



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN
Comparazione giudica e storico-giuridica
Comparazione e sistema penale comunitario

CICLO XXVIII

COORDINATORE Prof. Daniele Negri

LE MISURE DI SICUREZZA DETENTIVE AL VIALE DEL TRAMONTO E L'AUSPICATO SUPERAMENTO DEL DOPPIO BINARIO

Settore Scientifico Disciplinare IUS/17

Dottorando

Dott.ssa Laura Facchini

Tutore

Prof. Guido Casaroli

Anni 2013/2015

Un punto da chiarire è se la malattia determini il delitto o se il delitto stesso, per virtù propria, non sia sempre accompagnato da qualche fenomeno morboso.

Fëdor Dostoevskij, *Delitto e castigo*, 1866

INDICE

INTRODUZIONE	9
--------------------	---

CAPITOLO 1. LE MISURE DI SICUREZZA. ORIGINE ED EVOLUZIONE NORMATIVA

1) LA GENESI DELLE MISURE DI SICUREZZA. LE SCUOLE CRIMINALISTICHE	13
2) L'INTRODUZIONE DELLE MISURE DI SICUREZZA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO	17
2.1) LE CRITICHE AL "DOPPIO BINARIO" ALL'INDOMANI DELL'ENTRATA IN VIGORE DEL CODICE PENALE	24
3) LE PREVISIONI COSTITUZIONALI IN MATERIA DI MISURE DI SICUREZZA E L'IMPATTO SUL SISTEMA CODICISTICO	34
3.1) IL PROBLEMA DELLA (IR)RETROATTIVITÀ DELLE MISURE DI SICUREZZA.....	42
3.2) L'ESTENSIONE DEL PRINCIPIO DI IRRETROATTIVITÀ PER MEZZO DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO	47
4) PROFILI DI ATTUALITÀ DELLA DISCUSSIONE E LIMITI DELLA RICERCA	55

CAPITOLO 2. "PERICOLOSITÀ" DELL'ACCERTAMENTO PROGNOSTICO

1) I PRESUPPOSTI APPLICATIVI DELLE MISURE DI SICUREZZA. LA COMMISSIONE DI UN REATO O DI UN "QUASI REATO"	57
1.1) LA PERICOLOSITÀ SOCIALE	62

2) LE PRESUNZIONI DI PERICOLOSITÀ NEL SISTEMA CODICISTICO E IL LORO SUPERAMENTO. IL CONTRIBUTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE	70
2.1) ...E L'INTERVENTO DEL LEGISLATORE.....	77
3) L'ACCERTAMENTO DELLA PERICOLOSITÀ SOCIALE. PROFILI PROBLEMATICI DEL GIUDIZIO PROGNOSTICO	80
4) EQUILIBRISMI DOGMATICI. LA PERICOLOSITÀ SOCIALE IN RAPPORTO ALLA CAPACITÀ A DELINQUERE.....	89
5) BREVI OSSERVAZIONI CONCLUSIVE	93

CAPITOLO 3

INFERMI DI MENTE PERICOLOSI. GIUDIZI E PREGIUDIZI

1) IL “NATURALE DESTINARIO” DELLE MISURE DI SICUREZZA: L'AUTORE DI REATO NON IMPUTABILE E PERICOLOSO	97
2) LA NOZIONE DI IMPUTABILITÀ ACCOLTA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO. PROBLEMI DEFINITORI DI UN ELEMENTO NORMATIVO EXTRAGIURIDICO.....	99
2.1) IL CONTRIBUTO DELLE NEUROSCIENZE AL DIBATTITO IN TEMA DI IMPUTABILITÀ E PERICOLOSITÀ SOCIALE	109
3) INFERMITÀ MENTALE E PERICOLOSITÀ SOCIALE. VECCHIE ALCHIMIE E NUOVE PROSPETTIVE	116
4) GIUDICI E PSICHIATRI: CONFLITTO POSITIVO E NEGATIVO DI COMPETENZA NEL GIUDIZIO SULLA (EVENTUALE) PERICOLOSITÀ SOCIALE DELL'INFERMO DI MENTE.....	122
4.1) L'AGGIRATO DIVIETO DI PERIZIA PSICOLOGICA E CRIMINOLOGICA.....	129
5) RIFLESSIONI E “INFLESSIONI” IN PUNTO DI PERICOLOSITÀ DEGLI INFERMI DI MENTE	135

CAPITOLO 4.

LA LUNGA MARCIA: ASPETTATIVE DELUSE DALLA RIFORMA DEGLI OSPEDALI PSICHIATRICI GIUDIZIARI. COS'È REALMENTE CAMBIATO?

1) PROBLEMI ATAVICI: COME PUNIRE GLI AUTORI DI REATO INFERMI DI MENTE?	139
2) STRADE IN SALITA: PRIME TAPPE DEL PROCESSO DI SUPERAMENTO DEGLI OSPEDALI PSICHIATRICI GIUDIZIARI.....	144
2.1) IL PUNTO DI SVOLTA NELLA RIFORMA DI UNA ISTITUZIONE “APPENA CIVILE”	149
3) UN PASSO INDIETRO NELL’ACCERTAMENTO DELLA PROBABILITÀ DI RECIDIVA. LA PERICOLOSITA’ SOCIALE D’AUTORE.....	162
3.1) COSA (NON) DICE LA CORTE COSTITUZIONALE IN MERITO AI NUOVI CRITERI DI ACCERTAMENTO DELLA PERICOLOSITA’ SOCIALE	170
4) LA FINE DEGLI ERGASTOLI BIANCHI. L’INTRODUZIONE DI UN LIMITE DI DURATA DELLE MISURE DI SICUREZZA DETENTIVE.....	175
5) A CHE PUNTO SIAMO? <i>WORK IN PROGRESS</i>	181
CONCLUSIONE.....	187
BIBLIOGRAFIA.....	197

INTRODUZIONE

Perché parlare ancora di misure di sicurezza? L'argomento non è certo nuovo: a più di ottant'anni dall'entrata in vigore del codice penale, la discussione sembra essersi "arenata" alla conclusione del definitivo tramonto dell'epoca d'oro delle misure *de quibus*, complice la crisi della ambigua categoria della pericolosità sociale e il riscontrato malfunzionamento pratico delle misure stesse.

Tuttavia, le recenti modifiche al sistema di sicurezza hanno conferito nuova vita alla discussione di un sistema altrimenti in declino.

Scopo della presente trattazione è quello di evidenziare le perduranti criticità delle misure di sicurezza detentive e la conseguente necessità di una meditata riflessione sul trattamento sanzionatorio dei soggetti c.d. pericolosi.

Per evidenziare i motivi che oggi portano ad affermare la *débâcle* del doppio binario, punto di partenza "obbligato" è la ricostruzione storica dell'istituto: la nascita dell'ambigua categoria della pericolosità sociale, legata ad un primordiale bisogno di sicurezza, il totalitarismo che permea le norme del codice, i principi costituzionali alla luce dei quali può (*rectius*: deve) essere letto il sistema sanzionatorio e le critiche che, sin dall'entrata in vigore del codice penale, sono "piovute" sul nuovo sistema sanzionatorio.

L'analisi si concentrerà poi sui presupposti applicativi delle misure di sicurezza, ovvero il reato e la pericolosità sociale. Per quanto riguarda il primo, verranno evidenziate le problematiche derivanti dall'estrema ampiezza della base del giudizio e dell'oggetto dello stesso, ponendo particolare attenzione alla possibilità di circoscrivere il novero dei reati commessi da cui far dipendere l'applicazione della misura di sicurezza, nonché di quelli oggetto di prognosi. Avendo quale punto di riferimento il principio di proporzionalità, la delimitazione in oggetto dovrebbe avvenire tenendo in considerazione solo i reati più gravi, che tutelano beni costituzionalmente rilevanti.

Con riguardo al secondo requisito applicativo, ci si concentrerà sull'originario impianto normativo, cioè sulle presunzioni stabilite dalla legge e poi venute meno grazie agli interventi della Corte costituzionale e del legislatore, creando un "vuoto" che ha indirizzato gli sforzi della dottrina sui metodi di accertamento della pericolosità sociale

e sulla distinzione tra questa e la capacità a delinquere, alla luce del rinvio operato dall'art. 203 c.p. ai criteri di cui all'art. 133 c.p.

Verrà, successivamente, dedicato ampio spazio ai riflessi della malattia mentale sul giudizio di pericolosità sociale. Dopo un breve *excursus* sulla nozione di imputabilità accolta dall'ordinamento, sulle problematiche derivanti dal concetto di infermità mentale e sui progressi scientifici per il suo accertamento, con particolare attenzione all'apporto delle neuroscienze, verranno messe in luce le difficoltà della prognosi di recidiva del soggetto psichicamente disturbato.

Nel momento in cui muta l'approccio al trattamento dei malati di mente e la scienza dimostra la fallacia dell'opinione per cui tali soggetti sono sempre pericolosi, emerge prepotentemente il problema della valutazione della pericolosità sociale. I quesiti a cui si cercherà di fornire risposta sono due: chi deve procedere all'accertamento e come questo deve essere svolto, data l'impossibilità di utilizzare i soli criteri giuridici forniti dall'art. 133 c.p., per l'ingresso nel giudizio del fattore "infermità mentale". Così, si porrà attenzione, in particolar modo, all'atteggiamento della giurisprudenza e della scienza psichiatrico-forense, chiamate a fronteggiare questo delicato compito, sugli (esigui) strumenti normativi a disposizione, sui limiti legali e sulle "astuzie" pratiche per aggirarli.

Da ultimo, verrà esaminata la riforma che ha modificato l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive per i non imputabili e i semimputabili, chiudendo gli ospedali psichiatrici giudiziari ed aprendo le residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, muovendosi nel senso della sanitarizzazione del trattamento sanzionatorio. A tale novità vanno aggiunte quelle apportate dal d.l. n. 52 del 2014, conv. in l. n. 81 del 2014, consistenti nell'introduzione del principio di sussidiarietà delle misure di sicurezza detentive per i non imputabili – da considerare quali strumenti applicabili solo quando ogni altro meno afflittivo appaia inadeguato alle esigenze di cura e custodia dell'infermo di mente –, nella decontestualizzazione del giudizio di pericolosità sociale – attraverso l'eliminazione dal novero dei criteri applicabili di quelli relativi al contesto ambientale, con l'introduzione di una sorta di "colpa d'autore" –, e, infine, nell'introduzione di un limite di durata massima delle misure di sicurezza detentive, ancorato alla gravità astratta del reato commesso, che ha posto fine al fenomeno dei c.d. ergastoli bianchi.

Le perplessità suscitate dalle recenti novità legislative porteranno, infine, ad una riflessione sull'opportunità di eliminare l'intero complesso delle misure di sicurezza detentive. Verrà delineata una possibile alternativa per il trattamento del reo infermo di mente, nel tentativo di superare l'"*horror vacui*" derivante dall'abrogazione di uno storico sistema di controllo sociale.

CAPITOLO 1.

LE MISURE DI SICUREZZA.

ORIGINE ED EVOLUZIONE NORMATIVA

Sommario: 1) LA GENESI DELLE MISURE DI SICUREZZA. LE SCUOLE CRIMINALISTICHE; - 2) L'INTRODUZIONE DELLE MISURE DI SICUREZZA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO; - 2.1) LE CRITICHE AL "DOPPIO BINARIO" ALL'INDOMANI DELL'ENTRATA IN VIGORE DEL CODICE PENALE; - 3) LE PREVISIONI COSTITUZIONALI IN MATERIA DI MISURE DI SICUREZZA E L'IMPATTO SUL SISTEMA CODICISTICO; - 3.1) IL PROBLEMA DELLA (IR)RETROATTIVITÀ DELLE MISURE DI SICUREZZA; - 3.2) L'ESTENSIONE DEL PRINCIPIO DI IRRETROATTIVITÀ PER MEZZO DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO; - 4) PROFILI DI ATTUALITÀ DELLA DISCUSSIONE E LIMITI DELLA RICERCA.

1) LA GENESI DELLE MISURE DI SICUREZZA. LE SCUOLE CRIMINALISTICHE

La ricerca di una giustificazione all'introduzione delle misure di sicurezza nell'ordinamento deve affondare le proprie radici nelle diverse soluzioni che sono state fornite al problema della criminalità.

E' noto come le differenti ideologie sulla criminalità e sul problema del contrasto alla stessa diedero vita ad un acceso dibattito nella dottrina, tra la seconda metà del XIX secolo e gli anni trenta del XX. Ciascuna corrente di pensiero muoveva da una differente visione dell'individuo all'interno della società e dell'influenza che quest'ultima esercita sul primo, prospettando, conseguentemente, soluzioni diverse.

Premesso che il problema della misura di sicurezza è inscindibilmente legato alla teoria della pena – cioè in base al fondamento ed alle funzioni attribuite a quest'ultima, giungeremo a diverse soluzioni circa la legittimazione e la giustificazione della prima – e consapevoli delle numerose sfumature che caratterizzano il pensiero di ciascun

giurista, possiamo suddividere la letteratura di quel periodo storico in tre orientamenti principali¹.

La Scuola classica, maturata in un ambiente politico-culturale di tipo illuminista – e che vide tra i suoi esponenti di spicco Carrara, Carmignani, Rossi e, nell'indirizzo neoclassico più recente, De Marsico, Petrocelli e Caraccioli, Bettiol – muoveva dal postulato del libero arbitrio: l'uomo è assolutamente libero nella scelta della propria condotta, dunque la pena trova giustificazione nella responsabilità morale del soggetto per il male commesso, secondo una concezione etico-retributiva. Tale approccio, focalizzato sul reato, ancora il diritto penale a tre principi fondamentali, consistenti nella volontà colpevole (precipitato logico del libero arbitrio), nell'imputabilità (non essendovi altrimenti volontà colpevole) e nella pena come castigo, come espiazione della colpa. Invero, viene attribuita alla pena anche una funzione generalpreventiva, che rimane, però, sullo sfondo: la pena trova legittimazione nella responsabilità per il reato commesso. Esempio di codice penale ispirato a tale scuola di pensiero fu il Codice Zanardelli del 1889².

Pur essendo un innegabile merito della Scuola classica quello di delineare compiutamente i principi base di ogni sistema penale evoluto (legalità, materialità, offensività, colpevolezza, imputabilità, pena personale, determinata e proporzionata), ad essa sono state mosse molteplici e fondate critiche.

Innanzitutto, il postulato del libero arbitrio ha comportato la totale esclusione degli inevitabili condizionamenti che fattori extravolontari – endogeni o esogeni – esercitano sull'agire umano, non permettendo, di conseguenza, la graduazione della responsabilità e della pena. Inoltre, essendo l'attenzione rivolta esclusivamente al passato e non al possibile comportamento futuro dell'autore del reato, la pena è vista come l'unico

¹ Per un'accurata ricostruzione del dibattito penalistico italiano, si vedano F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità*, Padova, 1984, p. 32 ss.; E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978, p. 9 ss.; S. SEMINARA, *Sul metodo tecnico – giuridico e sull'evoluzione della penalistica italiana nella prima metà del XX secolo*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 575 ss. Per un'analisi della posizione delle diverse Scuole di pensiero in un'ottica processualpenalistica, G. GUARNERI, *Il processo delle misure di sicurezza*, Torino, 1953, p. 25 ss.

² F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità cit.*, p. 33 s.; C.M. POLIDORI, voce *Misure di sicurezza (profili sostanziali)*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 147; A. SANTORO, *Il sistema penale di Giuseppe Bettiol: opposizione alle misure di sicurezza*, in *La scuola positiva*, 1962, p. 450 ss. Per un'ampia disamina del concetto di responsabilità nel pensiero classico-liberale, si veda S. ALEO – S. DI NUOVO, *Responsabilità penale e complessità. Il diritto penale di fronte alle altre scienze sociali. Colpevolezza, imputabilità, pericolosità sociale*, Milano, 2011, p. 2 ss.

strumento di prevenzione contro il delitto e non viene prestata alcuna attenzione al recupero del delinquente. Inizia, infatti, a manifestarsi in dottrina l'opinione che una concezione esclusivamente retributiva della pena sia incapace di fornire una risposta soddisfacente al fenomeno in aumento della criminalità.

Sorta come reazione al razionalismo illuministico, la Scuola positiva – che affonda le proprie radici nel Positivismo metodologico del XIX secolo e trova come capostipite Cesare Lombroso e propri autorevoli esponenti, tra gli altri in Italia, Ferri, Garofalo, Grispigni – inserì nella discussione il problema delle cause oggettive del delitto, diverse e ulteriori dalla libertà del volere, e incentrò il proprio pensiero non sul libero arbitrio del soggetto, bensì sul determinismo causale dei fenomeni. Al mutamento del postulato di fondo corrisponde il cambiamento delle fondamenta del diritto penale: non più responsabilità morale, ma pericolosità sociale del soggetto, secondo una concezione difensiva della sanzione penale. Concentrando l'attenzione sull'autore del reato, quest'ultimo trova ora la sua causa nella struttura bio-psicologica del delinquente, diventando l'indice esteriore della pericolosità del soggetto; i concetti di volontà colpevole, imputabilità e responsabilità morale vengono sostituiti da quello di pericolosità sociale³, intesa come probabilità che il soggetto commetta reati, dunque, l'adeguata reazione che l'ordinamento deve prevedere per contrastare il reato viene individuata nella misura di sicurezza. Posto che nessun codice esistito o esistente si è mai ispirato totalmente ai postulati della Scuola positiva, un esempio può comunque ritrovarsi nel Progetto Ferri del 1921, che, tuttavia, non divenne mai legge⁴.

³ In realtà, nel pensiero positivista, la pericolosità, da intendersi come capacità a commettere un reato, “ha due distinte funzioni, secondo che la si esamini prima o dopo aver commesso un delitto: quella è pericolosità sociale, interessa la polizia di sicurezza, ed offre il fondamento giuridico a provvedimenti preventivi, anche prima e indipendentemente dall'esecuzione di un delitto; questa è pericolosità criminale, interessa la giustizia penale, e serve ad adattare la sanzione al delinquente, dal perdono fino alla segregazione a tempo assolutamente indeterminato. La pericolosità insomma, come pericolosità sociale (anteriore a un reato), è la capacità di divenire con probabilità autore di reato; come pericolosità criminale (posteriore a un reato) è la probabilità di commetterne altre, ossia la probabilità della recidiva, poiché «l'aver commesso o tentato di commettere un delitto esprime già una pericolosità effettiva»”. Così A. DE MARSICO, *Delle Misure amministrative di sicurezza*, in *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, vol. I, a cura di U. Conti, Milano, 1934, p. 841 s.

⁴ Il Progetto Ferri, in particolare, si fondava sulla responsabilità legale e sulla pericolosità del delinquente, configurava tipi criminologici di autore e prevedeva una pluralità di sanzioni differenziate in ragione dell'individualizzazione del trattamento. Si veda, in generale sul pensiero della Scuola positiva, F. ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 222; G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, p. 942 ss.; A. DE MARSICO, *Diritto penale. Parte generale*, Napoli, 1937, p. 305 s.; F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità cit.*, p. 34 ss.; E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 29 ss.; C.M. POLIDORI, voce *Misure di sicurezza cit.*, p. 147 s.; S.

La Scuola positiva riuscì a dar rilievo ai condizionamenti bio-psico-sociologici del delinquente e a calare il reato nella realtà, approntando un sistema individualizzato di misure di difesa sociale in un'ottica di prevenzione speciale e risocializzazione dell'autore del reato. È grazie ai Positivisti che la pericolosità viene in risalto, quale carattere della personalità che può sussistere prima del reato, e che esiste indubbiamente dopo di questo, rientrando tra i criteri di determinazione della sanzione.

Tuttavia, mediante la sostituzione della colpevolezza con la pericolosità sociale viene abbandonato il principio del *nulla poena sine delicto*: infatti, avrebbero potuto essere sottoposti a misure di sicurezza anche soggetti che non avessero commesso reati, ma risultassero ugualmente socialmente pericolosi. Viene meno, cioè, uno dei fondamentali principi del diritto penale: quello della responsabilità penale individuale. Inoltre, mentre con la Scuola classica si assiste ad una deresponsabilizzazione della società, con la corrente di pensiero in esame si assiste, all'opposto, ad una deresponsabilizzazione dell'individuo.

Dall'esame delle due Scuole di pensiero emerge un primo dato fondamentale: entrambe prevedevano un sistema sanzionatorio monistico, l'uno basato sulla pena, l'altro sulla misura di sicurezza⁵.

Rispetto agli opposti dogmatismi della Scuola classica e della Scuola positiva, iniziava ad affiorare in dottrina una tendenza opposta all'unificazione delle sanzioni, che propugnava una maggiore caratterizzazione dei mezzi di lotta contro la criminalità. L'idea di fondo è quella dell'uomo non tutta libertà né tutta necessità: l'autodeterminazione va di pari passo con il condizionamento della condotta umana da parte di fattori extravolontari. Questa sorta di mediazione tra i principi dei due opposti indirizzi sopra esposti ha favorito la nascita della cosiddetta Terza scuola – la quale annovera fra i suoi più illustri esponenti Carnevale, Alimena, Manzini – che, mantenendo i postulati fondamentali delle Scuole classica e positiva, teorizzò il sistema del doppio binario, fondato sul dualismo responsabilità individuale – pericolosità

RANIERI, *Giustizia penale e trattamento dei delinquenti*, in *La scuola positiva*, 1966, p. 194 ss. Per un'articolata rassegna delle opinioni espresse dai maggiori esponenti della Scuola positiva e del clima in cui maturarono, si veda S. ALEO – S. DI NUOVO, *Responsabilità penale e complessità cit.*, p. 16 ss.

⁵ Si veda A. DE MARSICO, *Delle Misure amministrative di sicurezza cit.*, p. 844. Secondo l'Autore, in realtà, non può parlarsi propriamente di un sistema unitario per i Positivisti, poiché, "il dire che le misure di sicurezza sostituiscono le pene per gl'irresponsabili, e le completano per i delinquenti ritenuti responsabili, non significa altro che creare una disciplina intrinsecamente dualistica delle sanzioni da applicare agli autori di reato".

sociale e, rispettivamente, pena retributiva – misura di sicurezza, sistema accolto nel codice penale vigente⁶.

2) L'INTRODUZIONE DELLE MISURE DI SICUREZZA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

La previsione delle misure di sicurezza nel codice penale Rocco del 1930 viene presentata – dai compilatori e dalla dottrina – come una delle principali innovazioni⁷, pur ravvisandosi, tuttavia, una sorta di continuità con il sistema adottato dal codice penale Zanardelli del 1889⁸.

Già nei lavori preparatori si trova un accenno a questa continuità. Si è affermato, infatti, che “le misure di sicurezza conservano, nel Progetto, gli scopi, la natura, i caratteri dei provvedimenti simili che, embrionalmente, già esistono nella legislazione vigente. Esse assumono solo una maggiore estensione e un maggior sviluppo, dovuti alla elaborazione scientifica e legislativa e alla persuasione che le provvidenze timidamente

⁶ I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, p. 161 ss.; G. GUARNERI, *Precedenti storici ed evoluzione del processo delle misure di sicurezza*, in *La scuola positiva*, 1952, p. 270 ss; F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità cit.*, p. 37 ss. Nel senso che fosse estraneo al pensiero della Terza scuola l'idea di un provvedimento che si aggiungesse alla pena, idoneo a colmare le lacune, si veda E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 40 s.: sarebbe la stessa pena che, rimanendo ancorata all'idea della retribuzione, dovrebbe anche tentare di risocializzare il delinquente.

⁷ Invero, le misure di sicurezza non sono una novità tutta italiana. Generalmente, si fa risalire la nascita di tali misure all'Avanprogetto del codice penale Svizzero del 1893, ideato dallo Stoos. Tuttavia, un primo (embrionale) sistema legislativo a doppio binario può riscontrarsi nella legislazione tedesca del 1794, la cui paternità è attribuita al Klein. Per un esame dei sistemi elaborati dai criminalisti citati, si vedano I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 34 ss.; G. GUARNERI, *Il processo delle misure di sicurezza cit.*, p. 30 ss.; E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 42 ss.; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 255 ss.

⁸ La dottrina sul punto non è unanime. Sostengono che nel c.p. Zanardelli si possano trovare esempi di misure di sicurezza, tra gli altri, I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 4 ss.; A. DE MARSICO, *Diritto penale cit.*, p. 302 s.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. III, edizione aggiornata a cura di P. NUVOLONE, Torino, 1981, p. 238; A. ROCCO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume V. Parte I^a. Relazione sul Libro I del Progetto*, Roma, 1929, p. 245. In senso contrario, di recente, si veda G. GRASSO, *Pre-art. 199*, in *Commentario sistematico del codice penale, III, Art. 150-240*, a cura di M. Romano – G. Grasso – T. Padovani, Milano, 2011, p. 423; E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 10 ss., per i quali i provvedimenti contenuti nel Codice penale del 1889 e qualificati come un primo esempio di misure di sicurezza (vigilanza speciale, internamento del minore non imputabile in un istituto di correzione o affidamento ai parenti, casa di custodia per coloro che hanno commesso un reato in stato di semi-imputabilità), erano, in realtà, o mere modalità di esecuzione della pena oppure provvedimenti liberali *pro individuo*, che esulavano dalla competenza del giudice penale.

adottate dal Codice vigente sono assolutamente inadeguate a raggiungere gli intenti di prevenzione che esso si propone, specie in ordine ai delinquenti abituali, ai delinquenti minorenni e agli infermi di mente pericolosi⁹”.

Si ha come l'impressione che i compilatori, mentre con una mano sottolineavano il carattere innovativo della previsione legislativa, necessaria per soddisfare esigenze di difesa sociale nel quadro politico dell'epoca, con l'altra ricercavano un appiglio storico, quale ulteriore legittimazione di provvedimenti restrittivi che non conoscevano precedenti.

Rimasta immutata nel presupposto e nella funzione la pena, viene aggiunta la misura di sicurezza, il cui scopo è esclusivamente quello di prevenzione speciale¹⁰. I due provvedimenti, quindi, sono rigorosamente distinti: la pena è conseguenza immancabile del reato, della responsabilità, e, in fase applicativa, espressione di attività giurisdizionale, laddove la misura di sicurezza consegue alla pericolosità e il reato si pone solo quale indizio, ed è una forma di esercizio di attività amministrativa. Dunque, la prima è necessariamente proporzionata al reato commesso, mentre la seconda è indeterminata nella durata massima. Ancora, la pena conserva una funzione retributiva, è la sanzione criminale per eccellenza, mentre la misura assolve a scopi di eliminazione, cura o riadattamento, non è una sanzione, e, quindi, il carattere di afflittività è tipico della prima, ma non della seconda.

L'intenzione del legislatore è ben chiara: “le misure di sicurezza non si confondono con le pene e tanto meno si sostituiscono ad esse, ed hanno, di regola, fini socialmente eliminativi, o curativi e terapeutici, o educativi e correttivi, e talora...semplicemente cumulativi”. Infatti, “mentre la pena suppone, come premessa necessaria, l'imputabilità e la colpevolezza dell'agente, è sufficiente, per l'applicazione delle misure di sicurezza, la pericolosità sociale delle persone che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato, o, eccezionalmente, fatti non costituenti reato ma denotanti sicuro indizio di pericolosità criminale, sicché possono applicarsi altresì a individui non imputabili o non punibili. A differenza, infine, di quanto avviene per le pene, manca ogni proporzione tra il fatto penalmente illecito e la misura di sicurezza, che non è

⁹ A. ROCCO, *Lavori preparatori cit.*, p. 245

¹⁰ Si veda, al riguardo, A. ROCCO, *Lavori preparatori cit.*, p. 244: “le misure di sicurezza sono, nel sistema del Progetto, mezzi di prevenzione individuale della delinquenza, aventi carattere di integrazione dei mezzi repressivi di lotta contro la criminalità, in genere, e della pena in specie”.

reazione di giustizia, ma azione di difesa contro il pericolo della commissione di nuovi reati, la quale, trovando la sua base nella pericolosità sociale, opera, conseguentemente, finché la pericolosità perduri”¹¹.

La misura di sicurezza, quindi, è sì restrittiva della libertà, ma (paradossalmente) non afflittiva: infatti, l’intimidazione e la sofferenza, proprie della pena, non sarebbero necessariamente connesse a tutte le limitazioni della libertà personale, poiché vi sono casi in cui tali risultati non possono essere nemmeno avvertiti dai destinatari, come gli infermi di mente. E, anche nel caso in cui, invece, fosse avvertita in tal modo dai soggetti a cui è applicata, rimane netta la distinzione sul piano degli scopi. Si tratta di istituti concorrenti, ma essenzialmente distinti: “l’una [la pena] rimane veramente conseguenza immancabile ed espressione specifica del reato, e, nel momento applicativo, forma di attività tipicamente giurisdizionale; l’altra [la misura di sicurezza] è, viceversa, funzione di polizia, forma di attività amministrativa, che nel reato, di regola, trova la sua premessa, ma non ne è indispensabile conseguenza. L’una è la sanzione criminale per eccellenza; l’altra non è affatto una sanzione e, tanto meno, una sanzione criminale”¹².

Tralasciando l’annoso problema della natura giuridica o amministrativa della misura di sicurezza, ormai risolto a favore dell’indiscussa e unanime opinione del carattere giurisdizionale delle stesse, riconosciute quali vere e proprie sanzioni penali¹³, le

¹¹ A. ROCCO, *Lavori preparatori cit.*, p. 245 s. La disciplina dettata nel codice Rocco dipenderebbe dalla risposta che i compilatori hanno dato: 1) alla scelta tra libero arbitrio e determinismo; 2) al rapporto tra concezione della pena e misura di sicurezza; 3) alla relazione intercorrente tra colpevolezza e misura di sicurezza; 4) al binomio tipologia di autori del reato – misura di sicurezza. Così, E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 92 ss.

¹² A. ROCCO, *Lavori preparatori cit.*, p. 247. Nel senso dell’accidentalità del carattere afflittivo della misura di sicurezza, si veda G. BETTIOL, *In tema di unificazione di pena e misura di sicurezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1942, p. 220. Nel senso dell’afflittività come mezzo della misura di sicurezza e non come scopo della stessa, si veda B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, p. 135 ss. e p. 283 ss. Per un’analisi dettagliata dei tratti differenziali delle due sanzioni, si veda G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, p. 950 ss.; V. CAVALLO, *Il problema dei rapporti tra le pene e le misure di sicurezza*, in *Scritti giuridici in onore di A. De Marsico, vol. I*, a cura di G. Leone, Milano, 1960, p. 251 ss. Nel senso del carattere non integrativo e non sostitutivo della pena, si veda V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano cit.*, p. 234.

¹³ Sulla questione della natura amministrativa o giuridica delle misure di sicurezza, si vedano G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, p. 954 ss.; I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 237 ss.; A. DE MARSICO, *Diritto penale cit.*, p. 310 ss.; A. GARGANI, *Misure di sicurezza*, in *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2011, p. 462; G. GUARNERI, *Natura sostanziale e processuale delle misure di sicurezza*, in *Arch. pen.*, 1953, p. 73 ss.; G. LEONE, *Osservazioni sul processo di prevenzione criminale*, in *Scritti giuridici in onore di A. De Marsico, vol. II*, a cura di G. Leone, Milano, 1960, p. 71 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano cit.*, p. 233 ss.; E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 121 ss.; B. PETROCELLI, *La*

sanzioni in commento vengono spesso definite in letteratura quali risultato di un compromesso tra Scuola classica e Scuola positiva sulla natura e sulle funzioni della pena¹⁴.

La realtà, tuttavia, appare più complessa: l'innovazione legislativa risponde – più che all'ottica del compromesso – a precise istanze politico-criminali. L'obiettivo era quello di introdurre un efficace strumento di lotta alla criminalità, visto il fallimento della pena retributiva nel controllo del fenomeno del plurirecidivismo, e tale strumento viene individuato proprio nella misura di sicurezza che, essendo svincolata dai limiti garantistici propri della pena e non essendo qualificata come sanzione penale bensì amministrativa, si rivelava un'arma idonea al contenimento del delinquenti pericolosi. Le misure di sicurezza, idealmente tese al riadattamento del reo alla vita sociale – attraverso l'utilizzo di strumenti, a seconda dei casi, rieducativi o terapeutici – tradiscono, nell'impostazione originaria del codice, il loro carattere prettamente

pericolosità criminale e la sua posizione giuridica cit., p. 135 ss. e p. 302 ss.; C.M. POLIDORI, voce *Misure di sicurezza cit.*, p. 149. In prospettiva a prima vista differente, si pone G. ZUCCALÀ, *Sulla natura giurisdizionale del processo di prevenzione criminale*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza. Convegno di diritto penale – Bressanone 1961*, Padova, 1962, p. 146 s., il quale sostiene che la questione della natura giurisdizionale o amministrativa delle misure di sicurezza è mal posta. Si tratterebbe, invero, di stabilire se l'attività giurisdizionale che il giudice è chiamato a svolgere, quando deve pronunciarsi in materia di misure di sicurezza, assuma o meno i caratteri della giurisdizione penale, cioè, in altre parole, bisogna chiarire se le misure di sicurezza hanno carattere penale o extrapenale. In realtà, l'Autore, accogliendo la soluzione del carattere extrapenale, giunge a riconoscere la natura amministrativa delle misure di sicurezza.

¹⁴ In realtà, si tratta di opinione non pacifica. Già De Marsico sosteneva che, anche se la Scuola positiva ha dato l'impulso per la sistemazione della materia, il sistema delineato nel codice Rocco risponde ai postulati della Scuola classica, cioè il legislatore, ancorato ai capisaldi di tale scuola di pensiero, ha preso in considerazione anche le innegabili esigenze di difesa sociale, che la sola pena non era in grado di soddisfare, e ha tracciato in modo ben definito la distinzione tra i due provvedimenti, seppur questo rigido dualismo reato-pena e pericolosità-misure di sicurezza non si sia tradotto sulla carta. Così, A. DE MARSICO, *Delle Misure amministrative di sicurezza cit.*, p. 836 ss. Più di recente, si veda G. GRASSO, *Pre-art. 199 cit.*, p. 420 ss., secondo il quale l'introduzione delle misure di sicurezza appare come una sorta di concessione della Scuola classica alle esigenze poste dalla moderna scuola sociologica in materia di trattamento di delinquenti abituali o professionali e risponde, piuttosto che a considerazioni di coerenza dogmatica, ad esigenze di difesa sociale. Anche per P. VENEZIANI, *Le misure di sicurezza: profili generali*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale, II, La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, diretto da C.F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro, Milano, 2014, p. 385, la realtà è più complessa dell'idea del semplice compromesso tra scuole di pensiero: con un sistema di tipo dualistico ci si è voluti sottrarre agli opposti estremismi della Scuola classica e della Scuola positiva, accogliendo i postulati della Terza scuola. Si veda anche F. BRICOLA, *Costituzione e misure di sicurezza*, in *Carcere e società*, a cura di M. Cappelletto – A. Lombroso, Venezia, 1976, p. 38, il quale ritiene che la giustificazione posta a sostegno del carattere compromissorio del doppio binario, consistente nella soddisfazione delle Scuole classica e positiva, sia “mistificante”, poiché dall'esame dei lavori preparatori può dedursi senza dubbio che le misure di sicurezza sono state concepite in chiave repressiva, quale forma di difesa della società.

eliminativo: la prevenzione speciale si risolve nell'“incapacitazione”, cioè nell'allontanamento del soggetto dal bene giuridico offeso¹⁵.

Rimanendo ancorato al pensiero classico, quindi, il legislatore accoglie i postulati del Positivismo esclusivamente fornendo cittadinanza alle misure di sicurezza, senza condividerne presupposti e principi¹⁶.

La genesi delle misure di sicurezza, invero, deve essere individuata nel momento in cui l'idea retributiva della pena viene riformulata, attraverso la scissione della prevenzione in due settori distinti: la prevenzione generale viene inglobata nella retribuzione (si abbandona una giustificazione teologica o etica della pena e si accoglie una motivazione della retribuzione con il ricorso a scopi di utilità sociale) e trova, dunque, soddisfazione nella pena, laddove la prevenzione speciale abbisogna di uno specifico provvedimento, individuato nella misura di sicurezza¹⁷.

La misura di sicurezza, quindi, è una “costola” della pena: nata da una mutata coscienza sociale sulle funzioni – e sui limiti – della pena, da questa si separa, acquisisce autonomia e un proprio spazio applicativo¹⁸.

¹⁵ Parla di “incapacitazione” A. MANNA, *Le misure di sicurezza*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale, III, La punibilità e le conseguenze del reato*, a cura di A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa, Milano, 2014, p. 341.

¹⁶ Si veda, G. GRASSO, *Pre-art. 199 cit.*, p. 421 ss.: la distinzione tra pena e misura di sicurezza può comprendersi solo nell'ottica della Scuola classica, per cui alla pena viene affidata una funzione esclusivamente retributiva e, eventualmente, generalpreventiva, mentre la misura di sicurezza assolverebbe una funzione di prevenzione speciale.

¹⁷ C.M. POLIDORI, voce *Misure di sicurezza cit.*, p. 147 s. Si veda sul punto, in particolare, E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 41 s., il quale cita Exner a riprova della validità dell'assunto per cui la misura di sicurezza si origina dalla separazione della prevenzione speciale da quella generale. Secondo Exner, infatti, la pena è da sola insufficiente a soddisfare tutte le esigenze preventive, poiché la prevenzione speciale necessita di strumenti più appropriati di difesa della società. In tale ottica, assume rilievo l'attività dello Stato di tutela della collettività, che è affidata alla polizia, ma, al fine di integrare la pena, occorre fare una distinzione tra misure di protezione degli interessi sociali da violazioni contrarie al diritto penale e tutte le altre misure di polizia, tenendo presente che il campo di azione della politica criminale è circoscritto al reato. In tal modo, la misura di sicurezza può assolvere quella funzione di specialpreventiva lasciata scoperta dalla pena. Ulteriore riprova della tesi sostenuta si ravvisa nel primo sistema legislativo a doppio binario, ideato da Klein e recepito in Germania nel 1794. Brevemente, secondo tale Autore, la pena deve assolvere una funzione generale di intimidazione (prevenzione generale), laddove lo scopo di risocializzazione del delinquente e di tutela della società dall'autore di reato pericoloso (prevenzione speciale) è pur sempre uno scopo secondario della pena, ma da questa si stacca e vive di vita propria nella misura di sicurezza. Sorta come reazione alla c.d. pena straordinaria (ovvero una pena applicata sulla mera base di sospetti di commissione del reato da parte dell'inquisito), la misura di sicurezza fornisce risposta alla pericolosità dell'autore.

¹⁸ Sulla nascita della misura di sicurezza si veda il notevole lavoro di L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello “scopo” nella teoria della pena*, Napoli, 1984, p. 62 ss., per cui “la misura di sicurezza rappresenta la «traduzione» sul piano della teoria della pena, di quello «scopo» che l'idea preventiva non aveva voluto – ed in parte: potuto – imporre sul terreno della teoria della commisurazione. In questa anticipazione – e

Nello studio delle misure in commento, sia sotto il profilo storico che in una prospettiva di riforma, è imprescindibile l'esame dell'altra conseguenza sanzionatoria, cioè la pena: "il problema della misura di sicurezza ritorna ad essere sempre e di nuovo il problema della pena"¹⁹.

Invero, se la pena viene considerata in un'ottica esclusivamente retributiva o, eventualmente, anche generalpreventiva, non sussisteranno altri mezzi per esplicitare tali funzioni e la differenza con la misura di sicurezza è netta e ineliminabile²⁰. Se, invece, si colloca la pena in una prospettiva di difesa sociale, allora potrebbe pervenirsi all'unificazione dei due istituti²¹. Laddove, infine, si volesse riconoscere ad entrambe una funzione sia repressiva che preventiva, l'unico modo per differenziarle rimarrebbe quello della preminenza di uno dei due aspetti sull'altro: nella pena la repressione è la caratteristica principale e la prevenzione è accessoria, mentre nella misura di sicurezza le due funzioni sono invertite. Quest'ultima posizione, tuttavia, non tiene conto della diversità del concetto di "prevenzione" nella pena e nella misura di sicurezza: nella prima la prevenzione generale coesiste, tradizionalmente, con la prevenzione speciale, mentre nella seconda rileva solo la finalità di prevenzione speciale²².

solo in questo – risiede il «compromesso»: l'incapacità – ed almeno in parte: l'impossibilità – di far prevalere le istanze di «scopo» nella quantificazione della pena da sì che queste vengano dirottate più a monte, su un terreno apparentemente più neutro, dove il loro dispiegarsi non sembri comportare – almeno non «ufficialmente» - la simultanea sconfessione di una filosofia ed una dottrina della pena tanto ricche di tradizione e significato". Ergo: l'anticipazione dell'idea dello scopo nella teoria della pena comporta, secondo l'Autore, lo sdoppiamento delle sanzioni e dà vita al doppio binario.

¹⁹ L'espressione è di E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 171

²⁰ Si veda G. BETTIOL, *In tema di unificazione di pena e misura di sicurezza cit.*, p. 226: secondo l'Autore, pur essendo l'emenda un fine della pena, si tratta di uno scopo secondario, che non trasforma il carattere monodimensionale della pena, che rimane solo retributiva. Si veda anche P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza. Convegno di diritto penale – Bressanone 1961*, Padova, 1962, p. 167 s., per il quale la pena assolverebbe anche ad un'esigenza di prevenzione generale, mai di prevenzione speciale, con la conseguente necessità, per assolvere tale ultima funzione, di misure di prevenzione.

²¹ E. ALTAVILLA, *Il delinquente e la legge penale*, Napoli, 1954, p. 424 ss. Per l'Autore, la repressione non è fine a sé stessa, ma è un mezzo per impedire i delitti: la retribuzione è letta in chiave preventiva, dunque sfumano le differenze tra i due provvedimenti sanzionatori.

²² Nel senso che pene e misure di sicurezza, seppur con possibili sovrapposizioni nei fini – in quanto vi sono misure di prevenzione in cui è presente un momento afflittivo e pene connotate dalla prevenzione speciale – esprimono, ciascuna, una precisa opzione teleologica e si pongono, quindi, categorie teleologiche-oggettive, orientate a punire una condotta antidoverosa (la pena) o a prevenire futuri e probabili comportamenti antisociali (la misura di sicurezza), si veda A. A. CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967, p. 280 ss. Per un'approfondita trattazione degli scopi della pena, si veda E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, p. 77 ss.

Nonostante le molteplici differenze che si riscontrano tra i due istituti, emergono anche numerosi punti in comune. Innanzitutto, hanno entrambi come presupposto la commissione di un reato, a cui conseguono quali sanzioni giuridiche penali. Inoltre, la distinzione degli scopi non è così netta come la si vuole delineare: è innegabile un profilo di afflittività delle misure di sicurezza, in quanto limitative della libertà personale, così come è indiscutibile una finalità rieducativa della pena, con la conseguenza che i due provvedimenti possono assolvere le medesime finalità, seppur bilanciate in maniera diversa in ciascuno di essi (più retribuzione nella pena, più rieducazione nella misura di sicurezza, anche se tale ultimo aspetto è cambiato con l'esplicito riconoscimento costituzionale della finalità rieducativa della pena, ma di questo si parlerà oltre).

Molto chiara, in conclusione, l'intenzione dei compilatori: legittimare l'ingresso nell'ordinamento di una sanzione indeterminata, sostanzialmente eliminativa, con sporadici tratti curativi o correttivi, qualificandola tuttavia come amministrativa, in modo da mantenere ferma la distinzione con la pena, sottraendola contemporaneamente alla tipiche garanzie per questa previste.

Il legislatore, quindi, anziché scegliere rigorosi sistemi monistici, diede vita al sistema – impropriamente detto – del “doppio binario”: accanto alla pena – di carattere peculiarmente sanzionatorio e con scopi prevalentemente retributivi e generalpreventivi – applicabile sulla base della colpevolezza, e prima ancora dell'imputabilità, dell'autore del reato, trova posto la misura di sicurezza – di carattere essenzialmente non sanzionatorio e con scopi esclusivamente specialpreventivi – che ha quale presupposto la pericolosità sociale del soggetto che ha commesso un reato (o un quasi-reato). Quest'ultimo, cioè, non è la causa dell'applicazione della misura, ma solo un sintomo della pericolosità del reo²³.

Si è detto che l'espressione “doppio binario” è impropria. A parere di chi scrive, si tratta di definizione non del tutto corretta, poiché abbraccia esclusivamente le ipotesi in cui la

²³ Si veda, in generale, sul doppio binario, nella manualistica più recente, S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, p. 859 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, p. 861 ss.; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2008, p. 669 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, p. 848 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015, p. 621 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, p. 342 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, p. 573 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, Torino, 2013, p. 543 ss.

pena e la misura di sicurezza vengono applicate cumulativamente. Nei casi, invece, di soggetti imputabili e semi-imputabili non pericolosi o di soggetti non imputabili pericolosi si dovrà più correttamente parlare di un “binario unico”, poiché troverà applicazione, rispettivamente, solo la pena o solo la misura di sicurezza.

Il nuovo sistema sanzionatorio, tanto decantato dal legislatore dell'epoca, non ha mai trovato i riscontri auspicati, essendo stato per lo più bersaglio di numerosi e ripetuti attacchi sin dal suo ingresso nell'ordinamento.

2.1) LE CRITICHE AL “DOPPIO BINARIO” ALL’INDOMANI DELL’ENTRATA IN VIGORE DEL CODICE PENALE

Nei primi anni successivi all'entrata in vigore dell'attuale codice penale si riscontrano sia atteggiamenti entusiasti che critiche serrate al nuovo sistema.

Così affermava Novelli – Direttore generale degli istituti di prevenzione e di pena – nel 1937: “...l'ordinamento delle misure amministrative di sicurezza accolto dalle nuove leggi penali italiane ha dimostrato nella sua attuazione giuridica e nelle sue realizzazioni pratiche una vitalità degna del massimo rilievo, tale da poter essere segnalata tra quelle grandi riforme penali che nella storia hanno segnato una tappa gloriosa nel cammino della civiltà”²⁴.

Si tratta, invero, di un giudizio che, seppur condizionato dal regime politico del tempo, merita di essere segnalato, in quanto basato sui risultati della – seppur breve – esperienza concreta²⁵. Dopo aver tessuto le lodi al sistema, Novelli si sofferma sugli

²⁴ G. NOVELLI, *Il primo esperimento delle misure amministrative di sicurezza in Italia*, in *Riv. dir. penit.*, 1937, p. 47

²⁵ Riferisce Novelli che “nei manicomi giudiziari...il riadattamento è dovuto al trionfo dei mezzi curativi. Nei riformatori giudiziari il successo è da attribuirsi...all'intervento dell'attività statale precisamente nel periodo formativo della coscienza, dello sviluppo fisico e psichico dell'individuo: il che rende non solo possibile, ma rapidissima la modificazione delle tendenze e delle abitudini”. Per quanto riguarda la colonia agricola e la casa di lavoro, il successo “non può attribuirsi esclusivamente all'attività di rieducazione consistente nell'obbligo del lavoro, della scuola, delle pratiche religiose e di altri mezzi morali. Questi mezzi per agire da soli avrebbero dovuto operare per un più lungo tempo...ho ragione, perciò, di ritenere che nel successo dell'attività di rieducazione abbia avuto una grande importanza l'intimidazione insita nella durata indeterminata della misura, ossia nella possibilità che essa venga prorogata senza alcun limite di tempo...la indeterminatezza della durata della misura di sicurezza si risolve in una inibizione al mal fare; inibizione che non dura solamente durante lo stato di detenzione, ma che estende la sua efficacia anche dopo il ritorno dell'internato nella vita libera, intensificando il timore di trovarsi nuovamente nella condizione preesistente”. G. NOVELLI, *Il primo esperimento cit.*, p. 46 s.

ostacoli derivanti dalla realizzazione pratica di nuovi edifici in cui far scontare le misure²⁶, dal problematico giudizio di riesame della pericolosità²⁷, dalla concreta organizzazione dei sistemi rieducativi (fondati in larga parte su scuola, religione e lavoro) e, sopra ogni cosa, dall'indisciplina degli internati, dovuta all'incomprensione di tale privazione della libertà personale²⁸. E' proprio tale ultimo aspetto a mettere in dubbio la riuscita del sistema: non si capisce, cioè, come può dirsi efficace un sistema non accettato e non capito dal destinatario. I soggetti colpiti da misura di sicurezza detentiva²⁹, che non comprendono appieno lo scopo della sanzione che viene loro applicata, possono solo rinchiudersi in un atteggiamento di muta rassegnazione e sperare di riacquistare la libertà, un giorno o l'altro. Invero, il sistema delle misure di

²⁶ “Qualcuno ha pensato che questa difficoltà sia stata risolta mutando solamente l’etichetta a vecchi edifici. Io vorrei che tutti quelli che pensano in tal modo visitassero i nostri stabilimenti: troverebbero che, se pure per le contingenze del momento che la finanza pubblica attraversa non è stato possibile costruire ancora molti nuovi edifici, gli stabilimenti adibiti all’esecuzione delle misure di sicurezza sono stati attrezzati in maniera perfetta, secondo le necessità del nuovo carattere degli istituti che vi sono alloggiati”. G. NOVELLI, *Il primo esperimento cit.*, p. 30.

²⁷ “Difficilissima è l’indagine sulle condizioni di pericolosità del soggetto quando l’opera di riadattamento attiene non a condizioni patologiche, ma al carattere morale dell’internato...lo stato di detenzione, che è senza dubbio esso stesso un mezzo efficacissimo di rieducazione, perché rende possibile l’applicazione di tutti gli altri mezzi senza i turbamenti, diretti e indiretti, della vita libera, mentre facilita il controllo sulle modificazioni e sulla condotta del detenuto, posto sotto la continua vigilanza dei preposti allo stabilimento, d’altra parte ha in sé gli elementi di deviazione del giudizio sull’effettivo e reale risultato dell’opera di riadattamento, sia perché produce in molti tale inibizione alle cattive tendenze da determinarli alla così detta buona condotta carceraria, e sia perché affina sempre l’arte, che già è sviluppatissima nei delinquenti e prevalente in alcune categorie di essi, di simulare o di dissimulare”. Tale problema trova soluzione nei mezzi messi a disposizione del giudice di sorveglianza: innanzitutto, egli può “concedere delle licenze agli internati, perché è sembrato un esperimento di grande valore quello di sottrarre temporaneamente il soggetto allo stato di detenzione per avere dalle attitudini di lui nella vita libera elementi di giudizio”; inoltre, il “direttore [dello stabilimento ha] l’obbligo di raccogliere minutamente alcune notizie, che debbono essere comunicate al giudice di sorveglianza”, notizie che vanno “dalla condotta generica, alla vita di relazione con le persone che gli sono vicine nello stato di detenzione – compagni, dirigenti, sorveglianti – e con le persone lontane – famiglia, parenti, amici, parte lesa –; dagli affetti e dalle loro manifestazioni esteriori alla disciplina della mente e del cuore; dall’economia personale al regime alimentare, all’esperimento della licenza e alle condizioni fisiche e psichiche”. G. NOVELLI, *Il primo esperimento cit.*, p. 38 ss.

²⁸ “L’internato non si rassegna alla misura di sicurezza perché non comprende, o non vuole comprendere, il rapporto tra la sua pericolosità e lo stato di detenzione al quale viene sottoposto. Il delinquente s’acqueta alla pena, che nella tradizione millenaria consacra ed afferma il rapporto tra il delitto e la punizione, e perciò diventa nelle carceri quasi sempre un buon detenuto, soprattutto quando la pena è di lunga durata; l’internato invece è irascibile, è pretenzioso, è violento: egli si sente vittima di una ingiustizia ed odia i dirigenti e tutti quelli che sono insieme a lui”. G. NOVELLI, *Il primo esperimento cit.*, p. 35.

²⁹ Da precisare che l’obiezione è mossa, principalmente, all’applicazione della colonia agricola o casa di lavoro, ma anche della casa di cura e di custodia e del manicomio giudiziario, perché anche per tali misure non può escludersi a priori il senso di afflittività e di ingiustizia percepito da chi non è imputabile o lo è solo parzialmente.

sicurezza, negli intenti esclusivamente rieducativi, tradisce il suo vero volto laddove i risultati sono conseguiti più sulla base dell'intimidazione che su quella della risocializzazione³⁰.

Questo "ufficiale" ottimismo, che pervade anche i sostenitori delle Scuole di pensiero classica e positiva – i quali cercano di dimostrare l'accoglimento dei rispettivi indirizzi – non è, però, condiviso da tutti e, in ogni caso, non è destinato a durare.

Possiamo riscontrare in dottrina un indirizzo critico-teorico al sistema del doppio binario, che si forma subito dopo l'emanazione del codice; vi è poi una critica di ordine pratico, corrispondente alle voci di protesta che si levano con il passare degli anni e denunciano un malfunzionamento del sistema; e, infine, una corrente di pensiero che prende piede con l'avvento della Costituzione e sottolinea il contrasto del sistema del doppio binario con i principi costituzionali.

Per quanto riguarda le critiche teoriche³¹, le proteste si sono concentrate, in particolare, sul vero e proprio doppio binario, cioè sui casi di applicazione congiunta delle due sanzioni ai soggetti imputabili o semi-imputabili e pericolosi.

Tra le voci più influenti va ricordata, innanzitutto, quella di Delitala. Correva l'anno 1935 quando l'illustre penalista, mentre da un lato riconosceva nel sistema un progresso, dall'altro criticava la scissione temporale delle valutazioni relative all'imputabilità e alla pericolosità, sottolineando l'irrazionalità del sistema che, alla contemporaneità dei presupposti di questi due *status*, faceva seguire l'applicazione temporalmente distinta del trattamento sanzionatorio. Tale irrazionalità dipenderebbe dalla circostanza che la pena non è più commisurata solo in relazione al reato, ma anche alla capacità a delinquere dell'autore, secondo quanto disposto dall'art. 133 c.p. Tuttavia, la valutazione della personalità all'interno della commisurazione della pena non importa che anche la pena abbia tra i suoi presupposti la pericolosità del colpevole:

³⁰ A parere di chi scrive, nessun rilievo ha l'osservazione di Novelli, per cui "i risultati restano importantissimi anche se viene riconosciuto che nel conseguimento di essi molto operò la intimidazione, perché gli istituti penali non possono pretendere di realizzare l'emenda morale dei delinquenti, ma debbono tenersi paghi di conseguite l'emenda giuridica, ossia l'abito a rispettare la legge" (G. NOVELLI, *Il primo esperimento cit.*, p. 47). Tale affermazione racchiude in sé il fallimento del sistema: la duplicazione di sanzioni penali, con diverse etichette, ma con i medesimi scopi.

³¹ Vengono riportate solo alcune delle critiche più autorevoli che furono mosse al codice penale, negli anni immediatamente successivi alla sua entrata in vigore, che propongono – in vario modo – l'unificazione del doppio binario.

“...nel sistema del codice, la pericolosità, lungi dal rappresentare il titolo per l’inflizione della pena, non ne costituisce, per così dire, che una semplice aggravante generica.”³².

Secondo l’Autore, quindi, andrebbe mantenuta la distinzione tra imputabili e non imputabili e, quindi, anche la distinzione tra pena – da infliggere ai primi – e misura di sicurezza – applicabile ai secondi. Il sistema entra in crisi, però, quando coesistono i presupposti sia della pena, sia della misura: alla contemporanea sussistenza di imputabilità e pericolosità non corrisponde un’applicazione concomitante delle conseguenze previste dall’ordinamento³³. Questa successione temporale andrebbe eliminata e viene proposta l’applicazione di un’unica sanzione (una “pena-misura”) per coloro che nel medesimo tempo siano ritenuti imputabili o semi-imputabili e pericolosi, con una “completa fusione dei due principi dell’imputabilità e della pericolosità”³⁴.

Altra significativa critica è quella di Antolisei, il quale, pur riconoscendo che “il nuovo Codice rappresenta un grande progresso nell’evoluzione del diritto penale”, vede nel sistema un compromesso transitorio, in vista della soluzione definitiva costituita da un sistema unitario, che riunisca in sé “i caratteri essenziali così delle pene che delle misure di sicurezza”³⁵. Il complicato sistema introdotto sarebbe, a parere di Antolisei, inaccettabile per vari ordini di motivi. Innanzitutto, la misura della colonia agricola e della casa di lavoro è, in fase esecutiva, sostanzialmente identica alla pena, con conseguente duplicazione di provvedimenti. Inoltre, appare inaccettabile l’applicazione congiunta di pena e casa di cura e di custodia o riformatorio giudiziario, rispettivamente per i maggiorenni semi-imputabili e per i minori imputabili³⁶. Infine, il codice attribuisce al Giudice di sorveglianza, per l’applicazione e la durata delle misure di

³² G. DELITALA, *Criteri direttivi del nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1935, p. 596.

³³ G. DELITALA, *Criteri direttivi cit.*, p. 598 s.: “quella scomposizione della psiche del delinquente in due momenti successivi e contrapposti è innaturale ed arbitraria; la successione temporale dei due trattamenti manifestamente inopportuna”.

³⁴ G. DELITALA, *Criteri direttivi cit.*, p. 599.

³⁵ F. ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza cit.*, p. 223 s.

³⁶ F. ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza cit.*, p. 226 s.: “Il sistema dualistico che il Codice Rocco ha applicato rigorosamente, escludendo ogni possibilità di sostituzione tra le pene e le misure di sicurezza...importa che anche in questi casi i due provvedimenti si tengano distinti e si applichino l’uno dopo l’altro. Il condannato prima sconta la pena e poi viene inviato in una casa di cura e di custodia o in un riformatorio. Ora a me pare evidente che il sottoporre una persona che si riconosce bisognosa di cura e di educazione, all’ordinario regime delle carceri può avere per effetto di peggiorarne le condizioni...ne deriva che l’applicazione della pena ha, o per lo meno può avere per conseguenza di aggravare quelle cause di pericolosità che poi la misura di sicurezza deve cercare di eliminare”.

sicurezza, poteri molto ampi, senza però tenere in conto che egli non ha piena conoscenza delle persone che andrà a giudicare e non ha a disposizione tempo sufficiente da dedicare ad una operazione così complessa.

Antolisei, dunque, avanza la proposta di unificare le due sanzioni, non però secondo il modello della Scuola positiva – che sosteneva la necessità di adottare un'unica sanzione la cui qualità e durata doveva essere rapportata alla pericolosità sociale del delinquente³⁷ – bensì delineando un sistema – per i soli casi di applicazione congiunta delle sanzioni – in cui, “in luogo della pena più la misura di sicurezza, dovrebbe essere adottata una sanzione unica avente lo scopo di rieducazione sociale, sanzione indeterminata nel massimo, e cioè destinata a cessare soltanto col venire meno della pericolosità del delinquente, ma con un minimo prestabilito che sia in ragione della gravità del delitto”³⁸. In tal modo, la sanzione – ferma la funzione retributiva – assolverebbe tanto agli scopi di prevenzione generale, quanto a quelli di prevenzione speciale.

Altro Autore che propone il superamento del dualismo è De Marsico, per il quale le intenzioni del legislatore sono lettera morta: la netta separazione tra pena e misura di sicurezza è una mera dichiarazione di intenti. Innanzitutto, dall'esame complessivo del sistema può dedursi che la pena non assolve una funzione esclusivamente retributiva, essendo concorrente una funzione di difesa sociale. Inoltre, la netta distinzione tra pena e misura di sicurezza viene scalfita nel momento in cui i criteri per la determinazione dei due provvedimenti coincidono: la pena deve essere determinata sulla base dei coefficienti indicati nell'art. 133 c.p., così come la misura di sicurezza, la cui entità dovrà essere rapportata sempre alla gravità del reato ed alla capacità a delinquere.

La critica, dunque, prende le mosse proprio dalla novità costituita dall'art. 133 c.p. che, includendo nella determinazione della pena anche la capacità a delinquere, avrebbe “rotto siffattamente la proporzione tra reato e pena” e “trasformato anche il significato

³⁷ F. ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza cit.*, p. 230 s. Il criterio della pericolosità sociale, invero, sarebbe da solo insufficiente nella determinazione della sanzione: “l'esistenza di una massa di delinquenti nei quali non è possibile ravvisare il requisito della pericolosità criminale, di per sé sola esclude che questo criterio possa essere assunto ad unico regolatore della sanzione repressiva e che possa accogliersi il principio che logicamente ne deriva: «nessuna pena senza pericolosità del soggetto»”. Inoltre: “il principio della pericolosità, considerato come unico criterio per la disciplina della repressione penale, toglie completamente alla pena carattere ammonitivo”.

³⁸ F. ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza cit.*, p. 235.

di sanzione”³⁹. Da ciò discenderebbe il fallimento della distinzione tra pena e misura di sicurezza: “è vero non già che la pena, come sanzione, si contrapponga alla misura di sicurezza, come misura che non è sanzione, ma che nel quadro delle sanzioni giuridiche, la misura di sicurezza «continua» la pena, ciò che incide anche sulla funzione e gli scopi della pena. Esse, allo stato attuale della nostra legislazione, non variano che per il diverso rapporto quantitativo in cui nell’una e nell’altra è rispettivamente il reato rispetto alla personalità dell’autore”⁴⁰. Ancora, lo Studioso giudica inutili i tentativi volti alla separazione del sistema delle pene da quello delle misure di sicurezza, posto “il legame di continuità che esiste fra i due gruppi di provvedimenti, il loro emanare dallo stesso fenomeno: il reato, e dall’identico scopo dell’ordinamento giuridico e sociale: la lotta contro il reato”⁴¹.

Dunque, “pene e misure di sicurezza sono due strade, tracciate dalla moderna coscienza giuridica, su un terreno comune, la lotta contro il delitto, verso uno stesso obiettivo, la difesa sociale, ciascuna con caratteristiche proprie ma con non pochi tratti, più che punti, di interferenza”⁴².

Il superamento del dualismo dovrebbe avvenire, secondo De Marsico, ponendo accanto all’imputabilità – definita la “base del diritto penale” – la pericolosità sociale, le quali

³⁹ A. DE MARSICO, *Diritto penale cit.*, p. 304. Si veda anche p. 308, in cui si evidenzia che il codice penale “prescrivendo che, nel determinare fra il minimo e il massimo la pena d’applicare in concreto, il giudice debba tener conto della capacità a delinquere del colpevole, desunta dalle circostanze di cui all’art. 133, e che di queste medesime circostanze debba tener conto per stabilire la pericolosità dell’agente e sottoporlo a misure di sicurezza (artt. 133, 222, ecc.), non si limita a stringere un nesso fra due misure ed un’unica personalità, né cade nell’errore di sottoporre i medesimi elementi di questa personalità ad una duplice sanzione; ma con la pena prepara, per i delinquenti pericolosi, la misura di sicurezza, e con la misura di sicurezza continua per essi, e sostituisce per i pericolosi non imputabili, la pena”.

⁴⁰ A. DE MARSICO, *Diritto penale cit.*, p. 304.

⁴¹ A. DE MARSICO, *Diritto penale cit.*, p. 309. Si veda anche A. DE MARSICO, *Delle Misure amministrative di sicurezza cit.*, p. 851 ss.: “se è vero che la retribuzione guarda al passato e poggia sulla giustizia, mentre con la cura della pericolosità si guarda al futuro e si poggia sull’utilità, [il codice] dà anche alla pena una portata preventiva e di utilità, e contemporaneamente dà anche alla misura di sicurezza una portata retributiva e di giustizia. Nel che continua a vibrare quell’intento di difesa sociale che pervade ormai, come abbiamo dimostrato, anche la pena, quale è disciplinata nel codice, e riduce di gran lunga la distanza fra essa e la misura di sicurezza”. Ancora, “fra gli scopi della pena, quando il reato non sia tale da far presumere l’impossibilità della rigenerazione, e da imporre quindi l’eliminazione fisica o sociale del colpevole, è anche l’emenda, intesa in senso non correzionalistico ma etico e sociale; anzi primeggia. È una difesa sociale – prevenzione generale e speciale – che si attua mediante l’emenda. D’altra parte si dimentica che, a sopprimere le sensazioni afflittive cui dà luogo l’esecuzione della misura di sicurezza nei soggetti, s’intende, che ne sono capaci, non basta porsi dal punto di vista dello scopo che si prefigge lo Stato, ma bisogna porsi da quello di chi le subisce e della generalità che le vede applicare”.

⁴² A. DE MARSICO, *Delle Misure amministrative di sicurezza cit.*, p. 854.

verrebbero non a sommarsi, bensì ad unirsi graduandosi diversamente a seconda della personalità del soggetto agente. Si verrebbero così a formare tre gruppi di soggetti, ad ognuno dei quali andrebbe applicata un'apposita sanzione: "l'uno, di coloro in cui imputabilità e pericolosità si equivalgono (potendo l'una e l'altra raggiungere un grado massimo, ad es., nei delinquenti abituali, professionali o per tendenza); un secondo, di coloro in cui la imputabilità è maggiore della pericolosità; un terzo, di coloro in cui la pericolosità è maggiore dell'imputabilità. Ora, per il primo, o si tratta di pene eliminatrici (perpetue), e queste bastano ai fini della difesa sociale, mentre a quelli dell'emenda, che devono essere perseguiti per alte ragioni etiche, provvederanno o particolari, eventualmente progressive modalità della pena; o potrà credersi, per ragioni di politica criminale, opportuno valersi solo di misure di sicurezza (perpetue), in cui particolari modalità di applicazione potranno del pari soddisfare le esigenze retributive; o potrà escogitarsi una sanzione da eseguirsi con modalità diverse per periodi successivi. Per il secondo gruppo, o la pena basterà anche a soddisfare le esigenze della rieducazione sociale del reo, o, per i casi di più accentuata pericolosità, si potrà aggiungere alla pena una misura di sicurezza. Per il terzo, in cui il più delle volte deve riconoscersi l'intervento della morbosa anomalia psichica, e sarà il gruppo più vasto, la misura di sicurezza assorbirà, per i bisogni preminenti della cura e della rieducazione del delinquente, anche gli scopi della pena, e la sostituirà"⁴³. In tal modo può sostituirsi "al sistema della duplicità un sistema in cui la fusione dei due sistemi di misure – riflesso del duplice oggetto del diritto penale: reato e stato antiggiuridico penale; e quindi del duplice elemento subiettivo valutabile dal diritto penale: imputabilità e pericolosità – trova la sua espressione nella eventuale sostituibilità"⁴⁴.

Dunque, tutti gli Autori esaminati – seppur sulla base di diverse argomentazioni – concordano nell'evidenziare l'anomalia di un sistema che prevede l'applicazione

⁴³ A. DE MARSICO, *Delle misure amministrative di sicurezza cit.*, p. 869 s.

⁴⁴ A. DE MARSICO, *Delle misure amministrative di sicurezza cit.*, p. 870. Critico nei confronti delle posizioni sostenute da Antolisei, De Marsico e Delitala è B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale cit.*, p. 317 ss., il quale rileva che "questi critici del sistema del codice, per dar fondamento alle loro obiezioni e proposte, pur non muovendosi nell'orbita positivista, sono in definitiva costretti a giungere del pari, secondo noi, a una sostanziale negazione della pena, e a dare poi il nome di pena a ciò che non ne presenta affatto la essenza propria e caratteristica". Ancora: "questi tentativi di unificazione, anche parziali, della misura di sicurezza con la pena (tutt'altro che nuovi, perché essi, in fondo, si ricollegano ai vecchi tentativi eclettici di assegnare alla pena altre funzioni, oltre quella del castigo) non giovano né alla pratica, né alla chiarezza del sistema".

congiunta di due sanzioni simili nei contenuti e nei fini, ad uno stesso soggetto e per un medesimo fatto.

La principale critica da sempre rivolta al sistema riguarda proprio l'applicazione congiunta di pena e misura di sicurezza. Posto che, nella sequenza temporale, la pena deve essere applicata per prima, vista la sua funzione di retribuzione, e la misura, per la sua finalità risocializzatrice, non può che essere applicata successivamente, si lamenta l'irrazionalità del sistema, che non permette ai destinatari di comprendere appieno i diversi scopi delle misure applicate, sulla base di una mera differenza di trattamento. L'addebito varrà, *a fortiori*, per i soggetti semi-imputabili, i quali necessitano prima di tutto di un trattamento adeguato alle loro condizioni psichiche⁴⁵.

E' vero che il codice permette la possibilità di invertire l'esecuzione delle due sanzioni, all'art. 220 c.p., "tenuto conto delle particolari condizioni d'infermità psichica del condannato", concedendo al giudice la possibilità di disporre il ricovero nella casa di cura e di custodia prima dell'espiazione della pena, ma si tratta di un'inversione metodologica che ha profili di eccezionalità⁴⁶.

In ogni caso, questa eventuale inversione nell'esecuzione della pena e della misura non è sufficiente a risolvere il problema. E' di tutta evidenza che la misura di sicurezza

⁴⁵ Così E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 135; A. MANNA, *Le misure di sicurezza cit.*, p. 351 s. Si veda anche A. A. CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore cit.*, p. 273 ss., il quale critica la doppia previsione sanzionatoria (pena e misura di sicurezza) per i semi-imputabili pericolosi, per la duplice qualificazione tipologico-soggettiva, irriducibile ad unità, attribuibile ad uno stesso soggetto. Nello stesso senso, altresì, E. ALTAVILLA, *Il delinquente e la legge penale cit.*, p. 449, il quale definisce una "stortura" l'espiazione che precede la cura per i semi-imputabili.

⁴⁶ Questa era anche l'intenzione del codificatore. Si veda A. ROCCO, *Lavori preparatori cit.*, p. 271: "circa il tempo, in cui debba essere eseguita detta misura di sicurezza [la casa di cura e di custodia], due opposti sistemi sono indicati dalla scienza. L'uno vorrebbe, cioè, far precedere, e l'altro, viceversa, far seguire l'applicazione della misura di sicurezza alla esecuzione della pena detentiva. Questo ultimo sistema è più largamente accolto nella legislazione e nei progetti stranieri, ed è giustificato dalla necessità d'impedire che la efficacia della pena sia annullata o diminuita, qualora essa venga scontata dopo un lungo periodo di esecuzione della misura di sicurezza. E anche il Progetto segue in massima tale sistema; conformandosi al principio che, di regola, la esecuzione della pena debba precedere quella della misura di sicurezza. Nondimeno, ho creduto temperare il rigore di tale principio, prevedendo il caso in cui le condizioni d'infermità siano tali, da non consentire la immediata esecuzione della pena e disponendo che, in tal caso, l'applicazione della misura di sicurezza abbia la precedenza, o anche s'interponga nella esecuzione della pena. Con tale sistema temperato, il Progetto mira ad impedire che l'esecuzione immediata della pena possa concorrere a determinare nel soggetto uno stato di completa demenza. L'indole e il grado della infermità psichica rappresentano gli indici concreti delle accennate condizioni, che non sono, in realtà, costanti ma eventuali. Cessato il motivo del provvedimento di eccezione, il provvedimento è revocato e la pena è eseguita; tuttavia, anche in questo caso, il Progetto dispone che il provvedimento stesso non è revocato, se non sia decorso il periodo minimo di durata stabilito dalla legge".

perde tutta la sua forza risocializzatrice se ad essa viene fatta seguire la pena: che senso potrà mai avere la rieducazione di un soggetto destinato al carcere?

Altro profilo problematico riguarda la durata della misura di sicurezza. Mentre la durata massima non è prevista dalla legge – per l'impossibilità di stabilire a priori la durata di uno stato personale qual è la pericolosità – quella minima è collegata alla pena edittale prevista per il reato commesso⁴⁷. Tralasciando la spinosa questione della durata collegata alla pena in astratto e non in concreto (nei casi in cui, ovviamente, il soggetto è dichiarato imputabile o parzialmente imputabile), che esula dalla presente ricerca, i limiti minimi di durata sono dichiaratamente stabiliti in considerazione della pericolosità sociale di alcuni soggetti⁴⁸.

Il ragionamento, però, mostra i primi segni di cedimento al momento stesso della formulazione: se la durata della misura è stata determinata tenendo conto del grado di pericolosità di alcuni soggetti, allora non ha alcun senso legarla al criterio astratto della gravità del reato, come se la pericolosità “trascendesse” dall'autore al tipo di illecito commesso. Inoltre, è quasi superfluo sottolineare – in quanto si tratta di un dato acquisito – che ad un reato particolarmente grave può corrispondere una pericolosità lieve o nessuna pericolosità e viceversa.

Dunque, la gravità del reato, quale indice di durata della misura e, conseguentemente della pericolosità, comporta inevitabilmente un allontanamento dalla reale pericolosità sociale del soggetto, cui la misura vuol porre rimedio⁴⁹.

Altre irragionevolezza rilevate dalla dottrina concernono le presunzioni di pericolosità (di cui si dirà oltre) e il potere di revoca della misura concesso al Ministro di grazia e

⁴⁷ Si ha una eccezione per l'assegnazione alla colonia agricola o casa di lavoro dei delinquenti abituali, professionali o per tendenza, in cui la durata è legata al loro stato di pericolosità.

⁴⁸ Si veda A. ROCCO, *Lavori preparatori cit.*, p. 256, in cui si afferma “la necessità di determinare un limite minimo, in quanto, avuto riguardo alla gravità dei casi, nei quali la misura di sicurezza è applicata e all'attività di contrasto da esercitare sui coefficienti di pericolosità, può ben presumersi che il provvedimento riuscirebbe inefficace, qualora venisse adottato per un tempo inferiore a dati limiti”. Ancora: “i limiti minimi di durata sono stabiliti in considerazione, non solo della particolare efficacia delle singole misure di sicurezza, ma, per talune di esse, anche della presumibile tenacia e del grado di pericolosità sociale delle persone condannate o prosciolte: così per il ricovero in un manicomio giudiziario o in una casa di cura e di custodia e per l'assegnazione a una colonia agricola o a una casa di lavoro”.

⁴⁹ Critico nei confronti dello “scollamento con la pericolosità nella determinazione della durata della misura e [del]l'uso del criterio della gravità del reato, quale indice sintomatico della pericolosità” è E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 137.

giustizia⁵⁰. Oltre a tutto ciò, con il passare del tempo si assiste ad una progressiva presa d'atto della fallacia del sistema, dal punto di vista della concreta esecuzione di alcune misure. Brevemente, la colonia agricola e la casa di lavoro si differenziano solo per il tipo di attività da svolgere (di tipo agricolo nella colonia, artigianale, invece, nella casa di lavoro). Si tratta di una distinzione puramente formale, che tradisce l'impostazione del legislatore del '30, cioè che la rieducazione del condannato dovesse passare (anche) attraverso il lavoro, una concezione del lavoro coatto che, tuttavia, non si è mai realizzata, poiché nell'esperienza italiana è mancato proprio il lavoro. Senza considerare il fatto che la misura in questione viene scontata in stabilimenti identici alle carceri e gli interessati subiscono il medesimo trattamento dei condannati: il soggetto cui è stata applicata cumulativamente la pena e la misura in questione rimarrà, di fatto, in carcere a tempo indeterminato, fino a che il suo *status* di soggetto pericoloso non verrà meno (o comunque non si attenuerà, permettendo la trasformazione in altra misura)⁵¹.

Circa la casa di cura e di custodia, si sottolinea la sua inesistenza nella realtà: i soggetti a cui è applicata, infatti, vengono rinchiusi in una sezione del manicomio giudiziario. Per quanto riguarda le critiche a quest'ultima misura, invece, di cui si parlerà approfonditamente oltre nel capitolo ad essa dedicato, basta accennare alle denunce delle condizioni degli internati, talmente “barbare” e scioccanti da portare ad una complessiva riforma del sistema, avvenuta – purtroppo – solo in tempi recentissimi. Infine, circa il riformatorio giudiziario, si è assistito alla progressiva decadenza di tale istituto (trasformato nel collocamento in comunità), dovuta all'assenza di metodi educativi idonei alla correzione e formazione della personalità del minore⁵².

