmo, da più parti identificato come il corrispondente dell’“oracolo” nelle società contemporanee⁷⁶.

Come noto, la sequenza di istruzioni su cui poggia siffatto processo di calcolo, riuscendo a filtrare una enorme quantità di dati avuti in precedenza e a individuarne le relative correlazioni, trova svariati impieghi, che permeano praticamente ogni aspetto della quotidianità⁷⁷. Ai fini dell’indagine, interessa soprattutto la capacità dell’algoritmo di operare come meccanismo di ottimizzazione dei processi decisionali, non tanto per espletare «funzioni analitico-induttive, di carattere *diagnostico*», volte cioè ad «individuare modelli (*patterns*) interpretativi», quanto piuttosto per soddisfare «funzioni prospettico-predittive, di carattere *prognostico*», le quali «in base alle infor-

⁷⁶ C. LAZARO, *Le pouvoir «divinatoire» des algorithmes: de la prédiction à la préemption du futur*, in *Anthropologie et Sociétés*, 2018, vol. 42, n. 2-3, 127.

⁷⁷ Sul punto, eloquente è il titolo della riflessione di P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Milano, Adelphi, 2018. In merito, c’è chi ha paventato il rischio «che il mondo diventi una “algocrazia” in cui tutto è dominato e controllato da algoritmi», sì da porre «un problema di algoretica, cioè di etica degli algoritmi», oltre che di normazione degli stessi; in questi termini, A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2019, fasc. 1, 48-50.

mazioni inserite, sono in grado di ‘prevedere’ elementi salienti per il giudizio»⁷⁸. Su tale potenzialità si è catalizzata, in modo crescente soprattutto negli ultimi anni, la riflessione giuridica. Senza abdicare – almeno per ora – alla totale automatizzazione delle decisioni umane, con funzione completamente sostitutiva delle stesse, uno degli aspetti maggiormente approfonditi, anche perché di più immediata spendibilità, in un’ottica pragmatica, attiene all’utilizzazione degli algoritmi come strumenti informativi di supporto decisionale⁷⁹. Nel campo del diritto, ciò si tradurrebbe nella capacità dell’algoritmo, sulla base dei dati disponibili, di svolgere fondamentalmente una funzione «*solo* tutoria», al fine di «limitare la fallibilità della decisione giudiziale, nel quadro di una collaborazione uomo-macchina»⁸⁰. Com’è stato osservato, infatti, «l’attuale sviluppo degli strumenti tecnologici applicati alla giustizia penale, non pone (ancora) la scelta dicotomica tra essere umano e macchina, ma promuove piuttosto un approccio cooperativo tra ‘giustizia umana’ e ‘giustizia macchinica’»⁸¹.

È qui, dunque, che riposano possibilità e limiti della c.d. giustizia predittiva, quale risvolto applicativo della sempre maggiore conformazione tecnologica e digitale del giudizio, che non coinvolge soltanto l’attività forense in senso stretto, ma, passando per quella strumentale dell’amministrazione della giustizia, approda fino all’ambito decisorio⁸². La capacità del giudice di decidere «sentito l’algoritmo»⁸³, segnatamente in campo penale, e, per quel che più interessa in questa sede con riguardo alla prognosi personologica, apre scenari assai complessi, che coinvolgono sia l’architettura del meccanismo decisionale – non esente, peraltro, da profili di opaci-

⁷⁸ M. MIRAVALLE, *I nodi gordiani della giustizia penale ad alta intensità tecnologica. Verso il giudice bocca della tecnologia?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2020, fasc. 1, 302 (corsivi nel testo). Al riguardo, cfr., altresì, C. CASTELLI, D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Quest. giust.*, 2018, fasc. 4, 154.

⁷⁹ G. TUZET, *L’algoritmo come pastore del giudice? Diritto, tecnologia, prova scientifica*, in *Media-Laws*, 2020, fasc. 1, 54 (consultabile anche in <https://discrimen.it>, 14 aprile 2020).

⁸⁰ Si esprime così V. MANES, *L’oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica*, a cura di U. Ruffolo, Milano, Giuffrè, 2020, 564 (corsivo nel testo); il testo è stato anticipato in <https://discrimen.it>, 15 maggio 2020 (cfr., in proposito, 19).

⁸¹ M. MIRAVALLE, *I nodi gordiani della giustizia penale ad alta intensità tecnologica*, cit., 303.

