



Università di Pisa

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

La crisi delle misure di sicurezza

Relatore:

Chiar.mo Prof.

Giovannangelo De Francesco

Candidato:

Catia Guglielmini

Anno Accademico 2013/2014

Citando J.K. Rowling, la dedica di questa tesi è divisa in sette parti:

A Mimmo

A Giulia

A Celeste

A Stefano

Alla mia adorata nonna Celestina

Ai miei nonni... "finché non verrà il tempo"

A Peppe e a Bruno.

*“Se tu penserai, se giudicherai da buon borghese
li condannerai a cinquemila anni più le spese
ma se capirai, se li cercherai fino in fondo
se non sono gigli son pur sempre figli
vittime di questo mondo.”*

Fabrizio De Andrè

Sommario

Introduzioni	9
Capitolo I.....	13
Le misure di sicurezza: dalle origini alla crisi.	13
1.Introduzione.	13
2.La nascita del “doppio binario”.	15
3.La pericolosità sociale e le esigenze di controllo dell’autore pericoloso.....	21
4. La natura, i destinatari delle misure di sicurezza.	23
5. Le presunzioni di pericolosità.....	29
6. L’abolizione delle presunzioni di pericolosità	33
7. L’interpretazione dell’art. 31 della legge 663/1986.....	42
8. Il quadro dopo la caduta delle presunzioni di pericolosità.	48
Capitolo II	53
Misure di sicurezza come completamento della pena: tra crisi e riscoperta.....	53
1. Il fallimento delle misure di sicurezza per i soggetti imputabili..	53
2. Sanzione unica e sanzione vicariale.....	56

3. Il controllo della pericolosità nella società del rischio.	61
4. Dal doppio binario ad una pluralità di binari.	69
5. La normativizzazione degli indici di rischio e la funzione rieducativa.	77
6. La “rinascita” delle misure di sicurezza: la prospettiva comparata.	81
6.1 Il sistema tedesco.	83
6.2 La neutralizzazione dell’autore pericoloso in Svizzera.	86
6.3 La “scoperta” del doppio binario in Francia.	90
7. Parola d’ordine: sicurezza.	94
8. I limiti di garanzia fissati dalla Corte Costituzionale e dalla Corte Europea di Strasburgo.	98
Capitolo III.....	106
Curare e custodire: un difficile binomio. Le misure di sicurezza nei confronti dei “non imputabili”.....	106
1. Misura di sicurezza come sanzione esclusiva.....	106
2. Verso il superamento del binomio malattia mentale-pericolosità sociale.	111
Sezione I.....	115
La prognosi di pericolosità sociale	115

3. La crisi della pericolosità sociale: una categoria giuridica traballante.....	115
3.1 Il giudizio di imputabilità.....	117
3.2 Perizia psichiatrica: tra scienza, psichiatria e diritto.....	123
3.3 Il giudizio di pericolosità	132
3.4 Natura normativa e natura medica della pericolosità sociale.	135
4. Dalla pericolosità sociale al bisogno di terapia.	140
Sezione II.....	144
Il doppio binario ed i “folli-rei”.....	144
5. Introduzione	144
6. La legge Basaglia: una riforma ricca di paradossi.....	144
7. L’ospedale psichiatrico giudiziario.....	147
7.1. Gli O.P.G. e il diritto alla salute.....	150
7.2. Gli O.P.G. e il principio di rieducazione della pena	159
8. Curare e custodire: i contenuti di un’utopia.....	172
8.1. Le problematiche legate all’esecuzione della casa di cura e di custodia.	176
9. Il sistema del doppio binario “cumulativo”	182
Sezione III	186

Verso il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario. Quali misure per i non imputabili?	186
10. Il ridimensionamento del ruolo dell' O.P.G.	186
11. I modelli abolizionisti.	190
12. Il modello riformista.	196
13. La riforma passa anche dalla "pericolosità".	201
Sezione IV.....	205
Il sistema minorile.	205
14. Le istanze di rinnovamento partono dal sistema minorile.	205
15. L' <i>extrema ratio</i> della pericolosità minorile.	208
16. Le novità apportate alle misure di sicurezza dalla disciplina speciale.....	209
17. Nuovi orizzonti e nuovi problemi della misura "snaturata" : il riformatorio giudiziario.....	211
18. La libertà vigilata: misura per "eccellenza" o scelta obbligata?	216
Capitolo IV.....	221
Vento di riforma: la Legge 81/2014.	221
1.Introduzione.	221
2.Obiettivi e limiti della nuova riforma.	222
3.Le ragioni di una "nuova" proroga	224

4. Le R.E.M.S.	229
5. I criteri di pericolosità sociale alla luce della nuova riforma.	233
6. Il pericolo di una nuova presunzione di pericolosità	238
8. Il riesame della pericolosità.	243
9 Una riforma a piccoli passi.	248
Conclusioni.....	250
Bibliografia.....	259
Sitografia	269
Ringraziamenti	271

Introduzioni

Il presente lavoro di tesi si prefigge lo scopo di illustrare le principali problematiche che hanno condotto alla crisi delle misure di sicurezza e del doppio sistema sanzionatorio in Italia.

Le misure di sicurezza, fiore all'occhiello del sistema repressivo fascista, vivono attualmente una profonda crisi dovuta al sostanziale fallimento dei propri scopi. Nonostante il loro impianto normativo sia riuscito a sopravvivere alle mutazioni del sistema, dovute ad alcuni interventi legislativi e giurisprudenziali che ne hanno fortemente ridotto l'ambito di applicazione, come dimostra una prassi del tutto recessiva.

E' doveroso interrogarsi sul destino delle misure di sicurezza e su quale sia il ruolo loro attribuito nel sistema sanzionatorio, soprattutto alla luce di un contesto societario dove, ad imprescindibili esigenze di garanzia, si contrappongono i timori ed il senso di insicurezza determinati dall'incapacità dell'ordinamento ad offrire risposte sanzionatorie adeguate.

Sarà quindi necessario capire in che modo sicurezza e garanzia possano essere bilanciate per assicurare la difesa sociale, e se nelle future delle scelte di politica criminale vi sia ancora spazio per il doppio binario.

L'elaborato è stato suddiviso in quattro macrosezioni.

Il primo capitolo è stato dedicato alla parte generale, dalla nascita delle misure di sicurezza come categoria ontologicamente distinta dalla pena sino ad arrivare, attraverso un *excursus* delle più importanti modifiche legislative e giurisprudenziali che le hanno riguardate, alla crisi e alla decadenza applicativa che attualmente vivono. I due capitoli successivi si occupano rispettivamente dell'applicazione delle misure di sicurezza nei confronti dei soggetti destinatari. Il secondo è dedicato agli imputabili, nei confronti dei quali le misure di sicurezza sembrano oramai sprofondare verso un'inesorabile decadenza, principalmente a causa della denunciata "truffa delle etichette". Da tempo la dottrina più attenta ritiene che non vi sia più spazio nel nostro ordinamento per le misure in funzione integrativa delle pene, tesi confermata dai recenti progetti di riforma al codice penale che mantengono il doppio binario solo per i soggetti non imputabili e già nella prassi le esigenze difensive sono state lentamente spostate sul piano della pena. Tuttavia basta volgere lo sguardo verso altri Paesi europei per scoprire come tali misure vivono una rinascita, un potenziamento con prospettive decisamente diverse da quelle italiane.

Nel terzo capitolo si affronta la situazione dal punto di vista dei soggetti non imputabili, dopo una preliminare analisi sul giudizio di

pericolosità sociale e sulle sue problematiche. Il fulcro centrale è costituito dall'abbandono del binomio malattia mentale- pericolosità sociale, in base al quale il "folle reo" era di per sé considerato persona pericolosa e perciò destinatario di una misura di sicurezza custodiale solitamente per tutta la durata della vita. Sarà anche approfondito un altro importante binomio rappresentato dalla cura e dalla custodia, le due anime delle misure di sicurezza per i non imputabili.

L'analisi si soffermerà in particolare sulla figura tanto discussa dell'ospedale psichiatrico giudiziario, sulla sua funzionalità e sulla sua compatibilità con i principi costituzionali, vagliando le possibili soluzioni abrogative dell'istituto ormai da troppo tempo in attesa di una riforma organica. Il capitolo si chiude con l'analisi del sistema a doppio binario nei confronti dei minori che ha subito una *reformatio in melius*, dopo la riforma del 1988.

Infine, si andrà ad analizzare la nuova legge 81/2014, la quale si prefigge l'obiettivo di porre fine allo scandalo degli "ergastoli bianchi" con la previsione di un inedito termine di durata massima delle misure di sicurezza e la chiusura dell'OPG prorogata al 31 marzo 2015. La legge si appresta, inoltre, a modificare i criteri per il giudizio di pericolosità sociale, senza incidere direttamente sulla disciplina codicistica. E' importante quindi verificare la sua congruità rispetto alle indicazioni in precedenza analizzate e comprendere quindi se la

via imboccata dal legislatore vada nella direzione da tempo tracciata
dalla dottrina penalistica, psichiatrica e dalla giurisprudenza.

Capitolo I

Le misure di sicurezza: dalle origini alla crisi.

1.Introduzione.

La storia delle misure di sicurezza è percorsa sin dal suo inizio dal filo rosso del fallimento, sebbene l'introduzione del doppio binario sia considerata tra le innovazioni più importanti della codificazione del 1930.

Lo scopo del legislatore fu di riformare il sistema sanzionatorio penale in modo più congeniale alle tendenze politico-criminali dell'epoca, orientate alla *difesa sociale* in chiave preventiva. Accanto alle «pene» tradizionali vennero introdotte le *misure di sicurezza* destinate ad applicarsi nei confronti degli autori *socialmente pericolosi*. Le pene rimanevano ancorate alla funzione retributiva e di generalprevenzione mentre per le misure di sicurezza la specialprevenzione si affiancava alle finalità di cura e risocializzazione.¹

Oggi le fattispecie di sicurezza, dopo più di un secolo dalla loro nascita, attraversano una profonda crisi.

La prassi ci mostra un'applicazione del tutto marginale, tant'è che nei numerosi progetti di riforma succedutosi nel tempo, è stato ipotizzato

¹ G. Fiandaca- E. Musco, *Diritto penale parte generale*, p.808, V edizione, Zanichelli Editore, 2007.

il superamento del doppio binario e la sopravvivenza delle misure di sicurezza applicabili solo nei confronti dei soggetti non imputabili. Nonostante le misure si siano mostrate oppressive verso tutti i destinatari, è stato soprattutto nei confronti dei soggetti giudicati totalmente o parzialmente responsabili che esse hanno rivelato il loro volto più severo, concretizzandosi in un appesantimento della sofferenza già patita con la pena. La stessa Amministrazione penitenziaria non ritenendo più sostenibile questo «*surplus*» di repressione, ha lasciato che il sistema, almeno nella prassi, incontrasse un “lento ed inesorabile declino”². I motivi della profonda crisi che ha investito l’apparato preventivo *post delictum* sono molti e non riguardano soltanto il nostro Paese. Va precisato che la crisi del sistema sanzionatorio non è una crisi che riguarda il controllo sulla *pericolosità dell’autore* dove i tradizionali approcci mostrano i loro limiti e cedono in sede di applicazione concreta. La crescente insicurezza sociale, derivante dall’espansione anche solo in termini percettivi della criminalità, ha finito per sviluppare linee di politica criminale in risposta agli autori di reati “pericolosi”, spostando le esigenze di difesa in chiave specialpreventiva su piani diversi attraverso la creazione di una “pluralità di binari all’interno e all’esterno della pena”.

². A. Manna , *Imputabilità e nuovi modelli di sanzione*, p.82, Torino , Giappichelli, 1997

La logica del doppio binario, dipende quindi dai meccanismi posti in essere per contrastare la pericolosità sociale, rispondendo alla pretesa di sicurezza dei consociati.

Analizzando il nostro sistema sanzionatorio, cerchiamo di capire perché le esigenze di difesa sociale non siano state effettivamente soddisfatte dalle misure di sicurezza e se l'esigenza di controllo penale ricercata per altre vie sia effettivamente funzionale allo scopo.

2. La nascita del “doppio binario”.

Sul finire del diciannovesimo secolo fu registrato un forte aumento della criminalità. Il fenomeno venne attribuito alla carenza di effettività della pena avente come unica finalità la retribuzione. Sulla scorta di tale fallimento comincia a diffondersi l'esigenza di utilizzare in ambito penale sanzioni in grado, da un lato, di contenere l'aumento dei reati e, dall'altro, di svolgere una funzione di custodia e incapacitazione dei soggetti pericolosi. In Italia imperavano indiscussi i dogmi della Scuola Classica che aveva tradotto sul piano sistematico i principi garantistici di matrice liberale e illuminista. Questa corrente di pensiero ebbe il merito di sviluppare il modello penale partendo dallo studio del reato come *entità di diritto e non di fatto*, affermando la netta separazione tra diritto e morale. La valutazione penalistica doveva incentrarsi sul singolo fatto delittuoso in relazione alla sua

gravità obiettiva, commisurando l'entità della sanzione all'importanza del bene offeso. Era considerata irrilevante la valutazione circa la persona del reo, sulla base del precetto fondamentale per cui "*il diritto penale giudica fatti e non uomini*".³

Furono queste le basi per costruire una nuova teoria in senso moderno che vedeva il reato costituito da un elemento *oggettivo* o *materiale*- l'azione umana- e un elemento *soggettivo* o *psicologico*- la scelta individuale e consapevole. Il *libero arbitrio* rende l'essere umano capace di autodeterminarsi e di essere pienamente responsabile delle proprie scelte, comprese quelle criminose.

La funzione della sanzione non poteva che essere squisitamente retributiva. Si fa riferimento alla «retribuzione giuridica» e non a quella morale (distaccandosi dalle teorie preventive di stampo utilitaristico, tipiche dell'illuminismo settecentesco) delineando una pena afflittiva, determinata, inderogabile e *proporzionata*. Il rapporto di proporzionalità ancora la sanzione alla *colpevolezza*⁴, costituendo quindi una garanzia per l'autore del reato rispetto alla pretesa punitiva statale.

Tuttavia l'aumento dei fenomeni delittuosi che segnò la grande crisi della Scuola classica, ritenuta incapace di fornire una risposta

³ G. Fiandaca- E. Musco, *Diritto penale ,parte generale* , cit. p. XXIII.

⁴ T. Padovani *Diritto penale*, p.305, Giuffrè , Milano 2006; Come sosteneva Hegel , "*la pena onora il reo come essere razionale*".

credibile ed efficace nella lotta alla criminalità⁵, preparò il terreno all'avvento di nuove teorie sulla pena in contrapposizione a quelle sino ad allora dominanti. Dottrine che proponevano, in alternativa rispetto alla retribuzione classica, una visione *deterministica* del diritto penale.

Dal positivismo filosofico maturato in Europa nel secondo Ottocento, nasce una corrente «criminologica» che applicava i postulati della filosofia positivista ai rami del diritto penale e della criminologia.

La nascita della Scuola Positiva del diritto penale va collocata, però, in Italia nell'ultimo trentennio del diciannovesimo secolo, il cui retroterra culturale è costituito dalle teorie deterministiche lombrosiane⁶. Questo nuovo indirizzo mutò radicalmente il modo di concepire il reato e più in generale il fenomeno criminale.

Il reato non viene più visto come un ente giuridico secondo i postulati illuministi ma come un fenomeno naturale, bio-psicologico e sociale. Questi eterogenei condizionamenti si spingerebbero fino ad annullare la capacità di volere. I positivisti nutrivano grandi riserve sul libero arbitrio e sulla conseguente responsabilità soggettiva: l'uomo delinquente sarebbe *determinato* al delitto in forza di una legge di

⁵ M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, p.4, Giappichelli Editore- Torino, 2008.

⁶ Cesare Lombroso (1835-1909) fu fondatore dell'antropologia criminale. Lombroso indirizzò i suoi numerosi studi sulla persona del delinquente, alle caratteristiche anatomiche e alle componenti morbose da lui ritenute responsabili del comportamento criminoso.

causalità naturale che lo costringe a commettere il reato. Ciò fa del delinquente un soggetto «*pericoloso*», incline per cause antropologiche o sociali, a commettere azioni in danno della società.

Subentrano così ai principi classici quelli positivisti di *pericolosità sociale e reazione penale* quale strumento di «profilassi sociale».

La realizzazione del controllo sulle tendenze antisociali viene attuato concentrando l'attenzione sulla personalità del criminale e delineando un «diritto penale dell'autore». Il darwinismo naturalistico trova perfetta espressione nell'«*esasperata accentuazione dell'idea di difesa sociale di stampo tipicamente illiberale, che veniva concretizzata nella pretesa della selezione naturale del delinquente mediante la sua eliminazione dalla società*»⁷. Da queste premesse che costituiscono le fondamenta della scuola di pensiero positivista, nasceranno diverse correnti a seconda del fattore privilegiato dagli studiosi⁸.

Enrico Ferri pose l'accento sui *fattori sociali* della delinquenza, evidenziando l'influenza che il contesto sociale può esercitare sulla genesi del delitto. Il positivismo del Ferri proiettava sulla politica criminale prospettive di riforma, in chiave di difesa preventiva. Si comincia a parlare di «sostitutivi penali», ossia di strumenti in grado

⁷ E. Musco, *La misura di sicurezza detentiva*, p.27, Giuffrè- Milano, 1978.

⁸ G. Fiandaca- E. Musco, *Diritto penale parte generale*, cit., p.XXVI. Allo studioso napoletano Raffaele Garofalo si deve l'accentuazione dell'importanza di fattori psicologici. Nell'opera *Criminologia* apparsa per la prima volta nel 1905 introdusse un mutamento di prospettiva rigettando l'approccio lombrosiano orientato sull'indagine anatomica e riportando, al centro dell'attenzione la personalità dell'autore del reato e le sue presunte anomalie psichiche.

di intervenire, modificando il contesto esterno da cui trae origine il crimine , per cercare di rimuoverne *preventivamente* le cause.

Scrive Ferri nel 1884 che *“le sanzioni difensive adottate nei riguardi del criminale devono essere dettate non dalla natura e gravità dell’atto compiuto, ma dal di lui potenziale aggressivo individuale”*.⁹

Le misure pertanto non devono essere proporzionate alla gravità del fatto ma alla *pericolosità* del reo e, nella loro applicazione, devono variare nella forma per adattarsi alle diverse tipologie psichiche di delinquente. Tali sanzioni per esplicare la loro efficacia sarebbero dovute essere indeterminate nella durata e derogabili col cessare della pericolosità. Dal momento che anche i fatti psichici sono sottoposti al principio di causalità (determinismo psichico), il libero arbitrio, considerato una illusione psicologica, non ha più senso. Date queste premesse la Scuola positiva arriva inevitabilmente a negare la stessa categoria dell'imputabilità e la distinzione fra soggetti imputabili e non imputabili¹⁰. Se infatti come si è detto, la sanzione penale serve solo come strumento per impedire la commissione di crimini, non vi è motivo per escludere dalla sua applicazione gli autori di reato infermi di mente. L'intervento penale non poteva orientarsi alla retribuzione dell'illecito commesso né avere esclusivamente

⁹E. Ferri , Sociologia criminale, Utet, Torino (2° ed.), 1884.

¹⁰ Nel 1878 Enrico Ferri pubblica *La teoria dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, in cui raccoglie tutte le prove che le diverse scienze offrono per dimostrare l'inconsistenza del libero arbitrio.

finalità repressiva, ma doveva trarre il proprio fondamento dalla necessità della prevenzione finalizzata alla difesa sociale. La sanzione penale doveva essere adeguata al rischio che l'autore del reato rappresentava per la società e tendere alla *neutralizzazione* e, se possibile, alla *rieducazione* del condannato.

Anche in Europa il superamento della pena retributiva si collocò nell'ambito del dibattito tra le scuole penalistiche, quella classica ancorata al diritto penale in chiave retributiva e quella sociologica più propensa ad una svolta sul crinale della prevenzione. Le proposte avanzate si tradussero principalmente in due schemi.

L'avamprogetto di Stooss sulla riforma del codice penale svizzero del 1893, prevedeva un sistema dualista, nel quale alla pena per i soggetti imputabili, veniva affiancata una misura per i non imputabili da comminare in via esclusiva: *strafen* repressive e *massnahmen* preventive.

In Germania, Franz von Liszt si dimostrò più favorevole ad un sistema monista con una pena di scopo, la *Zweckstrafe*, che fosse in grado di assolvere diverse funzioni: retribuzione, prevenzione speciale e generale.

Che si trattasse di un sistema a sanzione unica o duplice, ciò che emerse in modo lampante fu l'intenzione di potenziare il sistema sanzionatorio con nuovi strumenti di prevenzione che finivano per

piegare al controllo penale quelle garanzie che la tradizione classica e liberale riservavano all'autore del reato.

3. La pericolosità sociale e le esigenze di controllo dell'autore pericoloso.

Dal lungo e acceso dibattito che in Italia e in Germania ha visto contrapporsi da un lato la Scuola Classica e dall'altro la scuola Positiva e la *moderne Schûle*¹¹, sono pervenute diverse soluzioni sulla costruzione dell'apparato sanzionatorio.

La disputa dottrinale portò al proliferare di diverse correnti intermedie, che, da un lato, mantenevano fermi i vecchi principi e, dall'altro, accoglievano le nuove posizioni proposte dai positivisti.

Tra queste ebbe grande importanza la Terza Scuola,¹² il cui indirizzo respingeva il principio positivista della responsabilità sociale, avvicinandosi alla concezione classica sulla responsabilità per il fatto.

Fu proprio la Terza Scuola ad offrire ai compilatori del codice Rocco una nuova prospettiva di sintesi che fosse in grado di conciliare le due visioni antagoniste. Fu necessario capire quale dovesse essere la funzione della pericolosità e coniugarla alle garanzie dei diritti di

¹¹ M. Pelissero , *Pericolosità e doppio binario*, cit. p. 8; Il fondatore della *moderne Schule* fu Franz Von Liszt , il quale si era espresso negativamente sulla pena con finalità retributiva: «Il taglione ha già giocato il proprio ruolo significativo come limite alla reazione sfrenata e come simbolo della retribuzione. Esso non può fornirci il criterio di misura della pena».

¹² G. Fiandaca- E. Musco, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. XXIX.

libertà del cittadino affermati dalla tradizione classica del diritto penale.

Sotto il primo profilo si discusse sulla possibilità di agganciare o meno la pericolosità alla commissione del reato. Sotto il secondo, si prospettò l'eventualità di poter prescindere dal rapporto di proporzionalità fra misura della pena e misura della colpevolezza, per poter commisurare l'efficacia preventiva della sanzione alle concrete possibilità di reinserimento del reo.

L'elaborazione delle misure di sicurezza permise di innovare il sistema penale assecondando la logica repressiva dello Stato fascista e in continuità con i canoni della tradizione penalista classica.¹³

Le misure di sicurezza nella visione «sincretista e alternativa» del codice furono affiancate alla pena che mantenne la tradizionale funzione retributiva e di repressione, mentre sui soggetti pericolosi la nuova sanzione esplicava le sue finalità preventive. Sugli autori non

¹³Cfr. "L'altro Diritto", L. Basilio, Imputabilità, minore età e pena; www.altrodiritto.unifi.it; Neppi Modona G., *Legislazione penale, in Il mondo contemporaneo*, vol. I, tomo II, La nuova Italia, Firenze, 1987. "L'innovazione rispetto al codice Zanardelli fu di immediata percezione, Nella parte generale si registra un importante elemento di novità, che differenzia il Codice Rocco rispetto ai vecchi codici ottocenteschi: ai primi due titoli dedicati alla legge penale e alle pene, fanno seguito due titoli dedicati uno al reato, l'altro al reo e alla persona offesa dal reato, dove trovano coerenza sistematica istituti che il Codice Zanardelli contemplava in modo disorganico. In linea con la tradizione ottocentesca, la parte generale del codice esordisce con l'affermazione del principio di legalità, della irretroattività della legge penale e del divieto di interpretazione analogica. Garanzie formali che il legislatore fascista si è potuto permettere di mantenere, secondo G. Neppi Modona, perché sarà nella sistematica della parte speciale e nel contenuto marcatamente politico di molte sue fattispecie che l'ideologia autoritaria troverà soddisfazione. Una via molto diversa da quella seguita dalla Germania, i cui penalisti non mancarono di criticare la legislazione penale italiana per non essersi staccata dai presupposti liberali".

imputabili queste operavano come sanzione esclusiva, ma venivano applicate in funzione aggiuntiva-integrativa nei confronti degli autori imputabili (doppio binario).

I compilatori risposero alle esigenze politico-criminali del regime, predisponendo una sanzione «svincolata dai limiti garantistici propri della pena» in tema di proporzione, durata, applicazione retroattiva e di ancoraggio alla colpevolezza individuale, configurando, in definitiva, una vera e propria sanzione potenzialmente a tempo indeterminato.

4. La natura, i destinatari delle misure di sicurezza.

Alle misure di sicurezza venne inizialmente attribuita *natura amministrativa*, coerentemente con le vedute dominanti al momento dell'emanazione del codice.

Si faceva una certa fatica a riconoscerle come misure sanzionatorie vere e proprie, vista l'assenza della componente retributiva. Come per le pene, si trattava di mezzi giuridici a tutela della società, ma più propriamente vennero inquadrare tra le attività di polizia "tipicamente finalizzata alla difesa preventiva della società".¹⁴ Che non fossero inizialmente intese come sanzioni criminali, lo deduciamo non solo dalla *rubrica legis*, ma dalle parole di Alfredo Rocco che

¹⁴ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale ,parte generale*, cit. p.809.

commentava così la stesura definitiva del testo: «La necessità di predisporre nuovi, e in ogni caso più adeguati *mezzi di lotta* contro le aggressioni all'ordine giuridico, da adoperarsi quando le pene siano da sole impari allo scopo, è ormai universalmente riconosciuta».¹⁵

Attualmente la maggior parte della dottrina ha abbandonato la concezione amministrativa della misura di sicurezza, in considerazione del fatto che, spesso la misura è maggiormente afflittiva rispetto alla pena e che comunque la stessa viene applicata tramite un processo giurisdizionale¹⁶, anzi proprio dall'avvenuto riconoscimento della natura "penale" delle misure di sicurezza si è in un certo senso completata la struttura *binaria* del sistema sanzionatorio.¹⁷

Il carattere amministrativo appartiene, invece, alle misure di prevenzione *paeter delictum* che non hanno natura penale, anche se comportano significative restrizioni ai diritti di libertà. Si tratta di misure regolate da leggi speciali, che non presuppongono la commissione di alcun fatto di reato, bensì la pericolosità del destinatario per la sicurezza pubblica.

Il primo presupposto per l'applicazione delle misure di sicurezza consiste nella commissione di un fatto previsto dalla legge come reato. La legge penale determina i casi in cui alle persone socialmente

¹⁵ *Lavori preparatori al codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, parte I, 1929, pag. 244.

¹⁶ Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale ,parte generale* ; cit. p.809.

¹⁷ M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, cit. p. 318 ss.

pericolose possono essere applicate misure di sicurezza per fatti diversi dai reati ma ad essi equiparati, ovvero nelle ipotesi di quasi reato.¹⁸

In dottrina si parla di *quasi-reato* includendo quattro ipotesi: il reato impossibile (art. 49 c.p.), l'accordo per commettere un delitto (art.115 co.1 e 2 c.p.), l'istigazione accolta a commettere un reato (115 co.3) e l'istigazione non accolta a commettere un delitto (art. 115 co. 3). La scelta di equiparare tali condotte alla commissione di un fatto di reato era giustificata, in quanto, la dottrina risalente, in linea con gli orientamenti del legislatore del 1930, riteneva che tali attività *antigiuridiche* vicine ai reati di pericolo, rendessero legittima l'inflizione di una misura di sicurezza.¹⁹

Del tutto diversa è l'impostazione attuale imposta dalla Costituzione e confermata dalla moderna dottrina penalistica, secondo la quale, la commissione di un reato diventa elemento imprescindibile per l'applicazione di tali provvedimenti in ossequio all'art. 25 Cost ed in linea con i principi di materialità e offensività.

Non senza difficoltà i compilatori del codice Rocco elaborarono quello che sarebbe diventato il secondo ed il più discusso presupposto. *La*

¹⁸ Così recita l'art 202 secondo comma, c.p.

¹⁹ M. Romani G. Grasso- T. Padovani; *Commentario sistematico del codice penale*, Seconda Edizione, Giuffrè Editore, Milano 2011; In quest'ottica si svalutava la commissione del fatto, considerandola mero sintomo di una soggettiva pericolosità: risultava quindi naturale prescindere dalla commissione del fatto in presenza di sintomi ritenuti equivalenti.

pericolosità sociale rappresentò lo strumento di politica criminale chiamata a rispondere in modo efficiente alle «impennate delle forme più gravi di pericolosità»²⁰ che si registrarono in quegli anni e che non risparmiarono neanche il settore minorile. Il legislatore si risolse a non differenziare la disciplina in tema di pericolosità nei confronti dei rei minorenni, confermando così la scelta che aveva fatto anche in ordine all'imputabilità²¹. Si limitò ad imporre al giudice l'ulteriore valutazione «della gravità del fatto e delle condizioni morali della famiglia in cui il minore è vissuto» ai fini dell'applicazione delle misure di sicurezza del riformatorio giudiziario e della libertà vigilata (art 224, comma 1 ,c.p.). La possibilità di sottoporre il minore a sanzioni diverse dalla pena non rappresentò una vera e propria novità. Già nel codice Zanardelli erano previste misure destinate al contenimento e alla rieducazione del reo minore, ma come lo stesso Guardasigilli ebbe a scrivere nella *Relazione al Re*, «di tali mezzi di lotta contro il delitto, più efficaci talora delle pene medesime e talvolta unicamente possibili, il nuovo codice penale ha fatto un uso ben altrimenti maggiore e più largo del codice ancora vigente e nel quale tali misure fanno appena timida ed incerta apparizione».²²

²⁰ G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2006 p. 572-573

²¹ G. Panebianco, *Il sistema penale minorile*, Giappichelli, Torino, 2008, p.169.

²² G. Panebianco, *Il sistema penale minorile*, cit. p.170.

L'art 202 c.p. stabilisce che le misure di sicurezza possono essere applicate «soltanto alle persone socialmente pericolose» e l'art. 203 c.p. ci indica che: «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». Il secondo comma stabilisce che, la qualità di persona socialmente pericolosa è desunta dalle circostanze indicate dall'art. 133 c.p.

Il giudizio verte su una "pericolosità generica", concetto più profondo rispetto a quello richiesto dalle misure di prevenzione, il quale è determinabile sulla base di sospetti seppure fondati su elementi obiettivi. Il pericolo per la commissione di ulteriori reati deve assurgere alla rilevanza di probabilità di recidiva e non semplice possibilità, per questo più che pericolosità sociale sarebbe stato preferibile definirla "*criminale*".

Il legislatore scelse di determinare *ex lege* alcuni tipi legali di forme di pericolosità sociale «specifiche», che corrispondevano alle tre categorie criminologiche del *delinquente abituale, professionale e per tendenza*. Per questi *tipi legali*, la pericolosità era, a seconda delle ipotesi, presunta o accertabile in concreto dal giudice.

Il tipo legale del *delinquente abituale* è descritto dal legislatore sulla base della massima d'esperienza, in base alla quale, la ripetizione di

un determinato comportamento attenua sempre di più i freni inibitori rendendo più facile la commissione di fatti delittuosi.

Tra le forme di abitudine spicca all'art. 102 c.p. la presunzione di pericolosità²³ dell'essere dediti al delitto. La struttura *mentis* di tale individuo sarebbe tale da indurlo alla commissione di reati, talché non potrebbe che essere considerato pericoloso.

Il *delinquente professionale* è un particolare tipo di delinquente abituale. La categoria fa riferimento ai criminali più «incalliti» che traggono dal delitto i mezzi di sussistenza, destando perciò un alto grado di riprovazione.²⁴

Infine il *delinquente per tendenza*, stando all'art. 108, indicherebbe colui che: «rilevi una speciale inclinazione al delitto a causa dell'indole particolarmente malvagia». Secondo la discutibile definizione tradizionale dovrebbe quindi trattarsi di soggetti che delincono per totale mancanza di senso di morale e istintuale malvagità.

²³ Art. 102 c.p. «chi, dopo essere stato condannato alla reclusione in misura superiore complessivamente ai cinque anni per tre delitti non colposi, della stessa indole, commessi entro dieci anni, e non contestualmente, riporta per un altro delitto, non colposo, della stessa indole, e commesso entro dieci anni successivo all'ultimo dei delitti precedenti»

²⁴ Fiandaca-Musco, *Diritto penale parte generale*, cit. p.819; L'art. 105 c.p. stabilisce che: «chi, trovandosi nelle condizioni richieste per la dichiarazione di abitudine, riporta condanna per un altro reato, è dichiarato delinquente o contravventore professionale, qualora, avuto riguardo alla natura dei reati, alla condotta e al genere di vita del colpevole e alle altre circostanze indicate nel capoverso dell'art. 133, debba ritenersi che egli viva abitualmente, anche in parte soltanto, dei proventi del reato». Tuttavia la dichiarazione di professionalità non presuppone quella di abitudine, è sufficiente l'esistenza delle condizioni richieste per l'abitudine.

Attualmente la criminologia non riconosce validità a queste tre tipologie di pericolosità soggettiva che appaiono dunque del tutto anacronistiche.

5. Le presunzioni di pericolosità.

Il legislatore scelse di affidarsi ad un rigido *sistema presuntivo*.

Per comprendere la motivazione di tale scelta, è necessario ricostruire storicamente il rapporto tra la pericolosità e la «capacità a delinquere» di cui al secondo comma dell'art. 133 c.p.

La pericolosità criminale e la capacità a delinquere hanno una radice comune che si deduce dal fatto che nel Progetto preliminare al codice penale, l'art. 134 stabiliva che, ai fini della commisurazione della pena, il giudice dovesse tenere conto della «malvagità e della pericolosità del colpevole».

Le critiche rivolte a questa impostazione, secondo la quale si imponeva un doppio giudizio di pericolosità, sia per la pena che per la misura di sicurezza, portarono a sostituire nel Progetto definitivo la pericolosità con la «capacità a delinquere», intesa come l'attitudine dell'individuo alla violazione delle norme penali. Nella Relazione al Progetto definitivo si precisa: «è stato soppresso l'accento al criterio sussidiario della pericolosità, per non lasciare dubbi sul fatto che la pericolosità del reo, in tanto, nell'applicazione della pena, può essere

tenuta presente, in quanto essa coincida con la capacità a delinquere». ²⁵ L'utilizzo di concetti così *elastici*, in un'area dominata dai giudizi prognostici, era giustificato in quanto funzionale alle esigenze di difesa tanto care al Regime. Tuttavia, per i compilatori, che si erano formati sui principi della Scuola Classica, non era possibile acconsentire ad un eccessivo *arbtrium iudicis*. Per questa ragione, ci si allontanò dall'originaria impostazione positivista, dove grande spazio era lasciato alla discrezionalità del giudice per abbracciare un sistema fondato su *forme qualificate* di pericolosità e su un cospicuo numero di *presunzioni legali*. ²⁶

Il sistema delle presunzioni si fondava sulla massima d'esperienza in base alla quale, un soggetto che pone in essere una serie reiterata di reati, o al quale è stata diagnosticata una malattia mentale di tipo psicotico, ha una maggiore probabilità di tornare a delinquere e di essere quindi considerato pericoloso.

Le presunzioni erano incentrate ora sullo *status* personale, ora sulla gravità del reato commesso o sulla reiterazione degli illeciti penali. ²⁷

²⁵Manna, *L'imputabilità e nuovi modelli di sanzione*, cit., p. 60.

²⁶Manna, *L'imputabilità e nuovi modelli di sanzione*, p.62; Nell'ottica positivista, che accordava maggiore fiducia al giudizio del giudice e del perito, non vi era spazio per le presunzioni. Nel Progetto Ferri del 1921, seppure la disciplina fosse legata a requisiti di ordine formale non esisteva la categoria della pericolosità presunta.

²⁷La pericolosità, era ad esempio predeterminata per legge in base ad indici di reiterazione di reati della stessa indole, entro un determinato arco temporale. Per il soggetto prosciolto per infermità di mente, intossicazione alcolica o di sostanze stupefacenti, sordomutismo [...], il ricovero in un manicomio giudiziario era condizionato dalla commissione di delitti non colposi, puniti con la pena della reclusione superiore nel massimo a due anni. Per i minori, il riformatorio giudiziario

Si tornava alla regola generale, dell'accertamento concreto della pericolosità, solo in presenza di determinati decorsi temporali.²⁸

La rigidità del sistema era aggravata dalla previsione di termini minimi di durata, senza che fosse possibile verificare in concreto la permanenza dello stato di pericolosità prima della scadenza della misura. L'unica possibilità di fine anticipata era data da una procedura straordinaria di cessazione con decreto del Ministro di Grazia e Giustizia.

Le conseguenze furono vessatorie nei confronti di tutti i destinatari delle misure. Rispetto ai soggetti non imputabili, per il quale il sistema era sostanzialmente monistico, si poteva pervenire ad una limitazione della libertà personale di durata ben maggiore rispetto alla pena che per lo stesso reato si sarebbe dovuta scontare qualora si fosse trattato di soggetto imputabile.

Ma il volto più severo era destinato a coloro che insieme alla misura avrebbero dovuto scontare anche la pena. Per gli autori imputabili o semi-imputabili, la misura obbligatoria prefissata dal legislatore incideva pesantemente operando quale pena aggiuntiva che poco aveva di complementare. Se si aggiunge che attraverso i riesami progressivi della pericolosità sociale, la misura di sicurezza poteva

diventava obbligatorio nel caso di delitti non colposi, puniti con l'ergastolo o con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni.

²⁸ Quando tra la sentenza di condanna o di proscioglimento e la commissione del fatto, fossero trascorsi più di cinque anni, o dieci nei casi previsti dall'art. 222, secondo comma, c.p.

essere protratta senza alcun limite temporale massimo, si comprende quanto peso il sistema attribuisse alla difesa sociale, rispetto alle garanzie dello *status libertatis*.

La pericolosità presunta in merito agli infermi di mente ebbe come scopo primario quello di sottrarre al giudice e al perito un'ulteriore disamina oltre quella legata all'accertamento in merito all'imputabilità, una disamina ancora più complessa "in bilico tra normatività ed empiria" come afferma Forti.²⁹

Alla base di tale scelta di politica criminale vi era l'ideologia in base alla quale l'infermo di mente dovesse essere considerato sempre pericoloso, ideologia che poco tempo prima aveva condotto alla disciplina manicomiale.

Dalla legge del 1904, in particolare dalla condizione per il ricovero obbligatorio in manicomio³⁰, emerge una concezione di malattia mentale che deve essere sempre conclamata, tale da mettere in pericolo l'ordine pubblico. Per questo il concetto di malattia mentale era restrittivamente riferito alle sole psicosi, con l'esclusione delle altre forme di infermità quali le nevrosi e le psicopatie, che concedendo periodi di relativa lucidità non consentirebbero ai malati

²⁹ Manna, *L'imputabilità e nuovi modelli di sanzione*, cit., p. 62.

³⁰ Legge 14 Febbraio 1904, n. 36, Art. 1 «*Debbono essere custodite e curate nei manicomi le persone affette per qualunque causa da alienazione mentale, quando siano pericolose a sé o agli altri e riescano di pubblico scandalo e non siano e non possano essere convenientemente custodite e curate fuorché nei manicomi. sono compresi sotto questa denominazione, agli effetti della presente legge, tutti quegli istituti, comunque denominati, nei quali vengono ricoverati alienati di qualunque genere*».

di rientrare nell'assioma "soggetto sempre malato, uguale a soggetto sempre pericoloso".

Questa concezione è entrata profondamente in crisi in concomitanza con l'evoluzione della scienza psichiatrica e psicologica, che ha sollecitato una revisione della disciplina manicomiale e del preconetto di pericolosità.³¹

6. L'abolizione delle presunzioni di pericolosità.

Il sistema sanzionatorio a *doppio binario* così come delineato dal codice del 1930, avrebbe dovuto offrire garanzie massime di sicurezza per la difesa della società.

Questa strenua funzione è stata portata avanti dalle misure di sicurezza in modo ottimale finché sopravvissero le presunzioni di pericolosità. Esse completavano il rigore repressivo e vessatorio di un apparato finalizzato al drastico contenimento della pericolosità e spesso mascherato da una pretesa risocializzativa che difficilmente poteva essere messa in atto.

Infatti, nell'originaria formulazione dell'art. 204, si distinguevano due categorie di presunzioni, in cui la prima faceva riferimento a soggetti caratterizzati da particolari situazioni patologiche o da immaturità, mentre nella seconda le condizioni psicologiche o le qualità morali

³¹ Per approfondimento si veda il Capitolo III, Sez. I, p. 113 ss..

erano desunte dai precedenti penali o dalla gravità dei reati commessi.

La sopravvivenza di tali presunzioni venne però messa in crisi dall'avvento della Costituzione, anche se in realtà ad essere messo in dubbio fu l'intero assetto sanzionatorio posto in essere dal legislatore fascista. Non poteva non essere notata la netta presa di distanza della neonata Repubblica rispetto all'antico regime dittatoriale.

La primissima verifica di compatibilità riguarda quindi le misure di sicurezza, le quali vengono menzionate dalla Costituzione all'art. 25, terzo comma. L'intento dei Padri costituenti non fu quello di *costituzionalizzare* il doppio binario, bensì di sottoporre entrambe le sanzioni al principio di legalità, senza attribuire carattere *vincolante* a tale distinzione e non obbligando il legislatore ordinario a prevedere nell'apparato sanzionatorio la presenza delle fattispecie di sicurezza come sanzione aggiuntiva e diversa dalla pena.³²

Il legislatore quindi può ritenersi libero, di scegliere l'assetto dei rapporti tra i due strumenti sanzionatori.

Sulle due sanzioni ha profondamente inciso anche, l'art. 27, terzo comma, stabilendo che le pene debbano tendere sempre alla *risocializzazione del condannato*. La differenza ontologica tra pene e misure di sicurezza, che era stata fondamentale per la loro nascita,

³² F. Zavatarelli in *Codice penale commentato*, (a cura di) E. Dolcini- G. Marinucci, p. 2176, III Edizione, Ipsa.

comincia lentamente a dissolversi, aprendo la strada alla commistione delle due sanzioni e alla definitiva crisi del doppio binario.³³

La dottrina più attenta non mancò di rilevare che, a porsi in contrasto coi diversi principi, fossero proprio le fattispecie presuntive di pericolosità. Difatti si profilava un'irragionevole equiparazione di situazioni diverse, creando un *vulnus* con l'art. 3 Cost. e altresì con l'art. 25, 2° e 3° comma, poiché, essendo le presunzioni ancorate alla gravità del reato più che all'effettiva pericolosità del reo, si finiva per svilire il principio di distinzione tra pene e misure di sicurezza. La disciplina si dimostrò controversa anche in relazione all'art. 27, primo comma, in quanto la presunzione non permetteva un riscontro effettivo della condizione personale di pericolosità e non sempre l'etichetta legale era corrispondente alle caratteristiche personologiche del reo.³⁴

La Corte costituzionale assunse in un primo momento un atteggiamento conservatore, ritenendo che il ricorso alle «tecniche normative di tipizzazione di "fattispecie di pericolosità" cui collegare l'applicazione di determinate misure»³⁵ poteva atteggiarsi in modo conforme ai principi costituzionali quando le presunzioni fossero

³³ La traduzione in concreto della commistione tra le due sanzioni si è concretizzata nei confronti dei soggetti imputabili nella c.d. "*truffa delle etichette*". La misura di sicurezza finisce per essere un'ulteriore pena a tempo indeterminato e un *surplus* di punizione nei confronti del destinatario.

³⁴ M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, p. 34.

³⁵ G. Panebianco, *Il sistema penale minorile*, p. 174; Così la Corte Costituzionale definisce le presunzioni di pericolosità nella sentenza 27 luglio 1982, n. 139.

fondate su «valutazioni obiettive e uniformi, desunte dalla comune esperienza».³⁶ Nelle ipotesi residuali l'accertamento si sarebbe dovuto affidare al giudice.

Censure di costituzionalità erano state sollevate in merito all'art. 204, 2° comma, nei confronti dell'art. 13 Cost., in quanto la presunzione di pericolosità avrebbe precluso al giudice l'accertamento delle condizioni che legittimano la limitazione della libertà personale. Tale contrasto non venne ravvisato dai Giudici costituzionali, che ritennero soddisfatte le condizioni imposte dalla riserva di giurisdizione, in quanto il codice faceva riferimento a situazioni soggettive tali, secondo *l'id quod plerumque accidit* a far ritenere probabile un futuro comportamento criminoso.

Furono sollevati dubbi anche in relazione all'art. 24, 2° comma, 27, 3° comma e 32 Cost e, ligia al suo atteggiamento marcatamente cauto, la Corte ritenne non fondata la questione, avendo in particolare precisato che il diritto di difesa non sarebbe stato inficiato dalla verifica giurisdizionale delle condizioni poste dalla legge a fondamento dell'irrogazione delle misure di sicurezza, condizioni riferite alla situazione «materiale» e non alle modalità con le quali la misura viene disposta.³⁷

³⁶ Corte Costituzionale 15 giugno 1972, n. 106, in *Giur.cost.*, 1966, p. 198.