Alle critiche indicate se ne aggiungono altre che hanno quale punto di partenza le norme costituzionali in tema di misure di sicurezza.

⁵⁰ Si veda E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 139 s.

⁵¹ G. GRASSO, *Pre-art. 199 cit.*, p. 426; A. MANNA, *Le misure di sicurezza cit.*, p. 351 s.

⁵² Per una puntuale analisi delle critiche connesse al malfunzionamento delle misure di sicurezza detentive, si veda E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 143 ss. Per una critica alle misure di sicurezza personali non detentive e patrimoniali, si veda, invece, A. MANNA, *Le misure di sicurezza cit.*, p. 351 s.

3) LE PREVISIONI COSTITUZIONALI IN MATERIA DI MISURE DI SICUREZZA E L'IMPATTO SUL SISTEMA CODICISTICO

Come precisato nel paragrafo precedente, se l'innovazione legislativa non riscontrò i favori della maggioranza della letteratura penalistica negli anni immediatamente successivi al codice, l'entrata in vigore della Carta fondamentale portò ad una nuova riflessione critica sul ruolo della misura di sicurezza e sul suo rapporto con la pena, tanto che da anni, complice un endemico malfunzionamento, ci si interroga sulla possibilità di modificare il sistema del "doppio binario".

Il punto di partenza della riflessione è costituito dall'art. 25, comma 3, Cost., che consacra il principio di legalità con riguardo alle misure di sicurezza, sancendo che: "nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge"⁵³.

Tale norma è stata in un primo tempo interpretata come recezione, a livello costituzionale, del sistema del doppio binario, cioè l'art. 25 Cost. avrebbe vincolato il legislatore ordinario alla distinta previsione delle pene e delle misure di sicurezza⁵⁴. Si tratta di una chiave di lettura che "costituzionalizza" il doppio binario e fornisce, in tal modo, una legittimazione democratica al sistema delineato nel codice penale.

A ciò si è obiettato che, così ragionando, si effettua un'arbitraria inversione metodologica, cioè si interpreta la Costituzione alla luce della legislazione ordinaria, laddove, in realtà, l'interpretazione dovrebbe seguire il procedimento esattamente contrario: i principi costituzionali servono per l'interpretazione delle leggi ordinarie e

⁵³ Per un approfondito esame dei lavori preparatori della Costituente sulla formulazione dell'art. 25, comma 3, si veda, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale, volume I, Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, p. 396 ss.

⁵⁴ Nel senso della costituzionalizzazione del doppio binario, tra gli altri, V. ACCATTATIS – L. DE MARCO, *Il sistema penale del doppio binario*, in *Quale giust.*, 1971, p. 475 ss.; G. BETTIOL, *I problemi di fondo delle misure di sicurezza*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza. Convegno di diritto penale – Bressanone 1961*, Padova, 1962, p. 6 ss.; I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 157 ss.; A. MOLARI, *Il problema dell'unificazione delle pene e delle misure di sicurezza nella Costituzione italiana*, in *Sul problema della rieducazione del condannato. II° Convegno di diritto penale – Bressanone 1963*, Padova, 1964, p. 164 ss. Si veda anche G. AZZALI, *Osservazioni in ordine all'art. 27 della Costituzione considerato sul piano del diritto positivo*, in *Sul problema della rieducazione del condannato. II° Convegno di diritto penale – Bressanone 1963*, Padova, 1964, p. 219 ss., per il quale l'art. 25 Cost. recepisce il sistema sanzionatorio proprio del codice, ma il dualismo può essere superato attraverso la previsione di cui all'art. 27 Cost., che – ponendo accanto al fine retributivo della pena una nuova finalità rieducativa – getta le basi per la riunione di pena e misura di sicurezza in un'unica sanzione.

debbono essere essi stessi interpretati nel quadro dei valori di fondo della Costituzione⁵⁵. Dunque, non imposizione costituzionale del sistema del doppio binario, ma semplice riconoscimento della legittimità costituzionale del sistema codicistico ed affermazione della legalità con riferimento a tutte le risposte sanzionatorie approntate dall'ordinamento. L'unica funzione assolta dall'art. 25, 3° comma, Cost. è quella di garantire il rispetto del principio di legalità anche nei confronti della sanzione costituita dalla misura di sicurezza, così come il 2° comma garantisce il medesimo principio rispetto alla pena⁵⁶.

Dalla mancata costituzionalizzazione del sistema del doppio binario deriva che il legislatore non è vincolato a mantenere nel sistema sanzionatorio la misura di sicurezza⁵⁷.

La chiave di lettura del 3° comma dell'art. 25 Cost. si baserebbe, invero, proprio sulla negazione della costituzionalizzazione del doppio binario. In base a tale punto di vista, posto che la misura di sicurezza fa riferimento a settori diversi da quelli coperti dalla pena, dal raccordo tra la norma in commento e altri principi costituzionali – quali, in particolare, quello di tutela della dignità dell'uomo, di sviluppo della sua personalità, di rispetto della libertà individuale, di solidarietà, di umanità e rieducazione, di tutela del lavoro, l'obbligo di protezione dell'infanzia e della gioventù – deriva che la misura di sicurezza, nell'ottica costituzionale, non può essere né repressiva né emarginativa, ma deve rieducare, rispettare la dignità umana, consistere in trattamenti conformi al senso

⁵⁵ Così, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale cit.*, p. 398 s.; ID., *Costituzione e misure di sicurezza cit.*, p. 39 s.; G. CERQUETTI, *Riflessioni sulla pericolosità sociale come presupposto delle misure di sicurezza nella Costituzione*, in *Arch. pen.*, 1983, p. 456 ss.; A. GARGANI, *Misure di sicurezza cit.*, p. 466 s.; G. GRASSO, *Pre-art. 199 cit.*, p. 427; M. MONTEVERDE – F. ZAVATARELLI, sub *art. 199*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini – G. Marinucci, Milano, 2011, p. 2176; E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 227; P. VENEZIANI, *Le misure di sicurezza: profili generali cit.*, p. 391.

⁵⁶ Rileva un'apparente somiglianza tra la norma dell'art. 25, comma 3, Cost. e l'art. 23 Cost. (che sancisce il principio di legalità delle sanzioni civili e amministrative) A. MANNA, *Le misure di sicurezza cit.*, p. 368. L'Autore, tuttavia, precisa che l'impressione, dovuta al fatto che il legislatore del '30 qualificava come amministrative le misure di sicurezza, è errata, dal momento che anche tali misure rientrano nel catalogo delle sanzioni penali, dunque anche per esse non può non valere il principio di stretta legalità, di cui all'art. 25, commi 2 e 3, Cost. Sulla distinzione tra la legalità di cui all'art. 23 e quella di cui all'art. 25 Cost., si veda F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Scritti di diritto penale, vol. I, Dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio, Tomo II, Dal 1973 al 1993*, Milano, 1997, p. 1273 ss.

⁵⁷ Si veda, G. GRASSO, *Pre-art. 199 cit.*, p. 427, per il quale “nel sistema costituzionale italiano non può ritenersi di per sé illegittima una reazione al reato che abbia anche una finalità preventiva e che sia fondata sulla pericolosità”, cioè sarebbe, ad esempio, ammesso un sistema di misure terapeutiche ed educative applicabili ai non imputabili autori di reato, al di fuori del diritto penale.

di umanità ed eliminare gli ostacoli alla realizzazione sociale della persona. Dunque, lo spazio “penalistico” della misura diventa marginale, potendo intervenire per realizzare tali istanze, senza invadere il campo d’azione della pena, cioè solo per fatti di reato commessi da soggetti non imputabili⁵⁸.

Nell’esame della norma in commento ci si è soffermati sull’impiego della locuzione “casi previsti dalla legge”, in luogo di quella più specifica “fatti di reato”. Ciò può essere spiegato tenendo a mente che il reato è solo uno dei presupposti che danno luogo all’applicazione della misura di sicurezza, con due conseguenze: anzitutto, tale requisito non costituisce più sintomo o indizio di pericolosità sociale – come intendevano i compilatori – ma elemento fondamentale per l’applicazione della misura; inoltre, non è ammessa l’introduzione di misure collegate alla pericolosità del soggetto che non abbiano quale presupposto la commissione di un reato⁵⁹. Il Costituente, cioè, ha voluto indicare che spetta al legislatore il compito di fissare il tipo di reati a cui ricollegare il giudizio di pericolosità, nonché la determinazione dei criteri di tale giudizio⁶⁰.

L’esistenza del principio di legalità in tema di misure di sicurezza, come precisato dalla Corte costituzionale, determina la necessità di una “completa, tassativa e non equivoca previsione legislativa”, che stabilisca i casi in cui esse possono essere applicate⁶¹.

Dall’art. 25, comma 3, Cost. possono facilmente ricavarsi due fondamentali corollari del principio di legalità, ovvero la riserva di legge e la tassatività (per il profilo dell’irretroattività, invece, si veda il paragrafo successivo). Ed è proprio alla luce di norma costituzionale che deve essere letto l’art. 199 c.p., che introduce i medesimi principi nella legislazione ordinaria, stabilendo che: “nessuno può essere sottoposto a

⁵⁸ E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 275 ss.

⁵⁹ G. GRASSO, sub art. 199, in *Commentario sistematico del codice penale, III, Art. 150-240*, a cura di M. Romano – G. Grasso – T. Padovani, Milano, 2011, p. 452. Si veda anche E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 279, per il quale dall’espressione in commento deriverebbe una limitata sfera di applicabilità della misura di sicurezza, precisamente ai soli casi in cui non può essere applicata la pena, ovvero per i soggetti non imputabili. *Contra*, G. CERQUETTI, *Riflessioni sulla pericolosità sociale cit.*, p. 484 ss., per il quale la formula “casi previsti dalla legge”, di cui all’art. 25, comma 3, Cost., comporta solo la riserva assoluta di legge, la tassatività e la determinatezza della fattispecie, non, invece, la necessità di una limitata sfera di operatività della misura di sicurezza.

⁶⁰ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale cit.*, p. 405 ss.

⁶¹ Così Corte cost., sent. n. 157 del 1972, in www.cortecostituzionale.it

misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti”⁶².

Premesso che il principio di legalità subisce, con riferimento alle misure di sicurezza, un adattamento (*rectius*: un’attenuazione) che si ripercuote sui corollari⁶³, secondo la Corte costituzionale, dall’affermazione di tale principio deriva “l’esigenza di una determinazione legale sufficientemente precisa dei presupposti delle misure di sicurezza”⁶⁴.

La riserva di legge comporta la configurazione da parte del legislatore delle singole misure e dei requisiti per applicarle, rimanendo escluso un possibile intervento del potere esecutivo.

Tuttavia, mentre per alcuni il principio si atteggia allo stesso modo con riguardo alle pene e alle misure⁶⁵, per altri, invece, subisce un’attenuazione con riguardo a quest’ultime. Per sostenere ciò, ci si basa sul confronto tra il secondo e il terzo comma dell’art. 25 Cost.: mentre per la pena, il secondo comma richiede una compiuta regolamentazione legislativa sia per il fatto di reato che per la conseguenza sanzionatoria, il terzo comma stabilisce che solo i “casi” devono essere predeterminati dal legislatore, non essendo richiesto altrettanto per la conseguenza sanzionatoria, cioè per la misura di sicurezza. Ne deriva che, mentre per le pene si è potuto sostenere che il legislatore fosse vincolato alla determinazione della durata, ugualmente non può dirsi per le misure di sicurezza, la cui durata relativamente indeterminata non si pone in contrasto con la Costituzione⁶⁶.

⁶² Si veda, A. ROCCO, *Lavori preparatori cit.*, p. 251: “la gravità dei provvedimenti amministrativi di prevenzione della delinquenza richiede, anzitutto, nell’interesse non soltanto dell’individuo ma anche e principalmente dello Stato, l’affermazione del principio di legalità. Tale principio importa che ogni attività di sicurezza debba trovare nella legge il suo concreto riconoscimento e la sua misura: in guisa che debba la legge determinare la specie di misure di sicurezza applicabili e debba, altresì, la legge tassativamente fissare i casi, nei quali tali provvedimenti debbano o possano essere adottati”. Per un raffronto tra la formula contenuta nell’art. 25, comma 3, Cost. e quella di cui all’art. 199, si veda F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale cit.*, p. 413 ss.

⁶³ F. MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, p. 850; P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione cit.*, p. 169 ss.

⁶⁴ Così Corte cost., sent. n. 139 del 1982, in www.cortecostituzionale.it

⁶⁵ Così F. BRICOLA, *Il II e il III comma dell’art. 25*, in *Commentario alla Costituzione. Rapporti civili, art. 24-26*, a cura di G. Branca, Bologna. 1981, p. 305; ID., *La discrezionalità nel diritto penale cit.*, p. 402 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, p. 850

⁶⁶ G. GRASSO, *sub art. 199 cit.*, p. 454; M. MONTEVERDE – F. ZAVATARELLI, *sub art. 199 cit.*, p. 2179; P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione cit.*, p. 171 ss. Fa discendere, invece, la legittimità della mancata previsione di termini massimi della misura, dal principio di tassatività, in particolare, dall’omessa

Per quanto concerne il principio di tassatività-determinatezza, è stata la stessa Corte costituzionale, come precisato sopra, a richiedere una sufficiente precisione dei presupposti applicativi delle misure. Dalla previsione della tassatività delle misure di sicurezza discende, quale corollario, il divieto di analogia, cioè l'art. 25, comma 3, Cost. impone un duplice vincolo: il legislatore deve determinare i presupposti e i tipi di misure di sicurezza; il giudice deve applicare solo le misure espressamente previste dalla legge.

Cionondimeno, il principio risulta necessariamente attenuato proprio in base alle caratteristiche dei presupposti applicativi, posto che la pericolosità sociale è il risultato di un giudizio prognostico sul futuro comportamento dell'autore di reato. Il tasso di indeterminatezza, intrinseco in ogni giudizio probabilistico, dipende in larga parte dalla mancata previsione, da parte del legislatore, di elementi sintomatici della probabile commissione di futuri reati, sui quali basarsi per formulare il giudizio di pericolosità⁶⁷. Si afferma, cioè il mancato rispetto del canone di determinatezza, poiché il legislatore non ha configurato espresse fattispecie di pericolosità, limitandosi ad un generico richiamo all'art. 133 c.p., nella descrizione dei presupposti applicativi delle misure⁶⁸.

Altri principi costituzionali che incidono sul sistema di sicurezza sono quelli sanciti ai commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost., che prevedono, rispettivamente, la personalità della responsabilità penale e la finalità rieducativa della pena⁶⁹.

menzione della locuzione “espressamente” nel testo dell'art. 25, comma 3, Cost., F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale cit.*, p. 414.

⁶⁷ F. MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, p. 851 s.; M. MONTEVERDE – F. ZAVATARELLI, sub *art. 199 cit.*, p. 2178. Si veda anche F. BRICOLA, *Il II e il III comma dell'art. 25 cit.*, p. 305, il quale sottolinea che l'esigenza della tassatività sarebbe maggiormente appagata dalle presunzioni di pericolosità.

⁶⁸ Così, P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione cit.*, p. 175 ss., il quale sottolinea la necessità di introdurre una fattispecie soggettiva di pericolosità (definita come il “possesso di qualità indizianti di futura recidiva”), caratterizzata biopsichicamente, attraverso una modifica dell'art. 133 c.p., contenente criteri eterogeni, generici ed equivoci, in modo da destinarlo unicamente alla formulazione del giudizio di pericolosità. Dalla definizione della pericolosità attraverso il rinvio operato dall'art. 204 c.p. all'art. 133 c.p., deriverebbe il mancato rispetto del principio di legalità, anche se ciò non comporta automaticamente l'incostituzionalità dell'art. 204 c.p., che sarebbe “salvato” dalla previsione di cui all'art. 27 Cost. Nello stesso senso, G. BETTIOL, *I problemi di fondo delle misure di sicurezza cit.*, p. 16. Critico, invece, nei confronti della proposta di Nuvolone è E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 184: secondo l'Autore, sarebbe inaccettabile individuare le cause della criminalità in fattori bio-psichici, i quali confluiscono poi nella determinazione della fattispecie soggettiva di pericolosità.

⁶⁹ Per una diversa ricostruzione delle disposizioni costituzionali sulle misure in commento, si veda I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 45 ss.; ID., *Premesse allo studio della disciplina costituzionale delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 525 ss. L'Autore sostiene l'insufficienza degli artt. 25, comma 3 e 27 Cost. a disciplinare la materia, con conseguente allargamento della prospettiva di indagine: posto che si tratterebbe di norme che disciplinano

Per quanto riguarda la rieducazione, bisogna premettere brevemente che non vi è uniformità di vedute in dottrina sul significato da attribuire a tale finalità. Infatti, secondo alcuni, la pena assume una funzione di prevenzione speciale, che si affianca a quella generale⁷⁰; per altri, invece, riconosciuto il primato teorico e ideologico della retribuzione, quale scopo principale della pena, la rieducazione sarebbe relegata alla sola fase esecutiva della stessa⁷¹; secondo altra interpretazione ancora, esso imporrebbe alla struttura complessiva del sistema sanzionatorio una direzione precisa, consistente nella rieducazione del condannato⁷².

esclusivamente la materia della giurisdizione, è necessario orientare la ricerca sulle norme concernenti i rapporti civili. Da ciò deriva che, nonostante la genericità della previsione di cui all'art. 25, comma 3, Cost., è possibile trarre dalla Costituzione indicazioni circa il contenuto delle misure di sicurezza, attraverso l'art. 13 Cost., il quale, parlando di "detenzione", legittimerebbe l'ingresso nell'ordinamento di misure consistenti in una restrizione della libertà personale del sottoposto (come previsto nel codice penale). In posizione critica rispetto a tale opinione, E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 230 ss.; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale cit.*, p. 399 s.

⁷⁰ Così, ad esempio, E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 242 ss., il quale, rilevata l'insufficienza della sola prevenzione speciale nella giustificazione della pena – per tutti i casi in cui quest'ultima non ha contenuto risocializzatore – e ritenuta incompatibile con la Costituzione una concezione retributiva, giustifica la pena in un'ottica di prevenzione generale, che si pone in rapporto dialettico con la prevenzione speciale: "l'una funziona prevalentemente da fondamento, l'altra da scopo della pena, la giustificazione della pena risiede dunque in una sintesi tra la prevenzione generale e la prevenzione speciale...la sintesi di quelle due funzioni infatti si esprime privilegiando nel momento della minaccia la prevenzione generale e nel momento dell'esecuzione la prevenzione speciale, del tutto in armonia con il dettato costituzionale dell'art. 27 comma 3°". Inoltre, viene offerta una lettura della finalità rieducativa della pena alla luce del principio di umanità sancito nella prima parte del comma 1, dell'art. 27 Cost. Infatti, il principio di umanità si porrebbe quale limite alla risocializzazione: "poiché l'esigenza della risocializzazione può presupporre una complessa e delicata ricerca della mancata risocializzazione e poiché tale ricerca può implicare una analisi profonda delle strutture psichiche del reo, può accadere che una simile attività rischi di pregiudicare la stessa vita psichica del soggetto. Allora il principio di umanità viene a tracciare dei confini ben precisi, ponendo dei limiti che, se sono variamente motivabili, spiegano anche perché la risocializzazione non possa essere intesa come il risultato obbligatorio della pena ma soltanto una meta, un obiettivo cui l'ordinamento deve «tendere», non imporre". Una lettura diversa del principio di umanità viene fornita, invece da A. MOLARI, *Il problema dell'unificazione cit.*, p. 170, per il quale una funzione essenzialmente rieducativa esclude, di per sé, trattamenti contrari al senso di umanità, senza bisogno di previsioni espresse.

⁷¹ In tal senso, G. BETTIOL, *I problemi di fondo delle misure di sicurezza cit.*, p. 7 s., per il quale se "il criterio della prevenzione speciale dovesse considerarsi determinante per la nozione stessa della pena, ogni differenziazione ontologica tra pena e misura finirebbe prima o dopo per scomparire...così introducendo un sistema monistico che non è quello del codice e della Costituzione italiana". Così anche, A. MOLARI, *Il problema dell'unificazione cit.*, p. 166.

⁷² Così, G. GRASSO, *Pre-art. 199 cit.*, p. 428. In posizione diversa da quelle enunciate, si veda I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 95 ss., per il quale il principio rieducativo andrebbe limitato alla pena, "entro i limiti logici del rapporto condanna-riadattamento sociale del sociale", mentre il silenzio della Costituzione sul punto, in relazione alle misure di sicurezza, andrebbe interpretato nel senso che queste ultime possono non avere un fine rieducativo (anche se tale finalità non è intrinsecamente estranea alla loro natura), come avviene, ad esempio, nel caso degli infermi totali di mente inguaribili, per i quali il provvedimento è volto alla difesa della società dalla situazione di pericolo creata da tali persone, nei cui confronti non è possibile pensare al riadattamento o alla cura. Per una approfondita analisi della norma in commento, si veda G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in

La Corte costituzionale, d'altro canto, ha negato la diretta efficacia della norma in punto di misure di sicurezza. Aderendo ad una concezione polifunzionale della pena – che assolverebbe contemporaneamente a scopi afflittivo-retributivi, generalpreventivi e specialpreventivi – secondo la Consulta l'art. 27, comma 3, Cost. farebbe riferimento solo alla pena, e non alle misure di sicurezza, proprio perché esse tendono, per natura, ad un risultato che eguaglia quella rieducazione cui deve mirare la pena⁷³. La Corte, dunque, è riuscita in tal modo ad eludere un controllo di conformità all'art. 27, comma 3, Cost. delle singole misure.⁷⁴

In ogni caso, il perseguimento del finalismo rieducativo della pena elimina, o perlomeno attenua notevolmente, la differenza tra le pene e le misure di sicurezza sotto il profilo degli scopi. Inoltre, se si considera che – come precisato – anche alle misure di sicurezza non è estranea una funzione di prevenzione generale, emerge una sostanziale identità di scopi – prevenzione generale e speciale – tra pene e misure di sicurezza.

Ciò porta ad una “delegittimazione del sistema dualistico”⁷⁵, poiché viene meno ogni esigenza che comporti il trasferimento delle istanze specialpreventive dalla pena alla misura di sicurezza, sanzioni accomunate negli scopi, in quanto tendono entrambe alla rieducazione del condannato. Ne consegue che la misura di sicurezza, nel sistema

Commentario alla Costituzione. Rapporti civili, artt. 27-28, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna, 1991, p. 222 ss. Esamina, invece, in maniera approfondita la crisi attuale in cui versa il finalismo rieducativo della pena, M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario cit.*, p. 21 ss.

⁷³ Così, tra le tante, Corte cost., sent. n. 78 del 1977; Corte cost., sent. n. 19 del 1974; Corte cost., sent. n. 168 del 1972; Corte cost. sent. n. 1 del 1971; Corte cost. sent. n. 68 del 1967, tutte in www.cortecostituzionale.it. Si discosta parzialmente dalla tesi della natura intrinsecamente rieducativa della misura di sicurezza la sentenza n. 24 del 1979, in www.cortecostituzionale.it, in cui la Consulta, affrontando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 576, comma 3, c.p.p., nella parte in cui non prevede – diversamente di quanto accade per il condannato a pena e misura di sicurezza – che l'esecuzione della sentenza di proscioglimento, applicativa del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, sia sospesa fino all'irrevocabilità della stessa, afferma che “le misure di sicurezza si differenziano ontologicamente dalle pene per la diversità della natura e delle finalità: esecutive e precauzionali le prime, rieducative e retributive le seconde”. Per una puntuale ricostruzione dell'interpretazione dell'art. 27, comma 3, Cost., da parte della Corte costituzionale, si veda G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27 cit.*, p. 330 ss.; R. PASELLA, *Osservazioni sugli orientamenti della Corte costituzionale in tema di funzioni della pena*, in *Indice pen.*, 1977, p. 311 ss.

⁷⁴ In senso critico, si veda A. MANNA, *Le misure di sicurezza cit.*, p. 349, che parla di “comodo escamotage”, cui è ricorso sempre la Corte, la quale, anche nei casi in cui ha accolto talune eccezioni di legittimità costituzionale, lo ha fatto utilizzando parametri diversi da quello rieducativo (ad esempio facendo riferimento all'art. 3 Cost.). Per un'analisi delle pronunce di incostituzionalità delle norme sulle misure di sicurezza, si veda il capitolo successivo.

⁷⁵ L'espressione è di G. GRASSO, *Pre-art. 199 cit.*, p. 428.

costituzionale, è destinata a coprire gli spazi lasciati vuoti dalla pena⁷⁶, *ergo*: il sistema sanzionatorio sancito in Costituzione è essenzialmente monistico.

Aderendo a questa linea ermeneutica, il doppio binario non avrebbe più ragion d'essere: non sarebbe ammissibile l'applicazione congiunta e successiva di pene e misure di sicurezza nei confronti di uno stesso soggetto.

La conclusione cui si è pervenuti dal raffronto tra funzioni della pena e della misura di sicurezza è ulteriormente rafforzata da una riflessione complessiva che coinvolge gli altri principi costituzionali rilevanti in materia.

Si è detto che assume rilievo altresì l'art. 27, primo comma, Cost., che stabilisce un principio fondamentale del nostro ordinamento penale: quello di personalità della responsabilità penale. Secondo l'interpretazione oggi accolta, è richiesta una particolare compenetrazione tra il fatto e l'autore, cioè responsabilità personale significa responsabilità per fatto proprio colpevole⁷⁷.

Ai fini che qui interessano, dato che le misure di sicurezza sono a tutti gli effetti sanzioni penali, il principio in oggetto deve essere esteso anche a queste, dunque l'applicazione della misura deve essere sempre legata alle concrete caratteristiche soggettive del reo⁷⁸. Si può, però, spingere oltre il ragionamento e richiedere rispetto ad esse l'applicazione del principio di colpevolezza?

Premesso che il discorso non coinvolge i soggetti non imputabili⁷⁹, una delle ragioni a sostegno dell'attuale validità del doppio binario è quella per cui la pena, ancorata alla colpevolezza, non costituisce una reazione adeguata alla pericolosità dell'autore del reato e alle esigenze di prevenzione speciale. Tale affermazione, però, non tiene in considerazione la circostanza che, per gli imputabili pericolosi, la misura di sicurezza detentiva presenta le stesse finalità della pena, oltre che un contenuto simile a questa (come precisato nel paragrafo 2.1); dunque, essa appare inaccettabile, poiché non

⁷⁶ In tal senso, G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27 cit.*, p. 321 ss.; G. GRASSO, *Pre-art. 199 cit.*, p. 429; A. MANNA, *Le misure di sicurezza cit.*, p. 341; E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 272.

⁷⁷ Interpretazione consacrata nella storica sentenza della Corte costituzionale, n. 364 del 1988. Si veda, G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27 cit.*, p. 254.

⁷⁸ Così G. GRASSO, *Pre-art. 199 cit.*, p. 430. Si veda anche F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale cit.*, p. 353 ss.

⁷⁹ Infatti, secondo la concezione normativa di colpevolezza oggi accolta, l'imputabilità è presupposto della colpevolezza.

fornisce adeguata spiegazione del motivo per cui le esigenze preventive, parzialmente perseguibili dalla pena ancorata alla colpevolezza, potrebbero essere perseguite senza questo limite con la misura di sicurezza, che presenta finalità e contenuto identici alla pena⁸⁰.

In conclusione, dal complesso dei principi costituzionali possiamo dedurre che la misura di sicurezza, la cui disciplina è informata al principio di legalità, deve rieducare rispettando la dignità dell'uomo e deve consistere in trattamenti conformi al senso di umanità. Tuttavia, consistendo in un trattamento sanzionatorio non proporzionato al fatto e alla colpevolezza, si pone in insanabile contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale, consacrato nell'art. 27, comma 1, Cost.

Inoltre, vista l'identità di scopi e di contenuto delle pene e delle misure in discussione, la disciplina si pone in contrasto anche con l'art. 25, commi 2 e 3, Cost. che, nel distinguere le due sanzioni, non consente un'arbitraria sovrapposizione delle stesse⁸¹.

3.1) IL PROBLEMA DELLA (IR)RETROATTIVITÀ DELLE MISURE DI SICUREZZA.

Un profilo problematico, oggetto di vivace discussione, è quello che riguarda l'applicabilità delle misure di sicurezza nel tempo.

L'art. 200 c.p. dispone al primo comma che le misure di sicurezza sono disciplinate dalla legge in vigore nel momento in cui ricevono applicazione e, prosegue il secondo comma, se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura è diversa da quella precedente, si applica la legge in vigore al tempo dell'esecuzione.

Nell'impostazione originaria del codice, le misure di sicurezza possono essere applicate retroattivamente e, nel caso in cui intervenga una modifica nella regolamentazione, si

⁸⁰ Così G. GRASSO, *Pre-art. 199 cit.*, p. 431. Per una diversa prospettiva dei rapporti tra colpevolezza e misura di sicurezza, si veda E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 258 ss., per cui all'interno della colpevolezza (per il fatto singolo) trovano posto gli elementi della personalità dell'autore che si riflettono nel fatto e che consentono la formulazione del giudizio di pericolosità sociale.

⁸¹ Si veda G. BETTIOL, *I problemi di fondo delle misure di sicurezza cit.*, p. 17, il quale afferma la sostanziale incompatibilità della misura di sicurezza con i principi dello Stato di diritto: se la compromissione della garanzia della certezza, quale risvolto della legalità, può essere tollerata per i soggetti non imputabili, per l'impossibilità di applicare a questi la pena, diventa inaccettabile per i soggetti imputabili, poiché si sacrifica il singolo in nome di istanze di difesa sociale.

applica la legge vigente al tempo dell'esecuzione, prevalente sia sulla disciplina vigente al momento della commissione del fatto, che su quella operante al momento dell'applicazione della misura stessa.

Ciò è perfettamente in linea con la filosofia di fondo delle misure *de quibus*. Infatti, bisogna tenere a mente che tali sanzioni si collegano allo stato di pericolosità dell'autore, e non al reato, considerato mero sintomo della pericolosità stessa. Quest'ultima deve essere valutata avendo riguardo al momento in cui il giudice applica la misura in sentenza, che deve essere quella più idonea a fronteggiare l'attuale pericolosità del soggetto, nei limiti delle leggi vigenti⁸². Il rilievo attribuito alla pericolosità sociale comporta una particolare attenzione al momento dell'esecuzione della misura, spesso cronologicamente distante da quello applicativo: secondo il legislatore, è all'esecuzione che bisogna guardare, nel caso in cui la legge in vigore in tale momento sia diversa da quella vigente all'epoca in cui la misura è stata applicata.

Si legge nei Lavori preparatori del codice penale che “date le finalità e l'indole delle misure di sicurezza, profondamente diverse da quelle inerenti alla pena, si afferma che la legge applicabile in materia non è già, come per il reato, quella vigente al tempo in cui fu commesso il fatto, bensì quella che vige nel momento in cui il giudice provvede nei riguardi della persona pericolosa, ossia la legge in vigore al tempo dell'applicazione della misura; chè, se la legge suddetta venga modificata o abrogata quando il provvedimento debba essere eseguito o sia in corso di esecuzione, essa cede di fronte alla legge nuova”⁸³.

Il principio trova conferma nell'art. 55 disp. coord. trans. c.p., che ha disposto l'applicazione delle misure previste nel codice ai soggetti condannati dopo la sua entrata in vigore, per fatti commessi anteriormente.

Dunque, l'art. 200 c.p. – ritenuto costituzionalmente legittimo dalla Consulta⁸⁴ – sancisce la retroattività della disciplina delle misure di sicurezza.

⁸² Si veda, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano cit.*, p. 240: “le misure di sicurezza...non concretano alcuna responsabilità per un determinato reato, e non sono ispirate al criterio della necessità, bensì a quello della utilità. Esse si oppongono alla pericolosità sociale con quei mezzi che sono ritenuti più convenienti in un determinato momento, ed è quindi conforme a ragione che tali mezzi vengano posti in opera nel momento in cui occorre provvedere, indipendentemente da ogni altra considerazione”.

⁸³ A. ROCCO, *Lavori preparatori cit.*, p. 251 s.

⁸⁴ Si veda Corte cost., sent. n. 53 del 1968, in www.cortecostituzionale.it, in cui si afferma che l'art. 25, comma 3, Cost. non pregiudica l'efficacia retroattiva delle misure di sicurezza, sancita dall'art. 200 c.p. Tali misure, sottratte al principio di “stretta legalità”, sono regolate dalla legge in vigore al tempo della

La norma *de qua* deve essere raffrontata con la previsione costituzionale in materia di misure di sicurezza, ovvero l'art. 25, comma 3, Cost., che non contempla, a differenza di quanto avviene nel secondo comma del medesimo articolo per le pene, la previsione del principio di irretroattività della legge penale⁸⁵.

La mancata previsione di un corollario fondamentale del principio di legalità, qual è l'irretroattività, ha comportato numerosi tentativi di estensione di tale principio, da parte della dottrina.

E' stato sottolineato che, viste le molteplici garanzie sancite dal Costituente nella materia penale, è impensabile che si sia voluto affidare al legislatore ordinario la scelta del regime (retroattivo o meno) dei presupposti delle misure di sicurezza⁸⁶.

Secondo alcuni Autori, anche alle misure di sicurezza dovrebbe applicarsi l'art. 2 c.p., che regolerebbe tutta la materia della successione delle leggi penali (non solo la previsione dei reati, ma anche il tipo e la quantità delle sanzioni), mentre l'art. 200 c.p. regolerebbe solo le modalità di esecuzione delle misure⁸⁷. Questo indirizzo, minoritario e garantista, sostiene che dalla Costituzione dovrebbe desumersi una portata più ampia del divieto di retroattività, poiché il concetto di "punizione", contenuto all'art. 2 c.p. e costituzionalizzato nell'art. 25, comma 2, comprenderebbe ogni sanzione collegata all'accertamento di un reato. Ne deriva l'impossibilità di applicare una misura non

loro applicazione, poiché rispondono alle mutevoli esigenze della lotta al pericolo criminale. Tale orientamento, tuttavia, ha subito una modifica nelle pronunce successive della Corte. In particolare, si è escluso che l'art. 25, comma 3, Cost. ammetta la possibilità di un'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza, sulla base della correlazione di queste ultime al requisito della pericolosità sociale, situazione che è per sua natura attuale. Così, Corte cost., sent. n. 19 del 1974 *cit.*; ord. n. 392 del 1987, in *www.cortecostituzionale.it*. Si tratta, invero, di una motivazione che suscita perplessità, sotto il profilo della connessione instaurata tra misura e pericolosità, che giustificerebbe l'irretroattività delle misure, laddove, nell'impostazione originaria del codice, era proprio tale connessione che forniva spiegazione alla retroattività. In senso critico, si veda G. GRASSO, sub *art. 200*, in *Commentario sistematico del codice penale, III, Art. 150-240*, a cura di M. Romano – G. Grasso – T. Padovani, Milano, 2011, p. 457.

⁸⁵ Si veda C. ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti, vol. IV, Diritto pubblico e storia del diritto*, Padova, 1950, p. 514 s., per il quale, dato che la previsione della misura di sicurezza accanto alla pena può annullare l'efficacia del principio di irretroattività, dalla previsione costituzionale deriverebbe per il legislatore il dovere di eliminare il doppio trattamento sanzionatorio per gli imputabili. Per una esame della posizione dell'Esposito, si veda I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 99 ss.; E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 198 ss.

⁸⁶ F. BRICOLA, *Il II e il III comma dell'art. 25 cit.*, p. 306

⁸⁷ Così, S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale cit.*, p. 864; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale cit.*, p. 865; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale cit.*, p. 84 s.; M. MONTEVERDE – F. ZAVATARELLI, sub *art. 200*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini – G. Marinucci, Milano, 2011, p. 2187; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, p. 120 ss.

prevista al momento della commissione del reato o diversa da quella contemplata in tale momento. L'art. 200 c.p., cioè, andrebbe interpretato in senso restrittivo: una legge successiva al reato può disciplinare diversamente – eventualmente, anche in modo più grave – le modalità esecutive di una misura già tipizzata in tutti i suoi elementi fondamentali al momento della commissione del fatto.

Si è replicato, però che, innanzitutto, non viene considerata la terminologia impiegata nell'art. 2 c.p., che parla di soggetto “punito”, termine che – pena una impropria estensione – non può comprendere anche la sottoposizione a misure di sicurezza. Inoltre, si ignora completamente la *voluntas legis* e la netta contrapposizione codicistica tra gli artt. 1 e 2, relativi alla pena, e gli artt. 199 e 200, relativi alla misura di sicurezza⁸⁸.

La maggioranza della dottrina, nel tentativo di allargare la portata del principio di irretroattività alle sanzioni in commento, riconosce pur sempre un limite all'interpretazione costituzionalmente orientata, che non potrebbe essere superato, pena il completo stravolgimento del sistema.

Facendo leva sulla connessione esistente tra il secondo e il terzo comma dell'art. 25 Cost., si afferma che – nella prospettiva costituzionale – la misura di sicurezza deve avere quale necessario presupposto la commissione di un reato, requisito non potrebbe essere svincolato dal principio di irretroattività, sulla base del disposto di cui al secondo comma dell'articolo citato. Da ciò deriva che non potrebbe mai essere applicata una misura per fatti che, nel momento in cui furono commessi, non costituivano reato, né sarebbe possibile far retroagire una legge che tipizza coefficienti del giudizio di pericolosità, mentre sarebbe possibile applicare una misura ad un reato per il quale non era originariamente prevista⁸⁹, o applicare una misura più grave, oppure disciplinare in

⁸⁸ G. GRASSO, sub *art. 200 cit.*, p. 456.

⁸⁹ A giustificazione dell'assunto viene sottolineata la circostanza che le misure di sicurezza rispondono all'esigenza di fronteggiare la pericolosità del soggetto, con gli strumenti più idonei esistenti al momento dell'esecuzione. Così, tra i tanti, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale cit.*, p. 400 s.; I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 99 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, p. 853. In giurisprudenza si ammette tale possibilità, sulla base del disposto dell'art. 200 c.p. e del fatto che le misure di sicurezza hanno quale scopo il contrasto di uno stato di pericolosità attuale, cui sarebbe consentito reagire anche con nuove misure, introdotte in un momento successivo alla realizzazione del reato. Così, *ex multis*, Cass. pen., sez. I, 24.10.2012, n. 44534, in *CED Cass.*, rv. 254698; Cass. pen., sez. I, 15.1.2009, n. 8404, in *CED Cass.*, rv. 242862; Cass. pen., sez. I, 7.4.2005, n. 13039, in *CED Cass.*, rv. 231598.

modo diverso la modalità di esecuzione della misure⁹⁰. La correlazione esistente tra reato e misura di sicurezza, dunque, comporta – sulla base dell’art. 25, comma 2, Cost. – l’estensione del divieto di retroattività ai presupposti applicativi delle misure di sicurezza⁹¹.

⁹⁰ F. BRICOLA, *Il II e il III comma dell’art. 25 cit.*, p. 306; G. GRASSO, *sub art. 200 cit.*, p. 457; B. SICLARI, *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza personali*, Milano, 1977, p. 5 ss. Interessanti conclusioni possono trarsi dalla mancata previsione della garanzia dell’irretroattività per le misure di sicurezza. Si veda, in proposito, I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 121 ss., che fa discendere da tale mancanza la differenza fondamentale tra queste ultime e la pena e la legittima applicazione ai non imputabili: “il dato che, a differenza delle pene, le misure di sicurezza possano infliggersi anche relativamente a condotte verificatesi anteriormente all’entrata in vigore della norma che le prevede, purché le stesse fossero in quel momento considerate reato, sta, invero, a significare che tali provvedimenti non hanno lo scopo di trattenere il soggetto dalla realizzazione del comportamento, che rappresenta la causa, o – come taluno dice – l’«occasione» applicativa del provvedimento. Da tali sanzioni esula, almeno come requisito essenziale, che debba cioè risultare necessariamente presente in ogni misura di sicurezza, il fine di intimidazione del soggetto: fine, questo, evidentemente incompatibile con la facoltà concessa al legislatore ordinario di reagire con misure di sicurezza a situazioni rispetto alle quali, nel momento in cui ebbero a verificarsi, la sanzione de qua non esisteva”. Inoltre, “non avendo finalità intimidatoria, le misure di sicurezza non adempiono neppure a quella funzione di retribuzione del comportamento al quale si riferiscono, che è la conseguenza logica dell’intimidazione, dato che alla minaccia di un male deve necessariamente conseguire l’inflizione del male stesso”. Tuttavia, prosegue l’Autore, “ciò non significa, naturalmente, che pure questi fini possano risultare, in concreto, raggiunti dalle misure di sicurezza che si applicano in occasione della realizzazione di un «fatto». Da ciò deriva che “se la misura di sicurezza non persegue necessariamente scopi connessi con la determinazione della volontà dei consociati all’astensione da comportamenti valutati negativamente dal legislatore, è evidente che tale sanzione può venire applicata anche a soggetti i quali, o a cagione di un insufficiente sviluppo (minori) ovvero per causa di infermità fisiche o psichiche, non siano in grado di sentire alcuna intimidazione o retribuzione. L’applicabilità delle misure di sicurezza ai non-imputabili appare, cioè, conseguenza direttamente discendente dalla mancata previsione del principio di irretroattività per tale tipo di sanzioni”. Il principio di irretroattività, dunque, adempirebbe ad una esigenza di certezza, “che la Costituzione vuole assicurata per le pene, e dalla quale invece prescinde, nei limiti indicati, per le misure di sicurezza. Tale differenziazione nella disciplina dei due provvedimenti è, appunto, basilare onde mettere in luce il criterio discrezionale fra i medesimi: diretta esclusivamente a soggetti imputabili e come tale concretantesi nella «sanzione» di un fatto, la pena; di possibile applicazione a soggetti non imputabili e pertanto priva di essenziali profili retributivi di un fatto, la misura di sicurezza”.

⁹¹ Per un esame del problema della successione di leggi, in caso di modifica della disciplina del reato cui è collegata una misura di sicurezza, si vedano E. BATTAGLINI, *Osservazioni sulla successione di leggi nel tempo in materia di misure di sicurezza*, in *Giust. pen.*, 1951, II, p. 648 ss.; I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 506 ss.; M. MANTOVANI, *Le misure di sicurezza*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale, parte generale*, vol. III, diretta da F. Bricola – V. Zagrebelsky, Torino, 1996, p. 582 ss.; M. MONTEVERDE – F. ZAVATARELLI, *sub art. 200 cit.*, p. 2189; B. SICLARI, *Applicazione ed esecuzione cit.*, p. 8 ss.

3.2) L'ESTENSIONE DEL PRINCIPIO DI IRRETROATTIVITÀ PER MEZZO DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Considerato che la Costituzione non permette una completa estensione del principio di irretroattività alle misure di sicurezza, per “aggirare” l'ostacolo si è fatto ricorso alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata con la legge n. 848 del 1955.

In particolare, l'art. 7 della Convenzione consacra il principio di legalità dei delitti e delle pene⁹² – o, più precisamente, la legalità in materia penale⁹³ – prevedendo al § 1 che “Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, nel momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”⁹⁴. Si tratta di norma che, nella sistematica convenzionale, occupa una posizione di rilievo: l'art. 15 § 2, infatti, vieta qualunque deroga all'articolo in commento, oltre che agli artt. 2 (diritto alla vita), 3 (proibizione della tortura) e 4 § 1 (proibizione della schiavitù), che costituiscono, quindi, il “nocciolo duro” della Convenzione.

Premesso che le disposizioni della C.E.D.U. devono essere interpretate a prescindere dalle qualificazioni di diritto interno, e che non è possibile far coincidere il contenuto

⁹² Come affermato espressamente dalla Corte EDU, 25.5.1993, Kokkinakis c. Grecia, in *CED Cass.*, per cui l'articolo 7 “non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale a detrimento dell'imputato. Consacra altresì, più generalmente, il principio di legalità in ordine ai delitti e alle pene (*nullum crimen nulla poena sine lege*), e quello che impone di non applicare estensivamente o analogicamente la legge penale a detrimento dell'imputato: ne deriva che un illecito deve essere definito dalla legge in modo chiaro”. Il principio è stato affermato, più di recente, da Corte EDU 25.6.2009, Liivik c. Estonia, in *CED Cass.*

⁹³ Precisazione necessaria se si vuole estendere il portato della norma anche alle misure di sicurezza.

⁹⁴ Va precisato che, sempre a livello sovranazionale, possono rinvenirsi altre affermazioni del principio di legalità. L'art. 11, par. 2, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, stabilisce che “nessun individuo sarà condannato per un comportamento commissivo od omissivo che, al momento in cui sia stato perpetrato, non costituisca reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non potrà del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso”. Similmente, l'art. 15, par. 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici (New York, 16.12.1966) afferma che “nessuno può essere condannato per azioni od omissioni che, al momento in cui venivano commesse, non costituivano reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Così pure, non può essere inflitta una pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso. Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne”.

della norma in esame con il principio di legalità stabilito nel nostro ordinamento⁹⁵, è necessario analizzare la disposizione per saggiarne la sua estensibilità ai fini che interessano.

L'interpretazione sostanzialistica della norma in commento permette di ritenerla applicabile non solo alle sanzioni considerate penali dal diritto interno, ma anche a quelle ritenute penali in base alla concezione autonoma accolta dalla giurisprudenza della Corte E.D.U. Viene effettuata una sorta di parallelismo tra la nozione di reato, di cui all'art. 7, e quella di cui all'art. 6 (sul diritto a un processo equo), con estensione del principio di legalità a tutta la materia penale, cioè a tutte le sanzioni che, indipendentemente dal *nomem iuris* utilizzato dal legislatore nazionale, presentino un contenuto punitivo o afflittivo⁹⁶.

Premesso che la Convenzione non chiarisce cosa debba intendersi per "pena", la portata autonoma di tale concetto è stata elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Invero, per stabilire il carattere penale delle sanzioni nazionali si è fatto leva su una serie di criteri, di regola considerati singolarmente, ma più spesso valutati complessivamente, specialmente nel caso in cui da soli si rivelino insufficienti a risolvere la questione. Tali criteri consistono, in particolare, nella qualificazione dell'infrazione secondo il diritto interno (indicazione che possiede solo un valore formale e relativo e che, nel tempo, ha rivestito un'importanza sempre meno decisiva); nella natura dell'infrazione, ricavabile, ad esempio, dal tipo di comportamento sanzionato, dalla struttura della norma, dal valore della trasgressione; nella natura e gravità della sanzione, la prima desumibile dalla correlazione ad un reato, dallo scopo, dalle procedure applicative, la seconda incentrata invece sul contenuto (ad esempio, il carattere custodiale o patrimoniale)⁹⁷.

⁹⁵ Affermazione valida, in particolare, per quanto riguarda la riserva di legge. Si veda, al proposito, A. BERNARDI, sub art. 7, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole – B. Conforti – G. Raimondi, Padova, 2001, p. 251 s.; M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 86 ss.; V. MANES – E. NICOSIA, sub art. 7, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky, Padova, 2012, p. 274 ss.

⁹⁶ V. MANES – E. NICOSIA, sub art. 7 cit., p. 259 ss.

⁹⁷ Così, per prima, Corte EDU, 8.6.1976, Engel e a. c. Paesi Bassi, in *CED Cass.* Per un approfondimento, si veda A. BERNARDI, sub art. 7 cit., p. 257 s.; V. MANES – E. NICOSIA, sub art. 7 cit., p. 260 ss.

Così, nel caso *Welch c. Regno Unito*⁹⁸, la Corte di Strasburgo, chiamata a pronunciarsi in tema di confisca, introdotta successivamente alla commissione del reato di traffico di stupefacenti per cui era stato condannato il ricorrente, afferma che – per valutare se una certa misura possa essere considerata una pena, ai sensi dell’art. 7 C.E.D.U. – “il punto di partenza...consiste nello stabilire se la misura in questione sia stata imposta a seguito della condanna per un reato”. Inoltre, possono essere considerati altri elementi, quali “la natura e lo scopo della misura in questione; la sua qualificazione secondo la legge nazionale; le procedure collegate alla sua adozione ed esecuzione; la sua gravità”. Viene sottolineato che “gli obiettivi di prevenzione e riparazione si conciliano con quello di repressione e possono essere considerati come elementi costitutivi della nozione di pena”. Secondo la Corte, quindi, la confisca in oggetto deve essere considerata una pena, e non importa il carattere preventivo della stessa, poiché anche la prevenzione è in linea con lo scopo punitivo e può essere trattata come un elemento costitutivo della nozione di “punizione”. Assume rilievo, inoltre, la circostanza che, per effetto dell’applicazione retroattiva della confisca, il soggetto subisce un pregiudizio maggiore di quello a cui era esposto al momento della commissione del fatto. Sulla base di tali osservazioni, la Corte conclude che contrasta con l’art. 7 C.E.D.U. l’applicazione retroattiva della confisca in commento.

Dunque, seppur un ruolo fondamentale – nella delimitazione della materia penale sulla base del criterio dello scopo della sanzione – venga attribuito alla finalità repressiva, vi sono casi in cui la contemporanea sussistenza di finalità preventive non vale a giustificare la sottrazione alla garanzia offerta dall’art. 7 C.E.D.U.

Il principio è stato di recente ribadito nella sentenza della Corte E.D.U. *Sudfondi c. Italia*⁹⁹, in cui, per la prima volta, l’Italia è stata condannata per violazione dell’art. 7 della Convenzione. Nel caso concreto era stata applicata dai giudici nazionali la confisca urbanistica, prevista per il reato di lottizzazione abusiva dall’art. 44, d.P.R. n. 380/2001, nonostante l’assoluzione degli imputati per mancanza dell’elemento soggettivo a causa di errore inevitabile e scusabile. La ritenuta violazione è stata motivata sulla base della mancanza di accessibilità e prevedibilità delle norme fondanti

⁹⁸ Corte EDU, 9.2.1995, *Welch c. Regno Unito*, in *CED Cass.*

⁹⁹ Corte EDU, 20.1.2009, *Sud Fondi s.r.l. e a. c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3180 ss.

la responsabilità, nonché del mancato accertamento della coscienza e volontà, elemento imprescindibile di ogni sanzione penale.

Ancora, nella decisione M. c. Germania¹⁰⁰, la Corte ha applicato per la prima volta il principio di irretroattività *in peius* di cui all'art. 7 C.E.D.U. alle misure di sicurezza personali detentive. In particolare, nel caso in commento, è stata accertata la violazione dell'art. 7 C.E.D.U. – oltre che una violazione del diritto di libertà, *ex art. 5 C.E.D.U.* – in riferimento alla retroattività delle modifiche apportate alla durata di una misura di sicurezza personale prevista dall'ordinamento tedesco (la “custodia di sicurezza”, applicabile agli autori di reato imputabili e pericolosi), nel punto in cui veniva estesa a tempo indeterminato la durata della stessa, con effetti immediati sulle misure in esecuzione. La misura di sicurezza *de qua*, visto il suo contenuto afflittivo e lo scopo preventivo (sotto entrambi i profili della generalprevenzione e della specialprevenzione), deve rientrare, a detta della Corte, nella nozione sostanziale di pena, con conseguente applicazione del principio di irretroattività. Si tratta, d'altro canto, di una conclusione “obbligata”: una volta introdotto nel concetto di “pena” anche la misura di sicurezza patrimoniale della confisca, la Corte non poteva, se non contraddicendosi palesemente, non ricomprenderci anche le misure di sicurezza personali detentive (perlomeno quelle applicate ai soggetti imputabili¹⁰¹).

Merita di essere evidenziato il punto della sentenza in cui la Corte stabilisce che la norma che permette l'applicazione di una misura di sicurezza senza un limite di durata

¹⁰⁰ Corte EDU, 17.12.2009, M. c. Germania, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3276 ss.

¹⁰¹ Discorso a parte, invece, deve essere fatto per i soggetti non imputabili. La misura di sicurezza applicata a tali soggetti è ricondotta alla generica previsione di cui alla lettera e) dell'art. 5 C.E.D.U., che dispone – quale legittima ipotesi di privazione della libertà – la detenzione regolare dell'alienato. Nella giurisprudenza europea, si veda, in particolare, la sentenza della Corte EDU Luberti c. Italia, del 23.2.1984. in *CED Cass.*, in cui la Corte, chiamata a giudicare sul caso di un condannato sottoposto alla misura dell'ospedale psichiatrico giudiziario, ha fatto riferimento all'art. 5, lett. e), C.E.D.U. poiché l'o.p.g. venne inteso come una limitazione della libertà personale non assimilabile ad una pena, ma, piuttosto, ad una misura relativa alla custodia degli alienati. La Corte ha precisato che devono sussistere tre condizioni per potersi ritenere regolare la detenzione dell'alienato: 1) deve essere accertato con perizia medica che la persona soffre di un disturbo mentale; 2) tale alterazione mentale deve essere di natura o ampiezza tale da giustificare il ricovero coatto; 3) il ricovero non può essere protratto se il disturbo mentale viene meno (anche se non sussiste un obbligo immediato di rilascio, se il soggetto è ritenuto pericoloso per la società). Più di recente, si vedano Corte EDU, 13.1.2011, Haidn c. Germania, in *CED Cass.*; Corte EDU, 20.4.2010, C.B. c. Romania, in *CED Cass.*; Corte EDU, 27.3.2008, Shtukaturov c. Russia, in *CED Cass.* Per un approfondimento, M. GIALUZ – P. SPAGNOLO, sub art. 5, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky, Padova, 2012, p. 106 ss.; M. PISANI, sub art. 5, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole – B. Conforti – G. Raimondi, Padova, 2001, p. 115 ss

prevede, in realtà, una vera e propria pena aggiuntiva, rientrante nella garanzia offerta dall'art. 7 C.E.D.U.

Di tutta evidenza appaiono le ricadute che una siffatta decisione potrebbe avere nell'ordinamento italiano che, allo stesso modo di quello tedesco, prevede – come noto – l'applicazione congiunta di pena e misura di sicurezza, quest'ultima a tempo indeterminato, e in cui continua ad affermarsi la retroattività delle disposizioni che introducono *ex novo* misure di sicurezza o ne modificano la disciplina¹⁰².

In ossequio alla interpretazione sostanziale della pena accolta dalla Corte europea, dunque, i termini “condanna” e “pena” di cui all'art. 7 della Convenzione devono essere intesi come comprensivi, rispettivamente, della “sottoposizione a misure di sicurezza a seguito di sentenza di condanna” e della “misura di sicurezza quale reazione al reato”.

Nel suddetto articolo, cioè, troverebbe riconoscimento il principio fondamentale per cui è vietato l'assoggettamento dell'autore di un reato ad un trattamento penale complessivamente considerato – cioè comprensivo tanto delle pene quanto delle misure di sicurezza – peggiore rispetto a quello stabilito nel momento in cui il fatto, cui è collegato, è stato commesso. Vietando la condanna per fatti non costituenti reato all'epoca della realizzazione della condotta, la norma preclude la punizione in senso lato di tali fatti, cioè anche la possibilità di sanzionarli retroattivamente con una misura di sicurezza. Conclusione del tutto coerente con un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 200 c.p.

Ma c'è di più: vietando la disposizione convenzionale anche l'applicazione di una “pena più grave di quella che sarebbe stata applicata al tempo in cui il reato è stato consumato”, sarebbe preclusa non solo l'applicazione di una misura non contemplata al momento del fatto, ma anche di una misura più grave di quella prevista quando il reato si è consumato¹⁰³. Questa più ampia interpretazione del divieto di retroattività, che (per la dottrina maggioritaria) non sarebbe legittimata sulla base del disposto costituzionale, troverebbe cittadinanza del nostro ordinamento attraverso una fonte sovranazionale.

¹⁰² Per un approfondimento della sentenza in commento, si veda F. ROCCHI, *La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza detentiva tedesca della sicherungsverwahrung e i suoi riflessi sul sistema del “doppio binario” italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3276 ss.

¹⁰³ G. GRASSO, sub *art. 200 cit.*, p. 458 ss.; M. MONTEVERDE – F. ZAVATARELLI, sub *art. 200 cit.*, p. 2188; F. ROCCHI, *La decisione della Corte di Strasburgo cit.*, p. 3298 s.; P. VENEZIANI, *Le misure di sicurezza: profili generali cit.*, p. 397 s.

Si tratta, tuttavia, di conclusioni che non trovano piena condivisione in dottrina. Si è evidenziato che in molti sistemi penali europei è previsto un sistema dualistico – cioè l’applicazione congiunta di pene e misure di sicurezza – e, perciò, sembra “assurdo” che i compilatori della Convenzione abbiano impiegato il termine “pena” nell’art. 7, come comprensivo di entrambi i provvedimenti. D’altro canto, a riprova dell’assunto sta la circostanza che la stessa Convenzione ha tenuto in conto del sistema dualistico nell’art. 3, che pone, accanto alla categoria delle pene, quella dei “trattamenti”, vietando quelli inumani o degradanti. Al fine di individuare le misure di sicurezza, sottratte all’applicazione dell’art. 7 CEDU, si dovrebbe porre l’accento sui criteri adottati dai vari ordinamenti per differenziare le due sanzioni, indipendentemente dalle qualificazioni date dai legislatori nazionali. Tali criteri identificativi delle misure – che non consentirebbero l’assimilazione alle pene *ex art. 7* – consisterebbero nell’applicabilità a soggetti non imputabili, elemento indicato a contrario dallo stesso articolo 7 quando parla di “condanna”, e nella subordinazione ad un accertamento di pericolosità del destinatario delle stesse, elemento fondante la distinzione tra pene e misure di sicurezza applicabili a soggetti imputabili. Di conseguenza, qualora ci si trovi di fronte ad uno di tali elementi, non opererebbe la garanzia dell’irretroattività¹⁰⁴.

E’ stato detto anche che il generico riferimento alla “condanna”, contenuto nel testo dell’art. 7 C.E.D.U., non dovrebbe far concludere nel senso dell’applicabilità del principio a sanzioni criminali diverse dalle pene, per due ordini di motivi. In primo luogo, l’articolo in oggetto parla espressamente di pena, circoscrivendo in tal modo l’ambito di applicazione esclusivamente a tale sanzione. In secondo luogo, l’art. 5 della Convenzione, che sancisce il diritto alla libertà e prevede alcuni casi di privazione della stessa, alla lett. a), parla di “detenzione in seguito a condanna da parte di un tribunale”,

¹⁰⁴ Così, M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea cit.*, p. 114 ss., il quale, però, mette in dubbio la compatibilità della norma in commento con la retroattività di misure di sicurezza applicabili sulla base di presunzioni di pericolosità: in tali casi la misura si ricollega direttamente a fatti astrattamente previsti dal legislatore, a prescindere da un concreto accertamento, e assumerebbe i tratti caratteristici della pena. In senso critico, G. GRASSO, *sub art. 200 cit.*, p. 459 s., il quale rileva che, se con riferimento al criterio dell’applicazione delle misure a soggetti non imputabili *nulla quaestio*, posto che in tali casi le misure hanno un fine terapeutico o educativo, che le trasforma in provvedimenti *pro individuo*, suscita perplessità il riferimento alla pericolosità sociale, poiché anche le misure applicate a imputabili pericolosi costituiscono una reazione al reato, afflittive come la pena e da queste non distinguibili sul piano degli scopi. Dunque, seguendo un’interpretazione orientata al contenuto, piuttosto che al *nomen iuris* attribuito dal legislatore (per evitare la c.d. “truffa delle etichette”), è necessario estendere la garanzia dell’irretroattività sancita nell’art. 7 C.E.D.U. anche alle misure applicate ai soggetti imputabili pericolosi, che hanno commesso un reato.

situazione nettamente distinta da quelle sostanzialmente assimilabili ad alcune tipiche misure di sicurezza previste dal codice, e contemplate nelle successive lett. d) ed e) del medesimo articolo (rispettivamente, detenzione regolare di un minore per sorvegliare la sua educazione o tradurlo innanzi all'autorità, e detenzione regolare di persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo)¹⁰⁵.

Infine, sono state poste in discussione le conclusioni dell'indirizzo esaminato, sulla base della ritenuta specialità dell'art. 200 c.p. Da un lato, tale norma costituirebbe una deroga posta dal legislatore del '30, con riferimento specifico alle misure di sicurezza, alla generale disciplina dell'irretroattività, stabilita nell'art. 2 c.p. Dall'altro, tuttavia, l'orientamento criticato afferma il carattere generale dell'art. 7 CEDU, in quanto norma applicabile all'intera gamma delle reazioni punitive previste dall'ordinamento. Da ciò discende che l'art. 7 CEDU, seppur successivo alla previsione dell'art. 200 c.p., non può derogarvi, in applicazione del principio per cui *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*¹⁰⁶.

In definitiva, considerato il rango di fonte superiore alla legislazione ordinaria riconosciuto alla Convenzione dalla Corte costituzionale, l'obbligo di conformità, ex art. 117, primo comma, Cost., al diritto internazionale e la prevalenza da accordare all'interpretazione delle norme convenzionali fornita dalla Corte di Strasburgo¹⁰⁷, quali

¹⁰⁵ I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 105 s.

¹⁰⁶ M. MANTOVANI, *Le misure di sicurezza cit.*, p. 598.

¹⁰⁷ Si tratta di principi riconosciuti per la prima volta nelle storiche "sentenze gemelle" della Corte costituzionale n. 348/2007 e n. 349/2007, in www.cortecostituzionale.it. Nella sentenza n. 348 del 2007 la Corte afferma che l'art. 117, primo comma, Cost., "se da una parte rende inconfutabile la maggior resistenza delle norme C.E.D.U. rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale". Il giudice che sospetta il contrasto tra una norma interna e una norma CEDU, dunque, non deve disapplicare quella interna, bensì deve sollevare questione di legittimità costituzionale, prospettando l'eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., per lo stretto collegamento che tale articolo postula con altre norme, di rango inferiore alla Costituzione, ma superiore alla legge ordinaria (c.d. fonti interposte). Si precisa, cioè, che "il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli «obblighi internazionali» che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni. Nel caso specifico...il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme della CEDU, la cui funzione è quindi di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato". Le norme CEDU, che "vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea" sono sottoposte al vaglio di costituzionalità: "proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione". Ciò non esclude che, in caso di contrasto tra norma interna e norma CEDU risolvibile in via interpretativa, il giudice possa applicare la norma interna nel significato compatibile con le norme

conclusioni possono trarsi dall'applicabilità alle misure di sicurezza del complesso di garanzie sancite all'art. 7 C.E.D.U.?

Con riguardo all'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza, l'interprete ha due strade: o fornisce un'interpretazione dell'art. 200 c.p. conforme alla normativa convenzionale (e all'art. 117 Cost.) oppure, se tale strada non è percorribile, è inevitabile la rimessione della questione di legittimità alla Corte costituzionale. Se l'art. 200 c.p. ammettesse la retroattività delle misure di sicurezza si profilerebbe una violazione con l'art. 117, primo comma, Cost., per il contrasto con la norma interposta dell'art. 7 C.E.D.U. che, nel vietare l'inflizione di una pena più grave di quella applicabile al momento della commissione del reato, impedisce pure l'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza, assimilabili alla pena per il loro carattere sanzionatorio¹⁰⁸.

interposte, senza sollevare una questione di legittimità costituzionale. Il concetto viene ulteriormente ribadito nella successiva sentenza n. 349 del 2007, in cui la Consulta afferma chiaramente che “con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata «norma interposta»; e che è soggetta a sua volta... ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione. Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale «interposta», egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma”. Sul punto, si veda M. CATARZIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3564 ss.; A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronti di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3574 ss.; A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3525 ss.; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3518 ss.; V. SCARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3579 ss.; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte «sub-costituzionale» del diritto*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 133 ss. Sui rapporti tra ordinamento nazionale e sistema europeo dei diritti dell'uomo e sull'efficacia delle sentenze della Corte EDU in prospettiva penalistica, si vedano: A. BERNARDI, *Sulle funzioni dei principi di diritto penale*, in *Annali dell'Università di Ferrara. Sezione V. Scienze giuridiche*, vol. VI, 1992, Ferrara, 1993; V. MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. I, a cura di G. Insolera – N. Mazzacuva – M. Pavarini – M. Zanotti, Torino, 2012; ID., *La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes – V. Zagrebelsky, Milano, 2011; F. MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes – V. Zagrebelsky, Milano, 2011; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes – V. Zagrebelsky, Milano, 2011.

¹⁰⁸ Così G. GRASSO, sub art. 200 cit., p. 461 s.; P. VENEZIANI, *Le misure di sicurezza: profili generali cit.*, p. 402 s.

Le pronunce strasburghesi inducono a riflettere sul mantenimento del doppio binario, sistema che, oltre ad attraversare – e non solo di recente – una profonda crisi, è stato svalutato dalla Corte EDU, che ha assimilato pene e misure di sicurezza, sotto il profilo contenutistico, parimenti afflittivo, e degli scopi, al contempo repressivi e preventivi per entrambe le sanzioni.

4) PROFILI DI ATTUALITÀ DELLA DISCUSSIONE E LIMITI DELLA RICERCA

Alla luce di quanto esposto in questa prima parte del lavoro, ci si può domandare se abbia ancora un senso interrogarsi sul doppio binario nell'attuale momento storico, visto che – come già precisato – si tratta di un sistema inevitabilmente in declino. Perlomeno, questo è ciò che la dottrina afferma da molti anni a questa parte.

Il sistema delle misure di sicurezza – a parte qualche aggiustamento nei caratteri spiccatamente repressivi, in contrasto con i principi fondamentali di uno Stato democratico – è rimasto sostanzialmente immutato dall'emanazione del codice, complice l'inerzia politica e la reticenza al cambiamento della giurisprudenza costituzionale. Non c'è da stupirsi che sia stato definito un “ramo secco” dell'ordinamento¹⁰⁹, con l'eccezione della confisca, unica misura che, in inversione di tendenza, ha avuto notevoli sviluppi negli ultimi anni (ma di cui non si tratterà nel prosieguo) e dell'ospedale psichiatrico giudiziario, istituto ritoccato più volte nel corso del tempo, fino ad arrivare alla sua recente chiusura, di cui si parlerà nel capitolo dedicato.

Per comprendere appieno il problema, tuttavia, è necessario chiedersi se le esigenze di difesa sociale, soddisfatte dalle sanzioni in esame, possano essere ugualmente appagate dalla pena.

In una società in cui si sono moltiplicati i rischi (di verifica di un determinato evento offensivo), è inevitabile che l'attenzione si concentri sulla prevenzione¹¹⁰. Il

¹⁰⁹ A. MANNA, *Le misure di sicurezza cit.*, p. 350

¹¹⁰ Un'acuta riflessione sulla situazione in cui versa la società moderna e sulle conseguenze prodotte sul sistema sanzionatorio viene da M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario cit.*, p. 6 ss. Secondo l'Autore, il tratto caratterizzante della società odierna è costituito dalla produzione dei rischi, con

senso di insicurezza percepito dai consociati – che diverge dalla effettiva insicurezza dovuta all’aumento dei tassi di criminalità – conduce a scelte di politica criminale precise. Legislazione di emergenza e “pugno duro”, a fronte di alcune situazioni avvertite come particolarmente offensive, sono il *leitmotiv* della politica criminale degli ultimi decenni. Tuttavia, si è ritenuto che per il controllo del rischio posto in essere da soggetti imputabili, la risposta più adeguata debba essere individuata nella pena, piuttosto che nella misura di sicurezza¹¹¹, con conseguente slittamento delle funzioni di difesa sociale da una sanzione all’altra. Discorso diverso, invece, deve essere fatto per i soggetti non imputabili, per i quali la misura di sicurezza costituisce l’unico strumento penale applicabile. Appare quasi superfluo sottolineare come sia ancora diffusa la considerazione del malato di mente come soggetto pericoloso, da cui la società deve proteggersi. Curiosa inversione di posizioni: semmai è proprio la vulnerabilità di una persona con disturbi psichici che necessita di protezione.

La situazione delineata non può che riflettersi inevitabilmente sul sistema sanzionatorio, in generale, e sul doppio binario, in particolare: se i cittadini non si sentono sufficientemente protetti, come si può anche solo pensare di eliminare strumenti che sono destinati proprio alla difesa sociale, contenendo il pericolo di reiterazione di reati? Le misure di sicurezza soddisfano realmente il bisogno di sicurezza? E come si può fare per contemperare l’incertezza del giudizio prognostico di pericolosità con la certezza richiesta dal principio di legalità?

Nel presente lavoro si cercherà di trovare risposta ai quesiti delineati, precisando che la ricerca è circoscritta alle misure di sicurezza applicate ai soggetti non imputabili.

conseguente perdita di sicurezza ed espansione dello strumento penale, soprattutto in chiave preventiva: “nella società del rischio la logica preventiva prevale”.

¹¹¹ La dimostrazione di quanto affermato è facilmente riscontrabile negli interventi legislativi degli ultimi decenni, caratterizzati, ad esempio, da un inasprimento della disciplina della recidiva o dalla previsione di trattamenti penitenziari differenziati in ragione della pericolosità.

CAPITOLO 2.

“PERICOLOSITÀ” DELL’ACCERTAMENTO PROGNOSTICO

Sommario: 1) I PRESUPPOSTI APPLICATIVI DELLE MISURE DI SICUREZZA. LA COMMISSIONE DI UN REATO O DI UN “QUASI REATO”; - 1.1) LA PERICOLOSITÀ SOCIALE; - 2) LE PRESUNZIONI DI PERICOLOSITÀ NEL SISTEMA CODICISTICO E IL LORO SUPERAMENTO. IL CONTRIBUTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE; - 2.1) ...E L’INTERVENTO DEL LEGISLATORE; - 3) L’ACCERTAMENTO DELLA PERICOLOSITÀ SOCIALE. PROFILI PROBLEMATICI DEL GIUDIZIO PROGNOSTICO; - 4) EQUILIBRISMI DOGMATICI. LA PERICOLOSITÀ SOCIALE IN RAPPORTO ALLA CAPACITÀ A DELINQUERE; - 5) BREVI OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

1) I PRESUPPOSTI APPLICATIVI DELLE MISURE DI SICUREZZA. LA COMMISSIONE DI UN REATO O DI UN “QUASI REATO”

L’art. 202 c.p. – come noto – prevede, al primo comma, che “le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose, che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato”, e prosegue, al secondo comma, stabilendo che “la legge penale determina i casi nei quali a persone socialmente pericolose possono essere applicate misure di sicurezza per un fatto non preveduto dalla legge come reato”. E’ opinione unanime che il secondo comma prenda in considerazione i c.d. quasi reati, ovvero le ipotesi di cui agli artt. 49, comma secondo (reato impossibile) e 115 c.p. (accordo o istigazione per commettere un reato).

Il codice penale, quindi, stabilisce due presupposti per l’applicazione delle misure di sicurezza: uno oggettivo, la commissione di un fatto previsto dalla legge come reato – sia esso consumato o solo tentato¹¹² – o quasi reato, e uno soggettivo, la pericolosità sociale dell’autore¹¹³.

¹¹² Per un esame della possibilità di applicare le misure di sicurezza anche al delitto solo tentato, si veda B. SICLARI, *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza personali cit.*, p. 26 s.

¹¹³ Si veda M. GALLO, voce *Capacità penale*, in *Noviss. Dig. It.*, II, Torino, 1958, p. 886, il quale ha qualificato la fattispecie legittimante l’applicazione delle misure di sicurezza come fattispecie complessa, costituita dal reato o quasi-reato e dalla pericolosità sociale, allo stesso modo della fattispecie che origina

Come è stato osservato, la scelta legislativa assume sia un significato politico, collegato alle esigenze espresse dal principio di legalità, sia un significato criminologico, dovuto al rifiuto di spiegazioni del delitto in termini meramente causali. Infatti, “la consapevolezza che le misure di sicurezza realizzano degli interventi pesanti nella sfera della libertà individuale e che sono afflittive come le pene impone da un lato la ricerca di alcune forme minime di garanzia in grado di eliminare grossolani arbitri...l’indagine sulle cause del delitto ha dall’altro lato già messo in crisi l’ingenua, anche se autorevole, concezione secondo cui l’uomo delinquente avrebbe potuto essere riconosciuto per segni esteriori, per i suoi caratteri abnormi sia biologici sia anatomici sia psicologici, e ha avuto come conseguenza l’impossibilità di poggiare la formulazione del giudizio di pericolosità sociale su alcuni dati reali”¹¹⁴.

Per quanto riguarda il primo di tali requisiti, la commissione di un reato era concepita, nell’impostazione originaria del codice, in funzione di argine garantistico agli eventuali arbitri derivanti dall’accertamento della pericolosità, nonché come tratto differenziale tra misure di sicurezza e misure di polizia. Tuttavia, il requisito *de quo* veniva concepito in chiave strumentale rispetto alla pericolosità sociale, cioè era ridotto a mero sintomo o indizio di quest’ultima¹¹⁵.

Si legge nei lavori preparatori che la commissione di un fatto previsto come reato “afferma un indizio di pericolosità criminale, che non è soltanto temuta, come negli individui pericolosi non ancora violatori dell’ordine giuridico, ma si è già rivelata con un segno inequivocabile”¹¹⁶.

l’applicazione della pena, formata da reato e imputabilità. In senso critico, F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961, p. 127.

¹¹⁴ E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 108 s.

¹¹⁵ B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica cit.*, p. 58 e p. 216, per cui la misura di sicurezza è la conseguenza giuridica che l’ordinamento ricollega alla pericolosità criminale e non al reato, che costituisce un mero indizio da cui prendere le mosse per l’accertamento della pericolosità o su cui la legge si basa per stabilire una presunzione. Il reato, cioè “non è il fatto giuridico al quale consegue, come effetto a causa, la misura di sicurezza”, dunque tra il reato e la misura di sicurezza si instaura un “rapporto di mera occasionalità”. Alle medesime conclusioni giunge anche A. DE MARSICO, *Delle misure amministrative di sicurezza cit.*, p. 877 s., quando afferma che, per l’applicazione della misura di sicurezza, è necessario “un fatto avente determinati caratteri, che funzioni da sintomo della pericolosità sociale”.

¹¹⁶ A. ROCCO, *Lavori preparatori cit.*, p. 252 s.

La prospettiva cambia con l'entrata in vigore della Costituzione: il reato assume una funzione essenziale, poiché l'art. 25, comma 3, Cost., configura la misura di sicurezza come reazione alla commissione dello stesso (si veda capitolo 1, paragrafo 3)¹¹⁷.

In ogni caso, la previsione di una base oggettiva per l'applicazione della fattispecie di sicurezza risponde ad esigenze garantistiche, in quanto, trattandosi di fattispecie con finalità preventive, se fosse stata incentrata esclusivamente sulla pericolosità sociale del reo avrebbe comportato un'intollerabile limitazione alla sfera della libertà personale. Il fatto di reato, dunque, diventa un indice della concretizzazione della pericolosità sociale dell'autore.

La norma richiede la realizzazione di un reato completo di tutti i suoi elementi (fatto tipico e colpevolezza), per quanto riguarda il soggetto imputabile, mentre non è richiesto che il fatto previsto dalla legge come reato sia anche punibile. L'art. 202 c.p., cioè, parlando di "fatto previsto dalla legge come reato" anziché semplicemente di "reato", legittima l'applicazione della misura di sicurezza anche al fatto tipico commesso dal non imputabile. Al riguardo si pone la questione della possibilità da parte di quest'ultimo di commettere un reato, ovvero la problematica della ricostruzione dell'elemento soggettivo del non imputabile, richiesta dagli artt. 222 e 224 c.p.: ai sensi di tali articoli, il giudice deve accertare se il fatto commesso dal soggetto totalmente o parzialmente incapace di intendere e di volere sia doloso o colposo.