⁸² Nell’ambito di una letteratura assai vasta, tra le riflessioni più recenti cfr. A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, Puf, 2018, nonché gli scritti raccolti nel volume *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica*, cit. Per una ricognizione sintetica cfr. A. MITTONE, *Giustizia digitale*, in <https://www.doppiozero.com>, 9 marzo 2020 (e anche in <https://discrimen.it>, 18 marzo 2020).

⁸³ G. TUZET, *L’algoritmo come pastore del giudice?*, cit., 54.

tà⁸⁴ – che la sua concreta articolazione, ivi compresa la controllabilità del processo motivazionale, specie nelle ipotesi in cui esso si snodi *praeter* algoritmo.

Senza addentrarsi nella complessità di tali interrogativi, e limitando la riflessione ad una considerazione di insieme delle tematiche coinvolte, sullo sfondo del contesto preso in esame, viene a fuoco la questione dell'aspirazione all'esattezza delle previsioni *ex ante* sull'avvenire agganciate a sistemi algoritmici. Il ricorso a tali strumenti alimenta «più che mai la fiducia nella possibilità di cogliere il futuro e di affrontare l'incertezza della vita», convinzione che risulterebbe rafforzata «dall'emergere di una retorica antropomorfa che esalta a volte l'autonomia degli algoritmi, a volte l'intelligenza dei dati»⁸⁵. Lo sviluppo di questo nuovo metodo cognitivo, con la sua ambizione all'oggettività, imparzialità e infallibilità, disvelerebbe nel mondo del diritto, e specificamente rispetto alla prognosi personologica, tutta la sua pervasività, che si apprezza ben al di là dell'obiettivo contingente di «prevedere l'esito di un giudizio tramite alcuni calcoli»⁸⁶. Non c'è dubbio che il sistema algoritmico, grazie alla sua capacità di analizzare in tempi assai brevi una notevole quantità di informazioni, si presti ad essere impiegato per prevedere l'esito, o i possibili esiti, di un giudizio. Predittività non è, però, soltanto prevedibilità funzionale alla calcolabilità giuridica e, quindi, all'istanza di certezza del diritto⁸⁷. Rompendo l'asse concettuale che fa della predizione l'attributo della giustizia, si affaccia all'orizzonte la questione meno arata della predizione della giustizia. Con tutto ciò che ne consegue: sia *a priori*, in relazione all'individuazione dell'orientamento del ragionamento del giu-

⁸⁴ Solo per citarne alcuni: il funzionamento degli algoritmi in forza di dati che, non di rado, finiscono per essere lo specchio di *bias* soggettivi; l'assenza di trasparenza che si riflette sull'impossibilità di controllare i risultati ottenuti; i costi di *reverse engineering*; la difficoltà di offrire una giustificazione comprensibile dell'*iter* decisionale seguito; sul punto cfr. A. NUZZO, *Algoritmi e regole*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2019, fasc. 1, 43-44.

⁸⁵ C. LAZARO, *Le pouvoir «divinatoire» des algorithmes*, cit., 127.

⁸⁶ È questa la definizione di "giustizia predittiva" data da L. VIOLA, *Giustizia predittiva*, in *Enc. giur. Treccani, Diritto on line*, 2018: http://www.treccani.it/enciclopedia/giustizia-predittiva_%28Diritto-online%29/.

⁸⁷ In tema cfr. i contributi raccolti nel volume *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna, Il Mulino, 2017. Si è dubitato, peraltro, dell'appropriatezza dell'espressione "giustizia predittiva": da un lato si è osservato, in particolare, che gli applicativi algoritmici «non predicano il futuro, ma offrono una o una serie di risultati probabili» (E. RULLI, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2018, fasc. 2, 539); dall'altro lato, si è rimarcato che dietro l'utilizzo della formula «si cela, in realtà, l'idea del "giudice automa" o giudice "robot"», ma che «si tratta di un'idea così forte e difficile da accettare, che non la si proclama apertamente o la si accenna soltanto» (D. DALFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in *Foro it.*, 2018, V, par. 4).

dice, utile in un'ottica difensiva, sia *a posteriori*, con riguardo alla verificabilità o falsificabilità del giudizio – pure di quello prognostico – assicurata dalla garanzia, successiva, della motivazione.