³⁷ G. De Francesco, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale (a cura di) F. Bricola e V. Zagrebelsky*, p. 1477; vol. III, Utet, Torino 1984; Sulle questioni di costituzionalità ritenute non fondate dalla Corte, la dottrina si era espressa in modi

L'occasione per il cambio di rotta giunse nel 1971 dal sistema penale minorile, dall'art. 224, comma 2 c.p. che imponeva il ricovero in riformatorio giudiziario per almeno tre anni degli infraquattordicenni responsabili dei delitti di una certa gravità. Il giudice *a quo* aveva sollevato eccezione di costituzionalità per la violazione degli articoli 27, 30 e 31 Cost. La Consulta utilizzò per la decisione il parametro della ragionevolezza ravvisandone una violazione.

Per i giudici *l'id quod plerumque accidit* ritenuto idoneo a fondare le presunzioni di pericolosità non era ravvisabile nei confronti dei minori infraquattordicenni, rispetto ai quali la pericolosità rappresenterebbe l'eccezione e non la regola. Il minore, in quanto soggetto con una personalità in formazione, presenta una diversità d'atteggiamento rispetto alla condotta criminosa, che rende ingiustificata la parità di trattamento disposta dalla norma. La Corte si era soffermata sul rilievo che il coefficiente di partecipazione psichica ad una condotta criminosa e il grado di pericolosità sociale possono essere

discordanti. Secondo *Caraccioli* non era effettivamente ravvisabile un contrasto né con l'art. 13, 2° comma, Cost. né con l'art. 25, 3° comma, Cost., dal momento che entrambe le norme, demandando al legislatore il compito di indicare i presupposti per l'applicazione delle misure restrittive della libertà personale. Al contrario *Pace* riteneva che l'incostituzionalità della pericolosità presunta dipendesse non dall'art. 13, 2° comma, Cost. bensì dal 25, 2° comma, Cost., in quanto la preclusione dell'accertamento in concreto della pericolosità avrebbe condotto ad un'equiparazione tra misure di sicurezza e pene in modo tale da eludere il divieto di retroattività sancito per le pene dal suddetto articolo. D'altro canto *Vassalli* aveva ritenuto invece compatibili le misure anche alla luce del principio di irretroattività, perché nonostante i casi di pericolosità presunta apparissero come «istituti aberranti che rasentano la pena nella sua formulazione più automatica e più assurda» erano basate sulla pericolosità sociale anche se solamente presupposta.

evidentemente diseguali a seconda che l'autore sia un minore prossimo alla soglia del quattordicesimo anno d'età piuttosto che un bambino di età inferiore o addirittura in tenera età. Quindi «la pericolosità rappresenta l'eccezione, per cui l'obbligatorietà ed automaticità del ricovero in riformatorio giudiziario non ha giustificazione alcuna».³⁸

Fu questo l'intervento che inaugurò una nuova stagione per successive pronunce della Corte, che tuttavia ebbero un impatto meno drastico sulle presunzioni di pericolosità.

Con la sentenza n. 139 del 27 luglio 1982 si era dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 222, comma 1°, 204 c.p. e 205, comma 2°, n.2 c.p. nella parte in cui, ancorando la pericolosità sociale del soggetto al solo accertamento dello stato di infermità psichica al momento del fatto, «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 dall'infermità medesima al tempo dell'applicazione della misura». La Corte non va ad intaccare la presunzione di pericolosità sociale dell'infermo di mente, che resta valida e fondata, bensì interviene su

³⁸Corte Cost. sent. 1/1971 in *Giur. Cost.*, 1971, 3 con nota di Vassalli, *La pericolosità presunta del minore non imputabile*; M. Mantovani, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale (a cura di) F. Bricola e V. Zagrebelsky*, p. 613-614, Volume III, Utet Torino 1995.

quella di *persistenza* da valutarsi al momento dell'applicazione della misura di sicurezza. Ecco perché l'intervento apporta una variazione minima, un'abolizione «passata per la cruna dell'ago».³⁹

La medesima situazione si ripropone l'anno successivo con la sentenza n. 249 del 15 luglio 1983, con cui sono stati dichiarati illegittimi gli artt. 219, comma 1°, 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 della persistente pericolosità sociale derivante dall'infermità medesima, a tempo dell' applicazione della misura di sicurezza»; e 220, comma 2°, c.p., nella parte in cui «disponeva l' automatico ed obbligatorio ricovero in una casa e custodia per il seminfermo di mente condannato per un delitto, per il quale è stabilita la pena dell'ergastolo, ovvero della reclusione non inferiore nel minimo a dieci anni». In entrambi i casi ad essere censurata era l'assenza dell'obbligo per il giudice di accertare la persistente pericolosità sociale del condannato.

L'elemento di congiunzione e di continuità rispetto alla pronuncia del 1971 sta nel fatto che in entrambi i casi, alla base delle censure espresse dalla Corte Costituzionale era stato posto il contrasto con il

³⁹ G. Vassalli, *L'abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1982, p.218.

principio di uguaglianza. Quest'ultimo era ravvisabile per un difetto di ragionevolezza che si realizzava nella sottoposizione ad un medesimo trattamento di casi diversi, dovuti alla mancata *attualizzazione* del giudizio di pericolosità sociale connessa all'effettiva persistenza dell'infermità psichica.⁴⁰

Il legislatore tarderà ad intervenire, sebbene un primo slancio garantista si ebbe nel 1975 quando venne varata la legge penitenziaria. L'intento fu di plasmare la fase esecutiva all'ideologia trattamentale e riuscire a concretizzare l'agognata *rieducazione* del condannato secondo il dettato costituzionale. A causa dei turbolenti attacchi terroristici la carica innovativa della legge subì un freno. Sarebbe stato difficile intervenire nell'ottica del trattamento in una fase storica in cui molti dei reati portavano il marchio del fenomeno *rosso e nero* che in tutti i modi si cercava di contrastare.

Uno sguardo complessivo alla riforma mostra un immediato limite: la scelta politica di intervenire solo sulla fase esecutiva, senza avere il coraggio di apportare modifiche ai due codici di matrice fascista.

⁴⁰ M. Mantovani, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale (a cura di) F. Bricola e V. Zagrebelsky*, "cit" p. 615-616; La mancata attualizzazione del giudizio sulla pericolosità sociale, connessa all'effettiva persistenza dell'infermità psichica dell'imputato prosciolto, nel caso considerato nella sentenza del 1982, ed a quello condannato, nella pronuncia del 1983, collegato all'inesistenza di un obbligo di provvedervi a carico del giudice, si sarebbe tradotto nella sottoposizione al medesimo trattamento sia del soggetto ancora infermo di mente e perciò pericoloso, quanto del soggetto che non più affetto da infermità ergo non socialmente pericoloso.

Vero fu, che per la prima volta, si mise mano alla fase della dinamica punitiva adeguandola ai precetti Costituzionali, mentre la pena nel codice Rocco rimaneva imperniata alla logia retributiva e di prevenzione generale. Si concretizzò così l'idea della *polifunzionalità* della pena, da adattarsi a seconda della personalità del reo e della natura dell'illecito. La riforma si fece interprete, pur nel suo lunghissimo iter formativo, della dinamica evolutiva del concetto di trattamento e introdusse una disciplina unitaria, volta ad individuare e delineare la "condizione penitenziaria" dei soggetti inseriti negli istituti di prevenzione e pena.

Il cammino verso l'attenuazione del rigoroso sistema preventivo *post delictum* continuò col venir meno della logica repressiva dei termini minimi di durata ed il passaggio del potere di revoca dal Ministro di Grazia e Giustizia, alla "naturale" competenza del giudice.

Dopo un periodo di stasi, sulla scorta delle osservazioni dottrinali e delle indicazioni giurisprudenziali, nel 1986 il legislatore intervenne con la l. 663, la "miniriforma penitenziaria", con la quale furono espulse dall'ordinamento le presunzioni di pericolosità.

Con la legge Gozzini venne abrogato l'art. 204 c.p. e sostituito con la seguente disposizione: «Tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che chi ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa».

Il legislatore della Gozzini con più audacia rispetto alla legge del '75 intervenne sia sulla fase esecutiva, per un rinnovamento del trattamento risocializzante, che sul codice penale.

Questo nuovo impulso riformista non trovò destino migliore rispetto al decennio precedente poiché fu ostacolato dall'imperversare dello stragismo mafioso che costrinse l'ordinamento penitenziario e penale a nuove esigenze di sicurezza⁴¹. La risocializzazione venne accantonata per i soggetti che necessitavano di una maggiore severità nella risposta sanzionatoria, lì dove era necessario neutralizzare i contatti con l'esterno al fine di allontanare il reo dall'associazione di riferimento, piuttosto che tentare una rieducazione rivelatosi il più delle volte fallimentare.

7. L'interpretazione dell'art. 31 della legge 663/1986.

L'intervento con il quale il legislatore ha bandito le presunzioni di pericolosità, sebbene accolto favorevolmente, non ha mancato di suscitare delicati problemi interpretativi in merito alla sua portata.

La tesi⁴² che assegna valore preminente al dato letterale espresso dal legislatore, fa leva sulla puntualizzazione del momento in cui la pericolosità deve essere accertata, quello in cui le misure vengono

⁴¹ In merito un'analisi approfondita viene svolta da C. De Vito, *Camosci e girachiavi*, Storia del carcere in Italia, Laterza Editori, 2009.

⁴² Manacorda, *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza: due momenti distinti per l'accertamento della pericolosità sociale*, in *Foro it.*, 1987, p. 329 s.

«ordinate» nel giudizio di cognizione. Il verbo “ordinare” coincide con quello utilizzato nell’art. 205 c.p. per designare l’attività con la quale il giudice dispone le misure di sicurezza. Da ciò deriverebbe che l’accertamento incombe sul giudice della cognizione che ha il dovere di accertare l’*esistenza* e non la persistenza della pericolosità che spetta invece al magistrato di sorveglianza ai sensi dell’art. 21 della legge 663/1986⁴³

Malgrado il testo sembri circoscrivere il proprio effetto al solo momento nel quale le misure vengano *ordinate* dal giudice della cognizione, parte della dottrina⁴⁴ ha ritenuto che il dettato normativo vada ben oltre quello letterale. La norma avrebbe inciso non solo sulle presunzioni di esistenza della pericolosità ma anche su quelle relativa alla *persistenza*, nel momento in cui la misura dovrà essere eseguita.

Le ipotesi presuntive nella loro dimensione sostanziale non sarebbero però rimosse *in toto*, bensì degradate a mere ipotesi indizianti del sintomo.⁴⁵ Risulterebbero così idonee ad indicare al giudice i casi in cui è più probabile il rischio di recidiva, senza però sottrargli la verifica e la discrezionalità in ordine all’*effettiva* pericolosità del reo.

⁴³ Il magistrato di sorveglianza è investito del potere di procedere al *riesame* della pericolosità sociale in ogni momento, sia durante il corso dell’esecuzione della misura di sicurezza, sia nel caso in cui constati che la pericolosità sociale è venuta meno. Nel primo caso dispone la revoca anticipata della misura, nel secondo ad una *previa revoca* prima che questa abbia avuto esecuzione.

⁴⁴ In questa direzione Canepa-Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, 1987, p. 285; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte generale*, 3° ed., Giuffrè, 1987, p. 665.

⁴⁵ A. Calabria, *Sul problema dell’accertamento della pericolosità sociale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990.

Altri Autori⁴⁶ muovendo dall'abrogazione del solo art. 204 c.p. e non di tutte le fattispecie contenenti presunzioni di pericolosità e dall'assenza di strumenti atti a consentire al giudice di cognizione un giudizio prognostico realmente attendibile, in relazione al perdurante stato di pericolosità dell'imputato⁴⁷, propendono per una lettura dell'art. 31 in chiave più restrittiva, con la quale sarebbero state rimosse solo le presunzioni di persistenza della pericolosità.

A conferma di questa tesi vi sarebbe una valutazione di ordine sistematico che vede l'art. 31 inserito in una legge di riforma dell'ordinamento penitenziario, per cui esplicherebbe i suoi effetti solo nella fase dell'esecuzione delle misure, in cui è necessario procedere alla verifica della *persistenza* della pericolosità, già acclarata in fase di cognizione (eventualmente anche tramite presunzioni).⁴⁸

La Corte costituzionale chiamata a pronunciarsi in tema di pericolosità si è assestata sull'orientamento in base al quale, la disposizione in questione debba trovare applicazione nel momento in cui deve essere disposta la misura di sicurezza, per cui avrebbe espulso dall'ordinamento le presunzioni di esistenza e non anche quelle di

⁴⁶ In questa direzione Bricola, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Indice Pen.*, 1989, p. 325; F. Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, 2° ed., Cedam, 1988.

⁴⁷ Ci si riferisce al divieto di perizia criminologica fissato in armonia con il disposto dell'art. 220, 2° comma, c.p.p., che contempla limitate aperture in relazione alla fase esecutiva delle pene e delle misure di sicurezza.

⁴⁸ M. Mantovani, *Diritto penale parte generale*, p. 674, 2° ed., Cedam, 1988.

persistenza. Lo deduciamo dalla motivazione della sentenza 13 dicembre 1988, n. 1102⁴⁹, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 219, comma 3, c.p. «nella parte in cui, per i casi ivi previsti, subordina al previo accertamento della pericolosità sociale, derivante dalla seminfermità di mente, soltanto nel momento in cui la misura di sicurezza viene disposta, e non anche nel momento della sua esecuzione».⁵⁰

In effetti, è più corretto localizzare il tema della rimozione delle presunzioni di *persistenza* della pericolosità sociale intorno al disposto dell'art. 679 c.p.p.

Quest'ultimo prende in considerazione l'esecuzione di tutte le misure di sicurezza (ad eccezione della confisca) stabilendo che, l'organo di competenza in ordine all'esecuzione, ossia il magistrato di sorveglianza, deve accertare, prima di procedere alla medesima «su richiesta del pubblico ministero o d'ufficio [...] se l'interessato è persona socialmente pericolosa»; perciò solamente dopo tale verifica il magistrato di sorveglianza potrà adottare i provvedimenti necessari e conseguenti per l'applicazione della misura di sicurezza. A tal fine, in base all'art. 658 c.p.p., quando deve essere eseguita una misura di sicurezza diversa dalla confisca, il pubblico ministero presso il giudice che l'ha disposta, trasmette gli atti al pubblico ministero presso il

⁴⁹ Sentenza n. 1102 13 dicembre 1988, in *Giur. Cost.*, 1988, p. 5347.

⁵⁰ Per la ricostruzione dei passaggi che hanno condotto a tale decisione si veda M. Mantovani, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale* cit., p. 620 ss.

magistrato di sorveglianza competente per i provvedimenti previsti dall'art. 679. Risulta quindi una inequivocabile scansione dei tempi e delle competenze sul versante dell'accertamento della pericolosità sociale del soggetto che deve essere sottoposto alla misura di sicurezza.

Il magistrato di sorveglianza potrà avvalersi di un apparato di strumenti di conoscenza atto a garantire un esame più approfondito della personalità del soggetto, essendo autorizzato ai sensi dell'art. 220, 2° comma, c.p.p. a disporre perizie miranti all'accertamento delle qualità psichiche indipendenti da cause patologiche, che sono invece vietate al giudice di merito.

Nonostante il combinato disposto di questi articoli ci mostri come vi sia un riparto di competenze tra il giudice della cognizione ed il magistrato di sorveglianza in merito all'accertamento della pericolosità, la Cassazione⁵¹ ha statuito che, nel concorso di determinate circostanze, l'esame della pericolosità sociale del soggetto da sottoporre a misura di sicurezza prima dell'esecuzione di quest'ultima, devoluto dalla legge al magistrato di sorveglianza, può essere considerato come «non necessario o, addirittura superfluo». Versandosi in un' ipotesi di proscioglimento dell'imputato in ragione del suo stato di infermità mentale, si è precisato che il giudizio di

⁵¹ Sez I, 26 settembre 1990; F. Mantovani, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, cit., p. 623.

pericolosità sull'internamento del soggetto in ospedale psichiatrico giudiziario sarebbe inderogabilmente necessario nei solo casi in cui «avvenga a distanza di tempo dalla sentenza di proscioglimento, che ha accertato la totale infermità di mente»; non vi sarebbe la medesima necessità se l'esecuzione dovesse avvenire «a distanza di poche ore dall'accertamento della pericolosità da parte del giudice di merito».

La soluzione della Cassazione da un punto di vista meramente razionale appare sicuramente plausibile. Infatti, nel caso di proscioglimento per vizio totale di mente, la pericolosità sociale del soggetto è strettamente connessa alla patologia psichica accertata. In questo caso il potere di accertamento del giudice di merito è della stessa ampiezza di quello di cui gode il magistrato di sorveglianza (*ex art. 220, comma 2°, c.p.p.*). Quindi, una volta che questo con tutti i mezzi a sua disposizione abbia accertato la pericolosità sociale, disponendo il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, appare inverosimile che il magistrato di sorveglianza possa giungere a diverse conclusioni.

Nonostante ciò, la decisione è stata esposta a numerose critiche da parte di quanti vi hanno ravvisato un evidente contrasto con le scelte legislative in merito alla delimitazione delle competenze tra i due giudici operate dal codice di rito.

8. Il quadro dopo la caduta delle presunzioni di pericolosità.

Se la politica criminale che aveva visto nascere le misure di sicurezza era improntata alla difesa sociale e alla neutralizzazione dell'autore pericoloso, dagli anni Ottanta del secolo scorso nasce una nuova direttrice che tende a dare concreta attuazione alla "rieducazione" del condannato. Una politica penale incentrata sul trattamento, sulla differenziazione dei percorsi penitenziari e sulle misure alternative alla carcerazione.

Questa flessibilizzazione della risposta sanzionatoria, se, da un lato, ha aperto il sistema alla rieducazione, dall'altro, ha costituito le basi per quella sorta di "delega in bianco alla magistratura"⁵² che ha costituito un punto di svolta ma anche l'inizio della crisi del sistema sanzionatorio penale. La pena fissata dal giudice ed eseguita concretamente si è allontanata sempre più dalla previsione astratta fissata dal legislatore.

Con la legge Gozzini il legislatore si è limitato a sostituire la pericolosità presunta con quella ritenuta dal giudice senza armonizzare il resto della disciplina. Il doppio binario aveva adempiuto il suo compito fino alla sopravvivenza del pilastro su cui si

⁵² M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, cit., p. 35.

sorreggeva, ma, venute meno le presunzioni, l'intero impianto ha cominciato a scricchiolare.

La mancanza di una disciplina organica si è ripercossa sulle decisioni giudiziali. Da una parte, il giudice non si trova più ad avere il solido aggancio alle tipizzazioni legali, dall'altro, vi è il *deficit* di scientificità dei dati eccessivamente generici forniti dall'art. 133 c.p.⁵³. Non di meno, il divieto di perizia criminologica nella fase di cognizione circoscrive la base conoscitiva per poter esprimere una prognosi criminale. Nell'effettuare questo giudizio, il magistrato deve tener conto degli stessi indici che presiedono alla commisurazione della pena. Ma un giudizio di pericolosità che miri ad essere attendibile, per non violare i precetti costituzionali, non può prescindere dall'esistenza di un nesso tra il reato e la possibile futura condotta criminosa del reo.

Complice della cattiva tenuta del sistema è anche l'assenza, nella definizione codicistica di pericolosità, di indici di correlazione tra il fatto di reato perpetrato dal reo e il reato oggetto della prognosi di recidiva.

Una selezione delle tipologie di reato viene effettuata di volta in volta per le singole misure di sicurezza, ma non può essere considerata

⁵³ G. Marinucci- E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano 2006, p.74; In ragione dell'ascientificità del giudizio di pericolosità denunciata dalle scienze criminologiche, avanza dubbi sulla compatibilità della disciplina vigente in materia di pericolosità con l'art. 25, comma 3, Cost., sotto il profilo del principio di determinatezza.

idonea per esprimere una valutazione sulla possibilità che l'autore del reato torni a delinquere, anche perché non viene effettuata durante l'accertamento della pericolosità ma solo in un secondo momento, nello scegliere la misura da irrogare.

La scelta più saggia sarebbe stata quella di valorizzare il tipo di misura in base all'illecito commesso. Infatti, il riferimento all'astratta gravità del reato fa sì che le fattispecie di sicurezza assumano più le vesti di una risposta sanzionatoria proporzionata all'allarme sociale destato dal crimine, piuttosto che un'opera di trattamento.

Sulla prospettiva di valorizzazione del reato commesso si sono mosse alcune proposte legislative. I vari progetti di riforma al codice penale, succedutesi negli anni novanta, dalle commissioni Pagliaro, Grosso, Nordio, Pisapia, presentavano presupposti comuni. Innanzitutto quello di restringere il campo operativo delle misure di profilassi, considerate (soprattutto nella prassi) un "ramo secco" dell'ordinamento. Dal punto di vista applicativo, vi sono state proposte per sostituire il generico richiamo all'art. 133 c.p. con l'individuazione più puntuale di elementi sintomatici della pericolosità, e designavano come unico destinatario delle misure di sicurezza e riabilitazione *l'autore non imputabile*, con garanzie maggiori rispetto a quelle attuali, mentre nei confronti dei semi-

imputabili si ipotizzava la strada di percorsi penitenziari *ad hoc* in modo da conciliare esigenze di cura e sicurezza.

Il progetto Pagliaro limita la dichiarazione di pericolosità sociale ai soggetti totalmente non imputabili, autori di più reati o di un unico reato di particolare gravità, sempre che questi fossero «manifestazione della causa di non imputabilità»; Anche il progetto Grosso limita le *misure di sicurezza e di riabilitazione* ai soggetti prosciolti per non imputabilità, richiedendo come presupposto per l'applicazione la commissione di un delitto doloso o colposo contro la persona o contro il patrimonio, per il quale è prevista la pena della reclusione.

Anche in dottrina si abbraccia l'idea che in uno Stato laico la sanzione penale debba avere fini di esclusivi di prevenzione generale e speciale. Scompare definitivamente l'idea che le misure di sicurezza non presentino carattere afflittivo, una mera mistificazione che trova ampia dimostrazione nella prassi applicativa. Per i soggetti imputabili, la misura detentiva della colonia agricola o della casa lavoro viene eseguita presso strutture penitenziarie per cui non vi è concretamente nessuna differenza rispetto all'esecuzione della pena. Per gli autori non imputabili invece la casa di cura e l'ospedale psichiatrico giudiziario versano in condizioni tali da non garantire le più elementari garanzie a salvaguardia della dignità personale degli

internati, ambienti alienanti dove rispetto alla cura e alla riabilitazione si privilegia la neutralizzazione mediante trattamenti farmacologici.⁵⁴

⁵⁴ M. Pelissero, *Il doppio binario nel sistema italiano*, www.law.unc.edu; Come emerso dall'indagine condotta dalla Commissione presieduta dal Senatore Marino sugli o.p.g.

Capitolo II

Misure di sicurezza come completamento della pena: tra crisi e riscoperta.

1. Il fallimento delle misure di sicurezza per i soggetti imputabili.

Le perplessità evidenziate sulle misure di sicurezza si presentano in modo ancora più accentuato quando queste ultime si applicano congiuntamente nei confronti di un medesimo soggetto, ossia quando il doppio binario assume i caratteri di *sistema dualistico estremo* nel quale le due sanzioni presentano fondamenti distinti e diverse regolamentazioni.

E' preoccupante che uno stesso individuo si trovi a dover scontare due sanzioni, dove nella pratica una non si discosta dall'altra, sulla base di un giudizio opinabile poiché non fondato su dati scientifici.

Interrogarsi sul destino della doppia sanzione nei confronti degli imputabili e dei semi imputabili significa trovare delle risposte ad un prodromico interrogativo: esiste ancora una differenza tra le pene e le misure di sicurezza? E se sia più corretto optare per il definitivo *abbandono* di quello che a più voci è stato definito "ramo secco" dell'ordinamento oppure se possa esservi un futuro per le misure di sicurezza.

Già *prima facie* si può intuire che la distinzione di funzioni, proclamata anche nella *rubrica legis* non è più così netta e gli scopi delle due sanzioni si sono sempre più ravvicinati, subendo un vero e proprio processo *osmotico*. La pena ha assunto nel tempo le “naturali” funzioni di prevenzione speciale delle misure di sicurezza, in particolar modo da quando il principio di colpevolezza è stato posto come suo limite⁵⁵

D'altra parte, solo considerando le due sanzioni come ontologicamente diverse, potremo giustificare il fatto che uno stesso individuo le patisca entrambe.⁵⁶ Altrimenti ci troveremo nella sconcertante ipotesi di considerare psicologicamente scisso tale individuo: pericoloso e quindi “controllabile” tramite misura di sicurezza ma anche in grado di essere “motivato” dalla deterrenza della pena. Supposizione poco realistica quanto considerare diversa in termini di afflittività, l'incidenza sui diritti umani. La privazione della libertà personale e di altri specifici diritti, a titolo sanzionatorio

⁵⁵ T. Padovani, *Diritto penale*, cit., p.175 ss; La funzione del principio di colpevolezza appare allora quella di limite delle esigenze punitive espresse dalla prevenzione generale o speciale, [...] punire oltre il limite della colpevolezza per dissuadere i consociati o neutralizzare il reo, o per imporgli una più adeguata risocializzazione, significherebbe trasformarlo nel contingente strumento di una politica criminale preventiva potenzialmente senza confini, perché le esigenze della prevenzione possono non esaurirsi mai; G. Fiandaca- E. Musco, *Diritto penale parte generale*, cit., p. 189 ss.; G. De Francesco, *Diritto penale. I fondamenti*, Seconda Edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2011.,p. 337 ss.

⁵⁶ M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, cit., p. 325; In Germania l'applicazione della *Sicherungsverwahrung* è stata molto limitata, a riprova del fatto che nei confronti del rischio di recidiva , la misura di sicurezza non viene più considerata come principale strumento di contrasto.; E. Dolcini, “*La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*”, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2007, p. 515.

diverso, altro non è che una *pena* aggiuntiva, spesso anzi è la misura di sicurezza ad essere maggiormente sofferta. Inoltre, si deve considerare che sul piano dell'esecuzione la distinzione è più che artificiosa, in quanto si pongono sovente in un rapporto di ininterrotta continuità. Pensiamo ad esempio alla casa agricola e casa lavoro.

La misura di sicurezza della colonia agricola e casa lavoro, rappresenta la principale tra le misure di sicurezza detentive ad essere applicata nei confronti dei delinquenti imputabili e pericolosi. Essa è fondata sulla centralità dell'attività lavorativa, quale modalità privilegiata del recupero del reo.

Ai sensi del primo comma dell'art. 216 c.p., i destinatari della misura dovrebbero essere destinati a sezioni speciali. Una differenziazione che avrebbe permesso, se mai fosse stata attuata, una *specializzazione del trattamento* ai fini rieducativi. Ad oggi tali sezioni speciali non sono state ancora realizzate cosicché per il destinatario muta solo il titolo in base al quale viene trattenuto in carcere. In realtà, a non essere stata realizzata è anche la differenza tra le due modalità d'esecuzione della misura, infatti la dizione "colonia agricola o casa lavoro" avrebbe dovuto indicare i due diversi *modus operandi*, secondo la discrezionalità del giudice in base alle condizioni e alle attitudini del destinatario. La scelta sarebbe dovuta dipendere dall'attività lavorativa prescelta, ma, mancando proprio lo strumento

rieducativo del lavoro, la distinzione non solo finisce per essere svilita ma del tutto ignorata. La Consulta, nonostante sia stata più volte interpellata, si è dimostrata piuttosto restia nel constatare un'illegittimità.⁵⁷

Proprio per questa ragione la colonia agricola è divenuta l'emblema della c.d. «frode delle etichette», dato che ad uno stesso soggetto viene applicata una misura di sicurezza che sostanzialmente è una pena eseguita in carcere.

Qual è la differenza tra la misura di sicurezza e la pena carceraria? Da un punto di vista pratico nessuna; Si tratta di un *surplus* di pena con l'illogico scopo di risocializzare il condannato che ha già subito la privazione della libertà personale, tramite un'ulteriore estromissione dal contesto sociale, basata però sul lavoro.

2. Sanzione unica e sanzione vicariale.

Il fatto che pene e misure di sicurezza operino come “vasi comunicanti” dimostra un chiaro deficit del sistema. Partendo dal presupposto che le funzioni svolte in precedenza dalle misure di sicurezza sono oggi svolte dalla pena, non sembra esservi più spazio sul piano applicativo per queste sanzioni se non nei confronti dei non

⁵⁷ Per un approfondimento in merito alle pronunce della Corte Costituzionale si veda G. De Francesco, *Giurisprudenza Sistemica*, cit. p. 1514 ss.

imputabili, verso cui il sistema non possiede nessun altro strumento di difesa.

Le obiezioni in cui incorre il sistema a doppio binario nei confronti dei soggetti imputabili indicano come ancora valida la denunciata “truffa delle etichette” espressa da Kohlraush nel 1924. Una misura in funzione di completamento della pena contrasta con il principio di colpevolezza, in quanto, la compressione dei diritti individuali va aldilà dei limiti segnati dal principio di colpevolezza e stride con la funzione rieducativa della pena ex art. 27 Cost.

Già dopo poco tempo dall’entrata in vigore del codice Rocco la dottrina cercò di proporre dei correttivi all’applicazione congiunta di pene e misure di sicurezza. Antolisei⁵⁸ ebbe il merito di aver messo in luce quelle che sostanzialmente erano le analogie tra le due misure e che conducevano ad una duplicazione delle sanzioni. Venne così proposta una sanzione unica, con un minimo di durata proporzionato agli scopi retributivi della pena e con un massimo indeterminato in ragione della pericolosità del destinatario.⁵⁹ Lo scopo era quello di riunire in una pena unitaria sia le esigenze retributive che quelle di

⁵⁸ Manna, *Imputabilità e nuovi modelli di sanzione*, cit., p. 82; Tale prospettiva trovò tra i più accentuati oppositori Bettiol.;

⁵⁹ G. Ponti- I. Merzagora Betsos, *Compendio di criminologia*, cit., p. 455; Se la pena non è più commisurata al reato commesso in passato, bensì alla futura risocializzazione, ne consegue che non può essere predefinita dal codice o al momento della condanna, ma dovrà durare tanto quanto è necessario per conseguire la rieducazione sociale. Quando questa sarà ottenuta, la pena verrà a cessare, oppure, all’opposto la pena- trattamento (pena utile) si prolungherà fino a quando l’obiettivo sarà non sarà raggiunto.

neutralizzazione e rieducazione. La proposta ebbe molti sostenitori e altrettanti oppositori ⁶⁰, ma si rivelò fallace. La sanzione ipotizzata manteneva inalterato quello che si era rivelato il *punctum dolens* delle misure di sicurezza, ossia il contrasto con il principio di stretta legalità a causa dell'indeterminatezza del termine finale, inconcepibile data l'importanza del bene tutelato.

La "pena unica" non convinse allora e non convince adesso, perché se il punto di partenza deve essere l'abbandono della sola prospettiva retribuzionistica della pena, in ossequio all'art 27 Cost. verso la risocializzazione e la specialprevenzione, il punto d'arrivo non può essere l'unificazione delle due in un'unica sanzione che mantenga, per giunta, i difetti tipici delle misure di sicurezza. La soluzione opportuna sembrerebbe quella di ritagliare a quest'ultime uno spazio autonomo, in modo da evitare "doppioni" inutili e vessatori. ⁶¹

Escludendo la possibilità di costruire un sistema sanzionatorio basato solo sulle misure di sicurezza, che costituirebbe non solo un sicuro arretramento sul piano delle garanzie individuali e risulterebbe inefficace dal punto di vista del controllo, la dottrina più recente

⁶⁰ Manna, *Imputabilità e nuovi modelli di sanzione*, cit., p. 82. Il principale sostenitore di questa prospettiva fu l'Antolisei, *Pene e misure di sicurezza*, in *Riv.it.dir.pen.*, 1933, 129 ss.; Tale proposta trovò anche altrettanti oppositori, in particolare Bettiol.

⁶¹ M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, cit., p. 352; La sanzione unica, se semplifica la disciplina del doppio binario, lascia intatto il profilo delle garanzie individuali, in quanto la sanzione ha comunque una durata non predeterminata, ma rapportata alla pericolosità sociale. La logica repressiva che aveva portato ad accogliere il doppio binario nel codice Rocco, permane anche nella proposta di unificazione delle sanzioni e non si concilia con l'art. 25 Cost.

sostiene che l'unico modo per assicurare una sopravvivenza alle misure di sicurezza sia quella di trasformarle in misure "alternative" alla pena e solo la categoria dei soggetti non imputabili. Una tesi già proposta in passato da Von Liszt ⁶².

Una diversa soluzione prospettata in Germania si basa sul superamento, sul piano esecutivo, della distinzione di scopi tra pene e misure di sicurezza.

La sanzione si unifica secondo un rapporto di *vicarietà*, con il quale si anticipa l'esecuzione della misura di sicurezza e dalla cui durata si scomputa successivamente quello della pena.

Si tratta di una soluzione che tenta una composizione tra il mantenimento del doppio binario con le garanzie individuali, evitando gli effetti di una doppia punizione, ed ha il merito di conciliare le opposte impostazioni della scuola classica e dell'indirizzo criminologico sulla pena di scopo.

Il sistema vicariale ottiene grandi vantaggi quando è *flessibile* come nell'esempio dell'ordinamento spagnolo, nel quale si esegue prima la misura di sicurezza e da questa poi si scomputa integralmente la pena, mentre è più ridimensionato nel sistema tedesco, dove la vicarietà viene in un certo senso rimessa alla discrezionalità del

⁶² V. Liszt, *Der Zweckgedanke in Strafrecht*, 1882, tr. It., *La teoria dello scopo del diritto penale*.

giudice. Il rapporto tra pene e misure di sicurezza potrebbe essere integrale o essere addirittura escluso.

Il sistema porta ad una totale assimilazione delle due sanzioni, non solo in fase esecutiva ma anche negli scopi perseguiti, in una prospettiva che è sicuramente razionalizzata ma che può condurre ad effetti negativi sul processo rieducativo del soggetto, nel caso in cui dopo l'esecuzione della misura debba essere eseguita la pena.⁶³

Il sistema vicariale, nonostante tutte le critiche rappresenta certamente l'unica soluzione di compatibilità con i diritti umani, qualora si voglia mantenere in vita il doppio binario. D'altronde la sua abolizione non determina necessariamente una riduzione dell'efficacia del sistema sanzionatorio, considerando che l'applicazione delle misure di sicurezza si è rivelata nella prassi recessiva. La prima considerazione da fare riguarda il tipo di società in cui si va ad operare e nel quale anche il concetto di pericolosità ed il tipo di criminalità sono mutate. Lo scopo principale che si ricerca tramite il potenziamento delle misure di sicurezza è il controllo della recidiva. Sarà quindi possibile l'abbandono del doppio binario laddove si provasse che queste medesime esigenze siano raggiungibili con l'utilizzo della sola pena.

⁶³ M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, cit. p. 354; Secondo l'Autore il sistema vicariale si espone agli stessi dubbi della pena unica ipotizzata dall'Antolisei, non rappresentando "un argine sufficiente alla politica penale della prevenzione".

3. Il controllo della pericolosità nella società del rischio.

Nell'odierna società le esigenze di controllo della pericolosità non sono venute meno; appare più che altro mutato *l'oggetto di interesse*.

Nella percezione soggettiva della criminalità ad essere considerato pericoloso è *l'Altro*, e tanto più aumenta l'insicurezza soggettiva, (spesso più ad opera della veicolazione di messaggi da parte dei mass media e dell'induttivo processo di empatizzazione con la vittima che amplifica il timore di divenire tale⁶⁴, piuttosto che dal reale aumento statistico dei tassi criminosi) tanto più il panico collettivo porta a designare *l'Altro* come possibile fonte di pericolo. Attualmente si deve tener conto di quella che Ulrich Beck ha definito *società del rischio*.⁶⁵

Nella sua analisi Beck indica come da una *società classista*, basata sul concetto di «produzione e distribuzione della ricchezza» si è passati

⁶⁴ Garland, *La cultura del controllo, Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, trad. di a. Ceratti e F. Gibellini, Il Saggiatore, Milano 2007.

⁶⁵ Ulrich Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, ed., trad. W. Privitera e Carlo Sandrelli, Carrocci Editore, Roma, 2000; M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, cit., p. 5 ss.; Il rischio vien inteso come «incertezza relativa alla possibilità che si verifichi un determinato evento». Da un punto di vista terminologico oggi alla pericolosità e al pericolo si preferisce la parola "rischio, forse perché dotato di maggiore scientificità. La società e le istituzioni hanno sempre dovuto fare i conti col rischio, eppure nella società postindustriale i rischi si sono globalizzati, sia nell'intensità degli effetti dannosi che nel numero contingente di eventi contingenti che possono interessare chiunque. Il rischio produce una generale perdita di sicurezza e in questo contesto il diritto penale è chiamato ad operare quale strumento agile per gestire la nuova realtà, anche se è la stessa società del rischio a palesare e a metterne in crisi la legittimità. La politica penale si muove secondo passaggi obbligati: dalla società che richiede maggior sicurezza la risposta dell'ordinamento giunge in termini di flessibilizzazione. La società del rischio impone un'anticipazione dell'intervento penale, ma fino a che punto si è disposti a vedere ridotte le garanzie di cui il diritto penale è espressione per effetto della flessibilizzazione? Il diritto penale è ad un bivio: da un lato mantenersi nei binari classici e dall'altro imboccare la prospettiva di scopo, volta a garantire tutela effettiva in una dimensione preventiva;

ad una *società del rischio* dove ci si preoccupa maggiormente della «distribuzione dei rischi». Per rischio si intende l'aleatoria incertezza, che dopo decenni di sviluppo senza pari nella storia dell'umanità, ha amplificato il grado di incertezza sul futuro e la percezione dell'incapacità delle Istituzioni di arginare la violenza e garantire la sicurezza dei consociati.

Il profondo senso di insicurezza deriva in particolar modo dalle relazioni sociali. Come ha evidenziato Silva Sánchez⁶⁶, nei conflitti interindividuali dove si scatenano episodi più o meno espliciti di violenza, il pericolo maggiore viene individuato *nell'Altro*. Il rischio rileva non tanto nella sua intensità, quanto nella diffusività e pervasività. Ad influenzare il termometro dell'ansia sociale è la frequenza con la quale il reato viene commesso più che la sua gravità. Del resto la maggiore frequenza di un reato non può non incidere sulla percezione di una maggiore probabilità di divenirne vittima.

Questi profili hanno grande incidenza sulle scelte di politica criminale. La percezione dell'*Altro* quale fonte di rischio, condiziona la percezione della criminalità e della pericolosità sociale dell'autore, la cui figura viene spesso deformata dalle paure collettive.⁶⁷

⁶⁶ Silva Sanchez, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società industriali*. Giuffrè Quaderni di diritto penale comparato internazionale ed europeo, Milano, 2004, p.11.

⁶⁷ M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, cit., p. 11 ss. Che si tratti di insicurezza effettiva o insicurezza percepita tra le quali vi può essere un profondo scollamento, dovuto al particolare modo di vivere il rischio data la difficoltà delle persone, di

Una riflessione che, per la *pericolosità*, si somma a quella sui rapporti già tesi con la pena. Fino a che punto il legislatore può spingere, in nome della difesa sociale, senza svilire le garanzie individuali e senza compromettere la funzione preventiva (generale e speciale), a meno che lo scopo non sia proprio quello un *revival* dell'ideologia retributiva.

Il quadro di come si sia rafforzata la percezione soggettiva della pericolosità viene fornita dalla *Criminologia dell'altro*. Questo approccio considera soprattutto i reati efferati che colpiscono fortemente l'opinione pubblica, accentuando quelli che sono i profili "negativi" dell'autore per metterli a raffronto con la vittima nei quali la comunità si identifica. L'autore di reati violenti, quali criminalità organizzata, predatoria, aggressiva, viene designato come un soggetto quasi non umano, di indole malvagia, tanto più pericoloso quanto "diverso".

In questo approccio più moderno, allo stesso modo che nel positivismo criminologico italiano, si dirige il controllo penale sulla pericolosità dell'autore con la differenza che non sono tanto accentuati i dismorfismi fisici, quanto il profilo sociale, finendo per stigmatizzare intere categorie sociali e classi di appartenenza.⁶⁸

adattarsi ai continui cambiamenti (S. Sanchez). Lo stesso indurimento del diritto penale non rafforza necessariamente i sentimenti di sicurezza.

⁶⁸ G. Ponti I. Merzagora Betsos, *Compendio di criminologia*, cit., p. 80 ss.

Se le derive più anguste finiscono per sottolineare delle correlazioni tra etnie e delinquenza, è importante rilevare che proprio per queste considerazioni, la *criminologia dell'altro* si presta a fare da sponda alle teorie neoretributive. L'autore del reato, meritevole dello stigma di soggetto "pericoloso", vista la sua indissolubile propensione al crimine, può essere solo neutralizzato, a nulla varranno nei suoi confronti programmi di riabilitazione.

In alcuni ordinamenti come quello degli Stati Uniti e della Gran Bretagna, dopo la crisi del *welfare*, si è assistito ad un vero e proprio abbandono dell'ideale riabilitativo. Un rifiuto dettato dalla constatazione che gli impegni profusi in politiche di decarcerizzazione e interventi trattamentali inframurari si sono rivelati molto dispendiosi sia dal punto di vista umano che economico. La sproporzione tra il recupero dei condannati e il numero di recidive si è perciò tradotta in una profonda critica alla "discrezionalità rampante" del trattamento.⁶⁹

La funzione rieducativa e risocializzante della pena si scontra con il carcere, un ambiente "istituzionalizzato", altamente criminogeno ed incapace di raggiungere la risocializzazione del condannato.⁷⁰ Inoltre, in termini esclusivamente economici, la soluzione specialpreventiva si

⁶⁹ D. Matda, *Come si diventa devianti, (Becoming deviant , Pren Tice Hall, New Jersey, 1969)* Tr. It. , il Mulino, Bologna 1976.

⁷⁰ Per uno spaccato della situazione carceraria v. L. Castellano, D. Stasio, *Diritti e castighi, Storie di umanità cancellata in carcere*, Il saggiatore Editore, Milano 2009.

è dimostrata fallimentare e a farne le spese sono stati gli apparati assistenziali che avrebbero dovuto svolgere una funzione di contenimento della criminalità e gli strumenti per la gestione alternativa alla detenzione.

La crisi rieducativa viene a collocarsi alla fine degli anni sessanta in un contesto dominato dall'aumento dei rischi e delle recidive. Il sistema penale fondato sul correzionalismo viene etichettato come inadeguato e da qui si sono andate sviluppando nuove politiche criminali.

La corrente di pensiero penalistica e criminologica intesa a rivalutare i principi retribuzionisti della Scuola Classica ha avuto grande agio negli U.S.A. ed è definita neoretribuzionismo o neoclassicismo.

Queste strategie di intervento riconoscono in capo all'autore del reato la piena responsabilità per il fatto commesso, e considerano la pena come una meritevole conseguenza: *Just desert*.

Vi è un forte inasprimento della pena carceraria, accentuandone la funzione neutralizzante; una scelta che non sempre corrisponde ad una maggiore sicurezza da parte dei consociati, con il rischio che l'efficacia degli strumenti penali sia sacrificata in nome di valutazioni politiche simboliche, per ottenere risultati utili nel breve periodo e placare il senso di insicurezza.

Le misure di sicurezza sembrano muoversi nella logica binaria della sicurezza (*Sicherung*) e della rieducazione (*Besserung*). Se, da un lato, la crisi della funzione rieducativa gioca un ruolo negativo sulla loro sopravvivenza, dall'altro, pare che in alcuni ordinamenti le misure di sicurezza stiano vivendo una rinascita, riscoprendo l'originaria funzione di "neutralizzazione" della pericolosità sociale e mostrando quindi una notevole capacità di adattamento alla crisi del sistema penale. Tra le molteplici ragioni di questo nuovo sviluppo, forse la più importante può essere ricollegata proprio al principio di colpevolezza dalla quale le misure di sicurezza possono essere in un certo senso sottratte, essendo atte ad intervenire sulla pericolosità sociale a prescindere dall'imputabilità del reo.

Bettiol riteneva che tutti i tentativi per far conciliare pericolosità e colpevolezza fossero destinati a fallire, in quanto tra le due vi sarebbe un "*irriducibile contrasto*". Su questi presupposti si fondava la necessità che le misure di sicurezza dovessero restare su un piano diverso dalla pena e che quindi non vi fosse una logica alternativa a quella binaria. In Germania la discussione tra colpevolezza e pericolosità aveva portato all'inizio del secolo scorso alcuni autori come Franz von Liszt e Birkmeyer ad includere all'interno della colpevolezza anche gli elementi da cui desumere la pericolosità dell'autore. In questi termini la prevenzione speciale viene assicurata

dalla pena e la pericolosità ne diviene uno degli elementi di commisurazione. Considerare le esigenze di prevenzione all'interno della pena non potrebbe mai portare ad una riconsiderazione del principio di colpevolezza a cui deve essere riconosciuta un'imprescindibile funzione di garanzia e di limite alle esigenze preventive, che non possono spingersi fino a commisurare la pena in base alle esigenze di sicurezza della società⁷¹.

Attualmente questa impostazione è ripresa dai sostenitori della *Spielraumtheorie*, i quali ritengono che la colpevolezza per il fatto non possa mai corrispondere ad un'entità fissa, bensì ad una pena tra un limite minimo ed un massimo. All'interno di questo *Spielraum* il giudice potrebbe dare rilevanza alla prevenzione del rischio di recidiva. In tal modo la pericolosità del soggetto può incidere nella determinazione in concreto della pena, facendo entrare la prevenzione speciale negativa, senza violare il principio di colpevolezza.

Il rischio è che lo *Spielraum* si traduca in un comodo alibi per innalzare l'entità della pena vanificando di fatto il limite della colpevolezza per il fatto.⁷²

La riflessione sulla società del rischio e su come è mutata la pericolosità e la concezione dell'autore pericoloso ci porta a capire

⁷¹ M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, cit., p. 358.