Le diverse teorie in merito alla struttura del reato e ai rapporti tra colpevolezza e imputabilità hanno dato vita a due linee di pensiero. Secondo un primo orientamento, essendo l'imputabilità presupposto della colpevolezza, al non imputabile non può attribuirsi un reato in senso stretto, bensì solo un fatto tipico e antigiusuridico¹¹⁸. E' vero che dovrà accertarsi anche l'appartenenza psichica del fatto all'agente non imputabile, ma si tratta di un dolo e una colpa "naturali", cioè diversi dai corrispettivi stati del soggetto pienamente capace, assimilati dal legislatore al fine del giudizio prognostico di

¹¹⁷ I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 306 ss.; G. GRASSO, sub *art. 202*, in *Commentario sistematico del codice penale, III, Artt. 150-240*, a cura di M. Romano – G. Grasso – T. Padovani, Milano, 2011, p. 465.

¹¹⁸ Si tratta dell'indirizzo sostenuto dalla dottrina maggioritaria. Si vedano, tra i tanti, S. ALEO – S. DI NUOVO, *Responsabilità penale e complessità cit.*, p. 81 ss.; F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità cit.*, p. 119 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale cit.*, p. 340 ss.; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale cit.*, p. 672; F. MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, p. 290 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale cit.*, p. 180 ss.

pericolosità: il dolo deve essere inteso quale mera intenzionalità (“abnorme”¹¹⁹) della condotta materiale, mentre la colpa consiste nella semplice violazione di una regola oggettiva di diligenza. Dunque, poiché gli artt. 202 e 203 c.p. richiedono la commissione di un fatto previsto dalla legge come reato e ammettono, al contempo, che possa essere ritenuto socialmente pericoloso anche un soggetto non imputabile, ne deriva che per “fatto previsto dalla legge come reato” deve intendersi un fatto che “realizza soltanto il profilo lesivo e non anche quello personale (o antiprecettivo) dell’illecito penale”¹²⁰.

Per il secondo indirizzo, al contrario, essendo l’imputabilità un elemento esterno al reato, da intendersi quale capacità alla pena, il soggetto incapace commette un reato integrato sotto tutti i profili – oggettivo e soggettivo – non essendo, però, sottoposto a pena, per la sussistenza di una causa di non punibilità. Si avrebbe, quindi, identità naturalistica e strutturale tra dolo e colpa dell’imputabile e del non imputabile, entrambi da considerarsi egualmente autori di un reato vero e proprio ¹²¹.

Sembra senz’altro preferibile il primo indirizzo, per cui il non imputabile pone in essere un reato “non colpevole”, ma, in ogni caso, la sua partecipazione psichica al fatto posto in essere è diversa da quella del soggetto capace solo se la malattia mentale incide sulla rappresentazione e volontà o su una condotta altrimenti imprudente, negligente o imperita.

Da ultimo, è necessario precisare che, come sopra detto, l’art. 202 c.p., al secondo comma prevede un’eccezione alla regola: la legge può stabilire che in alcuni casi le misure di sicurezza siano applicate a soggetti socialmente pericolosi per fatti che non

¹¹⁹ Viene definita in tal modo da F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità cit.*, p. 188 s.

¹²⁰ F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità cit.*, p. 119

¹²¹ In tal senso, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, p. 326; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale cit.*, p. 321. Si vedano, in particolare, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale cit.*, p. 624 s., per i quali, fermo il presupposto che al non imputabile può essere attribuito solo un fatto tipico, antiggiuridico e punibile (data l’assenza del presupposto della colpevolezza), il dolo del non imputabile avrebbe la medesima struttura del dolo dell’imputabile. Gli Autori, dunque, prendono le mosse dal primo indirizzo, per giungere alle medesime conclusioni del secondo. L’indirizzo in parola è accolto dalla giurisprudenza maggioritaria, secondo la quale imputabilità e colpevolezza operano su diversi piani, anche se l’accertamento dell’elemento soggettivo – secondo le regole generali, cioè nello stesso modo in cui avviene in riferimento all’ipotesi di un soggetto capace di intendere e di volere – deve seguire quello sull’imputabilità. Si vedano, *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 29.1.2015, n. 4292, in *CED Cass.*, rv. 262151; Cass. pen., sez. VI, 25.3.2010, n. 12621, in *CED Cass.*, rv. 246741; Cass. pen., sez. VI, 7.4.2003, n. 16260, in *CED Cass.*, rv. 225645; Cass. pen., sez. V, 27.10.1999, n. 14107, in *CED Cass.*, rv. 216104; Cass. pen., sez. I, 11.3.1997, n. 8972, in *CED Cass.*, rv. 208480.

costituiscono reato. La norma, cioè, rende possibile l'applicazione della misura nei casi in cui un soggetto tiene una condotta che, seppur non coincidente con alcuna fattispecie incriminatrice, appare quale sicuro indizio di pericolosità criminale. Si tratta dei c.d. "quasi reati", ovvero le ipotesi – tassativamente previste dalla legge – del reato impossibile (art. 49, comma 2, c.p.), dell'accordo non eseguito per commettere un delitto (art. 115, commi 1 e 2), dell'istigazione accolta a commettere un reato, poi non commesso (art. 115, comma 3), e dell'istigazione non accolta a commettere un delitto (art. 115, comma 4). In tutte queste ipotesi, è prevista l'applicabilità, ex artt. 215, comma 4 e 229 c.p., della libertà vigilata¹²².

L'applicazione delle misure di sicurezza in queste situazioni, che assumono rilievo quali meri indizi di un atteggiamento antisociale, è del tutto in linea con il pensiero del legislatore del '30, che considera il fatto un sintomo di pericolosità soggettiva. Invero, "anche in questi casi non manca un'azione, la quale, se pur non ha carattere di reato, ha tuttavia una tale esteriorizzazione e una tale aderenza al reato, da trascendere la nuda intenzione criminosa e da indurre a riconoscere anche in essi un sicuro indizio di pericolosità criminale"¹²³.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, tuttavia, essendo divenuto il reato un elemento fondamentale della fattispecie di sicurezza, parte della dottrina ritiene che la

¹²² G. GRASSO, sub art. 202 cit., p. 466; M. MANTOVANI, *Le misure di sicurezza cit.*, p. 603 ss.; E. MUSCO, voce *Misure di sicurezza*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, p. 1; C.M. POLIDORI, voce *Misure di sicurezza cit.*, p. 149. Si veda, in particolare, B. SICLARI, *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza personali cit.*, p. 24, secondo il quale, tra i casi in cui la legge prescinde da un fatto punibile, rientra anche l'ipotesi della confisca di cui all'art. 240, comma 2, n. 2) c.p., ovvero la confisca delle cose, la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisce reato, che non appartiene a persona estranea al reato e la cui fabbricazione, uso, ecc. non poteva essere permessa da autorizzazione amministrativa.

¹²³ A. ROCCO, *Lavori preparatori cit.*, p. 253. Si veda A. DE MARSICO, *Delle misure amministrative di sicurezza cit.*, p. 878, il quale spiega l'applicabilità dei provvedimenti sanzionatori in commento alle ipotesi di quasi reati affermando che "assunto il reato a sintomo della pericolosità, il legislatore ha avvertito il danno di non considerare come sintomo equivalente la commissione di alcuni fatti che, sebbene non costituiscano reato, indicano però ugualmente la capacità di infrangere il diritto, la disposizione antisociale dell'agente, la sua inettitudine a sentire come idonea contropinta psichica il precetto penale o i più alti imperativi morali, e congiungere anche ad essi la misura di sicurezza. È conseguenza necessaria del criterio di legalità che tali fatti, per non cadere in esorbitanze inutilmente lesive del diritto di libertà degli individui, siano specificati dalla legge; ma era conseguenza degli scopi di difesa sociale cui largamente il nuovo legislatore si è ispirato, che essi non sfuggissero dall'ambito dei segni rivelatori di personalità socialmente pericolose".

previsione di cui al secondo comma dell'art. 202 c.p. sia in contrasto con l'art. 25, comma 3, Cost.¹²⁴

1.1) LA PERICOLOSITÀ SOCIALE

La pericolosità sociale, ovvero il presupposto soggettivo previsto dall'art. 202 c.p. per l'applicazione delle misure di sicurezza (ad eccezione della confisca, ex art. 236 c.p.), è un istituto che, come detto in precedenza, è stato introdotto dal Positivismo giuridico. I più autorevoli esponenti di tale corrente di pensiero la definirono quale “temibilità del delinquente”¹²⁵, ovvero quale “capacità di una persona di divenire con probabilità autrice di un reato”, cioè, dal punto di vista psicologico, la “condizione psichica di una persona in quanto probabile causa di reato”, e, dal punto di vista giuridico, lo “stato di anti-giuridicità di un soggetto, che ha per conseguenza giuridica l'applicazione al medesimo di una sanzione criminale”¹²⁶. La nozione viene ripresa da Ferri, il quale opera una distinzione tra pericolosità *ante delictum* e *post delictum*. Nel primo caso si parlerà di pericolosità sociale, consistente nella capacità di commettere azioni antisociali o delittuose; nel secondo caso, invece, si tratterà più propriamente di pericolosità criminale, cioè di probabilità di recidiva¹²⁷.

¹²⁴ G. GRASSO, sub art. 202 cit., p. 466; P. VENEZIANI, *Trattato di diritto penale cit.*, p. 405 s. *Contra*, P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino cit.*, p. 175; T. PADOVANI, *Diritto penale cit.*, p. 343 s., per cui l'art. 25, secondo comma, Cost. comprenderebbe anche le ipotesi di quasi reato: si assicura così per tutti i casi di applicazione delle misure di sicurezza la stessa disciplina garantistica.

¹²⁵ B.R. GAROFALO, *Di un criterio positivo della penalità*, Napoli, 1880, p. 51

¹²⁶ F. GRISPIGNI, *La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato*, in *Scuola pos.*, 1920, p. 97. Per una critica alla nozione di pericolosità delineata da Grispigni, si veda S. RANIERI, *La pericolosità criminale nel codice penale vigente*, in *Scuola pos.*, 1933, p. 18 ss., che la definisce quale “capacità concreta e attuale di una persona, che ha già commesso un fatto previsto dalla legge come reato o che, in via d'eccezione, ha tenuto una condotta definita in modo espresso nella legge penale senza, tuttavia, che la stessa si sia concretata in un fatto da essa legge previsto come reato, di essere causa di nuovi fatti preveduti dalla legge come reati”. Si veda anche la replica a tale critica da parte di F. GRISPIGNI, *Risposta sulla pericolosità criminale nel codice penale*, in *Scuola pos.*, 1933, p. 30 ss.

¹²⁷ E. FERRI, *Principii di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 289 ss. La nozione di pericolosità criminale è ritenuta preferibile a quella di pericolosità sociale da una parte della dottrina, poiché l'oggetto del giudizio di probabilità consiste nella commissione di futuri reati. In tal senso, B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica cit.*, p. 35 s. e p. 47. Per l'Autore, l'espressione «pericolosità criminale» “pur con la sua non completa e perfetta rispondenza al largo concetto di reato, è la migliore disponibile nella nostra lingua. Essa risponde alla esigenza di determinare la natura della pericolosità dalla natura del danno temuto, e di stabilire quindi l'elemento essenziale da cui la pericolosità

Va da subito messo in evidenza che per i Positivisti la nozione di pericolosità è delineata alla luce della circostanza che ogni autore di un reato deve considerarsi un probabile delinquente futuro, cioè il reato commesso costituirebbe sempre un indice di pericolosità criminale. Trattasi di conclusione che, ovviamente, non può essere accolta, poiché, se è vero che il reato commesso dimostra un'attitudine al crimine del soggetto, ciò non autorizza l'assunto per cui ogni autore di reato ne commetterà, con ogni probabilità, altri in futuro.

Invero, derivando il concetto di pericolosità sociale dal più generico concetto di pericolosità, in prima battuta potrà affermarsi che la nozione in commento rinvia ad una situazione di pericolo, che consiste nella probabilità di verificazione di un danno più o meno immediato, derivante da un accadimento naturale o da un fatto umano. Tuttavia, trattando il diritto penale solo di fatti umani che costituiscono reato, allora la pericolosità sociale consisterà nella probabilità che in futuro un soggetto commetterà un fatto previsto come reato dalla legge¹²⁸.

Onde evitare possibili fraintendimenti sulla portata del concetto di pericolosità sociale, il legislatore fornisce una definizione della stessa all'art. 203 c.p., che stabilisce, al primo comma, che “agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati” e prosegue, al secondo comma, indicando le modalità con cui deve essere accertato tale requisito: “la qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell'articolo 133”.

deve ricevere la sua qualificazione; mentre la denominazione di pericolosità sociale, che si riferisce al soggetto (la società) su cui incide il pericolo, difetta del carattere della univocità, diversi potendo essere i pericoli che incidono sullo stesso soggetto”. Ancora, la pericolosità, da intendersi quale “complesso di condizioni, soggettive e oggettive, sotto l'azione delle quali è probabile che un individuo commetta un fatto socialmente dannoso o pericoloso”, assume la qualifica di pericolosità criminale “in dipendenza esclusivamente della natura del pericolo, quando cioè trattasi del pericolo di un fatto socialmente dannoso o pericoloso che sia preveduto dalla legge come reato”. Si vedano anche, tra i tanti, E. ALTAVILLA, *Lineamenti di diritto criminale*, Napoli, 1932, p. 252; V. CAVALLO, *Diritto penale cit.*, p. 873; E. FERRI, *Principii di diritto criminale cit.*, p. 292; E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, Milano, 1934, p. 316; F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Milano, 1952, p. 174; S. RANIERI, *La pericolosità criminale nel codice penale vigente cit.*, p. 18 ss.; G. SABATINI, *Istituzioni di diritto penale*, Catania, 1933, p. 337.

¹²⁸ In tal senso, V. CAVALLO, *Diritto penale. Parte generale, II, L'oggetto del diritto penale*, Napoli, 1955, p. 873; B. SICLARI, *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza personali cit.*, p. 15 s.;

Dunque, la pericolosità sociale consiste nel “possesso di qualità indizianti di probabile recidiva”¹²⁹, ovvero nella probabilità che un soggetto – imputabile o meno – commetta nuovi fatti di reato, la cui valutazione implica un giudizio di previsione, una prognosi o predizione di un nuovo comportamento antisociale del reo¹³⁰, in base ai criteri indicati nell’art. 133 c.p. – ovvero gli stessi indici che servono al giudice anche per la determinazione della pena e che sono richiamati altresì per la concessione della sospensione condizionale (art. 164 c.p.), del perdono giudiziale (art. 169 c.p.) e dell’esonero della menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale (art. 175 c.p. – da valutare in base alla *ratio* ed agli scopi del provvedimento da applicare.

Da precisare che, facendo l’art. 203 c.p. un generico rinvio all’art. 133 c.p., nella valutazione della pericolosità dovranno entrare tutte le circostanze considerate in quest’ultima norma¹³¹, cioè nel giudizio rientrerà anche la gravità del reato, elemento indicato al primo comma dell’art. 133 c.p. L’illecito penale, dunque, svolge al contempo la funzione di requisito per l’applicazione della misura di sicurezza e di criterio, tra gli altri indicati nell’articolo citato, di valutazione della pericolosità del soggetto.

Nei lavori preparatori si legge che è necessario “aver riguardo all’indole del fatto commesso; e inoltre a tutti quegli altri numerosi elementi (precedenti giudiziari o penali, motivi a delinquere, carattere, condizioni di vita individuale, familiare, condotta, ecc.), che servono a stabilire la gravità del reato e di cui il giudice deve tener conto, in relazione agli individui imputabili...nell’applicazione della pena, ma che hanno evidentemente importanza anche se si tratti di persone sfornite d’imputabilità al momento dell’azione. Soltanto attraverso tale valutazione ampia è dato fissare se l’autore del fatto sia anche persona socialmente pericolosa, se, cioè, sia da ritenere probabile che egli possa commettere nuovi fatti preveduti dalla legge come reati. Si scolpisce così...la nozione della pericolosità sociale...riferita non già alle previsioni di

¹²⁹ La definizione è di P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino cit.*, p. 176

¹³⁰ G. CANEPA, *Aspetti criminologici e medico-legali della pericolosità*, in *Rass. crim.*, 1970, p. 7 ss.

¹³¹ F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità cit.*, p. 123; I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 205 s.; L. D’ORAZI, *Pericolosità sociale: elemento di opposizione alla coesistenza umana*, in *Crit. pen.*, 1983, p. 23; P. NUVOLONE, *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale*, in *Trent’anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, p. 594; B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica cit.*, p. 183 ss. *Contra*, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale cit.*, p. 651 ss.; G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte Generale*, Padova, 1982, p. 896, per i quali dovrebbe farsi riferimento solo alla capacità a delinquere, in quanto il reato è già presupposto dell’applicazione delle sanzioni in commento.

quelle particolari forme di attività antisociale, in genere, bensì alle previsioni di quelle particolari forme di attività antisociale, che sono rappresentate dai fatti criminosi; e viene ricondotta a un giudizio di probabilità, per cui rimane escluso che possa parlarsi di pericolosità, quando la ricaduta nel reato si presenti soltanto come possibile”¹³².

Il legislatore, quindi, ritenne che il reato fosse sì un indizio della pericolosità, ma da solo insufficiente a fondarla, mostrando di aderire, in sostanza ad una concezione della pericolosità rivolta non solo al futuro, in chiave prognostica, ma anche al passato, con uno sguardo rivolto a ciò che il soggetto ha già commesso.

Inoltre, il fatto che sia richiesta la probabilità e non una semplice possibilità di ricaduta nel reato, può essere visto come un tentativo di delimitare la discrezionalità del giudice nella valutazione sulla concreta pericolosità dell'autore di un reato, evitando l'applicazione di tali provvedimenti sulla base di un mero sospetto¹³³.

Qualche dubbio è sorto in merito all'espressione “non punibile” contenuta nell'art. 203, comma 1, c.p., oggetto di diverse interpretazioni. Infatti, potrebbe condurre a ritenere applicabili le misure di sicurezza a soggetti dichiarati non punibili per qualsiasi causa (ad esempio, al soggetto di un delitto tentato che ha volontariamente desistito dal concludere l'azione)¹³⁴. Però, nel codice penale – ad eccezione delle ipotesi di non imputabilità, considerate separatamente – sono previsti solo due casi di applicazione delle misure di sicurezza a soggetti non punibili, cioè quelle degli artt. 49 e 115 c.p. Posto che in entrambe le norme da ultimo indicate viene utilizzata (impropriamente¹³⁵) l'espressione “non punibile”, per indicare l'esenzione da pena del soggetto che commette uno dei fatti ivi indicati, può ragionevolmente desumersi che anche nell'art.

¹³² A. ROCCO, *Lavori preparatori cit.*, p. 253

¹³³ E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 110 s.

¹³⁴ Così, F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità cit.*, p. 144 ss., per il quale il riferimento alla non punibilità del soggetto non può essere interpretato come richiamo ai casi di quasi reato indicati nell'art. 202 c.p., perché le questi ultimi sono già autonomamente previsti e, inoltre, l'art. 203 c.p. parla di probabilità di commettere nuovi fatti previsti dalla legge come reati, espressione che non può riferirsi ai quasi reati. Dunque, l'art. 203 c.p. richiamerebbe proprio le cause di non punibilità previste nel codice penale, con tutte le problematiche derivanti dalla delimitazione di tale categoria dogmatica, affrontate puntualmente dall'Autore, il quale giunge alla conclusione per cui – assunto come “modello” di causa di non punibilità quella prevista nell'art. 649 c.p. – non esistono nell'ordinamento, al di fuori dell'ipotesi ora menzionata, casi in cui è possibile applicare la misura di sicurezza ad un soggetto imputabile non punibile.

¹³⁵ Infatti, non si tratta di una vera e propria causa di non punibilità in senso stretto.

203, comma 1, c.p., la locuzione “non punibile” sia stata utilizzata nel medesimo senso, cioè come richiamo alle ipotesi di quasi-reato¹³⁶.

La Costituzione non prevede espressamente la pericolosità sociale, quale presupposto applicativo delle misure di sicurezza. La dottrina, tuttavia, ha affrontato la questione dell'eventuale costituzionalizzazione del requisito in oggetto, nonostante il silenzio della Carta fondamentale sul punto.

Invero, si è rilevato che il principio per cui le misure di sicurezza personali¹³⁷ presuppongono la pericolosità del soggetto, sebbene non espressamente affermato nella Costituzione, può essere desunto da una particolare interpretazione dell'art. 25, comma 3, Cost., alla luce delle norme che sanciscono i diritti fondamentali (artt. 13 ss. Cost.). La prima norma, cioè, costituirebbe un'applicazione, nella materia penale, delle disposizioni sui diritti fondamentali della persona, le quali ultime indicherebbero, oltre ai diritti soggettivi, i relativi limiti¹³⁸. Nel sistema delineato dalla Costituzione, le restrizioni ai diritti fondamentali della persona sono ammesse solo per interessi

¹³⁶ Così, A. GARGANI, *Le misure di sicurezza cit.*, p. 476; M. MANTOVANI, *Le misure di sicurezza cit.*, p. 611 s.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale cit.*, p. 626; M. MONTEVERDE – F. ZAVATARELLI, sub art. 202, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini – G. Marinucci, Milano, 2011, p. 2197 s. In giurisprudenza, si riscontra un'unica decisione in cui il problema è stato affrontato specificamente nei suoi risvolti pratici. Si tratta di Cass. pen., sez. I, 17.5.1990, n. 686, in *CED Cass.*, rv. 184328, in cui si è affermato che “nessuna delle misure di sicurezza tra quelle indicate tassativamente dagli artt. 215 e 236 c.p., in relazione all'art. 199 stesso codice, può essere applicata al colpevole che sia stato prosciolto per una causa diversa da quelle previste espressamente dagli artt. 49 (reato impossibile), 115 (istigazione ed accordo a commettere un delitto), 222 (reato commesso da persona non imputabile per infermità mentale e situazioni a queste equiparate), 224 (reato commesso da minore degli anni quattordici) c.p., in quanto presupposto indefettibile delle misure di sicurezza – compresa quella della libertà vigilata che ha carattere generale – prevedute dal codice penale è l'esistenza di una sentenza di condanna (salvo il disposto dell'art. 205 comma secondo in relazione all'art. 109 c.p.)”.

¹³⁷ Discorso diverso deve essere fatto, invece, per le misure di sicurezza patrimoniali. Si veda in proposito, I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 136 ss., che sottolinea come, per quanto concerne la confisca, l'art. 236, comma 2, c.p. non richiama, tra le disposizioni applicabili alla misura *de qua*, quelle concernenti la pericolosità sociale. L'Autore ritiene la previsione di applicabilità di una misura in assenza di pericolosità non contrastante con la Costituzione, poiché, se è vero che le misure di sicurezza personali hanno quale scopo la reazione alla pericolosità del soggetto e che l'art. 25, comma 3, Cost., insieme al complesso di norme disciplinanti i diritti di libertà, formano la base di legittimità di tali sanzioni, non è possibile, tuttavia, spingersi fino a ritenere che l'art. 25, comma 3, Cost. si riferisca solo alle misure che riguardano la pericolosità soggettiva, con conseguente illegittimità costituzionale di ogni misura che prescinde da tale requisito. Ciò posto, l'unico elemento necessario affinché possa ritenersi legittima la previsione della misura patrimoniale, è che questa sia basata su un requisito ulteriore rispetto alla commissione del reato – altrimenti non sarebbe possibile distinguerla da una pena vera e propria – che consiste, invero, nella pericolosità oggettiva della cosa da confiscare, che potrebbe trasformarsi in pericolosità sociale, laddove la cosa rimanesse nella disponibilità del soggetto.

¹³⁸ Per un esame del rapporto intercorrente tra le due norme, si rimanda al Capitolo 1, paragrafo 3, nota 69.

collettivi, da tutelare per assicurare l'esercizio dei diritti dei singoli. Posto che la materia delle misure di sicurezza è coperta da una riserva di giurisdizione – in base al combinato disposto degli artt. 13 e 25 Cost. – allora il giudice può intervenire solo per tutelare la collettività dalla possibile verifica di situazioni pericolose. Considerati gli scopi di rieducazione, cura e difesa sociale del sistema di sicurezza delineati nella Carta dei diritti, le misure in commento necessitano del presupposto della pericolosità. Ciò trova conferma nel fatto che un provvedimento con finalità di prevenzione speciale, quindi rieducativo, non può non trovare presupposto di applicazione in una condizione soggettiva dell'agente, che giustifichi un provvedimento in chiave risocializzatrice, cioè in una situazione, qual è la pericolosità sociale, che costituisce un rischio per la collettività e necessita, dunque, di un intervento dello Stato sul soggetto, per eliminare le cause della pericolosità stessa a tutela della collettività. In conclusione, dalla Costituzione può desumersi la necessità della pericolosità sociale, quale requisito per l'applicazione delle misure di sicurezza personali¹³⁹.

Secondo altra autorevole opinione, dalla laconica formula dell'art. 25, comma 3, Cost. – che parla solamente di “casi previsti dalla legge” – non può desumersi la necessità di tale requisito. In ogni caso, la mancata presa in considerazione della pericolosità da parte del Costituente non significa che il legislatore ordinario non possa prevederla quale presupposto della misura¹⁴⁰.

Per armonizzare il requisito in commento con l'impostazione costituzionale in materia sanzionatoria¹⁴¹, si potrebbe far riferimento al principio di proporzionalità, secondo il

¹³⁹ Così I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 136 ss. Nel senso della costituzionalizzazione del requisito della pericolosità sociale, si veda G. CERQUETTI, *Riflessioni sulla pericolosità sociale cit.*, p. 462, il quale, tuttavia, fa discendere la conclusione dall'interpretazione dell'art. 25, comma 3, Cost.: anzitutto, la sicurezza cui tendono le misure in oggetto non può non essere altro che una situazione in cui i beni tutelati non corrono il pericolo di essere danneggiati. Inoltre, dal rapporto tra pena e misura di sicurezza che si ricava dalla Costituzione, deriva il vincolo per il legislatore della previsione della pericolosità sociale, intesa in senso più restrittivo della mera probabilità che il soggetto rechi offesa ai beni tutelati sotto minaccia di una sanzione. Infine, se fosse applicata una misura di sicurezza ad un soggetto che non è socialmente pericoloso, verrebbe meno la sua funzione di prevenzione speciale.

¹⁴⁰ Così, E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 280, il quale sostiene che “per il riconoscimento di questa funzione alla pericolosità sociale si esprimono chiaramente considerazioni attinenti alla genesi delle misure di sicurezza, cioè considerazioni relative al bisogno di protezione della società”.

¹⁴¹ G. CERQUETTI, *Riflessioni sulla pericolosità sociale cit.*, p. 487 ss.; L. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 593 ss.; E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 280 s.; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario cit.*, p. 191 ss.

quale non potrebbe essere disposta una misura sproporzionata al reato posto in essere dal soggetto e a quelli che presumibilmente lo stesso potrebbe realizzare in futuro, nonché al grado di pericolosità manifestato. In altre parole, il principio in commento presuppone una valutazione complessiva del significato del fatto commesso, dei fatti che il soggetto potrebbe commettere ed del grado della sua pericolosità, di modo che verrebbe superato al contempo il problema del silenzio della Costituzione sul punto e dei rischi derivanti da un generico giudizio di prognosi criminale.

Circa il momento a cui bisogna fare riferimento per il giudizio di pericolosità, cioè se esso debba essere collocato temporalmente al momento della commissione del fatto ovvero a quello dell'applicazione della misura, nel silenzio dell'art. 203 c.p. si è sostenuto che la pericolosità deve sussistere, oltretutto al momento della commissione del fatto (per l'interdipendenza che deve sempre sussistere con il reato), anche al momento in cui il giudice applica la misura (o al momento dell'esecuzione, se l'accertamento della pericolosità spetta al giudice di sorveglianza)¹⁴². Tale soluzione troverebbe conforto in una serie di dati e in primo luogo nell'art. 133 c.p. che, richiamato dall'art. 203 c.p. ai fini del giudizio di pericolosità, indica alcuni criteri – in particolare, la condotta susseguente al reato e le condizioni di vita del reo – che comportano una valutazione di ciò che è successo anche dopo la commissione del reato¹⁴³. Altra conferma deriverebbe dall'art. 204 c.p. che, disciplinando i casi di

¹⁴² In tal senso, tra i tanti, G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, p. 972; A. DE MARSICO, *Diritto penale cit.*, p. 277; A. GARGANI, *Le misure di sicurezza cit.*, p. 475; F. MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, p. 680; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale cit.*, p. 627. Si veda, in particolare, I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 547 ss., il quale sostiene che dalla soluzione adottata deriverebbero importanti ricadute sul versante della retroattività e sulla distinzione tra pericolosità accertata e presunta. Per quanto riguarda il profilo della successione di leggi, secondo l'Autore, posto che la misura va applicata nei modi previsti dalla legge in vigore al momento dell'applicazione e che la valutazione sull'applicazione stessa deve essere riferita al momento del giudizio, ne deriva che potrà parlarsi di retroattività “solamente nel senso che, a differenza di quanto avviene per le pene, le specie e modalità applicative delle quali non possono mutare nel rapporto tempo di commissione del fatto-tempo di irrogazione, le misure di sicurezza conoscono...simile sfasamento”. Per quanto riguarda, invece, il secondo profilo, nei casi di pericolosità presunta la misura viene applicata dal giudice indipendentemente dal fatto che la pericolosità sussista al momento di commissione del reato ed in quello del giudizio – cioè potrebbe applicarsi una misura di sicurezza ad un soggetto che non è in realtà pericoloso – mentre, aderendo ad una concezione che sostiene la necessità che la pericolosità sussista nel momento in cui trova applicazione la misura, “dalla pericolosità ritenuta esula qualsiasi elemento presuntivo, dovendo la probabilità alla commissione di nuovi reati essere verificata come concretamente esistente nel soggetto pericoloso al momento del giudizio”.

¹⁴³ In tal senso, I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 524 ss.: “se si aderisce...alla tesi per cui di pericolosità criminale è possibile parlare soltanto se ed in quanto la stessa sussista al momento del giudizio, ne discende, da un lato, che non ha senso richiamare il fenomeno della retroattività della legge a proposito di una sanzione che si applica in pendenza di un certo requisito

pericolosità presunta, afferma la necessità di un accertamento concreto quando è decorso un certo periodo di tempo, per cui se è previsto un accertamento concreto in tali casi, a fortiori non può essere precluso quando la norma stabilisce che la pericolosità deve essere accertata in concreto¹⁴⁴. Infine, la soluzione sarebbe ulteriormente corroborata dal confronto tra l'art. 85 c.p., che fa riferimento alla capacità di intendere e di volere al momento del fatto, e l'art. 203 c.p., che non indica riferimenti cronologici, con la conseguenza che il giudizio di pericolosità sociale non è riferito al momento in cui il reato è stato posto in essere¹⁴⁵. Pervengono alla medesima conclusione anche coloro i quali ritengono che nel giudizio di pericolosità sociale si debba tener conto solo dei criteri indicati nel secondo comma dell'art. 133 c.p. Infatti, se la qualità di persona socialmente pericolosa deve desumersi dagli elementi qualificanti la capacità a delinquere del reo, ne deriva che sarà necessario collocare tale valutazione al momento in cui la misura viene applicata¹⁴⁶.

Dunque, la pericolosità sociale del reo deve essere valutata nel momento in cui il giudice procede ad applicare la misura di sicurezza e, nel caso in cui risulti che tale condizione sia insorta successivamente al reato, bisogna sempre considerare che il giudizio in commento deve essere svolto sulla base dell'art. 133 c.p., cioè deve sussistere un nesso di causa-effetto tra il reato commesso e la pericolosità dimostrata dal soggetto che lo ha posto in essere. In altre parole, la futura e probabile commissione di reati deve trovare una spiegazione nel reato o nel quasi-reato che il soggetto ha realizzato. Di conseguenza, sarà del tutto irrilevante sia la pericolosità mostrata dal soggetto al momento del fatto, che non permane però fino al momento del giudizio, sia una pericolosità del tutto indipendente dal reato commesso, che con questo non abbia alcun collegamento. D'altro canto, si tratta di una soluzione in linea con la finalità rieducativa delle sanzioni in commento, che non potrebbe essere assolta in nessuno dei due casi sopra prospettati.

all'atto dell'applicazione della sanzione stessa; e, dall'altro, che il solco il quale separa le due specie di pericolosità è tanto più profondo di quanto non sarebbe ove ci si riferisse, anche per la pericolosità accertata, al momento della commissione del fatto”.

¹⁴⁴ I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 534

¹⁴⁵ I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 535

¹⁴⁶ Così, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale cit.*, p. 651 ss.; G. BETTIOL, *Diritto penale cit.*, p. 897

Un'ultima precisazione. Il giudizio di pericolosità riguarda sempre la futura commissione di reati, sia nel caso in cui il soggetto abbia commesso un reato, sia nell'ipotesi di realizzazione di quasi-reati. Invero, la valutazione che il giudice deve compiere deve essere uguale in entrambi i casi, visto il disposto dell'art. 203, comma 1, c.p., in cui si afferma che è persona socialmente pericolosa quella che “ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente [ovvero un reato o un quasi reato], quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati”, e non, dunque, altri quasi-reati¹⁴⁷.

2) LE PRESUNZIONI DI PERICOLOSITÀ NEL SISTEMA CODICISTICO E IL LORO SUPERAMENTO. IL CONTRIBUTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Nell'impostazione originaria del codice, dettata la regola per cui la pericolosità sociale deve essere accertata dal giudice nel caso concreto, erano previste una serie di eccezioni – talmente numerose, in realtà, da far dubitare del rapporto regola-eccezione così impostato – in cui la pericolosità era presunta *iuris et de iure*, cioè casi “nei quali l'applicazione di determinate misure di sicurezza è obbligatoria, ove consti del rapporto fisico di causalità fra persona e fatto, e questo sia dalla legge preveduto come reato”¹⁴⁸, giustificati in nome della sicurezza sociale.

La norma di riferimento era l'art. 204 c.p., che sanciva il principio generale per cui l'applicazione della misura di sicurezza doveva aver luogo previo accertamento della pericolosità sociale ed erano previsti, eccezionalmente, dei casi in cui la pericolosità era presunta dalla legge. Veniva, dunque, operata una distinzione tra pericolosità da accertare in concreto e pericolosità presunta dal legislatore in modo assoluto¹⁴⁹.

¹⁴⁷ I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 302 ss.; B. SICLARI, *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza personali cit.*, p. 28 s.;

¹⁴⁸ A. ROCCO, *Lavori preparatori cit.*, p. 254

¹⁴⁹ Si veda P.J. DA COSTA, *Presunzioni normative di pericolosità e giurisdizionalizzazione delle misure di sicurezza*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza. Convegno di diritto penale – Bressanone 1961*, Padova, 1962, p. 157, il quale osserva che si tratta di una distinzione meramente formale: posto che “la prognosi criminologica di pericolosità sociale non offre risultati obiettivi e sicuramente attendibili”, ne deriva che “la pericolosità eventualmente accertata in base a perizia antropologica si risolve, allo stesso

Nelle ipotesi di pericolosità presunta, il legislatore tipicizzava tutti gli elementi del fatto che, verificatisi in concreto, facevano ritenere che il soggetto avrebbe potuto commettere nuovi reati e che erano fondate o sulla gravità del reato commesso, o sulle condizioni del soggetto agente, oppure ancora su determinati elementi soggettivi¹⁵⁰. Pertanto, il giudice doveva limitarsi ad accertare l'esistenza di un reato e la commissione dello stesso da parte dell'imputato. In alcuni casi, inoltre, egli avrebbe dovuto verificare l'esistenza di ulteriori elementi, come ad esempio nelle ipotesi di abitudine presunta *ex art. 102 c.p.*, in cui l'accertamento riguardava altresì la circostanza che il soggetto fosse stato condannato alla reclusione in misura superiore a cinque anni per tre delitti non colposi, della stessa indole, commessi non contestualmente entro dieci anni. In relazione a tali ultime ipotesi, si è precisato che dovrebbe parlarsi non di pericolosità presunta, ma, più propriamente, di pericolosità ritenuta dalla legge, perché, “anche rispetto alla pericolosità presunta, il giudice ha un potere di accertamento che varia di intensità secondo che si tratti di pericolosità presunta dalla legge o di pericolosità che presuppone un giudizio di pericolosità. Perciò sarebbe più appropriato parlare di pericolosità ritenuta dalla legge e di pericolosità ritenuta dal giudice”¹⁵¹.

L'art. 204 c.p. prevedeva varie ipotesi di presunzione della pericolosità sociale, suddivisibili in due categorie: la prima – che coinvolge quasi tutto l'ambito di

modo della pericolosità normativa, in una presunzione. La dichiarazione, la qualificazione di un individuo come pericoloso si risolve quindi pur sempre in una presunzione”.

¹⁵⁰ Così F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità cit.*, p. 122 ss., il quale afferma che la pericolosità, anche nei casi in cui è presunta, è in ogni caso “fattispecie legittimante l'applicabilità delle misure di sicurezza”. In senso critico, M. BOSCARELLI, *Appunti critici in materia di misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 35 s., che rileva come la conclusione di cui sopra sia errata, posto che “di una presunzione di pericolosità si può parlare proprio solo in quanto debba ammettersi la possibilità che al verificarsi degli elementi cui è riconnessa la presunzione, la pericolosità non faccia riscontro...e dato che una tale possibilità si risolve proprio nell'eventualità che una misura di sicurezza venga legittimamente applicata a un soggetto non pericoloso. Tant'è vero che se, poste certe condizioni di fatto cui una norma ricolleggi l'applicazione di una misura di sicurezza la pericolosità non possa mancare, non sussiste, ad onta di ogni apparenza o convinzione contraria, una presunzione di pericolosità. È quanto avviene ove sussistano le condizioni per la dichiarazione di professionalità nel reato (art. 105 c.p.), o per la dichiarazione di tendenza a delinquere (art. 108 c.p.)”. Pertanto, conclude l'Autore richiamandosi a Nuvoletto (P. NUVOLETTA, *L'accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione, in Pene e misure di sicurezza. Modificabilità e suoi limiti. Convegni di studio “Enrico De Nicola”*, Milano, 1962, p. 11 ss.), in questi casi “solo impropriamente può parlarsi di pericolosità presunta”.

¹⁵¹ G. GUARNERI, *Il processo delle misure di sicurezza cit.*, p. 100. In tali casi, infatti “l'investigazione non si limita al presente, ma volge anche al passato e l'obbligo del giudice non è circoscritto all'inflazione della misura di sicurezza, ma si estende alla dichiarazione di delinquenza abituale”. In senso critico, B. SICLARI, *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza personali cit.*, p. 33, il quale rileva che si tratta pur sempre di una presunzione di pericolosità assoluta, eventualmente non sussistente nella realtà, e che, in ogni caso, il giudice deve limitarsi ad accertare le condizioni fissate dalla legge.

applicazione delle misure ai non imputabili – caratterizzata dalle condizioni patologiche o di immaturità del soggetto¹⁵²; la seconda delimitata sulla base delle condizioni psicologiche o delle caratteristiche morali dell'autore del reato, desunte dai precedenti penali¹⁵³.

Orbene, mentre la prima categoria costituisce una palese smentita al principio dell'accertamento della pericolosità sociale, ex art. 204 c.p., caratterizzata da una ingiustificata ricostruzione del rapporto tra malattia mentale/immaturità e crimine, nell'ipotesi di pericolosità qualificata di cui al secondo gruppo, invece, si ha comunque un accertamento giudiziale di una particolare qualità del soggetto in chiave prognostica, perlomeno nei casi di abitualità dichiarata dal giudice, di professionalità e di tendenza a delinquere, poiché viene espressamente richiamato, negli artt. 103, 105, 108 c.p., l'art. 133, comma 2, c.p.¹⁵⁴

In ogni caso, in tutte le ipotesi delineate, il decorso del tempo comportava il ritorno alla regola generale dell'accertamento da parte del giudice della sussistenza nel caso concreto della pericolosità dell'autore del reato¹⁵⁵.

¹⁵² Si trattava dei casi di: a) condannato per delitto non colposo ad una pena diminuita a causa di infermità psichica o cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti, o per sordomutismo, quando la pena stabilita dalla legge non era inferiore nel minimo a cinque anni di reclusione (art. 219, comma 1, c.p.); b) prosciolto per infermità fisica o per cronica intossicazione da alcool o dalle sostanze stupefacenti, o per sordomutismo, salvo che si trattasse di contravvenzioni o di delitti colposi o di altri delitti per i quali la legge stabilisce la pena pecuniaria o la reclusione per un tempo non superiore nel massimo a due anni (art. 222, comma 1, c.p.); c) minore imputabile condannato per delitto commesso durante l'esecuzione di una misura di sicurezza, precedentemente applicata per difetto di imputabilità (art. 225, comma 2, c.p.); d) minore non imputabile che ha commesso un delitto non colposo, per il quale è stabilita la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni (art. 224, comma 2, c.p.). L'unico caso di misura di sicurezza applicabile a soggetti non imputabili escluso dalla presunzione era quello del minore non imputabile che ha commesso un delitto colposo o un delitto doloso punito con la sola multa o con la reclusione inferiore nel minimo a tre anni (art. 224, commi 1 e 2, c.p.).

¹⁵³ In questa categoria erano ricompresi i casi: 1) del delinquente abituale (art. 102 c.p.); 2) del delinquente professionale (art. 105 c.p.); 3) del delinquente per tendenza (art. 108 c.p.); 4) del condannato per associazione a delinquere (art. 417 c.p.); 5) del condannato per i delitti previsti dagli artt. 532, 533, 534, 536 c.p. (art. 538 c.p.), oggi sostituiti dalla legge n. 75 del 1958 (c.d. legge Merlin).

¹⁵⁴ E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 112 ss. In altro senso, M. BOSCARRELLI, *Appunti critici in materia di misure di sicurezza cit.*, p. 36, per il quale tutte le norme che sanciscono una presunzione comportano una smentita al principio affermato all'art. 202 c.p., per cui la misura presuppone la pericolosità sociale affinché sia applicata.

¹⁵⁵ Si trattava dei seguenti casi: 1) condanna o proscioglimento pronunciato dopo dieci anni dal giorno in cui era stato commesso il fatto, qualora si trattasse di infermi di mente, nei casi preveduti dal primo capoverso dell'art. 219 e dell'art. 222 c.p. (art. 204, comma 2, n. 1); 2) condanna o proscioglimento pronunciato dopo cinque anni dal giorno in cui era stato commesso il fatto, in ogni altro caso (art. 204, comma 2, n. 2); 3) mancato inizio dell'esecuzione di misure di sicurezza, aggiunte a pena non detentiva, ovvero concernenti imputati prosciolti, se dalla data della sentenza di condanna o di proscioglimento fossero decorsi dieci anni, nel caso previsto dal primo capoverso dell'art. 222 c.p., ovvero cinque anni in

Le presunzioni di pericolosità sono state oggetto di una serrata critica da parte della dottrina, che ne sottolineava, innanzitutto, il contrasto con i principi fondamentali di uno Stato di diritto. In particolare, le suddette previsioni urtavano contro il disposto dell'art. 3 Cost., per la possibilità di applicare misure a soggetti in concreto non pericolosi; con l'art. 25, secondo e terzo comma, Cost., poiché una misura applicata sulla base di una presunzione si pone come reazione al delitto commesso, con conseguente perdita di rilevanza della distinzione tra pene e misure di sicurezza; con l'art. 27, primo comma, Cost., che richiederebbe una correlazione tra strumento di prevenzione e reale pericolosità del soggetto¹⁵⁶.

Inoltre, si era da tempo rilevata l'illogicità della presunzione che stabiliva una presunzione di pericolosità basata sulla gravità del reato, per il soggetto infermo di mente¹⁵⁷. Infine, si è ritenuto privo di ragionevolezza un giudizio "scollato" da una specifica indagine criminologica e discendente da schemi fissati dalla legge¹⁵⁸.

La Consulta, più volte investita del problema, mentre in un primo tempo affermò la legittimità delle presunzioni di pericolosità in linea generale¹⁵⁹, garantendo la tenuta del

ogni altro caso (art. 204, comma 3, c.p.); 4) misura di sicurezza personale applicata ad una persona consegnata per estradizione ad uno Stato estero, poi tornata in Italia, qualora dal momento della consegna per estradizione a quello in cui doveva essere eseguita la misura fossero decorsi cinque anni, sempre che non si trattasse di delinquente o contravventore abituale o professionale o di delinquente per tendenza (art. 670, commi 3 e 4, c.p.p. abrogato)

¹⁵⁶ A. GARGANI, *Le misure di sicurezza cit.*, p. 477; G. GRASSO, *Pre-art. 199 cit.*, p. 433; F. MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, p. 681 s.; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario cit.*, p. 34. Del tutto scontata la conclusione dell'illegittimità costituzionale delle presunzioni, per quegli Autori che ritengono costituzionalizzato l'accertamento della pericolosità sociale, nell'art. 25, comma 3, Cost. Così, G. CERQUETTI, *Riflessioni sulla pericolosità sociale cit.*, p. 469. Invero, c'è anche chi giustifica tale sistema. Così, S. RANIERI, *La pericolosità criminale cit.*, p. 20, per il quale le presunzioni si baserebbero su elementi di fatto che dimostrano, in base all'esperienza, che la pericolosità esiste realmente.

¹⁵⁷ Si veda I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 177 s.: "se il delitto ha la sua causa nell'infermità psichica, può ben succedere che questa, pur dando luogo ad una pericolosità sociale elevata, si manifesti per la prima volta con un reato di scarsa portata. Né, in questi casi, vi è modo... di applicare la misura in via facoltativa: se la pena è inferiore ad anni due, infatti, il giudice deve limitarsi a dare comunicazione della sentenza di proscioglimento all'autorità di P.S. (art. 222 comma 1° c.p.)". Secondo l'Autore, tuttavia, il sistema delle presunzioni non urterebbe contro la Costituzione, posto che né l'art. 25, comma 3, Cost., né l'art. 13, comma 2, Cost. – di cui la prima costituisce una specificazione – contengono un divieto in materia.

¹⁵⁸ G. DELL'OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Milano, 1985, p. 81

¹⁵⁹ Si veda la sentenza della Corte costituzionale n. 19 del 1966, in www.cortecostituzionale.it, in cui – nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 204, secondo comma, c.p., nella parte in cui prevede che in alcuni casi espressamente determinati, la qualità di persona pericolosa è presunta dalla legge, per contrasto con l'art. 13, comma 2, Cost. – si afferma che la "presunzione si risolve nell'utilizzazione di comuni esperienze. Lo stato di mente della persona sottoposta a giudizio, la sua minore età, la gravità del reato commesso, alcune particolari qualifiche attribuite dal giudice (delinquente abituale, delinquente professionale, delinquente per tendenza) esprimono condizioni soggettive alle quali il Codice dà il

sistema codicistico, successivamente mutò questo suo rigoroso orientamento, censurando a più riprese le possibili sfasature che potevano venirsi a creare tra pericolosità legale e reale, con irrimediabile contrasto con il principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 Cost. È proprio il riferimento a quest'ultima norma che permette alla Corte di pronunciarsi nel senso dell'illegittimità costituzionale, laddove in precedenza erano sempre state respinte le questioni che facevano leva su altri principi costituzionali (in particolare, quelli di cui agli artt. 13, 27 e 32 Cost.).

Con la sentenza n. 1 del 1971 viene giudicata priva di fondamento la presunzione di pericolosità prevista per il caso di non imputabilità del minore di anni quattordici, cioè è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 224, secondo comma, c.p., “nella parte in cui rende obbligatorio ed automatico, per i minori degli anni quattordici, il ricovero, per almeno tre anni, in riformatorio giudiziario”¹⁶⁰. La Corte si sofferma, in particolare,

significato di ritenere probabile o temibile un futuro comportamento criminale. La restrizione della libertà personale, nei casi predetti, è disposta con atto dell'autorità giudiziaria, giustificato dalla sussistenza di condizioni stabilite dalla legge; e ciò soddisfa il precetto dell'art. 13 della Costituzione...Nella specie, la legge non esclude la necessità di un concreto accertamento della pericolosità nelle ipotesi che, data la varietà dei caratteri soggettivi, sfuggono ad una tipizzazione, com'è per gli artt. 204, primo e terzo comma, 224, primo comma e 225, primo comma, c.p.; ma, in confronto di condizioni che non esigono particolari accertamenti del giudice o che da lui sono state già accertate, e che comunque consentono una valutazione obiettiva ed uniforme ai fini dell'applicazione della misura di sicurezza, è ragionevole che la legge, anche per garantire un'uguaglianza di trattamento, detti una regola di giudizio vincolante, in un significativo e proporzionato rapporto logico con il dato da apprezzare”. Si veda anche la sentenza della Consulta n. 68 del 1967 cit., in cui si esclude il contrasto tra la presunzione di cui all'art. 222, comma 1, c.p., e gli artt. 27, comma 3 e 32 Cost. In particolare, le norme degli artt. 222 comma 1° e 204 comma 2° c.p. “non contrastano con l'art. 32 Cost., che non ha connessione con l'argomento, perché l'internamento, essendo disposto a fine di cura e, prima ancora, di controllo dello stato sanitario del soggetto, non può essere ritenuto in antitesi all'esigenza di tutela della salute dello stesso. Né è esatto che la misura viene disposta per persona sana; la legge la prescrive sulla base di situazioni accertate durante il processo. Pertanto è pure infondato che essa provvede senza rispetto della persona umana”. Inoltre, l'art. 27, terzo comma, Cost. “si riferisce soltanto alla pena e non considera le misure di sicurezza, proprio perché *ex se* esse tendono ad un risultato che eguaglia la rieducazione cui deve mirare la pena”. Per un commento alle pronunce citate, si vedano in dottrina, I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 176 ss.; G. CERQUETTI, *Riflessioni sulla pericolosità sociale cit.*, p. 471 s.; B. SICLARI, *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza personali cit.*, p. 35 ss. e p. 81 ss.; A. PACE, *Misure di sicurezza e pericolosità sociale presunta*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 189 ss.; G. VASSALLI, *Le presunzioni di pericolosità sociale di fronte alla Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1967, p. 740 ss.

¹⁶⁰ Corte cost., sent. n. 1 del 1971 cit. Per un commento alla sentenza, F. BRICOLA, *Il II e il III comma dell'art. 25 cit.*, p. 303 s.; G. VASSALLI, *La pericolosità presunta del minore non imputabile*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 3 ss. Da notare che l'anno successivo alla sentenza in commento, la Consulta, chiamata nuovamente a pronunciarsi sulla pericolosità presunta – in particolare sull'illegittimità dell'art. 222, comma 2, n. 2, c.p., in relazione all'art. 3 Cost., nella parte in cui, obbligando il giudice ad applicare la misura di sicurezza del manicomio giudiziario a prescindere dall'accertamento concreto della pericolosità sociale del soggetto, comporta una disparità di trattamento fra le ipotesi in cui la pericolosità sussiste effettivamente e quella in cui dovrebbe essere esclusa – ha rilevato che “il sistema adottato dal codice vigente nei confronti dell'applicabilità delle misure di sicurezza, ai sensi del denunciato art. 222, secondo comma, non è ispirato a criteri di rigidità e anzi, lungi dal trascurare la considerazione della personalità dei soggetti cui esse vengono inflitte, espressamente consente che le misure stesse siano revocabili, anche

sul diverso grado di partecipazione psichica e di pericolosità di un minore prossimo al compimento del quattordicesimo anno di età o di un bambino in tenera età: sebbene le presunzioni trovino ragione, in generale, su massime di comune esperienza, in tal caso manca qualsivoglia giustificazione, perché la pericolosità sarebbe l'eccezione vista la giovane età del soggetto. L'applicazione obbligatoria e indiscriminata della misura del ricovero in riformatorio giudiziario avrebbe, cioè, comportato un trattamento uguale di situazioni – quella del soggetto prossimo al compimento del quattordicesimo anno di età e quella del bambino in tenera età – evidentemente diverse, quanto al grado di partecipazione psichica alla condotta e alla probabilità di recidiva, con conseguente contrasto con l'art. 3 Cost.

Si tratta di una sentenza che elimina radicalmente la presunzione, a differenza delle declaratorie di illegittimità intervenute successivamente – la n. 139 del 1982 e la n. 249 del 1983 – che si limitano a censurare le presunzioni non di esistenza della pericolosità di determinati soggetti, bensì di persistenza della stessa. Infatti, con la sentenza n. 139 del 1982¹⁶¹ viene dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 204, comma 2, 205, comma 2, n. 2 e 222, comma 1, c.p., “nella parte in cui non subordinano il provvedimento di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario dell'imputato prosciolto per infermità psichica al previo accertamento, da parte del giudice della cognizione o dell'esecuzione, della persistente pericolosità sociale derivante dalla infermità al tempo dell'applicazione della misura”. Invero, dopo aver riaffermato la legittimità, in via di principio, di tecniche normative di tipizzazione di fattispecie di pericolosità, la Corte

prima del decorso della durata minima per esse stabilita, allorché si accerti la cessazione dello stato di pericolosità (art. 207). Tale sistema poggia evidentemente sulla convinzione delle obiettive difficoltà che ogni giudizio in materia presenta...che non consentono di stabilire in astratto se corrisponda meglio al principio di uguaglianza consentire al legislatore la predeterminazione del periodo minimo di ricovero, proporzionato all'entità del reato commesso, o invece di affidare solo al giudice di disporre di volta in volta la irrogazione della misura; dato che il pericolo della disuguaglianza di trattamento non viene meno neanche con questa soluzione, che non offre alcuna certezza, ma solo mere probabilità”. Così, Corte cost., sent. n. 106 del 1972, in www.cortecostituzionale.it. Si vedano i commenti di: P. COSSIDENTE, *La legittimità costituzionale dell'art. 222 c.p. in relazione all'art. 111, secondo comma, Cost.*, in *Riv. pen.*, 1978, p. 943 ss.; F. FALZONE, *Brevi note in tema di legittimità costituzionale della pericolosità presunta*, in *Giur. cost.*, 1972, p. 1203 ss.; G. VASSALLI, *Ancora sulla pericolosità sociale presunta dell'infermo totale di mente*, in *Giur. cost.*, 1972, p. 1215 ss.

¹⁶¹ Corte cost., sent. n. 139 del 1982 cit. Per una disamina della pronuncia: S. MAGLIA, *Linee di tendenza seguite dalla Corte costituzionale in tema di pericolosità presunta*, in *Riv. pen.*, 1984, p. 745; A. MANACORDA, *Infermità mentale, custodia e cura alla luce della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, I, 292; E. MUSCO, *Variazioni minime in tema di pericolosità presunta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1584; G. VASSALLI, *L'abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 1191

rileva tuttavia che l'applicazione della misura dell'ospedale psichiatrico giudiziario in un momento cronologicamente distante dalla commissione del fatto "poggia su una presunzione ulteriore, concernente il perdurare (non solo della pericolosità ma) della stessa infermità psichica, senza mutamenti significativi dal momento del delitto al momento del giudizio. Una simile presunzione assoluta di durata dell'infermità psichica, lungi dall'esprimere esigenze di tutela discrezionalmente apprezzate dal legislatore, finisce per allontanare la disciplina normativa dalle sue basi razionali", con la conseguenza che potrebbe darsi il caso in cui la misura sia applicabile a soggetti non più ritenuti infermi di mente.

Seppur storica nel suo genere, la pronuncia lascia alcuni profili irrisolti, in quanto la Corte, da un lato, afferma l'incostituzionalità nei termini sopra delineati, dall'altro, ribadisce la legittimità delle presunzioni di pericolosità, introducendo solo il requisito dell'attualità del giudizio al momento della concreta applicazione della misura, potendo realizzarsi l'eventualità per cui, nel lasso di tempo intercorrente tra la sentenza che la dispone e la sua concreta esecuzione, siano venute meno le cause determinanti l'infermità psichica del soggetto, che non risulta più pericoloso.

Con la sentenza n. 249 del 1983¹⁶², invece, la Corte dichiara l'illegittimità degli artt. 204, comma 2 e 219, comma 1 c.p., "nella parte in cui non subordinano il provvedimento di ricovero in una casa di cura e di custodia dell'imputato condannato per delitto non colposo ad una pena diminuita per cagione d'infermità psichica al previo accertamento da parte del giudice della persistente pericolosità sociale derivante dall'infermità medesima, al tempo dell'applicazione della misura di sicurezza", e, per l'effetto, l'illegittimità dell'art. 219, secondo comma, c.p., "nella parte in cui non subordina il provvedimento di ricovero in una casa di cura e di custodia dell'imputato condannato ad una pena diminuita per cagione di infermità psichica per un delitto per il quale è stabilita dalla legge la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a dieci anni, al previo accertamento da parte del giudice della persistente pericolosità sociale derivante dalla infermità medesima, al tempo della applicazione della misura di sicurezza".

¹⁶² Corte cost., sent. n. 249 del 1983, in *www.cortecostituzionale.it*. Per un commento, si veda D. GIURI, *Infermità psichica e presunzione di pericolosità nel giudizio della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 460.

Il Giudice delle leggi, richiamandosi alla pronuncia dell'anno precedente, censura la presunzione di persistenza della pericolosità sociale e, dunque, della sottintesa presunzione della condizione di seminfermità psichica al momento dell'applicazione della misura, argomentando l'irragionevolezza della previsione sulla base del fatto che per i seminfermi è più elevata la possibilità, rispetto agli infermi totali di mente, di evoluzione positiva della malattia e che nel caso in commento trascorre, in genere, un lungo intervallo di tempo tra l'accertamento della seminfermità e l'esecuzione della misura, poiché quest'ultima sarà eseguita dopo l'espiazione della pena.

Ancora una volta viene salvata la più rilevante presunzione di esistenza dello *status* di soggetto pericoloso, basata sull'indissolubile binomio malattia mentale-pericolosità sociale.

Successivamente alla sentenza esaminata, la Corte costituzionale ha avuto modo di esprimersi nuovamente in favore di un'applicazione generalizzata del principio dell'attualità della pericolosità sociale al momento dell'esecuzione della misura¹⁶³, nonostante le innovazioni nel frattempo apportate al sistema dalla legge n. 663 del 1986 (c.d. legge Gozzini).

L'esame delle pronunce citate può far concludere nel senso che la Corte, nonostante le molteplici occasioni in cui è stato sottoposto al suo vaglio il doppio binario in generale, ha sempre mantenuto un atteggiamento cauto, limitandosi a rilevare le più macroscopiche violazioni del principio di ragionevolezza della disciplina codicistica in materia di misure di sicurezza¹⁶⁴.

2.1) ...E L'INTERVENTO DEL LEGISLATORE

Sollecitato ad intervenire dai vuoti normativi creati dai colpi di scure della Consulta, nonché da una sistematica denuncia – da parte della dottrina e della giurisprudenza – di

¹⁶³ Così Corte cost., sent. n. 1102 del 1988, in www.cortecostituzionale.it, con cui la Consulta ha censurato anche il terzo comma dell'art. 219 c.p., laddove, per i casi previsti, non stabilisce la necessità di un accertamento della pericolosità del soggetto di cui viene disposto il ricovero in una casa di cura e di custodia anche al momento dell'esecuzione di tale misura. Per un approfondimento, si veda oltre, nota 57. Per un esame delle pronunce di incostituzionalità concernenti altri profili del sistema codicistico delle misure di sicurezza, si veda F. BRICOLA, *Il II e il III comma dell'art. 25 cit.*, p. 302 ss.

¹⁶⁴ Per una critica al *self-restraint* della Corte sul punto, si veda A. MANNA, *Le misure di sicurezza cit.*, p. 343 ss.

un sistema avvertito ogni giorno di più come illegittimo, il legislatore decide di attivarsi, approvando la legge del 10.10.1986, n. 663, che introduce “Modifiche alla legge sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà”. Si tratta, nello specifico, di una riforma passata “in sordina” – in quanto inserita in un provvedimento disciplinante materie diverse dalle misure di sicurezza – ma di portata dirimpente. Infatti, l’art. 31 dispone l’abrogazione dell’art. 204 c.p., prevedendo al contempo che “tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui che ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa”¹⁶⁵.

Nel fornire una soluzione alla *vexata quaestio* delle presunzioni, la novella legislativa sollevava al contempo alcuni dubbi interpretativi. In particolare, posto che l’art. 31 della legge citata disponeva in ordine alla necessità che in fase di cognizione, cioè nel momento in cui la misura di sicurezza viene applicata, debba essere sempre accertata l’esistenza della pericolosità sociale dell’agente, parte della dottrina ha ritenuto di ampliare la portata della norma, in modo da comprendere anche la necessità di accertamento della persistenza della pericolosità nel momento in cui la misura stessa deve essere eseguita¹⁶⁶.

In diversa prospettiva si pone, invece, chi sostiene che la riforma avrebbe abolito solo le presunzioni di persistenza e non quelle di esistenza della pericolosità sociale. L’assunto si basa sulla considerazione della collocazione della norma abrogatrice che, inserita in una legge di riforma dell’ordinamento penitenziario, farebbe propendere per un’interpretazione volta a valorizzarne gli effetti sul solo piano dell’esecuzione: è, cioè, in tale fase che dovrebbe procedersi all’accertamento effettivo della persistenza

¹⁶⁵ Per un commento all’art. 31, l. n. 663/1986, si vedano A. CALABRIA, *Sul problema dell’accertamento della pericolosità sociale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 762 ss.; E. FASSONE – T. BASILE – G. TUCCILLO, *La riforma penitenziaria. Commento teorico pratico alla l. 663/1986*, Napoli, 1987, p. 194 ss.; G. LA GRECA, *Commento all’art. 31, l. 10.10.1986, n. 663*, in *Legisl. pen.*, 1987, p. 238 ss.; M. MANTOVANI, *Le misure di sicurezza cit.*, p. 616 ss.; G. PONTI – I. MARZAGORA – G. PONTI, *La abolizione delle presunzioni di pericolosità sociale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1987, p. 17 ss.

¹⁶⁶ Così, M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, p. 458; E. FASSONE – T. BASILE – G. TUCCILLO, *La riforma penitenziaria cit.*, p. 195; G. LA GRECA, *Commento all’art. 31, l. 10.10.1986, n. 663 cit.*, p. 238; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale cit.*, p. 659; G. PONTI – I. MARZAGORA – G. PONTI, *La abolizione delle presunzioni di pericolosità sociale cit.*, p. 26. Si veda, in particolare, F. MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, p. 683, il quale specifica che la riforma avrebbe abrogato le presunzioni di esistenza e di persistenza della pericolosità, non anche, invece, le fattispecie presuntive specifiche (artt. 102, 219 ss.), trasformate in fattispecie indizianti di pericolosità, che deve comunque essere accertata in concreto. Per un’analisi dei riflessi della riforma sulle singole fattispecie presuntive di pericolosità, si vedano A. GARGANI, *Le misure di sicurezza cit.*, p. 478; M. MANTOVANI, *Le misure di sicurezza cit.*, p. 624 ss.

pericolosità, la cui esistenza è già stata oggetto di valutazione. Inoltre, si fa leva sull'abrogazione del solo art. 204 c.p. e non, invece, delle norme concernenti le singole ipotesi presuntive, e su considerazioni di ordine pratico, in quanto, interpretando altrimenti la novella legislativa, si correrebbe il rischio di sopprimere di fatto la stessa pericolosità sociale¹⁶⁷.

All'opposto, si è sostenuto che la riforma avrebbe eliminato le presunzioni di esistenza della pericolosità, non già di persistenza della stessa. A sostegno dell'interpretazione in parola si richiama, innanzitutto, il dato testuale offerto dalla legge del 1986, che individua il momento dell'accertamento della pericolosità nella fase in cui le misure vengono ordinate, cioè applicate nel giudizio di cognizione. Inoltre, la legge di riforma ha abrogato anche il secondo comma dell'art. 204 c.p., in cui erano previsti espressamente determinati casi in cui veniva meno la presunzione di persistenza della pericolosità. Infine, nell'art. 31 della l. 663 non è stato inserito un obbligo esplicito di un nuovo accertamento della pericolosità, al momento dell'inizio dell'esecuzione della misura di sicurezza. Di conseguenza, l'accertamento in oggetto dovrebbe effettuarsi nel solo momento del giudizio di cognizione¹⁶⁸.

¹⁶⁷ A. CALABRIA, *Le presunzioni di pericolosità nella giurisprudenza della Corte costituzionale prima e dopo la legge abrogatrice del 1986*, in *Giur. cost.*, 1989, p. 383 s.

¹⁶⁸ A. MANACORDA, *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza: due momenti distinti per l'accertamento della pericolosità sociale*, in *Foro it.*, 1987, I, p. 329 s.; M. MANTOVANI, *Le misure di sicurezza cit.*, p. 622. Si tratta dell'orientamento accolto dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 1102 del 1988 cit. e dalla Corte di Cassazione, nelle ordinanze di rimessione della *quaestio* di legittimità. Invero, nella sentenza del 1988, la Consulta è chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 219, comma 3, c.p., nella parte in cui non subordina il provvedimento di ricovero in una casa di cura e di custodia dell'imputato condannato per delitto non colposo ad una pena diminuita per cagione di infermità psichica, al previo accertamento da parte del giudice dell'esecuzione della persistente pericolosità sociale derivante dall'infermità medesima al tempo della sua esecuzione. Secondo la Cassazione – giudice rimettente – a seguito della riforma legislativa, l'accertamento della pericolosità sociale dell'imputato è riferito al momento in cui il giudice applica, con la sentenza di condanna, la misura del ricovero in una casa di cura e di custodia e non al momento della sua esecuzione, il cui inizio si verificherà, soprattutto nel caso di condanna a pena detentiva particolarmente elevata, dopo un notevole lasso temporale. In un primo momento, la Consulta dispone la restituzione degli atti al giudice *a quo*, per valutare nuovamente la questione alla luce dell'intervenuta abrogazione delle presunzioni di pericolosità ad opera della legge n. 663/1986. La Cassazione, tuttavia, ripropone la questione di legittimità costituzionale, sulla base del fatto che la riforma avrebbe abrogato le sole presunzioni di pericolosità in sede applicativa e non esecutiva. In particolare, l'ultimo comma dell'abrogato art. 204 c.p., prevedeva che l'esecuzione della misura aggiunta a pena non detentiva fosse subordinata all'accertamento della pericolosità del condannato, mentre non era previsto analogo accertamento per il caso di misura di sicurezza aggiunta a pena detentiva. Dunque, sia la Corte costituzionale, che la Corte di Cassazione accolgono un'interpretazione "limitante" dell'art. 31, legge n. 663 del 1986, che si sarebbe limitato a "ripetere" quanto già affermato nell'abrogato primo comma dell'art. 204 c.p., richiedendo l'accertamento della pericolosità con riferimento solo al momento in cui la misura viene disposta e non anche al momento della sua esecuzione. Per un commento alla sentenza della Consulta, si veda A. CALABRIA, *Le*

Il problema dell'esatta portata da attribuire alla norma in commento, dovuto al fatto che la legge, abolendo le presunzioni di pericolosità, non prevedeva al contempo una norma che risolvesse il problema dell'eventuale sfasatura temporale che può crearsi tra il momento in cui la misura viene ordinata dal giudice della cognizione e quello in cui viene concretamente eseguita, sembra oggi superato, con l'introduzione nel nuovo codice di procedura penale dell'art. 679, che afferma l'obbligo per il magistrato di sorveglianza di procedere all'accertamento della pericolosità sia quando è egli stesso ad ordinare le misure, sia quando deve dare esecuzione a quelle ordinate nel giudizio di cognizione.

La norma, dunque, risolvendo il problema dei rischi derivanti da un possibile scarto temporale tra il momento di applicazione e quello di esecuzione delle misure, si pone in linea con l'insegnamento della Consulta, escludendo il rischio che una misura di sicurezza sia ordinata in assenza del presupposto soggettivo della pericolosità dell'autore del reato.

3) L'ACCERTAMENTO DELLA PERICOLOSITÀ SOCIALE. PROFILI PROBLEMATICI DEL GIUDIZIO PROGNOSTICO

A seguito della riforma di cui si è parlato sopra, allo stato attuale l'accertamento della pericolosità deve sempre precedere l'applicazione della misura di sicurezza.

Posto che, ai sensi dell'art. 205 c.p., le misure di sicurezza sono di regola applicate dal giudice con la sentenza di condanna o di proscioglimento ed eccezionalmente possono essere ordinate con provvedimento successivo¹⁶⁹, l'accertamento della pericolosità è un onere che incombe non solo sul giudice della cognizione, al momento dell'applicazione della misura, ma altresì sul magistrato di sorveglianza, in fase di esecuzione della stessa. Al riguardo, interviene l'art. 679 c.p.p., per cui il magistrato di sorveglianza deve

presunzioni di pericolosità nella giurisprudenza della Corte costituzionale prima e dopo la legge abrogatrice del 1986, in *Giur. cost.*, 1989, p. 377 ss.

¹⁶⁹ L'art. 205, comma 2, c.p. prevede che le misure di sicurezza "possono essere ordinate con provvedimento successivo: 1) nel caso di condanna, durante l'esecuzione della pena o durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena; 2) nel caso di proscioglimento, qualora la qualità di persona socialmente pericolosa sia presunta, e non sia decorso un tempo corrispondente alla durata minima della relativa misura; 3) in ogni tempo, nei casi previsti dalla legge".

accertare in concreto la pericolosità sociale non solo quando ordina le misure, *ex art.* 205 comma 2 c.p., ma anche quando deve provvedere, ai sensi dell'art. 649 c.p.p., all'esecuzione di quelle disposte nel giudizio di cognizione.

Ciò premesso, oggetto dell'accertamento è la c.d. "fattispecie soggettiva di pericolosità"¹⁷⁰ e il relativo giudizio si divide in due momenti: il primo ha ad oggetto l'analisi della personalità del soggetto in base ai criteri indicati dall'onnicomprendivo articolo 133 c.p.; il secondo riguarda la formulazione di un giudizio di prognosi criminale¹⁷¹.

Il capitolo della predizione del comportamento criminale presenta molteplici difficoltà, a partire dai metodi di accertamento. Ne sono stati proposti diversi e nessuno di essi è andato esente da critiche.

Secondo il c.d. metodo statistico (e quello c.d. strutturale, che ne costituisce una derivazione), dovranno essere rilevati, nel caso sottoposto a giudizio, degli elementi "predisponenti" alla recidiva, standardizzati sulla base dell'osservazione di un certo numero di ipotesi. In altre parole, dovranno essere presi in considerazione quei fattori studiati su larga scala, che permettono l'attribuzione di un punteggio a fattori positivi e negativi di prognosi.

Si tratta di un metodo che non valuta puntualmente la possibilità di ricaduta nel delitto del soggetto sottoposto a giudizio, ma si limita a sussumerlo in un gruppo – sempre che ne esista uno di riferimento – per il quale sarà stata stimata una certa percentuale di

¹⁷⁰ Così si esprime P. NUVOLONE, *L'accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione cit.*, p. 19 s., secondo il quale la stessa si risolverebbe nel possesso di qualità che permettono una prognosi di recidiva e si differenzerebbe dalla fattispecie oggettiva di reato e dalla fattispecie soggettiva di colpevolezza. Infatti, "si distingue dalla fattispecie oggettiva, in quanto questa si identifica in un accadimento storicamente circoscritto che si inquadra nella cornice di un fatto tipico astratto; si distingue dalla fattispecie soggettiva di colpevolezza, in quanto questa si identifica in una relazione psichica tra il soggetto e quell'accadimento, relazione inquadrabile anch'essa in un tipo astratto...la fattispecie soggettiva di pericolosità, in sé e per sé, non ha alcun riferimento al fatto storico concreto, è un modo di essere del soggetto di fronte all'oggetto: è una qualità del soggetto da cui si induce la probabilità che esso commetta nuovi reati. La fattispecie soggettiva di pericolosità, quindi, è disancorata completamente dalla fattispecie tipica oggettiva, anche se il fatto concreto realizzato costituisce il punto di partenza del giudizio, e, in un certo senso, il sintomo della sua esistenza. Mentre la fattispecie soggettiva di colpevolezza è ancora una qualificazione del fatto, la fattispecie soggettiva di pericolosità è una qualificazione del soggetto. Ed è una qualificazione che, per sua natura, non soffre altra tipizzazione se non quella, amplissima, che deriva dalla definizione stessa di pericolosità, potendo così comprendere una serie di contenuti astratti praticamente indefinita. Il che non può avvenire, ed è ovvio, della fattispecie soggettiva di colpevolezza".

¹⁷¹ G. GRASSO, *sub art. 203*, in *Commentario sistematico del codice penale, III, Artt. 150-240*, a cura di M. Romano – G. Grasso – T. Padovani, Milano, 2011, p. 470; F. MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, p. 679; P. NUVOLONE, *L'accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione cit.*, p. 6

recidiva. Si è detto, in particolare, che il metodo in commento, “come qualsiasi legge statistica, si espone ai limiti dei giudizi generalizzanti, perché trascura le specificità del caso concreto”¹⁷², e si risolve “in una forma di «matematica dell’anima», che trascura contraddittoriamente l’uomo come unità e pretende di fissare le componenti dell’agire umano sulla base di numeri”¹⁷³. L’utilizzazione di schemi all’interno dei quali inserire il soggetto esaminato non offre risultati attendibili, “per l’incompletezza della base prognostica, in cui possono trovare spazio solo frammentari elementi orientati al passato (e la cui rilevanza è pesata in modo standardizzato), con esclusione quindi sia di variabili personali che, nel caso concreto, potrebbero rivelarsi decisive, sia di ogni considerazione per l’interazione che con la carriera criminale del reo potrebbe avere lo stesso trattamento penale”¹⁷⁴.

Inoltre, si lamenta l’assenza di una teoria che, al termine dell’analisi individuale e della conseguente attribuzione di una “punteggio”, riesca a giustificare il motivo per cui quel determinato soggetto si asterrà in futuro dal commettere reati o, al contrario, probabilmente ricadrà nel delitto¹⁷⁵.

Diverso, invece, è il c.d. metodo clinico, che si basa sull’analisi psichiatrica della personalità del soggetto, ammissibile, tuttavia, nei soli sistemi che non stabiliscono preclusioni di alcun tipo ai fini prognostici (come avviene, invece, in Italia, con la previsione dell’art. 220 c.p.p.). Seppur si tratti di una tecnica che presenta l’indubbio merito di comprendere tutti i fattori soggettivi che potrebbero assumere rilievo nella prognosi, comporta anche notevoli limiti derivanti dalla mancata considerazione dei fattori esterni che potrebbero influenzare l’individuo (poiché l’analisi si concentra solo sul paziente). Inoltre, si tratta di un giudizio eccessivamente soggettivizzato, a causa della peculiare formazione del perito e del suo personale punto di vista clinico, dal quale ultimo esulano le ricerche volte a stabilire una correlazione tra caratteristiche soggettive e possibilità che il soggetto in futuro violi o meno la legge penale¹⁷⁶.

¹⁷² M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario cit.*, p. 111

¹⁷³ E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 196

¹⁷⁴ L. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario cit.*, p. 584 s.