⁷² M. Pelissero, *Quale futuro per le misure di sicurezza?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013.

quelle linee di politica criminale definite “*diritto penale d'autore*” che hanno portato all'aumento dei limiti edittali di alcuni reati considerati più gravi, come quelli offensivi dell'incolumità personale o dell'autodeterminazione sessuale. Si tratta di reati per i quali in alcuni sistemi sono state potenziate le misure di sicurezza.

L'intento del legislatore consiste nell'innalzare le pene per quei reati che vengono più “sentiti” e temuti dai consociati, ma che non corrispondono nelle statistiche ai reati maggiormente perpetrati.⁷³

Si tratterebbe però di un'operazione di ripiego finalizzata ad evitare l'aggravio del sistema *post delictum* e che rischia di tradursi in una nuova “truffa delle etichette”.⁷⁴

Il rischio di recidiva dovrebbe invece essere valorizzato in una diversa prospettiva, ossia come presupposto per la creazione di percorsi differenziati all'interno della pena, per poter assicurare sul piano dell'esecuzione penale, un trattamento personalizzato alla prevenzione della reiterazione.

⁷³ G. Ponti- I. Merzagora Betsos, *Compendio di criminologia*, cit., p. 100 ss.; Una parte della criminalità come quella dei “colletti bianchi” non viene presa in considerazione. E' maggiormente tollerata in ragione del fatto che a questi autori non vengono mosse censure di pericolosità.

⁷⁴ M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, cit., p. 361.

4. Dal doppio binario ad una pluralità di binari.

Dopo l'espulsione dall'ordinamento delle presunzioni di pericolosità, è necessario domandarsi in che modo il legislatore abbia risposto alle esigenze di controllo della pericolosità dell'autore, posto che il doppio binario non appare più capace di sviluppare una funzione deterrente e di difesa sociale.

L'idea preventiva non è affatto tramontata e la strategia del doppio binario, pena-misura di sicurezza ha lasciato il posto al potenziamento di strategie di intervento alternative. La fungibilità delle misure di sicurezza con le pene ha posto le basi affinché le esigenze di controllo della pericolosità sociale potessero essere prese in considerazione all'interno della pena. La pericolosità sociale muta così la sua essenza, *da filtro per l'applicazione delle misure di sicurezza a filtro di specializzazione della pena.*⁷⁵

La differenziazione dei percorsi penitenziari svolge un ruolo di neutralizzazione della pericolosità sociale tramite un'accentuata severità nella risposta sanzionatoria, sia nella fase trattamentale che nell'accesso per il detenuto alle misure alternative alla detenzione. La diversificazione si muove entro una duplice linea di intervento che tiene conto di un giudizio di pericolosità, ora individualizzato, ora oggettivizzato.

⁷⁵ M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, "cit", p. 38.

I destinatari sono ovviamente i condannati ai quali viene imputato un alto rischio di *recidiva specifica*.

Nei confronti della *criminalità organizzata* è stata sviluppata una duplice strategia che si è tradotta, da un lato, nell'aggravamento delle pene e ,dall'altro, lato nella previsione di un percorso penitenziario che consente l'accesso ai benefici come l'assegnazione del lavoro all'esterno, i permessi premio, le misure alternative alla detenzione, solo nel caso in cui il detenuto collabori con la giustizia⁷⁶, ossia si adoperi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori o fornisca un aiuto concreto all'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi utili per la ricostruzione dei fatti o per la cattura degli autori di reato.⁷⁷

La previsione dell'art. 41 *bis* ord. Penit., (il c.d. "carcere duro") è caratterizzata da una *ratio* particolarmente ambiziosa: tranciare ogni possibile collegamento con l'associazione criminale di riferimento, rinunciando così alla flessibilizzazione della pena e al trattamento per gli autori di determinati reati.

In risposta al crescente allarmismo nei confronti degli autori di reati sessuali il legislatore, a differenza di Paesi come la Germania e la Francia che hanno privilegiato il potenziamento delle misure di sicurezza, ha predisposto nuove misure legislative in grado di

⁷⁶ La collaborazione diventa *condicio sine qua non* per accedere ai benefici, ad eccezione della liberazione anticipata.

⁷⁷ Art. 4 *bis* ord. Penitenziario.

promuovere la sicurezza della società e la protezione dei singoli contro questi soggetti considerati pericolosi.⁷⁸

Anche in questo caso è stato creato un binario alternativo all'interno della pena, con cui l'accesso ai benefici viene limitato nel tempo ed è soggetto all'esito positivo dell'osservazione scientifica della personalità del detenuto, osservazione finalizzata ad escludere il pericolo della commissione di nuovi reati della stessa specie. Vi è infatti la consapevolezza che per questi autori la genesi del reato vada ricercata prevalentemente e spesso esclusivamente all'interno della persona e non perché vi sia alla base una patologia di tipo psichico. In realtà la maggior parte delle condanne avviene nei confronti di soggetti che non presentano disturbi di personalità (parafilie) o psicosi quanto piuttosto una spiccata aggressività.⁷⁹

Gli interventi trattamentali rivolti ai *sexual offender* si possono configurare come esempi di prevenzione terziaria, miranti a prevenire la recidiva mediante l'offerta terapeutica inserita all'interno di una

⁷⁸ La legge 15 luglio 2009, n. 94 ha inserito all'art. 4 *bis* ord. penit. il comma 1-*quater*: «i benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 609-*bis*. 609-*ter* e 609-*octies* del c.p. solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per un anno».

⁷⁹ M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, cit., p. 378. Si dovrà tener conto che si tratta di una tipologia non criminologicamente unitaria bensì presentano peculiarità differenti e quindi differenti interventi.

rete di programmi di controllo sociale⁸⁰, senza che vi sia un obbligo al trattamento.

Le statistiche mostrano come l'utilizzo della psicoterapia o progetti sperimentali intramurali abbia permesso di raggiungere i primi timidi risultati. Questo non deve scoraggiare; anzi è un traguardo da non sottovalutare soprattutto nei confronti di autori molto spesso recidivanti per cui anche un solo successo o un in ritardo nella recidiva può evitare non poca sofferenza alle vittime.⁸¹

Il sistema nella prassi cessa di essere dualistico: non più un doppio binario, bensì una pluralità di binari all'interno della pena ed in particolare all'interno del regime penitenziario.

Il controllo della pericolosità è stato attuato intervenendo soprattutto sulla disciplina della *recidiva*.

Le varie discussioni sulla natura della recidiva riflettono l'ambivalenza di un istituto che condivide con il doppio binario un giudizio prognostico sulla pericolosità dell'autore. La stessa giurisprudenza di legittimità⁸² si è pronunciata indicando al giudice il criterio da seguire in merito alla facoltatività della recidiva. All'esito del giudizio

⁸⁰ S. Ciappi, *Aggressori sessuali. Dal carcere alla società: ipotesi e strategie di trattamento*, p.191, Giuffrè, Milano 2006.

⁸¹ G. Ponti I. Merzagora Betsos, *Compendio di criminologia*, cit., p.533.

⁸² Corte Costituzionale, 14 giugno 2007, n. 192; Cassazione 3 maggio 2007, dove interrogandosi sulla facoltatività della recidiva, afferma che questa «comporta un accertamento in concreto della particolare insensibilità e pericolosità sociale del soggetto».

prognostico, il giudice potrà orientarsi per l'applicazione della sola recidiva o in aggiunta ad essa le misure di sicurezza.

Il legislatore avrebbe potuto potenziare il sistema delle misure di sicurezza, il che avrebbe consentito l'applicazione di sanzioni di durata indeterminata rapportata alla pericolosità del condannato, oppure intervenire sulla recidiva.

Con la legge n. 251 del 2005, ha reso più rigido in fase esecutiva, il trattamento dei recidivi reiterati ex art. 99, quarto comma, c.p. al fine del recupero di quella certezza della pena che il sistema non riesce a garantire e che i consociati percepiscono nel senso di fallimento e cedimento del sistema. L'inasprimento si realizza con un più consistente aumento di pena e con la fissazione di limiti alla rilevanza delle circostanze attenuanti e di accesso ai benefici penitenziari. Per i recidivi reiterati è stato introdotto un nuovo percorso penitenziario con forti restrizioni nell'accesso alle misure alternative alla detenzione.⁸³

Questi interventi hanno avuto come effetto quello di limitare fortemente la discrezionalità del giudice sugli istituti di

⁸³ La concessione dei permessi premio è condizionata dall'espiazione di limiti di pena più elevati rispetto ai criteri generali ex art. 30 *quater* ord. Penit. Per quanto riguarda la detenzione domiciliare (art. 47 *ter* ord. Penit.) , la legge 251/2005 ha esteso l'ambito di applicazione aldilà del nucleo originario che partiva dalla prospettiva di venire incontro a particolari esigenze umanitarie incompatibili con il sistema carcerario al quale veniva appunto sostituita la detenzione domiciliare. Tali estensioni erano escluse ai recidivi reiterati, ai quali la detenzione domiciliare può essere concessa solo per il nucleo originario dei c.d. motivi umanitari , ma con un più severo limite di pena (tre anni anche se costituenti residuo di maggior pena, in luogo dei quattro anni previsti in generale).

commisurazione della pena e sulla concessione delle misure alternative. Essi rappresentano tuttavia una marcia indietro rispetto al percorso intrapreso nel 1975, con il quale si è tentato di rendere la pena carceraria *l'extrema ratio* riducendone la centralità e ampliando il potere discrezionale del giudice.

La “ex Cirielli” non è stato l'unico intervento in materia. Recentemente il legislatore è intervenuto sulla recidiva con la L. 9 agosto 2013 n. 94 che ha convertito il D.L. 78/2013. Le norme introdotte si muovono su due direttrici, da un lato, la riduzione del flusso di soggetti in ingresso negli istituti penitenziari e dall'altro, verso una parziale eliminazione degli automatismi che impediscono o rendono più difficile l'accesso ai benefici penitenziari a categorie di condannati sulla base di presunzioni assolute di pericolosità, in particolare verso i recidivi reiterati.⁸⁴

Se questa è la via imboccata dal legislatore, la dottrina d'altro canto continua a privilegiare un'interpretazione più favorevole ad un ampio riconoscimento della discrezionalità del giudice. Perché sul piano sanzionatorio l'eccessivo irrigidimento, rischia di far perdere di vista la funzione rieducativa della pena e la centralità dell'autore, che rimane l'interlocutore principale e privilegiato del rapporto punitivo. La nuova recidiva sembrerebbe designare un nuovo tipo di *pericolosità*

⁸⁴A. Della Bella, *Convertito in legge il Decreto “svuota carceri” 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it

specifica ma richiede, per essere riconosciuta, il filtro dell'accertamento concreto da parte del giudice.

La funzione di prevenzione speciale è stata valorizzata anche in una fase prodromica per mezzo della custodia cautelare in carcere, in quanto tra le esigenze cautelari è contemplato il rischio che il soggetto possa commettere reati della stessa specie.⁸⁵ Le misure cautelari in particolar modo la custodia cautelare in luogo di cura (art. 286 c.p.p.), potrebbero soddisfare, sia pure in parte, alcune delle esigenze sottostanti l'istituto dell'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza. L'art 206 c.p. stabilisce inoltre che per alcune tipologie di soggetti⁸⁶, quando vi sia l'esigenza di neutralizzare tempestivamente la pericolosità, è possibile applicare la misura di sicurezza prima che sia pronunciata sentenza di condanna o di proscioglimento. Grazie all'intervento della Consulta, che con alcune pronunce di incostituzionalità⁸⁷, ha mitigato la rigidità della formulazione normativa e l'irragionevole automatismo applicativo, è

⁸⁵ Il legislatore ha introdotto nell'art. 275 c.p.p. una duplice presunzione, relativa alla sussistenza delle esigenze cautelari, salvo che il giudice ne accerti la mancanza ; ed una di assoluta adeguatezza della sola custodia in carcere per fronteggiare le esigenze cautelari.

La disciplina ha superato il vaglio della Corte Costituzionale e della Corte di Strasburgo in relazione ai reati di criminalità organizzata, rispetto ai quali la presunzione assoluta sarebbe ragionevole, considerata la necessità di neutralizzare il collegamento tra l'associazione criminale di riferimento e il soggetto destinatario della misura mentre per altre fattispecie non è stata ravvisata la medesima ragionevolezza.

⁸⁶ Minore di età (88 c.p.), ubriaco abituale (94 c.p.), persona dedita all'uso di stupefacenti (93 c.p.), o in stato di cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti (95c.p.)

⁸⁷ Corte Cost. sent. 29/11/2004, n. 367; Corte Cost., sent. 24/7/1998, n.324.

possibile oggi adottare misure differenziate in base al caso concreto, secondo un più corretto bilanciamento tra esigenze di tutela della collettività e di istanze terapeutico-rieducative.⁸⁸ Nel tempo si è accentuata ancora di più la funzione cautelare dell'istituto e tuttavia con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale nel 1988, il legislatore ha ritenuto di dover mantenere un'autonoma disciplina per l'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza (artt. 312 e 313 c.p.p.) nonostante il parallelismo dei due istituti, le cui differenze si apprezzano maggiormente dal punto di vista dei requisiti.⁸⁹

Il legislatore ha ampliato i suoi orizzonti oltre la pena, creando dei binari alternativi non solo al suo interno ma anche all'esterno, tramite strumenti diversi che, con la pena, condividono un contenuto sostanzialmente afflittivo. Questi interventi hanno riguardato il potenziamento delle misure di prevenzione personale che nel tempo hanno finito per costituire lo strumento privilegiato per contrastare fenomeni come la violenza negli stadi e la presenza "irregolare" dello straniero sul territorio nazionale.⁹⁰

Nonostante il legislatore abbia spostato le esigenze di difesa rispetto agli autori di reati più pericolosi nella prassi, dal punto di vista

⁸⁸ A. Gargani, *Le misure di sicurezza*, in *Le conseguenze sanzionatorie del reato* (a cura di) G. De Francesco, p. 481, Giappichelli, 2011.

⁸⁹ La nuova partizione ha comunque consentito un recupero, da parte dell'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza, delle garanzie proprie delle misure cautelari, alle quali erano precedentemente estranee.

⁹⁰ Art. 13 d. lgs. N. 286/1998.

normativo, nei confronti di questi autori pene e misure di sicurezza continuano ad operare come vasi comunicanti in modo da aggravare ancora di più la risposta punitiva.

5. La normativizzazione degli indici di rischio e la funzione rieducativa.

Dall'analisi compiuta possiamo evidenziare come in Italia ad una prassi sempre più recessiva nell'utilizzo delle misure di sicurezza, abbia corrisposto un potenziamento del controllo sull'autore recidivo attraverso una pluralità di forme di controllo preventive della pericolosità.

Nella politica di differenziazione dei percorsi penitenziari che hanno *de facto* sostituito le misure di sicurezza per i non imputabili, il legislatore ha fatto poco i conti con il presupposto soggettivo, che rimane il più delicato tra i problemi posti dall'apparato preventivo *post delictum*.

Dalla "ex Cirielli", il legislatore, si è mosso per rendere più gravoso in fase esecutiva il trattamento dei recidivi reiterati ex art. 99, quarto comma, c.p. Certamente la "carriera criminale" può costituire uno dei presupposti per la differenziazione dei percorsi penitenziari, in quanto la nozione di pericolosità accolta dalle più moderna letteratura psichiatrica e giuridica è quella di pericolosità situazionale, che non

dipende dalle caratteristiche bioantropologiche individuali, ma deve tener conto del contesto in cui la persona si colloca e delle interazioni personali che possono costituire il fattore scatenante la commissione di ulteriori delitti. Nonostante ciò, differenziare l'esecuzione della pena per alcune categorie di condannati ad alto rischio di recidiva specifica potrebbe portare alla creazione di nuove presunzioni relative di pericolosità.

Della validità dei giudizi prognostici si è occupato a lungo Frish⁹¹, secondo il quale la prognosi implica sempre un'incertezza nel giudizio. In particolare nel caso della pericolosità, non essendo possibile affidarsi a dati di probabilità statistica, vi è sempre un margine per il quale il sacrificio privativo della libertà personale appare ingiustificato. L'Autore propone una sorta di normativizzazione degli indici di pericolosità, così da ridurre i margini dei giudizi prognostici all'interno di una soglia-rischio che l'ordinamento non è disposto a correre.

La tesi di Frish è stata sottoposta a numerose critiche proprio in relazione all'indicizzazione normativa del pericolo di recidiva. Questo infatti dipenderebbe da troppi fattori eterogenei, perciò potrebbe essere attualizzato solo in considerazione del soggetto e del contesto in cui questo opera.

⁹¹ M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, cit., p. 375 ss.;

Certo, il punto forza dell'indagine dell'Autore sta nel richiedere che sia il legislatore a fissare l'oggetto ed i criteri del giudizio prognostico e con l'intervento discrezionale del giudice si esclude che questa possa in definitiva profilarsi come una presunzione.

Il legislatore potrebbe predisporre degli *indici di rischio* come *presupposto sintomatico* della pericolosità del soggetto agente. E' una posizione intermedia tra l'accertamento affidato interamente al giudice e la rigida tipizzazione delle forme di pericolosità presunta, così da definire delle forme di *pericolosità specifica* che assumano rilevanza sia nel caso in cui si mantenga in vita il doppio binario che nel caso in cui si optasse per un sistema in cui la prevenzione avviene all'interno della pena.

Questo modello sembra poter offrire un valido bilanciamento tra l'interesse di difesa sociale della collettività e l'interesse dell'individuo a non subire un indebito sacrificio della libertà personale. Non sembra esserlo un sistema fondato sulla sola discrezionalità giudiziale, per i limiti che il sistema sanzionatorio odierno dimostra e per i rischi di una deriva autoritaria e neoretributiva; e nè lo sarebbe un sistema di irrigidimento che impedisca del tutto l'approccio a percorsi differenziati anche extramurari. Il legislatore non può mai perdere di vista la funzione rieducativa della pena. In merito la Corte Costituzionale ha definitivamente chiarito che «*la necessità*

costituzionale che la pena debba tendere a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»⁹²

Tale sentenza pone alcuni principi da considerare come legittimazione e limite nella differenziazione dei percorsi penitenziari. La Corte delegittima i trattamenti sanzionatori fondati esclusivamente sul titolo di reato oggetto della condanna: «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa per “tipi di autore” per i quali la rieducazione non sarebbe possibile da ottenere».

Quindi la valorizzazione della *polifunzionalità della pena* non può mai spingersi fino a trascurare la funzione rieducativa, né quella di prevenzione generale e speciale. Queste indicazioni della Corte devono essere prese come linee guida nella creazione di una pluralità di binari all'interno della pena per contrastare gli autori pericolosi ed in sostituzione delle misure di sicurezza. Non esistono soggetti

⁹² Corte Cost. sent. 3 luglio 1990, n. 313, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990, p. 1981 ss.

ineducabili e la pericolosità non può mai arrivare a precludere l'accesso ai benefici penitenziari. Possono essere previsti dei limiti all'accesso in funzione della difesa sociale, ma mai delle preclusioni assolute, che si traducono in presunzioni di pericolosità e non tengono conto dei possibili sviluppi della personalità del soggetto e della sua potenziale risocializzazione ai fini dell'art. 27 Cost.⁹³ Altrimenti il rischio è di incorrere in un nuovo fallimento, lo stesso che ha caratterizzato la storia delle misure di sicurezza.

6. La “rinascita” delle misure di sicurezza: la prospettiva comparata.

Le considerazioni cui siamo pervenuti dall'analisi affrontata ci portano a considerare la crisi delle misure di sicurezza e del doppio binario come un sistema obsoleto che difficilmente potrà essere riabilitato. Voci autorevoli in dottrina, alla luce di una prassi quanto mai reticente, parlano di un “ramo secco” che va eliminato⁹⁴. Eppure, prendendo in prestito le parole di Pelissero, il «ramo secco che culturalmente e forse anche pregiudizialmente, ero portato a tagliare, era tornato a germogliare in altri sistemi penali europei». Il rinnovato interesse per le misure di sicurezza sottende l'attenzione verso scelte

⁹³ M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, cit., p. 368; Le esigenze di difesa sociale e di certezza della pena non devono mai estendersi fino ad annullare la funzione rieducativa. Ritenere che esistano soggetti “non rieducabili” e necessariamente pericolosi per la società può fatalmente condurre alla negazione dei diritti fondamentali della persona.

⁹⁴ D. Pulitanò, *Diritto penale*, 3° Edizione, Giappichelli Editore, Torino 2009, pag. 614.

di politica criminale in chiave preventiva nei confronti dell'autore pericoloso, di cui le fattispecie di nostra attenzione costituiscono strumento di controllo privilegiato.

La comparazione ci offre validi spunti di riflessione per riconsiderare la validità della doppia sanzione e per riflettere sulle strategie di controllo dell'autore pericoloso all'interno di un più ampio sviluppo preventivo del diritto penale, poiché ciò che in definitiva accumuna le riflessioni passate e presenti è il timore per la pericolosità dell'autore. L'attenzione è rivolta alla ricerca di soluzioni che siano in grado di conciliare le funzioni della pena con la prevenzione della pericolosità nei confronti dei soggetti imputabili, affinché non si consumi più alcuna "truffa delle etichette".

Si era già anticipato come nelle odierne "società del rischio" si sono andate sviluppando politiche penali securitarie, supportate da indirizzi criminologici che nell'accentuare la "diversità criminale" hanno spostato l'attenzione dal fatto all'autore. In quest'ottica il doppio binario ha fornito gli strumenti necessari per la traduzione esecutiva di una produzione normativa all'insegna di strumenti di controllo "flessibili", come flessibile è il presupposto che li legittima.⁹⁵

⁹⁵ M. Pelissero, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*; in www.dirittopenalecontemporaneo.it

6.1 Il sistema tedesco.

Il sistema sanzionatorio tedesco, come quello italiano, si caratterizza per la storica presenza del doppio binario: *Zweispurigkeitssystem*. Così alle pene, rapportate alla colpevolezza che funge da argine alle istanze preventive, si affiancano le misure di sicurezza. Le misure hanno fatto formalmente ingresso nell'ordinamento tedesco nel 1933, durante il regime nazionalsocialista, sebbene la Germania possa essere considerata non di meno dell'Italia la loro culla. Basti pensare alle teorizzazioni di Exner e di Franz Von Listz.⁹⁶

L'istituto risentì fortemente degli influssi del codice Rocco, anche se le derive cui andò incontro si caratterizzarono per un deciso allontanamento dalle garanzie individuali verso la deriva dello *stragismo preventivo*. Basti pensare alla politica di annientamento dei soggetti considerati "asociali" attraverso l'ordine preventivo della polizia, utilizzato come «strumento flessibile di gestione della soluzione finale della questione sociale» in cui alla privazione della libertà personale venne preferita la neutralizzazione fisica dell'autore pericoloso.⁹⁷

Dopo la caduta del regime, le misure di sicurezza rimasero in vigore, ma la riflessione sul loro ambito si sviluppò in una direzione opposta a

⁹⁶ Cfr. M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, cit. p. 210 ss.

⁹⁷ M. Pelissero, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*; p.4, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

quella della neutralizzazione., incentrandosi sulla prevenzione speciale positiva per gli autori affetti da disturbi di personalità sintomatici della tendenza a delinquere. In questo periodo nascono gli «istituti socioterapici» inizialmente pensati come misure di sicurezza che tuttavia si concretizzarono come modalità esecutiva delle pene. In questi istituti hanno trovato soprattutto accoglimento i soggetti affetti da disturbi di personalità.

La realizzazione degli istituti socioterapici avrebbe potuto segnare l'inizio di una nuova politica penale meno incentrata sulle esigenze preventive. Prevalse invece una politica criminale mirante al potenziamento delle fattispecie di prevenzione, che portò ad ampliare il ricorso alla custodia di sicurezza. la *Sicherungsverwahrung*.

La misura in questione ha effettivamente subito un potenziamento nel tempo con forme sempre sottratte al rapporto vicariale con la pena. Quella *primaria*, per gli autori con un pregresso percorso criminale, disposta in base ad un giudizio di pericolosità (*Gefährlichkeit*). Questa disciplina è stata inasprita dopo il 1998, anche a causa di un forte allarme sociale, superando il limite di durata fissato precedentemente in 10 anni e con l'applicazione retroattiva. Il secondo decisivo intervento ha riguardato la contestualità tra la sentenza di condanna e la dichiarazione di pericolosità sociale, prevedendo la possibilità di riservare già nella sentenza di condanna,

quando la pericolosità del reo nei confronti della società non sia accertabile al momento della sentenza, l'applicazione della custodia di sicurezza al termine dell'esecuzione della pena.⁹⁸ Infine su sollecitazione del *Bundesverfassungsgericht*⁹⁹ viene introdotta la misura più invasiva: *la custodia di sicurezza postuma*. I destinatari variano da i recidivi di gravi reati, agli autori di reati a sfondo sessuale, agli internati in ospedale psichiatrico giudiziario. In queste ipotesi è sufficiente che il giudice formuli una prognosi di recidiva successiva alla sentenza di condanna, fondata su dati emersi nel corso dell'esecuzione.¹⁰⁰

Nonostante la formulazione del giudizio richieda l'accertamento di una *pericolosità specifica*¹⁰¹ che dovrebbe restringere la prognosi, si è registrato un aumento considerevole degli ordini di internamento.

Lo sviluppo di politiche marcatamente di difesa sociale che facilmente possono essere tacciate come "simboliche" per placare le ansie

⁹⁸ Quando sia possibile effettuare un giudizio dal quale emerga, durante l'esecuzione della pena, la probabile commissione futura di rilevanti fatti di reato.

⁹⁹ M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, cit., p. 241; Nel 2004 il *Bundesverfassungsgericht* dichiara l'incostituzionalità di alcune leggi formulate dai *Länder*, che consentivano l'applicazione a posteriori della custodia di sicurezza nei confronti di autori particolarmente pericolosi, sulla base dei precedenti penali (estendendo in modo dilagante il controllo preventivo a livello di legislazione regionale). Sollecita così un intervento del legislatore federale, al quale spetta decidere se, "a fronte dell'accertamento a posteriori della pericolosità del detenuto, la tutela debba essere realizzata attraverso una privazione della libertà ordinata successivamente o in qualche altro modo". Tale indicazione, per quanto generica ha spinto il legislatore all'introduzione della custodia di sicurezza postuma.

¹⁰⁰ Si viene così a colmare la lacuna lasciata nel 2002 per coloro verso i quali non era possibile formulare al momento della sentenza di condanna, una possibile prognosi di pericolosità, da verificarsi poi durante l'esecuzione della pena.

¹⁰¹ Si richiede l'alta probabilità di commissione di rilevanti fatti di reato che procurino alla vittima danni gravi fisici o psichici.

sociali, trovano una grande corrispondenza nei vari ordinamenti quanto poco riscontro criminologico, dato che il potenziamento della *Sicherungsverwahrung* non è stato determinato dall'aumento dei reati-presupposto.

6.2 La neutralizzazione dell'autore pericoloso in Svizzera.

Anche la Svizzera ha storicamente contribuito alla teorizzazione del doppio binario. Basti pensare che il primo Autore a proporre una sua articolazione normativa è stato proprio lo svizzero Stoos. Le considerazioni sviluppate sull'intreccio tra le strategie di rafforzamento della sicurezza collettiva hanno trovato grande riscontro nel sistema sanzionatorio svizzero, dove è stata dedicata grande attenzione al potenziamento delle misure di sicurezza, in nome di una politica di difesa sociale che ha portato alla realizzazione nel 2007, dopo un lunghissimo iter durato oltre vent'anni, del nuovo progetto di riforma del sistema sanzionatorio.

Il modello svizzero della misura di internamento, la *Verwahrung*, ha fortemente risentito delle correnti securitarie ed in particolare delle influenze del modello di custodia tedesco.

La *Verwahrung* era già stata prevista nella versione originaria del codice penale del 1937, con scarso riscontro nella prassi applicativa, la quale tuttavia, a partire dagli anni '90 subisce un vero e proprio

cambio di rotta in termini sia quantitativi che qualitativi. Inizialmente la misura poteva essere applicata solo agli autori imputabili con recidiva qualificata. L'inversione di rotta nella prassi ha contribuito ad espandere i destinatari, visto che la misura è attualmente applicabile anche agli autori primari, mentre è stato delimitato l'ambito dei reati-presupposto, riservato ai più gravi delitti, tra cui spiccano quelli di natura sessuale, e si richiede l'accertamento della pericolosità specifica.¹⁰² La misura di sicurezza in questione è sottratta al rapporto vicariale con le pene, è applicabile dopo l'esecuzione della pena detentiva se il giudice accerti il pericolo di recidiva e nei confronti dei soggetti non trattabili, visto che convive con la misura di sicurezza dell'Ospedale psichiatrico.

E' stato direttamente recepito dal modello tedesco la custodia postuma, applicabile se, durante l'esecuzione della pena, dovessero emergere nuovi fatti o mezzi di prova da cui risulti che già al momento della condanna, senza che il giudice ne potesse essere a conoscenza, sussistevano le condizioni per poter procedere con l'internamento.

L'esecuzione avviene all'interno degli istituti penitenziari, chiaro segnale di come la politica di accentuata difesa e prevenzione speciale

¹⁰²M. Pelissero, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata*; p.11, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; Anche qui si richiede un pericolo di *grave pregiudizio per l'integrità fisica, psichica o sessuale* della vittima, che delimita l'ambito dei possibili destinatari della misura agli autori di reati sessuali o violenti.

trovi un ostacolo negli eccessivi costi, necessari a garantire un'effettiva realizzazione del trattamento.

La neutralizzazione dell'autore pericoloso raggiunge il suo apice nella norma costituzionale, con la quale è stata prevista una discutibile forma di internamento a vita. L'impulso è partito da una legge di iniziativa popolare, (a ribadire come le ansie populistiche spingano sempre più verso un rafforzamento della difesa a scapito delle garanzie individuali).¹⁰³ La norma prevede una forma di internamento particolarmente afflittiva nei confronti dei criminali i quali *«considerato il forte rischio di ricaduta, il criminale sessuomane o violento che nelle perizie necessarie alla formulazione della sentenza è stato definito estremamente pericoloso e classificato come refrattario alla terapia, deve essere internato a vita»*.¹⁰⁴

L'internamento si rivolge ai soggetti che presentano disturbi psicopatici della personalità, connotati da condotte efferate o da atti di violenza sessuale. Non è del tutto esclusa la possibilità che l'internato riacquisti la libertà, ma si tratta di tenui ipotesi che finiscono per risultare del tutto inesistenti: «è possibile redigere nuove perizie solo qualora nuove conoscenze scientifiche permettano di dimostrare che il criminale può essere curato e dunque non

¹⁰³ M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, cit., p. 269; Sull'onda emotiva di un grave fatto di cronaca è stata approvata il 20 giugno 2003 e confermata con il *placet* del voto popolare l'8 febbraio 2004,

¹⁰⁴ Introdotto nella Costituzione Federale all'art. 123, lett. a).

rappresenta più alcun pericolo per la collettività». Tuttavia se alla fine dell'internamento dovesse seguire un nuovo delitto, la responsabilità della ricaduta grava sull'autorità che ha preso l'infausta decisione, un meccanismo di responsabilizzazione che rende maggiormente *contra reum* qualsiasi dubbio sul giudizio di pericolosità del soggetto.

Il requisito più discusso dell'art. 123, lett. a) è costituito dalla *refrattarietà della terapia*, che introduce un ulteriore giudizio prognostico alla base dell'internamento a vita. Questa parte pone particolari problemi con l'art. 5 CEDU. Infatti per la giurisprudenza della Corte di Strasburgo la privazione della libertà personale è legittima in relazione al fatto o alla personalità del reo a condizione che sia prevista la possibilità di riacquisire la libertà personale. La Corte accoglie un concetto di personalità in divenire, i cui mutamenti devono essere presi in considerazione in sede di riesame della pericolosità. Il legislatore ha pertanto introdotto un meccanismo di riesame della personalità basato su «nuove conoscenze scientifiche che permettano di prevedere che l'autore possa essere curato in modo da non costituire più pericolo per la collettività».¹⁰⁵ Un meccanismo che non implica necessariamente l'interruzione del trattamento ma una sua sostituzione con altre particolari modalità esecutive.

¹⁰⁵ M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, cit., p. 273; La decisione viene presa dall'autorità preposta all'esecuzione della misura sulla base del rapporto di una commissione federale, che dovrebbe garantire uniformità nel giudizio.

Nonostante il legislatore si sia impegnato a smussare alcune rigidità della norma che rendevano impossibile la cessazione della misura, non c'è dubbio che il modello svizzero rappresenti l'emblema di un *revival* dell'idea antropologica di pericolosità, che lascia alla scienza l'ultima speranza di incidere sulla personalità dell'internato destinato sino ad allora a perseverare nel delitto.

6.3 La “scoperta” del doppio binario in Francia.

Il fascino della riscoperta del doppio binario non ha lasciato indenne la Francia, un Paese in cui storicamente “la dicotomia tra pene e misure di sicurezza non trovava un preciso riscontro normativo”¹⁰⁶ essendo estranea al doppio binario.

A partire dagli anni Novanta il legislatore francese ha introdotto con una serie di importanti riforme, alcune misure privative e limitative della libertà personale che, a prescindere dalle qualificazioni formali, rappresentano delle vere e proprie misure di sicurezza e segnano un significativo mutamento della politica criminale: accanto ad un diritto penale della repressione ha iniziato a farsi spazio un *diritto penale della pericolosità criminale*.

Il recente movimento legislativo che ha portato all'introduzione in Francia del doppio binario è stato graduale. Inizialmente il legislatore

¹⁰⁶ M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, cit., p. 216.

ha introdotto delle misure di sicurezza detentive, arrivando poi con la L. 174/2008 ad una misura custodiale, sul modello della *Sicherungsverwahrung* tedesca. Queste sanzioni non sono state inizialmente definite come misure di sicurezza, in un primo momento il legislatore ha esitato preferendo mantenere la tradizionale dizione di “*peines complémentaires*” e giungendo infine alla denominazione formale di *mesures de sûreté*.

L’iter che ha condotto alla consacrazione normativa delle misure di sicurezza parte nel 1998 con la L. n. 468, che ha introdotto l’istituto della *suivi socio-judiciaire*, una discussa misura di sicurezza a carattere custodiale, fino ad allora estranea alla cultura penale e giuridica Transalpina. Lo scopo della misura è di prevenire la recidiva e i destinatari principali sono ancora una volta i *sexual offender*.¹⁰⁷

La norma prevede delle *mesures d’assistance* per favorire il reinserimento sociale del condannato e nel 2007 l’istituto è stato arricchito con *l’ingiunzione di cura* nei confronti dei soggetti imputabili che presentano disturbi di personalità o dipendenze da sostanze alcoliche o stupefacenti. Si tratta di una particolare misura che presenta sia caratteristiche custodiali che trattamentali.

Nel 2004 trova spazio una nuova riforma caratterizzata da una più marcata finalità preventiva, diretta sempre contro gli autori di reati

¹⁰⁷ M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, cit., p. 278; La misura contempla anche la possibilità della sottoposizione a sorveglianza elettronica mobile, prevede una serie di obblighi la cui trasgressione è sanzionata penalmente.

violenti e a sfondo sessuale. Si tratta di una misura di sicurezza che ha anche natura di *misura cautelare*¹⁰⁸. Questa ha previsto un registro giudiziario nazionale automatizzato che consente di imporre agli iscritti una serie di prescrizioni, la cui violazione è sanzionata con la reclusione.

L'epilogo preventivo arriva nel 2008. In soli nove anni il legislatore francese ha creato un potente arsenale di sanzioni penali, rivolte ai criminali più temuti e "controllati" anche negli altri ordinamenti. Autori nei cui confronti, la pena da sola si è rivelata fallimentare e insufficiente nel raggiungimento degli scopi di prevenzione speciale positiva e negativa.

Il definitivo passo verso la difesa sociale preventiva è stato sollecitato da tre fattori: criminologici, giuridici e politici, uno consequenziale all'altro. Il primo ha riguardato la commissione di alcuni gravi reati da parte di soggetti imputabili che non, in particolare a danno dei minori. Il secondo, connesso al primo, è costituito dalla percezione dell'insufficienza degli strumenti di controllo, che fino ad allora si erano limitati all'interno del controllo in libertà¹⁰⁹; infine, il terzo è dato dall'insistenza delle proposte sull'introduzione di misure di sicurezza più rigide nei confronti degli autori pericolosi. Ma forse

¹⁰⁸ L'iscrizione sul registro non comporta di per sé una sentenza di condanna definitiva.

¹⁰⁹ M. Pelissero, *Il controllo dell'autore pericoloso nella prospettiva comparata*, cit. p. 14.

ancora più importante è l'allontanamento da quei principi, che storicamente hanno caratterizzato gli indirizzi di politica criminale d'Oltralpe, tra tutti il principio di legalità ed il principio di colpevolezza come fondamento della responsabilità penale dell'individuo.

La legge introduce due nuove misure applicabili ai soggetti imputabili, che presentano un elevato grado di pericolosità sociale, introducendo, accanto ad un'altra misura di sicurezza non detentiva, una a carattere custodiale: *la rétention de sûreté*, che comporta la reclusione perpetua del destinatario dopo che questi abbia già scontato una pena detentiva. Dall'altro, la norma ha riformato la disciplina sull'irresponsabilità penale per il disturbo di mente, e, infine, introduce una nuova misura non privativa della libertà personale, la *surveillance de sûreté*, che è stata definita come una «*demimesure*» che può sostituire o affiancare la misura custodiale in un sistema flessibile, che consenta qualora il sorvegliato mostri nuovi sintomi di pericolosità, di riprendere l'esecuzione della misura custodiale.¹¹⁰

L'internamento in custodia presuppone l'accertamento della «particolare pericolosità caratterizzata da una probabilità molto elevata di recidiva, in quanto il soggetto soffre di un grave disturbo della personalità». Tale accertamento deve essere effettuato al

¹¹⁰ M. Pelissero, *Il controllo dell'autore imputabile e pericoloso nella prospettiva comparata*, cit., p. 16.

termine dell'esecuzione della pena, ma la previsione del possibile riesame deve essere stato precedentemente previsto dalla Corte d'assise. In tal modo il legislatore ha agganciato la valutazione del giudice dell'esecuzione a quello del giudice di merito e, a differenza del sistema tedesco, qui la pericolosità non è fondata su elementi emersi durante la fase esecutiva, bensì trova fondamento nel reato-presupposto. In questo modo è stato possibile ancorare le fattispecie al principio di *proporzionalità*, richiedendo un pericolo di recidiva specifica riferita agli stessi reati che fungono da presupposto d'applicazione della custodia di sicurezza e al principio di *sussidiarietà*. La misura viene infatti applicata solo in casi eccezionali, quando gli altri strumenti di controllo non appaiono sufficienti.

7. Parola d'ordine: sicurezza.

Nell'analisi condotta su questi diversi sistemi giuridici si possono evidenziare più direttrici comuni, pur nelle diversità delle rispettive discipline.

I punti d'incontro possono essere schematizzati in relazione all'espansione degli strumenti di prevenzione *post delictum*, ai destinatari e ai presupposti d'applicazione.

Per quanto riguarda il primo punto, si è visto come il potenziamento degli strumenti di prevenzione della criminalità, non passa attraverso

la previsione di pene più aspre, bensì con la previsione di nuove misure di sicurezza, il cui scopo principale è la neutralizzazione della pericolosità. E' evidentissimo sia in Germania che in Svizzera ma ancora più eclatante è l'esempio Francese, in precedenza avulso al doppio binario.

Hanno trovato larga previsione anche le misure di controllo in libertà, analoghe alla libertà vigilata italiana. Si tratta di strumenti che permettono un controllo flessibile attraverso la previsione di prescrizioni di diverso contenuto, più o meno stringente, e che in caso di violazione possono tramutarsi in misure a carattere custodiale.

Il profilo dei *destinatari* appare abbastanza omogeneo, essendo costituito dall'individuazione di soggetti tipizzati secondo figure di *pericolosità specifica* sulla base di un duplice presupposto: oggettivo e soggettivo. In relazione al primo, le misure sono destinate agli autori di reati gravi, lesivi di beni giuridici di prioritaria importanza, quali la vita, l'integrità fisica, la violenza o la violazione della libertà di autodeterminazione sessuale, delitti che costituiscono anche la base per il giudizio prognostico, in modo tale da assicurare un aggancio tra i reati perpetuati e quelli che ci si aspetta nelle recidive. Dal punto di vista soggettivo entra in gioco un fattore particolarmente importante: il *disturbo di personalità*. Il fatto commesso deve essere espressione di un disturbo tale da non incidere sulla capacità di intendere e di

volere, ma che sia stato determinante nella commissione del reato. Si assiste ad una vera e propria *patologizzazione* dell'autore imputabile, che mira a garantire un controllo preventivo anche nei confronti dei soggetti imputabili, piano su cui le misure di sicurezza vivono una crisi alla luce della doppia sanzione patita dai destinatari. Nelle misure di sicurezza di "nuova generazione" il disturbo di personalità fonda la pericolosità sociale¹¹¹, ma non si tratta di sanzioni caratterizzate dal trattamento terapeutico quanto piuttosto dall'accentuata difesa sociale. Prevale il controllo della pericolosità, come è desumibile da diversi elementi: la permanenza nel sistema penale di misure a contenuto terapeutico, l'applicazione di misure custodiali anche ad autori primari, la disapplicazione del rapporto di vicarietà tra pene e misure di sicurezza e infine la previsione di un sistema flessibile di conversione tra misure in libertà e misure custodiali.

Anche i presupposti per la cessazione della misura si muovono su una logica prettamente centrata sulla difesa sociale. Infatti sono assenti i limiti massimi di durata della misura e la sua cessazione, come nel sistema svizzero, è resa molto difficoltosa e spesso *irrealizzabile* a causa dell'impossibilità di formulare prognosi negative di pericolosità.

¹¹¹ M. Pelissero, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata*, cit., p. 17. "La pericolosità non è più necessariamente indiziata della "carriera" criminale del soggetto, ma si fonda sul disturbo di personalità. Questa estensione della sfera dei destinatari della misura custodiale si traduce in una più elevata fallibilità della predizione in ordine al comportamento futuro, con aumento delle prognosi false".

Questa è influenzata dai *falsi negativi*¹¹² mentre l'emersione dei falsi positivi è condizionata da una *probatio "più che" diabolica*.

La prospettiva comparata offre quindi degli spunti per un ripensamento del doppio binario in una chiave opposta a quella che in Italia ha considerato le misure di sicurezza come un sistema non più in linea con le politiche garantiste. L'espansione delle politiche criminali difensive risiede ancora una volta su eventi e motivazioni, condivisi dai diversi ordinamenti. Le spinte populiste, sull'onda dell'inquietudine sociale di divenire vittima di un reato, hanno indotto i legislatori a soddisfare con nuovi interventi, la sicurezza dei consociati.

E' la società del rischio a spingere verso una maggiore difesa a scapito della garanzia? L'ampliamento del ricorso allo strumento penale ha mostrato negli ultimi anni una tendenza molto forte all'anticipazione del controllo, preoccupandosi più di prevenire la futura commissione di illeciti che di punire quelli già realizzati. E' il *diritto penale d'autore*, lo stesso che spinge verso una patologizzazione del criminale, che rischia di far riemergere il binomio pericolosità- malattia mentale, che con grande difficoltà si è riusciti a superare e che consente un'estensione del controllo preventivo su quegli autori su cui, in altri

¹¹² Dato dalla non attendibilità di un giudizio prognostico seguito dalla commissione di un illecito.

ordinamenti, come quello italiano, si ipotizza l'abbandono delle misure di sicurezza.

Ci troviamo di fronte al neopositivismo non troppo diverso da quello che sta dilagando anche negli Stati Uniti.¹¹³

8. I limiti di garanzia fissati dalla Corte Costituzionale e dalla Corte Europea di Strasburgo.

La Corte Costituzionale non ha mai messo in discussione la legittimità del sistema a doppio binario, dato che pene e misure di sicurezza dovrebbero svolgere due ruoli differenti. Le sue pronunce hanno indubbiamente aperto la strada alle più importanti riforme in tema di misure di sicurezza e per l'elaborazione di quei principi che contribuiscono alla tenuta costituzionale del doppio sistema sanzionatorio. Basti pensare alle sentenze degli anni '80 che hanno stimolato la riforma Gozzini e l'abolizione delle presunzioni di pericolosità.

Con le sentenze del 2003 e del 2004, che esamineremo a breve, la Consulta è quindi arrivata a costituzionalizzare due principi: il principio di *flessibilità* delle misure di sicurezza, al fine di adeguare le forme del controllo penale alle esigenze terapeutiche del soggetto, e

¹¹³ G. Ponti- I. Merzagora Betsos, *Compendio di criminologia*, cit., p. 138.

il principio di *sussidiarietà* della misura di custodia, considerando che l'applicazione dell'OPG debba divenire *l'extrema ratio*.

La libertà vigilata, come misura "prescelta" è chiamata ad assolvere due funzioni: *in primis* evitare che il soggetto socialmente pericoloso possa venire a contatto con nuove occasioni di reato (finalità già riconosciuta *ab origine* alla misura); in secondo luogo promuovere il riadattamento sociale operando quelle finalità rieducative sollecitate dai precetti costituzionali.¹¹⁴

Il contenuto della misura di sicurezza si sostanzia quindi nelle prescrizioni imposte dal magistrato di sorveglianza, nel momento in cui ordina l'esecuzione della stesse. Queste non sono tipizzate dal legislatore¹¹⁵, poiché devono rispecchiare e adattarsi il più possibile alle condizioni personali, familiari e ambientali del soggetto destinatario. Le prescrizioni sono state elaborate in via di prassi già dal 1930 per cui è stato necessario, visto che si tratta di precetti che hanno un'incidenza sulla libertà personale, una rivisitazione alla luce dei principi costituzionali.¹¹⁶ Viene lasciata ampia discrezionalità al

¹¹⁴ L. Russo in *Codice penale* (a cura di) T. Padovani, cit. Mantovani, p.1595. Tale finalità è stata rafforzata dalle innovazioni introdotte dall'art. 55 dell'ord. Penit., modificato a sua volta dall'art. 6 della l. 12/1/77 n. 1, in base al quale il servizio sociale deve svolgere interventi di sostegno e di assistenza nei confronti dei soggetti sottoposti alla misura, per agevolare il loro reinserimento ne tessuto sociale. Per questo si può parlare di "libertà vigilata e assistita";

¹¹⁵ L'unica prescrizione a carattere obbligatorio è quella posta dall'art. 190disp. artt. c.p.p.

¹¹⁶ L'ampia discrezionalità del magistrato di sorveglianza è limitata da una serie di principi costituzionali, potendo le prescrizioni incidere sui diritti tutelati dalla Costituzione. Possono quindi ritenersi leciti gli obblighi che comportano una

giudice in ordine alla scelta dei provvedimenti da adottare nel caso concreto, muovendosi nell'ottica del principio di legalità. Il giudice dovrà tenere conto della gravità dell'infrazione e della personalità del trasgressore, ispirandosi ai criteri dell'art. 133 c.p. Diversamente rispetto al codice Zanardelli, la violazione delle prescrizioni non è considerata reato, bensì un rinnovato giudizio di pericolosità. Questo potrebbe anche condurre all'applicazione di misure di sicurezza più gravose per il destinatario e con scopi diversi, quali quello terapeutico. Il condannato potrebbe infatti manifestare, oltre alla violazione delle prescrizioni, turbe psichiche tali da legittimare la sostituzione della misura della libertà vigilata con il ricovero in casa di cura e di custodia.

I principi di flessibilità e sussidiarietà del trattamento custodiale fissati dalla Corte sono oramai *jus receptum* ed è possibile rintracciarli nei progetti di riforma del codice penale concepiti dalle commissioni Grosso, Nordio, Pisapia, il cui punto comune, come abbiamo già detto, è *l'extrema ratio* nell'applicazione delle misure di sicurezza personali detentive.

Anche i Giudici della Corte di Strasburgo si sono più volte pronunciati negli stessi termini in tema di garanzie sulle misure di sicurezza, ed in

limitazione al diritto di soggiornare e circolare liberamente perché queste sono previste dall'art. 16 per motivi di pubblica sicurezza e analoghe osservazioni valgono per il diritto di associarsi e quello di riunirsi previsto dagli artt. 17 e 18 Cost.; E. Dolcini- G. Marinucci, *Commentario al codice penale*, p. 2356.

particolare sulla disciplina tedesca della custodia di sicurezza, la *Sicherungsverwahrung*.¹¹⁷

La Corte ritiene che il contrasto con la CEDU si realizzi nel caso di sanzioni a durata indeterminata suscettibili di tradursi in una privazione perpetua della libertà personale.¹¹⁸ L'applicazione delle misure detentive è legittima, se rispettosa di determinati principi, *in primis* il rispetto della dignità dell'internato che impone di assicurare un percorso terapeutico- riabilitativo a carattere interdisciplinare e che assicuri la concreta possibilità di riottenere la libertà. Devono essere garantite le modalità esecutive che permettano di mantenere in vigore la differenza tra pene e misure di sicurezza, differenziazione finalizzata ad evitare la "truffa delle etichette". Altra garanzia fondamentale è il principio di *proporzione*, valorizzato anche dalle Corti interne, che funge da limite alle istanze preventive statuali.¹¹⁹

La compromissione delle garanzie individuali è consentita laddove venga riconosciuto un prevalente interesse pubblico alla difesa collettiva.¹²⁰ La soddisfazione delle esigenze preventive richiede il

¹¹⁷M. Pelissero, *Il controllo dell'Autore imputabile pericoloso*, cit., p.23; Per un approfondimento sull'argomento si rimanda all'analisi condotta dall'Autore.

¹¹⁸ Per un vasto approfondimento sul tema si rimanda a F. Mazzacava, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. t. dir. Proc. pen.*, 2013, p. 1899 ss.

¹¹⁹ L. Beduschi, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU e art. 2 Prot. 4)*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2011, p. 255 ss.

¹²⁰ M. Pelissero, cit., p. 337; Nowakowski, *Die Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen*, in *Festschrift für Hellmut von Weber*, Bonn, 1963, p. 98; Spetta in particolare a Nowakowski aver evidenziato il principio dell'interesse prevalente. Da un lato c'è il bisogno di sicurezza della società, dall'altro ci sono i diritti della

sacrificio della sfera giuridica dell'individuo: un sacrificio lecito soltanto se proporzionato allo scopo.¹²¹

Il principio di *proporzionalità* funge quindi da argine al dilagare delle pretese punitive statuali svolgendo lo stesso ruolo del principio di colpevolezza nell'ambito della pena.

Nel ruolo di correttivo alla limitazione della libertà personale in relazione a rango degli interessi coinvolti, il principio di proporzione ha consentito di escludere i reati bagatellari dall'ambito di applicazione delle misure di sicurezza.¹²²

Per tale ragione deve essere interpretato come *criterio di interpretazione restrittiva* in relazione ai presupposti necessari per determinare e protrarre nel tempo la misura. La pericolosità sociale, dovrebbe perciò essere considerata come *pericolosità specifica*, ossia delimitata a specifiche tipologie di reati gravi e analoghi a quelli già commessi. La *gravità* è il fattore più importante, poiché ad un sacrificio certo dei diritti del destinatario deve corrispondere l'alta

persona. Il pericolo che l'autore minaccia va bilanciato con lo svantaggio che deve essergli imposto, per neutralizzare quel pericolo, bilanciamento che spetta al legislatore. Dalla valutazione comparativa Nowakowski sottolinea che la prevenzione della criminalità non può essere considerato un valore assoluto,

¹²¹ Lo stesso Ferri introduceva un limite alla soddisfazione delle esigenze preventive affermando che «la sanzione-riparatoria o repressiva o eliminativa non deve proporsi altro scopo che quello di garantire la società senza sacrificare i diritti della persona umana, al di là dei limiti imposti dalla società».

¹²² M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, cit. p. 340; «Come ha affermato la Corte Costituzionale tedesca, stabilendo che la misura dell'ospedale psichiatrico giudiziario è applicabile solo qualora vi sia l'effettivo pericolo di reiterazione di gravi reati».

probabilità che vengano nuovamente lesi interessi altrettanto rilevanti.¹²³

Sebbene il principio di proporzione abbia segnato un passo in avanti verso il rispetto delle garanzie individuali nel limitare la pretesa punitiva, la sua forza non è stata così intensa da imprimere un cambio di rotta nei sistemi penali dove ha trovato formale accoglimento, come nel § StGb tedesco, dove non è stato registrato un minore impiego della custodia di sicurezza. Ciò è dovuto, in parte perché quello resta un principio eccessivamente elastico, puramente argomentativo e con confini incerti, incapace di offrire un *“argine sicuro alla spirale di rafforzamento delle esigenze preventive, quando le misure di sicurezza sono utilizzate come complemento, o meglio come rafforzamento delle pene”*.¹²⁴

Quindi In Italia, alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle Cedu non vi sono ragioni che giustifichino l'abbandono *tout court* delle misure di sicurezza; anzi vi sono i presupposti per un recupero delle stesse. Per intraprendere questo percorso, sarebbe necessario un contenimento, considerarle l'*extrema ratio* in base al principio di *proporzione*. Per quanto attiene alle modalità, queste dovrebbero essere incentrate sulla riabilitazione del soggetto, in modo che venga assicurato l'art. 27 Cost., il quale non

¹²³ M. Pelissero, *Quale futuro per le misure di sicurezza?*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2013, p. 1282.

¹²⁴ M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, cit., p. 341.

può essere limitato alle sole pene ma va riferito a tutte le sanzioni ad alto contenuto afflittivo.

La correlazione tra misure di sicurezza e pene è assolutamente centrale per il sistema sanzionatorio preventivo. L'indebolimento dell'una a scapito dell'altra crea una condizione abnorme che viene definita da Pelissero "*Bigbrotherisation*" del controllo penale¹²⁵. Le esigenze preventive sono "come vasi comunicanti" perciò quando non sono soddisfatte dall'apparato delle misure di sicurezza, si spostano come è accaduto nel nostro ordinamento, fuori e dentro la pena, con il rischio di forme di vigilanza esterne suscettibili di essere protratte indefinitamente. Ecco perché il principio di proporzione è indispensabile per arginare il dilagare delle istanze preventive, che più che controllare l'autore pericoloso e ostacolare le recidive finiscono per mettere in pericolo la tenuta delle garanzie tipiche dello Stato di diritto.

Punto fermo deve rimanere poi il limite massimo di durata, salvo il permanere di eccezionali esigenze di tutela della collettività e la funzione vicariale nel rapporto tra pene e misure di sicurezza.

A tal proposito si sta affacciando all'orizzonte un'importantissima novità introdotta dalla l. 30 maggio 2014, n. 81 in sede di conversione del d.l. 31 marzo 2014, n. 52., recante disposizioni urgenti in tema di

¹²⁵ M. Pelissero, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*; Saggio rivista "Diritto penale contemporaneo"

superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, emanata soprattutto per porre fine allo scandalo dei così detti “ergastoli bianchi” e della quale sarà necessario occuparsi nel prosieguo di questo lavoro.

Capitolo III

Curare e custodire: un difficile binomio. Le misure di sicurezza nei confronti dei “non imputabili”.

1. Misura di sicurezza come sanzione esclusiva.

Dall'analisi sviluppata nei precedenti capitoli abbiamo visto come il destinatario naturale delle misure di sicurezza è (o almeno dovrebbe essere), l'autore di reato non imputabile. Riprendiamo quindi l'analisi della crisi del doppio binario partendo dagli interventi rivolti a quest'ultimi per capire quale parte è possibile salvare di un sistema oramai al collasso.

La nascita delle misure di sicurezza nei confronti dei soggetti non imputabili è stata fortemente condizionata dalle riflessioni e dalla discussione sulla scelta tra intervento penale ed intervento extrapenale. Ancora oggi, dopo trent'anni dal grande intervento legislativo che ha debellato dal nostro ordinamento le istituzioni manicomiali, il nodo della questione rimane il tipo di provvedimento adottabile.

Sebbene la misura di sicurezza non si sia rivelata la migliore delle soluzioni, va precisato che ancora oggi una soluzione soddisfacente non è stata ancora raggiunta.

L'intreccio tra finalità di cura e di difesa sociale è quanto mai difficile da ottenere e nel tempo il legislatore ha mostrato una propensione verso strumenti custodiali, in grado di soddisfare maggiormente l'esigenza di difesa sociale piuttosto che quella curativa. La stessa psichiatria in passato non concepiva un trattamento della malattia mentale al di fuori della segregazione.

Lo sbocco naturale di questa «alleanza profittevole» tra psichiatria e diritto ha portato alla nascita dei manicomi giudiziari, con i quali si alimentava la speranza e la convinzione che la pena non fosse più solo *“l'espressione di una vendetta, ma di una difesa”*.¹²⁶ Cesare Lombroso fu un acceso sostenitore dell'introduzione in Italia del manicomio criminale quale mezzo di reazione dell'ordinamento nei confronti degli autori di reato *alienati* e per la creazione all'interno dei penitenziari di *«comparti per condannati impazziti»*. Nell'analisi Lombrosiana erano due gli elementi portanti che, anche storicamente, hanno giustificato la nascita delle misure di sicurezza: la tipologia soggettiva ed i limiti delle funzioni della pena.¹²⁷

Il primo manicomio criminale italiano nasce ad Aversa nel 1876, non come istituto a sé per i criminali folli non imputabili, ma come reparto

¹²⁶C. Lombroso, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria*, Roma, 1897, p. 582.

¹²⁷M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit. C. Lombroso, p. 79; Scriveva infatti il Lombroso che *«Si può discutere a lungo sulla teoria della pena, ma in un punto oramai tutto convergono: che fra i delinquenti e quelli creduti tali, ve n'ha molti che o sono o furono sempre alienati, per cui la prigione è un'ingiustizia, la libertà un pericolo, a cui mal si provvede da noi con mezze misure che violavano ad un tempo la morale e la sicurezza»*.

del carcere destinato a quei detenuti che presentavano segni di alienazione mentale. *Lo scopo era quindi quello di differenziare il percorso penitenziario per coloro che fossero impazziti in carcere.*¹²⁸

Le caratteristiche biologiche o patologiche e la pericolosità del folle-reo richiedevano un'attenzione diversificata sia dal criminale comune che dal "pazzo comune".

La funzione preventiva della pena giustificava, in nome della difesa sociale, che la segregazione dell'internato malato-criminale fosse perpetua, salvo l'accertamento dell'avvenuta guarigione.¹²⁹

L'eco del pensiero lombrosiano si ritrova, in una riflessione più organizzata, nella Scuola Positiva e nella Scuola psicologica tedesca (*moderne Schule*). Secondo la Scuola Positiva era infatti necessario individuare un trattamento sanzionatorio adeguato alla tipologia dell'autore di cui il reato costituisse un sintomo. Franz von Liszt, fondatore della *moderne Schule* sosteneva che la pena dovesse essere differenziata nei suoi scopi: *pena-neutralizzazione* nei confronti dei soggetti irrecuperabili, *pena-risocializzazione* per i delinquenti bisognosi di risocializzazione e *pena-intimidazione* per i delinquenti abituali e solo per questi ultimi le pene sarebbero dovute essere determinate. Non era necessario operare una distinzione tra il

¹²⁸M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit. Manacorda, p. 80.

¹²⁹All'accertamento di guarigione, nei rarissimi casi in cui si verificava, dovevano seguire visite mediche mensili a lungo termine, per verificare le condizioni di salute del soggetto.

soggetto il cui reato fosse sintomo di alienazione e il soggetto la cui follia si fosse presentata nel corso dell'esecuzione della pena. In ambo i casi le caratteristiche soggettive, giustificavano l'applicazione del provvedimento restrittivo differenziato.

Nella disciplina precedente al codice Rocco trovavano collocazione anche le esigenze di cura. Infatti, con il ricovero in manicomio giudiziario i soggetti ritenuti pericolosi a causa di disturbi psichici fuoriuscivano dal sistema penale per essere affidati, pur sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, alla psichiatria.

Il legislatore del 1930 si distingue accentuando il profilo sanzionatorio; egli mantiene ferma l'esigenza di assicurare tramite la misura di sicurezza la difesa sociale, ma introduce una componente retributiva per il fatto commesso che paradossalmente irrigidisce la risposta sanzionatoria nei confronti dei non imputabili.¹³⁰

Così nei confronti degli infermi di mente veniva ad operare automaticamente la sanzione dell'ospedale psichiatrico giudiziario, il quale rappresentava per i soggetti una «doppia segregazione» sia perché autori di reato che psichicamente insani.

¹³⁰M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, cit. p 94; Paradossalmente perché nell'ottica della scuola classica, la funzione retributiva avrebbe dovuto assolvere l'imprescindibile garanzia di applicazione di una pena proporzionata al disvalore del fatto ed alla colpevolezza del soggetto, mentre qui irrigidisce la risposta sanzionatoria. *Si tratta di un segno evidente, di quanto la politica criminale del codice Rocco, avesse piegato alle esigenze di un più severo sistema sanzionatorio, l'auspicato sincretismo culturale tra scuola classica e scuola positiva.*

Senza ripercorrere tappe già viste, sappiamo bene come nel tempo le misure di sicurezza abbiano mostrato un ruolo particolarmente angusto e come la loro applicazione sia entrata in crisi con l'avvento della Costituzione e con l'abrogazione delle presunzioni di pericolosità. Già un decennio prima di quest'ultimo avvenimento si segnala un'altra importante rottura: quella del binomio psichiatria-diritto.

Le giustificazioni che avevano sorretto il principio del trattamento curativo in custodia tale da avallare la segregazione per i non imputabili non ricevettero più l'avvallo della scienza psichiatrica.

Così l'internamento del folle delinquente resisteva con tutta la sua incoerenza di fronte ad un sistema che apre nel 1975 alle misure alternative alla detenzione per i delinquenti e abbandona nel 1978 l'idea del trattamento in custodia per i malati di mente. La conseguenza fu che l'applicazione della misura di sicurezza detentiva si prestava ad applicazioni che apparivano del tutto sproporzionate quanto ad incidenza sulla libertà personale del soggetto e controproducenti sul piano terapeutico, tutte le volte in cui a contenere il rischio di recidiva sarebbero state sufficienti strutture aperte o addirittura semplici percorsi ambulatoriali con i centri di salute mentale.

2. Verso il superamento del binomio malattia mentale-pericolosità sociale.

La riforma psichiatrica del 1978 costituisce il primo passo per comprendere l'evoluzione del rapporto tra il sistema penale e l'autore di reato infermo di mente. Il lento processo, non ancora conclusosi, mira a ridimensionare il ruolo dell'Ospedale psichiatrico giudiziario soprattutto per le gravi condizioni in cui i pazienti si trovano a vivere. Il primo passo verso il superamento della logica repressiva fu costituito dall'intervento sul termine minimo di durata delle misure di sicurezza. La previsione di un termine minimo di durata in connubio con le presunzioni di pericolosità faceva, sì che la limitazione della libertà personale potesse essere protratta ben oltre il limite della pena che si sarebbe dovuta scontare se si fosse trattato di soggetti imputabili.

Come ben evidenzia Pelissero: *«questi limiti temporali, svelano il carattere repressivo ed un residuo retribuzionismo di una disciplina, che guardava più al passato (reato commesso) che al futuro (reati attesi), mascherando sotto le vesti della prevenzione speciale, la soddisfazione di esigenze retributive. Qui c'è tutta la contraddizione di una misura di sicurezza che «vuole evitare di essere pena, ma che finisce per diventarlo».*¹³¹

¹³¹ M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit. p. 102;

Sul termine minimo di durata è intervenuta la Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 110 del 1974, la quale ha dichiarato illegittima costituzionalmente l'attribuzione ministeriale del potere di revoca, conferendola al magistrato di sorveglianza. Tale sentenza rappresenta un passaggio epocale per le misure di sicurezza. Innanzitutto perché con l'attribuzione del potere di revoca al giudice di sorveglianza, l'intero processo di esecuzione veniva ad essere giurisdizionalizzato e veniva altresì a perdersi quel carattere retributivo antitetico alla dichiarata funzione specialpreventiva delle misure di sicurezza.¹³²

Il passo successivo fu lo smantellamento del binomio malattia mentale- pericolosità sociale, sostenuto da una lunga tradizione ben consolidata sia in letteratura che dal comune sentire sociale.

La fine del binomio malattia mentale-pericolosità, oltre ad essere ancora una volta ascrivibile ai diversi interventi della Consulta e al legislatore della Gozzini, è dipesa dall'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, che ha previsto all'art. 649 l'obbligo di accertare nuovamente la pericolosità sociale nel momento di inizio esecuzione della misura di sicurezza. L'accertamento concreto nel momento di inizio esecuzione della misura si dimostrava maggiormente ossequioso del principio di sussidiarietà e di *extrema*

¹³² Tale sentenza rappresenta anche un primo passo verso il superamento delle presunzioni di pericolosità. Sarà la stessa Corte Costituzionale a chiarire nella sentenza n. 139 del 1982 a chiarire il legame tra la dichiarazione di illegittimità costituzionale della presunzione di persistenza della pericolosità e la pronuncia del 1974

ratio e ancor più “*salutare*” dal punto di vista dei diritti umani, visto che nella gestione concreta gli ospedali psichiatrici giudiziari erano diretti più a neutralizzare la potenziale-presunta pericolosità che ad offrire un percorso di cura e riabilitazione. Difatti, come era stato evidenziato dalla Corte Costituzionale, «Il problema umano e sociale del trattamento [...] impone l’adozione di misure concretamente idonee alla cura e non soltanto alla custodia di quei soggetti, essendo evidente che la loro risocializzazione dipende dalla guarigione o quanto meno dal miglioramento delle condizioni psichiche».¹³³

Tra i primi effetti evidenti della riforma vi fu la riduzione del numero degli internamenti e la parziale compensazione della situazione estremamente sperequativa tra gli infermi di mente autori di reato e i non autori, il cui trattamento era effettuato su base volontaria salve le eccezioni sui t.s.o.

Si registrarono però anche numerosi limiti, i quali non derivarono tanto dalla riforma stessa quanto dal fatto che quella fu installata su un sistema socio-sanitario immutato, il quale, da un punto di vista normativo e organizzativo poggiava su strutture fatiscenti e su personale non formato.

Pertanto, se nel sistema precedente si garantiva una certa uniformità di trattamento nell’applicazione delle misure di sicurezza, una volta

¹³³ Corte Cost. sentenza n. 139/1982 in *Giur. Cost.* , 1982, 1191.

generalizzato il presupposto dell'accertamento concreto della pericolosità basato su un giudizio prognostico totalmente indeterminato,¹³⁴ si lasciava spazio ad incertezze di giudizio con potenziali disparità di trattamento e nei casi peggiori ad abusi di potere da parte dell'autorità giudiziaria.

Il passaggio a questo schema condizionale e a struttura prognostica ha finito per creare gravi problemi riguardo alla legittimazione del controllo penale, una «patata bollente che giudici e psichiatri si passano reciprocamente». Ancora una volta ad essere messo in crisi è il sistema del doppio binario, perché se il giudizio di pericolosità su basi prognostiche diventa una categoria inaffidabile, ad essere compromesso è l'intero sistema delle misure di sicurezza.

¹³⁴ M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, p. 107; "L'ostacolo qui non è dato dai divieti di perizia criminologica previsti dal codice di procedura penale (art. 224 c.p.p.), che non operano in presenza di una patologia psichica, ma dal rifiuto della psichiatria di assumere il ruolo di "giudice" della pericolosità sociale".

Sezione I

La prognosi di pericolosità sociale

3. La crisi della pericolosità sociale: una categoria giuridica traballante.

Il nostro sistema penale è caratterizzato da una costante tensione tra crisi della pericolosità sociale ed il potenziamento degli apparati preventivi.

Per comprendere tale aporia è necessario scandagliare il concetto di pericolosità sociale, il che non è affatto agevole, trattandosi di una categoria giuridica *complessa e pervasiva*. Complessa perché l'accertamento è fondato su un giudizio prognostico oramai non più tamponato dalle archiviate presunzioni di pericolosità. Pervasiva perché, come presupposto d'applicazione delle misure di sicurezza, si è dimostrata dotata di notevoli capacità intrusive nelle maglie del sistema penale. Talvolta è punita nei reati di sospetto dove il disvalore volge verso l'autore, o ancora, come abbiamo esaminato, è alla base della differenziazione dei percorsi penitenziari¹³⁵ e infine viene controllata tramite misure di prevenzione *ante delictum* personali,

¹³⁵ Art. 4-*bis* ord.penit.; Un altro esempio lo ritroviamo nell'inasprimento del regime carcerario ex art. 41-*bis* ord. penit. che fa del "carcere duro" nella sostanza una misura di sicurezza.

che nonostante le critiche sono previste e sistematizzate nel c.d. codice antimafia.¹³⁶

Dalle norme che direttamente o indirettamente richiamano la pericolosità sociale, emerge un'aporia del sistema penale. La categoria vive, come le misure di sicurezza, una forte crisi. Una crisi presente sin dalla sua nascita,¹³⁷ dovuta principalmente alla difficoltà insita nella prognosi del giudizio e che si è fortemente aggravata da quando il legislatore ha espulso dall'ordinamento le presunzioni di pericolosità sociale. D'altro canto, il carattere pervasivo ed invasivo della pericolosità, dimostra come il sistema non sia ancora in grado di rinunciare. Il sistema penale non appare in grado di sfuggire ai giudizi prognostici, come dimostrano sia la disciplina penale sostanziale, che processuale. Pelissero scrive che vi è *"quasi una necessità costituzionale della pericolosità sociale"*¹³⁸ In quest'ottica, la pericolosità sociale trova il proprio fondamento costituzionale nell'art. 27 , terzo comma, costituendo il riflesso negativo della funzione rieducativa della pena. Basti pensare alla valutazione effettuata dal giudice sull'idoneità degli istituti preposti a percorsi di

¹³⁶ D. lgs. 159/2011.

¹³⁷ M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, v. p. 107 ss., La crisi del concetto di pericolosità sociale è probabilmente cominciato con la sua stessa nascita. Le difficoltà sorgono innanzitutto dalla nozione di pericolo, dalla quale non è possibile desumere indicazioni sulla prognosi di pericolosità di una persona.

¹³⁸ M. Pelissero, *La pericolosità sociale categoria imprescindibile o rinunciabile?*, in *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, (a cura di) A. Gaboardi, A. Gargani, G. Morgante, A. Presotto, M. Serraino; Giappichelli Editore Torino 2013.

risocializzazione del condannato, avendo considerato preliminarmente l'assenza di una prognosi positiva di pericolosità.

Questa riflessione non esclude che la pericolosità sia una categoria scomoda, a partire dalla sua, eccessivamente generica, definizione.

La difficoltà nell'accertamento e nella formulazione di un giudizio vago, poiché fondato su "piedi di argilla", si è inevitabilmente ripercossa sull'applicazione delle misure di sicurezza.

La valutazione concreta della pericolosità sociale deve essere operata successivamente al preliminare giudizio sull'imputabilità. Cerchiamo di ricostruirne i passaggi logici per poter comprendere l'origine della sua crisi epistemologica.

3.1 Il giudizio di imputabilità.

Un soggetto è considerato imputabile quando gli si può attribuire la responsabilità delle proprie azioni criminose. E' risalente nel tempo il principio giuridico che considera "irresponsabile" *il reo folle* e diverse sono state, storicamente, le strategie per poter contenere ed operare un controllo sulla sua pericolosità. L'autore di reati "folle" è un soggetto afflitto da un'infermità mentale, un soggetto il cui discernimento e le proprie azioni sono dirette dalla patologia e non dalla volontà.

E' Il principio generale che lega la possibilità di punire il soggetto alla sua capacità di comprendere il significato sociale e le conseguenze dei propri atti (capacità d'intendere) e all'autodeterminarsi liberamente (capacità di volere).

La sua consacrazione moderna si raggiunse nel periodo delle codificazioni, durante il quale in molti sistemi penali venne affiancata anche la ridotta imputabilità nei casi meno gravi di malattia mentale. Riuscire ad individuare il disturbo mentale e comprendere in che grado questo abbia inciso sulla capacità di intendere e di volere, non è affatto agevole. Per questo motivo le problematiche principali su tale giudizio si sono concentrate sul tipo di accertamento.

Il metodo seguito nella maggior parte degli ordinamenti, compreso il nostro, è quello psicopatologico-normativo (come la stessa dizione indica), considerato la miglior sintesi tra un metodo puramente psicopatologico e quello esclusivamente normativo.¹³⁹

Nell'accezione psicopatologica, la non imputabilità è determinata in *primis* dal ricorso di un'infermità e successivamente dalla valutazione

¹³⁹ G.L. Ponti- I. Merzagora Betsos, *Compendio di criminologia*, p. 343; Il metodo puramente psicopatologico considera non punibili i malati che abbiano commesso un reato se affetti da determinate malattie mentali, specificate dai codici. Si tratta di un criterio puramente nosografico, nel quale l'essere portatore di una malattia mentale conduce all'irresponsabilità del reo/malato. In modo diametralmente opposto, nel metodo normativo, per non avero imputabilità è sufficiente che, al momento del fatto, il soggetto sia stato giudicato incapace di intendere e di volere, prescindendo dall'identificazione di una precisa infermità. La miglior sintesi è rappresentata dunque dal metodo psicopatologico- normativo, il quale richiede il ricorso di un'infermità di mente e poi la valutazione della sua incidenza sulla capacità di intendere e di volere. L'infermità rappresenta il presupposto, ma non la condizione di per sé sufficiente per pronunciarsi in merito all'imputabilità.

di incidenza sulla capacità di intendere e di volere al momento della commissione del delitto.

La mancata armonizzazione tra la letteratura penalistica e quella psichiatrica e la difficoltà di conciliare le varie correnti di pensiero che si ritrovano all'interno del pensiero psichiatrico, finiscono inevitabilmente per riverberarsi all'interno delle aule di giustizia dove spesso si vede prevalere una rigida osservanza delle categorie diagnostiche della psichiatria, mentre altre volte si lascia spazio a teorie più elastiche del concetto di infermità.

Va quindi riconosciuta l'impossibilità di ottenere conoscenze certe sull'ambito dei disturbi psicopatologici e tale limite, che è insito in tutte le scienze umane, diventa ancora più ostico in una materia così incerta, la cui scientificità come vedremo è stata messa fortemente in discussione.¹⁴⁰

Rispetto al passato è stata abbandonata la convinzione "dell'astratta entità denominata follia o pazzia, per avvicinarsi invece alla realtà di singoli individui portatori di malattia ma non massificati e pur sempre unici nella loro personalità." E' venuta a mancare quindi l'astrattezza con il quale il malato di mente veniva sempre indicato come non imputabile, per avvicinarsi ad un criterio più prettamente individuale,

¹⁴⁰ G.L. Ponti- I. Merzagora Betsos, *Compendio di criminologia*, cit. 346. Difficilmente la medicina o la scienza potrà mai sperare di raggiungere la prova che una persona non sia in grado di resistere ai propri impulsi perché "non può o perché non vuole". Non è infatti concepibile un criterio oggettivo, sottoponibile a verifica empirica, che possa distinguere tra il "non ha resistito" e "non ha potuto resistere"

in cui l'indagine sull'imputabilità è incentrata sul fatto che esistono singoli malati con diversi gradi di compromissione.

Il sistema giuridico italiano regola in modo articolato l'imputabilità e le conseguenze della sua diagnosi.

Il giudizio di imputabilità in base al criterio bio-psicologico si struttura su due livelli, da una parte l'accertamento dell'esistenza di una malattia mentale, dall'altro occorre verificare con che intensità quest'ultima abbia inciso e compromesso, al *tempus commissi delicti*, la capacità di intendere e di volere.

Si tratta di un accertamento estremamente complesso che richiede conoscenze e competenze estranee al giudice e per le quali è necessaria l'assistenza peritale.

Il perito è solitamente uno psichiatra, anche se sempre più spesso, soprattutto in epoca recente, si ricorre ad uno psicologo o a colleghi nei quali operano entrambi gli specialisti. La perizia psichiatrica è quindi un atto medico che si inserisce nel processo penale e a cui sono connesse particolari conseguenze. Essa ha avuto nel tempo un'altalenante fortuna.¹⁴¹

¹⁴¹ 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; Cedam, Padova 1995. "La perizia psichiatrica ha assunto progressivamente una crescente rilevanza nel processo penale- per effetto dei mutamenti indotti dall'affermarsi di nuovi e più adeguati paradigmi della realtà psichica. Ciò non è tuttavia valso ad accorciare la distanza tra Psichiatria e Diritto, né ha indotto sul piano normativo i necessari mutamenti per un'impostazione dei problemi di controllo sociale più adeguata alla realtà dei problemi umani e sociali dell'autore di delitti riconosciuto infermo di mente".

In passato soltanto in casi particolarmente anomali si ricorreva alla perizia, quando in presenza di una determinata malattia nosograficamente inquadrata, si ricollegava la sussistenza del vizio di mente secondo un meccanismo presuntivo.

Questa compattezza di visione tra psichiatria e diritto, che si muoveva secondo prospettive comuni di difesa sociale si è sgretolata negli ultimi decenni in concomitanza con l'entrata in crisi del concetto medico di malattia mentale.

Le nuove concezioni della malattia mentale proposte dalle scienze psichiatriche e psicologiche hanno avuto in impatto notevole, tanto da mettere in crisi il convincimento della necessità della perizia all'interno del processo penale.

A tal proposito si sono contrapposte nel tempo teorie estremistiche di chi da un lato vorrebbe un utilizzo più massivo della perizia e preme per ottenere all'interno del processo la c.d. «perizia criminologica» che incontra attualmente un espresso divieto nell'articolo 220 comma 2, c.p.p., e, dall'altro chi, in modo diametralmente opposto, vorrebbe la totale esclusione del ricorso alla psichiatria forense all'interno delle aule giudiziarie.

La più valida opposizione alla prima proposta è quella che adottare una perizia “psicologica” o “criminologica” nei confronti di tutti gli imputati (sulla base della constatazione che chi commette un reato

sarebbe da considerare di per sé “malato”) prima dell’accertamento della responsabilità, potrebbe spingere l’accusa a trarre dal contenuto della perizia indizi di reità. Non si può poi non tenere conto del fatto che non tutti i reati constano della stessa gravità e non tutti sollevano gli stessi problemi di allarme sociale.

La tesi diametralmente opposta fa capo all’Antipsichiatria e alle sue derivazioni più moderate che tenderebbero in ogni caso a limitare o escludere il perito dal sistema giudiziario.

Si collocano in quest’ambito quei progetti diretti ad abolire il vizio parziale di mente, facendone ricorso solamente nei casi più estremi o ancora quelle indicazioni volte a limitare l’oggetto della perizia psichiatrica alla sola capacità di intendere e di volere negando invece la possibilità di valutazioni prognostiche sulla pericolosità sociale.

Se *in media stat virtus*, sarebbe meglio non rinunciare totalmente alla perizia psichiatrica ma subordinare la sua operatività ai soli casi in cui si rende possibile scientificizzare al massimo le procedure da seguire, in modo tale da poterla sottoporre a quel controllo da parte dei terzi e del giudice, tanto auspicato quanto attualmente ritenuto non operabile.

3.2 Perizia psichiatrica: tra scienza, psichiatria e diritto.

La validità della perizia psichiatrica ha subito nel corso degli anni una messa in discussione sempre più accentuata soprattutto a causa dell'*ascientificità* che la caratterizza.

Se consideriamo la perizia come mezzo di prova, non è certo accettabile che questa sia fondata su semplici intuizioni mentre sarebbe opportuno che si basasse su dati certi, razionali e oggettivi.

Si tratta invero criteri molto ardui da ottenere quando si va a scandagliare la mente umana. Come ebbe ad affermare nel 1963 Lady Wooton¹⁴² il criterio della malattia non offre ragioni per sostenere che l'impulso sia stato "irresistibile".

La perizia viene contestata proprio per l'assenza di una metodologia consolidata, in particolare per la mancanza di procedure standardizzate, indispensabili per consentire un controllo esterno di affidabilità.

Già la scelta del perito cui affidare l'incarico è particolarmente delicata. Negli albi a disposizione del giudice sono ricomprese personalità dalle competenze scientifiche anche fortemente

¹⁴² G.L. Ponti- I. Merzagora Betsos, *Compendio di criminologia*, cit. p. 344 ss.; B. Wooton, *Crime and criminal law*, p. 74, London 1963. «*Né la scienza medica, né alcuna altra scienza può mai sperare di provare, quando un uomo non resiste ai propri impulsi, se ciò è successo perché non ha potuto o non ha voluto*».

differenziate, perciò sta al magistrato individuare chi, tra gli esperti, sia in grado di fornire la perizia più idonea rispetto al caso concreto.¹⁴³

La scelta del perito è in effetti oggetto di grande discussione e per il futuro sarebbe auspicabile che il legislatore intervenisse sulla materia di modo che la perizia collegiale divenisse la regola. La presenza nel collegio di esperti di diversa formazione, vista la natura multifattoriale dell'infermità mentale garantirebbe in una visione d'insieme un giudizio più condiviso e neutrale.¹⁴⁴ Qualora invece si optasse per

¹⁴³ Per approfondimento v. M.T. Collica in *Riv. it. Dir.proc. penale*, 2008, p. 1170 ss., "La credibilità del perito può, essere offuscata da un eccessivo condizionamento del contesto in cui abitualmente opera, arrivando a mutare valutazione a seconda del paradigma psichiatrico di malattia mentale accolto e «dall'atteggiamento personale nei confronti dell'imputabilità come categoria giuridico penale di scusabilità»"; "In base a queste variabili, la conclusione a cui arriva un perito può essere smentita da un altro di diverso campo culturale. Non è raro, pertanto, trovare in un unico processo ben tre conclusioni psichiatriche, rispettivamente del medico chiamato dal giudicante, del consulente della difesa e di quello scelto dal Pm; ma ciò diventa patologico nel caso in cui quegli stessi specialisti, cambiando ruolo, dovessero assumere una linea diversa e magari opposta alla precedente."

Riferimenti in V. Andreoli, *La perizia psichiatrica, Lezione tenuta il 7 maggio 1999 alla Scuola di Specializzazione in Psichiatria Forense dell'Università del Sacro Cuore di Roma*, in www.psychiatryonline.it ; "Così, anche a livello psichiatrico viene ripetuta quella sorta di conflittualità, tipica del diritto della difesa e dell'accusa, inscenando sul sapere psichiatrico una battaglia di teorie a seconda della posizione in cui si è stati chiamati. Al punto tale, che se gli psichiatri cambiassero ruolo, lo stesso psichiatra che prima aveva assunto una linea, per esempio difensiva, ne assume un'altra opposta."

¹⁴⁴ V. Andreoli, *La perizia psichiatrica, Lezione tenuta il 7 maggio 1999 alla Scuola di Specializzazione in Psichiatria Forense dell'Università del Sacro Cuore di Roma*, in www.psychiatryonline.it , "Un altro tema molto dibattuto è se sia corretto affidare la valutazione di un soggetto a un singolo professionista, lo psichiatra, il cui parere condiziona il giudice. In questa critica si propone di risolvere l'impasse, sostituendo al perito un centro o istituto autorizzato dallo Stato, in cui lavorino équipe. Questa è la strada seguita, per esempio, in America, dove funzionano centri per lo studio del comportamento altamente specializzati, in cui il magistrato manda l'imputato per un certo numero di giorni, trascorsi i quali si esprime una valutazione, di cui il giudice terrà conto."

M.T. Collica, *Ruolo del giudice e del perito nell'accertamento del vizio di mente*, cit. p. 6 "La scelta di un collegio di periti dalla multiforme professionalità, stando ben attenti ad evitare pericolose sovrapposizioni di ruoli, può essere garanzia di un giudizio neutrale. Probabilmente se questa composizione collegiale fosse sempre

mantenere la scelta di incarichi paralleli,¹⁴⁵ sarebbe necessario intervenire sulla disciplina vigente per un recupero del rigore scientifico della prova, in particolare prevedendo anche per i consulenti di parte l'obbligo alla verità e l'inclusione in albi appositi.

Un altro aspetto importante e problematico riguarda lo stacco temporale tra il momento in cui la perizia viene effettuata e quello in cui deve essere valutato lo stato psichico del soggetto. Ad essere rilevante nell'esclusione dell'imputabilità è lo stato in cui versava il soggetto al momento della commissione del reato, perciò è inaccettabile che la valutazione dello stato psichico sia ipotetico o probabilistico. Per tale ragione si suole richiedere l'incidente probatorio.¹⁴⁶ Questo garantisce che il confezionamento di quella prova non vada perso nella fase dibattimentale, dove per ovvie ragioni non sarebbe più acquisibile. Una soluzione, in una prospettiva *de iure condendo*, potrebbe essere offerta dalla proposta di un processo bifasico oppure più semplicemente mantenendo la perizia

rispettata, non solo sarebbe meglio garantita l'imparzialità del giudice, ma pure si renderebbero superflue le stesse perizie di parte, essendo in ogni caso garantito all'interno di tale tipologia di composizione un processo di falsificazione del giudizio valutativo. Del resto, le parti potrebbero essere ugualmente tutelate garantendone la partecipazione alla fase di formazione del collegio, affidata sì al giudice, ma nel contraddittorio tra accusa e difesa."

¹⁴⁵ M.T. Collica, *Ruolo del giudice e del perito nell'accertamento del vizio di mente*, cita Conti in *Iudex peritus peritorum*, secondo il quale gli incarichi paralleli sarebbero preferibili, in quanto nella perizia collegiale, pur garantendo un contraddittorio tra gli esperti, si corre il rischio che vi possano essere delle influenze reciproche tra gli esperti e che l'opinione prevalente condizioni o soverchi le altre.

¹⁴⁶ Conso G.- Grevi V., *Compendio di procedura penale*, AA.VV., V Edizione, Cedam, 2010, pag. 591 ss.

nella fase iniziale del procedimento, stabilendo però che le risultanze non possano essere utilizzate nella motivazione dal giudice, allo scopo di attribuire il fatto criminoso all'imputato.

Altro punto nevralgico riguarda la professionalità dei periti. In questo forte bisogno di scientificità rientra la formazione dello psichiatra forense, la quale dovrebbe seguire determinate regole e protocolli standardizzati ed essere in continuo aggiornamento. L'intreccio tra scienza e diritto è quanto mai pregnante in tale ambito e in particolare in un giudizio il cui esito ha conseguenze così incidenti sulla vita dell'esaminando¹⁴⁷.

Gli psichiatri forensi vengono investiti dell'incarico dal giudice con una formula giustiziale che più o meno con qualche variazione suona così: "Dica il perito valutato l'imputato e presa coscienza degli atti e fatte tutte le acquisizioni e gli accertamenti che riterrà opportuni se, al momento del fatto per cui si procede egli era *capace di intendere e di volere*, oppure se le capacità erano totalmente o grandemente scemate". Spesso può essere aggiunta un'ulteriore domanda: "Dica, inoltre, il perito se il soggetto sia *socialmente pericoloso*".

¹⁴⁷ M. Zanchetti, *La prova penale scientifica*, in *Scienze forensi: teoria e prassi dell'investigazione scientifica*, (a cura di) M. Picozzi, A. Intini, Utet giuridica, Torino 2009, pag. 509; "Il rapporto tra scienza e diritto ha sempre costituito una relazione interessante. Il tentativo dei giudici di appropriarsi della scienza [...] importa una serie di rischi non indifferenti: quello di una sostituzione della legittimazione proveniente dal diritto con quella fornita dalla scienza, nonché quello di edificare un modello giudiziario di scienza che non trovi riscontro nella scienza praticata dalla comunità scientifica."

Per la prima parte di questo giudizio sono stati estesi quei criteri di verificabilità empirica, di falsificabilità ed affidabilità già utilizzati nella spiegazione causale dei fenomeni.¹⁴⁸ Questo assunto dovrebbe valere ogni qualvolta il giudice si trovi a ricorrere all'utilizzo di prove scientifiche per accertare determinati fatti rilevanti per la decisione. E' valido per la colpevolezza e a maggior ragione lo sarà anche per il suo presupposto: l'imputabilità.

Come per le scienze "naturali" anche per quelle umane è necessario valutare la correttezza delle metodologie.

Nello sforzo di dettare canoni più rigorosi sulla perizia psichiatrica, non si può non tener conto dei criteri elaborati dalla giurisprudenza nordamericana, contenuti della nota sentenza *Daubert* del 1993,¹⁴⁹ ai quali hanno aderito anche i giuristi italiani. Difatti, anche nel nostro ordinamento fermo restando i dovuti adattamenti rispetto ad un sistema giuridico-processuale come quello Oltreoceanico, si auspicava un percorso di "ammodernamento delle perizie psichiatriche e del

¹⁴⁸ Per approfondimento v. M.T. Collica, *Ruolo del giudice e del perito nell'accertamento del vizio di mente*, cit. p. 11 ss. In quest'ambito scienza e diritto sono strettamente connesse. Per ottenere lo standard dell'Oltre ogni ragionevole dubbio, sempre più spesso la giurisprudenza esige che le decisioni in materia di causalità siano fondate su prove convincenti, dall'elevata credibilità razionale.

¹⁴⁹ Il fatto di far arrivare nel processo penale solo prove scientificamente valide, è stato avvertito nel sistema statunitense, dove, vuoi anche per la presenza della Giuria più facilmente suggestionabile, si è sentita maggiormente pregnante l'esigenza di tutelarsi dall'ingresso della c.d. *Junk Science o bad science*.

conseguenziale ruolo di controllo dell'affidabilità delle prove che deve assumere il giudice".¹⁵⁰

Partendo dal presupposto che nessuna scienza può dirsi portatrice di certezze irreversibili, una conoscenza è scientifica quando: a) il suo metodo è verificabile, ossia controllabile mediante test di falsificazione; b) sottoponibile al controllo della comunità scientifica; c) capace di esprimere al giudice il tasso di errore accertato o potenziale che questo comporta, per ogni metodo proposto (*rate error*); d) godere della credibilità da parte della comunità degli esperti.¹⁵¹

Per quanto attiene alla diagnosi di accertamento del disturbo mentale, rispetto al passato in cui convivevano in psichiatria diversi paradigmi casuali, prevale oggi un modello multifattoriale di tipo biopsicologico. Il disturbo psichico non può essere esaminato se non considerando una molteplicità di fattori, anche di tipo extrabiologico, che potrebbero esserne causa o concause.

In giurisprudenza tale prospettiva è stata avallata dalla nota Sentenza "Raso" delle Sezioni Unite, con la quale è stato riconosciuto che nella nozione di infermità penalmente rilevante possano rientrare anche i

¹⁵⁰Riferimenti in M.T. Collica, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁵¹ I principi della sentenza *Daubert* sono stati successivamente completati dalla sentenza sul caso *Kuhmo* nel 1999, nella quale si è precisato che tali criteri devono essere applicati anche alle conoscenze "tecniche o specializzate" indi anche alle testimonianze degli psichiatri e degli psicologi sull'imputabilità.

disturbi di personalità. Costituiscono quindi causa di esclusione o di limitazione dell'imputabilità anche anomalie del carattere non di tipo patologico.¹⁵²

Nella prospettiva nosografica si prende in considerazione il DSM IV¹⁵³ (la stessa sentenza Raso lo cita) Vi sono anche altre tipologie di diagnosi che si rivelano ai fini forensi maggiormente utili rispetto alla mera diagnosi descrittiva.