¹⁷⁵ L. MONACO, *Prospettive dell’idea dello “scopo” nella teoria della pena cit.*, p. 130 ss. Si vedano, altresì, in senso critico, T. BANDINI – U. GATTI – M.I. MARUGO – A. VERDE, *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, Milano, 1991, p. 253 ss.

¹⁷⁶ T. BANDINI – U. GATTI – M.I. MARUGO – A. VERDE, *Criminologia cit.*, p. 252 s.; M. T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile “pericoloso”*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 13; L. DE

Sicuramente più affidabile il c.d. metodo combinato, che si basa sull'analisi psichiatrica e su dati statistici, anche se si tratta di un giudizio difficilmente attuabile per gli elevati costi dovuti alla creazione di un *pool* di esperti psichiatri, psicologi e sociologi¹⁷⁷.

Infine, può essere utilizzato il c.d. metodo intuitivo (*rectius*: approssimativo), per cui il giudice procederà alla valutazione della personalità dell'imputato sulla base della sua personale esperienza. Di tutta evidenza i risvolti negativi che comporta un tale tipo di giudizio: incertezza, eccessivo soggettivismo – in dipendenza della formazione culturale del soggetto giudicante – e mancanza di scientificità¹⁷⁸.

Tuttavia, nonostante i suoi macroscopici vizi, l'ultimo metodo indicato è proprio quello accolto in giurisprudenza: l'attribuzione della qualifica di soggetto socialmente pericoloso è affidata completamente all'intuizione del giudice. A seconda del caso concreto sottoposto a giudizio, si potrà “attribuire rilievo a qualsiasi elemento ritenuto utili ai fini dell'accertamento”¹⁷⁹.

Posto che l'incertezza accompagna tutti i giudizi predittivi – essendo la prognosi *ex se* priva di garanzie – essa è nettamente più elevata nella valutazione della pericolosità sociale, data l'assenza di metodi condivisi, su cui poter fare certo affidamento della valutazione della probabilità di recidiva.

La maggiore attendibilità possibile potrebbe aversi con metodi integrati, di difficile accoglimento per l'elevata complessità, per gli alti costi di perizie collegiali e per il perdurante scetticismo sull'accoglimento delle istanze della criminologia nel processo penale¹⁸⁰.

CATALDO NEUBURGER, *Il carattere, i motivi, la condotta e l'ambiente come indizi di personalità, di capacità a delinquere e di pericolosità*, in *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, a cura di G. Gulotta, Milano, 1987, p. 261 ss.; L. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario cit.*, p. 586; E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 193 s.; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario cit.*, p. 111 s.

¹⁷⁷ M. T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile “pericoloso” cit.*, p. 14; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario cit.*, p. 112

¹⁷⁸ E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 192 s; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario cit.*, p. 112 s.

¹⁷⁹ Così Cass. pen., sez. III, 12.4.1989, n. 5133, in *CED Cass.*, rv. 181003. Più di recente, nello stesso senso, si vedano Cass. pen., sez. I, 8.3.2007, n. 9847, in *CED Cass.*, rv. 236287; Cass. pen., sez. III, 10.11.2006, n. 37286, in *CED Cass.*, rv. 236272; Cass. pen., sez. VI, 14.1.2003, n. 1313, in *CED Cass.*, rv. 223062; Cass. pen., sez. I, 19.1.1994, n. 507, in *CED Cass.*, rv.196113.

¹⁸⁰ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario cit.*, p. 344 ss.

Applicando il metodo intuitivo, come avviene in giurisprudenza, la valutazione potrebbe essere falsata dalla contingenza della situazione, che potrebbe portare ad una sopravvalutazione del pericolo sulla base della sensibilità del giudicante.

Va da sé che l'alea insita nella prognosi implica la possibilità di commissione di errori, cioè potrebbe valutarsi non pericolosa una persona che, invece, commette un reato non appena rimessa in libertà (falso negativo), oppure potrebbe valutarsi pericolosa una persona che non presenta alcun rischio di recidiva (falso positivo). Ovviamente, solo il primo tipo di errore è verificabile, sicché il giudice potrebbe essere indotto ad applicare una misura di sicurezza ad un soggetto che in realtà non è pericoloso, per l'impossibilità di smentita, piuttosto che lasciare in libertà un individuo che potrebbe sconfessare i risultati del giudizio. Ed è altrettanto chiaro che il vero problema consiste nell'evitare i falsi positivi, perché solo questi si ripercuotono sull'individuo e sulla sua libertà.

Parte della dottrina ha suggerito di ripartire il rischio del giudizio predittivo attraverso il ricorso alle massime "*in dubio pro reo*" e "*in dubio contra reum*". Precisamente, gli effetti del dubbio insito nella predizione potranno ripercuotersi sul colpevole (*in dubio contra reum*), se il legislatore adotta una formulazione "in positivo" (ad esempio, dice "se il giudice presume che il reo si asterrà", come avviene nell'art. 164 c.p.). Al contrario, se opta per una formulazione "in negativo" (ad esempio, afferma "il giudice presume che il reo non si asterrà", come nell'art. 58, l. 689/1981), allora verrà in rilievo la più garantistica massima *in dubio pro reo*. L'esito della prognosi a favore o a danno del reo, dunque, dipenderebbe dalla configurazione testuale della norma¹⁸¹.

Si tratta, tuttavia, di una proposta che non può essere accolta, perché si attribuirebbe rilievo ad un fattore casuale come la scelta della formulazione legislativa, che dovrebbe al più servire come linea guida per l'interprete. Inoltre, il criterio dell'"*in dubio*" serve per disciplinare ipotesi residuali di dubbi invincibili nell'accertamento del fatto e non si presta, dunque, ad essere utilizzato nel caso in cui proprio l'incertezza costituisce la regola¹⁸².

In alternativa, il deficit di determinatezza del giudizio prognostico potrebbe essere superato con la previsione, da parte del legislatore, dell'esatto livello di pericolosità (espresso, ad esempio, in termini percentuali) il superamento del quale comporterebbe

¹⁸¹ L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena cit.*, p. 141 ss.

¹⁸² L. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario cit.*, p. 587 s.

l'applicazione della misura di sicurezza. Anche tale soluzione, però, non è percorribile, a causa dell'estrema arbitrarietà della determinazione del grado di probabilità necessario e sufficiente per poter affermare che una persona è pericolosa¹⁸³.

Dunque, il giudizio di pericolosità pecca di determinatezza sotto molteplici profili: nella base della formulazione, essendo l'art. 133 c.p. inadeguato allo scopo; nei criteri, affidati all'intuito del giudice; nella determinazione del grado di probabilità che rileva ai fini del giudizio.

Ciò ha portato alcuni Autori a ritenere il sistema codicistico di accertamento della pericolosità sociale in contrasto con la Costituzione. Precisamente, se si ritiene che l'art. 25, comma 3, Cost. preveda il requisito della pericolosità sociale, l'accertamento della stessa dovrebbe essere razionale e scientifico, pena la perdita di efficacia della previsione. Inoltre, le norme che prevedono le misure di sicurezza urterebbero contro il principio di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, Cost., poiché sarebbero trattate diversamente situazioni identiche, essendo impossibile procedere ad una loro distinzione sulla base del presupposto soggettivo della pericolosità¹⁸⁴.

In ogni caso, è di tutta evidenza l'attenuazione del principio di legalità, in quanto – come precisato nel capitolo precedente – l'indeterminatezza del giudizio probabilistico non è temperata dalla previsione legislativa di criteri determinati da utilizzare nella formulazione del giudizio. Il richiamo all'art. 133 c.p. – il quale serve anche per la commisurazione della pena, dunque per scopi del tutto diversi – non sarebbe affatto sufficiente a garantire il rispetto del principio di legalità¹⁸⁵.

¹⁸³ L. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario cit.*, p. 582 s.

¹⁸⁴ G. CERQUETTI, *Riflessioni sulla pericolosità sociale cit.*, p. 477 ss., il quale giunge alla conclusione dell'incostituzionalità, nell'attuale momento storico, di ogni sistema che preveda misure di sicurezza.

¹⁸⁵ G. BETTIOL, *I problemi di fondo delle misure di sicurezza cit.*, p. 16; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale cit.*, p. 408; P. NUVOLONE, *Pericolosità sociale dell'azione, pericolosità sociale del delinquente e problema della legalità*, in *Indice pen.*, 1967, p. 3 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, p. 851 s. Si veda, A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997, p.68 ss., per il quale sarebbe violato l'art. 25, comma 3, Cost., in quanto l'art. 203 c.p. rinvia a criteri vaghi e, inoltre, il fatto di reato non ha la stessa importanza assunta in sede di commisurazione della pena, sicché tutto il "peso" ricadrebbe sulla capacità a delinquere che, nonostante il più elevato grado probabilistico richiesto per la pericolosità sociale, non riesce a rendere "tassativo" il giudizio prognostico. Posto che il problema non si poneva con le presunzioni di pericolosità stabilite originariamente dal codice, nel momento in cui queste vengono meno, viene alla luce un nuovo vizio di costituzionalità del sistema, ovvero il contrasto con il principio di determinatezza, quindi con quello di legalità, del requisito della pericolosità sociale.

È stata suggerita, da parte di una dottrina attenta a contemperare le opposte esigenze della certezza giuridica e dell'attendibilità del giudizio prognostico-personologico, la creazione di fattispecie legali di pericolosità sociale criminologicamente fondate, cioè basate sulle acquisizioni delle scienze antropologiche e che si avvicinino il più possibile alla pericolosità naturale, limitando in tal modo la discrezionalità del giudice. Sarebbe auspicabile, quindi, una riforma dell'art. 133 c.p. o, meglio, l'introduzione di un nuovo articolo appositamente dettato per il giudizio di pericolosità, che stabilisca criteri più chiari ed univoci di quelli attuali, prevedendo un elenco tassativo degli elementi valutabili. Si creerebbero, in tal modo, delle fattispecie normative di pericolosità (o fattispecie soggettive), che limiterebbero il compito del giudice ad una mera operazione di sussunzione del caso concreto nello schema descrittivo indicato dalla norma¹⁸⁶.

Invero, una proposta di questo tipo cela – dietro le migliori apparenze – una presunzione, eco di un sistema che, nonostante le svariate imperfezioni tratteggiate in precedenza, stenta ad essere superato per le garanzie e le certezze applicative che sottende. La proposta per cui la legge dovrebbe prevedere situazioni da considerare quali indizi di pericolosità, creando “tipi d'autore”, implica una disciplina interamente fondata su presunzioni normative, cioè il legislatore effettuerebbe delle valutazioni che ritiene di non dover (o poter) demandare al giudice¹⁸⁷. Inoltre, si reputa inaccettabile la determinazione della fattispecie soggettiva di pericolosità – che cristallizzerebbe uno stato personale sulla sola base di fattori bio-psichici – per l'unilateralità di una spiegazione che non prende in considerazione anche fattori esterni al soggetto, l'influenza del sostrato sociale sulla criminalità¹⁸⁸.

Un altro profilo discusso dell'accertamento dello *status* di soggetto pericoloso riguarda la mancata delimitazione, ad opera del legislatore, dei reati oggetto del giudizio prognostico, giacché, ai fini della sua formulazione, assume rilievo qualunque illecito penale che il soggetto potrebbe commettere in futuro, anche se di minore gravità. Ciò

¹⁸⁶ P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione cit.*, p. 178; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale cit.*, p. 409

¹⁸⁷ I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 191 ss., il quale, tuttavia, riconosce il pregio della soluzione proposta da Nuvolone: “le nuove fattispecie normative avrebbero il merito, da un lato, di eliminare dalla sfera di giudizio quei fattori che in questo campo non giocano alcun ruolo (o ne giocano uno scarsissimo) e, dall'altro lato, di vincolare il giudice ad una certa congruità ed uniformità d'esame, chiarendogli quanto meno in che senso deve tener conto dei dati rilevanti”.

¹⁸⁸ E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva cit.*, p. 184

contrasterebbe con il principio di proporzione, che comporta una limitazione del giudizio di probabilità di futura commissione di reati solo a quelli di una certa rilevanza, ossia la misura dovrebbe essere proporzionata ai reati che il soggetto prevedibilmente potrà in essere ed al pericolo originato¹⁸⁹.

Inoltre, dovrebbe essere valorizzato anche il reato concretamente realizzato, attraverso una stretta correlazione tra illecito posto in essere e condizione personale del soggetto, in modo da escludere la rilevanza di fatti occasionali e non costituenti manifestazione di uno stato pericoloso¹⁹⁰.

Per la verità, lo stesso legislatore ha mosso alcuni (piccoli) passi in tal senso. Innanzitutto, il d.P.R. n. 448 del 22.9.1988, all'art. 37, secondo comma, prevede la possibilità di applicare al minore una misura di sicurezza, in presenza di una pericolosità specifica, cioè solo quando “per le specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità dell'imputato, sussiste il concreto pericolo che questi commetta delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro la sicurezza collettiva o l'ordine costituzionale ovvero gravi delitti di criminalità organizzata”. Ai fini del giudizio sulla probabilità di ricaduta nel delitto, inoltre, il giudice dovrà tener conto anche del contesto familiare in cui vive il minore, previsione che induce a riflettere sul reale apporto dell'ambiente circostante sulla prognosi di recidiva¹⁹¹.

Inoltre, sul piano delle misure di sicurezza in generale, la legge n. 40 del 8.3.2001 ha inserito un secondo comma nell'art. 211 *bis* c.p. – a sua volta introdotto solo due anni prima, con legge n. 231 del 1999 – in cui si prevede che, nel caso di rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione di cui agli artt. 146 e 147 c.p. estesi alle sanzioni in commento, “se la misura di sicurezza deve essere eseguita nei confronti dell'autore di un delitto consumato o tentato commesso con violenza contro le persone ovvero con l'uso di armi e vi sia concreto pericolo che il soggetto commetta nuovamente uno dei

¹⁸⁹ G. GRASSO, sub *art. 203 cit.*, p. 471; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario cit.*, p. 115. Per un esame del principio di proporzione in funzione di limitazione del giudizio di pericolosità con riferimento all'infermo di mente, si veda il capitolo successivo.

¹⁹⁰ L. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario cit.*, p. 591; F. MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, p. 676 s.

¹⁹¹ L. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario cit.*, p. 629 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, p. 734 ss.; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario cit.*, p. 186

delitti indicati il giudice può ordinare il ricovero in una casa di cura e di custodia o in altro luogo di cura comunque adeguato alla situazione o alla patologia della persona”¹⁹². Pertanto, è indubbio che entrambe le novelle legislative hanno introdotto concetti di pericolosità sociale più precisi di quello generico dell’art. 203 c.p., in modo da delimitare il più possibile gli sfumati confini di un giudizio incerto, sia nei presupposti (data l’ampia discrezionalità attribuita al giudice dall’onnicomprendente art. 133 c.p.) che negli esiti.

Va segnalato, infine, che con il d.l. n. 52 del 2014, conv. in l. n. 81 del 2014, è stato introdotto un limite al giudizio di pericolosità sociale dei soggetti infermi e seminfermi di mente, consistente nell’impossibilità di considerare nell’accertamento le condizioni di cui all’art. 133, comma 2, n. 4, c.p. La modifica introdotta – che verrà trattata nel prosieguo – non restringe, dunque, il novero dei reati alla base della prognosi o oggetto della stessa, ma si limita ad incidere sulla discrezionalità del giudice nella valutazione delle condizioni dell’imputato.

Il momento di crisi che sta attraversando (e non da pochi anni) l’istituto della pericolosità sociale, e che coinvolge sia il fondamento scientifico che la sua praticabilità concreta – anche quando il giudice si avvale di un supporto per l’accertamento della pericolosità nei casi di infermità psichica, di cui si parlerà nel dettaglio oltre –, potrebbe essere superato con una riforma generale del sistema che, circoscrivendo il più possibile l’incertezza connaturata ad ogni giudizio naturalistico, si muova nel senso di una limitazione della base del giudizio di pericolosità sociale, attraverso una definizione più accurata e determinata della stessa, e dei reati oggetto di predizione¹⁹³.

¹⁹² M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario cit.*, p. 186. Si tratta, in realtà, di norma che ha sollevato non pochi problemi circa il suo corretto inquadramento nella disciplina codicistica. Infatti, non sembrerebbe una nuova misura di sicurezza, quanto piuttosto una misura “cautelare” *ad hoc*, per il caso in cui, dovendosi rinviare l’esecuzione della misura di sicurezza, il giudice si trovi di fronte ad un soggetto connotato da una spiccata pericolosità sociale. Per un commento, si vedano V. CACCAMO, sub *art. 211 bis*, in *Codice penale*, I, a cura di T. Padovani, Milano, 2011, p. 1524 ss.; F. ZAVATARELLI, sub *art. 211 bis*, in *Codice penale commentato*, a cura di G. Marinucci – E. Dolcini, Milano, 2011, p. 2249 ss.

¹⁹³ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario cit.*, p. 184

4) EQUILIBRISMI DOGMATICI. LA PERICOLOSITÀ SOCIALE IN RAPPORTO ALLA CAPACITÀ A DELINQUERE

L'art. 203 c.p., come precisato, stabilisce al secondo comma che la qualifica di persona socialmente pericolosa deve essere desunta dagli elementi indicati nell'art. 133 c.p.¹⁹⁴, norma – quest'ultima – che già di per sé solleva non poche questioni nel capitolo della commisurazione della pena, sia per la breccia che apre nel “muro” della tassatività – minando le solide fondamenta poste dal principio di legalità –, sia per il valore che deve essere attribuito agli indici indicati, nella fase interpretativa e, soprattutto, al momento dell'applicazione, e che presenta risvolti ancor più problematici quando viene utilizzata nel giudizio di pericolosità. In particolare, la discussione ha coinvolto l'esatta delimitazione dei confini della capacità a delinquere, in relazione alla pericolosità sociale.

Circa il concetto di capacità a delinquere, possiamo rilevare che, sconosciuto al codice penale Zanardelli, viene introdotto nel codice del 1930, quale compromesso fra le opposte istanze delle Scuole Classica e Positiva. L'ambiguità della formula compromissoria ha dato il via a numerose interpretazioni, diverse a seconda della direzione verso la quale orientare il giudizio, al passato o verso il futuro¹⁹⁵. Così, essa è stata definita quale “criminalità virtuale o latente dell'individuo”¹⁹⁶, o all'opposto “gravità attuale e immanente”¹⁹⁷, “il grado della colpa in senso lato, o colpevolezza, manifestata dal soggetto con l'azione posta in essere”¹⁹⁸, “l'attitudine a commettere reati”¹⁹⁹, la semplice “personalità dell'autore del reato”²⁰⁰, un “grado diverso, meno

¹⁹⁴ Per un'analisi dei criteri guida per la determinazione della pericolosità di un soggetto, elaborati dalla dottrina prima dell'introduzione del codice penale, si veda L. JIMÉNEZ DE ASUA, *La pericolosità. Nuovo criterio per il trattamento repressivo e preventivo*, Torino, 1923, p. 37 ss.

¹⁹⁵ Analizzano l'evoluzione del concetto e la scelta legislativa, F. ANTOLISEI, *La capacità a delinquere*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 172 ss.; A. CASALINUOVO, *La capacità a delinquere nella teoria del reato e della pericolosità*, Catanzaro, 1943, p. 28 ss.; O. CUSTODERO, *Capacità a delinquere e commisurazione della pena: problemi ed orientamenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 78 ss.; G. DELL'OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Milano, 1985, p. 45 ss.; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p. 25 ss.; G. GUARNERI, voce *Capacità a delinquere*, in *Noviss. Dig. It.*, II, Torino, 1958, p. 867 ss.

¹⁹⁶ F. ANTOLISEI, *La capacità a delinquere cit.*, p. 176

¹⁹⁷ G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale, I, Parte generale*, Bologna, 1943, p. 656

¹⁹⁸ B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica cit.*, p. 155

¹⁹⁹ P. NUVOLONE, *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale cit.*, p. 581

elevato di pericolosità²⁰¹, o una “colpa al di fuori della colpa...un passo verso la colpa per la condotta di vita”²⁰².

Posto che il rinvio operato dall’art. 203 c.p. all’art. 133 c.p. deve essere inteso come richiamo ad entrambi i parametri indicati da quest’ultima norma, ovviamente la discussione si concentra solo sul rapporto intercorrente tra capacità a delinquere e pericolosità sociale, poiché nel giudizio prognostico sarà necessario far riferimento soprattutto alla seconda parte dell’art. 133 c.p. Infatti, mentre la prima parte della norma prende in esame il fatto storico, sempre uguale a dispetto degli scopi del giudizio, la seconda riguarda più specificamente la personalità del soggetto.

I medesimi elementi, pertanto, servono sia per il giudizio di commisurazione della pena, sia per quello di pericolosità sociale – chiara espressione dell’”unità dualistica”²⁰³ del codice penale – e la legge non offre all’interprete alcun indizio²⁰⁴ che lo possa guidare nell’esatta delimitazione dei due concetti che, nonostante le opinioni contrarie²⁰⁵, sono evidentemente differenti, essendo la valutazione concernente la capacità a delinquere un giudizio di valore mentre quella sulla pericolosità sociale una prognosi priva di considerazioni morali. Invero, i rapporti tra le due nozioni possono essere impostati

²⁰⁰ A. CASALINUOVO, *La capacità a delinquere nella teoria del reato e della pericolosità cit.*, p. 65 s.

²⁰¹ A. DE MARSICO, *Diritto penale cit.*, p. 278

²⁰² G. DELL’OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale cit.*, p. 66

²⁰³ L’espressione è di P. NUVOLONE, *L’accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione cit.*, p. 7

²⁰⁴ Per una ricostruzione dei criteri di cui all’art. 133 c.p. alla luce dell’art. 27 Cost. (dal quale potrebbe desumersi un’indicazione sulla preminenza di alcuni indicatori, rispetto ad altri), si veda E. DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci – E. Dolcini, Milano, 1985, p. 271 ss.

²⁰⁵ Si tratta della tesi dell’inscindibilità dei concetti, sostenuta dai Positivisti. Si veda, per tutti, F. GRISPIGNI, *La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato cit.*, p. 97 ss., il quale fonda la tesi della coincidenza su quanto affermato nella Relazione al Progetto definitivo del codice penale, in cui la capacità a delinquere viene definita quale “attitudine dell’individuo alla violazione delle norme giuridiche penali”. La nozione coincide, dunque, con quella di pericolosità: infatti, per l’Autore una persona con un’attitudine a violare la legge è indubbiamente pericolosa. Le conclusioni sarebbero ulteriormente giustificate dalla circostanza che nel Progetto preliminare al codice si prevedeva che il giudice dovesse tener conto – nella determinazione della pena – anche della malvagità e della pericolosità criminale, espressione poi sostituita in sede definitiva da quella di “capacità a delinquere”: anche nella determinazione della pena, quindi, dovrà tenersi conto della pericolosità. Infine, per giustificare il fatto che la pericolosità viene in considerazione nel sistema codicistico solo per l’applicazione delle misure di sicurezza, l’Autore ricorda che in tali casi il reo non è imputabile oppure la pena è da sola insufficiente ad estinguere la capacità a delinquere. Per una critica alla teoria del Grispigni, si vedano, F. ANTOLISEI, *La capacità a delinquere cit.*, p. 173 s.; A. CASALINUOVO, *La capacità a delinquere nella teoria del reato e della pericolosità cit.*, p. 23 ss.; A. DE MARSICO, *Delle misure amministrative di sicurezza cit.*, p. 880 ss.; S. RANIERI, *La pericolosità criminale nel codice vigente*, in *Scuola pos.*, 1933, p. 18 ss.

diversamente, a seconda della concezione accolta di capacità a delinquere, che dipende in larga parte dalle funzioni che si vogliono attribuire alla pena. Infatti, se la capacità a delinquere viene intesa come rivolta sostanzialmente al passato, quale coefficiente della colpevolezza per il fatto commesso, secondo una concezione etico-retributiva, allora le due nozioni non coincidono e non si pongono problemi di loro possibile sovrapposizione²⁰⁶. Se, invece, essa viene concepita in prospettiva futura, come attitudine a commettere nuovi reati, in chiave di prevenzione speciale, si potrà determinare una coincidenza del concetto in esame con quello di pericolosità sociale. Per venire a capo della questione, si ricostruisce la relazione tra i due elementi – distinti, ma omogenei – come rapporto di genere a specie: la capacità a delinquere, intesa come possibilità di commettere nuovi reati, come idoneità del soggetto al reato desunta proprio dal fatto che ne ha realizzato uno, comprenderebbe in sé la pericolosità sociale, che rappresenterebbe una probabilità di recidiva, cioè un più alto livello di capacità criminale²⁰⁷.

In posizione intermedia si colloca quella linea di pensiero che sottolinea un'analogia tra i due concetti solo nella prospettiva prognostico-preventiva, non, invece, in quella etico-retributiva. La capacità a delinquere, che consisterebbe, al tempo stesso, nella capacità a compiere il reato che è stato posto in essere e nell'attitudine del soggetto a commetterne

²⁰⁶ In tal senso, E. ALTAVILLA, *Il delinquente e la legge penale cit.*, p. 393 ss.; G. BETTIOL, *Diritto penale cit.*, p. 896; I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza cit.*, p. 542 s.; A. CASALINUOVO, *La capacità a delinquere nella teoria del reato e della pericolosità cit.*, p. 233 ss.; G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale cit.*, p. 655 s.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale cit.*, p. 494; B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica cit.*, p. 152 ss.

²⁰⁷ Così, tra i tanti, F. ANTOLISEI, *La capacità a delinquere cit.*, p. 177 ss.; A. DE MARSICO, *Delle misure amministrative di sicurezza cit.*, p. 880; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale cit.*, p. 802 ss.; S. RANIERI, *La pericolosità criminale cit.*, p. 22. In senso critico, si veda P. NUVOLONE, *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale cit.*, p. 593 ss., per il quale la ricostruzione del rapporto in termini di possibilità-probabilità non può essere accolta per due ordini di ragioni. Innanzitutto, la pericolosità sociale non può identificarsi con un certo *quantum* di capacità a delinquere, poiché la prima viene desunta, oltretutto dalla seconda, da altri e diversi elementi. Inoltre, il concetto di capacità a delinquere è legato alla sfera soggettiva del reo, è una mera attitudine alla commissione di fatti di reato, laddove la pericolosità sociale presuppone un rapporto tra due termini, soggetto ed oggetto, cioè occorre che l'attitudine alla commissione di reati possa attuarsi in dipendenza dell'ambiente circostante. Dunque, l'impostazione criticata sarebbe incompleta, perché "se parliamo di probabilità e non più di possibilità soltanto, introduciamo un elemento nuovo nel concetto di capacità, che in sé e per sé altro non vuol esprimere se non l'attitudine, la potenza. Ne segue che, mentre la capacità a delinquere è un fatto, la pericolosità è un valore, stabilito sulla base di quel fatto soggettivo e di altri fatti oggettivi; per cui, mentre, per ritenere la pericolosità, è sempre necessario un minimo di capacità a delinquere, un'accentuatissima capacità a delinquere può non essere sufficiente per una dichiarazione di pericolosità (si pensi al caso di un assassino, delinquente abituale, che, nel commettere un omicidio, rimanga accecato: il giudice vedrà in lui una forte capacità a delinquere, ma negherà probabilmente la sua pericolosità)".

altri, differisce dalla pericolosità sociale, che non è mera attitudine, ma intensa attitudine del soggetto alla futura commissione di reati. La capacità a delinquere sussiste sempre, perché il soggetto ha commesso un reato, mentre lo stesso non può dirsi per la pericolosità sociale²⁰⁸.

Da quanto sopra esposto, emerge che le differenze tra le nozioni sono state ricercate su di un piano quantitativo, piuttosto che qualitativo. Uno sforzo in tale ultimo senso è stato fatto, invece, da parte di chi individua una differenza sostanziale tra i concetti di capacità a delinquere e pericolosità sociale: il primo, sostanzialmente neutro, potendo delinarsi in senso positivo o negativo, e dando luogo in entrambi i casi a conseguenze giuridiche; il secondo essenzialmente positivo, non assumendo alcun rilievo in casi di insussistenza²⁰⁹. Inoltre, posto che il legislatore non aderisce completamente ad alcuna concezione sulle funzioni della pena – adottando piuttosto una prospettiva eclettica – e attribuisce medesimo rilievo alle scelte che l'individuo pone in essere liberamente o in quanto condizionato da fattori esogeni, allora la capacità a delinquere non potrà essere espressione di alcun “credo”, dovendo considerarsi semplicemente quale “atteggiamento ideologico del reo di fronte al crimine in generale ed a quello commesso in particolare”²¹⁰. Infine, essendo la capacità a delinquere nient'altro che un peculiare aspetto della personalità del colpevole, è di tutta evidenza la differenza con la pericolosità sociale, consistente nella probabilità di futura commissione di reati, elemento, al contrario, estraneo alla determinazione del primo concetto²¹¹.

Da ultimo, occorre soffermarsi brevemente sugli elementi indicati nel secondo comma dell'art. 133 c.p., che sono, come noto, i motivi a delinquere e il carattere del reo; i suoi precedenti penali e giudiziari e la sua vita prima della commissione del reato; la condotta contemporanea o susseguente al reato; le sue condizioni di vita individuale, familiare e sociale. Tali criteri, di per sé polivalenti (cioè utilizzabili per fini diversi, retributivi o preventivi), forniscono all'interprete la base per una valutazione

²⁰⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, p. 674

²⁰⁹ G. DELL'OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale cit.*, p. 40 ss. Nello stesso senso, seppur sul solo piano delle premesse (dell'impossibilità di differenziare i due concetti dal mero punto di vista quantitativo), si veda A. CASALINUOVO, *La capacità a delinquere nella teoria del reato e della pericolosità cit.*, p. 49 ss., il quale, tuttavia, non approfondisce il profilo dell'autonomia dei due concetti e finisce per identificare la capacità a delinquere con la personalità del reo.

²¹⁰ G. DELL'OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale cit.*, p. 48

²¹¹ G. DELL'OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale cit.*, p. 87 s.

complessiva del soggetto, focalizzando l'attenzione non solo sul reato commesso, ma anche sulla vita del reo in una prospettiva generalissima.

Procedendo brevemente ad esaminarli in vista del giudizio di pericolosità sociale, potremmo dire che i motivi a delinquere, che costituiscono la causa ultima che ha mosso il soggetto a compiere il reato, assumeranno precipuo rilievo laddove siano privi di connessione con il fatto commesso o con elementi esterni che potrebbero giustificarli. Il carattere, o temperamento, può assurgere ad indice di pericolosità se il soggetto è portato ad un comportamento aggressivo o se non riesce a resistere alle spinte ambientali. L'ambiente circostante può essere oggetto di diversa valutazione, cioè può costituire indice positivo di pericolosità un delitto non collegato all'ambiente, o indice negativo un delitto commesso in ragione delle condizioni circostanti, se è possibile presumere che il soggetto non l'avrebbe commesso al di fuori di quell'ambiente. Circa i precedenti del soggetto, è del tutto ovvio che assumerà un peso particolare la recidiva specifica, cioè l'aver il soggetto commesso altri reati della stessa indole o reati diversi accomunati dal medesimo motivo ispiratore. Infine, nella valutazione della vita del reo e della sua condotta al tempo del reato, si guarderà ai fattori che hanno determinato quella particolare scelta (ad esempio, non sarà indice di elevata pericolosità un reato isolato, in contrasto con una condotta di vita altrimenti irreprensibile, oppure il pentimento susseguente al reato)²¹².

Dunque, sembrerebbe possibile procedere ad una lettura dell'art. 133, secondo comma, c.p. che valorizzi gli indici della capacità a delinquere in funzione del giudizio predittivo sul probabile futuro criminale del soggetto esaminato.

5) BREVI OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Giunti a tal punto della trattazione, sembra opportuno tirare brevemente le fila del discorso e fissare qualche punto fermo in merito a quanto sinora esposto.

²¹² G. BETTIOL, *Diritto penale cit.*, p. 896 s.; L. DE CATALDO NEUBURGER, *Il carattere, i motivi, la condotta e l'ambiente come indizi di personalità, di capacità a delinquere e di pericolosità*, in *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, a cura di G. Gulotta, Milano, 1987, p. 245 ss.; G. DELL'OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale cit.*, p. 56 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, p. 679 ss.; P. NUVOLONE, *L'accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione cit.*, p. 9 ss.

Innanzitutto, sarebbe auspicabile una riforma che ponga rimedio alle incertezze, muovendosi in due direzioni: la prima, è quella di una delimitazione del novero dei reati che possono “dare il via” al giudizio prognostico e di quelli oggetto del giudizio stesso; la seconda, è quella di una definizione più precisa dei contorni e del contenuto del concetto di pericolosità sociale.

Per quanto concerne il primo profilo, reato commesso e reati che il soggetto probabilmente commetterà dovrebbero essere accomunati nel tipo o nei motivi, cioè dovrebbe considerarsi a rischio di recidiva solo un individuo che ha commesso un grave reato quando è altamente probabile che ne commetta un altro uguale o simile, in quanto posto a tutela del medesimo bene giuridico, oppure diverso ma accomunato dalla medesima spinta all’azione, ovvero dallo stesso movente.

Si tratta di conclusione che, ovviamente, vale in una prospettiva generale, cioè il discorso muta quando si inserisce nell’equazione il termine “infermità mentale”. In tale caso, la strada da percorrere è diversa, ma di questo si parlerà nel capitolo successivo.

Circa, invece, la nozione di pericolosità sociale, *in primis* dovrebbe essere previsto un più elevato grado di probabilità della futura commissione di reati. Se è vero che non può richiedersi una certezza – inconciliabile con un giudizio proiettato verso il futuro – ciò non impedisce di aspirare ad un grado che si avvicini il più possibile a questa.

Inoltre, in merito al metodo del giudizio, solo la combinazione giudice-psichiatra potrebbe rivelarsi efficace, essendo la psichiatria da sola insufficiente a fornire risposta a quesiti giuridici e la scienza giuridica non preparata all’esame della personalità.

Infine, la base del giudizio dovrebbe essere più circoscritta di quella fornita dall’art. 133 c.p., cioè il legislatore dovrebbe tratteggiare in maniera dettagliata quegli aspetti del comportamento del reo che fanno presumere una sua ricaduta nel delitto.

In ogni caso, in attesa di una riforma legislativa, è compito dell’interprete concentrarsi sui (purtroppo pochi) mezzi a disposizione, al fine di ricavarne quanto meglio possibile.

Uno di questi pur insufficienti strumenti è costituito proprio dall’art. 133 c.p., che rappresenta una formula: onnicomprensiva, per l’apparente impossibilità di considerare altri criteri diversi da quelli indicati; polivalente, per i diversi casi in cui viene impiegata; e, *last but not least*, utilizzabile per scopi addirittura opposti, preventivi o repressivi. Il legislatore, nel tentativo (lodevole?) di vincolare la discrezionalità giudiziale nella commisurazione della pena, nel giudizio di pericolosità sociale, e in

ogni altro caso in cui viene richiamata la norma *de qua*, sembra che abbia raggiunto l'opposto obiettivo della massima libertà possibile del giudicante. Come dire: "chi troppo vuole nulla stringe".

In ogni caso, ci si deve necessariamente accontentare degli strumenti forniti e rassegnare a cercare la miglior via percorribile, per giungere ad un risultato apprezzabile e conforme ai principi fondamentali di uno Stato di diritto.

Per non pervenire ad una *interpretatio abrogans* del secondo comma dell'art. 133 c.p., la linea di confine tra capacità a delinquere e pericolosità sociale sarà quella che passa tra ciò che è accaduto in passato e ciò che ci si aspetta (prevedibilmente) dal futuro.

Se si adottasse una nozione di capacità a delinquere in qualunque modo proiettata al futuro (esclusivamente o con sguardo rivolto anche al passato), allora non si riuscirebbe a spiegare qual è la differenza tra questa e la pericolosità sociale. Dire che la capacità a delinquere consiste nella "possibilità che il soggetto commetta nuovi reati" o nell'"attitudine alla commissione di reati" non spiega perché dovremmo distinguerla da "un più alto livello di capacità criminale" o da una "intensa attitudine alla futura commissione di un reato". Evidentemente, si tratta dello stesso concetto, diversificato solo nel grado e nell'intensità. Queste nozioni, cioè, colgono una differenza concettuale che stenta a tradursi sul piano pratico: quando può dirsi che il soggetto presenta un'attitudine o un'intensa attitudine? Qual è il grado della prima e quello della seconda? L'unica strada percorribile sembrerebbe quella di proiettare la capacità a delinquere al passato e la pericolosità sociale al futuro: la prima guarda solo al fatto commesso, la seconda solo all'ipotetica carriera criminale del soggetto.

L'eventuale obiezione che potrebbe essere mossa, per cui dall'art. 133, secondo comma, c.p. possono trarsi indicazioni nel senso di una prospettiva futura nel giudizio sulla capacità a delinquere, indicando il n. 3) la condotta del reo susseguente al reato, potrebbe essere facilmente superata, se tale indice venisse interpretato come mera indicazione per il giudice dell'obbligo di tenere in considerazione la condotta dell'imputato nell'arco temporale che va dalla commissione del reato all'accertamento giudiziale.

In tal modo potremmo distinguere effettivamente le due nozioni ed evitare una (illegittima) duplicazione di valutazione dei medesimi criteri, ai fini dell'applicazione di

provvedimenti sanzionatori diversi. Solo così, dunque, potremmo diversificare – sotto tale profilo – pene e misure di sicurezza.

CAPITOLO 3.

INFERMI DI MENTE PERICOLOSI. GIUDIZI E PREGIUDIZI

Sommario: 1) IL “NATURALE DESTINARIO” DELLE MISURE DI SICUREZZA: L’AUTORE DI REATO NON IMPUTABILE E PERICOLOSO; - 2) LA NOZIONE DI IMPUTABILITÀ ACCOLTA NELL’ORDINAMENTO ITALIANO. PROBLEMI DEFINITORI DI UN ELEMENTO NORMATIVO EXTRAGIURIDICO; - 2.1) IL CONTRIBUTO DELLE NEUROSCIENZE AL DIBATTITO IN TEMA DI IMPUTABILITÀ E PERICOLOSITÀ SOCIALE; - 3) INFERMITÀ MENTALE E PERICOLOSITÀ SOCIALE. VECCHIE ALCHIMIE E NUOVE PROSPETTIVE ; - 4) GIUDICI E PSICHIATRI: CONFLITTO POSITIVO E NEGATIVO DI COMPETENZA NEL GIUDIZIO SULLA (EVENTUALE) PERICOLOSITÀ SOCIALE DELL’INFERMO DI MENTE; - 4.1) L’AGGIRATO DIVIETO DI PERIZIA PSICOLOGICA E CRIMINOLOGICA; - 5) RIFLESSIONI E “INFLESSIONI” IN PUNTO DI PERICOLOSITÀ DEGLI INFERMI DI MENTE.

1) IL “NATURALE DESTINARIO” DELLE MISURE DI SICUREZZA: L’AUTORE DI REATO NON IMPUTABILE E PERICOLOSO

Come precisato nei capitoli precedenti, le misure di sicurezza, avvertite come un “clone” della pena se applicate congiuntamente a questa, si ritiene che trovino una più razionale giustificazione se inflitte a soggetti non imputabili, ritenuti i “naturalisti destinatari”²¹³ del sistema di prevenzione.

Ciò perché, data l’imprescindibilità della capacità di intendere e di volere, ai non imputabili non può essere applicata la pena, sia per l’impossibile soddisfazione della funzione retributivo-rieducativa che la connota, sia per l’”aberrazione” di applicare una sanzione afflittiva a chi non riesce a cogliere il significato della stessa.

Esclusa la pena, le strade che l’ordinamento può scegliere di percorrere per i soggetti incapaci di intendere e di volere autori di un reato rimangono due: o non viene applicata alcuna sanzione penale e il soggetto bisognoso di cure potrà essere affidato alla pubblica autorità se ritenuto pericoloso, oppure si ricerca un provvedimento alternativo che abbia comunque il “sapore” di una pena – per placare e soddisfare un comune senso di

²¹³ L’espressione è di M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario cit.*, p. 79

giustizia – ma giustificato in un’ottica di cura del non imputabile. Tale provvedimento consiste (almeno negli intenti) nella misura di sicurezza che, in un doppio binario “puro”, affianca la pena e si sostituisce ad essa in tutti i casi in cui quest’ultima non ha alcuno spazio applicativo²¹⁴.

Custodia e cura dell’infermo di mente autore di un reato e altresì pericoloso: un sistema che, se in astratto appare razionale e giustificabile, in concreto ha mostrato notevoli profili problematici, che lo hanno reso bersaglio di critiche serrate da parte di tutta la dottrina, fino al recente intervento legislativo, che ha (o sembra aver) rivoluzionato il sistema di sicurezza per i non imputabili.

Il ricovero nel manicomio giudiziario (poi ospedale psichiatrico giudiziario) era legato – come le altre misure di sicurezza – ad una presunzione di pericolosità sociale dell’infermo di mente, travolta prima dalla Corte costituzionale (con la sentenza n. 139 del 1982) e poi dalla legge n. 663 del 1986. Ne è conseguito che, attualmente, il giudice deve sempre procedere all’accertamento effettivo della pericolosità sociale dell’autore di reato non imputabile, valutazione che presenta svariati elementi di criticità, sia nel caso in cui è rimandata allo psichiatra, sia nel caso in cui è effettuata direttamente dal giudice. Infatti, il perito è competente a diagnosticare solo se il soggetto sottoposto a giudizio è o meno capace di intendere e di volere e, in caso negativo, i motivi dell’incapacità, ma – finché la nozione di pericolosità sociale rimane ancorata ai criteri di cui all’art. 133 c.p. – appare quantomeno incoerente attribuirgli l’onere di decidere se il soggetto potrebbe commettere in futuro altri reati, sulla base di indici prettamente giuridici. Anche se la malattia rientra nei fattori di predittività del comportamento criminale, dunque, l’apporto della scienza è indispensabile: l’esperto, o si discosterà dai criteri normativi utilizzando le proprie competenze, per formulare un giudizio criminal-prognostico, oppure utilizzerà gli indici forniti dalla legge, in una “innaturale” commistione di ruoli giuridico e scientifico.

Le cose non appaiono più semplici se alla prognosi di recidiva procede il giudice, poiché egli dovrà necessariamente tenere in considerazione l’incidenza della malattia

²¹⁴ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario cit.*, p. 85: “nel momento in cui la riflessione penalistica riporta all’interno della giustizia penale il problema del trattamento dell’autore non imputabile, le misure di sicurezza appaiono lo strumento che, anche da un punto di vista teorico, consente di coniugare la specificità del destinatario con la specificità della sanzione: alla dicotomia imputabile/non imputabile corrisponde una altrettanto netta dicotomia pena/misura di sicurezza. Il soggetto non imputabile diventa dunque il «naturale» destinatario delle misure di sicurezza”.

sul comportamento futuro del soggetto, e per fare ciò è necessario l'ausilio dello psichiatra.

Ma è bene procedere con ordine, per evitare di anticipare conclusioni che verranno ampiamente motivate a tempo debito.

Prima di passare all'esame della complessa questione dell'accertamento della pericolosità sociale del soggetto non imputabile, è bene fare un breve *excursus* sul concetto di infermità e sui progressi della scienza in merito all'accertamento della stessa, per analizzare gli eventuali riflessi sulla prognosi di recidiva.

2) LA NOZIONE DI IMPUTABILITÀ ACCOLTA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO. PROBLEMI DEFINITORI DI UN ELEMENTO NORMATIVO EXTRAGIURIDICO

Il Capo I, Titolo IV, Libro I del codice penale, si apre con la norma che stabilisce cosa debba intendersi per imputabilità. L'art. 85 c.p. prevede, al primo comma, che “nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile”, e continua, al secondo comma: “è imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere”²¹⁵. Successivamente, il codice specifica una serie di casi in cui un soggetto si ritiene imputabile o non imputabile (artt. 86-98 c.p.).

È opinione comune che la capacità di intendere consista nell'”attitudine del soggetto non solo a conoscere la realtà esterna, ciò che si svolge al di fuori di lui, ma a rendersi conto del valore sociale, positivo o negativo, di tali accadimenti e degli atti che egli compie”, mentre la capacità di volere viene identificata nell'”attitudine del soggetto ad autodeterminarsi, a determinarsi cioè in modo autonomo tra i motivi antagonisti coscienti in vista di uno scopo, volendo ciò che l'intelletto ha giudicato preferibile fare e, quindi, adeguando il proprio comportamento alle scelte fatte”²¹⁶.

Anzitutto, occorre sottolineare la tendenza a usare indifferentemente i termini di “imputabilità” e di “capacità di intendere e di volere”, come sinonimi, sebbene

²¹⁵ Per una ricostruzione in chiave storica del concetto di imputabilità, si veda M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, p. 361 ss.

²¹⁶ Così, per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale cit.*, p. 628 s.

dall'esame del codice emergano casi in cui il soggetto, pur essendo ritenuto imputabile, potrebbe essere incapace di intendere e di volere (come ad esempio nell'ipotesi di ubriachezza preordinata, volontaria o colposa, di cui all'art. 92 c.p.), e, al contrario, casi in cui è possibile che l'autore del reato sia capace di intendere e di volere, ma viene considerato non imputabile (nel caso del minore degli anni quattordici, ex art. 97 c.p.)²¹⁷.

La causa di esclusione (o diminuzione) della capacità di intendere e di volere rilevante ai fini che interessano è l'infermità, ovvero il vizio di mente totale (art. 88 c.p.) o parziale (art. 89 c.p.)²¹⁸. Il legislatore rinuncia alla definizione dell'infermità, per cui, ai fini dell'esatta individuazione del suo contenuto, l'interprete non può che rimettersi alla psichiatria, con tutte le problematiche che ne derivano.

Il giudizio sull'imputabilità è di tipo psicopatologico-normativo, ovvero è strutturato su "due livelli", il primo empirico, di competenza del perito, avente ad oggetto la patologia e quale scopo la dichiarazione o meno dell'infermità, e il secondo normativo, di competenza del giudice, chiamato a stabilire – sulla base delle conclusioni del perito – se il soggetto è o meno capace di intendere e di volere, ovvero l'incidenza su quest'ultima dell'infermità rilevata dal perito²¹⁹. Ciò premesso, si pone il problema dell'assenza di un criterio unitario in psichiatria per l'identificazione della malattia

²¹⁷ Si veda M. VIRGILIO, *Della imputabilità*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale, parte generale*, vol. II, diretta da F. Bricola – V. Zagrebelsky, Torino, 1996, p. 418, il quale deduce che "l'art. 85 ha una funzione meramente programmatica in quanto esprime solo la tendenza dell'ordinamento giuridico a far coincidere i suoi valori con la natura, cioè la qualifica di imputabilità con la condizione empirica dell'agente di capacità d'intendere e volere. Ma imputabilità e normalità psichica son concetti che possono non coincidere".

²¹⁸ Art. 88 c.p.: "non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità d'intendere o di volere". Art. 89 c.p.: "chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità d'intendere o di volere, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita". Per una critica alla (artificiosa) distinzione tra capacità di intendere e capacità di volere con riferimento alla patologia mentale, si veda, T. BANDINI, *Prospettive di Riforma in tema di imputabilità e trattamento del malato di mente*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, a cura di G. Canepa – M.I. Marugo, Padova, 1995, p. 255 ss.

²¹⁹ Si vedano, in particolare, F. DE FAZIO – S. LUBERTO, *La prassi della perizia psichiatrica*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, a cura di G. Canepa – M.I. Marugo, Padova, 1995, p. 110 ss., i quali propongono una combinazione del criterio diagnostico con il criterio valutativo, consistente nella valutazione dell'incidenza della malattia sul comportamento dell'imputato: "la mancata documentazione dell'effettiva inferenza della patologia riscontrata sulla capacità di intendere e di libera autodeterminazione del soggetto vanificherebbe il senso stesso dell'indagine peritale, che risulterebbe riduttivamente espressa da una descrizione clinica...poco fruibile sul piano giuridico ed ai fini processuali". Gli Autori, dunque, propongono di demandare all'esperto anche il secondo momento del giudizio di imputabilità, normalmente di competenza del giudice.

mentale, oltre che della possibile sfasatura tra conclusioni dell'esperto e del giudice, poiché è ben possibile che il primo riscontri nell'autore del reato sintomi che fanno concludere per la sussistenza della malattia mentale, che però non rileva nella valutazione dell'imputabilità, in quanto l'infermità non risulta connessa con la capacità di intendere e di volere al momento del reato²²⁰.

Circa il problema della definizione dell'infermità mentale (e, specularmente, della normalità mentale²²¹), premesso che non esiste un parametro fisso e determinato a cui fare riferimento nella valutazione dell'imputabilità, la scienza psicopatologica ha elaborato tre diversi "paradigmi"²²² per la definizione del concetto in esame.

Il primo paradigma è quello biologico o medico, per cui l'infermità mentale consiste in una malattia "fisica" del sistema nervoso centrale, una vera e propria malattia del cervello o del sistema nervoso, con la conseguenza che sarà da considerare incapace solo il soggetto in cui è riscontrabile una anomalia biologica o una patologia organica inquadrabile nello schema classificatorio della nosografia psichiatrica classica²²³. Si tratta del primo e prevalente criterio accolto dalla giurisprudenza che, riconoscendo quale malattia mentale solo quella avente una causa biologica, si affida ai contributi della psichiatria e privilegia le istanze di certezza nel giudizio di imputabilità del reo. All'interno di questo indirizzo, alcune decisioni si rifanno alla concezione organicistica della psichiatria, che attribuisce dignità di malattia solo a quella di origine organica

²²⁰ L. FIORAVANTI, *Le infermità psichiche nella giurisprudenza penale*, Padova, 1988, p. 12 ss.

²²¹ Si veda, H. MANNHEIM, *Trattato di criminologia comparata*, a cura di F. Ferracuti, vol. I, Torino, 1975, p. 387: "non vi è alcuna definizione assoluta della normalità, della sanità mentale o della malattia mentale: la mente «normale» è ovviamente impossibile da descrivere". Per un approfondito esame delle problematiche sul punto, si veda M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale cit.*, p. 435 ss.

²²² La definizione di "paradigma" è data da T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 1979, p. 29. Esso consiste nel complesso dei "risultati raggiunti dalla scienza del passato, ai quali una particolare comunità scientifica, per un certo periodo di tempo, riconosce la capacità di costituire il fondamento della sua prassi ulteriore", e, affinché tali risultati assurgano a dignità di paradigma, è necessario che siano "sufficientemente nuovi per attrarre uno stabile gruppo di seguaci, distogliendoli da forme di attività scientifica contrastanti con essi", e che siano "sufficientemente aperti da lasciare al gruppo di scienziati costituitosi su queste nuove basi la possibilità di risolvere problemi di ogni genere".

²²³ M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale cit.*, p. 442 ss.; ID, *La crisi del concetto di imputabilità: prospettive giuridico-penali*, in *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, a cura di G. Gulotta, Milano, 1987, p. 153 ss.; L. FIORAVANTI, *Le infermità psichiche nella giurisprudenza penale cit.*, p. 25 ss.; G. GULOTTA, *La questione imputabilità*, in *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, a cura di G. Gulotta, Milano, 1987, p. 79 s.; L. RUSSO, sub art. 88, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, I, Milano, 2014, p. 624.

(disturbi mentali con un substrato somatico noto)²²⁴. Altre sentenze, invece, seguono un orientamento c.d. nosografico, ovvero attribuiscono rilevanza alle sole alterazioni aventi precisi caratteri nosografici clinici²²⁵. Infine, possiamo riscontrare una corrente giurisprudenziale c.d. psicopatologica, che ritiene sufficiente – per il riconoscimento del vizio di mente – l’esistenza di un processo morboso, indipendentemente dal fatto che abbia un substrato organico o sia classificabile nella nosografia psichiatrica²²⁶.

Ciò che caratterizza l’indirizzo medico è l’esigenza di certezza, che comporta l’irrelevanza delle malattie non clinicamente definite, ovvero le anomalie psichiche, che possono essere prese in considerazione solo laddove risultino condizionate da una vera e propria malattia, fisica o psichica.

Al paradigma medico si contrappone quello psicologico, per cui rilevano anche i disturbi che derivano dalla psiche del soggetto, comportamenti originati dalla “patologia delle emozioni”, con la conseguenza della necessità di procedere ad una valutazione concreta del disturbo psichico e del rifiuto di astratte e rigide classificazioni scientifiche. Infatti, “per la sussistenza del vizio di mente non è sufficiente che il giudice riconduca l’azione dell’imputato sotto un modello di infermità apoditticamente affermata, ma è necessario, invece, che lo stesso indichi i dati anamnestici, clinici, comportamentali o sorgenti dalle stesse modalità del fatto, rilevatori dell’asserito quadro morboso”²²⁷. Dunque, quello di infermità è un concetto più ampio della malattia mentale, suscettibile di ricomprendere anche disturbi transitori o atipici²²⁸.

²²⁴ *Ex multis*, Cass. pen., sez. III, 13.2.1998, n. 4279, in *CED Cass.*, rv. 210507; Cass. pen., sez. II, 9.5.1983, n. 10379, in *CED Cass.*, rv. 161523; Cass. pen., sez. I, 23.10.1978, n. 396, in *CED Cass.*, rv. 140800. In dottrina, L. FIORAVANTI, *Le infermità psichiche nella giurisprudenza penale cit.*, p. 63 ss.

²²⁵ In tal senso, Cass. pen., sez. I, 25.2.1985, n. 4801, in *CED Cass.*, rv. 169246; Cass. pen., sez. I, 10.1.1984, n. 1951, in *CED Cass.*, rv. 162944. In dottrina, M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità cit.*, p. 155; L. FIORAVANTI, *Le infermità psichiche nella giurisprudenza penale cit.*, p. 66 ss.

²²⁶ Così, Cass. pen., sez. I, 4.7.1996, n. 8539, in *CED Cass.*, rv. 205630; Cass. pen., sez. I, 22.11.1983, n. 1180, in *CED Cass.*, rv. 162543; Cass. pen., sez. II, 10.2.1975, n. 4551, in *CED Cass.*, rv. 133202. In dottrina, M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità cit.*, p. 157 s.

²²⁷ Cass. pen., sez. I, 22.11.1982, n. 11108, in *CED Cass.*, rv. 156273. Nello stesso senso, successivamente, Cass. pen., sez. I, 4.2.1988, n. 4861, in *CED Cass.*, rv. 178197; Cass. pen., sez. I, 10.2.1986, n. 2112, in *CED Cass.*, rv. 172147.

²²⁸ M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale cit.*, p. 447 s.; ID, *La crisi del concetto di imputabilità cit.*, p. 159 ss.; G. GULOTTA, *La questione imputabilità cit.*, p. 79 s.; A. MANNA, *Diritto penale e neuroscienze: un'introduzione*, in *Diritto penale e neuroetica. Atti del Convegno 21-22 maggio 2012. Università degli Studi di Foggia*, a cura di O. Di Giovine, Milano, 2013, p. 3 ss.; L. RUSSO, *sub art. 88 cit.*, p. 624 s.

Infine, sussiste un altro paradigma, c.d. sociologico, elaborato dalla psichiatria ma non accolto nella giurisprudenza, per cui nella valutazione della capacità del soggetto è necessario considerare anche l'influenza della società e dell'ambiente nella genesi del reato. Il comportamento deviante non sarebbe di esclusiva "appartenenza" dell'autore del reato, derivando altresì dalle relazioni interpersonali dello stesso²²⁹. Come precisato, si tratta di criterio di cui non si trova riscontro nella giurisprudenza, probabilmente a causa del timore di una eccessiva dilatazione delle cause di esclusione dell'imputabilità, che si avrebbe qualora si riconoscesse il carattere di infermità mentale anche a disturbi psichici generici di origine sociale.

Da precisare che emerge in giurisprudenza altro atteggiamento che, muovendo dal presupposto della giuridicità della nozione di infermità mentale, rivendica l'autonomia e la prerogativa del giudice nella valutazione della situazione che è chiamato a fronteggiare e ritiene che l'accertamento dell'infermità sia di sua esclusiva competenza. Nello sforzo di superare la stringente equazione infermità-malattia – che impedisce di tenere in considerazione tutta una serie di disturbi psichici non inquadrabili in una precisa categoria – si privilegia una nozione flessibile di infermità, tale da poter essere "modellata" alle precise esigenze del caso concreto. Dunque, più in generale, si tratta di quell'atteggiamento di rifiuto della giurisprudenza per le rigide ed astratte classificazioni della psichiatria, con conseguente necessità di una concreta valutazione del disturbo psichico che di volta in volta viene in rilievo²³⁰. All'interno di tale orientamento si assiste ad una progressiva tendenza a far entrare nel giudizio criteri di valutazione scientifici, privilegiando tesi diverse da quelle psichiatriche tradizionali, che disattendono il rigoroso inquadramento della malattia mentale entro rigidi confini, con la conseguente rilevanza delle alterazioni mentali atipiche, le quali vengono considerate vere e proprie infermità psichiche²³¹.

²²⁹ M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale cit.*, p. 448 ss.; ID, *La crisi del concetto di imputabilità cit.*, p. 163 ss.; G. GULOTTA, *La questione imputabilità cit.*, p. 79 s.; L. RUSSO, *sub art. 88 cit.*, p. 625.

²³⁰ *Ex multis*, Cass. pen., sez. I, 17.1.1972, n. 1969, in *CED Cass.*, rv. 120619; Cass. pen., sez. II, 24.7.1970, n. 1028, in *CED Cass.*, rv. 117365. Per un'approfondita analisi dell'orientamento in parola, si veda L. FIORAVANTI, *Le infermità psichiche nella giurisprudenza penale cit.*, p. 30 ss., che classifica tale indirizzo come "giuridico".

²³¹ Si veda, A. MANNA, *L'imputabilità fra diritto penale e psichiatria, in Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, a cura di A. Manna, Padova, 2002, p. 6, il quale giustifica il nuovo atteggiamento di apertura della giurisprudenza, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988 che, avendo ad oggetto la legittimità dell'errore di diritto, ha introdotto

L'indirizzo in esame ha apportato notevoli contributi alla materia, elaborando una nozione di infermità mentale svincolata dal concetto di malattia, in un'ottica di espansione delle norme sul vizio di mente. Si è attribuito così alla nozione di infermità mentale una portata più ampia di quella di malattia, cioè viene instaurata una relazione di genere a specie tra l'infermità di cui agli artt. 88 e 89 c.p. e la malattia mentale.

L'estensione in parola ha coinvolto anche i disturbi mentali transitori di origine fisica – non qualificabili propriamente come malattia mentale vera e propria –, riconducibili nel più ampio concetto di infermità, ex artt. 88 e 89 c.p. Tali articoli, invero, parlando semplicemente di “infermità”, comprendono anche quella fisica, da cui sia derivato un fatto morboso esteso alle facoltà mentali, che sopprime del tutto o scemi grandemente la capacità di intendere e di volere. Trattasi di indirizzo condiviso da sempre dalla dottrina²³², per cui, ai fini dell'imputabilità, non rileva la natura o l'origine del disturbo, ma solo gli effetti, che devono essere quelli tipizzati negli artt. 88 e 89 c.p.: l'infermità di mente descritta in tali norme deve dipendere sì da una causa patologica, che però non deve necessariamente essere inquadrabile negli schemi classificatori della nosografia psichiatrica, anche se deve essere in ogni caso accertabile clinicamente l'alterazione dei processi intellettivi o volitivi.

La distinzione tra infermità psichiche e fisiche, insignificante ai fini dell'imputabilità, assume, tuttavia, rilievo per l'applicazione delle misure di sicurezza. In effetti, per le patologie di origine fisica (quali, ad esempio, il delirio febbrile o l'incoscienza involontaria da intossicazione, purché non di sostanze alcoliche o stupefacenti) si esclude l'operatività delle misure di sicurezza di cui agli artt. 219 e 222 c.p., applicabili esclusivamente alle malattie mentali in senso stretto. L'opzione ermeneutica in parola si basa sul diverso riferimento al requisito dell'infermità nelle norme sul vizio di mente e in quelle sulle misure di sicurezza: gli artt. 88 e 89 c.p. parlano genericamente di “infermità” da cui derivi l'esclusione o l'attenuazione della capacità di intendere e di

nell'ordinamento la concezione normativa della colpevolezza. Conferendo risalto ai motivi per cui il soggetto non si è uniformato al precetto, ricade nel dibattito anche la nozione di imputabilità, che si “sposta” dalla teoria del reo alla teoria del reato, rientrando a tutti gli effetti tra gli elementi della colpevolezza. Il fatto che, secondo la concezione *de qua*, sia necessario muovere al soggetto un rimprovero per non aver agito diversamente, comporta – tra gli altri – un ampliamento delle ipotesi di infermità.

²³² Tra i tanti, sul punto, si vedano M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale cit.*, p. 396 ss.; L. FIORAVANTI, *Le infermità psichiche nella giurisprudenza penale cit.*, p. 91 ss.; F. MANTOVANI, *L'imputabilità sotto il profilo giuridico cit.*, p. 64 ss.; M. VIRILIO, *Della imputabilità cit.*, p. 420.

volere, comprendendo in tal modo sia la malattia mentale, che quella fisica; gli artt. 219 e 222, viceversa, limitano l'applicazione delle relative misure di sicurezza ai casi di "infermità psichica".

Dunque, "la fattispecie dell'art. 88 non coincide con quella dell'articolo 222. Per l'art. 88 anche un'infermità fisica (ad es. polmonite con febbre altissima e conseguente delirio) che abbia prodotto un momentaneo stato di incapacità di intendere e di volere può escludere l'imputabilità; ma essa non è sufficiente a legittimare l'applicazione della misura di sicurezza. Invece, per l'art. 222, occorre una vera malattia psichica...che abbia un carattere di permanenza o di ricorrenza: chè altrimenti nessuna prognosi criminologica sarebbe possibile"²³³.

Dalla distinzione tra infermità psichiche e fisiche deriva, quale corollario della presunzione di non pericolosità dei soggetti colpiti da disturbi menali transitori di origine fisica, la conseguenza che non può considerarsi socialmente pericoloso il soggetto che ritorni "normale" quando cessa il disturbo transitorio²³⁴. Trattasi di interpretazione perfettamente in linea con l'(indissolubile) equazione infermità mentale-pericolosità sociale (sulla quale si tornerà più avanti).

Orbene, salta subito all'occhio l'arbitrarietà e l'asciuticità della distinzione tra infermità psichiche e fisiche, dovuta alla difficoltà di tracciare una netta linea di confine tra le due: nell'accertamento concreto della patologia il criterio basato sull'origine dell'alterazione psichica risulta insufficiente, data la relazione intercorrente tra le varie funzioni del corpo umano. Così, sarà una vera *probatio diabolica* quella di dimostrare

²³³ P. NUVOLONE, *L'accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione cit.*, p. 16

²³⁴ Si veda, L. FIORAVANTI, *Le infermità psichiche nella giurisprudenza penale cit.*, p. 97 s.: "sussisterebbe infatti un'incompatibilità logica e strutturale fra i disturbi psichici in esame ed il fondamento delle misure di sicurezza: un'incompatibilità che si spiega col fatto che l'avvenuta reintegrazione delle facoltà mentali, a seguito della guarigione dell'imputato, è sintomatica dell'inesistenza di una pericolosità sociale. Secondo la linea interpretativa in esame, pertanto, il legislatore penale del '30 distingueva, ai fini delle misure di sicurezza, due categorie di disturbi mentali: quella delle alterazioni psichiche momentanee di origine organica...e quella, notevolmente più ampia, delle infermità psichiche vere e proprie. Quest'ultima comprendeva sotto un unico regime sanzionatorio tanto le malattie mentali c.d. inguaribili, quanto i disturbi transitori di ordine psichico, poiché la distinzione «tra infermità transeunte e permanente» non poteva valere, come hanno precisato talune sentenze, per i perturbamenti psichici momentanei di origine non organica. Nella giurisprudenza era, in sostanza, ben presente la consapevolezza che qualsiasi altra opinione sul trattamento delle infermità psichiche si risolveva in una critica alla legge. Ma ancora più forte era la consapevolezza che, proprio nel settore delle infermità psichiche, il legislatore del '30 aveva inteso, se non sopprimere, limitare al massimo la possibilità di valutazioni discrezionali susseguenti al riscontro di uno stato patologico incidente sulla capacità di intendere e di volere".

se ci si trova di fronte a una malattia fisica con ripercussioni psichiche, oppure ad un vero e proprio disturbo psichico.

I nodi irrisolti oggetto di indagine derivano, dunque, dalla necessità, per il diritto, dell'ausilio della scienza per la definizione dell'elemento normativo dell'infermità, di cui agli artt. 88 e 89 c.p., con la difficoltà di conciliare la certezza del diritto con le "incertezze" della psichiatria, disciplina che non può fornire puntuali classificazioni e al cui interno si riscontrano diverse linee di pensiero.

Da ultimo, si può notare che la scienza psichiatrica ha progressivamente delimitato i casi di non imputabilità, in ossequio al superamento dell'equazione malattia mentale-non imputabilità-pericolosità sociale, che ha portato all'introduzione di c.d. quote di responsabilità²³⁵ per i soggetti non imputabili. Le difficoltà e le divergenze di opinioni, in particolare, si accentuano qualora si faccia ricorso alla nosografia psichiatrica: il rigido inquadramento dei sintomi presentati dal paziente all'interno di schemi classificatori rende più arduo l'accordo sulla diagnosi clinica, con conseguenti ripercussioni sulla certezza del giudizio²³⁶.

In ogni caso, lo studio della malattia mentale deve far necessariamente riferimento a criteri guida, utilizzabili da coloro che devono accertare la presenza o meno di un'infermità di mente e, in caso positivo, valutarne l'intensità. A tal proposito, si è detto che dovrebbe essere operata una netta distinzione tra psicosi e disturbi della personalità: solo le prime possono essere sussunte nel più ampio catalogo della malattia mentale, mentre i secondi saranno ricompresi solo se sconfinano nella psicosi. Unicamente in questi due casi di disturbi psicotici acuti o cronici (malattia mentale) e di grave disturbo della personalità, dopo la diagnosi, sarà necessario accertare se è possibile inquadrare il

²³⁵ T. BANDINI – B. GUALCO, *Imputabilità e misure di sicurezza. Riflessioni clinico-criminologiche*, in *Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, a cura di A. Manna, Padova, 2002, p. 20; A. MANNA, *L'imputabilità fra diritto penale e psichiatria cit.*, p. 5. Da notare, tuttavia, che si tratta di teoria non condivisa da tutti, cioè si continuano a rinvenire opinioni che intendono il concetto di infermità secondo un'accezione allargata, che comprende ogni disturbo incidente sullo stato di mente.

²³⁶ Si veda, U. FORNARI, *Problemi clinici in psichiatria forense*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, a cura di G. Canepa – M.I. Marugo, Padova, 1995, p. 156, il quale auspica, al contrario, una classificazione della malattia mentale lineare, in modo da ancorare la nozione di infermità mentale ad una nosografia restrittiva e rigorosa, alla quale conferire valore di malattia, così da sottrarre alla personale opinione del perito l'apprezzamento del significato di quest'ultima.

reato commesso tra le manifestazioni della malattia, per valutarne le ripercussioni sull'infermità²³⁷.

L'evoluzione della scienza psichiatrica e le attuali difficoltà definitorie dei concetti di malattia e di infermità hanno avuto quale risvolto l'affermazione dell'impossibilità di tradurre una diagnosi psichiatrica in una delle categorie giuridiche contemplate dal codice penale, della piena imputabilità, del vizio parziale e del vizio totale di mente. In altri termini, alla difficoltà di "etichettamento" dei disturbi di un soggetto, si aggiunge l'ulteriore profilo critico derivante dall'inquadramento dello stesso nella categoria dell'imputabilità, della semi-imputabilità o della non imputabilità, ossia in alcuni casi può rivelarsi estremamente ardua la sussunzione del caso in uno dei gruppi indicati²³⁸. Sulla valutazione dell'eventuale infermità dell'autore del delitto inciderà profondamente, dunque, la personale interpretazione che lo psichiatra, chiamato a pronunciarsi, accoglie in tema di infermità.

Va considerato, inoltre, che, secondo l'accezione medico-legale, l'infermità non si identifica con una condizione specificamente ed esattamente inquadrabile nella nosografia psichiatrica, ma viene in rilievo anche quando esiste una generica situazione morbosa. Lo "scollamento" tra le nozioni di malattia e di infermità – per cui alcune malattie possono incidere sulla capacità di intendere e di volere, dunque essere classificate nella categoria dell'infermità, mentre altre no – dipende dal fatto che le classificazioni delle malattie mentali sono state elaborate a scopo curativo, ovvero per fini completamente estranei a quelli di valutazione della responsabilità penale²³⁹.

Ai fini dell'esclusione della capacità di intendere e di volere, assumerà rilievo non solo l'infermità dovuta a malattia di mente in senso medico-legale (i malati di mente sono praticamente sempre non imputabili), ma anche quella derivante dalle anomalie

²³⁷ U. FORNARI – S. CODA, *Imputabilità e pericolosità sociale: nuove prospettive nella valutazione forense*, in *Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, a cura di A. Manna, Padova, 2002, p. 55 s.

²³⁸ T. BANDINI – B. GUALCO, *Imputabilità e misure di sicurezza cit.*, p. 21 s.: "considerare, in ogni caso, imputabile o non imputabile il malato di mente non tiene conto della complessità del disturbo psichico, della possibile coesistenza e del possibile alternarsi in una stessa persona, di parti sane e di parti malate, della necessità di far prendere coscienza, anche al soggetto reo-malato, delle dinamiche patologiche dei suoi reati, della possibile evoluzione della sua situazione psicologica, della necessità di far comprendere al colpevole l'equità di una legge che tiene conto dei diversi gradi di libertà che sono sottesi al reato".

²³⁹ I. MERZAGORA BETSOS, *Imputabilità e pericolosità sociale: un punto di vista criminologico e psicopatologico forense*, in *Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, a cura di A. Manna, Padova, 2002, p. 72

ricondotte dalla scienza psichiatrica nella categoria dell'abnormità psichica (come, ad esempio, le nevrosi o le psicopatie), sempre che vi sia un nesso fra tale abnormità riscontrata e reato commesso.

A tal proposito, si è suggerito di inserire nel giudizio di imputabilità il criterio causale, cioè bisognerebbe mettere in relazione l'incapacità di intendere e di volere con il fatto concreto posto in essere: l'infermità deve essere tale da costituire la causa del reato²⁴⁰.

Si tratta del criterio accolto dalle Sezioni Unite nella pronuncia n. 9163 del 2005²⁴¹, che hanno conferito rilievo ai disturbi della personalità ed hanno espressamente riconosciuto il valore del nesso causale tra malattia e reato commesso, in ossequio alla nuova linea di pensiero delle "quote di responsabilità".

In particolare, la Suprema Corte, dopo aver ricompreso i disturbi della personalità nel concetto di infermità, ha affermato la necessità che "tra il disturbo mentale e il fatto reato sussista un nesso eziologico, che consenta di ritenere il secondo causalmente determinato dal primo. Invero, la dottrina ha da tempo posto in rilievo come le più recenti acquisizioni della psichiatria riconoscano spazi sempre più ampi di responsabilità al malato mentale, riconoscendosi che, pur a fronte di patologie psichiche, egli conservi, in alcuni casi, una «quota di responsabilità», ed a tali acquisizioni appare ispirarsi anche la l. n. 180/1978, nel far proprio quell'orientamento psichiatrico secondo cui la risocializzazione dell'infermo mentale possa avvalersi anche della sua responsabilizzazione in tal senso".

La Cassazione, dunque, accoglie un concetto meno medico e più psicologico di malattia mentale, la quale non esaurisce i casi di infermità (al cui interno possono collocarsi anche patologie di origine non organica o comunque non inquadrabili nelle

²⁴⁰ I. MERZAGORA BETSOS, *Imputabilità e pericolosità sociale cit.*, p. 87 s. Si veda, A. MANNA, *Diritto penale e neuroscienze cit.*, p. 7, il quale riporta due esempi per chiarire il concetto: "prendiamo il caso dell'«agorafobico», cioè di colui che teme di rimanere intrappolato in una piazza affollata; ebbene, se costui, per liberarsi dall'oppressione della folla, compie un reato non potrà considerarsi nel pieno delle sue capacità mentali, perché la patologia risulta «funzionale» ad espressione dell'(eventuale) reato commesso. Altrettanto è a dirsi per il claustrofobico, se rimane, ad esempio, chiuso in un ascensore con altre persone, ma lo stesso discorso, ovviamente, non varrebbe, laddove costui si trovasse in una piazza affollata, proprio perché non sussiste alcun nesso di causa tra patologia psichica di cui soffre ed il reato che può aver commesso nella piazza medesima".

²⁴¹ Cass. pen., S.U., 8.3.2005, n. 9163, Raso, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 837 ss. Per una commento alla sentenza, si vedano, tra i tanti, S. ALEO – S. DI NUOVO, *Responsabilità penale e complessità cit.*, p. 160 ss.; M. BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 853 ss.; M.T. COLLICA, *Anche i "disturbi della personalità" sono infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 394 ss.; U. FORNARI, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 274 ss.

classificazioni della nosografia psichiatrica), richiedendo, al contempo, che la patologia che ha colpito il soggetto sia tale, per consistenza, intensità, rilevanza e gravità, da incidere concretamente sulla capacità di intendere e di volere, e sancendo la necessità di un rapporto causa-effetto tra tale patologia e il reato posto in essere²⁴².

Nonostante il lodevole intento della pronuncia delle Sezioni Unite di fissare alcuni punti fermi in tema di infermità mentale, permane, tuttavia, uno stato di incertezza, dovuto all'impossibilità per la psichiatria – e, di riflesso, per la giurisprudenza – di definire con precisione in che cosa consista la malattia mentale. In altre parole, “la giurisprudenza non ha alcun punto di riferimento per rintracciare un parametro di malattia mentale sufficientemente preciso e univoco, che assicuri un minimo di uniformità in relazione al giudizio sulla imputabilità dell'agente”²⁴³.

2.1) IL CONTRIBUTO DELLE NEUROSCIENZE AL DIBATTITO IN TEMA DI IMPUTABILITÀ E PERICOLOSITÀ SOCIALE

Alle difficoltà delineate in precedenza, si aggiungono quelle derivanti dall'ingresso della neuroscienza nel giudizio di imputabilità²⁴⁴. Trattasi di disciplina che studia il sistema nervoso, in particolare i meccanismi cerebrali per mezzo dei c.d. neuroni specchio, attraverso l'utilizzo di tecniche di *neuroimaging* (strumenti di visualizzazione cerebrale), per indagare il comportamento umano – nella specie, criminale – ovvero “lo studio diretto dell'attività cerebrale nel corso dell'esposizione ad una stimolazione emotiva o durante la risposta comportamentale in condizioni fisiologiche”²⁴⁵.

²⁴² Si veda, M.T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 3, secondo la quale la Cassazione “ha recepito la più recente concezione multifattoriale di tipo bio-psico-sociale del disturbo mentale (o paradigma integrato). La moderna psichiatria, in definitiva, riconduce in un «modello circolare» di produzione causale dell'infermità una multiformità di fattori, non solo di tipo biologico, ma anche extrabiologico, sia pure con diversità di incidenza, a seconda delle circostanze specifiche del caso concreto. I disturbi mentali, salvo eccezioni, sono, dunque, nella maggioranza dei casi, multideterminati”.