Più problematica è invece la seconda fase del giudizio, che attiene all'incidenza del disturbo mentale sulla capacità di intendere e di volere del soggetto agente, un frangente dove diventa ancora più complessa l'interazione tra magistratura e comparto peritale.

Sui limiti dell'indagine peritale, come per i suoi contenuti, vi sono diverse opinioni sia in letteratura giuridica che psichiatrica.

Una delle tesi maggioritarie ritiene che lo psichiatra forense dovrebbe limitarsi all'accertamento del disturbo mentale, astenendosi però dal

¹⁵² Il giudice deve accertarne la gravità e l'intensità, le quali devono essere tali da escludere o grandemente la capacità di intendere e di volere e «il nesso eziologico con la specifica azione criminosa»; Cass. Sez. Unite 8/3/2005, n.9163.

¹⁵³ Si tratta del Manuale diagnostico e statistico delle malattie mentali (DSM) che è divenuto testo di riferimento largamente adottato e che "costituisce un importante strumento per l'unificazione, in tutti i paesi, della terminologia psichiatrica e per il raffronto dei dati delle ricerche scientifiche." (Merzagora-Betsos). Il manuale redatto dall'*American Psychiatric Association* (APA) è giunto alla sua 5° edizione. Esso non è esente da critiche e non è universalmente accettato dagli psichiatri. Esiste un'analoga classificazione delle malattie mentali, ad opera dell'OMS : l'ICD-10 (Classificazione internazionale delle sindromi e dei disturbi psichici e comportamentali).

valutare l'incidenza sull'imputabilità, ruolo che spetterebbe solamente al giudice.¹⁵⁴

Tuttavia, di fronte ad una così netta distinzione tra i due aspetti di indagine, vi sono delle perplessità. Difatti, in un giudizio così delicato sarebbe auspicabile un maggiore dialogo tra giudice e periti.

Gli esperti manifestano un disagio già rispetto alla domanda con cui ricevono l'incarico dal giudice: *“Quello che ci domandiamo è se il tenore del quesito, formulato secondo il contenuto delle norme che regolano il diritto penale, tenga effettivamente conto della scienza psichiatrica attuale, se cioè il sapere psichiatrico sia adeguato a dare una risposta ad una domanda così proposta”*.¹⁵⁵ Se l'apporto delle scienze psicopatologiche in ambito forense deve riguardare nozioni e conoscenze che gli psichiatri possono affermare con una buona base empirica di supporto, allora sarebbe necessario che si smettesse di interrogarli sull'eventuale capacità di intendere e di volere del soggetto al momento del fatto. Tali costrutti avrebbero una scarsa utilità pratica, per cui sarebbe bene “rinunciare a definire l'imputabilità in positivo, risultando un complesso di funzioni mentali

¹⁵⁴M.T Collica., *Ruolo del giudice e del perito nell'accertamento del vizio di mente*, in G. De Francesco- C. Piemontese- E. Venafrò (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, Giappichelli, 2010. “Più esattamente si richiede al perito solo un apprezzamento di elementi tecnici ed oggettivi, tenendo separati l'aspetto meramente cognitivo, da quello valutativo, devoluto al giudice, cui solo spetterebbe l'indagine sulla capacità di autodeterminazione del soggetto, posto che sia impossibile fornirne una prova empirica”.

¹⁵⁵V. Andreoli, *La perizia psichiatrica*, cit.

che è impossibile inquadrare in un paradigma di riferimento concretamente utilizzabile”.¹⁵⁶

Non si può chiedere ai periti di accertare i processi volitivi e decisionali dell’infermo autore di reato, poiché le dimostrazioni acquisite saranno sempre cariche di un margine di incertezza e ascientificità. Sarebbe più appropriato mantenere e limitare l’indagine alla valutazione della sola capacità di intendere, più facilmente individuabile con le attuali conoscenze psichiatriche, criminologiche e medico-legali.

Per quanto attiene invece alla capacità di volere, le neuroscienze stanno aprendo scenari interessanti.¹⁵⁷

I periti dovrebbero poi essere messi nelle condizioni di poter stilare un profilo personologico del soggetto che potrebbe risultare, visto il divieto di *perizia criminologica*, da uno studio psicologico retrospettivo dell’imputato.¹⁵⁸ Sarà così possibile ricostruire la criminodinamica, oltre che la criminogenesi del delitto, tenendo

¹⁵⁶ La Società italiana di Criminologia, Medicina Leale e Psichiatria, in un documento redatto durante i lavori della Commissione Nordio, pubblicato in *Quaderni italiani di psichiatria*, XXI 5-11-2005, ha ribadito come la volontà attenga alla filosofia, mentre la valutazione della responsabilità deve poggiare sulla “capacità di comprendere l’illeceità del fatto”.

¹⁵⁷ Per un’analisi più approfondita sull’argomento di rimanda al § 3.5, p. 129.

¹⁵⁸ M.T. Collica, *La crisi de concetto di autore non imputabile “pericoloso” del reato*, “Diventa così necessario indagare sui *motivi* che hanno spinto il soggetto a delinquere e quindi analizzare con una valutazione retrospettiva della dinamica del reato i rapporti tra autore e vittima, il grado di consapevolezza dell’imputato, il suo comportamento prima, durante e dopo il fatto, la sua percezione del significato degli atti commessi e la possibilità di prevederne le conseguenze.”

conto del nesso che c'è tra quest'ultimo ed il disturbo mentale del soggetto agente.

3.3 Il giudizio di pericolosità

Se per i primi due piani di giudizio gli psichiatri, nonostante le perplessità e le problematiche viste, sono in grado di dare un valido apporto scientifico al giudice, lo stesso non può dirsi per la prognosi di pericolosità.

Già a partire dal concetto di pericolosità sorgono i primi problemi, visto che non ne esiste un'univoca definizione.

Tra le diverse definizioni che sono state prospettate, alcune si riferiscono alla "propensione ad instaurare comportamenti pericolosi" quindi atti violenti nei confronti dei terzi o ancora "l'elevata possibilità di recidiva" ad indicare quindi la probabilità che il soggetto sia nuovamente indotto alla commissione di atti criminosi.

Il dato normativo non aiuta in quanto l'art. 203 c.p. ne dà una definizione estremamente generica e fonda l'accertamento di quest'ultima su criteri difficilmente predeterminabili e falsificabili.¹⁵⁹

¹⁵⁹ L'art. 203 c.p. recita che la persona è socialmente pericolosa quando "anche se non imputabile o non punibile è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati" e che la sua qualità si desume "dalle circostanze indicate nell'art. 133". I criteri individuati dal legislatore sono dunque i medesimi previsti per la determinazione della pena. Tuttavia, è chiaro che i fattori che riguardano la capacità a delinquere del reo, visti in chiave prognostica, possono presentare un significato diverso da quello assumibile in chiave retributiva, in funzione del fatto che il reato

L'accertamento deve quindi poggiare sull'integrale ricognizione di tutti i fattori che gravitano intorno al reo e ed al reato.

Al fine di poter delineare la portata di tale accertamento, i giuristi distinguono la *prognosi di pericolosità* dalla *diagnosi di pericolosità*. Quest'ultima si limita a considerare la possibilità che il soggetto possa commettere atti violenti, in base a canoni normativi e non medici, mentre la prognosi indica la possibilità effettiva, che dal comportamento del soggetto agente possa derivarne un evento dannoso.

Una volta abbandonato il binomio malattia mentale-pericolosità, l'accertamento di quest'ultima è divenuto ancora più difficoltoso ed indeterminato. Certamente la ricezione, in campo penale, delle leggi statistiche e probabilistiche ha alimentato le speranze che si possa raggiungere un grado sufficiente di scientificità, fermo restando quelle che sono le variabili nell'analisi dei comportamenti umani.

Le leggi probabilistiche tengono conto di diverse concezioni.¹⁶⁰

La concezione *oggettivistica* esprime la probabilità con una serie di frequenze stabili di eventi. In questa prospettiva esterna rispetto all'osservatore, la pericolosità sociale indicherà il grado di possibilità di un certo evento.

commesso viene in rilievo non come tale, ma come sintomo di probabile futura recidiva.

¹⁶⁰M.T Collica, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso" del reato*, cit. p. 276 ss.; Ci si vuole riferire ai due modi di concepire la probabilità, in termini oggettivistici e soggettivistici.

Nel calcolare la frequenza statistica relativa alla recidiva vengono utilizzati come parametri di riferimento gli elementi di cui all'art. 133 c.p., ossia gli indici fattuali rilevanti per la commissione della pena.

Il giudice nel giudizio finale dovrà valutarle insieme a quelle che sono già le conoscenze in suo possesso e tenendo conto dell'opinione della "cultura scientifica d'appartenenza".

In senso *soggettivistico* invece la probabilità sarebbe espressione del grado di fiducia nella previsione di un evento, quindi di una determinata proposizione, che può essere espressa in una quota.¹⁶¹

Qui ad essere preso in considerazione è perciò un unico fattore: la commissione del reato da parte del soggetto agente. Il punto è che per poter ottenere dei risultati efficaci, il giudice dovrebbe poter disporre di un patrimonio conoscitivo scientifico di cui allo stato attuale non è fornito.

Gli psichiatri forensi sono particolarmente agguerriti nelle accuse mosse contro la mancanza di dati scientifici di supporto nel giudizio di pericolosità sociale, ritenendo oramai in molti che tale categoria non debba esistere.¹⁶²

¹⁶¹ M.T. Collica parla di "quota di scommessa" e rimanda per maggiori riferimenti alla bibliografia riportata ad A. Mangione ne *La misura di prevenzione fra dogmatica e politica criminale*, p. 121, Padova, 2001.

¹⁶² V. Andreoli, Intervista di M. Brambilla per *La Stampa del 21/12/2013*. "Il termine "pericolosità" è stato cancellato dal nostro vocabolario sociale". Nell'intervista il Professor Andreoli si mostra critico però verso il modo in cui vengono condotte le perizie, che si limiterebbero a "due o tre incontri" rendendo troppo superficiale il giudizio che ne scaturisce.

Queste resistenze sarebbero confermate da vari studi criminologici secondo i quali i malati di mente non commettono un numero maggiore di delitti rispetto ai soggetti “sani” e più frequentemente si tratta di reati bagatellari. Non si può poi non tener conto che il successo di un giudizio di pericolosità con fattori di rischio così elevati non è altro che “un complesso processo di negoziazione, che si connota per l’abituale sopravvalutazione del rischio di recidiva e che giunge alla costruzione di un’ipotesi clinico-giuridica ben lontana, sia dai valori del rigore scientifico, e di tutela dei diritti del periziando proprio della medicina legale, che delle stesse attese di certezza scientifica che il diritto ripone nei confronti del parere peritale.”¹⁶³

3.4 Natura normativa e natura medica della pericolosità sociale.

Una volta chiarite le difficoltà di una prognosi così aleatoria, non risulta difficile comprendere perché la psichiatria sia sempre più riluttante nell’assumersi la responsabilità di tale giudizio e spinga verso il riconoscimento della pericolosità come categoria puramente normativa.

¹⁶³ M.T. Collica, *La crisi del concetto di autore non imputabile “pericoloso”*, cita T. Bandini - Lagazzi, *Le basi normative e le prospettive della perizia psichiatrica nella realtà europea contemporanea: l'imputabilità del sofferente psichico autore di reato*, in *Questioni sull'imputabilità* (a cura di) A. Ceretti- I. Merzagora, Padova, 1994, 76 s.

In quest'ottica si tiene distinto l'aspetto *cognitivo* da quello *valutativo*.

Il perito dovrebbe limitarsi al mero accertamento del disturbo mentale, astenendosi quindi dalla valutazione di sussistenza dell'imputabilità, mentre spetterebbe al giudice l'analisi della capacità di autodeterminazione del soggetto agente e la valutazione della pericolosità sociale.

C'è da chiedersi se il fatto che la pericolosità sia una questione "normativa di ultima competenza del giudice",¹⁶⁴ sia in effetti motivazione sufficiente ad estromettere i periti dalla seconda fase del giudizio di imputabilità, rinunciando così alla possibilità che l'analisi qualitativa e quantitativa del disturbo possa rilevare indizi sulla pericolosità sociale del soggetto.

In questo senso un apporto importante viene dalle tecniche di *neuroimaging*.¹⁶⁵ Dagli anni ottanta del secolo scorso, le neuroscienze hanno visto un notevole sviluppo, in particolare per quanto riguarda

¹⁶⁴ M. Romano, Artt. 85/8, in M. Romano- G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, 3° Edizione, Milano 2005.

¹⁶⁵ Si tratta di sofisticati strumenti di visualizzazione cerebrale, quali l'analisi computerizzata del tracciato EEG, che realizza un mappaggio selettivo dell'attività elettrica di specifiche aree cerebrali, la tomografia assiale computerizzata (TAC), la tomografia ad emissione di positroni (PET), la tomografia computerizzata ed emissionale di fotoni singoli (SPECT) e non da ultimo le acquisizioni sull'attività neurotrasmettitoriale e neuromodulatoria fino ad arrivare allo studio della neurobiologia molecolare. Riferimenti in M.T. Collica, *Ruolo del giudice e del perito nell'accertamento del vizio di mente*, cit.;

le metodologie di esplorazione metabolico-funzionale del cervello, conosciute appunto come “*brain imaging*”.¹⁶⁶

Si sono così aperti nuovi scenari e interessanti spunti nell’ottica di mantenimento della categoria *de qua*, nutrendo la convinzione che sia oggi possibile tramite la neuroanatomia, misurare la struttura del cervello e la sua funzionalità, potendo notare le alterazioni cerebrali e i problemi strutturali nelle aree temporale e limbica, come l’ippocampo, l’amigdala ed il lobo frontale.

Sarebbe quindi possibile trarre indizi sulla probabilità di commissione di nuovi reati già nelle prime fasi del giudizio con parametri scientifici,¹⁶⁷ tramite la diagnosi in sede, individuando la struttura nervosa alterata che sta alla base del sintomo. Questa, coadiuvata dalla diagnosi funzionale con la quale si esplora la personalità globale del soggetto, sono in grado di fornire indicazioni sulle conseguenze di un certo disturbo.

¹⁶⁶ La grande rivoluzione nello studio delle funzioni cerebrali si è avuta con la messa a punto di metodologie che hanno consentito di misurare parametri di attività cerebrale in maniera non invasiva, nei soggetti sani. La prima osservazione in questo senso, viene da Angelo Mosso, fisiologo italiano, che nel 1981 dimostrò che le pulsazioni ematiche nel cervello, potevano essere messe in relazione ai diversi compiti mentali che il paziente eseguiva. Per approfondimento v. P. Pietrini, *Responsabilmente: dai processi cerebrali al processo penale, prospettive e limiti dell’approccio neuroscientifico*, (a cura di) Luisella de Cataldo Neuburger, *La prova scientifica nel processo penale*, p. 317 ss, Cedam;

¹⁶⁷ M.T. Collica, *La crisi dell’autore non imputabile “pericoloso” del reato*, cit. p. 280 ss. E’ possibile supportare con parametri scientifici le indagini volte ad individuare la probabilità di recidiva in presenza di alcune tipologie di disturbi e tenendo conto delle caratteristiche personologiche e situazionali del reo.

Le tecniche di *neuroimaging* sembrerebbero consentire lo studio dell'attività cerebrale nel corso dell'esposizione ad una stimolazione emotiva o durante la risposta comportamentale in condizioni fisiologiche. Spunti molto interessanti per il giurista provengono quindi dai nuovi studi sull'amigdala, considerata una vera e propria *sentinella* del cervello, o ancora dal lobo frontale grazie al quale sembrerebbe possibile valutare i correlati neuronali della coscienza, determinanti per la pianificazione dell'atto e per il controllo degli impulsi.

Queste funzioni opererebbero in modo diverso nel soggetto sano rispetto a quello disturbato, per cui quest'ultimo non riuscirebbe a bloccare le risposte automatiche.¹⁶⁸Sarebbe così possibile distinguere un soggetto infermo e operare una differenziazione all'interno dello stesso disturbo, superando così uno dei limiti che si riscontra nei manuali diagnostici, quali ad esempio il DSM che avendo natura categoriale, non consentono una diversificazione in termini di intensità del disturbo. Si potrebbe operare una distinzione non solo tra disturbi psicotici, quali ad esempio la schizofrenia, ma anche tra i

¹⁶⁸ M.T. Collica, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"* cit., p. 284; I soggetti con un lobo frontale mal funzionante potrebbero quindi essere maggiormente indotti alla commissione di delitti, anche se non esposti ad ambienti particolarmente sfavorevoli. E ancora, in presenza di una certa componente genetica, si potrebbero generare reazioni aggressive abnormi non altrimenti verificabili.

disturbi di personalità, essendo presenti solo nei casi più gravi i correlati microstrutturali evidenziabili alla c.d. VBM.¹⁶⁹

Una grande attenzione viene poi rivolta ai recenti studi sul genoma comportamentale da parte della biologia molecolare. Questi ricercano la presenza e l'influenza di determinati geni nel patrimonio genetico, che hanno un'influenza sul comportamento e sulla personalità.

Per quanto questi scenari si rivelino utili per il giurista, il loro contributo deve essere valutato con estrema prudenza e senso critico dal giudice, senza tralasciare che esistono in materia anche voci dissonanti, volte a ridimensionare la portata scientifica di tali studi e talvolta auspicando un ritorno al metodo "organico".¹⁷⁰

Questa nuova prospettiva ha una validità probabilistica e non assoluta che si coniuga perfettamente con la nuova concezione di scienza secondo la quale, non esistono più assiomi di tipo assoluto. I dati ottenuti con i metodi sperimentali di *neuroimaging* sono sottoponibili sia ad un controllo di affidabilità esterno che ad una convalida incrociata dei risultati, procedure che consentono di accrescere quel "tasso di oggettività" che la prova richiede.¹⁷¹

¹⁶⁹ La morfometria basata sui voxel (*Voxel Based Morphometry*) è una tecnica di analisi in *neuroimaging* che consiste nell'investigazione di differenze focali nell'anatomia del cervello, usando l'approccio statistico noto come mappatura statistica parametrica.

¹⁷⁰ I disturbi mentali venivano infatti distinti in *organici* (es. demenza) e *funzionali* (es. depressione o psicosi) a seconda della presenza o meno di alterazioni della struttura cerebrale.

¹⁷¹ M.T. Collica, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, cit., p. 286 ss.; Si riuscirebbe così a fornire al magistrato un'analisi del rischio di recidiva,

4. Dalla pericolosità sociale al bisogno di terapia.

Il concetto di pericolosità sociale necessita quindi di un'urgente revisione, nonostante esso venga ancora utilizzato largamente nei codici penali e sia stato riproposto anche nel progetto al codice penale della commissione Pagliaro.

Le più recenti risultanze empiriche, dimostrano come la predizione del futuro comportamento criminale sia possibile ma solo per brevissimi lassi di tempo, e abbiamo già visto largamente quali siano le posizioni della psichiatria.

Come fare quindi a sostituirlo? Nell'ottica di un superamento dei limiti connessi alla valutazione della pericolosità sociale, un orientamento più recente propone radicalmente di abbandonarne del tutto il riferimento per l'applicazione delle misure di sicurezza, sostituendole con altri presupposti, quali ad esempio quello di "bisogno o controllo di cura". Si tratta di una prospettiva che sta riscuotendo molti successi sia pure con opportune precisazioni. La nuova nozione risulta meno evanescente dell'ambigua "pericolosità sociale" ma anche più

fondato scientificamente e basato su strumenti specifici in grado di ampliare ed integrare il giudizio clinico. Le applicazioni di questo tipo di indagini in Italia sono ancora molto rare. Un esempio della maggiore attenzione si può timidamente ritrovare in alcune pronunce, in particolare appare significativa la sentenza Albertani.

corrispondente alla competenza dei periti, che si mostrerebbero probabilmente meno restii nel valutarla¹⁷².

Effettivamente non vi sono vincoli costituzionali a mantenere in vita la pericolosità sociale quale presupposto d'applicazione delle misure di sicurezza. In più il criterio in esame sarebbe bilanciato da quello di proporzione, nel senso che la durata della singola misura non dovrebbe mai superare nel caso concreto, il massimo previsto dalla pena per il reato commesso e dovrebbero essere previsti, al pari dello *StGB* tedesco, dei «tetti massimi» in via generale ed astratta per ogni singola misura. E laddove siano maturati i termini massimi di durata, ma il soggetto necessiti ancora del trattamento, gli deve essere consentito di rivolgersi a strutture terapeutiche fuori dal circuito penale.

In tal modo i profili di garanzia si coniugherebbero al meglio con quelli legati al recupero e ciò darebbe conto anche del perché sia più opportuno affidarsi al diritto penale, piuttosto che a misure amministrative, seppur a carattere terapeutico, dove l'intervento penale sarebbe così chiamato a rispondere, più che ad istanze di difesa sociale davanti al pericolo di recidiva, ad esigenze terapeutico-riabilitative alla luce dell'articolo 32 Cost.

¹⁷² A. Manna, *Imputabilità e nuovi modelli di sanzione*, cit., p. 115 ss.

In questa prospettiva si colloca il Progetto Pisapia di riforma al codice penale, che prevede per i non imputabili una misura di cura e di controllo e dispone che questa vada applicata “tenendo conto della necessità di cura”. Alcuni, tuttavia, lamentano il pericolo che questa soluzione possa portare ad uno snaturamento e ad una *medicalizzazione* dell'intervento penale.

La Corte costituzionale nella nota sentenza 253/2003 con la quale ha aperto un primo varco alle alternative dell'obbligatorietà del ricovero in o.p.g., ha detto chiaramente che le esigenze di difesa sociale ed il trattamento del soggetto non imputabile vanno considerati cumulativamente, come finalità “collegate e non scindibili”. Lo stesso progetto Pisapia estende il riferimento alla “misure di cura e di controllo” proprio a voler sottolineare che entrambi gli aspetti sono da prendere in considerazione.

Sostituire il concetto di pericolosità sociale con quello del bisogno di *cura e di controllo* è possibile, ma solo attrezzando il sistema sanzionatorio con strutture e forme di intervento efficaci.

Una normativa ottimale dovrebbe far corrispondere alle condizioni degli infermi psichici autori di reato, una gamma di soluzioni sanzionatorie altrettanto variegata. In questo modo il sistema sarebbe

in grado di esprimere nei confronti dell'autore non imputabile esigenze di tutela e in seconda istanza esigenze generalpreventive.¹⁷³

¹⁷³ M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit, p. 180 ss .L'autore ritiene che una modifica di tal specie renderebbe il sistema sicuramente più accettabile ma non risolverebbe il problema del possibile snaturamento dell'apparato penale. Tuttavia tale problema potrebbe essere ovviato solamente con un ripensamento generale delle misure di sicurezza e del loro ruolo.

Sezione II

Il doppio binario ed i “folli-rei”.

5. Introduzione

Abbiamo già visto come il sistema del doppio binario sia oramai in crisi e come il legislatore e la prassi abbiano cercato di trovare delle soluzioni in grado di conciliare le diverse esigenze. Il problema che attualmente si pone con urgenza è quello di ricercare un modello da adottare in concreto e che includa le misure di sicurezza, visto che aldilà della crisi attraversata dal doppio sistema sanzionatorio, si prestano ad avere una nuova rilettura.

Certo la situazione di stallo non può che essere superata da un intervento del legislatore, che si è fiaccamente impegnato in questi anni, sulla spinta delle istanze provenienti dalla dottrina, dalla giurisprudenza e non da meno dalla scienza psichiatrica, principalmente sul fronte dell'ospedale psichiatrico giudiziario.

6. La legge Basaglia: una riforma ricca di paradossi.

Il percorso intrapreso nell'ambiente psichiatrico che propugnava l'abbandono del rigido controllo custodiale a valorizzazione della più pregnante funzione terapeutica, condusse nel 1978 alla riforma degli interventi psichiatrici con la storica legge Basaglia. Fu il risultato di

una lunga battaglia culturale portata avanti soprattutto da quella corrente denominata "Antipsichiatria", che negli anni sessanta, in modo estremistico, giunse a negare l'esistenza della malattia mentale e a considerare il folle non più come un malato ma come un soggetto "deviato", emarginato dalla società e neutralizzato dalla psichiatria ufficiale allo scopo di mantenere il controllo sociale: una vittima del conflitto di classe costretto a vivere nei manicomi.¹⁷⁴ Gli indirizzi radicali dell'Antipsichiatria, figlia del suo tempo, della contestazione istituzionale e della messa in discussione dei dogmi, sono stati lentamente riassorbiti nei ranghi più sobri del pensiero psichiatrico.

Non si può però negare il ruolo fondamentale nella sensibilizzazione dell'opinione pubblica sui problemi posti dalla malattia mentale e ad evidenziare i punti più critici dell'istituzione manicomiale, in particolare le intollerabili condizioni di vita all'interno degli stessi.

La legge Basaglia, sebbene abbia avuto il merito di elidere dall'ordinamento i manicomi, non ha risolto i problemi legati al paziente psichiatrico, in particolare per la sua applicazione c.d. "a macchia di leopardo". Si trascurò difatti di dare attuazione a quei fondamentali interventi socio-sanitari, strumenti di vitale importanza

¹⁷⁴G. Ponti- I. Merzagora Betsos, *Compendio di criminologia*, p. 341. L'Antipsichiatria giunse a negare l'esistenza della malattia mentale e a considerare il folle non come un malato, bensì come un soggetto deviante a cui la società rispondeva con un controllo sociale fondato sulla neutralizzazione e l'emarginazione. I soggetti in questione venivano designato come vittime del conflitto di classe, che la psichiatria ufficiale, con intento conservatore e autoritario, neutralizzava con l'internamento istituzionale.

per le famiglie, una volta che i malati fossero stati dimessi dalle strutture esistenti e di intervenire sui manicomi giudiziari, i quali continuarono ad essere disciplinati dal codice Rocco.

L'impatto della riforma si fece sentire sul concreto funzionamento dei manicomi giudiziari che, nel 1975 a seguito della riforma del sistema penitenziario, mutarono denominazione in Ospedali psichiatrici giudiziari. In particolare il ricambio generazionale della classe medica, formatasi sui principi della nuova psichiatria "riformista", portò all'introduzione di nuove figure professionali e di nuovi approcci terapeutici.

Si proseguiva però sempre nell'ottica del cammino di diversificazione del trattamento tra i malati di mente autori e i non autori di reati. Per i primi la misura di sicurezza era finalizzata all'incapacitazione più che alla riabilitazione e al miglioramento, risultati che invece nei confronti dei non autori di reati si mirava ad ottenere tramite interventi volontari e in una condizione di deospedalizzazione.

In merito a tale paradossale differenziazione vedremo come non siano mancate critiche e dubbi di costituzionalità.

Infatti nel periodo successivo alla chiusura dei manicomi civili si è registrato un considerevole aumento degli internati nei manicomi giudiziari, unica risorsa disponibile in un contesto deficitario sia di strutture che di interventi socio-sanitari. In assenza di alternative, gli

unici strumenti custodiali nei confronti del *mentally ill offender* furono le misure di sicurezza. Ecco spiegato il paradosso: la soppressione dei manicomi civili ha in un certo senso alimentato e garantito il mantenimento in vita degli ospedali psichiatrici giudiziari e la loro impropria funzione di supplenza.¹⁷⁵

7. L'ospedale psichiatrico giudiziario.

Con legge Basaglia, si è venuta a creare nel nostro ordinamento un'irragionevole disparità di trattamento tra i c.d. «*mentally ill*» ed i «*mentally ill offender*».

Per i primi è prevista una terapia di carattere extra ospedaliero e volontaria e solo nei casi indicati dai T.S.O. sarà possibile il ricovero coatto nelle strutture *ad hoc* degli ospedali civili. Nel secondo caso invece la situazione cambia radicalmente, in quanto il ricovero è subordinato all'accertamento della pericolosità ma di certo non è caratterizzato dalla "volontarietà". Il ricovero avviene ancora ad oggi nelle strutture dei tradizionali manicomi criminali che, solo

¹⁷⁵ M. Pelissero, *Pericolosità e doppio binario*, cit.; " Nel periodo successivo all'approvazione della legge n. 180 la chiusura dei manicomi, ha visto un aumento considerevole degli internamenti nei manicomi giudiziari, che erano a quel tempo divenuti l'unica risorsa disponibile in un contesto disciplinare extrapenale che si mostrava estremamente deficitario sotto il profilo delle strutture e dei supporti socio-sanitari."; Pelissero cita anche Manacorda " L'Autore evidenzia che, prima della riforma del 1978, agli internati poteva essere revocata la misura di sicurezza sul presupposto, implicito, di un ricovero negli ospedali psichiatrici civili (una «deportazione di massa di seconda istanza»), dopo il 1978 questo ricovero fu possibile solo su base volontaria, che rischiava di diventare una forma di ricatto per concedere la revoca della misura."; Manacorda, *Il manicomio giudiziario. Cultura psichiatrica e scienza giuridica nella storia di un'istituzione totale*, Bari 1982.

formalmente, oltre ad una nuova denominazione di «ospedali psichiatrici giudiziari» hanno assunto una nuova veste.

Ad un medesimo *status*, quello di malato di mente, corrispondono quindi due modelli di trattamento profondamente diversi. Su tali aspetti si è incentrata l'attenzione della giurisprudenza di merito, che ha sollevato numerose questioni di costituzionalità dell'art. 222, rilevando l'irragionevole disparità di trattamento dei malati di mente.

Il nostro sistema sanitario prevede per i malati di mente che non delinquono, un regime di terapia trattamentale incompatibile con quello di carattere spiccatamente carcerario dell'internamento in O.P.G., dato che, dopo la soppressione degli ospedali psichiatrici civili è stato escluso il ricorso, come strumento terapeutico, alla segregazione e alla custodia.¹⁷⁶

La differenza di trattamento poggia sulla commissione di un fatto di reato, stessa ragione che giustifica la limitazione della libertà personale nei confronti degli imputabili. Una motivazione che però non convince in quanto la situazione cambia radicalmente nei confronti di un soggetto che ha commesso un delitto frutto di una patologia, di carattere psichico o organico e non dettato dalla capacità di autodeterminazione.

¹⁷⁶A. Martini, in *Codice penale* (a cura di) T. Padovani, cit. p. 1568.

La commissione di un reato non provocava prima della riforma del '78 una concreta diversità di trattamento tra i malati di mente ed i malati di mente criminosi; non volendo in ogni caso giustificare o approvare la precedente legislazione, si vuole piuttosto evidenziare come in passato la logica di ispirazione fosse essenzialmente di difesa dell'ordine pubblico e non di carattere terapeutico. Fu proprio la constatazione che i manicomi non fossero adatti alla cura del malato di mente, in quanto luoghi di reclusione in cui il soggetto è privato da ogni tipo di contatto con l'esterno, a condurre alla riforma attuata con la legge n. 180 del 1978; riforma che si distanzia nettamente dalle sole esigenze di tutela dell'ordine pubblico e che si incentra in primo luogo nella cura del paziente e nel rispetto della sua dignità in quanto essere umano.

Il *punctum dolens* risiede però nel fatto che la riforma ha riguardato solo i malati di mente che non abbiano commesso reati, mentre per gli altri vale ancora il tradizionale trattamento manicomiale, operando quella diversificazione che appare il frutto più di un mancato coordinamento con la disciplina codicistica piuttosto che una precisa volontà legislativa.

Questo mancato coordinamento ha prodotto un *vulnus* a livello costituzionale, in particolare sotto l'aspetto del principio di uguaglianza. La verifica costituzionale è quindi assolutamente

necessaria per comprendere quelle che sono le falle del sistema e operare, in una prospettiva *de iure condendo*.

7.1. Gli O.P.G. e il diritto alla salute.

Nel caso di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, la tutela della salute non assume soltanto il tradizionale ruolo di limite al contenuto e alle modalità del trattamento,¹⁷⁷ ma costituisce la *ratio* del trattamento stesso,¹⁷⁸ essendo funzionalmente predisposto per riabilitare la salute mentale dell'internato ed eliminare quindi la causa della pericolosità, permettendo così il suo recupero e la sua rieducazione. La misura in questione è atta ad essere considerata *in re ipsa* un «trattamento» a causa dell'intima compenetrazione tra la finalità terapeutico -curativa e quella custodiale. Resta da verificare se questo trattamento sia compatibile con il disposto dell'articolo 32 Cost.

¹⁷⁷ T. Padovani, *L'Ospedale psichiatrico giudiziario e la tutela costituzionale della salute*, in *Tutela della salute e diritto privato*, (a cura di) F. D. Busnelli, U. Breccia, Milano Giuffrè Editore, 1978, p. 238., La tutela della salute, garantita dall'art. 32 Cost., svolge un ruolo di limite nel trattamento penale, assicurando anche a coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale, il diritto a ricevere le cure più appropriate e la garanzia che il trattamento non travalichi il senso di umanità (art. 27, 3° comma, Cost, e art. 3 Cedu).

¹⁷⁸ Le medesime valutazioni possono essere effettuate anche per la misura di sicurezza della Casa di cura e custodia, finalizzata anche «letteralmente», al ripristino della salute dell'internato.

Per meglio comprendere il fulcro del problema, è necessario ripercorrere la strada che ha portato all'abolizione dei manicomi criminali e all'apertura degli ospedali psichiatrici giudiziari.

I manicomi criminali sorsero in Italia, come nel resto d'Europa, nella seconda metà dello scorso secolo¹⁷⁹ e sin dalle origini si posero a metà strada tra il carcere ed il manicomio comune.

Costituirono anche da punto di vista architettonico, la concretizzazione delle teorie positivistiche,¹⁸⁰ il cui scopo era quello di affiancare gli aspetti più squisitamente terapeutici a quelli di tipo custodiali. Tuttavia già nelle osservazioni Lombrosiane dell'epoca, troviamo il preponderante intento di rafforzare proprio gli aspetti custodiali. Lombroso parlava di istituti «*paralleli alle carceri*» in cui fosse possibile «*segregare con la prigionia perpetua, sotto forma di manicomio*».¹⁸¹ Possiamo dunque notare come nelle teorie positivistiche vi fossero aspetti di *illiberalità* di non poco conto; e come, *in nome di uno studio attento dell'uomo delinquente, esse prefigurassero in realtà misure penali il cui scopo preponderante era invece la difesa sociale.*¹⁸²

¹⁷⁹ Il manicomio criminale più antico nasce in Inghilterra a Broadmoor, presso Londra nel 1863 mentre in Italia il primo manicomio criminale fu istituito ad Aversa nel 1867.

¹⁸⁰ I più antichi manicomi criminali non si differenziano in quanto a struttura dalle carceri. Aversa ne è un esempio lampante.

¹⁸¹ C. Lombroso, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza e alle discipline carcerarie*, Torino 1878, 441 ss.

¹⁸² A. Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, cit., p. 89 ss.

La somiglianza tra carcere e manicomio, nei tratti custodiali, si è accentuata sotto il regime fascista con l'introduzione del "doppio binario". Qui, come sottolinea Manna, una "supposta diversità ontologica tra pene e misure di sicurezza, nascondeva in realtà un *surplus* di repressione."¹⁸³

Non a caso, l'art. 268 del regolamento penitenziario del 1931 estendeva implicitamente «in quanto applicabili» numerose norme previste per l'esecuzione delle pene e per la custodia preventiva. Il limite di questa equiparazione si trovava nelle specifiche «esigenze terapeutiche» a cui doveva essere finalizzato il trattamento degli internati nei manicomi giudiziari. Limite troppo labile per dimostrare che il trattamento degli internati non fosse troppo simile a quello dei detenuti, nonostante il legislatore avesse espressamente escluso l'estendibilità di alcune norme riservate alla disciplina penitenziaria.¹⁸⁴

Se questo poteva porsi in contrasto con il diritto alla salute sancito dalla Costituzione, ciò che è certo è che con la riforma del 1975, che segnò il passaggio dall'antica disciplina carceraria a quella nuova, e che, senza incidere in modo significativo sulla realtà esecutiva dell'istituto, decise di accantonare l'*incomoda* denominazione di

¹⁸³ A. Manna, *L'Imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, cit., p. 91.

¹⁸⁴ «Orario di lavoro, la durata e le modalità di passeggio, la corrispondenza, i colloqui e i giochi [...] che sono disciplinati dai regolamenti interni»; Cfr. *Relazione al Re del Guardasigilli Rocco*. Nella prassi questi regolamenti che dovevano rappresentare il «fiore all'occhiello» della disciplina differenziata delle misure di sicurezza, non furono varati, per cui anche in questi settori venne estesa la disciplina comune.

manicomio. Venne anche varato il regolamento d'esecuzione, D.P.R. 29 aprile 1976, n. 431, per il quale vennero presto sollevati dubbi di costituzionalità in relazione proprio al principio fissato nell'art. 32 Cost.

In relazione al primo comma dell'art. 32 Cost., è necessario prendere in considerazione le modalità ed il contenuto del trattamento in O.P.G. Il nuovo regolamento detta una normativa specifica per gli internati, in particolare per quanto attiene il lavoro, ma non muta sostanzialmente la disciplina prevista dal regolamento del 1931. Vi è quindi la tendenza ad estendere la disciplina prevista per i detenuti comuni anche agli internati, senza valutare una possibile incompatibilità.

La terapia viene accantonata per far spazio a funzioni prettamente custodiali laddove si prevede la possibilità di utilizzare la «forza fisica»¹⁸⁵ e «l'uso di mezzi di coercizione».¹⁸⁶

L'articolo 13 Cost. stabilisce al quarto comma, che deve essere punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà. Il *quantum* di violenza già insita nella privazione

¹⁸⁵ L'impiego della forza fisica è consentito «per vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti».

¹⁸⁶ Residuano ancora le «fasce di contenimento ai polsi e alle caviglie», sia pur consentiti dall'art. 77 del regolamento «al fine di evitare danni a persone o cose o di garantire l'incolumità del soggetto stesso». Anche in questo caso appaiono prevalenti le funzioni di mantenimento dell'ordine interno, se pensiamo che la difesa ad esempio contro l'autolesionismo poteva meglio essere controllata con interventi di moderna farmacologia piuttosto che con rudimentali mezzi di contenimento, per non dire di tortura.

della libertà personale, fisiologica nel caso dei condannati e degli internati, è il limite stabilito dal legislatore costituzionale. Il superamento tramite forme di violenza fisica o morale che finiscano con l'aggravare la condizione dell'individuo non sarebbe tollerabile dall'ordinamento. La riforma del '75 non ha recepito appieno il disposto quanto mai lontanamente programmatico, dell'articolo 13 della Costituzione.

Le sanzioni disciplinari hanno subito una regressione rispetto al Regolamento precedente, non essendo, previste per esigenze tecnico-sanitarie,¹⁸⁷ bensì, come recita l'art. 20, sesto comma, del nuovo regolamento, si applicano «solo quando, a giudizio del sanitario, esista la sufficiente capacità naturale che consenta loro coscienza dell'infrazione commessa ed adeguata percezione della sanzione conseguente».¹⁸⁸ Appare chiaro che lo scopo principale delle sanzioni,

¹⁸⁷T. Padovani, *L'Ospedale psichiatrico giudiziario e la tutela costituzionale della salute*, in *Tutela della salute e diritto privato*, (a cura di) F. D. Busnelli, U. Breccia, cit., p. 252; Nel Regolamento del 1931, l'art. 280, 8° comma, rimetteva la materia al potere discrezionale del direttore, il quale, nell'infliggere una punizione, doveva ispirarsi esclusivamente ad «esigenze tecnico-sanitarie», comminarla quindi, solo se poteva servire alla cura.

¹⁸⁸ T. Padovani, T. Padovani, *L'Ospedale psichiatrico giudiziario e la tutela costituzionale della salute*, in *Tutela della salute e diritto privato*, (a cura di) F. D. Busnelli, U. Breccia, cit, p. 253; Il legislatore si è «puntigliosamente indugiato nel disciplinare le condizioni subietive in presenza delle quali l'infermo di mente possa scontare il *fiat* delle sue colpe disciplinari, individuandole, con rara finezza dogmatica, in una *capacità naturale* in funzione della *coscienza dell'infrazione* e nella consapevolezza del nesso finalistico colpa- pena. Dietro tanta tartufesca compunzione aleggia il doppio stereotipo alternativo del folle: come *amens* degradato a forza della natura, la cui *assenza* dalla ragione non può essergli rimproverata, e come portatore di un delirio lucido che non esclude mai completamente la sua capacità di piegarsi alle esigenze del gruppo e, quindi la sua *consapevolezza*». La distinzione così posta permette di eludere la questione relativa

le quali possono avere un effetto deterrente sulla psiche dell'internato, è il mantenimento dell'ordine interno, affidato tra l'altro alla "giurisdizione domestica".¹⁸⁹

Siamo quindi lontani da una piena realizzazione del dettato del primo comma dell'art. 32 Cost. Nell'OPG appaiono ben più preponderanti gli aspetti custodiali rispetto alle esigenze terapeutiche che, a dispetto della nuova denominazione, li rendono ancora istituti vicari al carcere. Dal punto di vista del secondo comma dell'art. 32 Cost., sono due gli aspetti che dobbiamo approfondire: in primo luogo se il trattamento del malato di mente possa ritenersi rispettoso delle esigenze della persona umana. E' dunque necessario dimostrare che il trattamento non persegua fini che degraderebbero la persona a mezzo per il raggiungimento di scopi estranei alla terapia.¹⁹⁰

Un primo passo in questa direzione è stato compiuto con la decantata abrogazione delle presunzioni di pericolosità, la quale deve considerarsi importantissima perché ha evitato che persone non più pericolose potessero essere egualmente internate negli ospedali psichiatrici, mentre in precedenza la verifica della persistenza della pericolosità doveva avvenire, in concreto, da parte del giudice,

all'utilità delle sanzioni disciplinari come strumento terapeutico, alla quale fu data risposta positiva nel 1931, affidando allo psichiatra la decisione in merito. «Nel 1976, ci si limita a richiedere che la punizione possa essere percepita *come tale*, senza nemmeno subordinare l'infrazione ad una valutazione delle esigenze terapeutiche e, quindi, anche in contrasto con esse».

¹⁸⁹A. Martini, *L'ospedale psichiatrico giudiziario come misura di sicurezza detentiva*, *Novissimo digesto italiano, Appendice*, Volume V cit., p. 632.

¹⁹⁰ Rispettando quindi il principio personalistico garantito dall'art. 2 Cost.

quando fossero trascorsi dieci o cinque anni, dalla data del reato a quella del proscioglimento.¹⁹¹

Il problema è che nei suddetti istituti non trovano accoglienza solamente i casi “classici”. Vi è un’evidente eccedenza nel tradizionale ruolo dell’O.P.G., utilizzato come vera e propria «sanzione psichiatrica» o come misura temporanea per diverse categorie di soggetti,¹⁹² per i quali sarebbe stato bene prevedere, *ab origine*, e non soltanto come misura subordinata il ricovero in ospedale psichiatrico civile. Anche senza analisi approfondite appare evidente come le situazioni che legittimano il ricovero non sono necessariamente legate a specifiche necessità di trattamento della pericolosità sociale. In alcune di esse manca il rapporto tra la malattia mentale e la commissione del fatto di reato; in altre sfuggono alla prova della commissione del fatto o ancora lo stesso accertamento della condizione patologica.¹⁹³ Il denominatore comune tra le variegate tipologie di internati, dovrebbe essere la relazione ipotizzata tra “date anomalie psichiche e il fatto di reato”; ma come è possibile riferire la misura anche a soggetti rispetto ai quali il reato commesso non ha

¹⁹¹ Cfr. T. Padovani, *L’Ospedale psichiatrico giudiziario e tutela Costituzionale della salute*, cit., p.257 ss.

¹⁹² Gli imputati che vengono internati per l’applicazione temporanea della misura di sicurezza ex art. 206 c.p., i detenuti cui è sopravvenuta una malattia mentale per cui la normale detenzione non può più essere protratta, e i detenuti sottoposti a misura di sicurezza cui è sopravvenuta una malattia mentale (art. 212, secondo comma, c.p.).

¹⁹³ A. Martini, *L’ospedale psichiatrico giudiziario come istituzione penitenziaria*, cit., p. 631.

rapporti con la malattia di cui sono affetti e che possono non essere pericolosi? Inoltre, è necessario tenere conto che spesso le condizioni di malati cronici all'interno dell'OPG, non soltanto non consentono una ripresa personale ma finiscono per rendere distruttive le potenzialità curative dell'istituto.

La presenza di un gruppo eterogeneo per il quale l'unica soluzione è la custodia, condiziona tutto il funzionamento dell'ospedale psichiatrico. Il fenomeno rende l'OPG un «uniforme contenitore di individui concentrati nel medesimo luogo sulla base di grossolani apparentamenti».¹⁹⁴

A queste difficoltà si è cercato di rispondere in modo positivo con la disciplina prevista dal regolamento penitenziario, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, che ha previsto l'istituzione di sezioni speciali all'interno del circuito carcerario, con l'obiettivo di ottenere una riduzione degli ordini di ricovero in o.p.g.¹⁹⁵, nei limiti di stretta necessità e tenendo conto dei disturbi del soggetto e degli effetti della interazione con l'ambiente carcerario.¹⁹⁶

¹⁹⁴ F. Della Casa, *Basta con gli O.P.G. La rimozione di un "fossile vivente" quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, A LVI, 2013. II, Giuffrè Editore.

¹⁹⁵ Evidentemente la carenza di tali strutture ha suggerito come struttura vicaria l'O.P.G., tanto che al 14 aprile 2011 ritroviamo ancora una forte eterogeneità ed un numero elevato di internati; Cfr F. Della Casa, *Basta con gli O.P.G. La rimozione di un "fossile vivente" quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013 II.