²⁴³ M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità cit.*, p. 174

²⁴⁴ A. MANNA, *Diritto penale e neuroscienze cit.*, p. 8 ss.

²⁴⁵ M.T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità cit.*, p. 9 s., la quale precisa che “le tecniche di *neuroimaging*, in definitiva, sarebbero in grado di individuare le componenti neurobiologiche del comportamento decisionale e comportamentale di tipo automatico e involontario, ma anche di riscontrare una base neuronale persino nel giudizio morale. In altri termini, nel cervello del soggetto sano e in quello del soggetto disturbato queste funzioni opererebbero in modo

Di tutta evidenza l'importante contributo che può apportare tale tecnica al processo penale, soprattutto nella prima parte del giudizio di imputabilità, ossia nella diagnosi della malattia mentale²⁴⁶.

I mezzi di indagine propri delle neuroscienze – quali, ad esempio, la tomografia assiale computerizzata (TAC), la tomografia ad emissione di positroni (PET), la risonanza magnetica (RM), i test neuropsicologici – non esaurirebbero, tuttavia, l'analisi del periziando, ma si affiancherebbero ai mezzi di indagine tradizionali, quali colloqui clinici e test psicopatologici.

La valutazione della capacità di intendere e di volere, dunque, può essere integrata dalle più recenti acquisizioni delle neuroscienze, metodo che è stato utilizzato alcune volte nelle aule di giustizia italiane²⁴⁷, a seguito della sentenza delle Sezioni Unite dell'8.3.2005²⁴⁸ che, includendo nel concetto di infermità mentale anche i disturbi della personalità, ha di fatto favorito l'ingresso dell'indagine neuroscientifica nel processo

diverso, per cui il secondo non riuscirebbe a bloccare le risposte automatiche". Si veda, M. TANTALO, *Psichiatria-forense, criminologia e neuroscienze: i "nuovi" orizzonti dell'imputabilità*, in *Il contributo della criminologia al sistema penale: alla ricerca del nuovo "volto" della pena. Atti dell'incontro di studio in ricordo del Prof. Ernesto Calvanese*, a cura di R. Bianchetti, www.penalecontemporaneo.it, p. 47, il quale, provocatoriamente, paragona le neuroscienze per lo studio del comportamento umano ad una moderna frenologia.

²⁴⁶ Invece, più limitato è l'apporto delle neuroscienze nella valutazione sulla sussistenza del nesso causale tra disturbo rilevato e reato commesso, non essendo un riscontro automatico. In questo secondo piano del giudizio può essere di aiuto la ricostruzione criminodinamica e criminogenetica del reato, analisi che – in armonia con le moderne acquisizioni psichiatriche che riconoscono al malato di mente la capacità di autodeterminarsi – porterebbero ad escludere l'imputabilità solo laddove l'infermità abbia caratteristiche tali da aver preso parte alla genesi ed alla dinamica del reato posto in essere. In tal modo, questa fase non sarebbe più esclusivo appannaggio del giudice, ma si richiederebbe una piena collaborazione di questo con l'esperto, collegando così la fase diagnostica a quella normativa ed introducendo nel giudizio la perizia criminologica (per approfondimenti sul punto, si veda oltre). In tal modo, l'accertamento fattuale connoterebbe entrambi i momenti del giudizio di imputabilità, attribuendogli una scientificità che, attualmente, lo caratterizza solo in parte.

²⁴⁷ Si vedano, G.U.P. Tribunale di Como, 20.5.2011, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 246; Corte d'Assise d'Appello di Trieste, 1.10.2009, in *Riv. pen.*, 2010, p. 70. In tali sentenze, i periti hanno effettuato valutazioni di carattere neuro-biologico, al fine di rispondere al quesito sull'infermità di mente dell'imputato. Nella sentenza del G.U.P. Tribunale di Cremona, 19.7.2011, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 753, invece, si è fatto ricorso alle neuroscienze per valutare la memoria di una vittima di violenza sessuale, al fine di ricercare tracce della violenza subita, a fronte di emergenze processuali equivoche. Per un commento, si vedano, S. ALEO – S. DI NUOVO, *Responsabilità penale e complessità cit.*, p. 93 ss.; G. CAPRA, *Le Neuroscienze e la genetica molecolare nella valutazione della capacità di intendere e di volere*, in www.psicologiagiuridica.com; M.T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità cit.*; A. FORZA, *Le neuroscienze entrano nel processo penale*, in *Riv. pen.*, 2010, p. 70 ss.; M. MOZZONI, *Neuroscienze in Tribunale: la sentenza di Como*, in www.brainfactor.it, 7.9.2011; M. MOZZONI, *Sentenza di Trieste, BrainFactor intervista Pietro Pietrini*, in www.brainfactor.it, 17.11.2009

²⁴⁸ Cass. pen., S.U., 8.3.2005, n. 9163, Raso, cit.

penale. Infatti, la sentenza citata non ha chiarito le problematiche inerenti alla diagnosi del disturbo e della sua incidenza sulla capacità di intendere e di volere. Posto che la condanna deve essere fondata su prove dotate di validità scientifica, si è aperto un dibattito sul metodo di indagine utilizzato dagli psichiatri, in cui si contesta in generale l'assenza di procedure standard di analisi. Ciò impedirebbe la verifica esterna della perizia psichiatrica e l'attribuzione alla stessa di valore scientifico. Per questo la sentenza c.d. Raso del 2005 ha favorito l'ingresso delle neuroscienze nel processo, guardato con favore da chi auspica l'ammodernamento della perizia psichiatrica e la necessità del controllo di affidabilità delle prove da parte del giudice.

Le neuroscienze hanno dato il via ad un dibattito sul libero arbitrio del soggetto e sull'influenza di elementi esterni sul suo agire, questione che, sul versante penale, ha notevoli ripercussioni per la determinazione dell'imputabilità²⁴⁹. Essendo il diritto penale fondato su una concezione dell'uomo quale soggetto libero di determinarsi – altrimenti non si capirebbe come le norme penali possano orientare il comportamento dei cittadini –, alcuni segnalano i risvolti negativi che deriverebbero dall'accettazione incondizionata dei postulati delle neuroscienze, lamentando la possibilità di compromettere proprio le fondamenta del diritto penale, ovvero la libertà del volere: invero, potrebbe giungersi a riconoscere nei “deficit biologici” le ragioni che spingono un soggetto a commettere un reato, negando il libero arbitrio e la possibilità di agire altrimenti, a favore del determinismo²⁵⁰. A ciò si aggiunge che le indagini genetiche e

²⁴⁹ Per una disamina di ampio respiro degli interrogativi sollevati dalle neuroscienze, si vedano I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce?*, in *Diritto penale e neuroetica. Atti del Convegno 21-22 maggio 2012. Università degli Studi di Foggia*, a cura di O. Di Giovine, Milano, 2013, p. 27 ss.; P. PIETRINI – G. ROTA, *Il comportamento umano tra geni e cervello: alcune considerazioni sullo stato attuale delle conoscenze neuroscientifiche*, in *Diritto penale e neuroetica. Atti del Convegno 21-22 maggio 2012. Università degli Studi di Foggia*, a cura di O. Di Giovine, Milano, 2013, p. 11 ss.

²⁵⁰ Così M. BERTOLINO, *L'imputabilità penale fra cervello e mente*, in *Diritto penale e neuroetica. Atti del Convegno 21-22 maggio 2012. Università degli Studi di Foggia*, a cura di O. Di Giovine, Milano, 2013, p. 91: “il rischio di «neoriduzionismo», di «neuroscientismo», che potrebbe legittimare l'idea di un determinismo dell'uomo, del tutto estranea, come si è visto, al diritto, non va sottovalutata, nonostante le prime esperienze neuroscientifiche nel processo penale, offerte da alcune sentenze di merito, mostrino come i giudici siano particolarmente attenti”. Si veda anche p. 90, in cui l'Autrice segnala un ulteriore rischio: “la presenza delle neuroscienze nel processo penale può anche esporre al pericolo di decisioni fondate su un sapere scientifico delle correlazioni causali fra patologie cerebrali e comportamento delinquenziale non sufficientemente corroborate”. Nello stesso senso, M. RONCO, *Sviluppi delle neuroscienze e libertà del volere: un commiato o una riscoperta?*, in *Diritto penale e neuroetica. Atti del Convegno 21-22 maggio 2012. Università degli Studi di Foggia*, a cura di O. Di Giovine, Milano, 2013, p. 80 ss., il quale avverte che le prove neuroscientifiche devono essere usate con prudenza, poiché “anche se oggi corre tra gli esperti una certa attitudine ottimistica in ordine al loro futuro uso in *bonam partem*, va considerato il grave rischio che esse siano utilizzate in direzione opposta, al fine addirittura di trarre,

neuroscientifiche forniscono dati parziali e privi di certezza, cioè si limiterebbero a dimostrare solamente il ruolo svolto dai lobi anteriori della corteccia cerebrale nei processi volitivi, ovvero le propensioni al comportamento criminale, senza alcuna considerazione – nel novero dei fattori determinanti – degli elementi ambientali e della personalità individuale dell'esaminando, che indubbiamente influiscono sul genoma²⁵¹. Altri, invece, si mostrano favorevoli alle nuove acquisizioni della scienza, in grado di aiutare il giudice non solo in riferimento all'imputabilità, bensì fornendo un quadro complessivo dell'autore del reato²⁵². Ancora, c'è chi reputa le neuroscienze da sole insufficienti a risolvere i problemi sollevati dal giudizio sull'imputabilità e ne auspica l'integrazione con altre discipline, tra cui in particolare la psicologia, al fine di evitare un "neopositivismo penale"²⁵³. Infine, in prospettiva futura (o futuristica?) si è avvertito del rischio derivante dall'eventuale allargamento dell'area della non imputabilità ad opera delle neuroscienze, cui potrebbe prevedibilmente conseguire una revisione delle categorie penalistiche, nel senso di ritenere giudicabili e condannabili anche gli infermi di mente²⁵⁴.

sia pure indirettamente e, con ciò, tanto più capziosamente, elementi di prova a sostegno dell'ipotesi di colpevolezza del soggetto. L'eventuale «prova» circa una «predisposizione» della persona a commettere delitti del tipo di quelli oggetto del giudizio potrebbe rivelarsi devastante, tale da rovesciare nella pratica il principio costituzionale dell'«*in dubio pro reo*». La categoria del diritto penale di autore rientrerebbe con prepotenza nel diritto penale, contro il principio di colpevolezza, che vuole mettere in luce, accanto agli elementi predisponenti al delitto, di carattere genetico e ambientale, soprattutto la libertà del soggetto". In posizione critica, G.M. FLICK, *Conclusioni*, in *Diritto penale e neuroetica cit.*, p. 371 ss., per il quale le neuroscienze "non confutano il principio di libertà né negano i fondamenti della responsabilità per un fatto criminale, confermando ciò che è una delle più importanti intuizioni del senso comune. L'analisi neuroscientifica, piuttosto, quand'anche suggerisse la prospettabilità di un determinismo biologico e i relativi meccanismi decisionali, potrebbe al più evidenziare le cause che escludono la responsabilità, come le forme patologiche neuronali. Ma vi è di più. Gli studi neuroscientifici, illustrando i processi decisionali, riescono a decifrare la libertà di veto che si muove a fronte degli eventi cerebrali inconsci che precedono il momento consapevole, nonché le tecniche di manipolazione e di controllo delle decisioni e i meccanismi della responsabilità...ciò detto, non possiamo che sostenere la compatibilità tra descrizione neuroscientifica dei meccanismi decisionali e volitivi e la definizione di libero arbitrio, inteso come capacità di acquisire potere causale sul mondo circostante e di influenzare l'uso di quel potere stesso".

²⁵¹ M. RONCO, *Sviluppi delle neuroscienze e libertà del volere cit.*, p. 81.

²⁵² In tal senso, E. PICOZZA – L. CAPRARO – V. CUZZOCREA – D. TERRACINA, *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino, 2011, p. 84 ss.; O. DI GIOVINE, *Chi ha paura delle neuroscienze?*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 837 ss.

²⁵³ Così, A. MANNA, *Diritto penale e neuroscienze: un'introduzione cit.*, p. 10

²⁵⁴ P. FERRUA, *Neuroscienze e processo penale*, in *Diritto penale e neuroetica. Atti del Convegno 21-22 maggio 2012. Università degli Studi di Foggia*, a cura di O. Di Giovine, Milano, 2013, p. 266: "quando riuscisse documentato che i comportamenti criminosi sono in larga parte frutto di disfunzioni cerebrali, si replicherebbe che la persona è responsabile del proprio cervello; quanto più in sede scientifica si

Allo scopo di chiarire i termini del dibattito, giova riportare le illuminanti parole del Prof. Pietro Pietrini²⁵⁵, che ha firmato – insieme al Prof. Giuseppe Sartori – una delle prime perizie svolte con metodo neuroscientifico, utilizzata nella sentenza della Corte d’Assise d’Appello di Trieste del 2009: “per la nostra perizia abbiamo utilizzato una serie di strumenti, a partire dalla raccolta dei dati anamnestici e l’esame clinico, il colloquio psichiatrico, la somministrazione di test cognitivi e di personalità, l’esame di risonanza magnetica strutturale e funzionale del cervello e, infine, gli esami genetici...le conclusioni...sono basate sull’insieme dei risultati ottenuti nei vari esami sopradescritti, compresi in primo luogo le valutazioni «classiche» e certamente non solo né principalmente sui dati dello studio genetico...in aggiunta alla perizia «classica», abbiamo condotto studi di esplorazione funzionale del cervello con risonanza magnetica funzionale e studi genetici...i fattori genetici hanno rappresentato un ulteriore tassello che può aver contribuito ad illustrare il complesso mosaico della personalità e del profilo psicopatologico dell’imputato. Ma da soli certamente sarebbero rimasti solamente un frammento del mosaico e basta...allo stato attuale delle conoscenze non esiste alcuna variante genetica che sia stata messa in relazione causale con il comportamento aggressivo o antisociale, cioè non esiste alcuna variante genetica che determini in maniera assoluta la presenza di un certo comportamento. Quello che gli studi scientifici indicano è che possedere una o più delle varianti alleliche discusse sopra si associa ad un rischio statisticamente maggiore di manifestare comportamento aggressivo, impulsivo o antisociale, soprattutto in coloro che sono cresciuti in ambienti non protettivi durante l’infanzia, rispetto a coloro che non hanno le suddette varianti alleliche. In altre parole, possedere una o più di queste varianti genetiche non è condizione necessaria né sufficiente perché l’individuo manifesti un comportamento antisociale, ma rappresenta un fattore di maggior rischio che ciò possa avvenire...non c’è alcun determinismo. Il cardine su cui si basa l’intero ordinamento penale nel nostro

allargheranno le correlazioni tra condotte devianti e anomalie cerebrali, tanto più si restringerà la loro rilevanza in sede penale”.

²⁵⁵ Pietro Pietrini è, attualmente, Professore ordinario di biochimica clinica e biologia molecolare clinica presso il Dipartimento di patologia chirurgica, medica, molecolare e dell’area critica dell’Università degli studi di Pisa; Presidente del consiglio aggregato del Corso di laurea in scienze e tecniche di psicologia della salute e del Corso di laurea magistrale in psicologia clinica e della salute, presso il Dipartimento di patologia chirurgica, medica, molecolare e dell’area critica dell’Università degli studi di Pisa; Direttore U.O. di psicologia clinica presso l’Azienda ospedaliero universitaria pisana; Direttore del laboratorio di biochimica clinica e biologia molecolare clinica, presso il Dipartimento di patologia chirurgica, medica, molecolare e dell’area critica dell’Università degli studi di Pisa.

come in tutti gli altri Paesi democratici è il libero arbitrio, vale a dire la capacità di scegliere, la capacità di decidere di fare altrimenti”²⁵⁶.

Le neuroscienze, dunque, senza alcuna pretesa di “esaustività”, possono apportare un contributo importante nel processo penale, svolgendo una funzione esplicativa delle teorie sull’infermità e assicurando a queste un adeguato supporto scientifico, anche se tale contributo sembra arrestarsi alla prima fase del giudizio di imputabilità, poiché, quando il giudice procederà all’accertamento dell’incidenza dell’infermità sulla capacità di intendere e di volere, sarà necessario tener conto di tutte le risultanze processuali (e non solo di quelle scientifiche) che possono portare ad una decisione connotata da un elevato grado di credibilità logico-razionale²⁵⁷.

Di tutta evidenza i riflessi che potrebbero avere in nuovi indirizzi scientifici anche nella valutazione della pericolosità sociale: lo studio della causa genetica del delitto potrebbe aprire le porte ad un giudizio scientifico in merito alla predisposizione del soggetto alla futura commissione di reati, cioè ad un giudizio di pericolosità sociale connotato da una certezza da sempre ricercata. Le indagini neuroscientifiche, infatti, potrebbero supportare il giudice nella dimostrazione della pericolosità sociale: i risultati ottenuti da tali indagini sarebbero combinati con massime di esperienza, per dimostrare il fatto incerto da provare, consistente nella probabilità del futuro comportamento criminale del soggetto. Qualche passo in tal senso è già stato fatto: le ricerche hanno dimostrato che il profilo genetico dell’individuo combinato all’ambiente, può influire sulla capacità del soggetto di autodeterminarsi, anche se “influire” non equivale a “determinare”. Si

²⁵⁶ M. MOZZONI, *Sentenza di Trieste, BrainFactor intervista Pietro Pietrini cit.* L’intervistato, per ribadire ulteriormente l’insussistenza di un nesso causale tra la sola variante genetica e il comportamento realizzato, prende in esame un caso in cui l’ordinamento riconosce l’influenza che certi fattori possono esercitare sulla capacità di scelta dell’individuo, senza per ciò solo escludere la libera volontà dello stesso: “l’essere cresciuto in un contesto familiare e sociale deprivato viene contemplato dal codice come condizione che può limitare la capacità di fare altrimenti dell’individuo e come tale viene preso in considerazione nel calcolo della pena. Questo deriva dall’osservazione che la probabilità di diventare un criminale è maggiore tra coloro che sono cresciuti in ambienti malsani rispetto a coloro che sono stati allevati in un ambiente familiare e sociale positivo e protettivo. Anche in questo caso non esiste alcun determinismo, nel senso che non tutti coloro che sono cresciuti in un ambiente malsano diventano necessariamente criminali né per contro non tutti coloro che sono cresciuti in un ambiente favorevole diventano persone per bene. In altri termini, l’ambiente malsano non è condizione né necessaria né sufficiente per diventare criminale, ma ne aumenta significativamente il rischio”.

²⁵⁷ GUP Tribunale di Como, 20.5.2011 cit.: “una volta ottenuto l’ausilio della scienza psichiatrica che individua i requisiti bio-psicologici di una eventuale anomalia mentale, resta al giudice il compito di valutare la rilevanza giuridica dei dati forniti dalla scienza ai fini della rimproverabilità dei fatti commessi al suo autore, sulla base del complesso delle risultanze processuali e della valutazione logica e coordinata di tutte le emergenze”.

disconosce, infatti, il c.d. determinismo genetico, poiché non esisterebbe una variante genetica che determini il soggetto a tenere un particolare comportamento²⁵⁸.

Dunque, bisogna prestare attenzione alle implicazioni che potrebbero derivare dall'accoglimento acritico e indiscriminato dei risultati delle neuroscienze, dal momento che “la materialità del funzionamento cerebro-neurale non spiega la personalità individuale, poiché non è ancora dimostrato che siffatta materialità possa condizionare la futura realtà dell'individuo e della sua mente” e, inoltre, “dalle ultime indagini con metodologie neuroscientifiche sarebbe apparsa una complessità di sistema della decisione individuale, rispetto alla quale non sarebbe possibile...individuare aree cerebrali funzionalmente specializzate”²⁵⁹.

La volontarietà dell'azione è una realtà molto complessa, impossibile da spiegare sulla sola base della scienza: se è pur vero che l'azione inizia con un riflesso, una risposta motoria, prosegue “uscendo dai binari”, ossia la forma, il tempo, il risultato finale sono elementi indeterminati o, tutt'al più, parzialmente determinati se subiscono l'influenza dell'ambiente esterno.

In conclusione, è necessario evitare di commettere due errori: “uno è quello di credere che se un comportamento è biologicamente determinato, è anche moralmente giustificato; l'altro è considerare il comportamento umano riconducibile soltanto a fattori genetici o biologici e non influenzato dall'ambiente. Una spiegazione in termini genetici ed evuzionistici offre poche soluzioni al problema della violenza in confronto a un'interpretazione sociale, basata sull'apprendimento: un comportamento appreso può, presumibilmente, essere disappreso; una sequenza genetica non può essere

²⁵⁸ U. CASTIELLO – R. CATERINA – M. DE CARO – L. DE CATALDO – S. FERRACUTI – A. FORZA – N. FUSARO – G. GULOTTA – F. M. IACOVIELLO – C. INTRIERI – A. LAVAZZA – A. MASCHERIN – S. PELLEGRINI – P. PIETRINI – R. RUMIATI – L. SAMMICHELI – G. SARTORI – C. SQUASSONI – A. STRACCIARI, *Le capacità giuridiche alla luce delle neuroscienze. Memorandum Patavino. 9 ottobre 2015*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 5 ss. In particolare, si precisa che “la valutazione clinica della pericolosità è altamente affidabile per quanto concerne un tempo futuro breve. L'affidabilità a medio e lungo termine, secondo le ricerche, è da attribuirsi ad una valutazione che tenga conto sia degli aspetti clinici che di quelli che si possono evincere utilizzando strumenti che si stanno mettendo a punto per le valutazioni prospettiche: si tratta, per esempio, di valutare come, a proposito del recidivismo, il passato possa influenzare il futuro. La valutazione del rischio consiste nell'anticipare anche le situazioni pericolose e prevenire le circostanze che possono portare a riprodurle. In quest'ambito occorre tener conto che evidenze empiriche sempre più numerose mostrano che chi ha un comportamento criminale persistente e cronico ha delle differenze significative di tipo strutturale e funzionale nell'amigdala e nella corteccia frontale; ciò è vero non solo negli adulti psicopatici, ma anche nei minorenni. Il che può aiutare a spiegare molti aspetti del recidivismo”.

²⁵⁹ M. BERTOLINO, *L'imputabilità penale fra cervello e mente cit.*, p. 93.

eticamente modificata”, anche se, “i fattori ambientali hanno certamente un ruolo e possono interagire con fattori genetici”²⁶⁰.

3) INFERMITÀ MENTALE E PERICOLOSITÀ SOCIALE. VECCHIE ALCHIMIE E NUOVE PROSPETTIVE

Per lungo tempo, nei casi di proscioglimento o di condanna a pena diminuita per vizio di mente, l’applicazione della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o della casa di cura e di custodia era automatica, in base al binomio infermità mentale – pericolosità sociale²⁶¹. Il Codice Rocco, infatti, prevedeva originariamente che la misura di sicurezza seguisse sempre – a parte alcune eccezioni dovute alla minima gravità del reato commesso – la dichiarazione di non imputabilità del soggetto colpito da infermità mentale.

Tale impostazione presentava profili di criticità sotto molteplici aspetti. Il primo, e più evidente, difetto consisteva nella scontata correlazione tra malattia mentale e delitto, che presumeva la recidiva del soggetto nella permanenza del disturbo psichico. Altro aspetto problematico consisteva nell’indifferenza, per la disciplina codicistica, della causa del delitto, ovvero era irrilevante che lo stesso avesse avuto origine o meno dall’infermità. Come dire: sei psichicamente disturbato e hai commesso un delitto, ciò è sufficiente per azionare le forme di tutela della collettività²⁶².

²⁶⁰ C. PAPAGNO, *Aspetti biologici del comportamento criminale*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1962-1964.

²⁶¹ Vedi, F. INTRONA – M. TANTALO, *Pareri peritali e trattamento del malato di mente autore di reato*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, a cura di G. Canepa – M.I. Marugo, Padova, 1995, p. 167, i quali parlano del “noto sillogismo: a) se l’infermità è causa (in tutto o in gran parte) del reato, è probabile che il sintomo-reato abbia nuovamente a manifestarsi; quanto più grave è il reato causato (in tutto o in gran parte) dalla infermità psichica, tanto più grave è l’infermità medesima; c) ergo, la durata del trattamento (O.P.G. o casa di cura e custodia) deve essere proporzionata alla gravità del reato desunto dall’entità della pena (con esclusione dell’automatismo per la fascia di delitti meno gravi e quindi con pena meno lunga)”.

²⁶² P. NUVOLONE, *L’accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione cit.*, p. 13 ss., il quale evidenzia altra anomalia, consistente nel fatto che la pericolosità del soggetto infermo o seminfermo di mente è correlata alla gravità astratta del reato: “se il delitto ha la sua causa nella malattia, è senz’altro possibile che la prima manifestazione della malattia sia un reato di piccola entità, senza che con ciò la pericolosità sia insussistente o di scarsa portata”. Trattasi, dunque, di un “criterio alquanto empirico e criminologicamente non determinante”, che, nel caso dei totalmente infermi di mente, è ancora più problematico, poiché “ci si trova di fronte, qui, ad una sentenza di proscioglimento e non ad una sentenza di condanna”, con conseguente difficoltà per il giudice di determinare la pena in astratto.

La concezione del malato di mente pericoloso, prima ancora che nel codice, aveva trovato accoglimento nella legge sui manicomi n. 36 del 1904, che prevedeva il ricovero obbligatorio delle persone affette per qualunque causa da alienazione mentale, se pericolose per sé o per gli altri e se davano pubblico scandalo, sempre che non potessero essere custodite e curate altrove.

Il primo segnale di crisi del sistema si ha con la legge n. 180 del 1978 (c.d. legge Basaglia), che ha abolito i manicomi comuni ed ha escluso che la pericolosità sociale possa considerarsi ancora presupposto del trattamento sanitario obbligatorio del malato di mente. Viene introdotta la regola della volontarietà del trattamento, temperata da alcune eccezioni di ricovero obbligatorio per soddisfare necessità terapeutiche urgenti del soggetto, non realizzabili in altro modo. Ciò ha implicato il riconoscimento di “quote di responsabilità” dei malati di mente, in un’ottica inversa a quella precedente, secondo la quale il malato di mente era sempre incapace di intendere e di volere e, per ciò solo, presunto pericoloso.

La predetta legge segna il punto di rottura del binomio malato di mente-soggetto pericoloso, a cui seguono gli interventi della Corte costituzionale, che – con le sentenze n. 139 del 1982 e n. 249 del 1983 (trattate nel capitolo 2, paragrafo 2) – afferma la necessità dell’accertamento della pericolosità sociale dell’imputato per l’applicazione delle misure del ricovero nell’ospedale psichiatrico giudiziario e nella casa di cura di custodia, e del legislatore, il quale – con la legge Gozzini (di cui si è parlato nel capitolo 2, paragrafo 2.1) – abolisce definitivamente le presunzioni di pericolosità richiedendo che tutte le misure di sicurezza siano sempre ordinate previo accertamento della pericolosità sociale dell’autore del reato.

Si è affermato, quindi, che “la pericolosità del malato di mente appare un fattore sempre più ambiguo soprattutto ove se ne affidi la valutazione al clinico, non meno di quanto sia discutibile presumerla aprioristicamente per legge. Non è, infatti, più possibile accettare l’equivalenza tra malattia mentale e pericolosità senza travisare completamente la realtà, poiché la pericolosità sociale dedotta nel C.P. è una qualificazione giuridica che deve scaturire da una attenta valutazione del giudice”²⁶³.

D’altro canto, da tempo la scienza psichiatrica è orientata nel senso di escludere qualsiasi relazione tra malattia mentale e delinquenza, ossia non vi è prova della

²⁶³ G. DELL’OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale cit.*, p. 124

maggiore tendenza del malato di mente a commettere reati, rispetto a soggetti sani²⁶⁴. Inoltre, è stata messa in dubbio l'affidabilità scientifica di una prognosi di recidiva del malato di mente, basata esclusivamente su dati clinici. Tale opinione è stata sostenuta dalla giurisprudenza più recente, per cui si è affermato che "l'applicazione della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, si fonda su una prognosi di pericolosità sociale, la quale non può limitarsi all'esame delle sole emergenze di natura medico-psichiatrica, ma implica la verifica globale delle circostanze indicate dall'art. 133 c.p., espressamente richiamato dall'art. 203 dello stesso codice, fra cui la gravità del reato commesso e la personalità del soggetto, così da approdare ad un giudizio di pericolosità quanto più possibile esaustivo e completo"²⁶⁵. Si è detto anche che, "agli effetti penali, la pericolosità sociale rilevante ai fini dell'applicazione di una misura di sicurezza consiste nel pericolo di commissione di nuovi reati e deve essere valutata autonomamente dal giudice che deve tener conto dei rilievi peritali sulla personalità, sugli effettivi problemi psichiatrici e sulla capacità criminale dell'imputato, nonché sulla base di ogni altro parametro desumibile dall'art. 133 c.p."²⁶⁶. Ancora più chiaramente, si è sostenuto che "in materia di misure di sicurezza personali, il giudice, nell'effettuare la prognosi di pericolosità sociale sotto il profilo penale, non può limitarsi a far proprio il giudizio espresso nella relazione criminologica [elaborata nel corso della detenzione], ma deve verificare se sussistono o meno le condizioni che individuano una persistenza della personalità dell'imputato a commettere in futuro altri reati, basandosi sull'esame della personalità, sugli effettivi problemi psichiatrici e sui fatti gravi commessi"²⁶⁷.

²⁶⁴ Si vedano i risultati di una indagine concreta, condotta da G. CANEPA, *Accertamento e revisione della pericolosità sociale: la diagnosi psicologica*, in *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, a cura di G. Gulotta, Milano, 1987, p. 275 ss. Si vedano, altresì, T. BANDINI – U. GATTI, *Nuove tendenze in tema di valutazione clinica dell'imputabilità*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, vol. XIII, *Psichiatria forense generale e penale*, a cura di F. Ferracuti, Milano, 1990, p. 159 ss.; ID, *Perizia psichiatrica e perizia criminologica: riflessioni sul ruolo del perito nell'ambito del processo penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, p. 322 ss., secondo i quali la pericolosità sociale è un concetto "inconsistente" sotto il profilo scientifico, assunto dimostrato dalle ricerche effettuate, che hanno confermato l'impossibilità di predire la recidiva sulla base di caratteristiche personali del delinquente.

²⁶⁵ Cass. pen., sez. I, 1.2.2010, n. 4094, in *CED Cass.*, rv. 246315

²⁶⁶ Cass. pen., sez. I, 18.11.2010, n. 40808, in *CED Cass.*, rv. 248440

²⁶⁷ Cass. pen., sez. I, 8.3.2007, n. 9847, in *CED Cass.*, rv. 236287. Nello stesso senso, Cass. pen., sez. VI, 14.1.2003, n. 1313, in *CED Cass.*, rv. 223062; Cass. pen., sez. I, 8.10.1996, n. 8996, in *CED Cass.*, rv. 205759

La pericolosità sociale del malato di mente appare, quindi, un “fossile”, appannaggio di una concezione della malattia mentale oggi superata dalla moderna scienza psichiatrica. È proprio il concetto di pericolosità il bersaglio delle critiche: trattasi di nozione la cui “definizione giuridica mette in evidenza incongruenze e aspetti contraddittori, tali da escludere la possibilità di attribuire a tale concetto un contenuto positivo, suscettibile di costituire un parametro che possa corrispondere ad un’indagine empirica, scientificamente definita e accettabile”²⁶⁸. Dunque, ci troviamo di fronte ad “un problema di accertabilità scientifica”²⁶⁹, nonché di esatta definizione contenutistica, poiché, come è stato acutamente osservato, finché la pericolosità sociale era fondata su una presunzione non aveva alcuna “sostanza”, ma a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 139 del 1982 (e dell’intervento del legislatore del 1986), la pericolosità sociale dell’infermo di mente, dovendo derivare dalla malattia mentale, non consisterebbe più nella probabile commissione di fatti di reato in futuro, ma nella “aggressività” pericolosa del soggetto, più simile a quella pericolosità “a sé e agli altri” di cui alla legge sui manicomi del 1904²⁷⁰.

In ogni caso, le difficoltà più rilevanti concernono il metodo di accertamento dello *status* di soggetto pericoloso, per la scarsa attendibilità di un giudizio prognostico sul futuro comportamento criminale dell’infermo di mente. Il primo problema riguarda la proiezione futura del giudizio: invero, si reputa attendibile una predizione del comportamento a breve termine, mentre si sostiene l’impossibilità (dunque, la fallacia)

²⁶⁸ G. CANEPA, *Accertamento e revisione della pericolosità sociale cit.*, p. 273

²⁶⁹ M. MANTOVANI, *Il problema della criminalità cit.*, p. 515

²⁷⁰ Così, D. GIURI, *Infermità psichica e presunzione di pericolosità cit.*, p. 468, il quale, con riferimento alla situazione venutasi a creare a seguito delle pronunce della Corte costituzionale nn. 139 del 1982 e 249 del 1983 (prima, però, della legge abrogatrice delle presunzioni di pericolosità), afferma che “prima che ne fosse dichiarata l’illegittimità, la pericolosità che comportava la sottoposizione a misura di sicurezza del malato di mente, proprio in quanto presunta, era priva di un contenuto specifico. La Corte adesso, parlando di una pericolosità sociale derivante dalla malattia mentale, crea un nuovo concetto, dotato di un significato autonomo rispetto a quello espresso dal principio generale di cui all’art. 203 c.p. Rotto il legame presuntivo tra pericolosità ed infermità psichica e posta l’attualità della malattia a presupposto di un concreto accertamento di pericolosità, viene distanziata la pericolosità sociale dell’infermo di mente dal concetto di probabile reiterazione di fatti di reato, per avvicinarla alla nozione vulgata di «aggressività pericolosa». Questa conclusione appare obbligata, sol che si proceda ad una lettura delle sentenze in esame alla luce delle pronunce n. 140 e 141 del 1982. Nella prima di queste, riferendosi la questione alla pericolosità presunta del delinquente abituale, la Corte ribadisce la validità del tradizionale concetto di pericolosità sociale. Con la seconda, invece, in relazione all’infermità di mente sopravvenuta nel corso del processo, viene esclusa l’operatività dell’art. 203 c.p. a favore di una nozione di pericolosità sociale assimilabile a quella di «soggetto pericoloso a sé ed agli altri», propria dell’abrogata legge manicomiale (l. 14 febbraio 1904, n. 3)”.

di giudizi a medio o lungo termine²⁷¹. Inoltre, si rileva che la mera diagnosi psicologica (basata su colloqui e test mentali), pur assumendo un ruolo importante nel giudizio prognostico, è di per sé insufficiente, dovendosi integrare con una diagnosi criminologica, avente ad oggetto aspetti biologici e sociali²⁷². Infine, il giudice avrà quale unico punto di riferimento l'art. 133 c.p. che – per le ragioni esposte nel capitolo precedente – se appare insufficiente per la prognosi di recidiva del soggetto imputabile, lo è ancor di più per quella del soggetto non imputabile, posto che in tal caso entra in gioco anche il fattore “disturbo psichico”, che connoterà diversamente la valutazione del (probabile) futuro criminale del soggetto, poiché la malattia mentale può orientare in un senso o nell'altro gli indici di predizione²⁷³.

Anzitutto, a seconda del disturbo psichico da cui è affetto il soggetto si avrà una diversa probabilità di commissione di reati, anche se non esiste una legge scientifica universale che supporti in maniera certa il rapporto patologia-violenza, in quanto l'eventuale comportamento violento del malato di mente dipende dal contesto in cui è inserito, in relazione ad altri fattori che interagiscono con la malattia. Inoltre, l'ambiente gioca un ruolo fondamentale in un altro senso: il giudice, cioè, prenderà in considerazione nel giudizio prognostico anche l'eventuale supporto che la famiglia e, soprattutto, le strutture sanitarie e assistenziali possono assicurare al malato²⁷⁴.

Dunque, nella prognosi di recidiva dell'infermo di mente dovranno essere valutati gli indici dell'art. 133 c.p., alla luce del particolare disturbo psichico che lo affligge. Da precisare che sul punto è intervenuta la riforma operata dal d.l. n. 52 del 2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 81 del 2014, recante “Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari” (a cui è dedicato il capitolo successivo), che, mantenendo ferma la nozione di pericolosità sociale, ha introdotto limiti alla base del giudizio.

²⁷¹ A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione cit.*, p. 71 ss.

²⁷² Così, G. CANEPA, *Accertamento e revisione della pericolosità sociale cit.*, p. 277

²⁷³ P. NUVOLONE, *L'accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione cit.*, p. 16 s.: “in questo giudizio, il riferimento all'art. 133 avrà, in un certo senso, una importanza secondaria, la prognosi di personalità dovendo essere compiuta essenzialmente in funzione di criteri clinici: cosicché gli elementi indicati nella seconda parte dell'art. 133 acquisteranno significato solo in chiave patologica e faranno, quindi, parte del complesso materiale di indagine da interpretarsi clinicamente”.

²⁷⁴ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario cit.*, p. 118: “soggetto e contesto interagiscono in duplice modo: è il soggetto che può essere pericoloso in un certo contesto o è un certo contesto a rendere più predisposto il soggetto a manifestazioni pericolose”.

Per quanto concerne, infine, il nesso tra malattia mentale e delitto – indispensabile nell'accertamento dell'imputabilità, a seguito della sentenza delle Sezioni Unite del 2005 – nella valutazione della pericolosità, esso è sì rilevante, ma non imprescindibile²⁷⁵. Ovvio che, dovendosi valutare la probabilità di recidiva di soggetti infermi di mente, tale legame sarà già stato oggetto di indagine (o avrebbe dovuto esserlo) nella fase del giudizio concernente l'accertamento della responsabilità. Tuttavia, si ritiene che, laddove non si sia proceduto a tale indagine oppure la stessa abbia avuto esito negativo, qualora sussistesse l'elevata probabilità di nuovi comportamenti violenti da parte del soggetto malato di mente, dovrebbe comunque procedersi all'applicazione della misura di sicurezza, anche se il delitto non ha tratto origine dalla infermità. Si è parlato di comportamento violento perché sarebbe opportuno limitare il giudizio di pericolosità ai soli soggetti che hanno tenuto una condotta di questo tipo, i quali dovrebbero essere curati, ma – proprio perché il reato non è collegato alla malattia – andrebbero considerati come “normali” soggetti pericolosi, a cui viene applicata una particolare sanzione in ragione delle condizioni specifiche.

Il nesso malattia-delitto deve essere accertato quando ci si domanda se il soggetto fosse o meno capace di intendere e di volere al momento in cui ha commesso il reato, per cui, se questo deriva dalla patologia riscontrata, non potremo ritenerlo responsabile, ma l'indagine perde di significato nel passaggio ulteriore, ovvero quando siamo chiamati ad esprimere una prognosi sul futuro comportamento criminale.

Con ciò non si vuole aderire alla vecchia concezione del malato di mente sempre pericoloso – anzi, si è dimostrato che la teoria è fondata su preconcetti piuttosto che su dati scientifici – ma, accogliendo la diversa impostazione per cui il delitto deve aver origine nella malattia anche per l'applicazione della misura di sicurezza, si giungerebbe a negare l'assunto per cui il malato di mente può risultare pericoloso anche per cause indipendenti dalla patologia.

Altro problema connesso riguarda i provvedimenti applicabili all'autore del reato infermo di mente e altresì pericoloso per qualsiasi causa: abbiamo detto che dovrebbe

²⁷⁵ In senso difforme, si veda M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario cit.*, p. 185 s., per il quale, se la sentenza delle Sezioni Unite del 2005 ha richiesto il collegamento tra disturbo psichico e fatto di reato agli effetti dell'imputabilità, “altrettanto deve valere sul piano degli effetti sanzionatori ricondotti al riconoscimento della non imputabilità del soggetto: la pericolosità deve pertanto fondarsi sul fatto commesso e sul disturbo psichico”.

essergli applicata la misura di sicurezza, poiché si tratta dell'unico "strumento" a disposizione per intervenire nei confronti dello stesso, anche se, in prospettiva di riforma, sarebbe auspicabile l'eliminazione dei provvedimenti sanzionatori per gli infermi di mente. La tanto attesa riforma del 2014 ha apportato mutamenti solo marginali alla disciplina trattata. Senza anticipare conclusioni che saranno sviluppate oltre, possiamo sin d'ora affermare che il circuito penale non è in grado di prendersi cura in maniera adeguata di tale categoria di soggetti, per cui occorre riflettere sulla possibilità di mantenere un sistema di questo tipo.

4) GIUDICI E PSICHIATRI: CONFLITTO POSITIVO E NEGATIVO DI COMPETENZA NEL GIUDIZIO SULLA (EVENTUALE) PERICOLOSITÀ SOCIALE DELL'INFERMO DI MENTE

Come sopra precisato, venute meno le discusse presunzioni di pericolosità previste in origine dal codice penale, ha assunto primaria importanza il problema dell'accertamento della probabilità di recidiva dell'autore di un reato che – se già di per sé presenta molteplici profili critici in relazione al soggetto "sano di mente", per l'aleatorietà di un giudizio prognostico privo di qualsivoglia punto certo – comporta ulteriori difficoltà quando il soggetto da valutare è colpito da un disturbo psichico.

Nella vigenza del codice di procedura penale del 1930, il giudizio sulla pericolosità dell'imputato infermo di mente era di competenza del perito. Infatti, l'art. 318 c.p.p. abrogato prevedeva, al primo comma, che "ordinata la perizia psichiatrica, il giudice chiede al perito anche se l'imputato è persona socialmente pericolosa, tutte le volte che tale accertamento è prescritto dalla legge per l'applicazione di una misura di sicurezza"²⁷⁶, norma che non è stata riproposta nel codice di procedura penale attualmente vigente.

L'accertamento della pericolosità sociale era previsto dalla legge tutte le volte in cui il giudice avesse ordinato la perizia psichiatrica e ritenesse che all'accertamento dell'incapacità di intendere e di volere potesse conseguire l'applicazione di una misura

²⁷⁶ Per un commento, si veda G. DE ROBERTO, sub *art. 318*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso – V. Grevi, Padova, 1987, p. 907 ss.

di sicurezza. Il perito, dunque, si trovava nella (spiacevole) condizione di dover rispondere, oltre al classico quesito sulla sussistenza o meno nel caso concreto dell'infermità mentale, anche a quello sulla pericolosità del soggetto, tutte le volte in cui la prima questione si fosse risolta in senso affermativo. In altri termini, la legge rinviava all'esperto la valutazione prognostica della pericolosità sociale solamente se questa era connessa a cause patologiche, mentre era vietata al perito, stante il disposto di cui all'art. 314, comma 2, c.p.p., qualora il soggetto risultasse sano di mente: in tal caso, la valutazione spettava al giudice.

Tuttavia, il giudizio dell'esperto sulla pericolosità sociale dell'infermo di mente aveva risvolti pratici privi di rilievo, essendo originariamente previsto un rigido sistema presuntivo: anche se il perito valutava il soggetto come non pericoloso, la misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o nella casa di cura e di custodia conseguiva *ex lege*, praticamente sempre, rispettivamente al proscioglimento per infermità psichica o al riconoscimento della diminuzione di pena per vizio parziale di mente²⁷⁷. Dunque, solo nel biennio che va dal definitivo superamento del sistema delle presunzioni all'introduzione del nuovo codice di procedura penale (in cui non è riportata una previsione simile a quella contenuta nell'art. 318 c.p.p.), i periti hanno svolto un ruolo determinante ai fini dell'applicazione delle misure di sicurezza ai soggetti con disturbi psichici.

Con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale – in assenza di una norma equivalente a quella di cui all'abrogato art. 318 e persistendo il divieto di perizia criminologica già previsto all'art. 314 c.p.p., abrogato e riproposto nell'art. 220 c.p.p. – si assiste ad una sostanziale parificazione del metodo di accertamento della pericolosità sociale per tutti i soggetti autori di reato, imputabili o non imputabili: il giudizio prognostico diventa di esclusiva competenza del giudice. Ciò nonostante, si è assistito – e si continua ad assistere molto spesso – al rinvio da parte dell'organo giudicante di questo “spinoso” accertamento agli psichiatri chiamati a pronunciarsi sull'eventuale sussistenza di un'infermità psichica dell'imputato²⁷⁸.

²⁷⁷ G.L. PONTI, *Altri tipi di perizie sull'autore del reato*, in *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, a cura di G. Gulotta, Milano, 1987, p. 666 ss.

²⁷⁸ Tuttavia, va evidenziato che una parte della giurisprudenza più recente ritiene incompleta una prognosi di recidiva basata esclusivamente su dati clinici, sostenendo la necessità di una valutazione integrata con i criteri di cui all'art. 133 c.p. (si vedano le note 53, 54 e 55). In ogni caso, si tratta di un discorso che, per

Nella psichiatria forense emergono varie linee di pensiero in merito al giudizio di pericolosità. Così, alcuni propongono una riformulazione del concetto di pericolosità sociale con riferimento agli infermi di mente, per cui la base del giudizio dovrebbe essere limitata esclusivamente a gravi reati contro la vita o l'incolumità personale²⁷⁹. Altri, ritengono che la predizione possa rientrare nelle competenze dello psichiatra solo se accompagnata alla terapia del malato, poiché la previsione del futuro comportamento deve necessariamente tener in considerazione anche gli effetti dei possibili interventi terapeutici. Agli opposti estremi stanno poi coloro che ritengono che la psichiatria sia competente a formulare il giudizio di predicibilità dei comportamenti violenti, i cui margini di errore sono propri di qualunque scienza e, in ogni caso, tali da non impedirne lo svolgimento²⁸⁰, e coloro (più numerosi) che – al contrario – si dolgono di questa incombenza sulla base di molteplici considerazioni.

Premesso che l'orientamento tendente a sottrarre al perito l'accertamento in esame sembra proprio quello accolto dal legislatore con l'abrogazione dell'art. 318 c.p.p., tale atteggiamento di rifiuto è dovuto in larga parte alle conseguenze del giudizio, consistenti nella privazione della libertà personale del paziente, con inammissibile coesistenza – nella figura dello psichiatra – del ruolo di terapeuta e di “difensore” della collettività. A ciò si aggiungono i risultati delle ricerche – effettuate perlopiù oltreoceano – da cui emerge l'alto tasso di errore della prognosi di comportamento violento dei soggetti malati di mente esaminati. Di conseguenza, “il concetto di pericolosità sociale e le sue implicazioni psichiatrico-forensi sono stati, non molti anni

ovvie ragioni, non può farsi per i soggetti sani di mente: in tal caso, il giudice non può che procedere ad effettuare il giudizio di pericolosità sociale solamente sulla base delle sue conoscenze.

²⁷⁹ Ciò in quanto, con l'attuale formulazione dell'art. 203 c.p., “molti reati tipici della «bizzarria» di taluni malati (ingiurie, oltraggi, schiamazzi, e altri reati di minor conto) rientrano pur sempre nella troppo estesa definizione di pericolosità, mentre sono di così modesto allarme sociale da non meritare certamente la messa in moto del complesso meccanismo delle misure di sicurezza”. Così, G. PONTI – I. MERZAGORA, *Psichiatria e giustizia*, Milano, 1993, p. 89 s. Si tratta, a ben vedere, di orientamento che tenta di circoscrivere la nozione di pericolosità sociale collegandola al principio di proporzionalità (che ha trovato ingresso nel nostro ordinamento per merito della Corte costituzionale, con le sentenze nn. 253 del 2003 e 367 del 2004, di cui si parlerà oltre).

²⁸⁰ G. PALERMO – F. FERRACUTI – G. DAL FORNO – S. FERRACUTI – F. LISKA – M. PALERMO, *Considerazioni sulla predicibilità del comportamento violento*, in *Indice pen.*, 1992, p. 162. Si veda anche V. ANDREOLI, *La perizia psichiatrica*, in www.psychiatryonline.it, il quale ritiene che lo psichiatra dovrebbe valutare la pericolosità sociale separatamente dalla valutazione psicologica. Infatti, la prognosi di recidiva implicherebbe l'applicazione di una diversa parte del sapere psichiatrico (c.d. psichiatria relazionale), riguardante il rapporto del soggetto con l'ambiente, le sue interazioni con gli altri (ad esempio, potrà esistere una pericolosità sociale del soggetto all'interno della famiglia, ma non all'esterno).

orsono e in ogni paese, se non del tutto screditati, quantomeno molti discussi e acerbamente criticati; procura tuttora un certo imbarazzo dover dissertare sulla previsione del comportamento pericoloso, e specificamente di quello violento, dei malati di mente, posto che molti psichiatri da anni dichiarano di non essere in grado di formulare attendibili giudizi di questo genere, reputando che il più delle volte la pericolosità sia sovrastimata (con pregiudizio dei diritti del soggetto), o magari sottostimata con faciloneria (e i rischi sono allora per la difesa sociale): di pericolosità – quindi – una parte della psichiatria non desidera più occuparsi”²⁸¹.

Si è, inoltre, osservato che il giudizio sulla responsabilità e quello prognostico sono di esclusiva competenza dell’organo giudicante, poiché “responsabilità” e “pericolosità” non sono concetti psichiatrici, bensì giuridici-normativi²⁸².

Ciò posto, mentre la disamina dell’imputabilità “è costruita «su due piani», nel senso che è individuabile con sufficiente precisione sia la parte c.d. empirica, cioè quella relativa alla nozione d’infermità, che quella più propriamente normativa, cioè i riflessi sulla capacità d’intendere e volere, di tal ché i compiti del perito e del giudice appaiono distinguibili”, la pericolosità è un concetto che sembra “anch’esso costruito «su due piani», ma con la fondamentale differenza che il piano empirico è di gran lunga più «esangue» di quello normativo. Non si tratta infatti qui di operare una diagnosi e, dunque, di approfondire l’esame su complessi patologici, bensì una prognosi, per la quale il legislatore non rinvia alle scienze sociali, bensì detta criteri «normativi» di riferimento, quali quelli di cui all’art. 133 c.p.”²⁸³.

²⁸¹ G. PONTI – I. MERZAGORA, *Psichiatria e giustizia cit.*, p. 83

²⁸² G. CANEPA, *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato. Aspetti comparativi e prospettive di riforma a livello europeo*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, a cura di G. Canepa – M.I. Marugo, Padova, 1995, p. 5 ss.; A. MANNA, *L’imputabilità e i nuovi modelli di sanzione cit.*, p. 66 ss.; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario cit.*, p. 119 ss. Si veda, in particolare, F. BRUNO, *La pericolosità sociale psichiatrica*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense, vol. XIII, Psichiatria forense generale e penale*, Milano, 1990, p. 353 s., il quale distingue tra diagnosi della pericolosità, che “implica la valutazione delle probabilità che il soggetto metta in atto nuovi comportamenti violenti, ma non richiede il giudizio sul grado di tale probabilità”, cioè consisterebbe nel rintracciare nel soggetto “una particolare attitudine, più o meno spiccata, a compiere atti violenti” e sarebbe non un “atto di natura medica”, bensì “un atto normativo, il cui fine riguarda la salvaguardia della società”; e prognosi di pericolosità, consistente “nella predizione specifica del grado effettivo di probabilità secondo il quale l’evento dannoso può prodursi”, operazione che, invece, di tipo multidisciplinare, poiché l’apporto clinico è imprescindibile.

²⁸³ A. MANNA, *L’imputabilità e i nuovi modelli di sanzione cit.*, p. 67.

La valutazione prognostica, dunque, non rientrerebbe tra i compiti del perito, il quale non deve occuparsi di pericolosità sociale, ma solo di probabilità che la patologia si manifesti di nuovo attraverso il reato²⁸⁴. Attraverso una progressiva svalutazione del fattore malattia mentale nel giudizio prognostico, accompagnata dal rifiuto pressoché unanime della psicopatologia forense di una nozione di pericolosità derivante da malattia mentale²⁸⁵, la pericolosità sociale dei non imputabili assume sempre più i tratti di una nozione giuridica e non scientifica. Può essere compreso, dunque, l'atteggiamento negazionista della psichiatria per l'accertamento della pericolosità sociale, proprio perché quest'ultima non è un concetto medico, suscettibile di definizione attraverso l'analisi di fattori bio-psicologici. Ci troviamo di fronte ad un conflitto negativo di competenza: il giudice rimanda al perito la valutazione della pericolosità sociale del non imputabile, mentre per il perito l'accertamento prognostico spetterebbe al giudice.

Si è osservato che “i clinici hanno dimostrato come, in risposta al quesito sulla pericolosità sociale, nella stragrande maggioranza dei casi il perito possa fornire soltanto pareri possibilistici, connotati da ampi spazi di incertezze, basati su elementi mutevoli e il più delle volte non clinici”²⁸⁶. Inoltre, si ritiene “inaccettabile il salto metodologico del perito che, avendo identificato una tematica patologica psichica, attribuisce, per ciò stesso, valore di malattia all'atto-reato, stabilendo una analogia o corrispondenza tra presenza di un disturbo mentale e vizio di mente”²⁸⁷. Ancora,

²⁸⁴ F. INTRONA – M. TANTALO, *Pareri peritali e trattamento del malato di mente autore di reato cit.*, p. 174. In senso parzialmente difforme, G. CANEPA, *Accertamento e revisione della pericolosità sociale cit.*, p. 280 ss., il quale, pur riconoscendo che “la pericolosità sociale corrisponde ad un concetto relativo ad una astrazione giuridica, di cui è destinato a sopravvivere solo il riferimento clinico all'esigenza di una valutazione diagnostico-prognostica finalizzata al trattamento”, e auspicandone, dunque, il superamento, ammette che, a tutt'oggi, “il giudizio prognostico di pericolosità è fondato, dal punto di vista metodologico e interpretativo, su un criterio essenzialmente interdisciplinare. Nell'ambito di tale orientamento l'esame psicodiagnostico e la diagnosi psicologica occupano un posto di primo piano”. Qualche anno prima, l'Autore sosteneva altra posizione, quando affermava che il giudizio di pericolosità sociale, che il perito era chiamato a formulare *ex art.* 318 c.p.p., si fondava su “criteri di intuizione clinica, senza alcun riferimento a parametri oggettivi o statistici” (G. CANEPA, *Problemi dell'attività diagnostica nel sistema italiano di giustizia penale e perizia criminologica*, in *Riv. it. med. leg.*, 1979, p. 237).

²⁸⁵ In senso difforme, si veda I. MERZAGORA BETSOS, *Imputabilità e pericolosità sociale cit.*, p. 104 ss., la quale si chiede se è proprio vero che il malato di mente non è pericoloso (o comunque non lo è più del soggetto sano di mente), etichettando come preconetto sia l'atteggiamento (prevalente in passato) di coloro i quali ritengono che i malati di mente siano particolarmente inclini al delitto, sia quello di chi, al contrario, nega qualsivoglia relazione tra malattia e recidiva.

²⁸⁶ T. BANDINI – B. GUALCO, *Imputabilità e misure di sicurezza cit.*, p. 29

²⁸⁷ U. FORNARI – S. CODA, *Imputabilità e pericolosità sociale cit.*, p. 52 s.

premessa l'erroneità del rapporto causa-effetto intercorrente tra malattia mentale e reato, si afferma che "ogni volta che un medico sia chiamato a prevedere il futuro comportamento di una persona, egli non può che onestamente riconoscere di non disporre di alcun elemento non si dice probante, ma nemmeno adeguatamente indicativo...è ampiamente riconosciuto che il parere psichiatrico in ambito giuridico è, se possibile ancor più che quello in ambito meramente clinico, sostanziato di opinioni più che di certezze"²⁸⁸.

In ogni caso, è un dato di fatto che l'incertezza è caratteristica tipica del giudizio di cui ci si occupa, ossia non è correlata al soggetto chiamato a pronunciarsi. Tuttavia, trattandosi di valutazione prettamente giuridica, sembra più opportuno che l'alea ricada sul giudice e non sul perito: quest'ultimo dovrà supportare il primo con il proprio *background*, cioè "la psichiatria può fornire al giudice ulteriori elementi di valutazione, ma la responsabilità ultima del giudizio di pericolosità sociale è pur sempre del giudice"²⁸⁹.

Nel tentativo di superare le difficoltà emerse, taluni hanno proposto una riformulazione dei quesiti della perizia psichiatrica, che dovrebbero essere meno correlati a nozioni

²⁸⁸ A. MANACORDA, *Malattia mentale, imputabilità e pericolosità sociale: dalla rilettura dei contributi alla proposta di rilettura dei problemi*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, a cura di G. Canepa – M.I. Marugo, Padova, 1995, p. 102 ss. L'Autore precisa che "il perito psichiatra, ogni volta che si vede rivolgere, con riguardo ad una determinata persona, il quesito se «è probabile che commetta in futuro nuovi fatti preveduti dalla legge come reato», sarebbe a rigor di logica tenuto a rispondere sempre in maniera affermativa. Un evento comportamentale riconosce infatti sempre una genesi ampiamente sovra- e pluri-determinata. La entità e la complessità dei possibili fattori causali in gioco è pertanto tale da rendere un tale evento fortemente analogo ad un evento casuale. Poiché la probabilità di un evento casuale esprime il rapporto matematico tra numero di casi in cui l'evento in parola può verificarsi, e numero di casi complessivamente possibili, la probabilità zero corrisponde alla impossibilità. Dato che, nel campo che qui ci concerne, è virtualmente da escludere l'affermazione di impossibilità di un evento futuro, ne segue che la possibilità che qualcuno commetta in futuro un reato esiste sempre, e che a questa possibilità corrisponde in maniera ineluttabile un certo grado di probabilità. Ammesso che si possa determinarla in maniera quantitativa – ma ciò è a priori da escludere (anche) per i comportamenti umani – questa probabilità potrà assumere un valore più o meno elevato, ma mai un valore uguale a zero. Se poi, in maniera meno tecnicistica, si attribuisce al termine «probabilità» il significato di «attendibilità confortata da motivi ragionevoli», se ne ricava che essa si sostanzia in una opinione, possibilmente ragionevole. Come tutte le opinioni, essa sarà in buona misura, ed in maniera consapevole od inconsapevole, nutrita delle ideologie e dei pre-giudizi di chi la esprime. Una opinione ha sempre e comunque queste caratteristiche, ed è in ogni caso legittima purché congruente con le proprie premesse, ed intrinsecamente coerente: essa è però, appunto per questi motivi, ben lungi dal rappresentare un «giudizio scientifico»".

²⁸⁹ G. PONTI – I. MERZAGORA, *Psichiatria e giustizia cit.*, p. 93

prettamente giuridiche (quali quelle di infermità e pericolosità) e rivisitati ponendo in primo piano la tutela della salute del malato di mente autore del reato²⁹⁰.

Da quanto sopra esposto emerge l'attualità della discussione in merito al ruolo che può assumere la perizia psichiatrica, senza dubbio necessaria per l'incompetenza del giudice in materia, ma da doversi integrare proprio con l'apporto di quest'ultimo. In altri termini, mentre il giudizio sullo stato mentale dell'imputato, sul prevedibile sviluppo della malattia e sulle terapie più adeguate non può che competere al perito, la prognosi criminale, invece, dovrebbe essere riservata esclusivamente al giudice, trattandosi di una valutazione giuridica e non scientifica, per il cui accertamento il magistrato ha a disposizione i medesimi strumenti di cui potrebbe avvalersi anche il perito, con l'aggiunta, però, del "know-how" derivante dall'esperienza sul campo, che – ovviamente – manca allo psichiatra²⁹¹. L'aiuto dello psichiatra, dunque, potrebbe essere

²⁹⁰ Si vedano, T. BANDINI – B. GUALCO, *Imputabilità e misure di sicurezza cit.*, p. 30, per i quali "i quesiti della perizia psichiatrica potrebbero essere così riformulati: 1) se al momento dei fatti di cui è imputato il periziando abbia manifestato disturbi psicopatologici, ed in caso affermativo di che tipo e di quale gravità (evitando, così, di obbligare il tecnico a pronunciarsi sulla fattispecie giuridica della «infermità»); 2) se i disturbi psicopatologici abbiano inciso sulle capacità del soggetto di comprendere il significato del comportamento delinquenziale secondo schemi abituali di pensiero e di agire in conformità ed in quale misura relativamente agli articoli di legge; 3) se tali disturbi persistano al momento dell'indagine peritale e quale prognosi debba essere formulata relativamente alle possibilità e necessità terapeutiche del caso". Così, anche U. FORNARI – S. CODA, *Imputabilità e pericolosità sociale cit.*, p. 60, i quali hanno avanzato la seguente proposta di riformulazione dei quesiti: "accertino i periti (omissis) quali sono le attuali condizioni di mente di (nome e cognome); dicano se esse siano o meno compatibili con il protrarsi del regime di custodia cautelare in atto (se si tratta di indagato o imputato detenuto); in caso di risposta negativa, se sia necessario disporre il ricovero provvisorio presso idonea struttura del servizio psichiatrico ospedaliero, ovvero gli arresti domiciliari (anche eventualmente presso case di cura, ovvero comunità specializzate), ovvero l'internamento provvisorio in Ospedale psichiatrico giudiziario; accertino se (nome e cognome) sia da considerare persona socialmente pericolosa sotto il profilo psichiatrico; valutino se versasse o meno, al momento dei fatti, in stato di infermità di mente tale da escludere o scemare grandemente la sua capacità di intendere e di volere; ricostruiscano criminogenesi e criminodinamica del reato addebitato al soggetto e esaminino il funzionamento mentale dello stesso, in riferimento sia al fatto per cui si procede, sia al contesto in cui esso è avvenuto".

²⁹¹ G. FIANDACA, *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel Progetto Grosso*, in *Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, a cura di A. Manna, Padova, 2002, p. 200; I. MERZAGORA BETSOS, *Imputabilità e pericolosità sociale cit.*, p. 107 s.; A. MANNA, *L'imputabilità fra diritto penale e psichiatria cit.*, p. 5. Si veda, in particolare, M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario cit.*, p. 120 s.: "la pericolosità sociale diventa quindi una categoria «scomoda», che il giudice vorrebbe rimettere al perito, in nome della «competenza», ed il perito vorrebbe lasciare al giudice, in nome della «ascientificità» della predizione. La discussione sulla nozione di pericolosità sociale, sulle difficoltà di formulare un giudizio attendibile e sulle competenze in ordine al suo accertamento coinvolge più ampiamente lo stesso ruolo della psichiatria, sempre più refrattaria a condividere con la giustizia penale quella funzione di controllo sociale, che storicamente aveva rivestito. Si tratta di un segno evidente della difficoltà di conciliare la diversità di linguaggi e prospettive delle due discipline: se la psichiatria privilegia le istanze terapeutiche, la giustizia penale guarda invece alla tutela della collettività. La categoria della pericolosità sociale diventa dunque il terreno sul quale appare sempre più difficile conciliare necessità custodialistiche con esigenze terapeutiche e dove il binomio cura/custodia diventa

ugualmente rilevante ai fini del giudizio di pericolosità sociale, anche se la sua valutazione fosse limitata alla prognosi di malattia, anziché di recidiva: la ricerca di una relazione tra patologia, incapacità e pericolosità non sarebbe di alcun aiuto al giudice, poiché si “costringerebbe” la valutazione entro rigidi schemi che non rispecchiano la realtà.

Per tali motivi, da più parti si è proposto di demandare al perito l’elaborazione di programmi di trattamento destinati alla socializzazione dell’autore di reato²⁹², nonché di sostituire la nozione di pericolosità sociale – con riferimento ai non imputabili – con quella di “bisogno di terapia” (oppure di trattamento o di cura), certamente più precisa e in linea con la finalità rieducativa di cui all’art. 27, comma 3, Cost.²⁹³, suggerimento che, secondo alcuni, è stato accolto con la riforma che, nel 2014, ha decretato la fine dell’ospedale psichiatrico giudiziario ed ha inserito tra i criteri di valutazione della pericolosità sociale i programmi terapeutici individuali, la cui assenza non deve peraltro far concludere in senso positivo la prognosi di recidiva²⁹⁴.

4.1) L’AGGIRATO DIVIETO DI PERIZIA PSICOLOGICA E CRIMINOLOGICA

Altro bersaglio su cui si sono appuntate le critiche è costituito dalla previsione di cui all’art. 220 c.p.p., che stabilisce il divieto di perizia psicologica e criminologica sull’imputato (e sull’indagato, *ex art.* 61 c.p.p.). Il secondo comma della norma in esame prevede che “salvo quanto previsto ai fini dell’esecuzione della pena o della misura di sicurezza non sono ammesse perizie per stabilire l’abitudine o la professionalità nel

sempre più irriducibilmente legato a quel binomio malattia/pericolosità, che la riforma psichiatrica ha consegnato alla storia”.

²⁹² F. CARRIERI – O. GRECO – R. CATANESI, *Malattia mentale, imputabilità e pericolosità sociale*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, a cura di G. Canepa – M.I. Marugo, Padova, 1995, p. 70; G. CANEPA, *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato cit.*, p. 12

²⁹³ Tra i tanti, si vedano, T. BANDINI – B. GUALCO, *Imputabilità e misure di sicurezza cit.*, p. 36; M. BERTOLINO, *L’imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale cit.*, p. 679 ss.; U. FORNARI – S. CODA, *Imputabilità e pericolosità sociale cit.*, p. 56; A. MANNA, *L’imputabilità fra diritto penale e psichiatria cit.*, p. 13; ID, *L’imputabilità e i nuovi modelli di sanzione cit.*, p. 75; I. MERZAGORA BETSOS, *Imputabilità e pericolosità sociale cit.*, p. 111-128.

²⁹⁴ Per l’esatta portata di tale previsione, si veda il capitolo successivo.

reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche²⁹⁵.

L'art. 220 c.p.p. riporta esattamente la disposizione contenuta nel vecchio codice di procedura penale, in cui, all'art. 314, comma 2, si stabiliva che “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”²⁹⁶.

Il legislatore, quindi, con le eccezioni previste per la fase di esecuzione della pena e della misura di sicurezza, vieta le perizie aventi ad oggetto il carattere e la personalità dell'imputato (perizia psicologica), nonché quelle che valutano anche i fattori ambientali e il contesto sociale in cui si è estrinsecata la condotta (perizia criminologica). Scopo principale del divieto è quello di evitare che il giudizio sulla personalità dell'imputato anticipi quello inerente la sua responsabilità penale, cioè il formarsi di pregiudizi nell'organo giudicante in contrasto con il principio di non colpevolezza dell'imputato²⁹⁷.

Senonché, pare che il legislatore si contraddica quando, dopo pochi articoli, permette l'acquisizione della documentazione esistente presso gli uffici del servizio sociale, dei

²⁹⁵ Per un commento, si veda P. PALLADINO, sub art. 220, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina, vol. III, Prove*, a cura di G. Lattanzi – E. Lupo, Milano, 2013. Per un interessante esame dei risvolti del divieto posto da tale norma, sull'ammissibilità della consulenza tecnica criminologica, si veda G. PONTI, *La consulenza tecnica criminologica*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 857 ss., il quale conclude per la possibilità delle parti di effettuare la consulenza in parola sulla base del diritto alla prova riconosciuto agli artt. 187 e 190 c.p.p. In tale prospettiva, il divieto di cui all'art. 220, comma 2, c.p.p. si pone quale norma eccezionale, come tale non estendibile analogicamente, ex art. 14 delle Preleggi. Non avendo il legislatore riproposto nell'ambito della consulenza un divieto analogo a quello sopra indicato, si conclude per l'ammissibilità della consulenza tecnica criminologica.

²⁹⁶ Per un commento, si veda G. DE ROBERTO, sub art. 314, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso – V. Grevi, Padova, 1987, p. 907 ss.; G. PISAPIA, *La perizia criminologica*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense, vol. XIII, Psichiatria forense generale e penale*, a cura di F. Ferracuti, Milano, 1990, p. 395 ss.; G.L. PONTI, *La perizia psichiatrica e psicologica nel quadro della legge penale*, in *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Milano, 1987, p. 593 ss. Per un esame delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento a tale articolo, tutte rigettate, e della prima legge delega (legge n. 108 del 1974) per l'emanazione di un nuovo codice di procedura penale (che ammetteva la perizia criminologica), si vedano A. CARNEVALE – R. MENNA – A. COLAGRECO, *La perizia criminologica nel processo penale: dal codice del '30 ai nostri giorni*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, p. 375 ss.

²⁹⁷ A. CARNEVALE – R. MENNA – A. COLAGRECO, *La perizia criminologica nel processo penale cit.*, p. 380 s.: “l'inevitabile soggettivismo delle indagini psicologiche e l'impossibilità di verificare le risultanze peritali in quanto fondate non su dati obiettivi ma su impressioni e deduzioni in gran parte opinabili, evidenziano i pericoli, per l'imputato, di una perizia che inevitabilmente finirà per condizionare il convincimento del giudice”.

certificati del casellario giudiziale, delle sentenze irrevocabili italiane e straniere e dei documenti custoditi presso gli uffici di sorveglianza, ai fini del giudizio sulla personalità dell'imputato, qualora sia necessario – in relazione al fatto per cui si procede – valutare il suo comportamento o le qualità morali (art. 236, comma 1, c.p.p.). Considerato che tali documenti confluiranno poi nel fascicolo del dibattimento, *ex art.* 431, comma 1, lettera g), la previsione appare alquanto discutibile e in contrasto con l'intento garantistico del divieto posto dall'art. 220, comma 2, c.p.p. I documenti in questione, infatti, sono assunti al di fuori del processo, in assenza di contraddittorio tra le parti e, soprattutto, non presentano lo stesso grado di attendibilità scientifica di una perizia psicologica²⁹⁸.

A ciò deve aggiungersi che il divieto di perizia criminologica non ha portata assoluta, poiché sono previste delle eccezioni, oltretutto nel processo a carico di imputati minorenni²⁹⁹, anche nella fase di esecuzione del trattamento sanzionatorio. Al riguardo, dispongono gli artt. 678 e 679 c.p.p.: la prima norma prevede, al secondo comma, l'acquisizione, da parte del giudice di sorveglianza, della documentazione relativa all'osservazione scientifica della personalità e la possibilità di avvalersi del parere di esperti³⁰⁰; la seconda disposizione, invece, conferisce al magistrato di sorveglianza la

²⁹⁸ G. PONTI, *La consulenza tecnica criminologica*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 865

²⁹⁹ Il R.D.L. 20.7.1934, n. 1404, istitutivo del Tribunale di minori, prevedeva all'art. 11 che “nei procedimenti a carico dei minori, speciali ricerche devono essere rivolte ad accertare i precedenti personali e familiari dell'imputato, sotto l'aspetto fisico, psichico, morale e ambientale. Il pubblico ministero, il Tribunale e la sezione della Corte d'Appello possono assumere informazioni e sentire pareri di tecnici senza alcuna formalità di procedura, quando si tratta di determinare la personalità del minore e le cause della sua irregolare condotta”. Successivamente, il D.P.R. n. 448 del 1988, recante la disciplina del processo penale minorile, ha previsto all'art. 9, primo comma, che “il pubblico ministero e il giudice acquisiscono elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minore al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di responsabilità, valutare la rilevanza sociale del fatto nonché disporre le adeguate misure penali e adottare gli eventuali provvedimenti civili”, e al secondo comma che “agli stessi fini il pubblico ministero e il giudice possono sempre assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minore e sentire il parere di esperti, anche senza alcuna formalità”.

³⁰⁰ Con riferimento alla fase di esecuzione della pena, la legge n. 354 del 1975, emanata per dare attuazione ai principi costituzionali della risocializzazione del reo e dell'umanizzazione della pena, ruota attorno al criterio dell'individualizzazione del trattamento penitenziario. A tal scopo, è prevista l'osservazione della personalità del detenuto, per la quale l'amministrazione penitenziaria può avvalersi dell'ausilio di esperti in psicologia, servizio sociale, psichiatria e criminologia clinica. Dispone, infatti, l'art. 13 della legge in parola che: “1. Il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto. 2. Nei confronti dei condannati e degli internati è predisposta l'osservazione scientifica della personalità per rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale. L'osservazione è compiuta all'inizio dell'esecuzione e proseguita nel corso di essa. 3. Per ciascun condannato e internato, in base ai risultati dell'osservazione, sono formulate indicazioni in merito al trattamento rieducativo da effettuare ed è compilato il relativo programma, che è

competenza in materia di esecuzione delle misure di sicurezza. La clausola di riserva contenuta in apertura dell'art. 220 c.p.p. ("salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza") comporta che l'indagine sulla personalità del soggetto (anche sotto il profilo criminologico) e sulla sua pericolosità è spostata dalla fase istruttoria alla fase esecutiva, ovvero in un momento in cui è già intervenuto l'accertamento del fatto e la sua attribuibilità all'imputato. Viene in tal modo evitato il rischio della possibile influenza (negativa) di una indagine criminologica sull'esito del giudizio³⁰¹.

Nonostante la possibilità di individualizzazione del trattamento in sede di esecuzione, il permanere del divieto nella fase istruttoria ha evidenti riflessi negativi, poiché è proprio in questo momento che sarebbe più utile al giudice un supporto tecnico nella prognosi di recidiva. Il bilanciamento degli interessi in gioco – esigenza di certezza del diritto, da un lato, necessità di un trattamento sanzionatorio il più rispondente possibile, non ai bisogni, ma propriamente al soggetto stesso, dall'altro – dovrebbe essere risolto nel senso dell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio. L'osservazione scientifica della personalità, dunque, andrebbe consentita nella fase di prognosi della recidiva, quando il giudice si trova di fronte al delicato compito di pronunciarsi sul futuro del soggetto.

Nella permanenza del divieto, il magistrato potrebbe comunque ricavare dalla perizia psichiatrica eventualmente disposta, elementi per il giudizio sulla personalità, in quanto la proibizione ha ad oggetto un mezzo di convincimento e non il convincimento stesso. Seppur il disposto dell'art. 220 c.p.p. non sembri lasciar spazio a dubbi interpretativi, sono emersi diversi indirizzi in merito all'accertamento nella fase processuale della pericolosità sociale del soggetto totalmente o parzialmente incapace di intendere e di volere.

integrato o modificato secondo le esigenze che si prospettano nel corso dell'esecuzione. 4. Le indicazioni generali e particolari del trattamento sono inserite, unitamente ai dati giudiziari, biografici e sanitari, nella cartella personale, nella quale sono successivamente annotati gli sviluppi del trattamento praticato e i suoi risultati. 5. Deve essere favorita la collaborazione dei condannati e degli internati alle attività di osservazione e di trattamento". Successivamente, l'art. 80, comma 4 stabilisce che: "per lo svolgimento delle attività di osservazione e di trattamento, l'amministrazione penitenziaria può avvalersi di professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica, corrispondendo ad essi onorari proporzionati alle singole prestazioni effettuate".

³⁰¹ G. PISAPIA, *La perizia criminologica cit.*, p. 414 s.

Alcuni, infatti, sostengono che il perito sia sempre competente a pronunciarsi sulla pericolosità sociale dell'infermo di mente, a prescindere dalla fase processuale in cui la valutazione dovrebbe essere svolta e nonostante il divieto posto dalla norma in esame³⁰².

Altri, invece, riconoscono la validità del divieto di cui all'art. 220, comma 2, c.p.p. nella fase di cognizione, anche con riferimento alle perizie concernenti la pericolosità sociale del soggetto psichicamente disturbato³⁰³. Questa interpretazione è perfettamente in linea con la tendenza della psichiatria al rifiuto della valutazione giuridico-normativa della pericolosità.