¹⁹⁶ T. Padovani, *Ospedale psichiatrico giudiziario e tutela della salute*, cit., p. 272; «Le infermità su cui si basa il ricovero dei soggetti estranei all'esecuzione della misura di sicurezza consistono spesso in sindromi legate, complicate o aggravate,

La necessità che i trattamenti sanitari obbligatori siano disposti soltanto in base alla legge, porta a considerare un nuovo profilo di «eccedenza» degli ospedali psichiatrici.

L'interpretazione data dalla giurisprudenza a quest'esigenza è riferita in particolare alle c.d. "malattie diffuse",¹⁹⁷ mentre si discute da tempo sulla legittimità costituzionale di altri trattamenti sanitari obbligatori.

La malattia mentale di certo non può essere equiparata alle malattie diffuse, mentre è più assimilabile alle tossicodipendenze. Lo conferma il dato normativo che prevede la medesima disciplina per l'infermità mentale e la cronica intossicazione.¹⁹⁸ Questo non basta di certo a ritenere fugati i dubbi di costituzionalità che possono essere evidenziati di buon grado, dal raffronto con la legge n. 180 del 1978, in base alla quale il trattamento dei malati di mente è volontario. Infatti, la *ratio* fu quella di considerare il malato di mente in possesso di «quote di responsabilità»¹⁹⁹ passando dalla chiusura in

dalla detenzione.[...] Si tratta di frange della popolazione carceraria dalla personalità labile o instabile, particolarmente incapaci di resistere alle sollecitazioni distruttive dall'ambiente penitenziario e della sua pesante realtà istituzionale. Il loro passaggio in ospedale psichiatrico giudiziario, non che favorire il recupero, segna per lo più la loro definitiva condanna».

¹⁹⁷ Si tratta di malattie che presentano un alto rischio epidemico e che richiedono un determinato tipo di profilassi. Il decreto del Ministero della sanità 15.12.1990 ha previsto l'obbligo per il medico di segnalare qualunque caso effettivo o sospetto di malattia infettiva e diffusiva e la suddivisione delle malattie infettive in cinque classi, per le quali può essere previsto un trattamento coattivo come le vaccinazioni.

¹⁹⁸ A. Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, cit., p. 15-23.

¹⁹⁹ Tra gli psichiatri Manacorda, *Lineamenti per una riflessione sulla responsabilità penale dell'operatore di salute mentale*, in AA.VV.; *Tutela della salute mentale e responsabilità degli operatori*, Perugia, 1989, 7ss.; Tra i penalisti, Bricola, *La*

un'istituzione «totale» a terapie più efficaci che permettessero ed il mantenimento in ambienti familiari.

Se il trattamento da ultimo delineato nei confronti del malato di mente è conforme al dettato costituzionale, se ne dovrebbe dedurre *a contrario*, che trattamenti diversi siano illegittimi. L'argomentazione che mette in salvo la disciplina degli O.P.G., fa leva sulla commissione di fattispecie criminose che legittimerebbero la coazione nel trattamento per evidenti ragioni di ordine pubblico.

7.2. Gli O.P.G. e il principio di rieducazione della pena

La verifica di compatibilità dell'ospedale psichiatrico giudiziario con l'articolo 27, terzo comma, necessita preliminarmente di un passaggio logico che consiste nel verificare se l'articolo in questione si riferisca, oltre che esplicitamente alle pene, anche alle misure di sicurezza.

Sulla base di un'interpretazione fondata sul dato letterale, la Corte costituzionale ha ritenuto che il terzo comma dell'art. 27 sia riferito alle pene *strictu sensu* e non anche alle misure di sicurezza che avrebbero di per sé finalità rieducativa. Per tale ragione sono state respinte numerose eccezioni di costituzionalità.²⁰⁰

responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali; A. Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, cit., p. 98.

²⁰⁰ A. Martini, *L'ospedale psichiatrico giudiziario come misura di sicurezza detentiva*, cit., p. 625; *Non è mancata in dottrina un'eco critica a tale atteggiamento. Si è fatto rilevare come, in ragione della loro finalità preventiva «a fortiori certi limiti stabiliti per le pene nell'art. 27 Cost. debbano valere per le misure di sicurezza» compreso il*

Un'interpretazione che non convince troppo, soprattutto se si tiene in considerazione le derive a cui è giunta parte della dottrina, arrivata a sostenere la legittimità delle misure di sicurezza dalle quali «esuli ogni profilo di riadattamento sociale» rimettendo così in discussione l'assunto di partenza, con conseguenze paradossali.²⁰¹

Un'altra interpretazione esclude l'applicabilità della norma per le misure di sicurezza sull'assunto per cui «la finalità di favorire l'emenda del reo rappresenta un limite ideologico estrinseco alla disciplina della pena retributiva e perciò attiene evidentemente alla sfera del diritto "penale repressivo"»²⁰².

Il convincimento che la pena abbia esclusivamente finalità retributiva non persuade.²⁰³ Esso appare contraddetto dalle più moderne teorie

principio di personalità della responsabilità penale, posto che «la linea distintiva che corre tra pene e misure è, nonostante le distinzioni dommatiche e la differente disciplina legislativa, troppo sottile per poter rappresentare uno spartiacque valido ad impedire l'applicazione alle misure di sicurezza di principi di civiltà come quelli testè considerati».

²⁰¹ A. Manna, , *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, cit., p. 100.

²⁰² A. Manna, , *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, cit., p. 100.

²⁰³ G. De Francesco, *Diritto penale, i fondamenti* (2° edizione); p. 31-35; Giappichelli Editore, Torino, 2011. "L'idea della retribuzione si muove, in definitiva, nella logica di un approccio di fondo alle tematiche della pena tale da apparire viziato sotto un duplice profilo. Per un verso, essa rischia infatti di ricondurre il significato ed il ruolo della sanzione ad un criterio di valutazione totalmente estraneo a qualsiasi dimensione "umana" e sociale del potere punitivo; il perseguimento di una giustizia assoluta evoca e sottende, per vero, un compito che la ragione umana non è in grado di spiegare e che soltanto il disegno divino di un castigo ineluttabile- e del tutto indipendente dalla sua "utilità" alla stregua delle esigenze della vita terrena- potrebbe tutt'al più postulare come necessaria risposta al male arrecato. [...] Per di più la nostra tradizione religiosa mostra chiaramente come un siffatto dovere assoluto non corrisponda in alcun modo agli insegnamenti più profondi che vi sono contenuti.

Per un altro verso, non è difficile accorgersi come la retribuzione venga ad assumere un ruolo ad una fisionomia destinati a dar luogo a risultati ancor più inquietanti. In una simile ottica- talora riproposta in tempi recenti, nella convinzione ch'essa risulti

«relative» alla funzione della pena e del diritto penale. Inoltre, il rischio è quello di avvalorare il sistema del doppio binario soltanto sulla base della distinzione tra pene e misure di sicurezza, che invece è proprio uno dei motivi della profonda crisi di cui quest'ultimo soffre. Quest'impostazione è fortemente criticabile se consideriamo che le misure di sicurezza sono sicuramente classificabili tra le sanzioni penali a tutti gli effetti, non solo perché limitative della libertà personale, ma anche perché esse sono "ordinate" dal giudice penale all'interno di un procedimento giurisdizionale, per cui non ha più senso classificarle come misure di tipo amministrativo.

Il rischio che si corre svincolandole dalla disciplina costituzionale dettata per le pene è quello di eludere altri importanti «nessi» tra le norme costituzionali. Basti pensare all'art. 13, quarto comma, che punisce «ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà» e lo stesso articolo 27, terzo comma, ove stabilisce che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso d'umanità».

maggiormente idonea a soddisfare la *domanda di giustizia* proveniente dalla collettività- la pena retributiva dovrebbe servire a rafforzare il senso di sicurezza all'interno della comunità sociale. [...] In questa prospettiva l'idea della retribuzione rischia di subordinare la repressione penale alle richieste, non di rado prive di natura di rivalsa nei confronti del colpevole, avanzate da un ambiente sociale non sempre in grado di discernere i confini della pena "necessaria", in ciò favorita e stimolata dallo stesso ordinamento che, complice l'obiettivo di attirare un più vasto consenso nei confronti delle forze politiche dominanti, tende talora a livellare il fenomeno criminale ad un piano sostanzialmente uniforme, e per di più orientato verso pene irrazionalmente elevate, dalle quali appare già scontato in partenza il carattere puramente "simbolico".

Quindi, nell'analisi di compatibilità costituzionale abbiamo evidenziato come lo scopo della misura dovrebbe essere il trattamento della pericolosità sociale, perseguito attraverso *la cura dell'infermità* con una forte compenetrazione tra finalità rieducativa e terapeutico-curativa,²⁰⁴ dove la prima dovrebbe costituire un *prius* logico rispetto alla seconda. E' infatti del tutto impensabile una rieducazione senza prima aver effettuato un'adeguata terapia sugli internati, posto che l'istituto in esame non sembra assolvere a nessuna delle due funzioni, dato che, rispetto al fine di cura appare maggiormente preponderante l'aspetto custodiale, che lo rende per nulla dissimile da un normale istituto penitenziario.

Su tali aspetti si è incentrata l'attenzione della giurisprudenza di merito che ha sollevato numerosi dubbi di legittimità costituzionale in merito all'art. 222, rilevando l'irragionevole disparità di trattamento tra malati di mente autori di reato e chi invece, magari perché assistito in maniera adeguata dalla famiglia o dal servizio sanitario nazionale, non abbia espresso il proprio disagio con comportamenti aggressivi degli interessi altrui.

Per i malati di mente che non delinquono il nostro sistema prevede un regime terapeutico incompatibile con quello di carattere spiccatamente "carcerario" dell'O.P.G., dato che il trattamento

²⁰⁴ F. Zavatarelli, in *Codice penale commentato* (a cura di) E. Dolcini- G. Marinucci; p. 2293; III Edizione, IPSOA.

sanitario dopo la soppressione degli ospedali psichiatrici civili ad opera della legge Basaglia, esclude il ricorso come strumenti trattamentali della custodia e della segregazione.

Anche la Corte costituzionale chiamata a pronunciarsi sull'eventuale ricorrenza di un contrasto con l'art. 3 Cost., con sentenza n. 139/1982 ha giudicato non fondata la questione, riconoscendo la ragionevolezza della diversità di trattamento, considerata la «non omogeneità delle situazioni messe a confronto», in quanto il ricovero in O.P.G. si applica «soltanto a quegli infermi di mente che, essendo stati prosciolti dall'imputazione di un reato di una certa gravità perché commesso in stato di totale incapacità di intendere e di volere, vengono considerati pericolosi dalla legge.²⁰⁵ Al comune malato di mente non è riferibile la commissione di alcun reato, o almeno di un reato di uguale gravità, e tanto basta a legittimare il differente trattamento normativo»;²⁰⁶ e tuttavia i giudici non hanno risparmiato severe critiche alle carenze strutturali degli ospedali psichiatrici e sulle concrete modalità di attuazione del trattamento, prive del più elementare sostegno terapeutico.²⁰⁷

²⁰⁵ Si era in epoca antecedente rispetto alla legge 663/1986 con la quale sono state abolite le presunzioni di pericolosità.

²⁰⁶ A. Martini, in *Codice penale commentato* (a cura di) T. Padovani, cit, p. 1568.; La Consulta si è pronunciata per la manifesta infondatezza anche in altre occasioni, C. Cost, 25/1985; C. Cost. 17/1983, sempre per il rilievo che la commissione di un reato di una certa gravità giustifica una valutazione di pericolosità ed il mantenimento, di forme di cura in istituzioni totali e caratterizzate dalla custodia carceraria;.

²⁰⁷ Corte Cost. sentenza n. 139/1982.in www.giurcost.org "Ciò non toglie che le carenze lamentate dai giudici rimettenti, in base a personali, sofferte esperienze e

Con la medesima sentenza²⁰⁸ la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 222, 1° comma del c.p. ritenendo necessario che gli elementi su cui si fondava all'epoca la presunzione legale non fossero temporalmente separati ma continuassero a sussistere nel momento dell'applicazione della misura di sicurezza. La Corte si era mossa sul presupposto che l'accertamento della pericolosità del soggetto avrebbe comportato un giudizio medico scientifico sulla salute mentale dell'imputato al momento della commissione del fatto che si sarebbe potuto rivelare «sensibilmente lontano» da quello del giudizio e ancora di più da quello in cui si sarebbe dato inizio all'esecuzione dell'internamento.²⁰⁹

Non furono mosse censure alla presunzione di pericolosità; si introdusse invece il principio della necessaria diagnosi di permanenza della pericolosità derivante da infermità di mente. Sorprende, invece, che il legislatore della Gozzini, nel 1986, con l'intervento di espulsione delle presunzioni abbia in un certo senso abdicato alla possibilità di

risultanti anche da indagini ufficiali condotte o promosse da autorità a ciò competenti, esigano la più attenta considerazione e la più sollecita iniziativa da parte del legislatore e dei pubblici poteri. Il problema umano e sociale del trattamento da riservare ai soggetti prosciolti perché non imputabili per infermità psichica non può essere affrontato e risolto in termini formali e nominalistici - di etichetta verrebbe fatto di dire - ma impone l'adozione di misure concretamente idonee alla cura e non soltanto alla custodia di quei soggetti medesimi, essendo evidente che la loro risocializzazione dipende dalla guarigione o quanto meno dal miglioramento delle loro condizioni psichiche".

²⁰⁸ C. Cost., sent. 139/1982 in *Giur. Cost.*, 1982, I, 1191.

²⁰⁹ A. Martini, *Novissimo digesto italiano, Appendice*, cit., p. 622; La presunzione di pericolosità dell'articolo 222 era in realtà scindibile in due presunzioni di cui la seconda considerava il soggetto afflitto da malattia mentale al momento del fatto sarebbe continuato ad esserne afflitto fino all'esecuzione.

intervenire sull'ospedale psichiatrico, mantenendo lo *status quo* e lasciando l'istituto nel dimenticatoio.

La Corte è tornata sul tema molti anni dopo, con la sentenza 324/1998 dichiarando l'incostituzionalità dei co. 1, 2 e 4 dell'art. 222 rispetto agli artt. 2, 3, 27 e 31 Cost., laddove quelli stabilivano che la misura di sicurezza dell'O.P.G. potesse essere applicata nei confronti dei delinquenti minorenni socialmente pericolosi e totalmente incapaci di intendere e di volere, per le cause di cui allo stesso articolo e diverse da quella di cui all'art. 224. La Consulta ha precisato che “una misura detentiva e segregante come il ricovero in O.P.G., prevista e disciplinata in modo uniforme per adulti e minori non può ritenersi conforme a tali principi e criteri” e come “l'assenza negli O.P.G. di strutture *ad hoc* per i minori [...] conferma la diffusa consapevolezza presso gli operatori e gli stessi giudici minorili dell'incompatibilità di siffatta misura con la condizione del minore affetto da infermità psichica. Questo è prima di tutto un minore e come tale va trattato”. Infatti, “le esigenze di tutela della personalità del minore coinvolto nel circuito penale non consentono in alcun caso, nemmeno in quello di infermità psichica, di trascurare la condizione di minorità del soggetto”.²¹⁰

²¹⁰ F. Zavatarelli, in *Codice penale commentato*, E. Dolcini- G. Marinucci, cit., p. 2296.

In questo modo la Consulta si è uniformata a quella che era già la prassi dominante presso le Corti inferiori, che propendevano per l'applicazione nei confronti dei minori ritenuti totalmente incapaci per le cause di cui all'art. 222, comma 1, delle misure del riformatorio giudiziario e della libertà vigilata, con tendenziale disapplicazione della misura di sicurezza dell'O.P.G.

Se la misura di sicurezza "detentiva" per i malati di mente ha ottenuto la patente di costituzionalità, ciò non significa che sia una misura "ideale", nonostante i toni siano divenuti meno drammatici dalla caduta delle presunzioni di pericolosità ad opera del legislatore. La necessità che l'applicazione della misura sia preceduta da un accertamento in concreto della pericolosità già da parte del giudice che pronuncia il proscioglimento ed in seguito dal Magistrato di sorveglianza ex art. 679 c.p.p., consente di ridurre il numero degli internati alle sole situazioni di reale necessità, in un'ottica di *extrema ratio* tale a quella che informa il sistema penitenziario.

Nonostante l'importantissima sentenza sui minorenni e le pressioni derivanti dalle continue eccezioni di legittimità proposte dai più diversi organi, la Consulta non ha "ceduto" sull'illegittimità dell'art. 222, considerando come questo non violasse, né limitasse il diritto alla salute, laddove non prevede per il soggetto pericoloso o totalmente incapace, misure diverse dall'internamento in O.P.G. e più

idonee a garantirne il recupero psichico. Pur prendendo una posizione critica verso lo stato concreto ed esecutivo degli O.P.G., le eccezioni sono state regolarmente respinte sulla scorta della considerazione per cui le questioni, così come proposte, avrebbero imposto alla Corte di “rimodellare” in via giurisprudenziale le caratteristiche del sistema di sicurezza con sostanziale intromissione della stessa nell’ambito delle prerogative del potere legislativo.

Nel 2003 una nuova e arguta eccezione di costituzionalità permise il cambio di rotta nella giurisprudenza costituzionale. La sentenza rappresenta uno dei tasselli più importanti nella storia repubblicana sul tema dei folli-rei.

Nella motivazione della sentenza si evince il rammarico della Consulta per l’assenza di un intervento legislativo sulle misure di sicurezza, oramai risalenti nel tempo e mai riviste alla luce dei principi costituzionali e delle nuove acquisizioni psichiatriche. Allo stesso tempo i Giudici, consapevoli del proprio ruolo e della propria responsabilità, non si sono potuti sottrarre al delicato compito di intervenire, eliminando l’automatismo che impedisce al giudice di adottare, tra le misure che l’ordinamento prevede, quella che in concreto appaia più idonea a soddisfare sia le esigenze di cura e tutela della persona che del controllo e del contenimento della pericolosità.

Così fungendo da “supplente” al legislatore, la Corte ha ridefinito le prospettive operative ed il sistema delle misure di sicurezza per i sofferenti psichici non imputabili, dichiarando l’illegittimità costituzionale dell’art. 222 *“nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell’infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale”*.²¹¹

La censura di illegittimità è caduta dunque su una soluzione che era squilibrata, per eccesso di rigidità, verso uno solo dei due poli del problema, quello *autoritario* della tutela della collettività, senza considerare l’interesse *terapeutico* dell’infermo di mente.²¹²

Con la sentenza la Corte restituisce vigore alla «regola aurea» del bilanciamento tra le esigenze di controllo della pericolosità sociale e le esigenze di cura dell’infermo.

²¹¹ Corte Cost. 253/2003; www.giurcost.org

²¹² Riferimenti in D. Pulitanò, *Bisogni di sicurezza e bisogni dell’infermo di mente autore di reato. Un’importante sentenza della Corte Costituzionale*. www.ristretti.it, "La qualità di infermi di mente richiede misure a contenuto terapeutico, non diverse da quelle che in generale si ritengono adeguate alla cura degli infermi psichici". Dall’altro lato, la pericolosità dell’infermo richiede ragionevolmente misure atte a contenere tale pericolosità e a tutelare la collettività dalle sue ulteriori possibili manifestazioni pregiudizievoli". Le misure di sicurezza per i prosciolti per infermità di mente "si muovono inevitabilmente fra queste due polarità, e in tanto si giustificano, in un ordinamento ispirato al principio personalista, in quanto rispondano contemporaneamente a entrambe queste finalità, collegate e non scindibili". Nella disciplina dell’art. 222 del codice penale, la Corte Costituzionale ha ravvisato "un modello che esclude ogni apprezzamento della situazione da parte del giudice, per imporgli un’unica scelta, che può rivelarsi, in concreto, lesiva del necessario equilibrio fra diverse esigenze che deve invece necessariamente caratterizzare questo tipo di fattispecie, e persino tale da pregiudicare la salute dell’infermo", il che ovviamente "non è in alcun caso ammissibile".

Sulla scia della propria precedente giurisprudenza e non potendo creare misure *ad hoc*, ha individuato nella *libertà vigilata* la misura capace di “incarnare” le esigenze di flessibilità e trattamento del soggetto socialmente pericoloso.²¹³ In questa misura viene lasciata ampia discrezionalità al giudice, che si limita ad imporre le «prescrizioni idonee ad evitare le occasioni di nuovi reati», tenendo conto della gravità dell’infrazione e della personalità del trasgressore.²¹⁴

La Consulta è stata chiamata ad intervenire in tema di ospedale psichiatrico altre due volte. Con la sentenza 367 del 2004 ha affrontato il tema dell’applicazione provvisoria della misura di sicurezza in esame, e utilizzando la stessa *ratio* della sentenza n. 253 del 2003, ha sancito l’illegittimità costituzionale dell’articolo 206 c.p. «nella parte in cui non consente al giudice di disporre, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una misura di sicurezza non detentiva, prevista dalla legge e idonea ad assicurare alla persona inferma di mente cure adeguate e a contenere la sua pericolosità sociale». Con l’ordinanza 254 dell’ 1/7/05 ha invece ritenuto

²¹³ F. Zavatarelli, in *Codice penale commentato*, E. Dolcini- G. Marinucci, , cit., p. 2298.

²¹⁴ La violazione delle prescrizioni non rappresenta più reato, come sotto la vigenza del codice Zanardelli, bensì può costituire un rinnovato giudizio di pericolosità sociale, che potrebbe condurre all’applicazione di misure di sicurezza più gravose per il destinatario e con scopi diversi, quale quello terapeutico, laddove oltre alla violazione delle prescrizioni, il condannato abbia manifestato turbe psichiche tali da legittimare la sostituzione della misura *de qua* con il ricovero in casa di cura e di custodia.

manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 205, co. 2 n.2, e 222 co. 1, c.p., sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, e 32 Cost. «nella parte in cui impongono al giudice di disporre, ove prevista la pericolosità sociale, la misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario nei confronti dell'imputato prosciolto per infermità psichica, anche nei casi in cui "tale pericolosità risulti fronteggiabile con l'inserimento dell'imputato in una comunità terapeutica psichiatrica prevista dall'attuale ordinamento socio-sanitario ed in concreto funzionante». Nel caso di specie, il rimettente aveva richiamato la sentenza n. 253/2003, ma senza esporre i motivi per cui la misura della casa di cura e di custodia non sarebbe adeguata e senza chiarire perché la libertà vigilata sarebbe al contrario sufficiente.²¹⁵

In seguito a questi interventi si è registrato un vivace dibattito nella giurisprudenza sia di merito che di legittimità. La S.C.²¹⁶ ha statuito che in seguito alla sentenza 253/2003, non è obbligatoria la

²¹⁵ A. Martini, in *Codice penale* (a cura di) T. Padovani, cit., p. 1570.; La Consulta è tornata ancora su questi temi nel marzo 2007. Con l' ord. 16.3.07 n. 83, si è sancita la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale degli artt. 205, comma 2, n.2, e 222, comma 1, c.p., " *censurati, in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., nella parte in cui impongono al giudice di disporre, nei confronti dell'imputato socialmente pericoloso prosciolto per totale infermità mentale, la misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, anche nel caso in cui la pericolosità potrebbe esser fronteggiata mediante il ricovero in adeguata struttura terapeutica di tipo contenitivo*". La Corte si è quindi limitata a constatare come questione analoga fosse già stata "dichiarata manifestamente inammissibile" perché volta alla creazione di una nuova misura di sicurezza , *ergo* ottenere dalla Corte una pronuncia che esula dalle sue competenze in quanto richiede l'esercizio di poteri discrezionali che sono prerogativa esclusiva del legislatore.

²¹⁶ Cass. , I sez., 21.10.04.

sostituzione del ricovero in O.P.G, ma è consentito al giudice ricorrere a qualsiasi altra misura, anche non detentiva, per una durata non necessariamente uguale a quella minima prevista per il ricovero stesso. La giurisprudenza di merito ha mostrato maggiore apprensione sui profili di difesa sociale, considerando come nei casi in cui il soggetto dichiarato incapace di intendere e di volere si trovi ancora in una fase di scompensamento psicotico tale da non permettergli né autodeterminazione né la percezione del proprio comportamento, allora il ricovero in ospedale psichiatrico sarebbe giustificato nell'ottica di *extrema ratio*, poiché sarebbe impossibile *“onerarlo del rispetto degli obblighi”* e perché *“non esistono nella realtà in atto, case di cura e custodia che si occupino di pazienti psichiatrici”*.²¹⁷

Nonostante l'importanza fondamentale di questi passaggi, la misura di sicurezza manicomiale ha continuato a rappresentare la categoria di riferimento. La stragrande maggioranza dei giudici di merito, complice la scarsa collaborazione dei servizi psichiatrici operanti sul territorio, non hanno avuto la caparbietà sufficiente «per orientare la bussola verso la misura di sicurezza non detentiva». In realtà si sono registrate delle decisioni, poco ortodosse, con le quali si è manifestata la necessità che tra l'ospedale psichiatrico giudiziario e la misura della libertà vigilata, vi fosse un ulteriore *gradino*. Il Giudice di legittimità si

²¹⁷ Tribunale di Palermo 28.7.03; T. Padovani, *Codice penale*, cit., p. 1571.

è orientato per l'annullamento di tali provvedimenti²¹⁸, non legittimati dalla sentenza 253/2003, e che contrastavano con il principio di legalità in materia di misure di sicurezza ex art. 25, 3° c., Cost., auspicando un nuovo intervento della Consulta. La questione è stata dichiarata inammissibile,²¹⁹ perché volta alla creazione di una nuova misura di sicurezza, ergo ad ottenere dalla Corte una pronuncia che esula dalle sue competenze in quanto richiede l'esercizio di poteri discrezionali che sono prerogativa esclusiva del legislatore.²²⁰

8. Curare e custodire: i contenuti di un'utopia

La misura di sicurezza della casa di cura e di custodia può essere considerata appieno un antecedente del c.d. "doppio binario, quale misura di sicurezza che si aggiunge alla pena per i semi-imputabili. Lo si intuisce ricostruendo il suo percorso storico che la vede sin dall'origine come una misura piuttosto "ibrida".

²¹⁸ Cfr. Cass, Sez. VI, 4 novembre 2010 in *C.e.d.*, n. 248716; Trib. Milano, 6 novembre 2008, in *Foro ambr.*, 2008. Per approfondimento si veda F. Della casa, *Basta con gli OPG*, cit., p. 81.

²¹⁹ Corte Cost. 1° luglio 2005, n. 254, in *Giur. Cost.*, 2005, p. 2360 ss.

²²⁰ A. Martini, in *Codice penale* (a cura di) T. Padovani, cit., p. 1570.; La Consulta è tornata ancora su questi temi nel marzo 2007. Con l'ord. 16.3.07 n. 83, si è sancita la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale degli artt. 205, comma 2, n.2, e 222, comma 1, c.p., "censurati, in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., nella parte in cui impongono al giudice di disporre, nei confronti dell'imputato socialmente pericoloso prosciolto per totale infermità mentale, la misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, anche nel caso in cui la pericolosità potrebbe esser fronteggiata mediante il ricovero in adeguata struttura terapeutica di tipo contenitivo". La Corte si è quindi limitata a constatare come questione analoga fosse già stata "dichiarata manifestamente inammissibile" perché volta alla creazione di una nuova misura di sicurezza.; M. Pelissero, *Quale futuro per le misure di sicurezza*, in *Riv It. Dir. Proc. Pen. 2013- II*, p.1280, Giuffrè.

La sua prima introduzione risale al codice Zanardelli, sotto le influenze delle teorie positivistiche, il cui condizionamento non era ancora così forte da indurre il legislatore a creare un vero e proprio sistema autonomo di misure di sicurezza.

Era inizialmente prevista nei confronti dei semi infermi di mente e consisteva nel ricovero facoltativo in una «casa di custodia» dove veniva scontata la pena.

Quindi il ricovero, a differenza dell'attuale disciplina, non si aggiungeva alla pena bensì si sostituiva ad essa in un sistema vicariale.

La denominazione "casa di custodia" evidenziava subito lo scopo custodialistico della misura, che indicava un luogo di espiazione della pena detentiva reso meno rigoroso dalle esigenze di cura.

Nomina sunt consequentia rerum: cura e custodia danno i connotati alla figura "ibrida" di questa misura di sicurezza, precorritrice dei futuri manicomi criminali.

Tale natura si intravede più a livello teorico che pratico. Infatti nell'eseguire la misura, la funzione curativa passa in secondo piano, a causa del regime di esecuzione anticipata ex art. 220, primo comma, c.p., col rischio che la pena e la misura di sicurezza si coniughino in un unico trattamento di tipo afflittivo.²²¹

²²¹ A. Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, cit., p. 107-108.

Già sotto la vigenza del codice Zanardelli tali misure non avevano un luogo “fisico” di riferimento ma esistevano solo sulla carta. Il Guardasigilli Rocco nella Relazione al Re sul codice attualmente vigente lo sottolineava. Un dato incontrovertibile quando ci si appresta ad esaminare la misura di sicurezza disciplinata dall’art. 219 c.p. è che non esistono e non sono mai esistiti nel nostro Paese, istituti penitenziari deputati in via esclusiva all’internamento per l’esecuzione della “casa di cura e custodia”. Questa è stata perciò eseguita in sezioni-reparto degli ospedali psichiatrici giudiziari.

Nonostante le due funzioni caratterizzino anche l’OPG, le due misure non sono in alcun modo assimilabili. Sono anzi incompatibili, distinte dallo specifico legame che esiste tra la pericolosità sociale e la condizione psichica, presupposto della misura *ex art. 219 c.p.* ed infungibili. Infatti nel caso di proscioglimento per infermità psichica, non può essere disposta al posto dell’ospedale psichiatrico giudiziario l’assegnazione ad una casa di cura e custodia.

L’istituto è caratterizzato dall’intima commistione di afflizione, segregazione e cura. Gli interventi sanzionatori sul malato di mente che delinque, come su altri soggetti portatori di gravi disagi sociali, la cui capacità di intendere e di volere sia scemata al momento della commissione del fatto, si concentra su due esigenze contrapposte. Da un lato, vi è la neutralizzazione del delinquente malato che viene

perseguita attraverso la custodia,²²² dall'altro, la necessità di curare il malato che suggerirebbe di anteporre i bisogni terapeutici su quelli della sicurezza per ottenere la guarigione medica dell'infermo di mente, prima ancora che quella sociale.

La migliore scienza medica psichiatrica ritiene che la terapia nei confronti della malattia mentale per essere il più possibile efficace debba avvenire, se non in periodi particolarmente critici e di crisi acute, in assenza di segregazione, rispettando la libertà morale e la dignità dell'internato. Un aspetto che si presenta certamente incompatibile con lo stato di costrizione dell'internato che si trova nei luoghi di custodia.

In realtà con il passare del tempo si è diffusa una radicale sfiducia riguardo alla possibilità di incidere sul soggetto delinquente, attenuandone la pericolosità sociale, ovvero quel *«singolare impasto tra probabilità di recidiva e sintomi di disagio individuale che fondano l'applicazione delle misure di sicurezza»*.²²³

Tra le diverse funzioni, che come abbiamo visto si pongono in aperta contraddizione, ha finito per prevalere quella meno utopica e più "realisticamente perseguibile": la custodia.

²²² La custodia, come nel caso della pena penitenziaria, è arricchita da offerte trattamentali miranti al recupero del reo e al suo reinserimento nel contesto sociale. Il contenuto della misura in questo caso non si discosta quindi dalla pena.

²²³A. Martini, *Codice penale*, (a cura di) T. Padovani, cit., p. 1548.

Il prevalere dell'aspetto segregativo ha sempre più avvicinato la figura alla normale carcerazione, di cui oggi sembra essere un vero e proprio duplicato.

8.1. Le problematiche legate all'esecuzione della casa di cura e di custodia.

I soggetti destinatari della misura sono oggi distinti in due categorie. La legge prevede una triplice soglia di pericolosità a seconda della minore o maggiore gravità edittale del reato per cui si è subita la condanna.²²⁴ Il rinvio alla pena edittale dimostra ancora una volta come il legislatore non intendesse l'internamento alla stregua di un trattamento medico *post poenam*. Infatti la durata minima esprimeva la necessità della segregazione commisurata sulla gravità del reato commesso più che sul disagio dimostrato dal reo.

La dottrina ha posto particolare attenzione sull'interpretazione del concetto di «pena stabilita dalla legge» cui l'art. 219 c.p. ricollega l'applicabilità del ricovero e la durata minima dello stesso.

²²⁴ Per i soggetti che abbiano commesso un reato punito in via edittale con la reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni di reclusione, il periodo minimo è fissato in un anno di internamento (art. 219 comma 1), qualora si tratti di un delitto punito con l'ergastolo è elevato ad anni tre (art. 219 comma 2), infine quando si tratti di un qualsiasi altro reato punito con pena detentiva e la diminuzione di pena derivi da intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti, il periodo minimo è fissato in sei mesi.

La quantificazione della pena veniva originariamente effettuata²²⁵ valutando l'esito del giudizio di comparazione ex art. 69 ed in base ai criteri previsti dall'art. 157, per cui si doveva tener conto del massimo aumento previsto per le circostanze aggravanti, nonché della minima diminuzione stabilita per le circostanze attenuanti.²²⁶

Da qui era sorta una questione ancora più interessante e problematica sul problema della valutabilità "in astratto" o "in concreto" della pena, e quindi sulla possibilità di calcolare, per determinare l'applicabilità (e la durata) della misura in esame, la diminuzione di pena concessa per vizio parziale di mente ex art. 89 c.p. nell'ambito del giudizio di comparazione ex art. 69 co. 4.

La S.C., insieme a parte della dottrina,²²⁷ era orientata in senso negativo. Si riteneva infatti che l'entità della pena dovesse essere calcolata "in astratto", cioè indipendentemente dalle diminuzioni ex artt. 89, 95, e 96, perché tali diminuzioni attengono alla qualificazione del soggetto e alla sua imputabilità, elemento della colpevolezza, e non al fatto delittuoso commesso e alla sua gravità; perciò dovevano

²²⁵ In riferimento a questo profilo vi era stato un intervento della Corte di Cassazione sez. I, 14 luglio 1977.

²²⁶ Tale orientamento era stato criticato da Pecori che riteneva inapplicabile l'art. 157, il quale fa riferimento al massimo edittale mentre l'art. 219 richiama invece il minimo.

²²⁷ Cass. sez. I, 5 ottobre 1981; Cass. sez. I, 27 gennaio 1971; CP, 1983, 302; sez. I, 27 gennaio 1971, CP, 1972, 186; sez. I, 17 novembre 1969, CP, 1971, 765.

In dottrina: Bricola, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, p. 262, Giuffrè, 1961; Nuvolone, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, p. 654, in «Enc. Dir.», XXVI, 1976.

intervenire per ultime dopo il giudizio di comparazione *ex art. 69 co.*

*4.*²²⁸

Tale tesi è stata criticata, sul presupposto che *essa comporterebbe l'equiparazione del reato commesso dal semi-imputabile a quello commesso dall'imputabile. Poiché l'applicabilità e la durata della misura vengono fatte dipendere, nel sistema specifico dell'art. 219, dal tipo di reato commesso, risulterebbe chiara l'impossibilità logica di impoverire la valutazione dei presupposti di applicazione della casa di cura e custodia di un elemento (la diminuzione di pena per vizio parziale di mente) estremamente significativo agli effetti dell'adeguamento della sanzione curativa al singolo reo.*²²⁹

Tuttavia dopo la riforma dell'art. 69 co. 4 a seguito della D.L. 11 aprile 1974, n. 99,²³⁰ le circostanze attenuanti inerenti la persona del colpevole, *ex art. 70* ultimo comma c.p., che in precedenza erano escluse dal giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee concorrenti, sono coinvolte nel giudizio qualitativo di comparazione e devono risultare prevalenti rispetto alle concorrenti aggravanti.

Quindi l'assoggettamento a misura di sicurezza e di conseguenza il trattamento del semi-imputabile autore di reato potrà variare in modo determinante a seconda dell'esistenza di elementi accidentali aggravanti a carattere anche prettamente oggettivo, il cui valore sia

²²⁸ F. Zavatarelli, in *Codice penale commentato*, E. Dolcini- G. Marinucci, cit., p. 2279.

²²⁹ G. De Francesco, *Giurisprudenza sistematica*, cit., p. 1520.

²³⁰ Convertito in L. 7 giugno 1974, n. 220.

ritenuto dal giudice, equivalente o prevalente, nell'ambito del giudizio descritto dall'art. 69.²³¹

Secondo Padovani, *“per evitare tali rischi e nell'ottica di una razionalizzazione funzionale della risposta dello Stato al fatto di reato compiuto dal soggetto portatore di gravi disagi psicofisici, si potrebbe suggerire di apprezzare come elemento di comparazione la stessa necessità di un periodo di internamento post-detentivo, in chiave specialpreventiva.”*

Quindi, per determinare la pena stabilita dalla legge per il reato commesso, si dovrà tenere conto del *dato edittale astratto*, ovvero delle circostanze impostando il giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee ex art. 69. Sicché non potrà essere pretermessa l'attenuante determinata dal vizio parziale di mente che deve essere considerata come uno tra gli elementi, il cui significato può essere apprezzato solo all'esito del giudizio di comparazione con eventuali circostanze eterogenee, che concorrono ad una *migliore individuazione legale del disvalore del fatto*.

Il terzo comma prevede una categoria di soggetti, definiti di “terza fascia”. Si tratta di condannati a pena diminuita per ragioni di infermità psichica o sordomutismo per un qualsiasi reato punito in via edittale con la pena detentiva. La norma dà la possibilità discrezionale

²³¹ A. Martini in *Codice penale*, (a cura di) T. Padovani, cit., p. 1553.

al giudice che accerta la pericolosità di disporre la misura della libertà vigilata in sostituzione della casa di cura e di custodia.

Tale ipotesi sembra rivestire carattere residuale e viene riservata alle ipotesi di pericolosità più attenuate legate ai reati di minore gravità. È vista con particolare favore in quanto offre maggiori opportunità terapeutiche e curative che abbiamo visto essere posti in secondo piano nell'esecuzione della misura di sicurezza della casa di cura e custodia.

In quest'ambito si è assistito ad un'evoluzione della giurisprudenza costituzionale. La Consulta ha recepito i più moderni orientamenti della scienza psichiatrica che attribuiscono ai trattamenti paradedentivi un ruolo ed un'efficacia residuale.

Si aprono quindi nuovi spazi per il trattamento non detentivo dei sofferenti psichici e spetterà al giudice verificare che la misura di sicurezza prevista dalla legge sia la più opportuna per quanto riguarda il tipo di pericolosità del soggetto.

La casa di cura e di custodia era astrattamente applicabile anche nei confronti dei minori infraquattordicenni affetti da vizio parziale di mente. Mancava infatti una disposizione esplicita come quella dell'art. 222 co. 4.

I principi affermati dalla Consulta in merito all'illegittimità di una misura segregante senza alcuna differenziazione tra gli adulti e i

minorenni trovano applicazione anche in relazione alla “casa di cura e di custodia”, sottraendo definitivamente all’esecuzione di tale misura i minori non imputabili per patologie psichiatriche e socialmente pericolosi. C’è da aggiungere che in realtà già diversi tribunali minorili, prima della sentenza avevano preferito disporre l’internamento in riformatorio giudiziario anziché la misura *de qua*. Inoltre in caso di concorso tra le due misure è sempre prevalente l’applicazione del riformatorio giudiziario, non solo alla luce dell’intervento della Corte costituzionale ma anche in ragione della maggiore attitudine specialpreventiva della misura che è stata in un certo senso “modellata”, dopo la riforma del processo del 1988, sul trattamento dei minori che delincono.

L’ultimo comma della disposizione prevede che, qualora venga ordinato il ricovero in una casa di cura e di custodia, non possano essere applicate altre misure di sicurezza. Il riferimento della norma sembra essere diretto al caso del soggetto seminfermo di mente che sia stato dichiarato delinquente professionale o per tendenza a cui sarebbe possibile applicare l’assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa lavoro ex art. 216 c.p.

In questo modo il legislatore ha dato priorità alle esigenze connesse al trattamento terapeutico dell’internato nella stessa logica per cui all’art. 220, si prevede in deroga alla regola generale prevista dall’art.

211 co. 1, che l'esecuzione della casa di cura e di custodia può precedere, per esigenze terapeutiche, l'esecuzione della pena. La prevalenza attribuita in questo caso al trattamento medico denota una certa sfiducia del legislatore delle potenzialità di recupero sociale insite in misure di sicurezza a carattere prettamente custodiali quali la casa lavoro o la colonia agricola.

9. Il sistema del doppio binario "cumulativo".

L'articolo 220 c.p. che regola l'ordine di ricovero dell'internato, si pone in "piena conformità" col principio del doppio binario. Infatti in linea con il disposto del primo comma dell'art. 211 esso ribadisce che la misura di sicurezza debba essere eseguita dopo l'esecuzione della pena detentiva.

Sul piano applicativo il principio rappresenta *"l'espressione massima delle incongruenze ed incertezze dell'intero sistema del doppio binario c.d. cumulativo, nel quale, pene e misure di sicurezza non sono concepite come alternative ma in certi casi sono destinate a sommarsi. Ritardare l'esecuzione della misura di sicurezza (o addirittura sospenderla nel caso in cui lo stesso soggetto debba subire l'esecuzione di una pena detentiva) significa posporre quel trattamento in stato di internamento considerato specificamente necessario al recupero sociale del reo, assoggettandolo ad un regime*

penitenziario “per tabulas” meno adeguato e quindi inutile o più verosimilmente nocivo.”²³²

Se la pena viene eseguita prima della misura di sicurezza, si omette di fornire al soggetto destinatario il trattamento curativo necessario e adeguato alle sue condizioni, con il rischio di eseguire la misura in un momento in cui le condizioni personali del condannato sono peggiorate se non oramai compromesse a causa della detenzione in carcere.²³³

Vivere in carcere, un’istituzione totalizzante dotata di alti fattori psicotraumatizzanti, può portare al deterioramento o in molti casi alla nascita di disturbi psichici. L’isolamento dalla società, la mancanza degli affetti e l’afflittività della reclusione sono tutti fattori altamente patogeni che nei soggetti con disturbi preesistenti possono infatti portare ad un aggravamento e ad una cronicizzazione ma anche in soggetti che prima non avevano mostrato sintomi particolari si registrano disturbi connessi direttamente alla detenzione, le c.d. *psicosi carcerarie*, forme morbose che si osservano solo in carcere come *la sindrome di prisonizzazione* e la sindrome di *Ganser*.²³⁴

Il problema è stato affrontato anche dal codice di procedura penale che ha rivolto agli imputati in detenzione che presentano disturbi

²³² A. Martini, in *Codice penale*, (a cura di) T. Padovani, cit., p. 1560.

²³³ F. Zavatarelli in *Codice penale commentato*, (a cura di) E. Dolcini- G. Marinucci, cit., p. 2288.

²³⁴ G. Ponti- I. Merzagora Betsos, *Compendio di criminologia*, cit., p. 403.

mentali una norma, l'art. 286 la quale prevede la custodia cautelare in luogo di cura.

E' un sistema assolutamente irrazionale soprattutto nei confronti dei soggetti che necessitano di un immediato trattamento terapeutico, tamponato dal secondo comma, con la previsione di carattere eccezionale, che il ricovero possa essere disposto ed eseguito prima dell'inizio o del termine dell'esecuzione della pena detentiva. Le ragioni dell'eccezionalità del provvedimento si rinvergono nella necessità di evitare che l'immediata esecuzione della pena carceraria possa incrementare o, ancora peggio, determinare uno stato di «completa demenza».

Per invertire la sequenza esecutiva sarà necessario per il giudice, motivare circa le particolari condizioni dell'infermità psichica del condannato, obbligo che non sussiste quando l'esecuzione della misura di sicurezza, segue come di regola, quella della pena.

L'ordine di ricovero anticipato deve essere revocato una volta venute meno le ragioni che lo hanno determinato e in ogni caso non prima che sia decorso il periodo minimo stabilito dal giudice ai sensi dell'art. 219.

La disposizione deve essere coordinata con la possibilità di revoca anticipata della misura, ammessa dall'art. 207, sul quale è intervenuta

la sentenza della C. Cost. 110/1974, rendendo possibile in qualsiasi tempo il riesame della pericolosità.

Attualmente l'internamento è possibile solo quando in concreto, il soggetto sia stato riconosciuto come pericoloso. Una volta cessato lo stato di pericolosità, non sarà in alcun modo possibile prolungare l'internamento, per cui il condannato dimesso dalla casa di cura e custodia dovrà essere immediatamente sottoposto all'esecuzione della pena detentiva.

Sezione III

Verso il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario. Quali misure per i non imputabili?

10. Il ridimensionamento del ruolo dell'O.P.G.

Nel breve *excursus* sulle misure di sicurezza abbiamo visto come l'ospedale psichiatrico giudiziario abbia mutato alcune delle caratteristiche sulle quali il codice del 1930 aveva fondato la logica di neutralizzazione della pericolosità dell'infermo di mente.

I cambiamenti più preponderanti sono dovuti alla mutata valutazione della pericolosità sociale e alla diversa interazione tra gli o.p.g. e le strutture psichiatriche esterne, frutto della riforma psichiatrica del 1978 che ha posto le basi per un nuovo approccio medico e culturale, al trattamento degli infermi psichici autori di reati.

L'evoluzione del sistema ha cercato di sradicare il binomio malattia mentale- pericolosità con un lungo processo che ha avuto diversi protagonisti dalla Consulta, al legislatore e non di meno alla Psichiatria.

Le riforme e le pronunce di illegittimità costituzionale hanno indicato sempre più chiaramente come l'o.p.g. non fosse la migliore soluzione per la cura dell'infermità psichica, mentre sarebbe opportuno

predispone un sistema flessibile di adeguamento della risposta sanzionatoria alle esigenze terapeutiche e di controllo.

La stessa Giurisprudenza ha tentato di escludere il riconoscimento della pericolosità sociale sul soggetto, laddove le strutture esterne fossero state in grado di esercitare un controllo sufficiente.

Manca una soluzione intermedia, che senza determinare una compromissione eccessiva della libertà personale o meglio dei diritti umani, sia in grado di esercitare un controllo penale sui soggetti che in ragione delle condizioni personali rappresentino un rischio per la collettività.

L'amara realtà ci porta ad affermare che negli ospedali psichiatrici la situazione non è affatto migliorata.²³⁵ In essi convivono tanto persone con infermità mentale piena o scemata, quanto tossicodipendenti e alcolisti. Anche la posizione giuridica degli internati è quanto mai diversificata, da internati socialmente pericolosi a persone in osservazione psichiatrica con condanna definitiva o con processi ancora in corso.

La condizione del reo incapace continua ad assumere una forte connotazione naturalizzatrice, nonostante la mutata considerazione della malattia mentale avrebbe dovuto comportare una revisione

²³⁵ M.T. Collica, *La crisi dell'autore di reato non imputabile "pericoloso"*, cit., "La realtà degli ospedali psichiatrici giudiziari è rimasta sostanzialmente immutata, conservando, salvo rare eccezioni affidate al buon senso degli operatori, le stesse caratteristiche del carcere." P.299.

della disciplina delle misure di sicurezza e della stessa imputabilità. Ciò non è accaduto, mentre si sono susseguite a distanza molto ravvicinata nel tempo norme destinate alla chiusura dell'ospedale psichiatrico, la quale viene costantemente rimandata.

Dalle indagini che abbiamo svolto in tema di imputabilità, pericolosità e misure di sicurezza abbiamo potuto stimare come in questo settore confliggano due esigenze: quelle legate alla prevenzione generale che hanno caratterizzato le normative tradizionali in materia e quelle più recenti maggiormente rispettose del principio di colpevolezza.

Proprio alla luce di tale principio, possiamo affermare che una prevenzione realizzata con i mezzi del diritto penale è consentita solo quando l'agente, al momento del fatto è *fondamentalmente motivabile dalle norme*.²³⁶

Ciò spiega allora perché sia il legislatore che la giurisprudenza siano in genere restii ad ampliare le cause di esclusione dell'imputabilità e come in alcuni ordinamenti penali si siano spinti fino a prevedere, come nel caso della giurisprudenza americana, un nuovo tipo di verdetto, il *Guilty but mentally ill*, preferendo così per esigenze generalpreventive (e per evitare eventuali errori giudiziari) poter irrogare la pena della reclusione piuttosto che il ricovero ospedaliero.

²³⁶ A. Manna, *L'imputabilità e nuovi modelli di sanzione*, cit. p. 194.

Un approccio di tal specie, ai fini di prevenzione generale, è comprensibile nei sistemi anglosassoni, che storicamente non hanno conosciuto un sistema fondato su misure di sicurezza, piuttosto che nell'Europa continentale, nel quale questa sanzione sussiste nonostante le sue debolezze. Nella crisi che il sistema vive assistiamo agli sforzi di dottrina e giurisprudenza giuridica e psichiatrica, per cercare di trovare delle soluzioni alternative e che possano in qualche modo sopperire alle lacune del sistema.

Gli scandali che hanno interessato l'istituto dell'ospedale psichiatrico non devono essere confusi con la crisi dell'intero sistema sanzionatorio a doppio binario, che non riguarda tanto il modello teorico, quanto il ricorso ad una misura a struttura chiusa, con una finalità che nella pratica si è rivelata esclusivamente custodiale e utilizzata come *sola e unica* risposta nei confronti dell'autore *non imputabile e pericoloso*.

E' sempre più sentita l'esigenza di prevedere, nei limiti in cui l'impianto normativo lo consenta, un sistema sanzionatorio in grado di soddisfare le esigenze di tutela della collettività con un sacrificio minimo della libertà personale e tenendo conto delle esigenze terapeutiche del disturbo psichico.

I modelli di riforma che si sono ipotizzati nei confronti dei non imputabili possono essere distinti in due macro gruppi. Da una parte, i

modelli abolizionisti e, dall'altra, quelli riformisti. Analizziamoli per capire se vi siano margini per colmare le lacune del sistema attuale sia in via teorica che nelle possibili applicazioni pratiche e se si tratti quindi di strade effettivamente percorribili.

11. I modelli abolizionisti.

Una volta verificati i rapporti tra colpevolezza e prevenzione, è necessario capire se possa esistere una disciplina migliore rispetto a quella attuale, in merito all'infermità mentale.

L'attuale disciplina non definisce il concetto di infermità mentale e lascia alla giurisprudenza il compito di colmare tale «lacuna». Ciò spiega l'esistenza di tanti indirizzi spesso tra loro confliggenti a discapito delle esigenze e del rispetto dei principi di legalità e di certezza del diritto.

Il primo modello da esaminare è piuttosto radicale e viene definito «abolizionista». Come il termine stesso indica, questo non si limita a modificare la disciplina dell'imputabilità o dell'infermità mentale, ma ritiene più conveniente abolire in radice la distinzione tra imputabili e non.

La proposta affonda le proprie origini nella scuola positiva italiana che, negando il libero arbitrio assegnava alla sanzione penale una funzione essenzialmente di difesa sociale. E' evidente come in questa

prospettiva non vi sia a spazio per l'imputabilità, la quale viene sostituita in pieno dal concetto di pericolosità sociale, né per la pena sostituita a sua volta dalla misura di sicurezza.²³⁷

Da tempo però questa visione non è generalmente condivisa e accettata. Si è infatti constatato che l'imputabilità, quale elemento della colpevolezza non poggia su questioni filosofiche, bensì su "convenzioni sociali che richiedono per l'ordinata convivenza civile che questa si basi su norme di condotta comportanti l'autodeterminazione."²³⁸

La prospettiva abolizionista viene distinta in diversi filoni: repressivo, progressivo e medicalizzante.

Il primo si caratterizza per un giudizio più rigoroso circa le cause di esclusione dell'imputabilità che si vorrebbero ristrette alle sole ipotesi più rigorose, quali ad esempio le psicosi e si è spesso concretizzato grazie ad alcune pronunce, nelle quali la giurisprudenza ha utilizzato il concetto di «pre-colpevolezza»²³⁹ oppure con i verdetti tanto cari alla giurisprudenza americana di «*guilty but insane*».

Il risultato che si intende ottenere mediante tale modello è il *revirement* dei condannati malati di mente all'interno del circuito

²³⁷ Questa era la previsione del Progetto Ferri, peraltro mai trasfuso in legge.

²³⁸ A. Manna, *L'imputabilità e nuovi modelli di sanzione*, cit. p. 199. L'autore fa riferimento alla dottrina tedesca in tema di libero arbitrio. In particolare cita Dreher, *Die Willensfreiheit- Ein zentrales Probelem mit vielen Seiten*, Muenchen, 1987; e Hirsch, *Das Schulpdprinzip und seine funktion in Strafrecht*, in ZStW, 1994.

²³⁹ A. Manna, *L'imputabilità e nuovi modelli di sanzione*, cit., In riferimento al recupero, nel modello tedesco, delle esigenze connesse alla prevenzione tramite il concetto giurisprudenziale di «pre-colpevolizza», p. 45 ss.

penitenziario, essendo questo ritenuto il più adatto al loro «controllo». Certo è gioco facile obiettare che questo eccessivo “rigore” si pone in contrasto con il principio di colpevolezza, poiché un’applicazione quasi indistinta della responsabilità penale finisce col negare l’assioma di partenza, ossia che l’individuo *possa agire differentemente*, col rischio di ricadere in delle *fictio iuris* che altro non celano se non casi di responsabilità oggettiva.²⁴⁰

La proposta progressista riconosce in capo all’infermo di mente delle «sfere di libertà»²⁴¹ tali da giustificare il venir meno della differenza tra imputabili e non. Ritiene, inoltre, che sia possibile soddisfare le loro esigenze terapeutiche tramite la specializzazione dell’esecuzione penitenziaria. Si prevede quindi un carcere con “cure” per i soggetti portatori di disturbi psichici ed una speciale sezione carceraria per i soggetti che presentano disturbi meno gravi, come nel progetto Corleone (1996) che a sua volta ripercorreva le linee del progetto Grossi del 1983.²⁴² Non si tratta solo di spostare la rilevanza della malattia mentale dal giudizio sull’imputabilità al momento sanzionatorio ma di abbandonare definitivamente il doppio binario a

²⁴⁰ Sulle *fictio iuris* ed i casi di responsabilità oggettiva si veda ancora una volta Manna, cit., p. 42 e ss.

²⁴¹ M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., Si tratta di una sorta di responsabilità legale di ascendenza positivista, connessa al fatto stesso di vivere in società.

²⁴² Il progetto Corleone, n. 151 del 1996 prevedeva all’art. 13 che «I soggetti sofferenti di disturbi psichici, che si trovino in stato di detenzione per custodia preventiva o per espiazione di pena, hanno diritto di ricevere in carcere le cure mediche e l’assistenza psichiatrica necessaria per il recupero della salute a scopo di riabilitazione»

favore di una soluzione *monistica* in grado di risolvere il problema dei disturbi psichici dell'autore di reato all'interno della pena.

E' una prospettiva di riforma che si richiama chiaramente al modello svedese²⁴³: si presenta un sistema di tipo monista che prevede l'applicazione della pena nei confronti di qualsiasi soggetto, indipendentemente dal riconoscimento della capacità di intendere e di volere.²⁴⁴ Il progetto trascura il problema della determinazione del *quantum* di pena da applicare, presagendo così che a determinarla sarà il grado di pericolosità sociale. Non a caso il progetto Corleone aboliva il divieto di perizia criminologica, così che si potessero dare al giudice più elementi di valutazione per poter determinare la pena.

Una prima critica a tale progetto risiede nella prospettiva abolizionista dell'imputabilità che non corrisponde alla realtà clinica. Considerare l'infermo psichico sempre come responsabile determinerebbe, come abbiamo detto sopra, una *ficto iuris*.

Anche se il riconoscimento di quote di responsabilità è stato posto alla base della riforma psichiatrica del '78 e del trattamento della malattia mentale, si traduce, se così trasposto nella disciplina penale,

²⁴³ Nel codice penale svedese del 1965 era stata abrogata la distinzione tra imputabili e non, mentre permanevano le dovute distinzioni in fase esecutiva al fine di adeguare la sanzione alla personalità del reo.

²⁴⁴ Il modello, come abbiamo già precisato, rinvia le sue radici storiche nella scuola positiva. Tuttavia la differenza con la scuola positiva sta nel fatto che, mentre quest'ultima modulava la disciplina sanzionatoria in ragione della pericolosità dell'autore, riconosciuto privo della capacità di autodeterminazione, questo modello risolve il problema del trattamento all'interno della pena, dando per supposto che il soggetto sia in possesso della capacità di intendere e di volere.

nella mera creazione di una nuova istituzionalizzazione, operando una mera sostituzione dell'ospedale psichiatrico con il carcere, che non è sicuramente il luogo più adatto per avviare un percorso terapeutico, sia da una prospettiva ambientale che interpersonale. Il rischio di sottoporre un infermo di mente a siffatta disciplina è quello di sacrificare il suo diritto alla salute in nome di una supposta parificazione che potrebbe condurre ad una violazione oltre che dell'art. 32 Cost. anche dell'art. 27, laddove si prescrive che la pena non possa mai concretizzarsi in trattamenti contrari al senso d'umanità.

Infine vi sono proposte dirette ad abbandonare il controllo penale a favore della *medicalizzazione* del trattamento dell'infermo di mente autore di reato. Così alla dichiarazione di non imputabilità dovrebbe seguire l'uscita del soggetto dal sistema penale ed il contestuale ingresso in un percorso sanitario. Tale disciplina sembra ripercorrere la strada già battuta dal codice Zanardelli.

Tuttavia l'idea di affidare il malato di mente autore di reato ai servizi territoriali e sottrarlo così all'o.p.g. non può tralasciare la riflessione sulla capacità di tali servizi di farsi carico di nuovi utenti, soprattutto a fronte della presa di coscienza che la riforma del '78 si è scontrata proprio contro la mancata attuazione dei servizi territoriali e che l'unico strumento in grado di fronteggiare una crisi acuta, rimane il

t.s.o. Inoltre, si deve tener conto che la realtà dei servizi di salute mentale e gli interventi da questi proposti sono profondamente differenziati sul territorio italiano. In buona parte i soggetti con disturbi psichici sono lasciati alle cure delle famiglie. La proposta di un sistema di intervento medicalizzato di tale specie non è perciò concretizzabile nel breve periodo.²⁴⁵

Il secondo elemento critico della pura medicalizzazione è costituito dall'insufficiente ponderazione delle esigenze di difesa sociale. L'efficacia è condizionata dalla preesistenza di strutture esterne in grado di offrire una soluzione alternativa agli attuali ospedali psichiatrici per i casi di pericolosità non fronteggiabili con interventi ambulatoriali o con l'affidamento a comunità aperte.

A tal proposito un decreto legge presentato nel 2006 (Burani-Procaccini) prevedeva la costituzione di strutture residenziali di piccole dimensioni, nelle quali doveva essere attuata un'assistenza continuativa. A tali strutture dovevano destinarsi i «malati più gravi, pericolosi per sé e per gli altri o che rifiutino l'inserimento in comunità aperte».

Questo ci permette di capire perché l'abolizione degli o.p.g. sia così poco realistica e rischiosa. E' come se si trattasse della peggiore soluzione eccetto tutte le altre, l'unica ad adempiere a quelle funzioni

²⁴⁵ G.L. Gatta, *Revoca del ricovero in OPG per decorso della durata massima: un primo provvedimento*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

di controllo cui l'apparato statale non intende rinunciare. Una funzione di *contenimento*, forse più che della pericolosità, dell'insicurezza sociale. In una visione del criminale come soggetto "*altro*" la malattia mentale acuisce e amplifica la percezione della pericolosità dei soggetti, doppiamente diversi: criminali e "folli".

Eppure, il clima attuale spinge sempre più verso la chiusura di queste strutture dove ad essere annientata è la dignità di essere umano, in cui l'esistenza non è altro che un susseguirsi di trattamenti farmacologici e degradazione. E' necessario prendere coscienza che il binomio malattia mentale- pericolosità è stato oramai spezzato dagli studi e dalle statistiche, e che la psichiatria da anni ha avviato un approccio diverso alla patologia non più fondato sulla custodia ma sulla libertà e l'autodeterminazione del paziente. Allo stesso modo, si deve però accettare che non esiste attualmente la concreta possibilità di equiparare il trattamento del folle-reo a quello dell'autore di reato non disturbato, e che questa, almeno per il momento, non è la via percorribile.

12. Il modello riformista.

Al contrario del modello abolizionista, nei modelli riformisti, si propone un ampliamento in ordine alle cause di esclusione

dell'imputabilità fino a ricomprendervi le nevrosi, le psicopatie e tutti i disturbi della personalità, che presentino o meno una base organica.

Si tratta di "ufficializzare" quel diritto vivente espresso dai settori della giurisprudenza più sensibili al principio di colpevolezza.

Il diritto penale non poteva non tenere conto delle moderne scienze empiriche che, già con gli studi sulla psicoanalisi di Freud, si erano concentrate sull'approfondimento delle nevrosi e dei disturbi della personalità. La concezione di malattia mentale legata alla presenza di cause organiche viene quindi messa in crisi. Significa accettare che, aldilà delle psicosi,²⁴⁶ in determinate condizioni, i disturbi di personalità possono essere in grado di compromettere la capacità di intendere e di volere.

Nei disturbi di personalità risulta necessario accertare il rapporto di causalità tra il singolo reato commesso e la patologia. Ovviamente tale rapporto causale è essenziale anche nelle psicosi, laddove il soggetto non venga riconosciuto come «sempre non imputabile» ma gli vengano riconosciute delle «quote di personalità».

Nel soggetto nevrotico va analizzata la condizione di fronte alla situazione stimolo e valutare se in assenza di questa, l'evento

²⁴⁶ G. Ponti- I. Merzagora Betsos, *Compendio di criminologia* , cit., p.358 ss; Breve digressione sulle differenze tra psicosi e nevrosi.

criminoso si sarebbe o meno verificato, come è stato ben descritto da Jaspers.²⁴⁷

In tema di riforme sicuramente la Germania ha fatto da pioniere, con la riforma del 1975 dei parr. 20 e 21 dello *StGB*; nondimeno la Francia nel 1994, ha abbandonato il vetusto concetto di «demenza» per abbracciare quello più moderno di «disturbo psichico o neuropsichico».²⁴⁸

In questo senso in Italia si è mosso il progetto al nuovo codice penale della commissione Pagliaro che all'art. 34 aveva sostituito il concetto di infermità mentale con quello di «anomalia»; in più si era optato per un'ulteriore ipotesi di esclusione dell'imputabilità con un riferimento che probabilmente peccava di eccessiva genericità: «ogni altra causa».

Una riforma in tema di infermità mentale che intenda coniugare sia la colpevolezza che la prevenzione, dovrebbe ricomprendere le nevrosi

²⁴⁷ Karl Jaspers fu un filosofo e psichiatra tedesco che concentrò i suoi rivoluzionari studi sui disturbi di personalità, nei due volumi della *Psicopatologia generale*, oramai considerato un classico della letteratura psichiatrica e che ha rivestito grande importanza per i metodi diagnostici. In particolare Jaspers era convinto che i sintomi andassero analizzati e diagnosticati più per la loro forma che per il contenuto; Cfr. Karl Jaspers, *Psicopatologia generale*, Roma, 1964 (ed. tedesca, *Allgemeine Psychopathologie*, 1913).

²⁴⁸ A. Manna, *Imputabilità e nuovi modelli di sanzione*, cit., p. 203 e ss., Esperienze simili si sono avute con il nuovo codice spagnolo del 1995 che ha incluso come clausole escludenti o diminuenti della responsabilità penale le «anomalie e alterazioni psichiche». In Inghilterra le proposte di riforma più significative sono contenute nel *“Report of comitee on mental abnormal offenders”* (1975), dove il disturbo mentale viene considerato come qualunque genere di anomalia psichica ad esclusione di quelle di natura transitoria dovute all'uso di sostanze alcoliche, droghe o conseguenti traumi psichici. Negli Usa invece le teorie riformiste convivono con quelle abolizioniste ed entrambe sembrano essere influenzate dalle correnti di neoretribuzionismo.

e le psicopatie, magari impiegando la locuzione di «disturbi di personalità» e corredandola con clausole altrettanto generiche, quale il riferimento al concetto di «gravità» e richiedendo espressamente la sussistenza di un nesso di causalità tra infermità e reato commesso.

In tal modo anche il giudizio di colpevolezza può essere effettivamente contestualizzato sul caso singolo evitando che l'utilizzo di formule eccessivamente vaghe, metta a repentaglio le esigenze di natura preventiva. Tale apertura consentirebbe di ricomprendere nel concetto di infermità anche quegli stati emotivi e passionali di carattere "patologico" atti a far scemare la capacità di intendere e di volere, fornendo così una base legislativa più solida al «diritto vivente» e coniugando al meglio colpevolezza e prevenzione.

Fanno parte dei modelli revisionisti quelle proposte che abbandonano l'idea dell'abolizione dell'o.p.g. e propongono una soluzione volta a rivedere l'attuale disciplina sanzionatoria nei confronti dei malati di mente, intervenendo sia sul ruolo custodiale che sulla concreta gestione di tali strutture. In questa direzione l'intervento sanzionatorio sui non imputabili viene modulato sempre tramite misure di sicurezza come il ricorso o l'affidamento al servizio sociale.²⁴⁹ La prospettiva custodiale non viene abbandonata, bensì contenuta, prevedendone l'applicazione solo in caso di reato e a

²⁴⁹ In questo senso si era mosso il d.d.l. del Consiglio regionale della Toscana n. 2746 del 1997.

condizione che sussistano particolari esigenze di contenimento della pericolosità sociale.

Particolare importanza deve essere riservata alla concreta gestione delle strutture custodiali. Si prevedono dimensioni ridotte e le strutture dovranno essere presenti nel territorio a livello regionale, così da porre fine allo sradicamento del malato dal territorio. La gestione sarà affidata al servizio sanitario ed il personale penitenziario potrà intervenire all'interno della struttura solo su richiesta del servizio sanitario stesso.²⁵⁰

Le esigenze di tutela della collettività saranno così soddisfatte con il mantenimento della misura di sicurezza. Una misura però maggiormente flessibile nella risposta trattamentale grazie alla gestione sanitaria delle strutture e della loro relazione con i servizi territoriali di salute mentale. In questa direzione si sono mossi i più recenti progetti di riforma al codice penale italiano delle commissioni Pagliaro, Grosso, Nordio e Pisapia, che pur operando scelte differenti hanno privilegiato la revisione dell'attuale sistema, mantenendo le misure di sicurezza nei confronti dei soggetti non imputabili e privilegiando l'intervento terapeutico rispetto a quello di mero controllo della pericolosità.

²⁵⁰ La disciplina delle nuove REMS sembra corrispondere in buona parte a questa teorizzazione. Per un approfondimento si veda il Capitolo IV, §4, p. 226.

13. La riforma passa anche dalla “pericolosità”.

Dopo aver analizzato entrambe le prospettive possiamo tirare le somme. Non è difficile ricongiungere l'origine delle teorie abolizioniste a quel processo di ripensamento della malattia mentale, iniziato negli anni settanta, e che si rifaceva a posizioni ideologiche volte a rivendicare anche in campo penale, la responsabilità di soggetti con disturbi psichici ai quali doveva essere riconosciuta pari dignità sociale. Tali teorie erano dirette contro una cultura manicomiale che esprimeva in ambito giudiziario il versante più squalificante di una politica di esclusione concretizzata in strutture fatiscenti, con metodi violenti nei quali poco o nulla restava per gli interventi terapeutici.

L'abolizione degli ospedali psichiatrici rappresenta la rottura con un certo modo di considerare il trattamento del disturbato mentale. Per questa ragione le posizioni abolizioniste, per quanto utopiche, non possono essere etichettate come “inaccettabili”, ma devono essere considerate per il loro potente messaggio di moralità, piuttosto che per la debolezza delle loro argomentazioni. Nella accezione segregativa l'abolizione riguardava l'istituzione o.p.g. intesa come forma trattamentale di controllo del reo infermo, mentre nell'accezione progressista l'o.p.g. diventava semplicemente sinonimo di misura di sicurezza detentiva. Da entrambe possono svilupparsi

strategie di intervento diversificato miranti ad abolire l'o.p.g. come modello storico senza reprimere l'idea del controllo custodiale vuoi attraverso interventi sanitari, vuoi attraverso il ricorso a strutture chiuse.

Alcune delle istanze sono state effettivamente cristallizzate in norme. Del modello abolizionista segregante fanno parte la riforma di assistenza sanitaria e il nuovo regolamento penitenziario che dedica particolare attenzione ai problemi di salute mentale. Del modello medicalizzante possiamo annoverare le prescrizioni terapeutiche durante la libertà vigilata o l'offerta terapeutico dei servizi sanitari nazionali.

Possono allora convivere entrambe in un sistema o è necessaria una scelta di campo? I modelli abolizionisti recuperano le esigenze di cura e di controllo ma nell'ottica di una misura monista, abbandonando quindi il doppio binario che rimane, invece, fermo dal punto di vista delle teorie riformiste, seppur in prospettiva di riforma rispetto all'attuale disciplina.

Per adesso il nostro sistema mantiene in auge il doppio sistema sanzionatorio sebbene abbia subito profonde modifiche rispetto alle sue origini e nonostante le continue critiche, molto più pressanti rispetto ai tentativi di riforma. Il problema di fondo rimane sempre il

solito: il doppio binario merita una riforma oppure, optando per una scelta più radicale, dovrebbe essere abbandonato?

In questo tema così ampio è necessario inserirne un altro: il mantenimento del concetto di pericolosità sociale, da cui eravamo partiti, e che rappresenta il presupposto d'applicazione, nasce e cade insieme alle misure di sicurezza.

Recentemente, autorevoli voci dottrinarie²⁵¹ si sono interrogate sull'opportunità di sganciare nettamente il trattamento curativo/rieducativo dei non imputabili dai percorsi della giustizia penale. Una prospettiva indubbiamente suggestiva che trova conferma anche in alcuni studi sulla terapia sociale, che dimostrerebbero come si sono raggiunti risultati maggiori in istituti aperti esterni al circuito penale.

Vi sono naturalmente anche profili dubbi. *In primis*, abbiamo un problema di sicurezza collettiva nei confronti di degli autori di reati particolarmente efferati, nei cui confronti misure extra custodiali non sembrano rappresentare una valida soluzione.

In secondo luogo, si pone un problema di *legittimità*, trattandosi di una misura di carattere amministrativo atta a limitare la libertà personale, prerogativa non consentita alle sanzioni amministrative.

²⁵¹ A. Manna, *l'Imputabilità*, cit. p. 225; L'autore cita Grosso, *Questioni aperte in tema di imputazione del fatto*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale, Itinerari-Problemi- Prospettive*, Milano, 1993.; Musco, *Massregeln der beesserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem Italens*, in ZStW.

Con questo non si intende solo sottolineare il profilo di garanzia che il giudice penale assicura rispetto all'autorità amministrativo-sanitaria, ma sottolinea anche il pericolo che una siffatta soluzione sottende, ossia quello di far regredire le misure di sicurezza rispetto ad un cammino che, finora, tanto stentatamente hanno compiuto.

Sezione IV

Il sistema minorile.

14. Le istanze di rinnovamento partono dal sistema minorile.

La crisi del sistema a doppio binario sanzionatorio incute un certo scoramento nell'analisi delle misure di sicurezza in vigore; eppure il sistema minorile offre notevoli spunti di riflessione sulla possibilità di un loro recupero, visto il ruolo dominante che queste hanno assunto nel riformato quadro sanzionatorio dedicato al reo in età minore.

Il secondo binario sanzionatorio nei confronti dei minori ha subito la profonda ingerenza del d.P.R. 448/1988 che ne ha profondamente modificato l'assetto. Il quarto capo destinato a regolare il procedimento applicativo delle misure di sicurezza minorili non si è limitato alla sola parte processuale, ma ha finito per toccare alcuni dei profili fondamentali della materia. Così anche la disciplina sostanziale, per quanto riguarda il minore socialmente pericoloso, ha subito notevoli ingerenze, sia sul fronte della definizione del presupposto soggettivo di pericolosità che dell'individuazione dei contenuti delle relative sanzioni.

L'impatto dell'intervento legislativo del d.P.R. 448/1988 sulla disciplina preesistente è stato oggetto del vaglio di legittimità da parte della Corte costituzionale, in particolare per i limiti posti dalla

legge delega 81/1987, la quale faceva riferimento alle misure di sicurezza in relazione al procedimento ordinario, richiedendo un giudizio di effettiva pericolosità per l'esecutività delle stesse, mentre per gli imputati minorenni veniva richiesta solo una ridefinizione delle funzioni della magistratura di sorveglianza.

La Corte costituzionale in relazione agli artt. 22, 36 e 37, co. 2 ha escluso la violazione dell'art. 76 Cost., ritenendo che il legislatore non avesse violato i limiti fissati dal Parlamento nella citata legge delega.

Le norme "incriminate" riguardavano la fase di applicazione delle misure di sicurezza, materia sulla quale la legge delega abilitava il Governo a legiferare. Inoltre, riguardo ai minorenni, l'art. 3 consentiva di disciplinare il processo minorile «secondo i principi del nuovo processo penale, con le integrazioni e modificazioni imposte dalle particolari condizioni psicologiche del minore, dalla sua maturità e dalle esigenze della sua educazione, essendo in particolare da prendere in considerazione la personalità del minore sotto l'aspetto psichico, sociale e ambientale».²⁵² Nel d.P.R., quindi, secondo la Consulta il legislatore si è limitato a tener conto delle esigenze di adeguamento e individualizzazione che, anche nella fase d'esecuzione

²⁵² C. Cost., sent. n. 182 del 1991, in *Giurisprudenza Costituzionale* 1991, p. 1491.

delle misure di sicurezza, si impongono nei confronti dei re minorenni, senza incidere sulla fase sostanziale degli istituti.²⁵³

Nonostante l'avvallo della Consulta, la nuova disciplina ha innescato notevoli problemi interpretativi, dovuti soprattutto al mancato coordinamento con il preesistente tessuto normativo. Da un lato, il legislatore si è occupato esclusivamente della ridefinizione delle modalità esecutive e della delimitazione operativa del riformatorio giudiziario e della libertà vigilata, il che ha fatto sorgere dubbi su quale sia in concreto l'arsenale di misure sanzionatorie con il quale l'ordinamento risponde al reato del minore socialmente pericoloso. Dall'altro, la mancanza di una presa di posizione certa, circa le sorti della precedente disciplina, quando si sarebbe potuto optare o per l'abrogazione o per una clausola di riserva in favore della normativa speciale (minorile), porta a ritenere operative le restanti disposizioni codicistiche sulle misure di sicurezza.²⁵⁴

Anche per i minori la disamina delle misure di sicurezza non può prescindere dai presupposti soggettivi che governano la reazione penale al fatto di reato, ossia l'imputabilità e la pericolosità sociale. Benché i due requisiti godano di un'effettiva indipendenza, la misura

²⁵³ M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, *Commentario sistematico del Codice penale*, cit., art. 223.

²⁵⁴ C'è da considerare che la stessa disciplina codicistica non chiarisce del tutto l'operatività delle sanzioni di sicurezza nei confronti dei minori, visto che questi sono menzionati solo in riferimento al riformatorio giudiziario, alla libertà vigilata e all'ospedale psichiatrico giudiziario.

di sicurezza non è impermeabile alle vicende concernenti l'imputabilità. Le cause in grado di compromettere l'imputabilità possono avere natura fisiologica o patologica. Nel caso dei minori il *deficit d'imputabilità* è riconducibile alla *fisiologica incompiutezza del processo evolutivo*²⁵⁵ della personalità. Il codice riserva ai giovani rei la misura del riformatorio giudiziario ed estende l'operatività della libertà vigilata, che pur non essendo di esclusiva pertinenza minorile, viene calibrata in base alle esigenze della minore età.

Nel caso in cui l'imputabilità è altresì compromessa da fattori patologici, come per l'adulto, le esigenze terapeutiche prevalgono, legittimando la stessa misura utilizzata per gli adulti, fermo restando la valorizzazione della condizione speciale del minore in fase d'esecuzione della misura.

15. L'*extrema ratio* della pericolosità minorile.

Le nuove norme riguardanti il procedimento penale dei minori hanno inciso anche sulla definizione della nozione di pericolosità minorile, in termini più restrittivi.

L'art. 37, comma 2, c.p. ridefinisce la pericolosità sociale del minore sotto un duplice profilo. Il primo riguarda la delimitazione dei reati costituenti oggetto del giudizio di pericolosità. Tra l'altro si tratta di

²⁵⁵ G. Panebianco, *Il sistema penale minorile*, cit., p.257.

delitti connotati da particolare gravità che non sembrano far parte dell'area tradizionale della delinquenza minorile.

Tale previsione assume un'importanza fondamentale. Si tratta della prima applicazione nel nostro ordinamento del principio di *proporzione*. Il secondo profilo attiene alla formulazione di un concreto giudizio di pericolo. La concretezza del pericolo circoscrive ulteriormente la formulazione della pericolosità sociale e sembra fare riferimento ad un giudizio prognostico fondato su specifiche circostanze del fatto di reato commesso o relative alla personalità dell'autore. Il concorso di questi due elementi servirebbe a limitare l'area di applicazione delle misure di sicurezza ad ipotesi del tutto eccezionali. Questa visione di *extrema ratio*, per quanto giustificata, fa emergere una sorta di *diffidenza nei confronti delle misure di sicurezza, che contrasta in parte con la nuova veste assunta dal riformatorio giudiziario e dalla libertà vigilata*.²⁵⁶

16. Le novità apportate alle misure di sicurezza dalla disciplina speciale.

A seguito della riforma del 1988, la misura di sicurezza ordinaria prevista per i minori è la libertà vigilata. Questa presenta elementi di elasticità nelle sue modalità esecutive, in modo tale da modulare la

²⁵⁶ M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, *Commentario sistematico del Codice penale*, cit., art. 223.

risposta giudiziaria di difesa sociale e orientarla verso orizzonti rieducativi. Infatti, ai sensi dell'art. 36 l'esecuzione è eseguita nelle forme previste dagli artt. 20 e 21. Essa si sostanzia in obblighi di fare nelle forme di prescrizioni «inerenti alle attività di studio o di lavoro ovvero di altre attività utili per la sua educazione» oppure nelle forme della permanenza domiciliare in casa o in altro luogo di privata dimora. Per esigenze relative all'educazione del minore o di studio, il giudice può anche stabilire l'allontanamento dal luogo di abitazione familiare o altro luogo di privata dimora o ancora imporre dei limiti alla facoltà del minore di poter comunicare con persone diverse da quelle che con lui coabitano o che lo assistono.

Il riformatorio che nel codice del 1930 era la misura per eccellenza destinata ai minori, acquista con la nuova disciplina carattere di «eccezionalità». Solo la commissione dei reati inseriti nell'art. 23, comma 1, del d.P.R. 448/1988 consente di disporre la citata misura di sicurezza.

La scelta del legislatore delegato è stata quella di dare un taglio del tutto nuovo ad una misura che era stata causa di forte stigmatizzazione per il minore, visti i contenuti custodialistico-afflittivi che la caratterizzavano.

La disciplina precedente vedeva i minori sottoposti a tale misura, collocati in sezioni disposte presso le prigioni-scuola o presso gli

istituti per la custodia cautelare, da cui ne derivava un assoggettamento per nulla dissimile a quello detentivo. Inoltre, *la misura era fortemente sgradita ed ansiogena per il ragazzo, che sentiva come fortemente afflittiva la sua durata indeterminata.*²⁵⁷ In sostanza il riformatorio si era dimostrato incapace di educare in modo adeguato o di stimolare in senso positivo la personalità del giovane e conseguentemente le esperienze positive furono rarissime. Oggi la misura si esegue nelle forme del collocamento in comunità pubblica o autorizzata, in maniera aperta, perdendo dunque la sua natura segregante. Il collocamento sembra rispecchiare maggiormente i criteri che ispirano il nuovo codice di procedura penale che finalizza gli strumenti nei confronti del minore al suo recupero sociale, favorendone così l'uscita dal circuito penale.

17. Nuovi orizzonti e nuovi problemi della misura "snaturata" : il riformatorio giudiziario.

Il riformatorio giudiziario è l'unica tra le misure di sicurezza ad essere di esclusiva pertinenza minorile.²⁵⁸ In precedenza si caratterizzava in senso fortemente repressivo. La funzione di difesa sociale, che aveva

²⁵⁷ F. Zavatarelli, in *Codice penale commentato*, E. Dolcini- G. Marinucci, cit., p. 2329.

²⁵⁸ Nell'impianto codicistico, il riformatorio giudiziario trova il suo corrispondente per gli adulti nella misura di sicurezza dell'assegnazione ad una colonia agricola o casa lavoro. Il secondo capoverso dell'art. 223 dispone che qualora la misura «debba essere, in tutto o in parte, applicata o eseguita dopo che il minore abbia compiuto gli anni diciotto, ad essa è sostituita la libertà vigilata, salvo che il giudice ritenga di ordinare l'assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro».

fortemente sollecitato la sua introduzione, dominava prepotentemente sulle esigenze di risocializzazione del giovane reo e trovava riscontro nelle forme presuntive di pericolosità tipizzate dal legislatore. Queste determinavano nel precedente impianto codicistico l'automatica applicazione del riformatorio senza alcuna possibilità per il giudice di stabilire se la libertà vigilata (comunemente ritenuta alternativa al riformatorio) potesse essere più adeguata.

L'intervento legislativo dell'88 ha profondamente mutato la disciplina del riformatorio *alterando il rapporto tra istanze di difesa sociale ed esigenze di recupero del minore in favore di quest'ultime.*²⁵⁹ Si è così intervenuti con delle "clausole di adeguamento" tali da specificare e differenziare la risposta penale al minore *ed ispirate ai principi generali dell'uso di sanzioni individualizzate, capaci di attivare e responsabilizzare l'iniziativa del ragazzo, e del ricorso residuale all'opzione detentiva.*²⁶⁰

Il collocamento avviene in strutture aperte, organizzate secondo criteri di tipo familiare e destinate ad accogliere anche minori estranei al circuito penale.

La disciplina del riformatorio si trova all'art. 36 del d.P.R., il quale richiama le «esigenze educative del minore» previste dall'art. 22, co. 1 che consente al giudice di disporre specifiche prescrizioni, quali

²⁵⁹ G. Panebianco, *Il sistema penale minorile*, cit. p. 259.

²⁶⁰ F. Zavatarelli, in *Codice penale commentato*, E. Dolcini- G. Marinucci, cit., p. 2329.

*strumenti di intervento responsabilizzante per il giovane reo, al fine di sollecitarlo ad effettuare proprie scelte di condotta e poi a modularle entro regole stabilite da altri.*²⁶¹ L'obiettivo pedagogico viene altresì perseguito tramite la possibilità per il giudice di autorizzare il minore ad allontanarsi dalla struttura che lo ospita per lo svolgimento di attività favorevoli alla sua educazione, in particolare di studio e di lavoro.

Sul richiamo dell'art. 36 all'art. 22 è sorta una disputa dottrinale, tra chi ritiene che in caso di trasgressioni al collocamento in comunità, vada applicato il 4° comma dell'art. 22 (in base al quale il giudice può disporre la misura della custodia cautelare per un tempo non superiore ad un mese) o l'art. 214 che disciplina in termini generali l'inosservanza delle misure di sicurezza detentive.

La giurisprudenza ritiene che il rinvio operato dall'art. 36 all'art. 22 non lasci trasparire dubbi sull'applicabilità anche del quarto comma, sicché non sarebbe più operativo nei confronti dei minori l'art. 214 «per un'evidente incompatibilità sia con la disciplina di attuazione generale della misura, sia con la specifica previsione normativa» .

Tuttavia è stato correttamente rilevato che il richiamo dell'articolo 36 deve essere limitato alla sola fase esecutiva della misura di sicurezza,

²⁶¹ M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, *Commentario sistematico del Codice penale*, cit., art. 223. "Di diverso avviso sembra essere l'opinione di chi ritiene che tali prescrizioni incentivino le tendenze trasgressive degli adolescenti, determinando un potenziale irrigidimento punitivo anche in relazione all'effetto sanzionatorio a cascata posto dall' art. 22, co. 4".

perciò la violazione della stessa non può essere assoggettata alla più restrittiva disciplina dell'art. 22, co. 4° per la violazione della misura cautelare. Tale soluzione è da preferire, non solo perché in linea con la lettera della legge e dall'impianto sistematico vista la diversità ontologica dei due istituti, ma anche perché convalidata dalla Corte costituzionale, la quale con la sentenza 1990/360 ha rilevato come il richiamo all'art. 22 attenga alla mera fase esecutiva della misura di sicurezza.

Nonostante le modifiche apportate abbiano "snaturato" la misura rispetto alla connotazione segregante che precedentemente la caratterizzava, quest'ultima non convince sul piano dell'efficacia. Le critiche maggiori muovono dalla carente razionalità dell'impianto complessivo introdotto nel 1988.

L'accusa ricade in particolare sull'incoerenza delle nuove forme esecutive delle misure di sicurezza minorili rispetto alla nozione eccessivamente restrittiva di pericolosità minorile.²⁶²

Dal punto di vista pratico, le comunità non sono in grado di fronteggiare la molteplicità e le problematiche rappresentate da ospiti portatori di istanze così diverse, visto che essa è destinata anche ai minori arrestati, fermati o accompagnati (*ex art. 18 e 18 bis* del citato d.P.R.), minori in attesa di giudizio o sottoposti

²⁶² L'ambito di operatività della misura è limitato ai delitti per i quali è consentito il ricorso alla custodia cautelare (art. 36, comma 2, d.P.R. n. 448/1988).

all'esecuzione di misura cautelare o ancora minori esclusi dal circuito penale ma che presentano difficoltà di permanenza nel proprio nucleo familiare o ambiente di vita.

Altra nota di rammarico è data dal fatto che nulla è cambiato in ordine all'individuazione dei destinatari, che possono anche essere infraquattordicenni, sicché minori non ancora agli esordi dell'adolescenza²⁶³, che si possono trovare nella situazione di condividere tale esperienza con giovani delinquenti prossimi alla maggiore età o persino maggiorenni,²⁶⁴ con un alto rischio di criminogenesi.

Infine l'ultimo *punctum dolens* è dato dal difetto di coordinamento con la disciplina codicistica e all'assimilazione delle misure di sicurezza ai provvedimenti cautelari minorili. La nozione di pericolosità minorile è quasi del tutto identica a quella dell'art. 274 lett. c) c.p.p., che definisce una delle esigenze preventive che legittimano il ricorso ai provvedimenti cautelari e che ritroviamo anche nell'art. 23, comma 2, lett c) d.P.R. 448/1988 a proposito della custodia cautelare minorile.

²⁶³ Va però rilevato che l'attuale nozione di pericolosità minorile e il più ristretto ambito di operatività del riformatorio giudiziario, riducono le preoccupazioni destinate dalla disciplina codicistica dell'istituto, in quanto *difficilmente si attaglia al minore in tenera età. E' piuttosto difficile immaginare che il minore infraquattordicenne possieda un'autonomia di determinazione o di movimento tale da sottrarsi alla sorveglianza degli adulti e costituire pericolo per gli altri*; G. Panebianco, *Il sistema penale minorile*, cit., p. 261.

²⁶⁴ La misura ex art. 24, d.lgs. n. 272/1989 potrà avere applicazione o esecuzione fino a quando il reo socialmente pericoloso non abbia compiuto il ventunesimo anno di età.

18. La libertà vigilata: misura per “eccellenza” o scelta obbligata?

A differenza del riformatorio giudiziario, le modifiche apportate alla disciplina della libertà vigilata non ne hanno snaturato la struttura, anzi i nuovi profili sembrano rappresentare una proiezione di quelli originari.

Nonostante la sanzione non fosse di esclusiva pertinenza minorile, la stessa era stata modulata sulle peculiarità del reo in età minore. Per questa ragione il codice decretava l'impossibilità di disporre la misura quando non era possibile affidare il minore pericoloso ai genitori o a coloro che avessero l'obbligo di provvedere alla sua educazione o assistenza, ovvero ad istituti di assistenza sociale, tutte situazioni che legittimavano il ricorso al riformatorio giudiziario.

La *ratio* della previsione, successivamente supportata dall'art. 23 del r.d.l. n. 1404/1934, dipendeva dal particolare contenuto delle prescrizioni che accompagnano e caratterizzano la libertà vigilata. Tali prescrizioni sono volte ad impedire nuove occasioni criminose e ad agevolare la risocializzazione e il riadattamento del reo alla vita sociale, che sarebbe stata svilita dalla mancanza del sostegno e della guida di cui il minore ha una naturale necessità.²⁶⁵

La disciplina attuale prevede fra le sue modalità esecutive, l'imposizione di prescrizioni ora maggiormente scandite in relazione

²⁶⁵ I. Baviera, *Diritto minorile vol. 2*, p. 160, Giuffrè 1976.

alla condizione di minorità del reo. Le prescrizioni consistono in obblighi di comportamento inerenti all'attività di studio o di lavoro o altre attività utili alla sua educazione.

Il carattere proteiforme della libertà vigilata consente al giudice un ampio margine di discrezionalità nello stabilire quale delle due forme debba essere eseguita, privilegiando la soluzione maggiormente rispondente ai bisogni e alle esigenze educative del minore.²⁶⁶

Abbiamo già sottolineato come uno dei maggiori motivi di critica mossi all'articolato del 1988 sia il rinvio effettuato nella disciplina delle misure di sicurezza alle misure cautelari. Sulla libertà vigilata si apprezza una *curiosa inversione prospettica* nei controversi rapporti tra i due istituti. Infatti sul contenuto delle prescrizioni a risultare inadeguato non è tanto il rinvio alla disciplina delle misure cautelari quanto la stessa articolazione del provvedimento *de libertate*. Infatti il contenuto delle prescrizioni sembra più adatto alla sanzione di sicurezza piuttosto che alle finalità cautelari.²⁶⁷

Va considerato che la misura di sicurezza ha un ampio margine di applicabilità, vista anche la più restrittiva disciplina del riformatorio giudiziario. Anche nei casi in cui entrambe le misure possano essere

²⁶⁶ S. Giambruno, *Lineamenti di diritto processuale minorile*, p. 99, Giuffrè 2004.

²⁶⁷ G. Panebianco, *Il sistema penale minorile*, cit., p. 263. *L'inadeguatezza della misura rispetto allo scopo cautelare prospetta perplessità in ordine all'anticipazione di interventi afflittivi nella fase processuale, sia pure edulcorati mediante il riferimento alle esigenze educative del minore.* A risultare incongrua è la pretesa di "educare" il minore con strumenti processuali avulsi dal definitivo accertamento della sua responsabilità.

applicate, se il giudice dovesse considerare eccessivamente afflittivo il riformatorio, la sua scelta dovrà ricadere sulla libertà vigilata. In merito alla discrezionalità del giudice assume un criterio guida importantissimo l'ambito familiare.²⁶⁸

L'istituto quindi presenta un limite intrinseco, che però riguarda in generale le misure di sicurezza minorili, cioè la scelta "obbligata" per il giudice nel caso in cui il reato commesso dal minore non ricada nell'ambito di operatività del riformatorio giudiziario. In questo caso l'unica scelta possibile sarà tra le diverse forme della libertà vigilata.