Nonostante queste divergenze di opinioni sull'esatta portata della norma *de qua*, la dottrina maggioritaria è da sempre favorevole all'abrogazione del divieto in esame, che impedirebbe una compiuta valutazione del futuro criminale del soggetto³⁰⁴. Si tratta, tuttavia, di opinione non condivisa da tutti gli Autori. Secondo alcuni, la norma costituisce un'importante garanzia per l'imputato, in quanto eviterebbe lesioni del diritto al rispetto della persona³⁰⁵ e tutelerebbe la libertà psichica dello stesso, la quale potrebbe essere compromessa dall'invasività dell'esame psicologico.

Si osserva, altresì, che la perizia criminologica presenta, sotto il profilo pratico, molteplici aspetti critici: "il perito, in mancanza di un chiaro quadro di riferimento, finisce per adattarsi alle posizioni assunte dal committente, fornendo una copertura pseudoscientifica alle valutazioni del giudice. Inoltre, vi è il gravissimo rischio...che i risultati della perizia criminologica possano essere utilizzati, sia pur indirettamente e involontariamente, come mezzo e fonte di prova...una ulteriore difficoltà...è quella

³⁰² G. GRASSO, sub *art. 203 cit.*, p. 471, per il quale, nei casi in cui il giudice può avvalersi di un ausilio tecnico per accertare la pericolosità sociale (ovvero quando si ravvisa un'infermità psichica), non opera il divieto di cui all'art. 220 c.p.p.

³⁰³ M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale cit.*, p. 489 ss.

³⁰⁴ In tal senso, tra i tanti, F. DE FAZIO – S. LUBERTO, *La prassi della perizia psichiatrica cit.*, p. 114; F. DE FAZIO – S. LUBERTO – I. GALLIANI, *La perizia criminologica e la valutazione della pericolosità: l'approccio medico legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, p. 56 ss.; B. DI TULLIO, *Dalla perizia psichiatrica alla perizia criminologica*, in *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico*, vol. I, a cura di G. Leone, Milano, 1960, p. 503 ss.; P. NUVOLONE, *L'esame biopsichico preventivo del delinquente come problema penale e processuale*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, p. 180 ss.; ID, *L'accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione cit.*, p. 23

³⁰⁵ Così, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 786 s.

relativa al diritto alla difesa e alla presenza e all'attività di consulenti di parte, che dovrebbero confrontarsi su elementi di difficile oggettivizzazione"³⁰⁶.

Si lamenta anche l'impossibile "controprova" di quanto affermato nella perizia, basata su opinioni soggettive, variabili in considerazione della formazione dell'esperto di volta in volta chiamato ad esprimersi³⁰⁷.

Vi è poi chi, pur considerando con favore la perizia criminologica e auspicandone l'introduzione nell'ordinamento, avverte della possibile violazione della presunzione di non colpevolezza, che potrebbe derivare dall'espletamento della stessa prima dell'accertamento della responsabilità³⁰⁸.

In giurisprudenza, pur riscontrandosi decisioni che si attengono e guardano con favore al divieto di cui all'art. 220, comma 2, c.p.p.³⁰⁹, la tendenza maggioritaria è quella di richiedere una perizia psichiatrica, nel caso di sospetti di patologia mentale, per meglio comprendere le motivazioni dell'atto delittuoso: un vero e proprio accertamento sulla personalità dell'imputato, quindi, a dispetto del disposto normativo³¹⁰. Infatti, "era pressoché inevitabile, del resto, che un perito chiamato a valutare la «capacità di

³⁰⁶ T. BANDINI – U. GATTI, *Perizia psichiatrica e perizia criminologica cit.*, p. 330 s., i quali concludono affermando che "l'introduzione di una indagine psicologica nel processo penale, auspicata da molti autori come un elemento di progresso e di maggior efficacia del sistema penale, appare del tutto problematica nella sua applicazione pratica, e per molti aspetti pericolosa. L'introduzione della perizia criminologica...finalizzata all'approfondimento delle motivazioni, delle tendenze, della personalità e quindi anche della pericolosità dei soggetti sottoposti a misure penali, condurrebbe senz'altro ad errori e distorsioni, nonché ad una utilizzazione del tecnico sempre più subalterna e mistificante. Il tecnico finirebbe inevitabilmente per prendere decisioni secondo una metodologia e secondo parametri imposti dall'esterno, non rispondenti per nulla ai bisogni dei soggetti osservati, fornendo una copertura scientifica alle ingiustizie ed alle inefficienze del sistema, senza poter introdurre dei cambiamenti reali e innovazioni positive".

³⁰⁷ F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, p. 349: "qualcuno depreca tali limiti [quelli del comma 2 dell'art. 314 c.p.p.] imputandoli a fobie antiscientifiche nonché alla mitologia del giudice onnisciente, ma, tutto sommato, risultano alquanto ragionevoli: più che in una gratuita avversione curialesca alla scienza il pericolo sta nel baccanale dei *soi-disants* scienziati; pullulano psicoterapeuti, maghi dell'anima, guru e simili caldei; Dio sa cosa capiterebbe quando fosse ammessa una *expertise* psicocriminologica".

³⁰⁸ G. PISAPIA, *La perizia criminologica cit.*, p. 409 s.

³⁰⁹ Così, Cass. pen., sez. I, 28.6.2006, n. 30402, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 927 ss., con nota di F. ERAMO, *Il divieto di perizie psicologiche nel processo penale: una nuova conferma dalla Cassazione*, per cui "il divieto di perizie sul carattere, sulla personalità e sulle qualità psichiche (indipendenti da cause patologiche) dell'imputato, previsto dall'art. 200, comma 2, e quindi anche della utilizzazione delle parti di perizie psichiatriche che contengano tali valutazioni non attinenti strettamente alla valutazione della capacità di intendere e di volere ed al giudizio di pericolosità sociale conseguente al vizio di mente, è posto a garanzia dell'imputato al fine di sottrarlo ad indagini psicologiche da cui potrebbero trarsi elementi confessori ovvero comunque attinenti alla sua responsabilità al di fuori delle garanzie difensive e degli strumenti di acquisizione della prova previsti dal c.p.p.".

³¹⁰ F. DE FAZIO – S. LUBERTO, *La prassi della perizia psichiatrica cit.*, p. 109 ss.

intendere e di volere» del soggetto, al fine di stabilirne l'imputabilità, totale o parziale, non potesse prescindere da un esame psicologico del soggetto stesso, tanto più che venivano sempre più largamente utilizzati, per l'esame della personalità, *tests* di carattere psicologico»³¹¹.

Dalle osservazioni sopra esposte emerge un quadro alquanto preoccupante: la varietà di opinioni su chi è maggiormente competente a giudicare la pericolosità sociale del malato di mente e l'ambiguità delle formule legislative rendono maggiormente aleatorio un giudizio già di per sé intrinsecamente incerto. È, dunque, più che legittimo interrogarsi sull'opportunità di mantenere un sistema di questo tipo.

5) RIFLESSIONI E “INFLESSIONI” IN PUNTO DI PERICOLOSITÀ DEGLI INFERMI DI MENTE

Alla luce di quanto sopra esposto, è possibile affermare che il sistema delineato appare del tutto inadeguato ad affrontare la complessa problematica del trattamento del malato di mente autore di reato.

In chiusura del capitolo precedente, si è osservato che sarebbe opportuna una riforma della pericolosità sociale che limitasse sia la base del giudizio (ovvero i reati da cui può scaturire la valutazione), sia l'oggetto del stesso (cioè i reati che il soggetto potrebbe commettere in futuro), e indicasse in maniera più precisa i criteri da cui può inferirsi la probabilità di recidiva del soggetto. Tali considerazioni, tuttavia, valgono solo parzialmente per i non imputabili, rispetto ai quali sono necessarie ulteriori riflessioni.

Dal momento in cui la psichiatria mette in dubbio l'equazione malattia mentale-delinquenza e il legislatore abolisce le presunzioni di pericolosità, si assiste ad un “progressivo declino” del sistema.

Dell'accertamento si vogliono occupare tutti e nessuno, atteggiamento che non aiuta di certo a chiarire il già complicato quadro di riferimento.

La complessità della prognosi di recidiva dell'infermo di mente deriva dalle peculiari condizioni del soggetto: il codice penale non offre soluzioni – rimandando genericamente all'art. 133 c.p. – e lo stesso vale dal punto di vista processuale. Anzi, a

³¹¹ G. PISAPIA, *La perizia criminologica cit.*, p. 398.

tale ultimo riguardo, mentre nel codice di procedura penale abrogato il compito di accertare la pericolosità sociale del malato di mente era demandato al perito, il codice attualmente vigente tace sul punto, e ciò, come abbiamo visto, ha portato la dottrina ad interrogarsi sul significato di tale mancata previsione.

Lo psichiatra, chiamato ad esprimersi sulla capacità di intendere e di volere dell'imputato, appare l'unico soggetto competente in merito alla valutazione di cui ci si occupa, poiché è il solo in grado di prevedere lo sviluppo della malattia. Ciò vale sia nel caso in cui il reato è espressione del disturbo psichico – dipendendo il futuro comportamento del soggetto dall'andamento della patologia –, sia nel caso in cui il fatto commesso non è legato alla malattia, bensì espressione di un atteggiamento "antidoveroso" di un soggetto che, comunque, è affetto da vizio di mente. Anche in quest'ultimo caso, infatti, è sempre dello psichiatra la competenza in tema di prognosi di recidiva, poiché ci si trova pur sempre di fronte ad un soggetto bisognoso di cure, il cui comportamento futuro può essere valutato solo da un esperto.

Sussistono, tuttavia, due profili critici: il primo consiste nel rinvio contenuto nell'art. 203 c.p. all'art. 133 c.p., per la determinazione della pericolosità sociale di tutti gli autori di reato, indipendentemente dalla capacità di intendere e di volere; il secondo riguarda la dimostrata fallacia di giudizi prognostici a lungo termine. Orbene, per quanto concerne il primo problema, posto che – come sopra detto – lo psichiatra è considerato il soggetto idoneo a svolgere il giudizio in commento, si può affermare che la probabilità di ricaduta nel reato del non imputabile dovrebbe essere "sganciata" da criteri normativi e valutata alla sola luce della malattia. Circa, invece il secondo aspetto problematico, sarebbe opportuno che la legge prevedesse revisioni periodiche, a brevi intervalli regolari, dello stato del soggetto.

La circostanza che il concetto di pericolosità sociale abbia natura giuridica e non scientifica, non comporta necessariamente che l'accertamento della stessa debba spettare al magistrato, anziché all'esperto che, nel caso concreto, può essere di ausilio al giudice in un campo a lui oscuro. Invero, il giudice ha il dovere, *ex art. 220 c.p.p.*, di disporre la perizia quando sussiste la necessità di svolgere indagini o acquisire valutazioni che richiedono peculiari competenze tecnico-scientifiche. Così come il magistrato si affida al parere dell'esperto ingegnere per stabilire le cause del crollo di

una costruzione, allo stesso modo si rivolgerà allo psichiatra per l'indagine sul comportamento criminale del soggetto psichicamente disturbato.

Da ciò deriva un'altra conclusione: è auspicabile l'introduzione di una norma che, come l'abrogato art. 318 c.p.p., riservi il giudizio di pericolosità sociale all'esperto chiamato a pronunciarsi sulla capacità di intendere e di volere dell'imputato.

Le osservazioni sopra esposte valgono nei limiti di semplici correttivi *in melius* del sistema vigente. Ad ogni buon conto, occorre riflettere sulla possibilità di mantenere il "binario unico" delle misure di sicurezza per gli autori di reato non imputabili, oppure sottrarre i medesimi al circuito penale.

Prima di trarre le opportune conclusioni, occorre procedere all'esame della riforma che nel 2014 ha coinvolto ospedali psichiatrici giudiziari e pericolosità sociale dei non imputabili, e i suoi riflessi sul piano pratico.

CAPITOLO 4.
LA LUNGA MARCIA: ASPETTATIVE DELUSE DALLA
RIFORMA DEGLI OSPEDALI PSICHIATRICI GIUDIZIARI.
COS'È REALMENTE CAMBIATO?

Sommario: 1) PROBLEMI ATAVICI: COME PUNIRE GLI AUTORI DI REATO INFERMI DI MENTE?; - 2) STRADE IN SALITA: PRIME TAPPE DEL PROCESSO DI SUPERAMENTO DEGLI OSPEDALI PSICHIATRICI GIUDIZIARI; - 2.1) IL PUNTO DI SVOLTA NELLA RIFORMA DI UNA ISTITUZIONE “APPENA CIVILE” ; - 3) UN PASSO INDIETRO NELL’ACCERTAMENTO DELLA PROBABILITÀ DI RECIDIVA. LA PERICOLOSITA’ SOCIALE D’AUTORE; - 3.1) COSA (NON) DICE LA CORTE COSTITUZIONALE IN MERITO AI NUOVI CRITERI DI ACCERTAMENTO DELLA PERICOLOSITA’ SOCIALE; - 4) LA FINE DEGLI ERGASTOLI BIANCHI. L’INTRODUZIONE DI UN LIMITE DI DURATA DELLE MISURE DI SICUREZZA DETENTIVE; - 5) A CHE PUNTO SIAMO? *WORK IN PROGRESS.*

1) PROBLEMI ATAVICI: COME PUNIRE GLI AUTORI DI REATO INFERMI DI MENTE?

In chiusura del capitolo precedente sono state evidenziate le criticità della nozione e, soprattutto, dell’accertamento della pericolosità sociale dei soggetti infermi di mente. Le osservazioni svolte devono essere completate dall’esame della riforma che ha modificato le modalità di esecuzione delle misure di sicurezza dell’ospedale psichiatrico giudiziario (OPG) e della casa di cura e di custodia (CCC) – trasformandole in residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza (REMS) – e ha, in particolar modo, inciso sui criteri di accertamento utilizzabili nel giudizio di pericolosità sociale degli infermi di mente e sulla durata massima delle misure di sicurezza detentive. Si tratta di modifiche che, programmate nel lontano 1999, trovano attuazione, da ultimo, con il decreto legge del 31 marzo 2014, n. 52, recante “Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari”, convertito con modificazioni nella legge 30 maggio 2014, n. 81, che si inserisce in un complesso sistema di modifiche al trattamento sanzionatorio degli autori di reato infermi di mente.

Il primo manicomio giudiziario italiano nacque nel 1876, anno in cui il Direttore delle carceri istituì ad Aversa, presso la casa di pena per invalidi, una sezione per maniaci. Nel 1889 veniva approvato il codice Zanardelli, in cui non era menzionato il manicomio giudiziario, poiché il soggetto non imputabile non era punibile, ma poteva essere “consegnato” all’autorità competente (ovvero un giudice civile, che affidava il prosciolto all’autorità di pubblica sicurezza) per il ricovero in manicomio, qualora sussistesse il requisito della pericolosità della liberazione. Nel 1891, il Regolamento generale degli stabilimenti carcerari (R.D. 1.2.1891, n. 260) creò il manicomio giudiziario, luogo al quale erano destinati i condannati colpiti da infermità mentale durante l’esecuzione della pena e gli imputati colpiti da un provvedimento di ricovero forzato dell’Autorità giudiziaria. Tale Regolamento istituiva altresì una sezione separata cui erano destinati i prosciolti per infermità mentale, ricoverati sulla base di un decreto del ministero dell’interno e su proposta dell’autorità di pubblica sicurezza. Il Codice Rocco, infine, introdusse nel codice penale i manicomi giudiziari, destinati agli autori di reato non imputabili e socialmente pericolosi. La legge sull’ordinamento penitenziario del 1975 mutò la denominazione degli istituti in commento in ospedali psichiatrici giudiziari. Il resto è storia tristemente nota.

In Italia sono presenti – sia pur “prossimi” alla chiusura – sei ospedali psichiatrici giudiziari: Castiglione delle Stiviere, Reggio Emilia, Montelupo Fiorentino, Napoli, Aversa, Barcellona Pozzo di Gotto.

La crisi di tali istituzioni può essere rinvenuta in una molteplicità di fattori. È doveroso premettere che la centralità degli OPG, quali strumenti di controllo degli autori di reato affetti da vizio di mente, è messa in discussione dalla stessa “miscellanea” di soggetti che, a vario titolo, vi sono collocati. Infatti, le strutture sono destinate ad ospitare: 1) soggetti non imputabili per infermità di mente, intossicazione cronica da alcool o sostanze stupefacenti, sordomutismo, nonché semi-imputabili per i medesimi motivi e affidati ad una casa di cura e di custodia, eseguita in apposite sezioni degli OPG, tutti ritenuti socialmente pericolosi (artt. 219, 222 c.p.); 2) imputati socialmente pericolosi ai quali è stata applicata in via provvisoria – durante il processo – la misura dell’OPG o della CCC, in presenza di gravi indizi di commissione del fatto e non ricorrendo le condizioni ostative di cui all’art. 273, comma 2, c.p.p., consistenti nella sussistenza di una causa di giustificazione, di non punibilità, di estinzione del reato o della pena che

potrebbe trovare applicazione (artt. 206 c.p., 312 e 313 c.p.p.); 3) imputati per cui il giudizio è stato sospeso per sopravvenuta infermità mentale, che impedisce la cosciente partecipazione al processo (artt. 70 ss. c.p.p.); 4) condannati a pena sospesa per sopravvenuta infermità mentale, tale da impedire l'esecuzione della pena (art. 148 c.p.); 5) imputati e condannati da sottoporre all'accertamento delle infermità psichiche (art. 112 d.P.R. 230/2000); 6) imputati e condannati per cui, nel corso della detenzione, è sopravvenuta un'infermità psichica tale da non comportare, rispettivamente, l'applicazione provvisoria della misura di sicurezza o l'ordine di ricovero in OPG o in CCC (art. 111 d.P.R. 230/2000); 7) destinatari di altra misura di sicurezza personale detentiva, colpiti da infermità e ricoverati in OPG o in CCC (art. 212 c.p.)³¹².

Se l'approvazione della c.d. legge Basaglia (l. 13.5.1978, n. 180), che ha chiuso gli ospedali psichiatrici civili, ha messo in luce il problema del trattamento del malato di mente autore di reato, suscitando perplessità sulla possibilità di mantenere le istituzioni totalizzanti degli ospedali psichiatrici giudiziari e delle case di cura e di custodia (le quali ultime – di fatto – sono collocate all'interno dei primi³¹³), può notarsi come, negli anni immediatamente successivi all'abolizione dei manicomi comuni, si è avuto un aumento del numero dei ricoveri in OPG, segnale allarmante per la commistione di ambiti diversi e non sovrapponibili³¹⁴. Gli ordini di ricovero in OPG e in CCC conoscono un'oscillazione verso il basso a partire dall'abolizione della presunzione di pericolosità sociale, ad opera di un primo intervento della Corte costituzionale, poi del legislatore, e un'ulteriore riduzione a seguito delle successive pronunce della Consulta

³¹² Per un esame delle critiche all'eterogeneità delle categorie di internati, si vedano M.T. COLLICA, *Verso la chiusura degli O.p.g.: una svolta (ancora) solo annunciata?*, in *Legisl. pen.*, 2014, n. 4, p. 264 s.; F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! La rimozione di una "fossile vivente" quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 72 ss.

³¹³ La possibilità di creare sezioni per l'esecuzione della misura di sicurezza della casa di cura e di custodia presso un ospedale psichiatrico giudiziario è ammessa dall'art. 62, comma 3, l. 354/1975 ed è diventata la prassi.

³¹⁴ Gli ospedali psichiatrici civili, invero, avevano di fatto contenuto il ricorso all'OPG per il controllo della pericolosità sociale. Di tutta evidenza i riflessi negativi dell'interdipendenza dei sistemi penale e amministrativo di controllo e contenimento del malato di mente. In tal senso, si veda M. PELISSERO, *La soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari: realtà e apparenze*, in *Legisl. pen.*, 2012, p. 368. Si veda anche I. MERZAGORA BETSOS, *Imputabilità e pericolosità sociale cit.*, p. 116 s., la quale precisa che "se l'abolizione delle strutture civili ha comportato casi di supplenza da parte delle strutture di internamento giudiziario, a tale fenomeno ha fatto forse da contraltare quello – molto più generalizzato – della nuova concezione della malattia mentale che tende ad attribuire sempre più responsabilità e sempre meno «alienità» al malato".

n. 235 del 2003 e 367 del 2004³¹⁵, in cui si afferma espressamente il principio di sussidiarietà della misura di sicurezza dell'ospedale psichiatrico giudiziario.

Brevemente, nella sentenza n. 253 del 2003 la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 222 c.p., in riferimento agli artt. 3 e 32 Cost., nella parte in cui non consente al giudice di adottare, al posto del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una misura di sicurezza diversa e idonea ad assicurare le cure adeguate all'infermo di mente, nonché a far fronte alla sua pericolosità sociale. La Consulta, "bacchettando" il legislatore per non essere mai intervenuto su una disciplina a dir poco antiquata, afferma che le misure di sicurezza previste per gli infermi di mente devono rispondere a due fondamentali esigenze, ossia la cura e tutela del soggetto e il contenimento della pericolosità sociale, le quali devono essere perfettamente bilanciate per ritenere il sistema costituzionalmente legittimo.

Ciò premesso, viene censurato il rigido automatismo consistente nell'impossibilità per il giudice di applicare una misura diversa dall'OPG, anche nel caso in cui quest'ultima appaia inidonea a rispondere alle esigenze suddette, precludendo allo stesso l'adozione di altra misura, quale la libertà vigilata accompagnata, ex art. 228 c.p., da prescrizioni idonee a contenere la pericolosità sociale. Viene, perciò, valorizzata quest'ultima misura, caratterizzata dall'ampia discrezionalità concessa al giudice nel disporre le prescrizioni che il soggetto dovrà seguire e che potranno consistere anche in indicazioni di carattere terapeutico-riabilitativo.

Nella sentenza n. 367 del 2004, invece, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 206 c.p., dichiara l'incostituzionalità della norma – per violazione del principio di ragionevolezza e del diritto alla salute – nella parte in cui non consente al giudice di disporre, in luogo del ricovero in via provvisoria in OPG, un'altra misura di sicurezza non detentiva, idonea ad assicurare al soggetto cure adeguate e a

³¹⁵ Corte cost., n. 253 del 18.7.2003, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost., n. 29.11.2004, n. 367, in *www.cortecostituzionale.it*. Per un commento, si vedano, tra i tanti, R. BRICCHETTI, *Necessario contemperare esigenze terapeutiche e contenimento della pericolosità sociale*, in *Guida al dir.*, 2004, n. 49, p. 73 ss.; M.T. COLLICA, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 297 ss.; F. DELLA CASA, *La Corte costituzionale corregge l'automatismo del ricovero provvisorio nella struttura manicomiale promuovendo la libertà vigilata al rango di alternativa*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 3993 ss.; M. MINNITI, *La Consulta apre la strada a misure più flessibili rispetto all'OPG*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 32, p. 46 ss.; F. NUZZO, *La declaratoria di legittimità costituzionale dell'art. 206 c.p. conferma l'esigenza della revisione del sistema delle misure di sicurezza*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 747 ss.; F. TRIULZI, *Infermo di mente e misure di sicurezza non detentive*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 425 ss. Per una disamina della giurisprudenza successiva alle sentenze in esame, si veda F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! cit.*, p. 80 s.

contenere al contempo la sua pericolosità sociale. Rileva il Giudice delle leggi che le argomentazioni svolte nella sentenza resa l'anno precedente sono valide, a maggior ragione, nel caso di applicazione provvisoria della misura di sicurezza del ricovero in OPG, poiché nella fase processuale cui fa riferimento la norma censurata, la misura è disposta sulla base di un sommario accertamento prognostico – richiedendo l'art. 312 c.p.p. la mera sussistenza di gravi indizi di colpevolezza –, laddove l'applicazione definitiva presuppone un compiuto accertamento circa i presupposti oggettivi e soggettivi del fatto di reato commesso. In altre parole, nel momento in cui può essere applicata la misura di sicurezza in via provvisoria, è di primaria importanza la necessità di disporre cure e cautele idonee e proporzionate al caso concreto, esigenza che può essere soddisfatta solo attraverso interventi flessibili e discrezionali, evidentemente incompatibili con l'impostazione codicistica.

Si giunge in tal modo alla costituzionalizzazione dei principi di flessibilità della disciplina delle misure di sicurezza – da adeguare alle specifiche esigenze del soggetto – e, soprattutto, di sussidiarietà del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, che non è più l'unica misura applicabile all'infermo di mente, anzi costituisce l'*extrema ratio*, ovvero può essere disposta solo se la libertà vigilata “terapeutica” non è idonea a soddisfare le esigenze di cura e controllo³¹⁶. Il soggetto autore di reato e sofferente

³¹⁶ Si veda, M. PELISSERO, *Quale futuro per le misure di sicurezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1279 s.; ID., *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari nel tempo della crisi*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1020, il quale afferma che si è giunti in tal modo al recepimento, all'interno dell'ordinamento, del principio di proporzione. Da precisare che i principi enunciati dalla Consulta costituiscono *jus receptum*, cioè obbligano il giudice ad interpretare la disciplina delle misure di sicurezza in modo conforme ad essi. Così si esprime la stessa Corte costituzionale, nella sentenza del 9.7.2009, n. 208, in www.cortecostituzionale.it, in cui si è dichiarata l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 219 c.p., per violazione degli artt. 3 e 32 Cost., nella parte in cui non consente al giudice di applicare, in luogo del ricovero in una casa di cura e custodia, una diversa misura di sicurezza. La Consulta ha riconosciuto che è “ormai presente nella disciplina delle misure di sicurezza il principio secondo il quale si deve escludere l'automatismo che impone al giudice di disporre comunque la misura detentiva, anche quando una misura meno drastica, e in particolare una misura più elastica e non segregante come la libertà vigilata, accompagnata da prescrizioni stabilite dal giudice medesimo, si riveli capace, in concreto, di soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura e tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale. Tale principio, dettato in relazione alla misura del ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario, vale anche per l'assegnazione ad una casa di cura e di custodia, che è, a sua volta, misura di sicurezza detentiva e quindi segregante (art. 215, comma secondo, n. 2, c.p.), sicché ad essa ben si attagliano le conclusioni circa la violazione del principio di ragionevolezza e del diritto alla salute svolte, in particolare, nella sentenza n. 253 del 2003...il rimettente, che pur non ignora la sentenza di questa Corte n. 253 del 2003, ha trascurato di vagliare la possibilità di pervenire...ad una soluzione interpretativa costituzionalmente orientata e tale da determinare il superamento dei dubbi di costituzionalità”. Per un commento, si vedano F. MODUGNO – U. RESCIGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali. Del preteso principio secondo cui spetta ai*

psichico, dunque, ha diritto che gli sia applicata una misura che tenga ugualmente in considerazione le esigenze di cura e di difesa sociale, entrambe tutelate dalla Costituzione³¹⁷.

Riportando il discorso ai fattori incidenti sulla contrazione degli ordini di ricovero in OPG, va ricordato, infine, il ruolo svolto dalle previsioni contenute nel regolamento penitenziario (d.P.R. n. 230 del 2000), in particolare quelle concernenti gli interventi di supporto terapeutico ai detenuti infermi e seminfermi di mente (art. 20, d.P.R. cit.), la creazione di una sezione speciale per detenuti infermi o minorati psichici alla quale sono destinati imputati e condannati colpiti da infermità psichica nel corso della misura detentiva (art. 111, d.P.R. cit.) e la previsione dell'obbligo di accertare le condizioni psichiche di imputati, condannati e internati, in vista dell'adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 148, 206, 212, comma 2, c.p., 70, 71 e 72 c.p.p., nel medesimo istituto in cui si trova il soggetto (art. 112, d.P.R. cit.). Ove attuate (è nella gran parte dei casi così non è stato), le norme in commento porterebbero a ridurre la vasta pletera degli internati.

Queste le premesse per la crisi degli ospedali psichiatrici giudiziari, sfociata in una lunga e tortuosa vicenda legislativa per la loro abolizione.

2) STRADE IN SALITA: PRIME TAPPE DEL PROCESSO DI SUPERAMENTO DEGLI OSPEDALI PSICHIATRICI GIUDIZIARI

Come precisato, il d.l. n. 52 del 2014, conv. in l. n. 81 del 2014, si inserisce in un lungo percorso di superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario, iniziato nel lontano 1999, quando, su delega del Parlamento³¹⁸, viene emanato il d.lgs. 22 giugno 1999, n.

giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi ai principi, in *Giur. cost.*, 2009, p. 2398 ss.

³¹⁷ M.C. ORNANO, *Il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario: aspetti problematici ed esperienze operative della gestione dell'autore di reato affetto da disagio mentale*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2089 s.

³¹⁸ La legge 30 novembre 1998, n. 419 "Delega al Governo per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale e per l'adozione di un testo unico in materia di organizzazione e funzionamento del Servizio sanitario nazionale. Modifiche al decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502" (pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n. 286 del 7.12.1998), all'art. 5 ("Riordino della medicina penitenziaria"), comma 1, prevede che "Il Governo è delegato ad emanare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi di riordino della medicina penitenziaria, con l'osservanza dei seguenti

230 “Riordino della medicina penitenziaria a norma dell’articolo 5, della legge 30 novembre 1998, n. 419”, con cui vengono trasferite le competenze in materia sanitaria dagli istituti penitenziari (ancora non si parla di ospedali psichiatrici giudiziari) al Ministero della sanità e alle Regioni³¹⁹.

Il secondo passo verso la sanitarizzazione delle strutture di cui ci si occupa viene compiuto con il Decreto del Presidente della Repubblica del 30 giugno 2000, n. 230 “Regolamento recante norme sull’ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà”, che, agli artt. 111 e ss. detta norme che segnano il passaggio degli OPG e delle CCC dal regime penitenziario al regime sanitario, in un’ottica di cura e reinserimento sociale degli internati³²⁰.

principi e criteri direttivi: a) prevedere specifiche modalità per garantire il diritto alla salute delle persone detenute e internate mediante forme progressive di inserimento, con opportune sperimentazioni di modelli organizzativi anche eventualmente differenziati in relazione alle esigenze ed alle realtà del territorio, all’interno del Servizio sanitario nazionale, di persone e strutture sanitarie dell’amministrazione penitenziaria; b) assicurare la tutela delle esigenze di sicurezza istituzionalmente demandate all’amministrazione penitenziaria; c) prevedere l’organizzazione di una attività specifica al fine di garantire un livello di prestazioni di assistenza sanitaria adeguato alle specifiche condizioni di detenzione o internamento e l’esercizio delle funzioni di certificazione rilevanti ai fini di giustizia; d) prevedere che il controllo sul funzionamento dei servizi di assistenza sanitaria alle persone detenute o internate sia affidato alle regioni ed alle aziende sanitarie locali; e) prevedere l’assegnazione, con decreto del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, al fondo sanitario nazionale delle risorse finanziarie, relative alle funzioni progressivamente trasferite, iscritte nello stato di previsione del Ministero di grazia e giustizia, nonché i criteri e le modalità della loro gestione”.

³¹⁹ Il d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230 “Riordino della medicina penitenziaria a norma dell’art. 5, della legge 30 novembre 1998, n. 419” (pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 165 del 16.7.1999), all’art. 3 (“Competenze in materia sanitaria”) prevede che “1. Il Ministero della sanità esercita le competenze in materia di programmazione, indirizzo e coordinamento del Servizio sanitario nazionale negli istituti penitenziari. 2. Le regioni esercitano le competenze in ordine alle funzioni di organizzazione e programmazione dei servizi sanitari regionali negli istituti penitenziari e il controllo sul funzionamento dei servizi medesimi. 3. Alle Aziende unità sanitarie locali sono affidati la gestione e il controllo dei servizi sanitari negli istituti penitenziari. Il direttore generale risponde della mancata applicazione e dei ritardi nell’attuazione delle misure previste ai fini dello svolgimento dell’assistenza sanitaria nei suddetti istituti. 4. L’amministrazione penitenziaria segnala alle Aziende unità sanitarie locale e, ai fini dell’esercizio dei poteri sostitutivi, alle regioni e al Ministero della sanità, la mancata osservanza delle disposizioni del presente decreto legislativo”.

³²⁰ D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 (pubblicato in G.U. n. 195 del 22.8.2000), art. 111: “1. Alla direzione degli ospedali psichiatrici giudiziari, salvo quanto disposto dall’articolo 113, nonché delle case di cura e custodia e degli istituti o sezioni speciali per soggetti affetti da infermità o minorazioni fisiche o psichiche è preposto personale del ruolo tecnico-sanitario degli istituti di prevenzione e di pena, ed è assegnato, in particolare, il personale infermieristico necessario con riferimento alla funzione di cura e di riabilitazione degli stessi. 2. Gli operatori professionali e volontari che svolgono la loro attività nelle case di cura e custodia, negli ospedali psichiatrici giudiziari e negli istituti o nelle sezioni per infermi e minorati psichici, sono selezionati e qualificati con particolare riferimento alle peculiari esigenze di trattamento dei soggetti ivi ospitati. 3. Agli ospedali psichiatrici giudiziari sono assegnati, oltre a coloro nei cui confronti è applicata, in via definitiva o provvisoria, la misura di sicurezza prevista dal n. 3) del secondo comma dell’art. 215 del codice penale, anche gli imputati, i condannati e gli internati che vengono a trovarsi, rispettivamente, nelle condizioni previste dagli artt. 148, 206 e 212, secondo comma, del codice penale. 4. Alle case di cura e di custodia sono assegnati, oltre a coloro nei cui confronti è applicata, in via definitiva

Ma il provvedimento che ha dato avvio alla riforma consiste nel Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1 aprile 2008, “Modalità e criteri per il trasferimento al Servizio sanitario nazionale delle funzioni sanitarie, dei rapporti di lavoro, delle risorse finanziarie e delle attrezzature e beni strumentali in materia di sanità penitenziaria”, adottato sulla base della legge finanziaria del 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244), che, all’art. 2, trasferisce le funzioni sanitarie sino a quel momento svolte dal Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria al Servizio sanitario nazionale. Dal 2008, dunque, la tutela della salute di detenuti e internati viene affidata alle singole Regioni, che assicurano l’espletamento delle funzioni acquisite attraverso le Aziende Sanitarie Locali, nel cui ambito di competenza rientrano gli istituti penitenziari.

Di particolare interesse l’art. 5, che provvede al trasferimento delle funzioni sanitarie afferenti agli ospedali psichiatrici giudiziari alle Regioni presso cui tali strutture sono ubicate. Nel dettaglio, il comma 1 prevede che “al fine di dare completa attuazione al riordino della medicina penitenziaria, sono trasferite alle regioni le funzioni sanitarie

o provvisoria, la misura di sicurezza prevista dal n. 2) del secondo comma dell’art. 215 del codice penale, anche gli imputati e gli internati che vengono a trovarsi, rispettivamente, nelle condizioni previste dagli articoli 148, 206 e 212, secondo comma, del codice penale. 5. Gli imputati e i condannati, ai quali nel corso della misura detentiva sopravviene una infermità psichica che non comporti, rispettivamente, l’applicazione provvisoria della misura di sicurezza o l’ordine di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o in casa di cura e custodia, sono assegnati a un istituto o sezione speciale per infermi e minorati psichici. 6. La direzione dell’ospedale psichiatrico giudiziario o della casa di cura e custodia informa mensilmente le autorità giudiziarie competenti sulle condizioni psichiche dei soggetti ricoverati ai sensi degli articoli 148, 206 e 212, secondo comma, del codice penale. 7. I soggetti condannati a pena diminuita per vizio parziale di mente per l’esecuzione della pena possono essere assegnati agli istituti o sezioni per soggetti affetti da infermità o minorazioni psichiche quando le loro condizioni siano incompatibili con la permanenza negli istituti ordinari. Gli stessi, quando le situazioni patologiche risultino superate o migliorate in modo significativo, sono nuovamente assegnati agli istituti ordinari, previo eventuale periodo di prova nei medesimi”. Art. 112: “1. L’accertamento delle condizioni psichiche degli imputati, dei condannati e degli internati, ai fini dell’adozione dei provvedimenti previsti dagli articoli 148, 206, 212, secondo comma, del codice penale, dagli articoli 70, 71 e 72 del codice di procedura penale e dal comma 4 dell’art. 111 del presente regolamento, è disposto, su segnalazione della direzione dell’istituto o di propria iniziativa, nei confronti degli imputati, dall’autorità giudiziaria che procede, e, nei confronti dei condannati e degli internati, dal magistrato di sorveglianza. L’accertamento è espletato nel medesimo istituto in cui il soggetto si trova o, in caso di insufficienza di quel servizio diagnostico, in altro istituto della medesima categoria. 2. L’autorità giudiziaria che procede o il magistrato di sorveglianza possono, per particolari motivi, disporre che l’accertamento sia svolto presso un ospedale psichiatrico giudiziario, una casa di cura e custodia o in un istituto o sezione per infermi o minorati psichici, ovvero presso un ospedale civile. Il soggetto non può comunque permanere in osservazione per un periodo superiore a trenta giorni. 3. All’esito dell’accertamento, l’autorità giudiziaria che procede o il magistrato di sorveglianza, ove non adotti uno dei provvedimenti previsti dagli articoli 148, 206 e 212, secondo comma, del codice penale o dagli articoli 70, 71 e 72 del codice di procedura penale e dal comma 4 dell’articolo 111 del presente regolamento, dispone il rientro nell’istituto di provenienza”. Art. 113: “1. Nel rispetto della normativa vigente l’amministrazione penitenziaria, al fine di agevolare la cura delle infermità ed il reinserimento sociale dei soggetti internati negli ospedali psichiatrici giudiziari, organizza le strutture di accoglienza tenendo conto delle più avanzate acquisizioni terapeutiche anche attraverso protocolli di trattamento psichiatrico convenuti con altri servizi psichiatrici territoriali pubblici”.

affidenti agli Ospedali psichiatrici giudiziari ubicati nel territorio delle medesime. Le attrezzature, gli arredi e i beni strumentali affidenti alle attività sanitarie, sono trasferiti, con le modalità di cui all'art. 4, alle Aziende sanitarie locali territorialmente competenti. Le regioni disciplinano gli interventi da attuare attraverso le aziende sanitarie, in conformità ai principi definiti dalle linee guida di cui all'allegato C, che costituisce parte integrante del presente decreto". Il comma 2 stabilisce che "per l'attuazione delle linee guida di cui al comma 1, è istituito, presso la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, apposito comitato paritetico interistituzionale".

L'Allegato C del decreto in esame prevede, per la prima volta, un dettagliato programma di superamento graduale degli ospedali psichiatrici giudiziari e delle case di cura e di custodia improntato al principio di territorialità, espressamente riconosciuto quale cardine delle iniziative di riorganizzazione, e al criterio di sanitarizzazione delle strutture³²¹.

In particolare, vengono delineate tre fasi successive, che scandiscono il programma di superamento, con la progressiva dimissione degli internati. In una prima fase, la gestione sanitaria degli OPG sarebbe dovuta passare alle Regioni in cui hanno sede e i Dipartimenti di salute mentale nel cui territorio sono ubicati gli OPG avrebbero dovuto redigere dei programmi di reinserimento sociale per coloro che avevano terminato la misura di sicurezza. Inoltre, al fine di "sfozzire" la popolazione degli internati, si prevedeva il rientro dei condannati, temporaneamente ricoverati in tali istituti per disturbi psichici sopravvenuti durante l'esecuzione della pena, nella casa circondariale di provenienza (ovviamente solo dopo l'attivazione, all'interno delle carceri, delle apposite sezioni di cura e riabilitazione, come già previsto dall'art. 111, d.P.R.

³²¹ Così dispone il D.P.C.M. 1.4.2008, Allegato C: "l'ambito territoriale costituisce, dunque, la sede privilegiata per affrontare i problemi della salute, della cura, della riabilitazione delle persone con disturbi mentali per il fatto che nel territorio è possibile creare un efficace sinergismo tra i diversi servizi sanitari, tra questi e i servizi sociali, tra le Istituzioni e la comunità per il fine fondamentale del recupero sociale delle persone. Il principio del reinserimento sociale, sancito nell'articolo 27 della Costituzione, per coloro che, autori di reato, sono stati prosciolti per infermità mentale e ricoverati in OPG può e deve essere garantito attraverso la cura, che ne è fondamentale presupposto, e l'azione integrata dei servizi sociosanitari territoriali". Ancor più specificamente, "il principio di territorialità costituisce il fondamento che motiva il decentramento degli OPG e rende possibile la differenziazione nella esecuzione della misura di sicurezza, come del resto hanno sanzionato le sentenze della Corte costituzionale che non legano l'applicazione della misura di sicurezza in modo univoco ed esclusivo all'OPG".

230/2000) e l'accertamento dell'infermità psichica di imputati e condannati negli istituti ordinari (previsione anch'essa già contenuta nel d.P.R. 230/2000, all'art. 112).

Superato positivamente questo primo *step*, era prevista una seconda fase, a distanza di un anno, in cui si sarebbe dovuto provvedere alla distribuzione degli internati in OPG, in modo da avvicinarli al territorio di provenienza. A tal scopo, era prevista la possibilità di stipulare accordi tra Regione sede dell'OPG e Regioni limitrofe, aventi ad oggetto programmi di cura e riabilitazione degli internati.

Terminato con successo questo passaggio di consegne, per cui erano previsti due anni di tempo, si apriva la terza e ultima fase, in cui gli internati in OPG avrebbero dovuto essere "restituiti" alla Regione di provenienza, la quale avrebbe dovuto predisporre appropriati programmi terapeutici e riabilitativi per il reinserimento nel contesto sociale di appartenenza. A tal scopo, venivano proposte varie soluzioni, "dalle strutture OPG con livelli diversificati di vigilanza, a strutture accoglienza e all'affido ai servizi psichiatrici e sociali territoriali, sempre e comunque sotto la responsabilità assistenziale del Dipartimento di salute mentale della Azienda sanitaria dove la struttura o il servizio è ubicato"³²².

Il percorso delineato nel decreto in esame è rimasto perlopiù inattuato, a causa soprattutto della mancata risoluzione di un problema largamente diffuso, consistente nelle scarse possibilità di collocazione all'esterno – tramite i dipartimenti di salute mentale – dei soggetti che avrebbero potuto essere dimessi dall'OPG.

³²² D.P.C.M. 1.4.2008, Allegato C. Si afferma, altresì, che "nelle Aziende Sanitarie sul cui territorio sono presenti gli Ospedali Psichiatrici Giudiziari l'indicazione è di istituire, nell'ambito del Dipartimento di Salute Mentale, idonea struttura avente autonomia organizzativa. La struttura, coordinata con gli altri servizi sanitari della Azienda sanitaria e con i servizi sociali, deve avere funzioni di raccordo nei confronti delle Aziende sanitarie (regionali ed extraregionali) di provenienza dei singoli internati ospitati presso gli OPG, al fine di concordare ed attuare piani individualizzati di trattamento per il reinserimento dei pazienti nel territorio entro i tempi previsti dalla misura di sicurezza comminata e favorire la continuità terapeutica". Da precisare che successivamente all'emanazione del decreto in esame, per l'attuazione di quanto previsto, furono siglati diversi accordi da parte della Conferenza unificata Stato-Regioni (20.11.2008, 26.11.2009, 13.11.2011). Per un esame, si vedano E. ZANALDA – C. MENCACCI, *Percorsi di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari in Italia. L'impatto sui dipartimenti di salute mentale. L'opinione della società italiana di psichiatria*, in *Rass. pen. crim.*, 2013, n. 1, p. 29 s.

2.1) IL PUNTO DI SVOLTA NELLA RIFORMA DI UNA ISTITUZIONE “APPENA CIVILE”

Nonostante le buone intenzioni, i progetti di territorializzazione e dismissione degli OPG rimangono sulla carta, fino al punto di svolta costituito dall’approvazione, il 20 luglio 2011, della “Relazione sulle condizioni di vita e di cura all’interno degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari”, redatta dalla c.d. Commissione Marino³²³, che ha comportato la “apertura di un enorme e terrificante vaso di Pandora”³²⁴, in quanto vengono a galla le condizioni drammatiche in cui versano gli internati in tutti gli OPG, ad eccezione di quello di Castiglione delle Stiviere (e, in parte, quello di Napoli)³²⁵, tanto che persino l’allora Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, espresse il proprio sconcerto in merito agli “ospedali psichiatrici giudiziari, autentico orrore indegno di un paese appena civile”³²⁶.

Sono denunciate, in particolare “gravi e inaccettabili...carenze strutturali e igienico-sanitarie”³²⁷, “un assetto strutturale assimilabile al carcere o all’istituzione

³²³ *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all’interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, redatta dalla Commissione parlamentare di inchiesta sull’efficacia e l’efficienza del servizio sanitario nazionale, istituita con deliberazione del Senato del 30.7.2008, in www.senato.it. Da precisare che già nel 2008 erano stati effettuati due sopralluoghi negli OPG di Aversa e di Napoli, ad opera del Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura. Per la relazione, si veda *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment from 14 to 26 September 2008*, in www.cpt.coe.int, 20.4.2010. Le condizioni degli OPG ispezionati hanno portato il Consiglio d’Europa a riscontrare una violazione dei diritti fondamentali della persona, a causa dei trattamenti inumani e degradanti.

³²⁴ F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! cit.*, p. 83

³²⁵ L’ospedale psichiatrico giudiziario di Castiglione delle Stiviere è l’unico totalmente sanitarizzato, in forza di una convenzione stipulata tra l’azienda ospedaliera “Carlo Poma” di Mantova e il Ministero della giustizia.

³²⁶ Discorso di fine anno 2012, tenuto dal Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, in www.corriere.it

³²⁷ *Relazione sulle condizioni di vita e di cura cit.*, p. 3. Nell’Ospedale psichiatrico giudiziario di Barcellona Pozzo di Gotto, nelle celle di uno dei reparti ispezionati si è riscontrata “una situazione di degrado derivante dalle pessime condizioni strutturali e igienico-sanitarie, dovute a: pareti e soffitti con intonaci sporchi e cadenti; porte e finestre con vari vetri incrinati, tali da costituire pericolo per gli ospiti; evidenti macchie di umidità e muffe; presenza di sporcizia dovunque; presenza di letti metallici con spigoli vivi, vernice scrostata e ruggine; pavimenti danneggiati in vari punti, sì da costituire ricettacolo di polvere e batteri; coperte e lenzuola strappate, sporche ed insufficiente. Ovunque si avvertiva un lezzo nauseabondo per la presumibile presenza di urine sia sul pavimento che sugli effetti lettereschi. Gli armadietti apparivano talvolta divelti ed arrugginiti. L’unico servizio igienico, di circa 1 mq, risultava privo di impianto doccia”. Nell’OPG di Aversa, le celle “versavano tutte in pessime condizioni strutturali e igienico-sanitarie, con: pavimenti danneggiati in vari punti; soffitti e pareti con intonaco scrostato ed estese macchie di umidità; ovunque cumuli di sporcizia e residui alimentari; letti metallici con vernice scrostata e ruggine; sgradevoli esalazioni di urina; armadietti vetusti; effetti lettereschi sporchi, strappati ed

manicomiale”, carenza di “dotazione numerica del personale sanitario...rispetto alle necessità clinico-terapeutiche dei pazienti affidati a tali istituti”, pratiche di contenzione “inadeguate e, in alcuni casi, lesive della dignità della persona”³²⁸. Emerge, dunque, dal sopralluogo “il sovraffollamento degli ambienti, l’assenza di cure specifiche, l’inesistenza di qualsiasi attività educativa o ricreativa e la sensazione di completo e disumano abbandono del quale gli stessi degenti si lamentavano. I degenti, nella assoluta indifferenza, oltre ad indossare abiti vecchi e sudici, loro malgrado, si presentavano sporchi e maleodoranti”³²⁹.

La Commissione parlamentare di inchiesta, oltre a prendere provvedimenti nell’immediato³³⁰, auspica la completa sanitarizzazione degli ospedali psichiatrici giudiziari³³¹, la piena attuazione del D.P.C.M. 1.4.2008, nella parte in cui prevede gli interventi a tutela della salute mentale negli istituti penitenziari – per evitare il sovraffollamento degli OPG e la presenza all’interno degli stessi di categorie eterogenee di persone – e, soprattutto, la limitazione del fenomeno delle proroghe sistematiche delle misure di sicurezza, sulla mera base dell’assenza di adeguate offerte alternative da parte dei Dipartimenti di salute mentale, in modo da dare piena attuazione ai principi sanciti dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 253 del 2003 e n. 367 del 2004. Viene segnalata, perciò, l’urgenza di una riforma che superi il modello “opgcentrico” e che individui modalità alternative di trattamento degli autori di reato infermi di mente, al fine di garantire a questi ultimi terapia e riabilitazione. Seppur talune modifiche appaiano improrogabili, essendosi riscontrata una situazione inaccettabile nonché

evidentemente insufficienti; finestre, anche in corrispondenza di letti, divelte o con vetri rotti; il tutto in condizioni tali da rendere disumana la permanenza di qualsiasi individuo”.

³²⁸ Così viene descritta ancora la situazione riscontrata nell’OPG di Barcellona Pozzo di Gotto, nella *Relazione sulle condizioni di vita e di cura cit.*, p. 4: “all’interno della stanza contraddistinta dal n. 4, munita di letti particolari che presentavano un foro in corrispondenza del bacino, veniva rinvenuto il sig. S.C. Questi era nudo; coperto da un lenzuolo; in regime di contenzione attuata mediante costrizione a letto con una stretta legatura con garza, sia alle mani che ai piedi, che gli impediva qualsiasi movimento. L’internato presentava, altresì, un vistoso ematoma alla zona cranica parietale. In merito, si prendeva visione del registro dei trattamenti di contenzione dal quale emergeva che questi non era indicato”.

³²⁹ *Relazione sulle condizioni di vita e di cura cit.*, p. 13

³³⁰ Infatti, si è provveduto il 26.7.2011 al sequestro di alcune parti degli OPG di Montelupo Fiorentino e di Barcellona Pozzo di Gotto.

³³¹ Da precisare che, alla data del sopralluogo, le aziende sanitarie della Regione Sicilia non avevano ancora provveduto al subentro al DAP nella gestione dell’OPG di Barcellona Pozzo di Gotto, a causa della mancata integrazione della previsione di cui all’art. 8, comma 1, D.P.C.M. 1.4.2008, per cui, per le Regioni a statuto speciale, il trasferimento delle funzioni sanitarie deve avvenire secondo le modalità previste nei rispettivi statuti.

costituzionalmente incompatibile, la Commissione auspica un ripensamento complessivo del sistema delle misure di sicurezza “a monte”, ovvero a partire dall’istituto della (non) imputabilità.

I lavori della Commissione Marino hanno portato all’approvazione di un decreto legge nel 2011³³² che, lungi dal costituire il frutto di una profonda riflessione sul trattamento sanzionatorio dell’infermo di mente³³³, trae origine dall’indifferibile esigenza di arginare l’ondata di indignazione sollevata da quanto emerso nella relazione redatta dalla Commissione stessa.

All’interno del decreto legge c.d. svuota carceri del 2011, n. 211 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 9 del 2012³³⁴), viene inserito un articolo che prevede il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari³³⁵, norma che ben evidenzia la necessità di modificare le modalità di gestione delle strutture vigenti, potenziando al contempo interventi alternativi non custodiali.

L’art. 3 *ter*³³⁶ del decreto legge in esame fissa al 1° febbraio 2013 il termine per il completamento del processo di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e per

³³² Per un dettagliato esame dell’*iter* conclusosi nella riforma del 2011, si veda F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! cit.*, p. 85 s.

³³³ In senso critico, M.C. ORNANO, *Il superamento dell’ospedale psichiatrico giudiziario cit.*, p. 2091 s., la quale rileva che si tratta di “una riforma del tutto carente di supporto teorico, filosofico giuridico...il legislatore prevede che la misura di sicurezza detentiva [per i non imputabili] sia eseguita in strutture terapeutiche, ma alla base di ciò non v’è l’elaborazione di un nuovo modello di trattamento del malato psichiatrico autore di reati socialmente pericoloso: ed è questa la ragione per cui tutto nel codice resta come è, con tutte le storture e le carenze che caratterizzano il sistema delle misure di sicurezza”.

³³⁴ Decreto legge 22 dicembre 2011, n. 211, “Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri” (G.U. 22.12.2011, n. 297), convertito in legge 17 febbraio 2012, n. 9 (G.U. 20.2.2012, n. 42).

³³⁵ Per un commento alla legge, si vedano F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! cit.*, p. 64 ss.; C. FIORIO, *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 409 ss.; M. PELISSERO, *La soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari cit.*, p. 366 ss.; ID, *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari nel tempo della crisi cit.*, p. 1017 ss.; L. SCOMPARIN, *Dalla riduzione urgente della tensione detentiva alla chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari: primi interventi, governativi e parlamentari, per una nuova politica criminale*, in *Legisl. pen.*, 2012, p. 325 ss.; G. VALVO, *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: la delicata attuazione dell’art. 3-ter d.l. 211/2011*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21.11.2012. Per una critica all’impreciso e atecnico concetto di “superamento”, si vedano C. MAZZUCATO – G. VARRASO, *Chiudere o...aprire? Il “superamento” degli OPG tra istanze di riforma e perenni tentazioni di “cambiare tutto per non cambiare niente”*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1341 ss.

³³⁶ Si riporta integralmente il testo dell’articolo: “1. Il termine per il completamento del processo di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari già previsto dall’allegato C del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 1° aprile 2008, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 126 del 30 maggio 2008, e dai conseguenti accordi sanciti dalla Conferenza unificata ai sensi dell’articolo 9 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, nelle sedute del 20 novembre 2008, 26 novembre 2009 e 13 ottobre 2011, secondo le modalità previste dal citato decreto e dai successivi accordi e fatto salvo quanto stabilito

la creazione di strutture per l'accoglienza delle persone cui sono applicate le misure di

nei commi seguenti, è fissato al 1° febbraio 2013. 2. Entro il 31 marzo 2012, con decreto di natura non regolamentare del Ministro della salute, adottato di concerto con il Ministro della giustizia, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano ai sensi dell'articolo 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono definiti, ad integrazione di quanto previsto dal decreto del Presidente della Repubblica 14 gennaio 1997, pubblicato nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 42 del 20 febbraio 1997, ulteriori requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi, anche con riguardo ai profili di sicurezza, relativi alle strutture destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e di custodia. 3. Il decreto di cui al comma 2 è adottato nel rispetto dei seguenti criteri: a) esclusiva gestione sanitaria all'interno delle strutture; b) attività perimetrale di sicurezza e di vigilanza esterna, ove necessario in relazione alle condizioni dei soggetti interessati, da svolgere nel limite delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente; c) destinazione delle strutture ai soggetti provenienti, di norma, dal territorio regionale di ubicazione delle medesime. 4. A decorrere dal 31 marzo 2013 le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia sono eseguite esclusivamente all'interno delle strutture sanitarie di cui al comma 2, fermo restando che le persone che hanno cessato di essere socialmente pericolose devono essere senza indugio dismesse e prese in carico, sul territorio, dai Dipartimenti di salute mentale. 5. Per la realizzazione di quanto previsto dal comma 1, in deroga alle disposizioni vigenti relative al contenimento della spesa di personale, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, comprese anche quelle che hanno sottoscritto i piani di rientro dai disavanzi sanitari, previa valutazione e autorizzazione del Ministro della salute assunta di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione e del Ministro dell'economia e delle finanze, possono assumere personale qualificato da dedicare anche ai percorsi terapeutico riabilitativi finalizzati al recupero e reinserimento sociale dei pazienti internati provenienti dagli ospedali psichiatrici giudiziari. 6. Per la copertura degli oneri derivanti dalla attuazione del presente articolo, limitatamente alla realizzazione e riconversione delle strutture, è autorizzata la spesa di 120 milioni di euro per l'anno 2012 e 60 milioni di euro per l'anno 2013. Le predette risorse sono assegnate alle regioni e province autonome mediante la procedura di attuazione del programma straordinario di investimenti di cui all'articolo 20 della legge 11 marzo 1988, n. 67. Agli oneri derivanti dal presente comma si provvede, quanto a 60 milioni di euro per l'anno 2012, utilizzando quota parte delle risorse di cui al citato articolo 20 della legge n. 67 del 1988; quanto ad ulteriori 60 milioni di euro per l'anno 2012, mediante corrispondente riduzione del Fondo di cui all'articolo 7 quinquies del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33; quanto a 60 milioni di euro per l'anno 2013, mediante corrispondente riduzione del Fondo di cui all'articolo 32, comma 1, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. 7. Al fine di concorrere alla copertura degli oneri per l'esercizio delle attività di cui al comma 1, nonché degli oneri derivanti dal comma 5, è autorizzata la spesa nel limite massimo complessivo di 38 milioni di euro per l'anno 2012 e 55 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2013. Agli oneri derivanti dal presente comma si provvede: a) quanto a 7 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2012, mediante riduzione degli stanziamenti relativi alle spese rimodulabili di cui all'articolo 21, comma 5, lettera b), della legge 31 dicembre 2009, n. 196, dei programmi del Ministero degli affari esteri; b) quanto a 24 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2012, mediante corrispondente riduzione dell'autorizzazione di spesa di cui all'articolo 2, comma 361, della legge 24 dicembre 2007, n. 244; c) quanto a 7 milioni di euro per l'anno 2012 e a 24 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2013, mediante riduzione degli stanziamenti relativi alle spese rimodulabili di cui all'articolo 21, comma 5, lettera b), della legge 31 dicembre 2009, n. 196, dei programmi del Ministero della giustizia. 8. Il Comitato permanente per la verifica dell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza di cui all'articolo 9 dell'intesa tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano del 23 marzo 2005, provvede al monitoraggio e alla verifica dell'attuazione del presente articolo. 9. Nell'ipotesi di mancato rispetto, da parte delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano, del termine di cui al comma 1, in attuazione dell'art. 120 della Costituzione e nel rispetto dell'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, il Governo provvede in via sostitutiva al fine di assicurare piena esecuzione a quanto previsto dal comma 4. 10. A seguito dell'attuazione del presente articolo la destinazione dei beni immobili degli ex ospedali psichiatrici giudiziari è determinata d'intesa tra il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia, l'Agenzia del demanio e le regioni ove gli stessi sono ubicati.”

sicurezza dell'ospedale psichiatrico giudiziario e della casa di cura e custodia (ancora non si parla di REMS). La definizione dei requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi – anche sotto il profilo della sicurezza – delle predette strutture è rimandata ad un decreto non regolamentare, che deve essere emanato dal Ministro della salute, di concerto con il Ministro della giustizia e con l'intesa della Conferenza permanente per i rapporti tra Stato, Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano, entro il 31 marzo 2012, sulla base di alcuni criteri prefissati, quali l'esclusiva gestione sanitaria delle strutture, la previsione di attività perimetrale di sicurezza e vigilanza esterna solo se necessaria, e la destinazione agli istituti di nuova creazione dei soli soggetti provenienti dal territorio regionale in cui sono collocati³³⁷.

La norma in commento, inoltre, prevede che, a decorrere dal 31 marzo 2013, le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia dovranno essere eseguite solo all'interno delle strutture sanitarie delineate, stabilendo altresì – pleonasticamente – la dimissione “senza indugio” degli internati per i quali la prognosi di pericolosità sociale è negativa, e la loro presa in carico da parte dei Dipartimenti di salute mentale³³⁸.

³³⁷ Si veda, G. VALVO, *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari cit.*, p. 5, la quale critica la genericità dell'art. 3 *ter* nel dettare i criteri guida per l'emanazione del decreto ministeriale. La norma, infatti, non precisa “né la distribuzione territoriale delle strutture, né il numero massimo di ricoverati che ciascuna struttura potrà ospitare. Inoltre, non è chiaro secondo quali modalità e criteri dovrà svolgersi l'attività di vigilanza esterna ove necessaria «in relazione alle condizioni dei soggetti interessati»”.

³³⁸ Per una critica, si veda M. PELISSERO, *La soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari cit.*, p. 373, secondo il quale parlare di “dimissioni «senza indugio» è privo di senso, perché le dimissioni sono obbligatorie, nella misura in cui la norma si riferisce testualmente ai casi nei quali la pericolosità è cessata”, conclusione che può già trarsi dalla disciplina vigente, senza bisogno di una specifica precisazione. Conclude, dunque, l'Autore che la previsione in esame, “pur con una formulazione letterale imperfetta, sembra piuttosto riguardare quei casi nei quali la pericolosità, pur essendosi attenuata, potrebbe essere adeguatamente controllata attraverso strutture ed interventi dei dipartimenti di salute mentale attraverso le prescrizioni a contenuto terapeutico della libertà vigilata, come sollecitato più volte dalle sentenze della Corte costituzionale. La norma avrebbe dovuto, più chiaramente, prescrivere la dimissione delle persone qualora il livello di pericolosità sociale si sia attenuato e sia controllabile in modo idoneo attraverso strumenti meno invasivi delle strutture custodiali, sollecitando l'interazione con i dipartimenti di salute mentale sul territorio”. Una critica deve essere mossa all'interpretazione in commento: seppur lodevole l'intento di non giungere ad una *interpretatio abrogans* della norma, si assegna alla disposizione in esame un significato difficilmente ricavabile dal tenore letterale della stessa, che parla espressamente di “persone che hanno cessato di essere socialmente pericolose” e non di quelle con pericolosità sociale solo attenuata. Si veda anche F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! cit.*, p. 93 ss., il quale sottolinea che il legislatore ha solo voluto porre fine alla prassi dei c.d. ergastoli bianchi.

Infine, quasi profeticamente, si stabilisce che, qualora le Regioni e le Province autonome, non diano attuazione alle previsioni indicate entro il termine prefissato, provvederà il Governo in via sostitutiva, ai sensi dell'art. 120 Cost.

Di tutta evidenza, dunque, che la norma non pone fine agli ospedali psichiatrici giudiziari, ma piuttosto ridisegna le modalità di esecuzione degli stessi, ovvero il trattamento degli infermi di mente autori di reato³³⁹, con tutti i problemi derivanti dalla variegata gamma di soggetti che, a vario titolo, si trovano all'interno di tali istituti.

Da precisare che la previsione della “esclusiva” esecuzione delle misure dell'OPG e della CCC all'interno delle nuove strutture non si pone in contrasto con quanto stabilito dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 253/2003 e 367/2004, ma sta semplicemente ad indicare che la modalità di esecuzione sarà solo la nuova e non quella delle precedenti istituzioni³⁴⁰. È, perciò, necessario valorizzare al massimo la misura della libertà vigilata terapeutica – ovvero quella accompagnata dall'obbligo per il soggetto di sottoporsi ad un trattamento terapeutico individuato dalla psichiatra e ritenuto dal giudice sufficiente a contenere la pericolosità – da “modellare” sulla persona, in modo da soddisfare le esigenze di cura e contenimento della pericolosità

³³⁹ In tal senso, C. MAZZUCATO – G. VARRASO, *Chiudere o...aprire? cit.*, p. 1341 ss.; M. PELISSERO, *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari nel tempo della crisi cit.*, p. 1023; L. SCOMPARIN, *Dalla riduzione urgente della tensione detentiva alla chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari cit.*, p. 330; G. VALVO, *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari cit.*, p. 4. Critici nei confronti della riproposizione del “paradigma manicomiale” all'interno della riforma, P. DELL'ACQUA – S. D'AUTILIA, *Abbandonare quei luoghi, abitare le soglie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1356 ss., per i quali “paradigma manicomiale vuol dire riconoscere l'incontestabile organicità del disturbo mentale, con tutte le conseguenze comportamentali e relazionali. Significa attribuire al medico psichiatra, il sanitario col camice bianco, il compito del trattamento; individuare i luoghi dedicati: gli istituti psichiatrici prima, i mini OPG regionali oggi; ritenere i farmaci l'unico incontestato strumento di cura: su questo punto le cartelle cliniche degli OPG sono allarmanti. Il lavoro di deistituzionalizzazione che si è diffuso negli ultimi 50 anni nel nostro Paese, non senza difficoltà e aspre controversie, rende inevitabile un'altra visione, un altro modo per intendere la vicenda biologica, umana, politica ed etica delle persone con disturbo mentale...oggi non si può fare altro che ricordare quale sia lo stato dell'arte e le reali possibilità di cura e di rimonta che bisogna oggi garantire. L'emendamento, invece, incorpora quel paradigma manicomiale e lo ripropone”. *Contra*, G. DODARO, *Ambiguità e resistenze nel superamento dell'OPG in Regione Lombardia: verso l'“istituzionalizzazione ospedaliera” del malato di mente autore di reato?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1388 ss., secondo il quale, anche se la l. 9/2012 non abolisce la misura dell'OPG, “sarebbe tuttavia riduttivo leggere la riforma semplicemente come una revisione delle concrete modalità di esecuzione delle misure di sicurezza dell'OPG (e delle case di cura e custodia) attraverso interventi sugli edifici”, poiché “il disegno di riforma del superamento dell'OPG mediante strutture sanitarie di tipo residenziale extra-ospedaliero indica una chiara opzione (culturale, sanitaria, politica) del legislatore statale a favore della «psichiatria di comunità», lungo la strada tracciata dalla l. n. 180/1978”.

³⁴⁰ Così, F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! cit.*, p. 69

sociale, guardando altresì alla specifica realtà in cui la misura deve essere eseguita, al fine di poter trovare concreta attuazione³⁴¹.

La riforma, dunque, pone attenzione alla sanitarizzazione dell'esecuzione e delinea un modello di intervento basato sulla pericolosità sociale situazionale, ovvero una pericolosità desunta non solo dalle condizioni personali dell'autore del reato, ma altresì dall'ambiente in cui quest'ultimo è inserito. Ciò può essere dedotto dall'importanza attribuita al supporto dei servizi di salute mentale del territorio di provenienza del soggetto, per disporre la libertà vigilata "terapeutica", servizi la cui assenza comporterebbe necessariamente l'applicazione della misura dell'OPG³⁴². Di fondamentale importanza, dunque, l'efficace coordinamento tra sistema penale e sistema sanitario, al fine dell'attuazione della neointrodotta flessibilità delle misure di controllo della pericolosità sociale³⁴³.

Con sei mesi di ritardo, il 1° ottobre 2012³⁴⁴ viene emanato il decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro della giustizia, che, all'allegato A, definisce, in attuazione dell'art. 3 *ter*, d.l. n. 211 del 2011, conv. in l. 9 del 2012 e ad integrazione del d.P.R. 14.1.1997, i requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi – anche con

³⁴¹ M.C. ORNANO, *Il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario cit.*, p. 2092 s.

³⁴² F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! cit.*, p. 95; M. PELISSERO, *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari nel tempo della crisi cit.*, p. 1024;

³⁴³ Si veda, M. PELISSERO, *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari nel tempo della crisi cit.*, p. 1025 s., il quale sottolinea l'eventualità che la riforma in esame non trovi attuazione, per l'insufficienza delle risorse stanziare per il processo di superamento e per i tempi troppo ravvicinati fissati dalla legge. Nello stesso senso, F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! cit.*, p. 99 ss.; G. VALVO, *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari cit.*, p. 7. Si veda anche F. FIORENTIN, *Ospedali giudiziari, le azioni per evitare la deriva*, in *Guida al dir.*, 2013, n. 13, p. 28 s., il quale rileva difficoltà di natura "amministrativa", derivanti dal fatto che molti soggetti che potrebbero essere dimessi non hanno alcun supporto socio-familiare, non dispongono di un domicilio all'esterno, senza contare i soggetti stranieri e i senza tetto, per i quali è altresì incerto il criterio di attribuzione territoriale. Per un esame del punto di vista della psichiatria, si vedano A. GRISPINI – G. DUCCI, *Il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari. Considerazioni e riflessioni*, in *Rass. pen. crim.*, 2013, n. 1, p. 11 ss.; E. ZANALDA – C. MENCACCI, *Percorsi di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari in Italia cit.*, p. 31, i quali ultimi rilevano che – a seguito della riforma – la Società Italiana di Psichiatria aveva espresso alcune preoccupazioni, consistenti nel fatto che "la nuova organizzazione della fase esecutiva delle misure di sicurezza prescinde da una revisione dell'istituto della «pericolosità sociale»; la non coincidenza dell'autorità che decide sull'attuazione delle misure di sicurezza con le esigenze sanitarie del cittadino e la normativa in tema di trattamenti sanitari; la necessità di realizzare una netta separazione tra le esigenze di custodia e i bisogni di cura al fine di non riprodurre confusione tra cura e bisogni di sicurezza".

³⁴⁴ Decreto 1 ottobre 2012, "Requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle strutture residenziali destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia", pubblicato in *Gazzetta Ufficiale n. 270*, del 19.11.2012.

riferimento ai profili della sicurezza –, relativi alle strutture destinate ad accogliere le persone destinatarie delle misure di sicurezza dell’OPG e della CCC.

Il decreto citato ribadisce la realizzazione delle strutture per l’esecuzione dell’OPG e della CCC ad opera del Servizio sanitario delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano, e la loro gestione esclusivamente sanitaria. Per quanto riguarda il profilo della sicurezza, è prevista la possibilità di attivare accordi con le Prefetture per l’attività perimetrale di sicurezza e vigilanza esterna³⁴⁵ e viene, altresì, stabilita la possibilità di adottare sistemi di sicurezza interni, quali chiusura automatica delle porte, telecamere e sistemi di allarme. Vengono poi specificati nel dettaglio i requisiti dell’area abitativa e quelli relativi al personale addetto (esclusivamente sanitario)³⁴⁶.

Dato il breve termine fissato per il superamento degli OPG (1° febbraio 2013), prevedibile – ma prevenibile – la prima (tardiva³⁴⁷) proroga ad opera del decreto legge 25 marzo 2013, n. 24, convertito con modificazioni dalla legge 23 maggio 2013, n. 57, che fissa la chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari al 1° aprile 2014, ribadisce la necessità di programmare percorsi terapeutici riabilitativi alternativi alla misura detentiva per la dimissione degli internati e ingiunge (ancora una volta in modo ridondante) la liberazione dei soggetti ritenuti non più socialmente pericolosi dall’autorità giudiziaria³⁴⁸.

³⁴⁵ Viene esclusa, infatti, in tale ambito la competenza sia del Servizio sanitario nazionale, sia dell’Amministrazione penitenziaria.

³⁴⁶ Analizza le questioni lasciate insolte dal d.l. 211/2011, conv. in l. 9/2012 e dal decreto interministeriale 1° ottobre 2012, in particolare lo *status* del soggetto ricoverato nelle nuove strutture e l’eventuale applicazione delle norme sull’ordinamento penitenziario, F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! cit.*, p. 90 ss. L’Autore qualifica come internato colui al quale sarà applicata una misura di sicurezza psichiatrica e afferma – alla luce del criterio dell’esclusiva gestione sanitaria all’interno delle strutture – l’inapplicabilità delle norme sull’ordinamento penitenziario in contrasto con la sanitarizzazione del trattamento (ad esempio, quelle relative a limitazioni alla permanenza all’aperto o al regime di “carcere duro”); saranno, invece, applicabili quelle relative alla vita all’esterno della struttura (ad esempio, disposizioni sulle licenze o sui permessi). Per un approfondimento di tali profili critici, si vedano anche G. DI ROSA, *Il superamento dell’ospedale psichiatrico giudiziario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1402 ss.; C. MAZZUCATO – G. VARRASO, *Chiudere o...aprire? cit.*, p. 1341 ss. Evidenziano, invece, i profili critici che deriverebbero dall’attribuzione allo psichiatra di una responsabilità non solo di cura, ma altresì di custodia, E. AGUGLIA – L. FERRANNINI, *La psichiatria, il paziente autore di reato e il superamento dell’Ospedale Psichiatrico Giudiziario*, in *Quaderni italiani di psichiatria*, 2012, n. 3, p. 69 s.

³⁴⁷ Invero, il decreto legge è stato emanato il 25 marzo, laddove il d.l. 211/2011, conv. In l. 9/2012, fissava al 1 febbraio la chiusura degli OPG.

³⁴⁸ Per un commento alla legge, si vedano D. D’AURIA, *Un primo passo verso la sanitarizzazione del trattamento sanzionatorio dei non imputabili in attesa di una riforma complessiva dell’imputabilità*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 718 ss.; F. FIORENTIN, *Dal 1° aprile 2014 in soffitta gli istituti di detenzione al “debutto” la libertà vigilata terapeutica territoriale*, in *Guida al dir.*, 2013, n. 27, p. 22 ss.

Al fine di istituire un più stretto controllo sull'operato degli enti territoriali, la riforma introduce una disposizione in merito ai programmi che le Regioni e le Province autonome dovranno predisporre, per giustificare l'utilizzo delle risorse assegnate. Tali programmi dovranno necessariamente contenere gli interventi strutturali da realizzare, la predisposizione di attività volte ad incrementare la realizzazione dei percorsi terapeutico-riabilitativi, la definizione di precise scadenze per il superamento degli OPG, la dimissione degli internati per i quali l'autorità giudiziaria abbia già escluso o escluda la sussistenza della pericolosità sociale – con l'obbligo per le ASL di presa in carico di tali soggetti –, la previsione di attività volte a favorire l'esecuzione di misure di sicurezza alternative all'OPG o alla CCC.

Si stabilisce, altresì, che, passato un semestre dalla legge di conversione (cioè entro il 30 novembre 2013), il Ministero della salute e quello della giustizia dovranno comunicare al Parlamento lo stato di avanzamento dei programmi di cui sopra, con particolare riferimento alla situazione di effettiva presa in carico da parte dei Dipartimenti di salute mentale dei soggetti dimessi. Nella stessa ottica, si stabilisce non più solo il potere del Governo di provvedere in via sostitutiva, *ex art.* 120 Cost., nel caso di mancata presentazione del programma entro il 15 maggio 2013, ma si prospetta la possibilità del commissariamento per le Regioni inadempienti.

Dunque, questo secondo provvedimento serve a ricordare alle Regioni di provvedere all'attuazione della riforma: è “paradossale che il legislatore per imporre alle istituzioni di far rispettare una legge dello Stato debba approvarne una seconda che glielo ricordi”³⁴⁹.

Senonché, anche il termine del 1° aprile 2014 viene posticipato, ad opera del decreto legge 31 marzo 2014, n. 52, convertito con modificazioni dalla legge 30 maggio 2014, n. 81, che, tuttavia, non si limita a prorogare il termine suddetto, ma introduce anche

³⁴⁹ P. DI NICOLA, *La chiusura degli OPG: un'occasione mancata*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13.3.2015. Per una critica ai tempi stretti e alle risorse insufficienti disposte dalla nuova legge (e al correlato rischio di proroga), si vedano F. FIORENTIN, *Dal 1° aprile 2014 in soffitta gli istituti di detenzione cit.*, p. 22; E. ZANALDA – C. MENCACCI, *Percorsi di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari in Italia cit.*, p. 36 s. Per una critica, invece, alla concreta assenza di alternative all'OPG (sia nella riforma del 2011, che nella proroga del 2013), si veda G. SANTACROCE, *Pericolosità sociale, imputabilità e chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari (spunti per un dibattito)*, in *Giust. pen.*, 2013, I, p. 189 ss.

importanti modifiche alla disciplina delle misure di sicurezza, senza peraltro modificare in alcun modo le disposizioni del codice penale³⁵⁰.

Oltre a fissare al 31 marzo 2015 la chiusura degli OPG e la possibilità, da quella data, di eseguire le misure di cui agli artt. 219 e 222 c.p. esclusivamente all'interno delle REMS, la legge prevede tre significative novità: stabilisce il principio di sussidiarietà dell'applicazione della misura dell'OPG e della CCC; introduce due limiti all'accertamento della pericolosità sociale dei soggetti non imputabili; prevede un termine di durata massima delle misure di sicurezza detentive³⁵¹.

Rinviano ai paragrafi successivi la trattazione degli ultimi due profili indicati, non si può che plaudire alla scelta di affermare espressamente il principio di sussidiarietà dell'applicazione delle misure del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione ad una casa di cura e custodia, solo laddove non sussistono altre misure idonee ad assicurare cure adeguate e a contenere la pericolosità sociale.

Sulla scia dell'infranto automatismo dell'applicazione delle misure di sicurezza previste dal codice per i soggetti non imputabili e semi-imputabili – ad opera dalle sentenze n. 253 del 2003 e n. 367 del 2004 della Consulta – il legislatore, infatti, stabilisce, analogamente a quanto avviene per la custodia cautelare in carcere *ex art. 275*, comma

³⁵⁰ Per un commento alla legge, si vedano G. ALBERTI, *Chiusura degli OPG: si profila un'ennesima proroga del termine*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4.12.2014; G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6.6.2014; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 917 ss.; S. ROSSI, *Once upon a time: la parabola degli OPG fino al loro superamento*, in *Riv. biodir.*, 2015, n. 2, p. 193 ss. Per un'interessante esame dei riflessi della riforma sul versante della tutela delle vittime, P. DI NICOLA, *La chiusura degli OPG cit.*, p. 15 ss.

³⁵¹ Il decreto legge n. 52 del 2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 81 del 2014, all'art. 1, comma 1, modifica il comma 4 dell'art. 3 *ter*, del d.l. 211/2011, conv. In l. 9/2012, stabilendo, alla lettera b), che "il giudice dispone nei confronti dell'infermo di mente e del seminfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulti che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale, il cui accertamento è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'art. 133, secondo comma, numero 4, del codice penale. Allo stesso modo provvede il magistrato di sorveglianza quando interviene ai sensi dell'articolo 679 del codice di procedura penale. Non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali". Il comma 1 *quater* dell'art. 1 del predetto decreto legge stabilisce che "le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima. Per la determinazione della pena a tali effetti si applica l'articolo 278 del codice di procedura penale. Per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo non si applica la disposizione di cui al primo periodo".

3, c.p.p., che “il giudice dispone nei confronti dell’infermo di mente e del seminfermo di mente l’applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulti che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale”.

La regola, dunque, è quella dell’applicazione di misure diverse dal ricovero in OPG e in CCC, considerati strumenti di *extrema ratio* applicabili dal giudice se tutti gli altri risultano inadeguati³⁵², regola valevole sia in sede di prima applicazione della misura, che nella fase del riesame. Infatti, la previsione per cui le misure dell’OPG o della CCC possono essere protratte a condizione che siano indicate l’eccezionalità e la transitorietà del ricovero, va ad integrare il disposto dell’art. 208 c.p., dettando così una nuova regola che mira alla progressiva e graduale riassunzione della libertà del soggetto³⁵³.

In ogni caso, le esigenze di flessibilità devono pur sempre fare i conti con il principio della riserva di legge, ex artt. 199 c.p. e 25, comma 3, Cost., cioè il giudice potrà applicare solo una delle misure di sicurezza previste dalla legge³⁵⁴. Invero, alcune sentenze di merito – al fine di limitare il ricorso all’OPG – avevano esteso la libertà vigilata terapeutica, fino a ricomprendervi i casi in cui il soggetto veniva “ricoverato” in strutture residenziali sanitarie, diverse da OPG e CCC. Tale orientamento è stato censurato dalla Cassazione, secondo la quale “è illegittimo il provvedimento con cui il Tribunale del riesame sostituisca la misura di sicurezza provvisoria del ricovero presso una casa di cura psichiatrica interna al dipartimento dell’amministrazione penitenziaria con altra misura di sicurezza provvisoria presso una struttura comunitaria psichiatrico-residenziale da individuarsi a cura del locale centro di salute mentale, poiché è precluso al giudice applicare misure di sicurezza diverse da quelle previste dalla legge, pena la

³⁵² G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati!* cit., p. 3

³⁵³ Così dispone l’art. 1, comma 1 *ter*, della legge n. 8 del 2012, in cui si afferma che “per i pazienti per i quali è stata accertata la persistente pericolosità sociale, il programma documenta in modo puntuale le ragioni che sostengono l’eccezionalità e la transitorietà del ricovero”. La norma è stata interpretata nel senso che detterebbe un principio valevole non solo per la fase di passaggio dalle vecchie alle nuove strutture, bensì operante sempre in fase di riesame della pericolosità sociale, ad integrazione di quanto previsto nell’art. 208 c.p. In tal senso, G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, in www.penalecontemporaneo.it, 20.7.2015, p. 10; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza* cit., p. 926 s.

³⁵⁴ M.T. COLLICA, *Verso la chiusura degli O.p.g.* cit., p. 277 s.; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza* cit., p. 922

violazione del principio di legalità, di cui all'art. 25, comma terzo, Cost., che sottende una stretta riserva di legge³⁵⁵.

Conseguenza dell'introdotta flessibilità è l'indispensabile potenziamento dei servizi territoriali, per i casi in cui le esigenze di cura e custodia possono essere soddisfatte attraverso percorsi terapeutici in libertà.

La positivizzazione del principio di sussidiarietà del ricovero in OPG e dell'assegnazione alla CCC ha comportato la concessione di un periodo di tempo alle Regioni (fino al 15 giugno 2014) per modificare i programmi già predisposti, cioè è permesso alle stesse di correggere il tiro di quanto già stabilito, al fine di "dirottare" le risorse economiche destinate alla realizzazione delle REMS a favore della riqualificazione dei dipartimenti di salute mentale. È previsto, inoltre, un termine di quarantacinque giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione n. 52 del 2014 per la predisposizione e la trasmissione al Ministero della salute e all'autorità giudiziaria competente dei percorsi terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione dei ricoverati in OPG, per i quali devono essere puntualmente documentate le ragioni della prosecuzione del ricovero³⁵⁶.

³⁵⁵ Cass. pen., sez. V, 10.3.2010, n. 9656, in *CED Cass.*, rv. 246889. Nello stesso senso, più di recente, Cass. pen., sez. II, 27.11.2014, n. 49497, in *CED Cass.*, rv. 260999. In senso difforme, Cass. pen., sez. I, 3 agosto 2015, n. 33904, in *CED Cass.*, rv. 264604, in cui la Corte – premesso che la prescrizione di un programma terapeutico residenziale non è assimilabile "ex se" ad un ricovero obbligatorio, con applicazione di una misura a carattere detentivo – afferma il principio per cui "nell'ipotesi di applicazione provvisoria della misura di sicurezza della libertà vigilata, il giudice può imporre la prescrizione della residenza temporanea in una comunità terapeutica, a condizione che la natura e le modalità di esecuzione della stessa non snaturino il carattere non detentivo della misura di sicurezza in atto". Con tale ultima sentenza viene palesemente aggirato il principio di legalità, attraverso l'arbitraria creazione di una libertà vigilata che deve essere sì svolta in comunità, ma al contempo non presenta carattere detentivo: invero, nel momento in cui il giudice obbliga il soggetto al ricovero in una delle suddette comunità, allora è evidente l'applicazione di una misura *lato sensu* detentiva.

³⁵⁶ Il decreto legge n. 52 del 2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 81 del 2014, all'art. 1, comma 1 *bis*, lett. a), modifica il comma 6 dell'art. 3 *ter*, del d.l. 211/2011, conv. In l. 9/2012, stabilendo che "entro il 15 giugno 2014, le regioni possono modificare i programmi presentati in precedenza al fine di provvedere alla riqualificazione dei dipartimenti di salute mentale, di contenere il numero complessivo di posti letto da realizzare nelle strutture sanitarie di cui al comma 2 e di destinare le risorse alla realizzazione o riqualificazione delle sole strutture pubbliche". Al comma 1 *ter*, dell'art. 1, del decreto legge in commento, si prevede che "i percorsi terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione di ciascuna delle persone ricoverate negli ospedali psichiatrici giudiziari alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, di cui ai commi 5 e 6 dell'articolo 3 *ter* del decreto legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9, e successive modificazioni, devono essere obbligatoriamente predisposti e inviati al Ministero della salute e alla competente autorità giudiziaria entro quarantacinque giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. I programmi sono predisposti dalle regioni e dalle province autonome di Trento e di Bolzano attraverso i competenti dipartimenti e servizi di salute mentale delle proprie aziende sanitarie, in accordo e con il concorso delle direzioni degli ospedali psichiatrici giudiziari. Per i pazienti

La legge del 2014, infine, ribadisce e “rinforza” i controlli sull’operato delle Regioni attraverso l’istituzione, presso il Ministero della salute, di un organismo di coordinamento degli OPG, la previsione dell’obbligo per le Regioni di aggiornare i Ministeri della salute e della giustizia sul rispetto del termine del 31 marzo 2015 (i quali dovranno poi riferire trimestralmente al Parlamento lo stato di avanzamento dei lavori), e la conferma del potere sostitutivo del Governo *ex art. 120 Cost.*³⁵⁷.

La legge in esame, quindi, prevede interventi a carico delle Regioni in due direzioni: da un lato, dovranno realizzare le REMS; dall’altro, dovranno predisporre azioni mirate alla riqualificazione dei dipartimenti di salute mentale – i quali dovranno farsi carico dei dimessi dagli OPG (e, ovviamente, dalle nuove REMS) –, nonché interventi volti a potenziare l’applicazione delle misure alternative al ricovero.

per i quali è stata accertata la persistente pericolosità sociale, il programma documenta in modo puntuale le ragioni che sostengono l’eccezionalità e la transitorietà del prosieguo del ricovero”.

³⁵⁷ Al comma 2, dell’art. 1, del decreto legge n. 52 del 2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 81 del 2014, si prevede che “al fine di monitorare il rispetto del termine di cui all’articolo 3 ter, comma 4, del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9, come modificato dal comma 1 del presente decreto, le regioni comunicano al Ministero della salute, al Ministero della giustizia e al comitato paritetico interistituzionale di cui all’articolo 5, comma 2, del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° aprile 2008, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 126 del 30 maggio 2008, entro l’ultimo giorno del semestre successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto, lo stato di realizzazione e riconversione delle strutture di cui all’art. 3 ter, comma 6, del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9, nonché tutte le iniziative assunte per garantire il completamento del processo di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari. Quando dalla comunicazione della regioni risulta che lo stato di realizzazione e riconversione delle strutture e delle iniziative assunte per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari è tale da non garantirne il completamento entro il successivo semestre il Governo provvede in via sostitutiva a norma dell’art. 3 ter, comma 9, del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9”. Il successivo comma 2 *bis* dispone che “entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto è attivato presso il Ministero della salute un organismo di coordinamento per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari composto da rappresentanti del Ministero della salute, del Ministero della giustizia, delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano, al fine di esercitare funzioni di monitoraggio e di coordinamento delle iniziative assunte per garantire il completamento del processo di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari. A tal fine l’organismo di coordinamento si raccorda con il comitato paritetico interistituzionale di cui all’articolo 5, comma 2, del citato decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° aprile 2008. La partecipazione alle sedute dell’organismo di coordinamento non dà luogo alla corresponsione di compensi, gettoni, emolumenti, indennità o rimborsi spese comunque denominati. Ogni tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il Ministro della salute e il Ministro della giustizia trasmettono alle Camere una relazione sullo stato di attuazione delle suddette iniziative”.

3) UN PASSO INDIETRO NELL'ACCERTAMENTO DELLA PROBABILITÀ DI RECIDIVA. LA PERICOLOSITÀ SOCIALE D'AUTORE

La legge n. 81 del 2014 detta due nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale, ai fini dell'applicazione delle sole misure dell'OPG e della CCC. Si afferma che tale accertamento “è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale”, e che “non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali”.

Viene introdotta, dunque, una disciplina speciale della pericolosità sociale solo per gli infermi e i seminfermi di mente (e soggetti a questi equiparati quanto al trattamento sanzionatorio³⁵⁸), mentre la nozione generale di cui all'art. 203 c.p. rimane ferma per l'applicazione delle misure di sicurezza a tutti i soggetti diversi da quelli indicati. La *ratio* della previsione in commento deve essere identificata nella volontà di porre rimedio a quell'orientamento giurisprudenziale che lega il perdurare della misura, non alla persistente pericolosità del soggetto, bensì alla mancanza di alternative all'OPG.

Infatti, il primo criterio, che vieta di tener conto delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo (art. 133, comma 2, n. 4, c.p.), ha quale scopo che situazioni di indigenza o abbandono non assumano rilievo nel giudizio di pericolosità sociale, mentre il secondo mira ad evitare che il malfunzionamento dei dipartimenti di salute mentale possa incidere sull'ordine di ricovero in OPG o in CCC del soggetto, per impossibilità di adottare diverse misure³⁵⁹.

Da subito sono emerse perplessità sulla portata della riforma, che sembra introdurre una nozione di pericolosità sociale legata alle sole “qualità soggettive della persona”, ovvero alle caratteristiche individuali del reo malato di mente, in contrasto con la

³⁵⁸ Soggetti affetti da intossicazione cronica da alcool o stupefacenti e sordomuti, ex artt. 219 e 222 c.p.

³⁵⁹ G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale e promozione dei diritti fondamentali della persona malata di mente*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 612; G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! cit.*, p. 3; I. MERZAGORA, *Pericolosi per come si è: la (auspicata) chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari e la (discutibile) pericolosità sociale come intesa dal decreto legge n. 52 del 31 marzo 2014*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 360 ss.; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza cit.*, p. 925

multifattorialità della genesi del reato riconosciuta dalla più moderna psichiatria forense³⁶⁰.

Secondo una parte della dottrina, la riforma avrebbe introdotto un nuovo presupposto per l'applicazione delle REMS, consistente non più nella pericolosità sociale, ma nel bisogno di terapia³⁶¹. L'opzione ermeneutica in commento fa leva su diversi ordini di considerazioni. Innanzitutto, viene disposta la chiusura di OPG e CCC, e in tali strutture le persone venivano ricoverate sulla base della pericolosità sociale. Il legislatore poi non

³⁶⁰ Per un puntuale (e condivisibile) riconoscimento di meriti e vizi della riforma del 2014, si veda il Comunicato congiunto ANM e CONAMS su Ospedali psichiatrici giudiziari, in www.associazionemagistrati.it, 29.4.2014: "L'Associazione Nazionale Magistrati e il Coordinamento dei Magistrati di Sorveglianza, esaminato il testo del disegno di legge di conversione del D.L. n. 52/2014, approvato dal Senato il 24/4/2014, formulano le seguenti osservazioni. Con il D.L. n. 211/2011 conv. nella L. n. 9/12 si è proceduto alla chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) – chiusura rinviata alla fine di marzo 2015 – ma non alla loro abolizione, in quanto la misura del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, anche quella provvisoria nel corso delle indagini, continua ad essere prevista, assieme alla nozione di pericolosità sociale e di non imputabilità che ne sono i presupposti, dal codice penale e di procedura penale. Tale normativa generale non è stata toccata dalla riforma che ha ad oggetto, com'è noto, il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, il cui modello penitenziario, frutto della stagione del positivismo, ormai da tempo non è più compatibile con la civiltà di un paese democratico e con i progressi e le migliori acquisizioni della moderna scienza giuridica, criminologica e psichiatrica. Va sottolineata la piena condivisione di tale importante intervento legislativo che prevede, finalmente, la sostituzione degli attuali OPG (il cui complessivo sistema non appare in linea con le esigenze di cura e con i principi di rispetto della dignità degli internati) con le Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza (REMS), da istituirsi su base regionale con una capienza massima di 20 posti, le quali saranno gestite interamente da personale sanitario, essendo prevalenti nello spirito della riforma le finalità di cura. Tanto premesso, si devono in ogni caso sottolineare le perplessità e le preoccupazioni che desta l'art. 1 lett. b) del testo approvato nella parte in cui svincola il giudizio di pericolosità sociale (che compete anche al GIP nel momento dell'applicazione provvisoria della misura) dai parametri di cui all'art. 133 c. 2 n. 4, così derogando alle previsioni dell'art. 203 c. 2 c.p. per il quale il giudizio di pericolosità sociale va desunto da tutte le circostanze indicate nell'art. 133 c.p. Il giudizio di pericolosità potrà pertanto essere desunto esclusivamente dalle qualità soggettive della persona, vale a dire dalle sole condizioni biologiche, caratteriali e di salute psichica del soggetto, e non anche da quelle di vita individuale, familiare e sociale, condizioni che da sempre assumono importanza fondamentale nelle valutazioni della pericolosità sociale di tutti i soggetti siano o non siano essi infermi di mente. In base a tale disciplina, che espressamente nega rilevanza prognostica alla mancanza di progetti terapeutici individuali, la pericolosità sociale sarà legata in definitiva solo alla malattia, ove è palese il richiamo a teorie positivistiche il cui superamento, alla stregua delle più moderne teorie criminologiche e psichiatriche, si riteneva ormai patrimonio comune. Tali modifiche normative, ancorché dettate da buone intenzioni (evitare ulteriori proroghe della chiusura degli OPG e limitare il numero degli internamenti), finiscono tuttavia col realizzare forzature e incrinature di fondamentali categorie penalistiche, criminologiche e psichiatriche, senza una generale e meditata rivisitazione della materia. In conclusione si auspica la piena attuazione della L. n. 9/12, il rapido completamento delle REMS sull'intero territorio nazionale senza ulteriori rinvii e, nel contempo, l'avvio di una seria riflessione per una revisione complessiva della materia, ivi compresi gli istituti della imputabilità e della pericolosità sociale, senza affrettate, riduttive e regressive reinterpretazioni che rispondono più a impulsi contingenti che ad una sana logica sistematica".

³⁶¹ A. MANNA, *Le misure di sicurezza cit.*, p. 334 ss.; ID., *Sull'abolizione degli ospedali psichiatrici giudiziari: pericolosità sociale o bisogno di terapia?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1329 ss., p. 1322. Da precisare che l'opinione in esame è stata espressa in epoca antecedente alla modifica della pericolosità sociale e fa leva sull'interpretazione dei fini della riforma.

precisa i presupposti di applicazione della misura nelle nuove strutture e, al contempo, ne accentua il carattere terapeutico. A nulla varrebbe il rilievo che la previsione della possibilità di disporre un'attività esterna di sicurezza e vigilanza potrebbe far propendere per il mantenimento del presupposto della pericolosità sociale, poiché le nuove strutture presentano una connotazione spiccatamente terapeutica, mentre il requisito in esame rievoca istituti in cui è prevalente la logica custodiale. Infine, il rischio di eccessiva dilatazione del sistema – che potrebbe derivare dall'introduzione del presupposto del bisogno di terapia il quale, preso da solo, consentirebbe il ricovero nelle strutture fino alla cessazione dell'esigenza di cura – sarebbe contenuto dalla previsione di un limite di durata massima alle misure di sicurezza detentive.

Da quanto sopra esposto deriverebbe che, nella recente riforma, “il concetto di pericolosità sociale...sembra aver perso gran parte della sua fondatezza”³⁶².

L'impostazione in commento è stata oggetto di critiche da parte di chi sostiene che la riforma non avrebbe sostituito il concetto di pericolosità sociale, ma solamente potenziato il criterio terapeutico-riabilitativo da seguire nell'esecuzione delle misure di sicurezza. Di ciò si trova conferma nella legge n. 81 del 2014 che è sì intervenuta sulla disciplina della pericolosità sociale, non eliminandola ma riaffermandone la necessità quale presupposto applicativo³⁶³. Dunque, il legislatore si sarebbe semplicemente limitato ad operare una delimitazione della base del giudizio di pericolosità, introducendo una disciplina speciale per l'accertamento riguardante soggetti infermi e seminfermi di mente, rispetto alla previsione generale di cui all'art. 203 c.p., che continua ad applicarsi a tutti gli altri casi.

Ciò posto, deve rilevarsi come la riforma si muova in senso esattamente opposto a quello seguito dalla giurisprudenza e dalla più moderna psichiatria, per cui la

³⁶² A. MANNA, *Le misure di sicurezza cit.*, p. 337 e p. 339. L'Autore conclude affermando che “se, quindi, la pericolosità sociale in linea generale si dimostra un concetto ampiamente manipolabile e, pertanto, in contrasto con l'esigenza di tassatività – che non può non riguardare anche le misure di sicurezza, giacché sono concordemente annoverate tra le sanzioni penali, per cui anche in relazione ad esse vale il principio di stretta legalità ed i suoi corollari – nonché privo di verificabilità empirica, come tale, quindi, in contrasto con le esigenze legate alla determinatezza, ne consegue come sia per le ragioni addotte in rapporto alla riforma relativa alla c.d. abolizione degli O.P.G., che più in generale, il concetto che qui si critica debba ormai cedere il passo ad un presupposto più moderno e, soprattutto, alle esigenze legate alla rieducazione, come, appunto, il «bisogno di cura e/o di terapia»”.

³⁶³ G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale e promozione dei diritti fondamentali della persona malata di mente cit.*, p. 612; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza cit.*, p. 923

pericolosità non deve essere incentrata esclusivamente sulla personalità del soggetto, ma anche sul contesto ambientale in cui quest'ultimo si colloca. I fattori ambientali, cioè, influenzerebbero le caratteristiche personali dell'autore, giocando un ruolo essenziale nella commissione di reati.

Prima della modifica del giudizio di pericolosità sociale, la giurisprudenza di legittimità era univocamente orientata nel senso della rilevanza di tutte le circostanze indicate dall'art. 133 c.p., e non solo delle emergenze medico-psichiatriche³⁶⁴, con la conseguenza che il giudice non avrebbe mai potuto basare la sua decisione sulla sola perizia psichiatrica³⁶⁵, anzi avrebbe dovuto tener conto altresì del contesto socio-ambientale in cui il soggetto infermo o seminfermo di mente verrebbe inserito, in particolare, l'offerta di servizi sociali e sanitari territoriali³⁶⁶.

Questa nozione di "pericolosità situazionale" è stata accolta anche nella giurisprudenza costituzionale (in particolare, nelle citate sentenze del 2003 e del 2004), in cui il sistema "opgcentrico" è superato attribuendo rilievo ai programmi terapeutico-individuali, che concorrono a formare il contesto ambientale in cui si muove il soggetto. La pericolosità sociale, invero, "non è un dato biologico e psicologico esclusivamente legato alle caratteristiche personali dell'autore, ma va accertata attraverso l'interazione di questi elementi con il complesso dei fattori ambientali" e deve essere "intesa in una accezione situazionale, perché il soggetto non è una monade, ma va calato nel contesto sociale e familiare di riferimento"³⁶⁷.

³⁶⁴ In tal senso, da ultimo, Cass. pen., sez. I, 18.11.2010, n. 40808, *cit.*; Cass. pen., sez. I, 1.2.2010, n. 4094, *cit.*

³⁶⁵ *Ex multis*, Cass. pen., sez. I, 8.3.2007, n. 9847, *cit.*; Cass. pen., sez. VI, 14.1.2003, n. 1313, *cit.*; Cass. pen., sez. I, 8.10.1996, n. 8996, *cit.*

³⁶⁶ Così, Cass. pen., sez. I, 19.1.1994, in *CED Cass.*, rv. 196113, in cui si afferma che "ai fini del giudizio di pericolosità sociale, quando si tratti di infermi o seminfermi di mente, il riferimento, contenuto nel comma secondo dell'art. 203 c.p., alle «circostanze indicate nell'art. 133» non esclude affatto, ma anzi presuppone che dette circostanze vengano valutate tenendo conto della situazione obiettiva in cui il soggetto, dopo la commissione del reato e l'eventuale espiazione della pena, verrebbe a vivere e ad operare e, quindi, anche della presenza ed affidabilità o meno di presidi territoriali socio-sanitari, in funzione delle obiettive e ineludibili esigenze di prevenzione e di difesa sociale alla cui salvaguardia sono finalizzate – in difetto di altri strumenti di intervento e di controllo che assicurino pari o superiore efficacia – le misure di sicurezza previste dalla legge. (Nella specie la Corte, in applicazione di tale principio, ha ritenuto corretto il giudizio di pericolosità che il giudice di merito aveva formulato nei confronti di soggetto condannato per omicidio a pena ridotta, a cagione di vizio parziale di mente, facendo anche riferimento alla dimostrata inaffidabilità dei locali servizi di assistenza psichiatrica)".

³⁶⁷ M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza cit.*, p. 923

La riforma operata con legge n. 81 del 2014 si muove “contro corrente”, in contrasto con le indicazioni della psichiatria forense: limitando la base della prognosi, si decontestualizza il giudizio di pericolosità sociale dell'autore, eliminando i fattori ambientali che potrebbero influenzare il suo comportamento³⁶⁸. Inoltre, la modifica appare incongruente con il potenziamento dei servizi di salute mentale, poiché l'importanza attribuita all'alternativa alla misura custodialistica sembra delineare un modello di intervento che fa leva sulla pericolosità sociale del soggetto desunta anche dal contesto sociale di riferimento.

Se la legge ha il pregio di non far dipendere il giudizio di prognosi dall'assenza di valide alternative per la situazione di marginalità sociale in cui vive l'autore del reato³⁶⁹, reca però in sé un evidente limite, ovvero – come è stato acutamente osservato – “sembra guardare con favore al ritorno ad una nozione biologica di pericolosità sociale”³⁷⁰, esclusivamente incentrata sull'autore del reato, sottratto ai riflessi dell'ambiente che lo circonda.

Mentre non si pone alcun problema per il reo infermo di mente il quale, già sulla base delle caratteristiche personali, non è da ritenere socialmente pericoloso³⁷¹, qualora,

³⁶⁸ P. DI NICOLA, *La chiusura degli OPG cit.*, p. 12; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, p. 923 s.; D. POTETTI, *La pericolosità sociale del malato di mente nell'art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3325; F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra “sottigliezze empiriche” e “spessori normativi”: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11.12.2014, p. 14

³⁶⁹ D. PICCIONE, *Libertà dall'ospedale psichiatrico in dimissione e rischi di regressione istituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, 5.12.2014, p. 6, per il quale il legislatore ha voluto “allontanare, dall'alveo del giudizio di pericolosità sociale, il peso delle contingenze di crisi nella protezione e nell'accoglienza di un infermo di mente libero, così da liberare l'esigenza di delineare un percorso individuale che ne garantisca il rientro pieno in società, dai fattori di cronicizzazione dei ricoveri securitari. Il merito di questo tentativo risiede nella manifesta consapevolezza per cui, almeno in alcune zone del Paese, i giudizi di perdurante pericolosità sociale non costituiscono più solo il presupposto cognitivo e giuridico dell'applicazione, della proroga o della trasformazione della misura di sicurezza limitativa della libertà personale. In verità, i fattori esterni, e segnatamente l'assenza di alternative ai ricoveri prolungati, retroagiscono su quello stesso giudizio di pericolosità sociale. Il che vale a dire, passando al piano della compatibilità con i principi costituzionali, che la vera irragionevolezza del sistema, in concreto, risiede nel far derivare dalla mancanza di possibili alternative alla misura di cui all'art. 222 c.p., la conferma del giudizio di pericolosità sociale”. Conclude, dunque, l'Autore, affermando che “la presa in considerazione concreta ed effettiva della sola personalità del singolo ai fini di revoca, sospensione e annullamento della misura securitaria detentiva è in linea sia con il dettato dell'art. 27 Cost. sia con l'art. 32 Cost.”.

³⁷⁰ M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza cit.*, p. 924, il quale evidenzia anche i possibili effetti negativi che potrebbero giocare le acquisizioni neuroscientifiche sul concetto di pericolosità delineato dalla riforma.

³⁷¹ Poiché se le condizioni di vita individuale, familiare e sociale sono positive, la prognosi negativa di pericolosità sarà confermata, mentre, in caso contrario (cioè se il contesto di riferimento è negativo), non potrà produrre effetti sul giudizio di pericolosità sociale.

all'opposto, il giudizio di probabilità di ricaduta nel reato fosse positivo, susciterebbe qualche perplessità la mancata considerazione della possibilità di inserire lo stesso in un ambiente favorevole dal punto di vista socio-sanitario – in quanto, laddove il contesto di vita fosse negativo, la sua pericolosità troverebbe conferma – che potrebbe adeguatamente soddisfare le esigenze di difesa sociale. In tale ultimo caso, l'impossibilità per il giudice di prendere in considerazione questi fattori è parzialmente compensata dalla scelta da parte del magistrato della misura di sicurezza applicabile, che, in base al disposto della riforma, deve essere quella del ricovero in OPG o in CCC solo se ogni altra misura appare inadeguata alle esigenze di cura e di contenimento della pericolosità. In altre parole, è in questa fase che potrebbero rilevare le condizioni di cui all'art. 133, comma 2, n. 4, c.p., potendo il giudice applicare la misura meno afflittiva se il contesto di vita dell'infermo di mente appare favorevole (ad esempio, perché è ben inserito in una famiglia che se ne prende cura ed è seguito da efficienti servizi di salute mentale territoriali).

Sembra, però, che anche tale soluzione non soddisfi: se lo spirito della riforma è quello di non far ricadere sul reo eventuali inefficienze del sistema, allora anche nella fase di scelta della misura da applicare non potranno considerarsi le condizioni di cui all'art. 133, comma 2, n. 4, c.p. e l'assenza di programmi terapeutici individuali, pena l'aggiramento di un chiaro divieto legislativo.

Non si può non essere d'accordo con chi afferma che la novella legislativa “non soddisfa, dato che (nella parte che pregiudica il reo infermo di mente «intrinsecamente pericoloso») produce un danno alla libertà di quest'ultimo”, che non può essere “giustificato dalle esigenze di sicurezza sociale”, soddisfatte da un contesto di vita positivo³⁷².

Da quanto detto sopra deriva il sospetto che la riforma abbia introdotto una presunzione di pericolosità, dunque il dubbio circa la compatibilità con la Costituzione della nuova disciplina, per contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto l'introduzione di un limite alla base del giudizio prognostico potrebbe condurre a ritenere socialmente pericoloso un soggetto che non lo sarebbe se inserito in un dato contesto sociale. Al fine di evitare il suddetto contrasto, si propone una lettura restrittiva della nuova disciplina, nel senso

³⁷² D. POTETTI, *La pericolosità sociale del malato di mente nell'art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011 cit.*, p. 3327

che le condizioni di cui all'art. 133, secondo comma, n. 4 c.p., non potrebbero mai fondare un giudizio positivo di pericolosità sociale, ma invece essere considerate qualora conducano all'esclusione del rischio di recidiva³⁷³. Anche in tal caso, valgono le medesime considerazioni fatte sopra: difficile aggirare un così tassativo divieto legislativo.

Ad ogni buon conto, non tutti gli interpreti si esprimono negativamente con riguardo alla previsione in esame. Infatti, vi è chi sostiene che la delimitazione del concetto di pericolosità sociale persegue lo scopo di rimuovere quegli ostacoli economici e sociali che limitano la libertà e l'uguaglianza dei soggetti e ne impediscono il pieno sviluppo (art. 3, comma 2, Cost.). Al fine di assolvere a questo importante compito, il legislatore indica al magistrato un "criterio di giudizio, che delimita in maniera ragionevole, senza escluderla del tutto, la rilevanza delle condizioni di vita del reo"³⁷⁴, le quali ultime non sono da sole sufficienti a fondare la prognosi di recidiva, ma rientrerebbero più genericamente nelle qualità del soggetto se favorevoli. Ergo, "l'irragionevolezza della eventuale assegnazione alle condizioni di marginalità, in sé e per sé considerate, di un qualche valore predittivo giustifica la rigidità della decisione normativa", con la conseguenza che, sotto tale aspetto, "la norma è senz'altro di favore"³⁷⁵.

Alla medesima conclusione, ma percorrendo strade diverse, giunge anche chi sostiene che sia tuttora possibile considerare i fattori ambientali nel giudizio di pericolosità riguardante infermi e seminfermi di mente, inserendoli nel disposto di cui all'art. 133, comma 2, n. 2, c.p. In altri termini, le condizioni di vita individuale familiare e sociale

³⁷³ M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza cit.*, p. 925

³⁷⁴ G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale e promozione dei diritti fondamentali della persona malata di mente cit.*, p. 617. Infatti, "il tenore letterale della norma non sembra costituire... un ostacolo insuperabile alla possibilità che le componenti sociali, familiari ed economiche assumano un rilievo eventuale e mediato nella considerazione delle «qualità soggettive della persona», per una più approfondita valutazione del funzionamento psicopatologico del reo e dei meccanismi che determinano lo scompenso comportamentale. In definitiva, attraverso la lente delle «qualità soggettive della persona» le condizioni sociali e ambientali del reo potrebbero, ove rilevanti, indirettamente entrare a comporre la base del giudizio di pericolosità sociale, contribuendo a stabilire se la persona, all'esito del percorso compiuto, trovi nel contesto familiare e sociale in cui sarà ricollocata fattori di rischio in grado di favorire con probabilità una ricaduta nel reato, o se, al contrario, abbia appreso come gestire con le proprie risorse personali detti fattori di rischio. La considerazione della rilevanza delle condizioni di vita del reo nel caso concreto, nel quadro di una valutazione multifattoriale, potrà condurre, ora come in passato, a esiti sia in *bonam partem*, escludendo il rischio della futura reiterazione di reati, sia in *malam partem* fondando un giudizio positivo di recidiva".

³⁷⁵ G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale e promozione dei diritti fondamentali della persona malata di mente cit.*, p. 617.

non costituirebbero più autonomi criteri di giudizio, ma sarebbero genericamente ricomprese nella condotta e nella vita del reo, antecedenti al reato, ovvero sarebbero da leggere in chiave diagnostica, in una prospettiva favorevole all'autore di reato non imputabile per vizio parziale o totale di mente³⁷⁶.

Per altra interpretazione correttiva, fermo il divieto di considerare le condizioni di cui all'art. 133, comma 2, n. 4, c.p., potrebbe farsi leva sull'altro divieto posto dal legislatore, ovvero l'impossibilità per il giudice di valutare, ai fini della pericolosità sociale, la mancanza di programmi terapeutici individuali. Posto il dato letterale della norma (che considera la sola mancanza e non l'eventuale esistenza di programmi) e la palese *ratio* di favore della novella, se ne desume la precisa *voluntas legis* di negare qualsivoglia importanza – nel giudizio di pericolosità – al solo contesto negativo, e non, invece, a quello positivo³⁷⁷.

In realtà, tutte le interpretazioni esaminate fanno “rientrare dalla finestra” ciò che il legislatore ha chiaramente fatto “uscire dalla porta”. Per quanto lodevoli siano i tentativi di arginare i riflessi negativi di una riforma in aperto contrasto con le acquisizioni della scienza e della giurisprudenza, non sembra possibile accogliere nessuna delle

³⁷⁶ Così, F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra “sottigliezze empiriche” e “spessori normativi” cit.*, p. 26 s., il quale afferma che se “il mero riferimento alle «condizioni di vita individuale, familiare e sociale» si inserisce in una valutazione chiaramente prognostica della condotta dell'autore di un fatto di reato e, data la lettera della disposizione, non implica necessariamente la considerazione della interazione dei fattori ambientali con la persona (che potrebbe addirittura subirla ed esserne, quindi, la prima vittima), la «generica» valutazione dell'intera «vita del reo, antecedent[e] al reato» assume un valore anamnastico che, riferito alle modalità con cui le condizioni ambientali sono state vissute dal reo, esclude le palesi violazioni del principio della personalità della responsabilità penale che, invece, sarebbero possibili applicando il criterio di cui all'art. 133 co. 2 n. 4 c.p. Anche dopo la riforma di cui alla legge n. 81/2014, per l'infermo e il seminfermo di mente resta possibile, dunque, una valutazione di pericolosità sociale comunque riconducibile a fattori ambientali che, tuttavia, ai sensi dell'art. 133 co. 2 n. 2 c.p., assumono rilevanza esclusivamente per il modo in cui sono stati vissuti dall'autore del fatto di reato”. Per l'Autore, dunque, “in riferimento all'infermo e al seminfermo di mente risulta...finalmente superata l'intollerabile violazione del principio della personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 co. 1 Cost...che sarebbe palesemente compromesso da una disciplina codicistica della pericolosità sociale che consentisse la proroga della misura di sicurezza del ricovero in OPG esclusivamente in ragione delle difficoltà del sistema socio-sanitario e/o socioassistenziale a definire una soluzione di presa in carico del paziente in alternativa all'internamento”. In senso critico, G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale e promozione dei diritti fondamentali della persona malata di mente cit.*, p. 618, il quale muove due rilievi all'opzione ermeneutica in commento. Innanzitutto, la soluzione appare incompatibile con le previsioni costituzionali sulla pena, poiché la pericolosità sociale così ricostruita guarderebbe esclusivamente al passato, in contrasto con lo scopo di risocializzazione della sanzione. Inoltre, la prognosi criminale – in base alle acquisizioni della psichiatria forense – deve essere fondata, sugli esiti del trattamento terapeutico e delle prospettive di reintegrazione del soggetto, oltre che sul suo disturbo psichico e sulla sua personalità.

³⁷⁷ D. POTETTI, *La pericolosità sociale del malato di mente nell'art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011 cit.*, p. 3328 s.

conclusioni cui giungono gli Autori considerati, in quanto il disposto letterale lascia poco spazio a interpretazioni “culturalmente” orientate.

Il malfunzionamento del sistema alternativo alla detenzione in OPG ha spinto il legislatore a dettare una norma (che delimita la prognosi di recidiva) apprezzabile negli scopi, ma censurabile nei mezzi. Infatti, per attribuire rilievo alla misura della libertà vigilata terapeutica ed al reinserimento del non imputabile in società, evitando di penalizzarlo per la mancanza di offerta da parte dei Dipartimenti di salute mentale, si finisce per delimitare arbitrariamente il giudizio di pericolosità sociale, eliminando dallo stesso proprio quelle condizioni che dovrebbero invece essere prese in considerazione al fine della sua reintegrazione, nella prospettiva della sussidiarietà del ricovero in OPG.

3.1) COSA (NON) DICE LA CORTE COSTITUZIONALE IN MERITO AI NUOVI CRITERI DI ACCERTAMENTO DELLA PERICOLOSITA' SOCIALE

I dubbi emersi in dottrina circa il nuovo “perimetro” della pericolosità sociale dei non imputabili sono ben riassunti ed espressi nella questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Messina.

In particolare, i Giudici messinesi, con ordinanza del 16 luglio 2014, sollevano questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 1, lett. b), del d.l. n. 52 del 2014, convertito con modificazioni dall’art. 1, comma 1, della legge n. 81 del 2014, “nelle parti in cui stabilisce che l’accertamento della pericolosità sociale «è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all’art. 133, secondo comma, numero 4, del codice penale» e che «non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali»»³⁷⁸.

La normativa in discussione violerebbe diversi parametri costituzionali, precisamente: gli artt. 1 e 4 Cost., in relazione al diritto al lavoro, in quanto, escludendo le condizioni di cui all’art. 133, comma 2, n. 4, c.p., imporrebbe di non tener conto dell’attività

³⁷⁸ Trib. Sorv. Messina, 16.7.2014 (ord.), in www.penalecontemporaneo.it. Per un commento all’ordinanza in esame, si vedano, R. BIANCHETTI, *Sollevata questione di legittimità costituzionale in merito ai nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale del seminfermo di mente*, in www.penalecontemporaneo.it, 14.11.2014; F. FIORENTIN, *Al vaglio di costituzionalità i parametri di accertamento della pericolosità sociale dei mentally ill offenders*, in *Arch. pen. (on line)*, 2014, n. 3

lavorativa, che costituisce un fattore di prevenzione criminale e di rieducazione; l'art. 2 Cost., poiché, impedendo la valutazione complessiva della situazione del soggetto, rende difficile l'adozione della misura di sicurezza più adeguata, con conseguente rischio di lesione dei diritti della persona e della collettività; l'art. 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza, per la vanificazione delle esigenze di difesa sociale conseguente alla possibilità di rimettere in libertà individui pericolosi, per la positivizzazione di un modello criminologico "unifattoriale", nonché per la disparità di trattamento di casi simili, in quanto per gli imputabili il giudizio di pericolosità continua ad essere fondato su tutti i criteri di cui all'art. 133 c.p.; gli artt. 25 e 27 Cost., attribuendo la previsione del limite di durata delle misure di sicurezza combinata a quella della riduzione della base del giudizio prognostico una connotazione retributiva alle misure di sicurezza, con ulteriore violazione del principio di irretroattività della legge sfavorevole, essendo l'esclusione delle condizioni di cui all'art. 133, comma 2, n. 4, c.p., potenzialmente in *malam partem*; gli artt. 29, 30 e 31 Cost., giacché si preclude al giudice di considerare l'ambiente familiare, elemento essenziale per la riabilitazione del soggetto; l'art. 32 Cost., essendo pregiudicato il diritto alla salute di coloro che potrebbero essere rimessi in libertà, in assenza di un contesto sociale adeguato; l'art. 34 Cost., essendo ricompresa nell'esclusione anche la frequenza scolastica, con conseguente lesione del diritto all'istruzione; l'art. 77 Cost., non ravvisandosi ragioni di necessità e urgenza nella modifica della pericolosità sociale; l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 5 CEDU e all'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (che tutelano il diritto alla sicurezza), poiché la normativa italiana metterebbe a rischio non solo la sicurezza dei cittadini italiani, ma altresì quella di tutti i soggetti che ricevono protezione nelle Convenzioni internazionali e che si trovano in Italia.

Il giudice *a quo*, dunque, denuncia la norma impugnata per non aver garantito l'equilibrio tra esigenze di cura e tutela della persona, da un lato, ed esigenze di controllo della pericolosità sociale, dall'altro – equilibrio costituzionalmente imposto, così come affermato dalla pronuncia della Consulta n. 253 del 2003 –, e per aver introdotto, tramite la decontestualizzazione del giudizio, una forma di pericolosità sociale presunta, scollata dal contesto ambientale e priva di riscontri scientifici.

La Corte dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale della norma sottoposta a scrutinio, respingendo in blocco le censure mosse dal Giudice messinese³⁷⁹. Dopo aver preliminarmente valutato la supposta violazione dell'art. 77 Cost. – reputando gli emendamenti apportati in sede di conversione del decreto legge inerenti le limitazioni al giudizio di pericolosità sociale perfettamente omogenei al testo originario della disposizione e necessari ed urgenti, in quanto posti a completamento della stessa – la Corte ritiene errato il presupposto da cui muove il ragionamento, consistente nell'affermazione per cui le disposizioni impugnate avrebbero modificato la nozione di pericolosità sociale per i soggetti non imputabili e semimputabili.

Secondo il Giudice delle leggi, infatti, le parti censurate della norma non riguarderebbero la pericolosità sociale come categoria generale, ma più precisamente la pericolosità alla base del ricovero in OPG o in CCC: «la disposizione esordisce affermando che «il giudice dispone nei confronti dell'infermo di mente e del seminfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza», ed è chiaro che nel fare ciò il giudice deve valutare la pericolosità sociale nei modi generalmente previsti. È solo per disporre il ricovero di una persona in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura o di custodia che il giudice deve accertare, «senza tenere conto delle condizioni di cui all'art. 133, secondo comma, numero 4, del codice penale», che «ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale». La limitazione quindi non riguarda in generale la pericolosità sociale, ma ha lo scopo di riservare le misure estreme, fortemente incidenti sulla libertà personale, ai soli casi in cui sono le condizioni mentali della persona a renderle necessarie»³⁸⁰.

Posto che la riforma si muove nel senso di impedire l'applicazione o la continuazione della misura di sicurezza detentiva per i non imputabili o i semimputabili, sulla mera base della situazione di marginalità socioeconomica in cui verrebbe a trovarsi il soggetto qualora non gli fosse applicata o se fosse dimesso, la Corte liquida la questione

³⁷⁹ Corte Cost., n. 186 del 23.7.2015, in *www.cortecostituzionale.it*. Per un commento, si vedano, E. APRILE, *Osservazioni a C. Cost., n. 186, 24 giugno 2015*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4026 s.; G. DENORA, *Internamento in OPG al vaglio della Consulta: più legge e meno giudice*, in *www.dirittoegiustizia.it*, 24.7.2015; E. PORCEDDU, *Accertamento della pericolosità sociale dell'infermo e del seminfermo di mente, ai fini dell'applicazione della misura di sicurezza personale detentiva all'esame della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4028 ss.; A. PUGIOTTO, *La "giurisprudenza difensiva" in materia di ospedali psichiatrici giudiziari a giudizio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1432 ss.

³⁸⁰ Corte cost., n. 186 del 23.7.2015 *cit.*

affermando che “la disposizione censurata non ha modificato, neppure indirettamente, per le persone inferme di mente o seminferme di mente, la nozione di pericolosità sociale, ma si è limitata ad incidere sui criteri di scelta tra le diverse misure di sicurezza e sulle condizioni per l’applicazione di quelle detentive”³⁸¹.

Due aspetti della pronuncia in esame meritano attenzione: il primo è che, per la Consulta, la riforma non ha inciso sul concetto di pericolosità sociale, ma solamente sui criteri per il suo accertamento nei soggetti non imputabili o semimputabili, per i quali si prospetta l’applicazione della misura di sicurezza detentiva; il secondo consiste nella difesa delle posizioni assunte dal legislatore, il quale ha voluto recidere ogni collegamento tra prognosi di recidiva e situazione concreta di disagio sociale ed economico del reo³⁸².

Vi è chi ha plaudito alla decisione della Corte che, nello spirito della riforma, si è limitata a specificare che “le interdizioni legislative introdotte...non operano *ex ante* nel momento della diagnosi circa la pericolosità sociale del soggetto, ma solo *ex post* all’atto della scelta se sottoporlo a una misura di sicurezza detentiva”³⁸³. Ne deriverebbe uno sdoppiamento del giudizio, che verterebbe “prima sull’*an* circa la pericolosità sociale del reo, poi sul *quomodo* per fronteggiarla: mentre nel primo il giudice potrà avvalersi di tutti gli indicatori dell’art. 133, comma 2, c.p. [ovvero potrà essere valutata la vita del reo in chiave anamnesticca, n.d.a.], nel secondo gli sono interdetti quelli «sociali»...ne esce un quadro normativo in linea con la pregressa giurisprudenza costituzionale orientata alla sussidiarietà delle misure di sicurezza custodiali”³⁸⁴.

A parte l’assurdo logico della connotazione in chiave diagnostica di un giudizio necessariamente proiettato al futuro e l’affermazione di un principio che non era in discussione nella questione di legittimità in esame – cioè la sussidiarietà dell’applicazione delle misure di sicurezza detentive –, la distinzione suddetta appare alquanto ardita: suddividere un giudizio proiettato al futuro, e in quanto tale oltremodo incerto, in due momenti – se esiste la pericolosità e come fare per affrontarla –

³⁸¹ Corte cost., n. 186 del 23.7.2015 *cit.*

³⁸² Mette in luce questi due profili, E. APRILE, *Osservazioni a C. Cost., n. 186, 24 giugno 2015 cit.*, p. 4027, il quale ritiene che la soluzione cui perviene il Giudice delle leggi sia “tecnicamente ineccepibile”. Così anche E. PORCEDDU, *Accertamento della pericolosità sociale dell’infermo e del seminfermo di mente cit.*, p. 4030 s.

³⁸³ A. PUGIOTTO, *La “giurisprudenza difensiva” in materia di ospedali psichiatrici giudiziari cit.*, p. 1434

³⁸⁴ A. PUGIOTTO, *La “giurisprudenza difensiva” in materia di ospedali psichiatrici giudiziari cit.*, p. 1434

utilizzando, perlopiù, criteri di giudizio parzialmente difformi, non sembra la strada migliore (e più coerente) da battere per interpretare la novella legislativa, che già di per sé comporta notevoli difficoltà interpretative. A ciò deve aggiungersi che, adottando tale interpretazione, non si pone rimedio alla preclusione normativa, poiché il contesto ambientale viene in rilievo solo per quanto riguarda il passato del soggetto, mentre si deve valutare il futuro dello stesso.

La Corte costituzionale, dunque, si limita a difendere la riforma, richiamando genericamente il principio di sussidiarietà delle misure del ricovero in OPG e in CCC, da considerare quale *extrema ratio* rispetto ad ogni altra misura in grado di far fronte alle esigenze di cura e di contenimento della pericolosità sociale del reo malato di mente, senza peraltro affrontare direttamente e specificamente le censure sollevate dal Tribunale di Messina³⁸⁵.

Lo stato di incertezza derivante dalla pronuncia in esame è di tutta evidenza. Secondo il *dictum* del Giudice delle leggi, infatti, il magistrato dovrebbe prima accertare la pericolosità sociale dell'agente secondo i criteri generali fissati nell'art. 203 c.p., poi, valutato il soggetto pericoloso, si troverà di fronte ad un bivio, cioè la strada da scegliere varia a seconda della misura che intende applicare: se opta per il ricovero in OPG o in CCC, non potrà valutare i criteri di cui all'art. 133, comma 2, n. 4, c.p. e l'eventuale assenza di programmi terapeutici individuali; se, al contrario, ritiene sufficiente la libertà vigilata, potrà esaminare tutti gli indici dell'art. 133 c.p. In altre parole, quando il giudice si trova di fronte all'eventualità di applicare una misura di sicurezza ad un soggetto non imputabile o semimputabile per vizio totale o parziale di mente, dovrà formulare un giudizio di pericolosità sociale basato su tutti i criteri di cui all'art. 133 c.p. e saggiare l'adeguatezza di una misura non detentiva (la libertà vigilata) agli scopi di cura e custodia del reo; se ritiene tale misura inadeguata, allora dovrà applicare il ricovero in OPG o in CCC, ma questa volta senza considerare (in una valutazione che, in realtà, ha già effettuato!) le condizioni di vita individuale, familiare e sociale e l'assenza di programmi individuali di cura. Non si sentiva di certo la necessità di introdurre in un giudizio già estremamente complesso e aleatorio un ulteriore elemento critico, fattore di incertezza.

³⁸⁵ G. DENORA, *Internamento in OPG al vaglio della Consulta cit.*, p. 1

4) LA FINE DEGLI ERGASTOLI BIANCHI. L'INTRODUZIONE DI UN LIMITE DI DURATA DELLE MISURE DI SICUREZZA DETENTIVE

Il d.l. n. 52 del 2014, conv. in l. n. 81 del 2014, introduce un'epocale novità al tradizionale sistema delle misure di sicurezza: il comma 1 *quater* dell'art. 1 prevede che "le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima. Per la determinazione della pena a tali effetti si applica l'articolo 278 del codice di procedura penale. Per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo non si applica la disposizione di cui al primo periodo".

Modificando (senza, tuttavia, intaccare) la disciplina codicistica della durata indeterminata nel massimo delle misure di sicurezza, la legge di conversione ha voluto mettere fine al fenomeno del c.d. ergastolo bianco, introducendo un limite di durata per tutte le misure di sicurezza detentive legato al massimo edittale previsto per il reato commesso³⁸⁶.

La disposizione pone alcuni problemi di carattere teorico e pratico. Innanzitutto, viene introdotto un principio di proporzione tra durata massima delle misure di sicurezza detentive e gravità del reato commesso, inconciliabile con la *ratio* delle sanzioni in commento come delineate dal codice, che si aggiungono alla pena (per gli imputabili o semi-imputabili) per contenere la pericolosità sociale dell'autore del reato, o si sostituiscono ad essa, quando la pena non può trovare applicazione (per i non imputabili). In altri termini, appare necessario trovare una nuova giustificazione alle misure in commento, delineate quali "autonome sanzioni penali"³⁸⁷.

³⁸⁶ Qualche dubbio si pone per il riformatorio giudiziario che, essendo stato profondamente modificato dal D.P.R. n. 448 del 1988 (che lo ha trasformato nell'affidamento ad una comunità), ha perso la connotazione custodialistica. Per un commento, si vedano G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS cit.*, p. 1; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza cit.*, p. 927. Si veda anche D. PICCIONE, *Libertà dall'ospedale psichiatrico in dismissione e rischi di regressione istituzionale cit.*, p. 11, per il quale, contrariamente a quanto ritenuto dalla dottrina maggioritaria, alla luce della *ratio* della riforma, il limite di durata non troverebbe applicazione in riferimento alle misure detentive applicate agli imputabili.

³⁸⁷ G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! cit.*, p. 4. In realtà, in dottrina vi è anche chi ritiene che quella adottata dal legislatore sarebbe l'"opzione preferibile, che...non mostra segni di retribuzionismo, ma offre una soluzione plausibile conforme a criteri di ragionevolezza". Così, M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza cit.*, p. 928.

Altro profilo critico deriva dalla possibilità di rimettere in libertà soggetti ancora pericolosi decorso il termine di durata massima, con evidente compromissione delle istanze di difesa sociale³⁸⁸.

Ciò ha portato ad una difformità di soluzioni in giurisprudenza circa il trattamento da riservare al soggetto, quando la misura di sicurezza è cessata per decorso del tempo: secondo un primo indirizzo, non può essere applicata nessun'altra limitazione della libertà personale, cioè non possono essere disposte altre misure di sicurezza, anche non detentive, e il soggetto sarà semplicemente affidato alle cure del DSM; per altro orientamento, invece, qualora l'internato risultasse ancora socialmente pericoloso allo scadere della misura detentiva, potrebbe applicarsi la libertà vigilata³⁸⁹. In quest'ultimo

³⁸⁸ G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati!* cit., p. 4. *Contra*, D. PICCIONE, *Libertà dall'ospedale psichiatrico in dismissione e rischi di regressione istituzionale* cit., p. 9, per il quale, seppur l'introduzione di un limite di durata appaia incoerente con un sistema che lega la misura di sicurezza alla pericolosità sociale dell'autore del reato, si tratta di incongruenza priva di conseguenze pratiche, che ha il pregio di evitare internamenti senza fine. Si veda anche, A. MANNA, *Sull'"abolizione" degli ospedali psichiatrici giudiziari* cit., p. 1334, il quale, prima che fosse introdotto il limite in esame, ne auspicava la previsione, risolvendo il problema della perdurante pericolosità sociale al termine della misura proponendo la continuità del ricovero nella struttura sanitaria solo in presenza del consenso dell'interessato: "il ricovero, ad esempio, nella struttura sanitaria a base regionale...essendo comunque disposto dal giudice penale nell'ambito di un processo penale finalizzato ad accertare in via principale la commissione di un fatto di reato, dopo lo spirare del termine massimo, non potrebbe più rivestire legittimamente la natura di «sanzione», seppure appartenente al *genus* delle riformate misure di miglioramento (e non più solo di sicurezza), ma tornerebbe a seguire la disciplina *extra* penale fondata, in primo luogo, sul consenso dell'interessato, tranne il breve periodo del c.d. trattamento sanitario obbligatorio come, appunto, avviene per ogni altro malato di mente che non abbia, però, commesso fatti penalmente rilevanti".

³⁸⁹ Dà conto dei diversi orientamenti emersi in giurisprudenza la "Relazione sullo stato di attuazione delle iniziative per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (aggiornata al 30 settembre 2014)", presentata dai Ministri della salute e della giustizia al Parlamento, in www.penalecontemporaneo.it, con commento di G. ALBERTI, *Chiusura degli OPG* cit. Si veda, M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza* cit., p. 928, per il quale, il fatto che il termine massimo di durata trovi applicazione solo per le misure di sicurezza detentive, comporta che, allo scadere di tale termine, il giudice possa applicare la libertà vigilata se il soggetto è ancora socialmente pericoloso. Così anche D. PICCIONE, *Libertà dall'ospedale psichiatrico in dismissione e rischi di regressione istituzionale* cit., p. 11. Si veda, altresì, l'anomala soluzione offerta al problema da Trib. Roma, 3.6.2014, in www.penalecontemporaneo.it. Il giudice, dopo aver dato atto della persistenza della pericolosità sociale dell'imputato, ne dispone la liberazione per decorso del termine massimo e non applica la libertà vigilata in quanto "non esistono nel Lazio comunità terapeutiche ad alta protezione con le caratteristiche necessarie per contenere o curare" l'imputato stesso. Dato atto dell'impossibilità di applicare la libertà vigilata terapeutica (non perché si risolverebbe in una misura di sicurezza detentiva, ma per inesistenza di comunità, senza, peraltro, neppure prendere in considerazione l'eventualità di una "semplice" libertà vigilata), il Giudice, con (anomalo) provvedimento separato, allo scopo di tutelare la sicurezza della collettività e della vittima, informa una serie di autorità amministrative, giudiziarie e di polizia dell'elevata e persistente pericolosità sociale del soggetto, il quale, va detto, era stato tratto a giudizio per il delitto di lesioni personali, per aver colpito il vicino di casa con un punteruolo all'orecchio, cagionandogli una ferita giudicata guaribile in due giorni (!), nonché per la contravvenzione di getto di cose pericolose, non rilevante ai fini che interessano, poiché l'art. 222 c.p. prevede il ricovero in OPG solo in riferimento ai delitti, e non, come invece affermato dal Tribunale,

caso, però, non potrebbe trovare applicazione l'art. 232 c.p., per il quale, se il soggetto infermo di mente ammesso alla libertà vigilata si rivela di nuovo socialmente pericoloso, gli può essere applicato il ricovero in casa di cura e di custodia, proprio perché è già spirato il termine massimo di durata della misura detentiva³⁹⁰.

Alle criticità delineate deve aggiungersi la difficoltà di determinare il termine massimo di durata della misura, qualora il soggetto abbia commesso una pluralità di reati, poiché il richiamato art. 278 c.p.p., nulla dice in merito al concorso di reati e impedisce di tener conto della continuazione³⁹¹. Al riguardo, si sono prospettate diverse soluzioni. Per alcuni, nel caso in cui il soggetto abbia commesso più reati avvinti dal vincolo della continuazione, dovrebbe trovare applicazione la disciplina del cumulo materiale, mentre, quando non entra in gioco la regola dell'art. 81, comma 2, c.p., dovrebbero applicarsi le comuni regole sul cumulo materiale e giuridico, con i rispettivi limiti massimi previsti dalla legge³⁹². Per altri, invece, in ogni caso di concorso di reati la durata massima della misura dovrebbe corrispondere al massimo edittale previsto per il più grave dei reati in concorso, in conformità al disposto dell'art. 209 c.p. che, in caso di concorso di misure di sicurezza applicabili ad una persona giudicata per più fatti, accoglie il principio dell'assorbimento³⁹³.

Infine, rimane da esaminare il profilo di diritto intertemporale, ovvero l'applicabilità della previsione in esame alle misure di sicurezza detentive in corso di esecuzione. In assenza di una specifica disciplina transitoria, dovrà farsi riferimento alla regola dettata

perché per nell'ipotesi di concorso di reati deve essere considerato solo quello più grave, ex art. 278 c.p.p. (!). Per un commento, G.L. GATTA, *Revoca del ricovero in OPG per decorso della durata massima: un primo provvedimento*, in www.penalecontemporaneo.it, 16.6.2014.

³⁹⁰ M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza cit.*, p. 929.

³⁹¹ Art. 278 c.p.p.: "Agli effetti dell'applicazione delle misure, si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato. Non si tiene conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione della circostanza aggravante prevista al numero 5) dell'articolo 61 del codice penale e della circostanza attenuante prevista dall'art. 62 n. 4 del codice penale nonché delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle a effetto speciale".

³⁹² G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! cit.*, p. 4.

³⁹³ G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS cit.*, p. 11 s.; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza cit.*, p. 928, il quale critica la mancata previsione di un termine di durata per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo, perché se tale pena non viene in concreto irrogata dal giudice per effetto della prevalenza delle attenuanti, non può comunque trovare applicazione la garanzia del limite massimo di durata, posto che l'art. 278 c.p.p. non consente di tenere in considerazione le circostanze attenuanti.

dall'art. 200, commi 1 e 2, c.p., per cui “le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione” e, “se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa, si applica la legge in vigore al tempo della esecuzione”. *Ergo*: dovrà essere revocata la misura di sicurezza detentiva al soggetto che, ad oggi, ha “scontato” un tempo pari o superiore al termine massimo di durata³⁹⁴.

Le problematiche derivanti dall'introduzione della previsione in commento sono ben riassunte nella questione di legittimità costituzionale sollevata dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Napoli con ordinanza del 21 maggio 2015. Viene censurato l'art. 3 *ter*, comma 8 *quater*, del d.l. 211 del 2011, convertito con modificazioni dalla legge n. 9 del 2012, così come modificato dal d.l. n. 52 del 2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 81 del 2014, in riferimento all'art. 3, comma 1, Cost., nella parte in cui stabilisce che le misure di sicurezza detentive, provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione massima prevista dalla legge³⁹⁵.

Brevemente: il giudice napoletano si trovava innanzi ad un caso in cui al soggetto era stata applicata la misura di sicurezza provvisoria del ricovero in OPG e risultava internato per un tempo superiore al massimo edittale previsto per il reato commesso, calcolato *ex art.* 278 c.p.p. L'imputato era ancora socialmente pericoloso e, inoltre, mancavano validi supporti esterni, familiari e socio-sanitari, idonei ad accoglierlo. Che fare quindi?

Il giudice *a quo* ricorda che, in tali casi, potrebbe trovare applicazione la libertà vigilata, tuttavia “la gravità della pericolosità sociale dell'internato in esame collide profondamente con la misura sostitutiva non detentiva appena indicata, per le gravissime conseguenze che potrebbero derivarne, perché la libertà vigilata è pur sempre «libertà», sia pure con gli sporadici controlli che, anche se eccezionalmente, intensificati, non saranno funzionali allo scopo; né, caricando la libertà vigilata con altre

³⁹⁴ In tal senso, G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS cit.*, p. 11; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza cit.*, p. 929. Si veda anche G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! cit.*, p. 4, il quale ritiene sufficiente la previsione dell'art. 200 c.p., “senza dover necessariamente scomodare il principio di retroattività della legge penale più favorevole all'agente”.

³⁹⁵ G.I.P. Trib. Napoli, 21.5.2015 (ord.), pubblicata in G.U. del 30.9.2015, n. 39.

restrizioni, potrà «spacciarsi» una misura di sicurezza detentiva (che tale diventerebbe se non si voglia essere ipocriti) per libertà vigilata³⁹⁶.

Dunque, seppur in questi casi di decorso del tempo massimo previsto per la misura e di permanenza della pericolosità sociale, la riforma preveda che al soggetto debba essere applicata la libertà vigilata, deve ricordarsi l'insegnamento della Corte costituzionale che, con la sentenza n. 367 del 2004, affermando la possibilità di applicare una misura non detentiva in sostituzione dell'OPG, precisava che questa avrebbe dovuto comunque essere idonea a garantire le esigenze di cura della persona e di controllo della pericolosità sociale.

Posto che, nel caso sottoposto a giudizio, la misura della libertà vigilata non può trovare applicazione, in considerazione della sua inadeguatezza a contenere la probabile ricaduta nel delitto del soggetto e della mancata disponibilità di una struttura o della famiglia cui affidarlo, il giudice rimettente denuncia l'incostituzionalità della parte dell'art. 3 *ter*, d.l. 211/2011, conv. in l. 9/2012, come modificato dal d.l. 52/2014, conv. in l. 81/2014, in cui si stabilisce che le misure di sicurezza detentive, provvisorie o definitive, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione massima.

Ad avviso del giudice partenopeo, la norma presenterebbe profili di irragionevolezza, poiché instaurerebbe un parallelismo tra misure di sicurezza e custodia cautelare, ancorando le prime non più alla perdurante pericolosità sociale dell'agente – come richiesto anche per l'applicazione provvisoria dall'art. 206, comma 2, c.p. – ma alla pena edittale prevista per il reato commesso, come stabilito per le misure cautelari dagli artt. 299, comma 2 e 300, comma 4, c.p.p.³⁹⁷, istituti, però, che hanno funzioni evidentemente diverse (di cura del malato le prime, di evitare il pericolo di fuga, la reiterazione di reati o l'inquinamento probatorio le seconde).

A ciò deve aggiungersi che la norma che stabilisce il termine di durata delle misure di sicurezza detentive non prevede la possibilità di applicare altre misure (eventualmente

³⁹⁶ G.I.P. Trib. Napoli, 21.5.2015 (ord.) *cit.*

³⁹⁷ L'art. 299, comma 2, c.p.p., afferma il principio della sostituzione della misura applicata con altra meno gravosa, qualora essa non sia più proporzionata all'entità del fatto o della pena che potrebbe essere applicata in sentenza. L'art. 300, comma 4, c.p.p. stabilisce la perdita di efficacia della custodia cautelare nel caso di pronuncia di una sentenza di condanna in cui viene irrogata una pena inferiore alla durata della custodia già subita.

anche detentive) idonee a soddisfare i contrapposti interessi costituzionali di cura del malato e di tutela della collettività, attraverso il contenimento della pericolosità sociale. Dunque, alla luce delle ragioni sopra esposte il Tribunale napoletano ritiene la disposizione impugnata in contrasto con l'art. 3, comma 1, Cost., sotto il profilo della ragionevolezza³⁹⁸.

I profili critici messi in rilievo nell'ordinanza di rimessione sono per molti versi gli stessi che già la dottrina aveva evidenziato. Sembra, tuttavia, che la questione di legittimità costituzionale sollevata pecchi di coerenza, laddove prima censura il presunto binomio che la riforma avrebbe instaurato tra misure cautelari e misure di sicurezza, per poi spostare il tiro sull'assenza di alternative alla "scarcerazione" per decorso del tempo massimo di restrizione in OPG.

Tralasciando il fatto che pare un po' azzardato (e poco argomentato) il parallelismo con le misure cautelari, sembra che il giudice *a quo* sia stato fino all'ultimo momento indeciso sul "che cosa" chiedere e "come" chiedere: si censura l'analogia "temporale" tra istituti diversi, chiedendone la modifica, oppure la mancata previsione di strumenti alternativi in caso di persistenza della pericolosità sociale allo scadere del periodo di permanenza in OPG (o in REMS), domandando alla Consulta quale misura applicare? Non resta che attendere la pronuncia della Corte costituzionale, per vedere se, ancora una volta, si limiterà a difendere la riforma aggirando la (mal posta) questione, oppure entrerà nel merito, indicando eventualmente opzioni interpretative e criteri operativi per coloro che ogni giorno si trovano ad affrontare vicende analoghe a quella da cui trae origine la suddetta questione di legittimità.

Quel che è certo è che la riforma pone fine ad una pena *sine die* e il possibile sacrificio della difesa sociale è ben poco prezzo da pagare, se paragonato a quello dei diritti di libertà dell'individuo. Nessuna critica, dunque, all'introduzione di un limite di durata, solo alla biasimevole tecnica legislativa di collegare il termine di una misura fondata sulla pericolosità sociale del soggetto alla pena astratta prevista per il reato commesso, senza neppure modulare il rientro in società, perché la libertà vigilata potrebbe apparire

³⁹⁸ Per un esame critico della questione di legittimità costituzionale sollevata, si veda A. PUGIOTTO, *La "giurisprudenza difensiva" in materia di ospedali psichiatrici giudiziari cit.*, p. 1436.

non idonea alle esigenze del soggetto e applicarla nella forma del collocamento in comunità significherebbe, evidentemente, aggirare il dettato normativo³⁹⁹.

Lo “scisma” creato tra durata della misura e pericolosità sociale non è compensato da un collegamento della misura al bisogno di cura: se lo spirito della riforma era quello di dar prevalenza alle esigenze terapeutiche del soggetto, piuttosto che a quelle di difesa sociale, allora si sarebbe potuto agganciare la durata delle misure detentive per l’infermo e il seminfermo al reale bisogno di cura dello stesso, mentre il limite legato alla pena massima del reato commesso potrebbe essere valido per le misure detentive applicate ai soggetti imputabili. Questo, ovviamente, in una prospettiva di mantenimento del doppio binario (o del binario unico per i non imputabili).

5) A CHE PUNTO SIAMO? *WORK IN PROGRESS*

L’Emilia Romagna può essere annoverata tra le poche Regioni virtuose, che hanno provveduto in tempo alla realizzazione delle Residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza. In attesa del completamento della REMS a Reggio Emilia, a partire dal 1° aprile 2015 ne sono state attivate due nel territorio regionale: una a Bologna (Casa degli Svizzeri), con 14 posti letto, destinata ad accogliere le persone in carico alle Aziende USL di Bologna, Ferrara, Imola e della Romagna; l’altra in provincia di Parma (Casale di Mezzani), con 10 posti letto, che copre il territorio ASL di Parma, Piacenza, Reggio Emilia e Modena.

In entrambe le strutture sono presenti *equipe* multi-professionali (psichiatri, psicologi, infermieri, terapisti della riabilitazione, operatori socio-sanitari, educatori, assistenti sociali), in numero complessivo di 30 operatori a Bologna e 22 a Parma.

Per quanto concerne la vigilanza, nella struttura bolognese si è optato per una sorveglianza “*full time*” ad opera di privati e, inoltre, è stato stipulato un accordo con le Forze dell’ordine, per interventi urgenti in caso di necessità. La REMS parmense, invece, ha provveduto alla messa in sicurezza attraverso la recinzione dello stabile, vetri

³⁹⁹ G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS cit.*, p. 13.

antisfondamento e dispositivi di sicurezza a porte e finestre, videosorveglianza e, anche qui, personale addetto 24 ore al giorno, tutti i giorni⁴⁰⁰.

Dalla Relazione al Parlamento sul processo di superamento degli OPG del dicembre 2015⁴⁰¹ emerge che erano presenti nelle due REMS regionali 26 pazienti, di cui 21 autoctoni, 3 toscani e 2 senza fissa dimora (dati aggiornati al 15 dicembre 2015).

Ma la soddisfazione per i risultati raggiunti è effimera: basta leggere la relazione suddetta, per capire che, purtroppo, siamo ancora ben lontani dal raggiungimento degli obiettivi della riforma.

È stato avviato il programma di trasferimento degli internati in OPG nelle strutture di nuova realizzazione, che, tuttavia, non è stato possibile portare a compimento, a causa del ritardo di alcune Regioni nella creazione delle REMS e dell'insufficiente capienza di quest'ultime ad accogliere tutti gli internati. Al 15 dicembre 2015, ancora 164 persone erano rinchiusi in OPG.

Il ritardato trasferimento degli internati ha comportato la presentazione di numerosi reclami *ex art. 35 bis*, l. 354/1975, con cui i detenuti in OPG hanno lamentato un grave pregiudizio dei loro diritti, per la situazione di perdurante internamento in istituti chiusi per legge, reclami perlopiù accolti dai giudici di sorveglianza, che hanno sancito il diritto dei ricorrenti al trasferimento⁴⁰².

Alle difficoltà delineate, vanno aggiunte quelle derivanti dall'internamento *ex novo* dei soggetti colpiti da provvedimenti applicativi di misure di sicurezza, sempre per i

⁴⁰⁰ Per un bilancio della situazione nella nostra Regione all'inizio del 2016, si veda *StopOpg ha visitato le Rems in Emilia Romagna: tappa a Casale dei Mezzani (Parma) e alla Casa degli Svizzeri (Bologna)*, in www.associazioneantigone.it

⁴⁰¹ *Relazione al Parlamento sul processo di superamento degli OPG, Dicembre 2015, Ministero della Salute e Ministero della Giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, con commento di G. ALBERTI, *Superamento degli OPG: a che punto siamo?*, in *ivi*, 16.6.2016

⁴⁰² *Relazione al Parlamento sul processo di superamento degli OPG, Dicembre 2015 cit.*, p. 12: "I ricoverati ancora ospitati negli OPG – strutture che per effetto della normativa vigente sono chiuse – a causa della loro permanenza presso gli stessi, hanno presentato numerosi reclami *ex art. 35 bis* dell'Ordinamento penitenziario in ordine al perdurare del loro stato di internamento, ritenendo l'esecuzione della misura di sicurezza violativa della legge con grave pregiudizio dei diritti. I Tribunali di Sorveglianza di Reggio Emilia, Firenze e Messina, aditi, hanno dichiarato la sussistenza del diritto dei reclamanti ad essere trasferiti presso le nuove strutture residenziali per l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive, affermando la sussistenza e l'attualità del pregiudizio recato in danno al reclamante; hanno altresì escluso alcuna contestazione all'Amministrazione Penitenziaria, riconoscendo che questa «ben stia adempiendo agli obblighi cui è tenuta, e non è responsabile della situazione di fatto che ha determinato la lesione dei diritti» dei reclamanti, e l'obbligo di «*facere*». Hanno, invece, attribuito alle Regioni la responsabilità della situazione di fatto oggetto dei reclami e lesiva dei diritti dei reclamanti e, pertanto, l'onere della soluzione opportuna a porre rimedio al pregiudizio, assegnando precisi termini per l'adozione dei necessari provvedimenti".

medesimi motivi sopra indicati (ritardo nella creazione delle strutture e insufficienza di posti in quelle già realizzate). Ciò ha comportato la ricerca di alternative, quali ricoveri in reparti ospedalieri o in SPDC (Servizi Psichiatrici di Diagnosi e Cura), soluzione, però, che non ha permesso di arginare il problema, tant'è che – sempre al 15 dicembre 2015 – a fronte delle 455 persone ricoverate in REMS, ulteriori 98 raggiunte da un provvedimento applicativo di misura di sicurezza detentiva sono rimaste libere⁴⁰³.

Alla luce della situazione emersa, il Governo ha nuovamente profilato l'ipotesi della nomina di un Commissario governativo, qualora le Regioni continuino ad essere inadempienti⁴⁰⁴.

Il problema reale, dunque, come già appariva nel 2011, resta quello della difficoltà dei servizi territoriali a dare attuazione alla riforma.

Cosa bisogna aspettarsi nel prossimo futuro? La riforma ha fornito una risposta adeguata alla situazione dei non imputabili pericolosi? Le Regioni percorrono i binari tracciati dal legislatore o è presumibile un deragliament?

⁴⁰³ *Relazione al Parlamento sul processo di superamento degli OPG, Dicembre 2015 cit.*, p. 10 s.: “La mancata attivazione delle REMS da parte di alcune Regioni e l’insufficiente capacità ricettiva di quelle attivate non hanno consentito da subito l’accoglienza di tutti gli internati, già ospitati negli Ospedali Psichiatrici Giudiziari, presso le nuove strutture. Alla data del 15 dicembre 2015 risultano ancora presenti negli OPG 164 internati...l’inadeguata capacità recettiva delle REMS attivate sul territorio nazionale e la mancata attivazione delle stesse da parte di alcune Regioni non hanno reso possibile l’assegnazione ed il trasferimento presso le nuove strutture degli internati presenti negli OPG...a ciò si aggiunga che non hanno potuto trovare posto nelle REMS neanche tutte le persone in stato di libertà, raggiunte da provvedimenti dell’Autorità Giudiziaria di applicazione di una misura di sicurezza detentiva, a causa dell’indisponibilità di posti letto nelle REMS attive sul territorio nazionale. Il Dipartimento è stato costretto a provvedere, in assenza di strutture disponibili ad accogliere i pazienti nel loro territorio di residenza, alla designazione delle REMS aventi disponibilità di posti letto e situate in Regioni diverse, recando aggravio alle strutture le quali, dopo aver raggiunto la capienza massima, hanno avuto difficoltà a loro volta ad accogliere i pazienti residenti nel territorio regionale di riferimento. L’assenza di simultaneità nell’attivazione delle REMS da parte delle Regioni e la mancata osservanza dei tempi annunciati per la loro apertura e non mantenuti...hanno comportato un’attività defaticante e dispendiosa per l’Amministrazione penitenziaria (impegno di risorse economiche, di risorse umane, di mezzi) e la non tempestiva e puntuale esecuzione dei provvedimenti dell’Autorità Giudiziaria. Alla data del 15 dicembre 2015 sono presenti nelle REMS n. 455 pazienti...mentre alla stessa data sono 98 le persone in stato di libertà che non hanno fatto ingresso in alcuna REMS...nell’assenza di disponibilità di posti nelle REMS sono state ricercate dalla Magistratura, anche attraverso interlocutorie con il Dipartimento, soluzioni temporanee diverse – quali ad esempio ricoveri in ospedali psichiatrici o in SPDC – che potessero contemperare le esigenze dell’assistenza adeguata alla condizione psicopatologica del paziente e le esigenze di tutela della comunità trattandosi di persone dichiarate «socialmente pericolose», in quanto autori di fatti costituenti reato, che potrebbero porre in essere condotte recanti pregiudizio per la collettività e nocimento a sé stessi”.

⁴⁰⁴ *Relazione al Parlamento sul processo di superamento degli OPG, Dicembre 2015 cit.*, p. 13: “le Regioni inadempienti sono state, con atti dispositivi della Presidenza del Consiglio dei Ministri datati 21 ottobre 2015, diffidate a garantire la presa in carico dei propri residenti internati negli ex ospedali psichiatrici giudiziari e di quelli raggiunti da misure di sicurezza provvisoria, entro un termine stabilito per ciascuna di esse”.

Va innanzitutto premesso che la problematica del trattamento dell'autore del reato infermo di mente coinvolge interessi costituzionali contrapposti: da un lato, i diritti del malato, dall'altro, la tutela del corpo sociale. Nel cercare un punto di equilibrio si è tentato (maldestramente) di dare prevalenza ai primi, senza tuttavia riuscirci. Bilanciare gli interessi di cui sopra è da sempre il *punctum dolens* della questione.

Sino ad oggi, nel gioco dei “pesi e contrappesi”, il piatto della bilancia è stato senza dubbio a sfavore del reo malato di mente: segregato in istituti del tutto simili alle carceri, nella maggior parte dei casi senza un trattamento terapeutico minimamente sufficiente a far fronte alle sue esigenze e abbandonato in questi luoghi “dimenticati da Dio e dagli uomini”.

Solo la “scossa” data dalla Relazione Marino ha portato alla luce tutta la drammaticità della situazione in cui versano tali persone. La relazione, i video girati, le testimonianze degli internati: tutte prove di una realtà di cui dovremmo vergognarci, quali cittadini di un Paese che si definisce democratico e civile.

Questo è stato il punto di partenza della riforma del 2011, culminata con le significative modifiche del 2014, che hanno portato il legislatore, non a rivoluzionare, bensì a correggere il sistema.

Nulla quaestio sulla *ratio* della riforma, sugli intenti perseguiti dal legislatore; i nodi vengono al pettine quando si passa ad esaminare il modo in cui si è voluto modificare il sistema: si sono chiusi gli OPG, ma ancora esiste la misura di sicurezza codicistica del ricovero in OPG; le REMS vedono la luce come istituti terapeutici, ma la possibilità che riemerga il “lato oscuro” custodialistico è più che mai tangibile, con la riproposizione di mini-OPG. I continui temporeggiamenti e rinvii, le minacce del Governo di sostituirsi alle carenze regionali non hanno portato ai risultati sperati: gli OPG non sono (ancora) chiusi, le REMS non sono (completamente) aperte.

Letta in controluce, la riforma mostra una sorta di *continuum* con il passato: sebbene i riflettori siano puntati sulla cura del soggetto e non sulla custodia (tant'è che l'attività di vigilanza, prevista come eventuale, è lasciata alla discrezionalità delle REMS), e nonostante l'affermazione del principio di sussidiarietà dell'OPG e della CCC, l'approccio al problema del trattamento dell'infermo di mente autore di reato continua ad essere di tipo custodiale e non terapeutico, in contrasto con i principi costituzionali fissati agli artt. 27 e 32 Cost. L'art. 27 Cost. afferma, al primo comma, il principio della

personalità della responsabilità penale (*rectius*: principio di colpevolezza), con la conseguenza che non può essere mosso un rimprovero nei confronti di chi non è in grado di capirlo; il terzo comma dell'articolo citato, invece, stabilendo che la pena deve avere una funzione rieducativa, comporta l'inapplicabilità della predetta sanzione all'infermo di mente, per incompatibilità del fine con lo *status* di tale soggetto⁴⁰⁵. L'art. 32 Cost., come noto, tutela espressamente il diritto alla salute dell'individuo, imponendo al contempo allo Stato di garantire adeguate terapie a tutti i soggetti, compresi gli autori di reato.

Come se tutto ciò non bastasse, le perplessità aumentano in riferimento alla delimitazione del giudizio di pericolosità sociale di infermi e seminfermi di mente e al limite di durata delle misure di sicurezza detentive. Alle criticità delineate in precedenza va aggiunta quella derivante dalla scelta legislativa di disporre così importanti modifiche a codice invariato.

Recisi i legami con la pericolosità sociale, la durata delle misure di sicurezza detentive trova (finalmente) un sicuro punto fermo nella pena edittale, ma ancora non ci siamo. L'insegnamento è: prima di attraversare la strada, bisogna guardare da entrambe le parti. Ora, è bene guardare al reato commesso, creando così un collegamento con la fattispecie astratta, ma è rimasto un punto cieco, cioè, non si è posato lo sguardo sull'altro presupposto applicativo delle misure di sicurezza: la pericolosità sociale. Escluderla completamente dalla valutazione, quando è proprio il requisito principe delle misure in esame, pare una scelta un poco azzardata. Senza considerare le problematiche di rimettere completamente in libertà (anche se vigilata) soggetti ancora socialmente pericolosi, ma che hanno già scontato tutta la "pena", perché in fondo di questo si tratta, e il legislatore non fa che ricordarcelo instaurando un parallelismo con la custodia cautelare. E, si badi, il problema principale non è la messa in pericolo della collettività derivante dalla liberazione di tali soggetti, ma il rischio per questi ultimi che, ancora bisognosi di cure, potrebbero essere completamente abbandonati a se stessi a causa dell'inefficienza dei servizi socio-sanitari presenti nel territorio di appartenenza. Il *leit-motive* dovrà essere "potenziamento dei servizi territoriali di salute mentale".

⁴⁰⁵ Evidenzia tale criticità, G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS cit.*, p. 1

Si è altresì proceduto a delimitare il giudizio di pericolosità sociale, escludendo dall'accertamento il fondamentale elemento del contesto ambientale. Ancora una volta: per l'inefficienza del sistema, paga il singolo.

Si poteva fare di meglio? Certamente sì. Per tanti anni si è attesa una modifica al sistema del doppio binario e sembrava finalmente giunto il momento per il grande passo, quando la Commissione Marino ha reso noti gli orrori degli ospedali psichiatrici giudiziari. Poteva cogliersi la palla al balzo e riformare in maniera organica il doppio binario, ricorrendo alla decretazione d'urgenza solo per "tamponare" la situazione. Ma così non è stato. I risultati non sono all'altezza delle aspettative, poiché ci troviamo di fronte ad una riforma alquanto deludente. Ancora una volta aspettiamo un futuro migliore.

CONCLUSIONE

Come osservato all'inizio del presente lavoro, la moltiplicazione dei rischi di verificazione di eventi offensivi nella società moderna ha portato alla ribalta il ruolo della prevenzione, ovvero dell'anticipazione della soglia di tutela. Le paure, reali o artefatte, di una società in cui il "diverso" è guardato con sospetto, hanno trovato risposta in un diritto penale sempre più securitario, in cui la pericolosità è regina indiscussa della scena.

Pur essendo venuta meno la concezione del malato di mente per ciò solo pericoloso, in fondo, paradossalmente, conforta ancora che alcuni reati possano trovare motivazione nella follia, piuttosto che in ben più gravi e tangibili ragioni (economiche, politiche, sociali, religiose, ecc.).

Non stupisce, dunque, trovare le misure di sicurezza al centro degli strumenti preventivi, mezzo prediletto di tutela della società da persone che hanno commesso un reato e forse in futuro – prossimo o remoto non importa – ne commetteranno altri. Perno su cui ruotano le misure di sicurezza, oltre ovviamente alla commissione di un reato, è dunque la pericolosità sociale, consistente nella probabilità di recidiva.

Circa il requisito della realizzazione di un illecito penale, le critiche si sono concentrate sia sulla possibilità che ogni reato, anche minimamente offensivo, possa dar luogo all'applicazione di una misura di sicurezza, sia sull'estrema ampiezza del catalogo dei reati oggetto di prognosi, cioè quelli (tutti) che il soggetto potrebbe commettere in futuro. Si è sottolineata l'opportunità di una delimitazione della base del giudizio, ai soli reati che rechino offese rilevanti a beni tutelati dalla Costituzione, e dell'oggetto dello stesso, nel senso di far rientrare nella prognosi solo gravi reati che il soggetto potrebbe realizzare, accomunati a quello commesso perché dello stesso tipo, ovvero posti a tutela di identici beni giuridici, o mossi dai medesimi motivi, il tutto nell'ottica del principio di proporzionalità. In un sistema improntato al principio di legalità, si dovrebbero applicare misure di sicurezza rapportate alla gravità del reato posto in essere e ancora da commettere, dunque al grave pericolo scaturente dal soggetto.

Da sempre avvertito come problematico, l'accertamento della pericolosità sociale lo diventa ancor di più nel momento in cui "crolla" il sistema presuntivo, grazie all'intervento demolitore della Consulta e del legislatore. Il "vuoto" che ne è derivato ha

comportato il ritorno in auge del problema di come accertare la probabilità di recidiva, posto che l'art. 203 c.p. è estremamente lapidario nel rinviare all'art. 133 c.p., ovvero ai criteri utilizzati dal giudice per la commisurazione della pena.

I metodi elaborati nel corso del tempo per un puntuale accertamento del requisito *de quo* (metodo statistico, clinico, combinato) non sono mai stati accolti dalla prassi, favorevole ad un più semplicistico metodo intuitivo, fondato sull'esperienza del giudice nella valutazione della personalità dell'imputato. L'incertezza di un giudizio di questo tipo comporta un elevato numero di errori, con compromissione della libertà dell'individuo (falso positivo) o della tutela della società (falso negativo). Essendo solo quest'ultimo tipo di errore verificabile, la cifra oscura dei soggetti in misura di sicurezza ma non pericolosi porta ad una riflessione sull'opportunità di mantenere un sistema macroscopicamente carente sotto il profilo della legalità, che può portare ad una pena senza fine (essendo la durata delle misure collegata alla pericolosità sociale, perlomeno fino alla recente riforma del 2014).

La questione è ulteriormente complicata dal rinvio che il legislatore dispone nell'art. 203 c.p., per l'accertamento della pericolosità sociale, ai generici criteri di commisurazione della pena, di cui all'art. 133 c.p. In particolare, si è posta attenzione alla relazione tra capacità a delinquere e pericolosità sociale: il solo modo per distinguere tali concetti è quello di considerare la prima in un'ottica esclusivamente passata e la seconda come rivolta solo al futuro.

L'accertamento del requisito soggettivo delle misure di sicurezza presenta profili ancor più critici quando deve essere effettuato su un soggetto non imputabile per infermità mentale, poiché, in questi casi, la malattia verrà in rilievo tra i fattori di predizione, con conseguente necessità di affidarsi allo psichiatra per l'accertamento di uno *status* "giuridico" dell'individuo.

Già di per sé, il giudizio di imputabilità presenta molteplici complessità, derivanti anzitutto dal fatto che si tratta di un esame su due piani: il primo di competenza del perito, chiamato a rilevare la presenza di un'infermità, il secondo di pertinenza del giudice, il quale dovrà valutare l'eventuale incidenza della malattia sulla capacità di intendere e di volere.

Molto discusso l'ingresso delle neuroscienze nel processo penale, in particolare nell'accertamento dell'imputabilità. Siamo geneticamente predisposti al delitto? La

malattia mentale di cui è afflitto il soggetto è clinicamente tracciabile? Quanto influisce il contesto sociale sulla predisposizione criminale? Quesiti dai risvolti inquietanti qualora le indagini neuroscientifiche fossero utilizzate anche per la valutazione del futuro criminale dell'imputato, trovando conferma la pericolosità sociale nel "determinismo genetico".

Ai due livelli di giudizio sull'imputabilità può essere aggiunto un terzo livello, consistente nell'accertamento della pericolosità. Ma da parte di chi?

Se nella vigenza del vecchio codice di procedura penale l'accertamento della prognosi di recidiva del soggetto infermo di mente spettava al perito, il silenzio sul punto del codice attualmente vigente ha portato ad interrogarsi sulla definizione delle rispettive attribuzioni in materia, posto che si assiste nella prassi ad un vero e proprio conflitto di competenza. L'abrogazione della norma che affidava la prognosi all'esperto comporterebbe, a rigor di logica, il passaggio di consegne al giudice, ora tenuto a formulare il giudizio prognostico nei confronti di tutti i soggetti. Tuttavia, si assiste ad un continuo rinvio da parte del giudice all'esperto e non fornisce di certo maggiori certezze l'atteggiamento della scienza psichiatrica: accanto a chi ritiene tale giudizio di competenza del perito, passando per varie posizioni intermedie, vi è chi rifiuta qualsiasi incombenza. Considerato il divieto di perizia criminologica e psicologica stabilito dal legislatore – che varrebbe anche nell'accertamento processuale della pericolosità sociale dell'infermo di mente –, l'inattendibilità della prognosi, l'assenza di "indici di rilevabilità empirica" e le conseguenze negative (privazione della libertà personale) di un giudizio positivo (il riconoscimento della pericolosità), la pericolosità sociale sarebbe un concetto prettamente giuridico, dunque di esclusiva competenza del magistrato.

La situazione sopra delineata, unita alla messa in discussione della correlazione malattia mentale-pericolosità e all'acquisita importanza del contesto socio-ambientale di riferimento ha contribuito una volta di più alla crisi del concetto di pericolosità sociale, istituto che permette di eludere i fondamentali principi garantistici e che, perciò, non può essere mantenuto.

Insomma, incertezza su incertezza, si rischia di punire a vita un soggetto bisognoso di cure: si deve stabilire se i disturbi riscontrati nel soggetto rientrano in una malattia tipica, determinare l'incidenza di questa malattia sulla capacità di comprendere i fatti

posti in essere e di autodeterminarsi, valutare le possibili ripercussioni della malattia sulla probabilità di commissione di ulteriori reati. Un vero castello di carta.

Il rischio è che, nel momento in cui venga diagnosticato un disturbo psichico all'imputato, si aprano automaticamente e ineluttabilmente le porte dell'OPG. Effettivamente, il passo è breve.

Da quanto esposto, volendo mantenere il sistema sanzionatorio vigente, il superamento delle maggiori criticità potrebbe avvenire attribuendo la competenza a giudicare l'eventuale futura ricaduta nel crimine del soggetto con malattia mentale allo psichiatra, unico in grado di dare il giusto rilievo e valutare nella dovuta prospettiva il disturbo tra i fattori di predittività. Ciò potrebbe essere fatto sganciando il giudizio di pericolosità dai criteri dell'art. 133 c.p. e valutando la sola malattia mentale nel breve periodo, con revisioni periodiche a intervalli regolari della situazione del soggetto, per la dimostrata fallacia di giudizi a lungo termine.

Il problema del trattamento del reo infermo di mente ha assunto nuova importanza da quando, nel 2011, la commissione parlamentare d'inchiesta sull'efficienza e l'efficacia del sistema sanitario nazionale ha messo sotto gli occhi di tutti una situazione inaccettabile: quella in cui versavano gli internati in ospedale psichiatrico giudiziario. L'emergenza della situazione ha portato il legislatore a modificare l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive per infermi e seminfermi di mente, attraverso l'istituzione di strutture prettamente sanitarie.

Dopo alcuni slittamenti del termine di chiusura dei fatiscenti OPG, l'ultimo decreto legge intervenuto non si è limitato a prorogare l'entrata in vigore delle nuove strutture, ma ha altresì apportato significative modifiche alla disciplina delle misure di sicurezza, senza tuttavia incidere sulle relative norme del codice penale.

È stato riconosciuto espressamente il principio di sussidiarietà delle misure di sicurezza (sulla scorta di quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale più recente), si è finalmente introdotto un termine di durata delle misure di sicurezza detentive ed è stata delimitata la base del giudizio di pericolosità sociale degli infermi di mente.

Tutte modifiche che, apparentemente, non possono che essere guardate con favore. Ma qui si ferma il giudizio positivo: all'apparenza.

Chiuse le porte degli OPG, si aprono quelle delle REMS. Non è la fine della misura di sicurezza detentiva, solo il suo cambio di veste. Di tutta evidenza la perdurante

difficoltà della ricerca di un punto di equilibrio tra primaria esigenza di cura e necessaria restrizione della libertà personale, posto che anche le REMS – come i fu OPG – sono istituti a funzione promiscua, in cui cura e custodia sono legati indissolubilmente. L’affermazione del principio di sussidiarietà dell’applicazione delle REMS, inoltre, rimarrà esclusivamente sulla carta, se non saranno potenziati i servizi territoriali di salute mentale.

Particolarmente discussa la delimitazione del giudizio di pericolosità sociale dei non imputabili alle sole qualità soggettive, che sembra introdurre nell’ordinamento una sorta di pericolosità d’autore. Non si è tenuto conto del fatto che è ormai un dato acquisito che i comportamenti delle persone con disturbi psichici sono influenzati dal contesto in cui sono inseriti, secondo una visione “multifattoriale” della malattia mentale.

Infine, la fissazione di un limite massimo di durata delle misure di sicurezza detentive, seppur necessario per adeguare una sanzione senza fine a fondamentali principi di civiltà giuridica, presenta profili critici laddove si è voluto ancorare la durata stessa alla gravità del reato, senza considerare che, mantenendosi la categoria della pericolosità sociale, è necessario fare i conti anche con tale requisito. Sarebbe auspicabile, dunque, la previsione di un reingresso in società modulato alle esigenze specifiche, nel caso in cui – cessata la misura detentiva per decorso del tempo – il soggetto sia ancora bisognoso di cure, al fine di evitare una sua probabile ricaduta nel delitto.

Per valutare le possibili modifiche al sistema delle misure di sicurezza, è necessario fare una distinzione tra soggetti imputabili e semi-imputabili, da un lato, e non imputabili, dall’altro.

Per i soggetti imputabili e semi-imputabili, il contrasto delle misure di sicurezza con il principio di rieducazione di cui all’art. 27, comma 3, Cost., è da sempre segnalato dalla dottrina. Infatti, la rieducazione cui dovrebbe mirare l’applicazione delle misure della colonia agricola e della casa di lavoro è da tempo oggetto di discussione, posto che le predette sanzioni si fondano sull’arcaica concezione del lavoro nobilitante, oggi decisamente superata e comunque non accoglibile in uno Stato democratico. Circa la casa di cura e custodia, seppur riscontrabile a livello teorico una sua funzione rieducativa, basta osservare la realizzazione pratica della misura di sicurezza in esame, per accorgersi della prevalenza del suo aspetto custodialistico. Senza contare l’illogicità del meccanismo di applicazione – prima la pena, poi la misura di sicurezza – che, per

curare un soggetto, lo deve far passare prima dal carcere. E le cose non migliorano invertendo l'ordine di applicazione delle sanzioni – cioè, prima la misura di sicurezza, poi la pena –, poiché è superfluo sottolineare che sarebbe del tutto vano curare un soggetto per metterlo in carcere, per la concreta possibilità di fallimento del trattamento terapeutico.

Per entrambe le categorie in esame, dunque, la pena svolge già una funzione rieducativa, oltretutto retributiva, non residuando alcuno spazio “di manovra” per la misura di sicurezza, sicché la dottrina è pressoché unanime nel senso dell'abrogazione.

Merita poi di essere segnalato un altro aspetto: per gli autori di reato imputabili è la pena che ha assunto lo scopo di soddisfare le esigenze di difesa sociale. Infatti, la pericolosità viene spesso in rilievo per differenziare i percorsi penitenziari, con spiccata accentuazione della severità del trattamento sanzionatorio allo scopo di neutralizzazione dei fattori di rischio. Così, ad esempio, può essere disposto il regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell'art. 14 *bis* l. 354/1975, consistente nella limitazione di taluni diritti dei condannati che compromettono la sicurezza dell'istituto ovvero tengono comportamenti violenti (*ergo*: soggetti pericolosi). Ancora, sono previsti limiti ai benefici del lavoro all'esterno, dei permessi premio e delle misure alternative, *ex art.* 4 *bis*, l. 354/1975, non solo di tipo oggettivo – cioè con riguardo al reato commesso –, ma anche di tipo soggettivo, in quanto le preclusioni dipendono da un giudizio prognostico sul soggetto, avente ad oggetto la collaborazione con la giustizia o l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, eversiva, terroristica, dunque la sua eventuale pericolosità.

Il privilegio accordato alla soddisfazione delle esigenze di difesa sociale già nell'ambito della pena non fa che confermare ulteriormente la necessità di eliminare le misure di sicurezza per i soggetti imputabili.

Se la pena non è in grado di combattere il fenomeno del plurirecidivismo, allora sarebbe meglio riflettere sulle modifiche da apportare a tale sanzione, piuttosto che aggiungerne un'altra che, inevitabilmente, verrà avvertita come un clone, un surrogato che cercherà di porre rimedio alle insufficienze della sanzione “primaria”. Già a livello teorico le due sanzioni presentano profili di somiglianza e, nella pratica, sono eseguite anche in modo simile, posto che la misura della colonia agricola o casa di lavoro è scontata in stabilimenti affini agli istituti penitenziari e il soggetto è considerato a tutti gli effetti un

detenuto. Le differenze, dunque, sono talmente esigue da far concludere per una piena sovrapposizione delle finalità delle pene e delle misure di sicurezza per gli imputabili.

Il ragionamento da seguire, invece, è diverso per i soggetti non imputabili, individui bisognosi di terapia, nei confronti dei quali le misure di sicurezza trovano una giustificazione teorica nell'art. 27, comma 3, Cost. Per essi, si dice, la misura di sicurezza è l'unica sanzione applicabile dall'ordinamento, posto che non possono essere soggetti a pena per impossibilità di muovere agli stessi un rimprovero, essendo la pena, dunque, per loro priva di efficacia.

Ma è davvero così? La pena non può essere applicata per contrasto con i principi costituzionali e la misura di sicurezza sì, pur venendo entrambe classificate come sanzioni? Se non si può punire un soggetto perché tecnicamente non colpevole, è giustificato punirlo perché pericoloso? La tutela del soggetto bisognoso di cure può soccombere di fronte alle esigenze di difesa sociale?

Sarebbe auspicabile di no, ma, per essere rassicurati, si affida alla misura di sicurezza disposta nei confronti dell'infermo di mente una funzione non solo securitaria, ma principalmente curativa. Peccato che quest'ultima finalità, non solo non è stata perseguita per le concrete modalità con cui da sempre si sono eseguite le misure, ma essa non rientra neppure tra i compiti del diritto penale.

Eleggere i non imputabili a prediletti destinatari delle misure di sicurezza, comporterebbe il venir meno del loro profilo custodiale, con conseguente preminenza del carattere terapeutico. Ciò, secondo alcuni Autori, potrebbe avere quale riflesso la sostituzione del presupposto della pericolosità sociale con il bisogno di cura del soggetto.

La suddetta impostazione, però, non può essere accolta per due ordini di motivi. Innanzitutto, se si parte dal presupposto che i non imputabili non possono essere sottoposti a pena e si classificano le misure di sicurezza nel novero delle sanzioni, allora esse non dovrebbero trovare applicazione; inoltre, se si elimina la pericolosità sociale e le misure ai non imputabili vengono applicate sulla base del solo bisogno di cura (oltretutto, ovviamente, della commissione del reato), allora si prendono inevitabilmente le distanze dal "penale", e ci si addentra nel campo del "sociale". In altre parole, curare un soggetto non è compito del diritto penale.

L'eliminazione delle misure di sicurezza dall'ordinamento – sia per gli imputabili, che per i non imputabili – potrebbe trovare conferma anche in una particolare lettura delle norme costituzionali, in particolare degli artt. 25, comma 2, 27, commi 1 e 3, e 32 Cost. Innanzitutto, come si è visto, l'art. 25 comma 2, Cost. non costituzionalizza il sistema del doppio binario, ma si limita a fornire legittimazione all'impostazione codicistica, affermando il principio di legalità anche con riguardo alle misure di sicurezza. Sarebbe, quindi, possibile abrogare il doppio binario.

L'art. 27, comma 1, Cost. recepisce il fondamentale principio di colpevolezza, che vieta di punire chiunque se non può essergli mosso il rimprovero soggettivo di aver agito *contra ius*. Considerato che anche le misure di sicurezza sono a tutti gli effetti sanzioni, al fine di conformare il sistema vigente al principio in oggetto, si può affermare, anzitutto, che la misura di sicurezza per soggetti imputabili dovrebbe essere proporzionata alla colpevolezza e, di conseguenza, non dovrebbe trovare applicazione per i soggetti non imputabili, data l'impossibilità di ritenerli colpevoli.

Il comma 3, dell'art. 27 Cost., attribuisce alla pena una funzione rieducativa, che si ritiene caratterizzare anche la misura di sicurezza, con conseguente (parziale) sovrapposizione degli scopi delle sanzioni del doppio binario. Considerato, inoltre, che anche la misura di sicurezza svolge una funzione generalpreventiva, si può desumere che, secondo la Costituzione, il sistema sanzionatorio è essenzialmente monistico.

L'art. 32 Cost., infine, che rileva in riferimento agli autori di reato infermi di mente, tutela il diritto alla salute dell'individuo, per cui anche ai soggetti in esame dovranno essere garantite cure adeguate alle loro esigenze, ciò che non è avvenuto fino ad oggi, essendo le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e in casa di cura e custodia prettamente custodiali. Al fine di soddisfare le esigenze di cura del malato è stato modificato il sistema – a partire dal d.l. 211/2011, conv. in l. 9/2012 sino a giungere al d.l. 52/2014, conv. in l. 81/2014 –, nel senso della connotazione prevalentemente sanitaria delle misure applicabili ad infermi e seminfermi di mente. Vengono, perciò, chiusi gli arcaici istituti penitenziari per i malati di mente (*alias*, ospedali psichiatrici giudiziari) e, al contempo, aperte nuove strutture esclusivamente sanitarie (residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza o REMS). Sono, altresì, potenziati i servizi di salute mentale, allo scopo di dare attuazione alla sussidiarietà delle misure detentive e al rilievo attribuito a percorsi alternativi, tramite la misura della

libertà vigilata c.d. terapeutica, ovvero la classica libertà vigilata accompagnata da prescrizioni di cura del soggetto presso i dipartimenti di salute mentale. Tutte modifiche che, per i motivi sopra esaminati, incontreranno parecchie difficoltà nella compiuta attuazione pratica.

“La misura di sicurezza come sostitutivo di strutture sociali assenti, la pericolosità come ammortizzatore sociale. Sbaglio, o qualcosa ci è sfuggito di mano?”⁴⁰⁶.

È proprio questo il punto da cui partire, per ipotizzare alcune possibili riforme: il sistema penale non dovrebbe farsi carico della cura e della risocializzazione dei rei malati di mente, per due evidenti motivi. Innanzitutto, non rientra tra i compiti del diritto penale trovare soluzione ai problemi socio-sanitari delineati, poiché è la collettività che dovrebbe farsi carico dei soggetti con problemi di salute, siano o meno gli stessi autori di reati. Inoltre, sono sotto gli occhi di tutti i risultati raggiunti in tale campo dal sistema penale: servono altre prove dell'inefficienza e completa inadeguatezza della risposta penale al trattamento dei rei infermi di mente, o è sufficiente quanto emerso dalla relazione della Commissione parlamentare di inchiesta del 2011?

Certo, il pensiero di lasciare in libertà chi ha commesso un reato e che, secondo un esperto, potrebbe commetterne un altro, può spaventare, ma davvero dobbiamo sacrificare le esigenze di chi è malato per sentirci più sicuri? Il problema della sicurezza della collettività, invero, sembra non riguardare (solo) i soggetti malati di mente, ma deriva dalla mancata conoscenza del “diverso”. Fa paura ciò che esce dai rigidi schemi derivanti dall'accoglimento di valori sociali, spesso frutto di pregiudizi.

Si è detto che abbandonare il sistema del controllo penale nei confronti dei non imputabili, affidandosi al sistema sanitario, è una soluzione difficilmente attuabile, in quanto esisterebbero soggetti colpiti da infermità mentale per i quali le esigenze preventive potrebbero essere soddisfatte solo da misure custodiali. Si tende a dimenticare, tuttavia, che la prevenzione, in tali casi, passa attraverso la cura e, inoltre, spesso le reazioni violente sono proprio espressione di quella malattia che si vuole curare. Dunque sì alla “custodia”, ma non penale.

La soluzione potrebbe consistere nell'affidare il prosciolto per infermità mentale all'autorità civile, che provvederebbe alla nomina di un tutore e all'indicazione del

⁴⁰⁶ G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS cit.*, p. 8

percorso terapeutico più adeguato, sulla base di una valutazione effettuata da un collegio di esperti. Si potrebbe prospettare un ventaglio di soluzioni progressivamente limitative della libertà personale, in base alla gravità del disturbo psichico. Così, il soggetto, nei casi meno gravi, potrà rimanere libero ed essere assistito dall'esterno dai servizi di salute mentale, o, con l'aumentare di intensità della patologia, egli potrà essere affidato a comunità terapeutiche, con diversi gradi di libertà e possibilità di uscire, sulla base del parere dell'esperto, oppure, infine, essere ricoverato in SPDC o in reparto ospedaliero. Si tratterebbe, in ogni caso, di strutture civili esclusivamente sanitarie, in cui le eventuali esigenze di sicurezza potrebbero essere affrontate dal personale medico preposto, poiché le manifestazioni violente sono pur sempre espressione del disturbo di cui soffre il soggetto.

L'imposizione dell'obbligo di curarsi in assenza di consenso – di norma, aberrante – potrebbe trovare valida giustificazione nella situazione di urgenza, presupposto richiesto dalla legge n. 180 del 1978 per il trattamento sanitario obbligatorio. Se il collegio di esperti valutasse il soggetto bisognoso di cure nell'immediato, al fine di contenere manifestazioni violente, allora potranno essere disposti i trattamenti più adeguati, rivalutati periodicamente a brevi intervalli di tempo, in modo che lo psichiatra possa seguire passo a passo il decorso della malattia, evitando arbitrarie limitazioni della libertà personale.

In conclusione, le misure di sicurezza detentive altro non sono che una *species* del più ampio *genus* delle sanzioni penali, per cui non è possibile differenziarle dalle pene, negli scopi, nelle funzioni, nei presupposti. Anzi no, una distinzione fondamentale esiste: mentre le pene si fondano su un diritto penale del fatto, le misure di sicurezza sono l'espressione di un diritto penale d'autore, basandosi sulla pericolosità sociale, requisito fondamentale di una sanzione solo parzialmente legalitaria.

Auspicabile, dunque, una riforma che metta mano al codice penale, abrogando le misure di sicurezza detentive e ponendo così fine ad un sistema che, dopo più di ottant'anni dalla sua entrata in vigore, è ogni giorno di più avvertito come ingiusto.

BIBLIOGRAFIA

- ACCATTATIS V. – DE MARCO L., *Il sistema penale del doppio binario*, in *Quale giust.*, 1971, p. 475 ss.
- AGUGLIA E. – FERRANNINI L., *La psichiatria, il paziente autore di reato e il superamento dell'Ospedale psichiatrico giudiziario*, in *Quaderni italiani di psichiatria*, 2012, n. 3, p. 69
- ALBERTI G., *Superamento degli OPG: a che punto siamo?*, in www.penalecontemporaneo.it, 16.2.2016
- ALBERTI G., *Chiudono gli ospedali psichiatrici giudiziari (?): la situazione e le prospettive in Lombardia*, in www.penalecontemporaneo.it, 31.3.2015
- ALBERTI G., *Chiusura degli OPG: si profila un'ennesima proroga del termine*, in www.penalecontemporaneo.it, 4.12.2014
- ALBERTI G., *Superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: il nuovo programma della Regione Lombardia*, in www.penalecontemporaneo.it, 29.9.2014
- ALEO S. – DI NUOVO S., *Responsabilità penale e complessità. Il diritto penale di fronte alle altre scienze sociali. Colpevolezza, imputabilità, pericolosità sociale*, Milano, 2011
- ALTAVILLA E., *Il delinquente e la legge penale*, Napoli, 1954
- ALTAVILLA E., *Lineamenti di diritto criminale*, Napoli, 1932
- ANDREAZZA G., *Le Sezioni Unite sulla infermità mentale sopravvenuta di persone sottoposte a misure di sicurezza non detentiva*, in www.penalecontemporaneo.it, 21.9.2011
- ANDREOLI V., *La perizia psichiatrica*, in www.psychiatryonline.it
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003

- ANTOLISEI F., *Pene e misure di sicurezza*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 221 ss.
- ANTOLISEI F., *La capacità a delinquere*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 167 ss.
- APRILE E., *Osservazioni a C. Cost., n. 186, 24 giugno 2015*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4026 ss.
- AZZALI G., *Osservazioni in ordine all'art. 27 della Costituzione considerato sul piano del diritto positivo*, in *Aa.Vv., Sul problema della rieducazione del condannato. II° Convegno di diritto penale – Bressanone 1963*, Padova, 1964, p. 217 ss.
- BALBI G., *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, in www.penalecontemporaneo.it, 20.7.2015
- BANDINI T., *Prospettive di riforma in tema di imputabilità e trattamento del malato di mente*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, a cura di G. Canepa – M.I. Marugo, Padova, 1995, p. 251 ss.
- BANDINI T., *Riflessioni cliniche in tema di imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, in *Psichiatria, tossicodipendenze, perizia. Ricerche su forme di tutela, diritti, modelli di servizio*, a cura di M.G. Giannichedda – F. Ongaro Basaglia, Milano, 1987, p. 388 ss.
- BANDINI T. – GATTI U., *Nuove tendenze in tema di valutazione clinica della imputabilità*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense, vol. XIII, Psichiatria forense generale e penale*, a cura di F. Ferracuti, Milano, 1990, p. 151 ss.
- BANDINI T. – GATTI U., *Perizia psichiatrica e perizia criminologica: riflessioni sul ruolo del perito nell'ambito del processo penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, p. 321 ss.
- BANDINI T. – GATTI U. – MARUGO M.I. – VERDE A., *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, Milano, 1991

- BANDINI T. – GUALCO B., *Imputabilità e misure di sicurezza. Riflessioni clinico-criminologiche*, in *Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, a cura di A. Manna, Padova, 2002, p. 19 ss.
- BASAGLIA F., *La giustizia che non riesce a difendere se stessa*, in *Carcere e società*, a cura di M. Cappelletto – A. Lombroso, Venezia, 1976, p. 301 ss.
- BASSO E., *Misure di sicurezza (profili processuali)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 137 ss.
- BATTAGLINI E., *Osservazioni sulle leggi nel tempo in materia di misure di sicurezza*, in *Giust. pen.*, 1951, p. 684 ss.
- BATTISTACCI G., *Devianza minorile e ruolo dell'ente locale e della regione*, in *Carcere e società*, a cura di M. Cappelletto – A. Lombroso, Venezia, 1976, p. 230 ss.
- BERNARDI A., sub art. 7, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole – B. Conforti – G. Raimondi, Padova, 2001, p. 249 ss.
- BERNARDI A., *Sulle funzioni dei principi di diritto penale*, in *Annali dell'Università di Ferrara, Sezione V, Scienze giuridiche*, vol. VI, 1992, Ferrara, 1993, p. 59 ss.
- BERNIERI G., *Il principio di legalità nelle misure di sicurezza*, in *Archivio di ricerche giuridiche*, 1949, n. 4, col. 449, p. 1087
- BERTOLINO M., *L'imputabilità penale fra cervello e mente*, in *Diritto penale e neuroetica. Atti del Convegno 21-22 maggio 2012, Università degli Studi di Foggia*, a cura di O. Di Giovine, Milano, 2013, p. 83 ss.
- BERTOLINO M., *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 8.1.2013
- BERTOLINO M., *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite. Nota a Cass. pen., S.U., 8, marzo 2005, n. 9163*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 837 ss.

- BERTOLINO M., *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in *Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, a cura di A. Manna, Padova, 2002, p. 155 ss.
- BERTOLINO M., *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990
- BERTOLINO M., *La crisi del concetto di imputabilità: prospettive giuridico-penali*, in *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, a cura di G. Gulotta, Milano, 1987, p. 147 ss.
- BETTIOL G., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1982
- BETTIOL G., *I problemi di fondo delle misure di sicurezza*, in Aa.Vv., *Stato di diritto e misure di sicurezza. Convegno di diritto penale – Bressanone 1961*, Padova, 1962, p. 3 ss.
- BETTIOL G., *In tema di unificazione di pena e misura di sicurezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1942, p. 213 ss.
- BETTIOL G. – PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale*, Padova, 1986
- BIANCHETTI R., *Sollevata questione di legittimità costituzionale in merito ai nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale del seminfermo di mente*, in www.penalecontemporaneo.it, 14.11.2014
- BIONDI G., *Situazione dell'ordinamento penitenziario e politica regionale*, in *Carcere e società*, a cura di M. Cappelletto – A. Lombroso, Venezia, 1976, p. 187 ss.
- BOSCARELLI M., *Appunti critici in materia di misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 34 ss.
- BRICCHETTI R., *Necessario contemperare esigenze terapeutiche e contenimento della pericolosità sociale*, in *Guida dir.*, 2004, n. 49, p. 73 ss.
- BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Scritti di diritto penale, vol. I, Dottrine generali. Teoria*

del reato e sistema sanzionatorio, Tomo II, Dal 1973 al 1993, Milano, 1997, p. 1273 ss.

BRICOLA F., *Il II e il III comma dell'art. 25*, in *Commentario alla Costituzione. Rapporti civili, art. 24-26*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981, p. 227 ss.

BRICOLA F., *Costituzione e misure di sicurezza*, in *Carcere e società*, a cura di M. Cappelletto – A. Lombroso, Venezia, 1976, p. 37 ss.

BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Volume I: nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965

BRICOLA F., *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961

BRUNO F., *La pericolosità sociale psichiatrica*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense, vol. XIII, Psichiatria forense generale e penale*, a cura di F. Ferracuti, Milano, 1990, p. 339 ss.

CACCAMO V., *sub art. 211 bis*, in *Codice penale*, I, a cura di T. Padovani, Milano, 2011, p. 1524 s.

CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. I, a cura di G. Insolera – N. Mazzacuva – M. Pavarini – M. Zanotti, Torino, 2012, p. 243 ss.

CALVI A.A., *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967

CANEPA G., *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore del reato. Aspetti comparativi e prospettive di riforma a livello europeo*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, a cura di G. Canepa – M.I. Marugo, Padova, 1995, p. 1 ss.

CANEPA G., *Accertamento e revisione della pericolosità sociale: la diagnosi psicologica*, in *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, a cura di G. Gulotta, Milano, 1987, p. 271 ss.

- CANEPA G., *Problemi dell'attività diagnostica nel sistema italiano di giustizia penale e perizia criminologica*, in *Riv. it. med. leg.*, 1979, p. 228
- CANEPA G., *Aspetti criminologici e medico-legali della pericolosità*, in *Rassegna di criminologia*, 1970, I, p. 7
- CANESTRARI S. – CORNACCHIA L. – DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007
- CANOSA R. – SACCO M.P. – SACCO D., *Perizia psichiatrica e gioco delle parti*, in *Psichiatria, tossicodipendenze, perizia. Ricerche su forme di tutela, diritti, modelli di servizio*, a cura di M.G. Giannichedda – F. Ongaro Basaglia, Milano, 1987, p. 332 ss.
- CAPPELLI I., *Per l'abolizione del manicomio giudiziario*, in *Carcere e società*, a cura di M. Cappelletto – A. Lombroso, Venezia, 1976, p. 331 ss.
- CAPRA G., *Le neuroscienze e la genetica molecolare nella valutazione della capacità di intendere e di volere*, in www.psicologiagiuridica.com
- CARACCIOLI I., *Sul problema delle modifiche al sistema delle misure di sicurezza*, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1982, p. 137 ss.
- CARACCIOLI I., *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970
- CARACCIOLI I., *Premesse allo studio della disciplina costituzionale delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 525 ss.
- CARNEVALE A. – MENNA R. – COLAGRECO A., *La perizia criminologica nel processo penale: dal codice del '30 ai nostri giorni*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, p. 371
- CARRIERI F. – GRECO O. – CATANESI R., *Malattia mentale, imputabilità e pericolosità sociale*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, a cura di G. Canepa – M.I. Marugo, Padova, 1995, p. 67 ss.

- CASALINUOVO A., *La capacità a delinquere nella teoria del reato e della pericolosità*, Catanzaro, 1943
- CASAROLI G., *Funzione e commisurazione della pena fra Grundgesetz e Strafrechtssystem*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, tomo I, a cura di A. Pizzorusso – V. Varano, Milano, 1985, p. 617 ss.
- CASTIELLO U. – CATERINA R. – DE CARO M. – DE CATALDO L. – FERRACUTI S. – FORZA A. – FUSARO N. – GULOTTA G. – IACOVIELLO F.M. – INTRIERI C. – LAVAZZA A. – MASCHERIN A. – PELLEGRINI S. – PIETRINI P. – RUMIATI R. – SAMMICHELI L. – SARTORI G. – SQUASSONI C. – STRACCIARI A., *Le capacità giuridiche alla luce delle neuroscienze. Memorandum Patavino. 9 ottobre 2015*, in www.penalecontemporaneo.it
- CATARBIA M., *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3564 ss.
- CAVALLO V., *Il problema dei rapporti tra le pene e le misure di sicurezza*, in *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico*, vol. I, a cura di G. Leone, Milano, 1960, p. 249 ss.
- CAVALLO V., *Diritto penale. Parte generale, II, L'oggetto del diritto penale*, Napoli, 1955
- CERQUETTI G., *Riflessioni sulla pericolosità sociale come presupposto delle misure di sicurezza nella Costituzione*, in *Arch. pen.*, 1983, p. 456 ss.
- CHIAVARIO M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969
- COLLICA M.T., *Verso la chiusura degli O.p.g.: una svolta (ancora) solo annunciata?*, in *Legisl. pen.*, 2014, 4, p. 261 ss.
- COLLICA M.T., *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, in www.penalecontemporaneo.it, 19.11.2012

- COLLICA M.T., *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in www.penalecontemporeneo.it, 15.2.2012
- COLLICA M.T., *Anche i “disturbi della personalità” sono infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 394 ss.
- COLLICA M.T., *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l’infermo di mente adulto e pericoloso*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 297 ss.
- CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2012
- CORDERO F., *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986
- COSSIDENTE P., *La legittimità costituzionale dell’art. 222 c.p. in relazione all’art. 111, secondo comma, Cost.*, in *Riv. pen.*, 1978, p. 943 ss.
- CUSTODERO O., *Capacità a delinquere e commisurazione della pena: problemi ed orientamenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 78 ss.
- DA COSTA P.J., *Presunzioni normative di pericolosità e giurisdizionalizzazione delle misure di sicurezza*, in *Aa.Vv., Stato di diritto e misure di sicurezza. Convegno di diritto penale – Bressanone 1961*, Padova, 1962, p. 155 ss.
- DAGA L., *Appunti in tema di “funzione” e “funzionamento” degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Psichiatria, tossicodipendenze, perizia. Ricerche su forme di tutela, diritti, modelli di servizio*, a cura di M.G. Giannichedda – F. Ongaro Basaglia, Milano, 1987, p. 307 ss.
- D’AURIA D., *Un primo passo verso la sanitarizzazione del trattamento sanzionatorio dei non imputabili in attesa di una riforma complessiva dell’imputabilità*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 2, p. 718
- DE CATALDO NEUBURGER L., *Il carattere, i motivi, la condotta e l’ambiente come indizi di personalità, di capacità a delinquere e di pericolosità*, in *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, a cura di G. Gulotta, Milano, 1987, p. 235 ss.

- DE FAZIO F. – LUBERTO S., *La prassi della perizia psichiatrica*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, a cura di G. Canepa – M.I. Marugo, Padova, 1995, p. 107 ss.
- DE FAZIO F. – LUBERTO S. – GALLIANI I., *La perizia criminologica e la valutazione della pericolosità: l'approccio medico-legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, p. 56
- DELITALA G., *Criteri direttivi del nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1935, p. 585 ss.
- DELL'ACQUA G. – MEZZINA R., *Servizio di salute mentale e giustizia penale, in Psichiatria, tossicodipendenze, perizia. Ricerche su forme di tutela, diritti, modelli di servizio*, a cura di M.G. Giannichedda – F. Ongaro Basaglia, Milano, 1987, p. 338 ss.
- DELL'ACQUA P. – D'AUTILIA S., *Abbandonare quei luoghi, abitare le soglie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1356 ss.
- DELLA CASA F., *Basta con gli OPG! La rimozione di un "fossile vivente" quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 64 ss.
- DELLA CASA F., *La Corte costituzionale corregge l'automatismo del ricovero provvisorio nella struttura manicomiale promuovendo la libertà vigilata al rango di alternativa*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 3993 ss.
- DELL'OSSO G., *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Milano, 1985
- DE MARSICO A., *Diritto penale. Parte generale*, Napoli, 1937
- DE MARSICO A., *Delle misure amministrative di sicurezza*, in *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, vol. I, sotto la direzione di U. Conti, Milano, 1934, p. 876 ss.
- DE MAURO G.B., *La capacità a delinquere dell'art. 133 del cod. penale*, in *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico*, vol. I, a cura di G. Leone, Milano, 1960, p. 487 ss.

- DENORA G., *Internamento in OPG al vaglio della Consulta: più legge e meno giudice*, in www.dirittoegiustizia.it, 24.7.2015
- DE ROBERTO G., sub art. 314, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso – V. Grevi, Padova, 1987, p. 907 ss.
- DE ROBERTO G., sub art. 318, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso – V. Grevi, Padova, 1987, p. 933 ss.
- DI GIOVINE O., *Chi ha paura delle neuroscienze?*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 837 ss.
- DI NICOLA P., *La chiusura degli OPG: un'occasione mancata*, in www.penalecontemporaneo.it, 13.3.2015
- DI ROSA G., *Il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1402 ss.
- DI TULLIO B., *Dalla perizia psichiatrica alla perizia criminologica*, in *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico*, vol. I, a cura di G. Leone, Milano, 1960, p. 501 ss.
- DODARO G., *Nuova pericolosità sociale e promozione dei diritti fondamentali della persona malata di mente*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 611 ss.
- DODARO G., *Il nodo della contenzione in psichiatria tra gestione della sicurezza, diritti del paziente e "inconscio costituzionale"*, in www.penalecontemporaneo.it, 25.2.2014
- DODARO G., *Ambiguità e resistenze nel superamento dell'O.P.G. in Regione Lombardia: verso l'istituzionalizzazione ospedaliera del malato di mente autore di reato?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1388 ss.
- DOLCINI E., *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci – E. Dolcini, Milano, 1985, p. 261 ss.

- DOLCINI E., *La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1982, p. 143 ss.
- DOLCINI E., *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979
- D'ORAZI L., *Pericolosità sociale: elemento di opposizione alla coesistenza umana*, in *Crit. pen.*, 1983, n. III-IV, p. 20 ss.
- ERAMO F., *Il divieto di perizie psicologiche nel processo penale: una nuova conferma dalla Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 927 ss.
- ESPOSITO C., *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti, vol. IV, Diritto pubblico e storia del diritto*, Padova, 1950, p. 501 ss.
- FALZONE F., *Brevi note in tema di legittimità costituzionale della pericolosità presunta*, in *Giur. cost.*, 1972, p. 1203 ss.
- FEDERICI F., *Il superamento degli OPG: una riforma possibile?*, in www.penalecontemporeneo.it, 25.7.2013
- FERRARI M., *Il riesame della pericolosità nei suoi elementi giuridici, criminologici e psichiatrici*, in *Rass. st. penit.*, 1970, p. 655 ss.
- FERRI E., *Principii di diritto criminale*, Torino, 1928
- FERRUA P., *Neuroscienze e processo penale*, in *Diritto penale e neuroetica. Atti del Convegno 21-22 maggio 2012, Università degli Studi di Foggia*, a cura di O. Di Giovine, Milano, 2013, p. 259 ss.
- FIANDACA G., *Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti nella genesi e nell'applicazione delle leggi penali*, in *Diritto penale e neuroetica. Atti del Convegno 21-22 maggio 2012, Università degli Studi di Foggia*, a cura di O. Di Giovine, Milano, 2013, p. 215 ss.

- FIANDACA G., *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel Progetto Grosso, in Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, a cura di A. Manna, Padova, 2002, p. 199 ss.
- FIANDACA G., *Il 3° comma dell'art. 27*, in *Commentario alla Costituzione. Rapporti civili, artt. 27-28*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna, 1991, p. 222 ss.
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014
- FIORAVANTI L., *Le infermità psichiche nella giurisprudenza penale*, Padova, 1988
- FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2008
- FIorentin F., *Al vaglio di costituzionalità i parametri di accertamento della pericolosità sociale dei mentally offenders*, in *Arch. pen. (on line)*, 2014, n. 3
- FIorentin F., *Dal 1° aprile 2014 in soffitta gli istituti di detenzione al "debutto" la libertà vigilata terapeutica territoriale*, in *Guida dir.*, 2013, n. 27, p. 22 ss.
- FIorentin F., *Misure di sicurezza personali: la declaratoria "preventiva" di abitudine nel reato contrasta con i principi costituzionali in tema di rieducazione del reo*, in www.penalecontemporaneo.it, 9.5.2013
- FIorentin F., *Carceri: l'emergenza attende sempre una soluzione e per il 31 marzo gli Opg fanno rotta verso le regioni*, in *Guida dir.*, 2013, n. 13, p. 14 s.
- FIorentin F., *Ospedali giudiziari, le azioni per evitare la deriva*, in *Guida dir.*, 2013, n. 13, p. 28 s.
- FIORIO C., *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 409 ss.
- FLICK G.M., *Conclusioni*, in *Diritto penale e neuroetica. Atti del Convegno 21-22 maggio 2012, Università degli Studi di Foggia*, a cura di O. Di Giovine, Milano, 2013, p. 363 ss.

- FLORIAN E., *Parte generale del diritto penale*, Milano, 1934
- FORNARI U., *I disturbi gravi della personalità rientrano nel concetto di infermità*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 274 ss.
- FORNARI U., *Problemi clinici in psichiatria forense*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, a cura di G. Canepa – M.I. Marugo, Padova, 1995, p. 117 ss.
- FORNARI L., *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 569 ss.
- FORNARI U. – CODA S., *Imputabilità e pericolosità sociale: nuove prospettive nella valutazione forense*, in *Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, a cura di A. Manna, Padova, 2002, p. 51 ss.
- FORNARI U. – MOLINARO A., *L'ospedale psichiatrico giudiziario. Rilievi statistici e clinici su di un gruppo di prosciolti per vizio totale di mente dal Tribunale di Torino (aa. 1981-1985)*, in *Riv. it. med. leg.*, 1987, p. 1176 ss.
- FORZA A., *Le neuroscienze entrano nel processo penale*, in *Riv. pen.*, 2010, p. 70 ss.
- GALLIO G., *La perizia come osservatorio del rapporto tra psichiatria riformata e sistema penale*, in *Psichiatria, tossicodipendenze, perizia. Ricerche su forme di tutela, diritti, modelli di servizio*, a cura di M.G. Giannichedda – F. Ongaro Basaglia, Milano, 1987, p. 397 ss.
- GALLO M., voce *Capacità penale*, in *Noviss. Dig. It.*, II, Torino, 1958
- GARGANI A., *Misure di sicurezza*, in *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2011, p. 461 ss.
- GATTA G.L., *Revoca del ricovero in OPG per decorso della durata massima: un primo provvedimento*, in www.penalecontemporeneo.it, 16.6.2014
- GATTA G.L., *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza*

detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare), in www.penalecontemporeneo.it, 6.6.2014

GIALUZ M. – SPAGNOLO P., sub art. 5, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky, Padova, 2012, p. 106 ss.

GIURI D., *Infermità psichica e presunzione di pericolosità nel giudizio della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 460

GIZZI F., *Il ruolo regionale nella riforma penitenziaria*, in *Carcere e società*, a cura di M. Cappelletto – A. Lombroso, Venezia, 1976, p. 198 ss.

GRASSO G., sub artt. 199-222, in *Commentario sistematico del codice penale, III, Art. 150-240*, a cura di M. Romano – G. Grasso – T. Padovani, Milano, 2011, p. 419 ss.

GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, I, Milano, 1952

GRISPIGNI F., *Risposta sulla pericolosità criminale nel codice penale*, in *La scuola positiva*, 1933, p. 30 ss.

GRISPIGNI F., *La responsabilità giuridica dei cosiddetti non imputabili*, in *La scuola positiva*, 1920, p. 3 ss.

GRISPIGNI F., *La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato*, in *La scuola positiva*, 1920, p. 97 ss.

GRISPINI A. – DUCCI G., *Il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari. Considerazioni e riflessioni*, in *Rass. penit. crimin.*, 2013, n. 1, p. 9 ss.

GROSSO C.F., *Relazione conclusiva*, in *Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, a cura di A. Manna, Padova, 2002, p. 247 ss.

GUARNERI G., voce *Capacità a delinquere*, in *Noviss. Dig. It.*, II, Torino, 1958

- GUARNERI G., *Il processo delle misure di sicurezza*, Torino, 1953
- GUARNERI G., *Natura sostanziale e processuale delle misure di sicurezza*, in *Arch. pen.*, 1953, p. 73
- GUARNERI G., *Precedenti storici ed evoluzione del processo delle misure di sicurezza*, in *La scuola positiva*, 1952, p. 248 ss.
- GUAZZAROTTI A., *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3574 ss.
- GULOTTA G., *La questione imputabilità*, in *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, a cura di G. Gulotta, Milano, 1987, p. 75 ss.
- INSOLERA G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. I, a cura di G. Insolera – N. Mazzacuva – M. Pavarini – M. Zanotti, Torino, 2012, p. 394 ss.
- INTRONA F. – TANTALO M., *Pareri peritali e trattamento del malato di mente autore di reato*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, a cura di G. Canepa – M.I. Marugo, Padova, 1995, p. 165 ss.
- JIMENÉNEZ DE ASÚA L., *La pericolosità. Nuovo criterio per il trattamento repressivo e preventivo*, Torino, 1923
- KUHN T., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 1979
- LEO G., *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in www.penalecontemporaneo.it, 7.1.2014
- LEO G., *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in www.penalecontemporaneo.it, 15.9.2011
- LEONE G., *Osservazioni sul processo di prevenzione criminale*, in *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico*, vol. II, a cura di G. Leone, Milano, 1960, p. 71 ss.

- LUBERTO S., *La perizia psichiatrica nel procedimento di revoca anticipata della misura di sicurezza dell'ospedale psichiatrico giudiziario*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, vol. XIII, *Psichiatria forense generale e penale*, a cura di F. Ferracuti, Milano, 1990, p. 805 ss.
- LUCIANI M., *Le infermità mentali nella giurisprudenza costituzionale*, in *Psichiatria, tossicodipendenze, perizia. Ricerche su forme di tutela, diritti, modelli di servizio*, a cura di M.G. Giannichedda – F. Ongaro Basaglia, Milano, 1987, p. 285 ss.
- MAGGIORE G., *Principi di diritto penale, I, Parte generale*, Bologna, 1943
- MAGLIA S., *Linee di tendenza seguite dalla Corte costituzionale in tema di pericolosità presunta*, in *Riv. pen.*, 1984, p. 745
- MALINVERNI A., *Riforma del sistema penale e società civile*, in *Carcere e società*, a cura di M. Cappelletto – A. Lombroso, Venezia, 1976, p. 17 ss.
- MANACORDA A., *Malattia mentale, imputabilità e pericolosità sociale: dalla rilettura dei contributi alla proposta di rilettura dei problemi*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, a cura di G. Canepa – M.I. Marugo, Padova, 1995, p. 89 ss.
- MANACORDA A., *La perizia psichiatrica: spunti critici e nodi irrisolti*, in *Psichiatria, tossicodipendenze, perizia. Ricerche su forme di tutela, diritti, modelli di servizio*, a cura di M.G. Giannichedda – F. Ongaro Basaglia, Milano, 1987, p. 349 ss.
- MANACORDA A., *Infermità mentale, custodia e cura alla luce della recente giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1983, I, p. 292
- MANACORDA S., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes. – V. Zagrebelsky, Milano, 2011

- MANES V., *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. I, a cura di G. Insolera – N. Mazzacuva – M. Pavarini – M. Zanotti, Torino, 2012, p. 157 ss.
- MANES V., *La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *La convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes. – V. Zagrebelsky, Milano, 2011
- MANES V. – E. NICOSIA, sub art. 7, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, a cura di S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky, Padova, 2012, p. 258 ss.
- MANNA A., *Le misure di sicurezza*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale-III, La punibilità e le conseguenze del reato*, a cura di A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa, Milano, 2014, p. 331 ss.
- MANNA A., *Diritto penale e neuroscienze: un’introduzione*, in *Diritto penale e neuroetica. Atti del Convegno 21-22 maggio 2012, Università degli Studi di Foggia*, a cura di O. Di Giovine, Milano, 2013, p. 3 ss.
- MANNA A., *Sull’abolizione degli ospedali psichiatrici giudiziari: pericolosità sociale o bisogno di terapia?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1329 ss.
- MANNA A., *L’imputabilità fra diritto penale e psichiatria*, in *Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l’Europa*, a cura di A. Manna, Padova, 2002, p. 3 ss.
- MANNA A., *L’imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle “finzioni giuridiche” alla “terapia sociale”*, Torino, 1997
- MANNHEIM H., *Trattato di criminologia comparata*, a cura di F. Ferracuti, Torino, 1975
- MANNOZZI G., *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *La convenzione*

europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano, a cura di V. Manes. – V. Zagrebelsky, Milano, 2011

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015

MANTOVANI F., *L'imputabilità sotto il profilo giuridico*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, vol. XIII, *Psichiatria forense generale e penale*, a cura di F. Ferracuti, Milano, 1990, p. 17 ss.

MANTOVANI F., *Il problema della criminalità*, Padova, 1984

MANTOVANI M., *Le misure di sicurezza*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale, parte generale*, vol. III, diretta da F. Bricola – V. Zagrebelsky, Torino, 1996, p. 577 ss.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. 3, edizione aggiornata a cura di P. Nuvolone, Torino, 1981

MARGARA A. – ONORATO P., *I manicomi giudiziari*, in *Carcere e società*, a cura di M. Cappelletto – A. Lombroso, Venezia, 1976, p. 320 ss.

MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015

MARUCCI A., *Sulle sanzioni – Pene e misure di sicurezza*, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1982, p. 167 ss.

MARTUFI A., *Nulla periculositas sine actione? Pericolosità sociale e materialità del fatto alla prova delle fattispecie di quasi reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, n. 2, p. 818 ss.

MAZZA O., *Le persone pericolose (in difesa della presunzione di innocenza)*, in www.penalecontemporaneo.it, 20.4.2012

MAZZACUVA F., *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes. – V. Zagrebelsky, Milano, 2011

- MAZZUCATO C. – VARRASO G., *Chiudere o...aprire? Il “superamento” degli O.P.G. tra istanze di riforma e perenni tentazioni di “cambiare tutto per non cambiare niente”*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1341 ss.
- MERZAGORA I., *Pericolosi per come si è: la (auspicata) chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari e la (discutibile) pericolosità sociale come intesa dal decreto legge n. 52 del 31 marzo 2014*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 360 ss.
- MERZAGORA BETSOS I., *Colpevoli si nasce?*, in *Diritto penale e neuroetica. Atti del Convegno 21-22 maggio 2012, Università degli Studi di Foggia*, a cura di O. Di Giovine, Milano, 2013, p. 27 ss.
- MERZAGORA BETSOS I., *Imputabilità e pericolosità sociale: un punto di vista criminologico e psicopatologico forense*, in *Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, a cura di A. Manna, Padova, 2002, p. 63 ss.
- MINERVINI G., *Il lavoro autonomo come ipotesi di soluzione per il reinserimento*, in *Carcere e società*, a cura di M. Cappelletto – A. Lombroso, Venezia, 1976, p. 237 ss.
- MINGUZZI G.F., *Il lavoro nell'ospedale psichiatrico*, in *Carcere e società*, a cura di M. Cappelletto – A. Lombroso, Venezia, 1976, p. 312 ss.
- MINNITI M., *La Consulta apre la strada a misure più flessibili rispetto all'OPG*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 32, p. 46 ss.
- MODUGNO F. – RESCIGNO U., *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali. Del preteso principio secondo cui spetta a giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi ai principi*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 2398 ss.
- MOLARI A., *Il problema dell'unificazione delle pene e delle misure di sicurezza nella Costituzione italiana*, in *Aa.Vv.*, *Sul problema della rieducazione del*

- condannato. II° Convegno di diritto penale – Bressanone 1963, Padova, 1964, p. 159 ss.*
- MONACO L., *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Napoli, 1984
- MONTEVERDE M. – ZAVATARELLI F., *sub artt. 199-204, 207, 213*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini – G. Marinucci, Milano, 2011, p. 2175 ss.
- MOSCARINI A., *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3564 ss.
- MOZZONI M., *Neuroscienze in Tribunale: la sentenza di Como*, in www.brainfactor.it, 7.9.2011
- MOZZONI M., *Sentenza Trieste. BraiFactor intervista Pietro Pietrini*, in www.brainfactor.it, 17.11.2009
- MUSCO E., voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, p. 1 ss.
- MUSCO E., *Misure di sicurezza e pericolosità: profili di riforma*, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1982, p. 173 ss.
- MUSCO E., *Variazioni minime in tema di pericolosità presunta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1584 ss.
- MUSCO E., *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978
- NOVELLI G., *Il primo esperimento delle misure amministrative di sicurezza in Italia*, in *Riv. dir. penit.*, 1937, p. 17 ss.
- NOVELLO M., *Malattia e responsabilità*, in *Psichiatria, tossicodipendenze, perizia. Ricerche su forme di tutela, diritti, modelli di servizio*, a cura di M.G. Giannichedda – F. Ongaro Basaglia, Milano, 1987, p. 372 ss.

- NUVOLONE P., *L'esame biopsichico preventivo del delinquente come problema penale e processuale*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. 1, Padova, 1969, p. 180 ss.
- NUVOLONE P., *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. 1, Padova, 1969, p. 578 ss.
- NUVOLONE P., *Pericolosità sociale dell'azione, pericolosità sociale del delinquente e problema della legalità*, in *Indice pen.*, 1967, p. 3 ss.
- NUVOLONE P., *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino*, in Aa.Vv., *Stato di diritto e misure di sicurezza. Convegno di diritto penale – Bressanone 1961*, Padova, 1962, p. 163 ss.
- NUVOLONE P., *L'accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione*, in AA.VV., *Pene e misure di sicurezza. Modificabilità e suoi limiti, Convegni di studio "Enrico De Nicola"*, Milano, 1962, p. 5 ss.
- NUZZO F., *La declaratoria di legittimità costituzionale dell'art. 206 c.p. conferma l'esigenza della revisione del sistema delle misure di sicurezza*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 747 ss.
- ORNANO M.C., *Il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario: aspetti problematici ed esperienze operative della gestione dell'autore di reato affetto da disagio mentale*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2086 ss.
- PACE A., *Misure di sicurezza e pericolosità sociale presunta*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 189 ss.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2008
- PADOVANI T., *La pericolosità sociale sotto il profilo giuridico*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, vol. XIII, *Psichiatria forense generale e penale*, a cura di F. Ferracuti, Milano, 1990, p. 313 ss.

- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013
- PALAZZO F., *Codice penale 1930: un passato (ancora) senza futuro*, in www.penalecontemporaneo.it, 15.9.2011
- PALERMO G. – FERRACUTI F. – DAL FORNO G. – FERRACUTI S. – LISKA F. – M. PALERMO, *Considerazioni sulla predicibilità del comportamento violento*, in *Indice pen.*, 1992, p. 154 ss.
- PALLADINO P., sub art. 220, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina, vol. III, Prove*, a cura di G. Lattanzi - E. Lupo, Milano, 2013, p. 446 ss.
- PALOMBA F., *Il ruolo delle unità locali dei servizi sociosanitari nella prevenzione della devianza e nel recupero del condannato*, in *Carcere e società*, a cura di M. Cappelletto – A. Lombroso, Venezia, 1976, p. 222 ss.
- PAPAGNO C., *Aspetti biologici del comportamento criminale*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1960 ss.
- PASELLA R., *Osservazioni sugli orientamenti della Corte costituzionale in tema di funzioni della pena*, in *Indice pen.*, 1977, p. 311 ss.
- PAVARINI M., *Pene in astratto e in concreto*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. I, a cura di G. Insolera – N. Mazzacuva – M. Pavarini – M. Zanotti, Torino, 2012, p. 465 ss.
- PELÁEZ M., *Introduzione allo studio della criminologia*, Milano, 1960
- PELISSERO M., *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, n. 8, p. 917 ss.
- PELISSERO M., *Quale futuro per le misure di sicurezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1266 ss.

- PELISSERO M., *La soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari: realtà ed apparenze*, in *Legisl. pen.*, 2012, p. 366 ss.
- PELISSERO M., *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari nel tempo della crisi*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1017 ss.
- PELISSERO M., *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in www.penalecontemporaneo.it, 26.7.2011
- PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008
- PELISSERO M., *Crisi e mutazioni del sistema del doppio binario*, in *Verso una riforma del sistema sanzionatorio? Atti del Convegno in ricordo di Laura Fioravanti. Genova, 15 novembre 2006*, a cura di P. Pisa, Torino, 2008, p. 129 ss.
- PELUSO C., voce *Misure di sicurezza (profili sostanziali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 145 ss.
- PETROCELLI B., *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940
- PICCIONE D., *Libertà dall'ospedale psichiatrico in dismissione e rischi di regressione istituzionale*, in www.rivistaaic.it, 5.12.2014
- PICOZZA E. – CAPRARO L. – CUZZOCREA V. – TERRACINA D., *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino, 2011
- PIETRINI P. – ROTA G., *Il comportamento umano tra geni e cervello: alcune considerazioni sullo stato attuale delle conoscenze neuroscientifiche*, in *Diritto penale e neuroetica. Atti del Convegno 21-22 maggio 2012, Università degli Studi di Foggia*, a cura di O. Di Giovine, Milano, 2013, p. 11 ss.
- PINELLI C., *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3518 ss.

- PISANI M., sub art. 5, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole – B. Conforti – G. Raimondi, Padova, 2001, p. 115 ss.
- PISAPIA G., *La perizia criminologica*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, vol. XIII, *Psichiatria forense generale e penale*, a cura di F. Ferracuti, Milano, 1990, p. 395 ss.
- PONTI G., *La consulenza tecnica criminologica*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992 p. 857
- PONTI G.L., *La perizia psichiatrica e psicologica nel quadro della legge penale*, in *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, a cura di G. Gulotta, Milano, 1987, p. 593 ss.
- PONTI G.L., *La perizia sull'imputabilità*, in *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, a cura di G. Gulotta, Milano, 1987, p. 635 ss.
- PONTI G.L., *Altri tipi di perizie sull'autore del reato*, in *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, a cura di G. Gulotta, Milano, 1987, p. 657 ss.
- PONTI G.L. – MERZAGORA I., *Psichiatria e giustizia*, Milano, 1993
- PONTI G.L. – MERZAGORA I., *Imputabilità e pratiche della perizia psichiatrica*, in *Psichiatria, tossicodipendenze, perizia. Ricerche su forme di tutela, diritti, modelli di servizio*, a cura di M.G. Giannichedda – F. Ongaro Basaglia, Milano, 1987, p. 360 ss.
- PORCEDDU E., *Accertamento della pericolosità sociale dell'infermo e del seminfermo di mente, ai fini dell'applicazione della misura di sicurezza personale detentiva all'esame della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4028 ss.
- PORTIGLIATTI-BARBOS M., *Responsabilità penale e imputabilità*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, a cura di G. Canepa – M.I. Marugo, Padova, 1995, p. 15 ss.

- POTETTI D., *La pericolosità sociale del malato di mente nell'art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3322 ss.
- PREZIOSO A., *Il ruolo della regione nel processo di prevenzione e di riabilitazione*, in *Carcere e società*, a cura di M. Cappelletto – A. Lombroso, Venezia, 1976, p. 182 ss.
- PUGIOTTO A., *La “giurisprudenza difensiva” in materia di ospedali psichiatrici giudiziari a giudizio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1432 ss.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2013
- PULITANÒ D., *Problemi di riforma della disciplina dell'imputabilità*, in *Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, a cura di A. Manna, Padova, 2002, p. 215 ss.
- RADZINOWICZ L., *Alla ricerca della criminologia*, Milano, 1964
- RAGOZZINO D., *Idee per la ristrutturazione dei manicomi giudiziari*, in *Rass. st. penit.*, 1974, p. 333 ss.
- RANIERI S., *Giustizia penale e trattamento dei delinquenti*, in *La scuola positiva*, 1966, p. 191 ss.
- RANIERI S., *La pericolosità criminale nel codice penale vigente*, in *La scuola positiva*, 1933, vol. I, p. 18 ss.
- RICARDI A. – PANZARASA M., sub *art. 215*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini – G. Marinucci, Milano, 2011, p. 2260 ss.
- ROCCHI F., *La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza detentiva tedesca della sicherungsverwahrung e i suoi riflessi sul sistema del “doppio binario” italiano (nota a Corte EDU, 17.12.2009, M. c. Germania)*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3276 ss.
- ROCCO A., *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume V, parte I^a. Relazione sul Libro I del progetto*, Roma, 1929

- RODI G., *Riesame della pericolosità nelle misure di sicurezza di tipo psichiatrico*, in *Rass. st. penit.*, 1967, p. 789 ss.
- RONCO M., *Sviluppi delle neuroscienze e libertà del volere: un commiato o una riscoperta?*, in *Diritto penale e neuroetica. Atti del Convegno 21-22 maggio 2012, Università degli Studi di Foggia*, a cura di O. Di Giovine, Milano, 2013, p. 57 ss.
- ROSSI S., *Once upon a time: la parabola degli OPG fino al loro superamento*, in *Riv. biodir.*, 2015, n. 2, p. 193 ss.
- RUSSO L., sub art. 88, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, I, Milano, 2014, p. 623 ss.
- SABATINI G., *Istituzioni di diritto penale*, Catania, 1933
- SALE C., *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, in www.penalecontemporaneo.it, 27.4.2014
- SANTACROCE G., *Pericolosità sociale, imputabilità e chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari (spunti per un dibattito)*, in *Giust. pen.*, 2013, I, p. 189 ss.
- SANTORO A., *Il sistema penale di Giuseppe Bettiol: opposizione alle misure di sicurezza*, in *La scuola positiva*, 1962, p. 450 ss.
- SARTESCHI P., *Il ricovero psichiatrico in Italia. Legislazione psichiatrica attuale*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense, vol. XIII, Psichiatria forense generale e penale*, a cura di F. Ferracuti, Milano, 1990, p. 703 ss.
- SCHIAFFO F., *La pericolosità sociale tra “sottigliezze empiriche” e “spessori normativi”*: la riforma di cui alla legge n. 81/2014, in www.penalecontemporaneo.it, 11.12.2014

- SCHITTAR L., *Il lavoro protetto come strumento di riabilitazione nelle istituzioni totali*, in *Carcere e società*, a cura di M. Cappelletto – A. Lombroso, Venezia, 1976, p. 315 ss.
- SCIARABBA V., *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali e internazionali*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3579 ss.
- SCOMPARIN L., *Dalla riduzione urgente della tensione detentiva alla chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari: primi interventi, governativi e parlamentari, per una nuova politica criminale*, in *Legisl. pen.*, 2012, p. 325 ss.
- SEMINARA S., *Sul metodo tecnico-giuridico e sull'evoluzione della penalistica italiana nella prima metà del XX secolo*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011, p. 575 ss.
- SICLARI B., *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza personali*, Milano, 1977
- SINISCALCO M., *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano, 1969
- SOTIS C., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, in *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes. – V. Zagrebelsky, Milano, 2011
- STUART P., *La prevenzione del crimine*, Roma, 1976
- TAMBURINO G., *Resoconto dello stato del sistema penitenziario D.A.P. (al 8.10.2012)*, in www.penalecontemporaneo.it, 15.10.2012
- TANTALO M., *Psichiatria-forense, criminologia e neuroscienze: i "nuovi" orizzonti della imputabilità*, in *Il contributo della criminologia al sistema penale: alla ricerca del nuovo "volto" della pena. Atti dell'incontro di studio in ricordo del Prof. Ernesto Calvanese*, a cura di R. Bianchetti, www.penalecontemporaneo.it, p. 43 ss.

- TARTAGLIONE G., *L'accertamento della pericolosità nell'esecuzione penale*, in AA.VV., *Pene e misure di sicurezza. Modificabilità e suoi limiti*, Convegni di studio "Enrico De Nicola", Milano, 1962, p. 56 ss.
- TEGA D., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte «sub-costituzionale» del diritto*, in *Quaderni cost.*, 2008, p. 133 ss.
- TRAVERSO G.B., *Il trattamento del reo infermo di mente: prospettive di riforma*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, a cura di G. Canepa – M.I. Marugo, Padova, 1995, p. 239 ss.
- TRIULZI F., *Infermo di mente e misure di sicurezza non detentive*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 425 ss.
- VALVO G., *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: la delicata attuazione dell'art. 3-ter d.l. 211/2011*, in www.penalecontemporaneo.it, 21.11.2012
- VASSALLI G., *L'abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 1191
- VASSALLI G., *Ancora sulla pericolosità sociale presunta dell'infermo totale di mente*, in *Giur. cost.*, 1972, p. 1215 ss.
- VASSALLI G., *La pericolosità presunta del minore non imputabile*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 3 ss.
- VASSALLI G., *Le presunzioni di pericolosità sociale di fronte alla Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1967, p. 740 ss.
- VENEZIANI P., *Le misure di sicurezza: profili generali*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale, vol. 2, La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, a cura di C.F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro, Milano, 2014, p. 385 ss.

- VENEZIANI P., *Le singole misure di sicurezza*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, vol. 2, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, a cura di C.F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro, Milano, 2014, p. 433 ss.
- VIOLANTE L., *Sulla riforma del sistema sanzionatorio*, in *Carcere e società*, a cura di M. Cappelletto – A. Lombroso, Venezia, 1976, p. 28 ss.
- VIRGILIO M., *Della imputabilità*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale, parte generale*, vol. II, diretta da F. Bricola – V. Zagrebelsky, Torino, 1996, p. 411 ss.
- ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes. – V. Zagrebelsky, Milano, 2011
- ZANALDA E. – MENCACCI C., *Percorso di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari in Italia. L'impatto sui dipartimenti di salute mentale. L'opinione della società italiana di psichiatria*, in *Rass. penit. crimin.*, 2013, n. 1, p. 25 ss.
- ZAVATARELLI F., sub *artt. 205, 206, 208-212, 214, 222*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini – G. Marinucci, Milano, 2011, p. 2211 ss.
- ZUCCALÀ G., *Sulla natura giurisdizionale del processo di prevenzione criminale*, in *Aa.Vv., Stato di diritto e misure di sicurezza. Convegno di diritto penale – Bressanone 1961*, Padova, 1962, p. 133 ss.