Riemerge quindi il problema del coordinamento del citato d.P.R. con la disciplina codicistica. Quest'ultima prevedeva la supplenza del riformatorio giudiziario nel caso in cui si manifestassero difficoltà organizzative o ragioni di opportunità tali da impedire l'affidamento del minore ai genitori o ad altri soggetti tenuti a provvedere alla sua sussistenza e alla sua educazione. Ma tali norme devono essere considerate abrogate dalla suddetta disciplina speciale minorile.

Il riformatorio potrebbe essere applicato laddove venissero violate le prescrizioni previste dalla libertà vigilata e qui si riapre il vasto problema relativo alla disciplina da applicare nel caso di trasgressione alle prescrizioni.

²⁶⁸ L'ambito familiare ha trovato ingresso nella nozione di pericolosità del minore attraverso il richiamo dell'art. 37, comma 2, d.P.R. 448/1988 all'art. 224 c.p., riverberandosi così sulla sanzione da irrogare.

Sempre nell'ottica del coordinamento con la disciplina sistematica, c'è da chiedersi se la libertà vigilata ed il riformatorio giudiziario, siano le uniche misure di sicurezza applicabili ai minori. Non è una posizione univoca, non essendoci una netta presa di posizione da parte del legislatore, come nel caso delle misure cautelari. Inoltre va l'incidenza che una simile innovazione avrebbe determinato dal punto di vista del diritto sostanziale, violando i principi indicati dalla legge delega.²⁶⁹

Un importante chiarimento è arrivato con la sentenza n. 324/1998 della Corte Costituzionale, con la quale essa ha affermato che la disciplina del processo minorile dettata dall'articolo del 1988 non ha inciso sull'esplicita previsione normativa dell'art. 222, sull'applicazione nei confronti dei minori dell'ospedale psichiatrico giudiziario. Specificato preliminarmente ciò, la Corte ha dichiarato illegittimi costituzionalmente gli art. 222 commi 1, 2, 4, e 206 comma 1 nella parte in cui questi prevedono la possibilità di disporre l'internamento dei minori negli istituti degli O.P.G., in quanto la misura, oltre ad essere afflittiva e segregante, presentava un contenuto irragionevolmente invariato quale che fosse l'età della persona a cui veniva applicata ponendosi perciò in contrasto col dettato Costituzionale ex artt. 2, 3, 27 e 31, in forza dei quali il

²⁶⁹G. Panebianco, *Il sistema penale minorile*, cit., p. 265 ss.;

trattamento penale dei minori deve essere improntato a specifiche esigenze di educative, personali e di minima offensività.

Così alla *reformatio in melius* (seppur non priva di critiche) apportata dal legislatore nel 1988 si è aggiunto l'intervento della Consulta, sempre nella logica dell'adeguamento alla particolare condizione del soggetto da sottoporre a misura di sicurezza.

Capitolo IV

Vento di riforma: la Legge 81/2014.

1.Introduzione.

Dopo aver esaminato le carenze a livello normativo e soprattutto a livello pratico degli ospedali psichiatrici giudiziari e come sia labile ciò che divide l'internamento da una violazione dei diritti umani, cerchiamo di capire quali passi avanti siano stati fatti a livello legislativo e se l'effettivo smantellamento degli O.P.G. si presenti come una futura realtà concretizzabile o una mera chimera.

In questa direzione si muove la legge 81/2014,²⁷⁰ la quale è intervenuta sugli assetti fondamentali della disciplina delle misure di sicurezza e, in particolare, sui criteri di pericolosità sociale degli infermi e seminfermi di mente. La nuova normativa risulta essenziale per l'adeguamento della disciplina ai fondamentali parametri di legittimità costituzionale e ad impedire che ad incidere su un campo che deve rimanere di competenza legislativa, sia la prassi giudiziaria.

Sul fronte della chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari la legge non ha dato quella spinta definitiva che ci si attendeva, ma ha rimandato ancora una volta il termine di chiusura. Il difetto non è

²⁷⁰ Legge di conversione del D.L. n. 52 del 31 marzo 2014.

imputabile alla legge che su questo fronte prosegue su quella linea già avviata nel 2008 e più chiaramente perseguita dalla l. 9/2012. La proroga sembrerebbe un esito “scontato” se si considera la lentezza burocratica nel fissare i criteri che le nuove strutture, le Residenze per l’esecuzione delle misure sanitarie, dovranno avere ed ancora di più la mancata attuazione da parte delle regioni degli standard richiesti.

L’importanza di questa legge si apprezza maggiormente sotto il profilo generale delle misure di sicurezza, poiché interviene su alcuni aspetti fondamentali della disciplina generale, che da tempo necessitavano di un *restyling* .

Gli effetti potrebbero essere notevoli, se coadiuvati da un potenziamento dei percorsi terapeutico-riabilitativi esterni al circuito penale e sempre nell’attesa di una bramata riforma di ben altra ampiezza.

2.Obiettivi e limiti della nuova riforma.

La legge 81/2014 interviene innanzitutto sul tema “sensibile” della pericolosità sociale incidendo in particolare sugli «indicatori esterni» di cui all’art. 133 co.2 n.4, c.p.

Prima di trattare quello che è il tema centrale della disposizione è necessario fare una premessa di fondo.

Si tratta di una legge che presenta *prima facie* due difetti: reca disposizioni “urgenti” in tema di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, ma la parte dedicata al superamento di questi ultimi come delle case di cura e di custodia (CCC) rimangono programmatiche, perché in questa accezione più che di una riforma si tratta di una proroga.

Si denota, poi, una mancanza di coraggio da parte del legislatore che sceglie di non intervenire direttamente sul codice penale. Infatti la tecnica di interpolazione delle norme introdotte in sede di conversione del decreto legge, pur non modificando formalmente alcuna norma codicistica, ridefinisce radicalmente il presupposto soggettivo e la durata delle misure di sicurezza. Quindi riforma piccola ma “epocale” per cui sarebbe stato meglio intervenire direttamente sulla fonte principale.

A questi due difetti si aggiunge la scelta “sconsiderata” della decretazione d’urgenza, quando di urgente e necessario c’è poco, visto che è da molto tempo che si discute delle modifiche da apportare al sistema delle misure di sicurezza ed in generale a come porre rimedio alla crisi del doppio binario.

3. Le ragioni di una “nuova” proroga

L'intervento della nuova normativa si apprezza, come già anticipato, soprattutto sul piano della disciplina generale delle misure di sicurezza, mentre risulta marginale l'intervento sugli Ospedali psichiatrici giudiziari, la cui chiusura è stata ancora una volta rinviata al 31 marzo 2015.

Le disposizioni dedicate al superamento degli OPG come delle CCC rimangono meramente programmatiche e la causa più rilevante di tale rimando può essere imputata all'incapacità delle regioni, di poter dare concreta attuazione alla norma «ispirata ad elementari criteri di civiltà e di rispetto della dignità delle persone deboli».²⁷¹

Già nell'aprile del 2008, in attuazione del d.lgs. 230/1999 riguardante il riordino della medicina penitenziaria, si dispose il progressivo superamento degli OPG in tre fasi. *In primis* la dimissione ed il trasferimento in apposite sezioni degli istituti penitenziari, dei soggetti la cui pericolosità fosse diminuita o cessata; poi la costituzione di macro-bacini in modo da rendere i sei OPG di riferimento delle “regioni limitrofe”; infine, la presa in carico da parte

²⁷¹ Così ebbe a dichiarare il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano dopo aver firmato «con rammarico» il decreto-legge di proroga. M. Pelissero, *Ospedali Psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Rivista*, Legislazione Diritto penale, p.919 e ss. Ipsoa.

dei servizi territoriali di ogni regione, degli internati di provenienza dal loro territorio.²⁷²

Uno dei capisaldi della riforma del 2008 consisteva nell'attuazione del principio di territorialità nell'esecuzione delle misure di sicurezza psichiatriche, realizzando così un'inversione di rotta rispetto al passato, dove gli internati subivano uno sradicamento territoriale, particolarmente disagiato nel caso delle donne.²⁷³ Nel provvedimento non era stata specificata la data finale della *terza fase*, ma indipendentemente da questo, il percorso programmato è rimasto essenzialmente incompiuto, tranne per un ristretto numero di distretti.

In particolare, rimase irrisolto il grave problema dei "dimissibili", che, nonostante un parere positivo dell'equipe dell'O.p.g., sarebbero potuti essere dimessi e, invece, sono rimasti nelle strutture per il mancato reperimento di una struttura esterna in grado di accoglierli.

L'inesistenza di sezioni speciali all'interno degli istituti penitenziari che fossero in grado di ospitare gli internati dimessi e l'incapacità dei servizi territoriali di garantire supporti terapeutici riabilitativi potenzialmente capaci di terapie individualizzate portarono al fallimento del progetto. Ebbero gioco forza la carenza di strutture e di

²⁷² F. Della Casa, *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.66.

²⁷³ F. Della Casa, *Basta con gli OPG*, cit., p. 67; Lo sradicamento raggiunge il suo apice nel caso delle donne, dal momento che per le internate esiste in Italia un'unica sezione femminile, presso l'OPG di Castiglione dello Stiviere

personale adeguatamente formato e una certa resistenza da parte della psichiatria territoriale ad inserire questo *genus* di soggetti nei circuiti in cui fossero già presenti i non autori di reato.

Ancora una volta le misure custodiali rimanevano al centro del sistema difesa-terapia nei confronti dei *mentally ill offender*.

Risalgono a quel periodo le indagini condotte dalla Commissione Parlamentare, presieduta dall'On. Ignazio Marino, sullo stato di degrado dei sei OPG.

L'Ospedale Psichiatrico giudiziario apre le sue porte, consegnando la visione di uno spettacolo aberrante. Già da "ispezioni" precedenti erano emerse le sconcertanti condizioni delle strutture, ma in questo caso si è verificato "qualcosa di simile all'apertura di un enorme e terrificante vaso di Pandora",²⁷⁴ in particolare per l'estensione dell'indagine che ha riguardato tutte e sei le strutture presenti sul territorio nazionale.

La Commissione d'inchiesta scelse di rendere pubbliche le riprese²⁷⁵ con le quali prendeva coscienza delle condizioni degli istituti e con le quali è possibile osservare e ascoltare direttamente gli internati. Nella relazione finale, la commissione d'inchiesta non si è limitata a denunciare la violazione della dignità dei malati in OPG, ma ha posto

²⁷⁴ F. Della Casa, *Basta con gli OPG*, cit., p. 83.

²⁷⁵ Francesco Cordio, video documentario, *Ergastolo bianco O.P.G., dove vive l'uomo*, di Senatowebtv, 2011.

l'attenzione sulla distorsione del meccanismo del riesame della pericolosità. Dall'analisi condotta era infatti emerso un ampio numero di proroghe della misura di sicurezza, non tanto sulla base dell'appurata pericolosità, quanto sulla carenza di un'adeguata offerta di strutture riabilitative e residenziali esterne, da parte dei dipartimenti di salute mentale.²⁷⁶

I risultati della Commissione diedero come frutto immediato non solo una messa in luce sul problema, ma ancora più importante la relazione è stata trasfusa in una proposta di risoluzione che ebbe molti firmatari.

La genesi dell'articolo 3 *ter* in sede di conversione del c.d. decreto svuota-carceri e rubricato come "Definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e delle case di cura e di custodia", parte proprio da quei lavori.

Nella prima parte dell'art. 3-*ter* si stabiliva che a decorrere dal 31 marzo 2013, le misure di sicurezza dell'OPG e della Casa di cura e di custodia non si sarebbero più dovute eseguire in conformità alla prescrizioni risultanti dal codice penale. Il quadro normativo evidenziava una chiara tensione verso la *sanitarizzazione* delle modalità esecutive delle misure di sicurezza detentive piuttosto che una loro soppressione. Si sarebbe potuto optare per una scelta più

²⁷⁶ F. Della Casa, *Basta con gli OPG*, cit., p.84.

radicale, quella di disporre la rimozione *in toto* delle misure di sicurezza psichiatriche.²⁷⁷ Sembra però che le condizioni non fossero ancora mature, sarebbe stato necessario intervenire direttamente sul codice penale, reticenza che si è rimanifestata anche con la nuova legge.

La previsione contenuta in questo decreto c.d. “svuota-carceri” aveva disposto il definitivo passaggio alla gestione sanitaria regionalizzata con lo smantellamento degli attuali OPG e la presa in carico degli internati da parte dei dipartimenti di salute mentale. Si voleva così ottenere una trasformazione in chiave terapeutica delle misure di sicurezza per i non imputabili ed i semi-imputabili. Il fallimento è probabilmente deputato proprio alla mancanza di allestimento di strutture idonee da parte del sistema sanitario e alla difficile interazione tra sistema sanitario e sistema penale.

Questa è dunque l’ennesima proroga per l’attuazione delle *Residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza* (REMS) e forse il carattere d’urgenza si spiega nell’esigenza di prorogare più che di riformare.

La L. 81/2014 ha previsto per le Regioni l’onere di predisporre dei programmi sia per la formazione degli operatori che per le esigenze organizzative, di modo che si possa evitare che le strutture

²⁷⁷ M. Pelissero, *Quale futuro per le misure di sicurezza*, in *Riv.It. Dir. Proc. Pen.*, 2013-II, p1273; Non si tratta di una proposta abolizionista delle misure di sicurezza detentive ma della proposta di un diverso percorso terapeutico per coloro che oggi sono internati negli OPG.

mantengano su piccola scala quella che è la logica custodiale su cui si fonda l'OPG. Non operare questi cambiamenti determinerebbe il fallimento anticipato della nuova misura, un rischio assolutamente da evitare.

4. Le R.E.M.S.

L'obiettivo primario della nuova disciplina di sostituzione dell'OPG consiste nell'attuazione del principio di sussidiarietà, il quale per essere realizzato, richiede il potenziamento da parte dei servizi territoriali, laddove le esigenze di difesa sociale e di cura, possono essere adeguatamente soddisfatte attraverso percorsi terapeutici in libertà.

Non è certamente possibile escludere del tutto il ricorso a strutture di contenimento per una quota di internati, ma vi è una loro evidente contrazione, già dalla previsione del numero ridotto di posti letto.

Le REMS sono disposte dall'art. 1-ter della legge *de qua*, che prevede entro 45 giorni dalla sua entrata in vigore, la predisposizione e l'invio al Ministero della salute e dell'autorità giudiziaria dei percorsi terapeutico individuali di dimissione di ciascuna persona ricoverata negli OPG, sulla base di programmi predisposti d'intesa tra i

dipartimenti competenti ed i servizi di salute mentale regionali, in accordo e con il concorso delle direzioni degli stessi OPG.²⁷⁸

Spetterà quindi alle regioni comunicare ai vari enti (Ministero della salute e Ministero della giustizia ed al comitato paritetico interistituzionale istituito con d.p.c.m.) lo stato di realizzazione delle REMS e le iniziative assunte per garantire il completamento del processo di superamento degli OPG. Qualora dalla comunicazione delle ragioni emerga che lo stato di realizzazione e di riconversione delle strutture e delle iniziative assunte sia tale da non garantirne il completamento, il Governo provvederà in via sostitutiva.²⁷⁹

Purtroppo lo stato di attuazione e il tempo di realizzazione delle strutture nelle Regioni, sono ben lontane dal rispetto dei termini prefissati. Sembra quindi che la proroga al 31 marzo 2015, nonostante la possibilità dell'intervento sostitutivo del Governo, sarà destinata ad un ulteriore prolungamento.

²⁷⁸M. Pelissero, *Ospedali Psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Riv. Diritto penale e processo*.8/2014, p.920. "La gestione individualizzata dei programmi di intervento, che rileva in sede di verifica dell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza in base al nuovo comma 8.1, art. 3 -ter della l. 9/2012, impone di considerare la possibilità di attivare percorsi extracustodiali per ogni singolo ricoverato. L'art. 1 -ter prevede «che solo 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 proseguo del ricovero». Si tratta di una disposizione finalizzata a ridurre il numero degli internati attraverso una verifica individualizzata sulla imprescindibile necessità di mantenere la misura dell'OPG.";

²⁷⁹ Già la legge 9/2012 aveva previsto il potere sostitutivo del Governo in caso di inattività delle regioni, quando queste non si fossero attivate.

Fino a quella data le misure di sicurezza custodiali rimangono strumento prioritario per la gestione degli autori non imputabili, nell'ottica di una *extrema ratio*.

Le strutture saranno di esclusiva gestione sanitaria²⁸⁰ in modo tale da porre fine al regime paracarcerario degli OPG. Un regime basato sull'ideologia risalente all'emanazione del codice del 1930, in base alla quale, tali strutture avevano il compito di curare ma soprattutto di difendere la collettività dai pazzi criminali.²⁸¹

Ci si preoccupa anche del rischio riguardante alcuni ospiti la cui pericolosità potrebbe destare maggiori preoccupazioni ed esigenze difensive. In questo caso è prevista un'attività «perimetrale di sicurezza e di vigilanza esterna».

Come già accennato, queste strutture avranno dimensioni ridotte rispetto agli OPG. Si tratta di una differenza di non poco conto. La stessa psichiatria individua nelle dimensioni una delle differenze più importanti tra struttura manicomiale e residenza psichiatrica. Inoltre, potrebbe dimostrarsi utile per eliminare un'aporia del precedente sistema: l'eterogeneità degli internati.

²⁸⁰ La differenza viene ribadita dal direttore del DAP, Roberto Calogero Piscitello, che in intervista al "Manifesto" risponde alla seguente domanda: «C'è chi sostiene che queste REMS non siano poi così diverse dagli OPG e che in fondo si ricostituiranno dei piccoli manicomi. Lei cosa pensa?». Piscitello: «*Lo escludo categoricamente. L'OPG è un carcere, ci sono le celle, c'è il muro di cinta, c'è la polizia. Queste strutture di residenza sono a completa gestione sanitaria*»; Intervista a cura di E. Martini «*Dalla pena alla cura*» *Il tramonto degli OPG*, 2-3-2015 in www.ilmanifesto.info

²⁸¹ Critica condivisa da molti in dottrina, si veda per un approfondimento T. Padovani, *L'Ospedale psichiatrico giudiziario e la tutela della salute*, cit., p. 246 ss,

La legge 81/2014 si allinea a quei principi dettati dalla Corte costituzionale,²⁸² di flessibilità e sussidiarietà delle misure di sicurezza e che dovrebbero oramai rappresentare *just receptum*.²⁸³

Già la disposizione dell'art 3-ter, quarto comma della l. 12/2012, stabilisce che il giudice o il magistrato di sorveglianza, in sede di accertamento della pericolosità sociale, disponga «nei confronti dell'infermo o del seminfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in OPG. o in casa di cura e di custodia, salvo quando siano acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a far fronte alla sua pericolosità sociale».

Le misure di sicurezza devono essere connotate dai requisiti di flessibilità, al fine di adeguare le forme del controllo penale alla specificità del soggetto, e sussidiarietà, in quanto devono essere

²⁸² Corte costituzionale 18 luglio 2003 n. 253 e Corte costituzionale 17 novembre 2004, n. 367, sentenze con cui è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 222 c.p. e successivamente dell'art. 206 c.p. per la violazione dell'art. 32 Cost. nella parte in cui tale norme non consentivano di adottare altra misura in luogo dell'OPG. Su queste pronunce M.T. Collica, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso*, in *Rivista Diritto penale e processo*, p. 303 ss., Ipsoa 2004.

²⁸³ Come risulta dal fatto che la Consulta ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata in merito all'art. 219 c.p. per violazione degli artt. 3 e 32 Cost. nella parte in cui tale norma non consentirebbe al giudice di applicare la libertà vigilata a contenuto terapeutico, analogamente a quanto sostenuto nelle sentenze 253/2003 e 367/2004. Stando ai Giudici «risulta ormai presente nella disciplina sulle 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 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 del controllo della sua pericolosità sociale».

applicate solo laddove la soluzione della libertà vigilata a contenuto “terapeutico” non sia idonea a garantire il contemperamento tra esigenze di cura e difesa sociale, come ribadito dalla Consulta: «le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio alla salute del paziente».²⁸⁴

5. I criteri di pericolosità sociale alla luce della nuova riforma.

Molto dibattuto è stato l'intervento della legge sulla pericolosità sociale. Da molto tempo si attendeva una riforma sul presupposto d'applicazione delle misure di sicurezza, argomento che ha infiammato la dottrina penalistica e psichiatrica.

La nuova legge è intervenuta sugli «indicatori esterni» di cui all'art. 133 del codice penale. Un mutamento che per importanza avrebbe dovuto trovare spazio nel codice, mentre il legislatore ha preferito utilizzare una tecnica di interpolazione di norme che non incidono direttamente sulla fonte codicistica. La legge modifica l'ultima parte del comma 4° dell'art. 3-ter del d.l. 211/2011. Dispone che *“l'accertamento della pericolosità sociale dell'infermo di mente e del seminfermo di mente, sia effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'art. 133”*,

²⁸⁴ Corte costituzionale, sentenza 18 luglio 2003 n. 253, in *Giur. Cost.*, 2003, p.2109.

specificando che oltre all'esclusione della rilevanza delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale, *che non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale, la sola mancanza di programmi terapeutici individuali.*

Si tratta di un intervento legislativo in *bonam partem* rispetto ai criteri di pericolosità sociale, ritenendo che l'esclusione delle condizioni indicate nell'art. 133 possa ricondurre la disciplina della pericolosità agli essenziali parametri di legittimità costituzionale.

Il principio di responsabilità penale appariva eluso laddove, tenendo conto delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale, era stato possibile confermare la pericolosità degli internati. Particolarmente svantaggiosa era la condizione degli internati trascurati dal punto di vista familiare o di quelli non presi in carico dal servizio sanitario nonostante avessero presentato un quadro clinico potenzialmente adatto a percorsi riabilitativi extramurari.²⁸⁵ E' evidente come, in casi simili, la privazione della libertà personale dell'imputato non sarebbe in alcun modo riconducibile alla sua persona o alla sua condotta, bensì ad elementi esterni.

Nella sua prospettiva garantista, come dimostra il riferimento specifico alla «sola mancanza di programmi terapeutici» la legge prescrive di non far dipendere il giudizio di pericolosità sociale

²⁸⁵ F. Schiaffo, *La pericolosità sociale tra «sottigliezza empiriche» e spessori normativi: La riforma di cui alla legge n. 81/2014*, p.16 in www.dirittopenalecontemporaeo.it

dall'iniziativa esterna di chiunque dovrebbe attivarsi per favorire il percorso di dimissione dell'internato. Questo riferimento dovrebbe perciò rivelarsi utile per sollecitare l'iniziativa dei Dipartimenti di salute mentale. Confermare la pericolosità esclusivamente sulla base della mancanza o dell'oggettiva impossibilità di percorsi terapeutici extra ospedalieri, porterebbe l'o.p.g. a svolgere funzioni che non gli sono proprie, funzioni che dovrebbero essere invece affidate ai servizi psichiatrici territoriali. Una realtà ben nota agli operatori del settore e messa in luce anche dalla "Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari" da parte della Commissione parlamentare d'inchiesta del Senato (di cui abbiamo detto sopra), dove si affermò appunto la *«necessità di porre un argine al fenomeno delle proroghe sistematiche della misura di sicurezza, basate su una certa dilatazione del concetto di pericolosità sociale: sovente la proroga disposta non già in ragione di una condizione soggettiva di persistente pericolosità, bensì per la carenza di un'adeguata offerta di strutture residenziali e riabilitative esterne»*.²⁸⁶

Si tratta dei "dimissibili", soggetti che non sarebbero più socialmente pericolosi ma che vengono in ogni caso trattenuti in o.p.g. solo perché non esistono soluzioni alternative. Si tratta del drammatico problema

²⁸⁶ Senato della Repubblica, XVI Legislatura, Doc.22- bis n.4, Commissione parlamentare d'inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del sistema sanitario nazionale, Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari (approvata dalla Commissione nella seduta n. 125 del 20 luglio 2011).

degli *ergastoli bianchi*, cui cerca di far fronte la disposizione dell'art 3 *ter* che al quarto comma prevede che «le persone che hanno cessato di essere socialmente pericolose devono essere senza indugio dimesse».²⁸⁷

Per quanto l'impianto garantista e il *favor libertatis* che irradia la nuova disciplina, preme rilevare che nei confronti degli internati costretti a permanere in o.p.g. per mancanza o impossibilità di percorsi terapeutici, la magistratura di sorveglianza non ha attribuito grande rilevanza giuridica agli indici di cui all'art. 133, 4° co.2 n.4 , c.p. I giudici hanno sovente utilizzato argomentazioni piuttosto ardimentose per confermare la pericolosità sociale degli internati. Un esempio può essere fornito dalla seguente affermazione contenuta in un'ordinanza di un magistrato di sorveglianza: *«l'internato non ha creato particolari problemi, ha partecipato al corso di yoga e al laboratorio teatrale, ha frequentato il corso per giardiniere, ha fruito di licenze con i familiari [...] sebbene gli operatori del servizio territoriale competente hanno partecipato alla riunione d'equipe concludendo per la sperimentabilità del soggetto in idonea struttura esterna, poiché i familiari, pur molto affezionati e disponibili, non sono in grado di gestirlo nel quotidiano»*; tuttavia nel caso concreto l'Asl di

²⁸⁷ La legge 57/2013 ha aggiunto al comma 6 del medesimo articolo che nei programmi regionali vengano definiti «i tempi certi e impegni precisi per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, prendendo la dimissione di tutte le persone internate per le quali l'autorità giudiziaria abbia già escluso la sussistenza della pericolosità sociale.

riferimento non disponeva di strutture adeguate e perciò viene ritenuta necessaria un'ulteriore proroga della misura di sicurezza applicata *«in quanto la patologia psichiatrica che lo affligge potrebbe peggiorare, riacutizzandone la pericolosità latente, qualora non seguisse la terapia che gli viene attualmente garantita in OPG»*.²⁸⁸

Questi riferimenti alla *pericolosità latente* che ricorrono spesso nelle ordinanze della magistratura di sorveglianza, sottendono una violazione dell'obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti giurisprudenziali ai sensi dell'art. 111, co.6 della Costituzione, contro il quale è possibile proporre appello al Tribunale di sorveglianza ex art. 680 c.p.p. Tuttavia l'appello costituisce un accadimento assai rado, essendo l'internato in OPG fortemente penalizzato dalle particolari «condizioni individuali» nonché «familiari» che oltre a condizionare fortemente la realizzazione di interventi extramurari, conducono anche ad una deficitaria attivazione del diritto di difesa ex art. 24 Cost.²⁸⁹

Eppure, se, da un lato, la legge 81/2014 sembra dettare i primi passi in un percorso ancora irto di ostacoli, si deve tenere in considerazione la voce di chi sostiene che tale orientamento di esclusione, seppur garantista, non sembra poter dimostrare efficienza, anzi rischia di

²⁸⁸ Ufficio di Sorveglianza di Santa Maria Capua a Vetere, proc. N. 71/2010 R.G.M.S.D., ordinanza del 1/3/2012.

²⁸⁹ Lo si evince perfino dalla difesa che spesso è d'ufficio piuttosto che basata sulla libera scelta di un difensore.

sottendere antichi retaggi che tanto faticosamente sono stati espunti dal sistema.

6. Il pericolo di una nuova presunzione di pericolosità

A differenza del decreto che aveva prorogato la chiusura degli o.p.g., la L. 81/2014 interviene quindi sul presupposto di applicazione delle misure di sicurezza, in relazione ai soggetti che presentino vizio totale o parziale di mente e alle categorie a queste equiparate. Quella che si introduce è una disciplina speciale, mentre viene lasciata intatta la nozione generale di pericolosità di cui all'art. 203 c.p.

Abbiamo già visto come quest'ultima categoria sia piuttosto scomoda, sia per l'incertezza rispetto ai giudizi di tipo prognostico, che per la normativa insoddisfacente.

Non è stato accolto quanto dottrina e psichiatria a gran voce chiedevano, ossia sostituire il *presupposto* della pericolosità con il *bisogno di cura*. Una direzione che sembrava essere stata intrapresa dalla L. 9/2012, che puntava la propria rotta verso una sanitarizzazione delle misure di sicurezza. Certo non si può affermare con certezza un netto distacco da tale prospettiva, visto che mantenere intatta la *pericolosità* come presupposto e imporre modalità esecutive che siano improntate al *bisogno di cura*, non

costituiscono prospettive tra loro incompatibili.²⁹⁰ Rimane il fatto che le spinte della scienza giuridica e (soprattutto) di quella psichiatrica verso una “base più ampia” del giudizio di pericolosità non sono state esaurite. Le indicazioni andavano verso la pericolosità *situazionale*, una condizione che non fosse mero dato biologico o psicologico legato alle caratteristiche personali del reo, bensì da accertare tramite l’interazione di questi elementi con il complesso dei fattori ambientali, più o meno predisponenti alla commissione di reati.²⁹¹

La nuova legge sembra muoversi in una direzione opposta e la pericolosità rimane ancorata alla sua “labile” formulazione normativa. La riforma rischia di offrirci un’immagine antropologicamente distorta dell’autore del reato “come un soggetto da laboratorio sottratto all’influenza di fattori esterni”.²⁹² Sembra quasi far riecheggiare l’antica nozione biologica di pericolosità dal sapore lombrosiano, da tempo rilegata ai libri di storia, affidando nuovamente il giudizio alla psichiatria, che da anni sostiene quanto sia assurdo formulare una

²⁹⁰ M. Pelissero, *Ospedali Psichiatrici giudiziari in proroga*, cit. p. 923.; “Che la l. 9/2012 non possa essere letta in chiave di sostituzione della pericolosità sociale con il bisogno di cura, trova conferma nella l. 81/2014 che, intervenendo proprio sulla disciplina della pericolosità sociale, ne ribadisce la necessità come presupposto per l’applicazione delle misure di sicurezza.

²⁹¹ M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit. p. 107 ss; A. Gargani, *Misure di sicurezza. Disposizioni generali*, in *Le conseguenze sanzionatorie del reato* (a cura di) G. De Francesco, p.474-475.; M. Pelissero, *Ospedali Psichiatrici giudiziari in proroga*, cit.919 ss., La nozione di pericolosità *situazionale* ha assunto un ruolo di prim’ordine nel superamento della logica manicomiale, ritenendo che il soggetto malato non commetta più reati rispetto a quello “sano” se non in relazione al contesto nel quale opera. La stessa Corte costituzionale ha utilizzato tale concetto alla base delle pronunce del 2003 e del 2004.

²⁹² M. Pelissero, *Ospedali Psichiatrici giudiziari in proroga*, cit.9124 ss.

prognosi prescindendo dall'analisi contestuale e dai fattori potenzialmente condizionanti.

La delimitazione della base del giudizio prognostico si pone in contrasto con i principi posti alla base delle pronunce della Corte costituzionale 254/2003 e 367/2004 sulla pericolosità situazionale. Questi principi impongono la sussidiarietà dell'OPG rispetto alla libertà vigilata terapeutica che è stata considerata misura privilegiata per il controllo del rischio di recidiva.²⁹³

E' anche preoccupante il significato che la nuova disciplina può assumere alla luce delle recenti acquisizioni delle neuroscienze in riferimento all'incidenza dei fattori genetici su giudizi prognostici e sul pericolo di commissione di condotte violente. Il rischio è insito nella possibilità che a supportare il giudizio di pericolosità possa esservi la diagnosi di qualche anomalia neurologica. Fattori individuali anche se di origine organica non dovrebbero essere considerati sufficienti per formulare da soli un giudizio di pericolosità sociale; è necessario esaminare la loro interazione con gli altri fattori del contesto, personali ed ambientali. Se, come vorrebbe invece la nuova disciplina, invece questi fossero tagliati fuori dalla base del giudizio e si incentrasse la valutazione esclusivamente sulla personalità dell'autore, allora anche i risultati delle indagini neuroscientifiche

²⁹³ In questo senso si veda F. Schiaffo, *La via maestra della libertà vigilata terapeutica* in *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e spessori normativi: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, cit., p. 26.

potrebbero rafforzare il loro valore predittivo sulle indagini della pericolosità.²⁹⁴

In ragione di questi rilievi potrebbe paventarsi un'illegittimità costituzionale della nuova disciplina in punto di ragionevolezza. Basare il giudizio di pericolosità su una valutazione parziale, basata esclusivamente su elementi soggettivi rappresenta una scelta non corroborata da criteri scientificamente fondati, che rischia di provocare irragionevoli disparità di trattamento, essendo potenzialmente portata a considerare come pericolosi soggetti che se fossero inseriti in un contesto razionale, non presenterebbero particolari problemi di recidiva.

In definitiva, il rischio è ancora una volta determinato dalla possibile creazione di una presunzione di pericolosità.²⁹⁵ Un pericolo che potrebbe essere debellato tramite un'interpretazione restrittiva della nuova norma, laddove si sostenesse che le condizioni di vita individuali, familiari e sociali non possano fondare un giudizio positivo di pericolosità sociale, ma debbano essere lette in favore del soggetto, quali fattori in grado di escludere il rischio di recidiva.

Una valutazione maggiormente positiva può essere invece attribuita all'ulteriore delimitazione formulata dall'art. 3-ter, il quale prevede che la «sola mancanza di programmi terapeutici individuali» non

²⁹⁴ M.T. Collica, *Il ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, www.dirittopenalecontemporaneo.it

²⁹⁵ M. Pelissero, *Ospedali Psichiatrici giudiziari in proroga*, cit. 925

possa costituire «elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale».

Spesso la causa delle proroghe delle misure di sicurezza stava proprio nella mancanza di un'adeguata offerta di strutture residenziali e riabilitative esterne, piuttosto che da una condizione di pericolosità effettiva dovuta alle condizioni soggettive dell'individuo. Alla luce di questo quadro si comprende bene quale debba essere il monito della legge: l'incapacità delle amministrazioni sanitarie regionali nel predisporre programmi terapeutici individuali non può tradursi nell'applicazione di un regime più sfavorevole nei confronti del soggetto.

Si tratta di un passo avanti per i soggetti "dimissibili" insieme a quanto previsto dall'art. 3 *ter* comma 4 della l. 9/2012 secondo la quale «le persone che hanno cessato di essere socialmente pericolose, devono senza indugio essere dimesse e prese in carico, sul territorio, dai Dipartimenti di salute mentale».

Paradossalmente, se continueranno ad essere assenti i programmi terapeutici individuali, la nuova disciplina pur derivando da una *ratio* fortemente garantistica, rischia di svilire l'art. 32 Cost, non potendo far fronte alla necessità più complesse e gravose dei pazienti psichiatrici autori di reato, che a quel punto dovranno essere dimessi.

8. Il riesame della pericolosità.

Veniamo quindi all'analisi delle sostanziali modifiche apportate alla disciplina generale delle misure di sicurezza. Sempre in senso garantista si inseriscono nell'art.8 della l. 9/2012 i commi 1-*ter* e 1-*quater* che introducono importanti novità nella disciplina del riesame e della durata delle misure di sicurezza.

Il comma 1 *ter* dispone che per ciascuna persona ricoverata negli attuali OPG siano obbligatoriamente predisposti percorsi terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione, precisando che «per i pazienti per i quali è stata accertata la persistenza della pericolosità sociale, il programma documenta in modo puntuale le ragioni che sostengono l'eccezionalità e la transitorietà del prosieguo del ricovero». L'*eccezionalità* indica che la misura custodiale può essere mantenuta solo di fronte ad un elevato rischio di recidiva, mentre il requisito della *transitorietà* segnala una prospettiva di scopo tendenziale, e cioè che la misura sia strutturata in modo tale da permettere al soggetto di riacquisire la libertà. La nuova disposizione si allinea alla giurisprudenza della Corte EDU, la quale si è espressa in particolare, nei confronti della custodia di sicurezza tedesca, affermando la necessità di assicurare in fase esecutiva idonei supporti interdisciplinari in favore dell'internati, al fine di salvaguardarne la

dignità e garantire un percorso che assicuri l'effettiva possibilità di riacquistare la libertà.²⁹⁶

La disciplina sui percorsi terapeutici fornisce un importante significato nella fase di transizione e di smantellamento degli OPG. Spetterà infatti al giudice, che abbia ricevuto il programma individualizzato, disporre un nuovo esame della pericolosità, qualora sul territorio, siano disponibili strutture in grado di assicurare un idoneo percorso diverso dalla modalità custodiale.

Sebbene la disciplina del comma 1 *ter* presenti carattere transitorio, poiché finalizzata al superamento degli OPG e delle CCC, essa esprime quei principi di proporzionalità e sussidiarietà che dovrebbero atteggiarsi sempre nelle misure di sicurezza. Quanto più questa si protrae nel tempo, tanto più devono essere stringenti e i suoi presupposti di applicazione, così da assicurare la proporzionalità tra il sacrificio della libertà personale e la soddisfazione delle esigenze preventive. L'eccezionalità e la tendenziale temporaneità delle misure devono essere assunte come criteri generali di giudizio per un'interpretazione restrittiva della disciplina del riesame della pericolosità *ex art. 208 c.p.* anche in conformità a quanto espresso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

²⁹⁶ Corte Eur. Dir. Umani, Sez. V, 17 dicembre 2009, M. c. Germania (n. 19359/04), in *Cass. pen.*, 2010, 3275, nota di 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.*

Sulla durata delle misure di sicurezza la legge 81/2014 prende nettamente le distanze dalle origini di spunto positivistiche del codice Rocco, stravolgendone l'impianto. Si prevedono infatti dei limiti alla difesa sociale in favore di esigenze più garantiste. Anche qui un intervento in *favor libertatis*.

Si prevede che il limite massimo della misura debba applicarsi alle misure di sicurezza detentive, tranne per il riformatorio le cui nuove modalità esecutive hanno mutato sostanzialmente la sua natura tanto da non poterla più definire quale misura "custodialista".²⁹⁷

Sono state valutate diverse opzioni circa la determinazione del limite massimo della misura di sicurezza: ancorare la durata della pena ad un limite massimo fissato dal legislatore per tutte o per una singola misura poteva rappresentare una soluzione che essendo indipendente dalla gravità del reato presupposto, si espone all'obiezione di determinare la durata massima in modo sproporzionato rispetto a quei reati che hanno un limite edittale massimo più basso, con la conseguenza che il soggetto non imputabile e pericoloso potrebbe subire una limitazione della libertà personale maggiore di quella che avrebbe subito se fosse stato giudicato imputabile.

²⁹⁷ Ad opera del D.pr 448/1988. Sul punto si veda cap. 2°, sez. IV, p.198 ss.

Un'altra possibile soluzione poteva essere offerta da una proposta analoga a quella del codice spagnolo, secondo il quale la misura di sicurezza non può eccedere «il tempo che sarebbe durata la pena privativa della libertà personale, qualora il soggetto fosse stato dichiarato responsabile, e a questo effetto, il giudice fisserà in sentenza il limite massimo» (art. 103). La durata massima della misura viene dunque agganciata, in una soluzione garantista, a quella che sarebbe stata in concreto la pena applicata ad un soggetto imputabile, ma presenta il grave limite di rendere difficoltosa la determinazione del *quantum* di pena, visto che il giudice non può considerare il profilo della colpevolezza e dovrebbe attenersi alla mera e oggettiva gravità del reato. Una terza soluzione è quella di fissare la durata massima delle misure di sicurezza detentive attraverso la pena edittale massima prevista per il reato-presupposto commesso.

Si tratta dell'opzione preferibile visto che non mostra segni di retribuzionismo ma offre criteri di ragionevolezza.²⁹⁸

Questa è la soluzione prescelta dal legislatore che all'art 8 comma 1 *quater* stabilisce che le misure di sicurezza «non possano durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima» che va

²⁹⁸ M. Pelissero, *Ospedali Psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, cit., p.928. L'Autore fa riferimento ad A. Manacorda, *Il manicomio giudiziario. Cultura psichiatrica e scienza giuridica nella storia di un'istituzione totale*. Bari, 1982, p. 32.

determinata dall'art. 278 c.p.p., il quale stabilisce che si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato senza tenere conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato (ad eccezione della circostanza aggravante prevista dal n. 5) dell'art. 61 c.p.; della circostanza attenuante prevista dal n. 4) dell'art. 62 c.p.; delle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale).

Come spesso accade quando si opera un rinvio si possono venire a creare disguidi legati alla traslazione di quella norma in un altro contesto.²⁹⁹ Cosa accade se al termine della durata della misura di sicurezza, il soggetto mostra ancora chiari sintomi di pericolosità? La nuova disciplina va raccordata all'art.232 c.p. secondo la quale, se la persona con infermità psichica in stato di libertà vigilata, mostra una nuova pericolosità, il giudice può disporre il ricovero in CCC. Con l'intervento della legge però non è più possibile il passaggio alla misura custodiale qualora sia decorso il termine massimo di durata, che costituisce un limite invalicabile, a meno che il soggetto non abbia commesso un'ulteriore reato. (rispetto al quale dovrà essere fissato un nuovo termine massimo di durata).

²⁹⁹ Il problema si pone in quanto l'art. 278 c.p.p. non prende in considerazione il concorso di reati ed espressamente dispone che non si debba tenere in conto della continuazione. Sul punto v. M. Pelissero, *Ospedali Psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, cit., p.928.

In forza dell'art. 200, comma 2 c.p. la nuova disciplina sulla durata delle misure di sicurezza trova immediata applicazione con la conseguenza che il giudice deve revocare la misura se sono stati superati i limiti massimi di durata, indipendentemente dalla presenza o meno di supporti sanitari esterni, cosa che potrebbe portare a problemi di inadeguatezza delle funzione preventiva degli strumenti penali.

9 Una riforma a piccoli passi.

La nuova riforma rappresenta il frutto di anni di teorizzazioni e potrebbe avere effetti non meno importanti della legge Basaglia, richiede però qualche sforzo di adattamento per non rischiare di fallire.

Certamente il cammino verso un sistema maggiormente razionale è ancora lungo. La legge 81/2014 ha fatto importanti passi avanti ma presenta profili di criticità altrettanto validi che non possono essere ignorati.

I maggiori spazi di libertà che si aprirebbero nell'applicazione più limitata delle misure custodiali potrebbero significare il venir meno di quel minimo di supporto psichiatrico nei confronti dei pazienti portatori di gravi disturbi. Un supporto terapeutico che negli OPG viene comunque assicurato.

Per evitare perciò il fallimento della riforma, è necessaria una forte implementazione dei servizi territoriali di salute mentale. L'effettiva possibilità di superare le misure custodiali, passa dal potenziamento dei servizi psichiatrici territoriali, servizi in grado di offrire programmi individuali a soggetti particolarmente vulnerabili che recuperano la libertà, a volte dopo molti anni, ed ai quali vanno assicurate le condizioni per poter riacquisire una dimensione sociale senza pregiudicare le esigenze di difesa.

Ancora una volta il legislatore sceglie di non intervenire sul codice penale, si tratta di un procedimento che accade spesso sul sistema sanzionatorio, le cui innovazioni normative più qualificanti ed innovative nella disciplina delle misure di sicurezza si collocano essenzialmente fuori dall'area delle disposizioni codicistiche.

Come afferma Pelissero, *“non so se anche per le misure di sicurezza, si stia consumando il commiato dal codice penale, ma credo che, laddove possibile, sia necessario intervenire direttamente sulle norme di quest'ultimo, una soluzione che si sarebbe potuta seguire anche in questo caso.”*³⁰⁰

Per il momento questa politica “a piccoli passi” deve essere affrontata ed interpretata al meglio, nell'attesa di un più audace ed organico intervento riformatore.

³⁰⁰ M. Pelissero, *Ospedali Psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, cit., p.930.

Conclusioni

L'analisi condotta sulle misure di sicurezza e sul doppio binario ha cercato di dimostrare come la crisi che ha colpito queste sanzioni si riverberi in modo negativo sull'effettività e sull'efficacia degli istituti.

Dell'originario sistema, delineato dai compilatori del codice Rocco, rimane oramai ben poco. Nonostante ciò, le misure di sicurezza hanno dimostrato una grande capacità conservativa sopravvivendo alle più importanti riforme che le hanno riguardate. Basti pensare alla legge Gozzini del 1986 che ha espulso dall'ordinamento le presunzioni di pericolosità.

Una siffatta analisi sarebbe fine a se stessa se non ci chiedessimo infine, in una prospettiva *de iure condendo*, quale possa essere il futuro riservato alle misure di sicurezza. Un futuro che pone diversi problemi in relazione ai destinatari.

Per gli autori di reato dichiarati incapaci di intendere e di volere, le misure di sicurezza operano come sanzione esclusiva. Tale apparato si presenta sempre più deteriorato. Le due anime delle misure preposte, quella di cura e quella custodiale, non si presentano affatto bilanciate e la seconda tende a prevalere sulla prima.

Le case di cura e di custodia non hanno ancora un luogo deputato alla loro esclusiva esecuzione e gli ospedali psichiatrici giudiziari, al cui interno sopravvivono in condizioni disagiate categorie disomogenee

di internati, si avvicinano molto di più agli istituti penitenziari che a presidi sanitari.

Entro il 31 marzo 2015 entrambe queste misure saranno smantellate, in base a quanto prescritto dalla legge 81/2014. Lo scopo principale della legge è quello di porre fine allo scandalo degli “*ergastoli bianchi*”. Così a partire dal 31 marzo i soggetti dimissibili dovranno essere rimessi in libertà, mentre gli altri internati dovranno essere trasferiti nei nuovi presidi: le residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza sanitarie (REMS), con il monitoraggio dell’Organismo di coordinamento istituito presso il Ministro della Salute.

Tali strutture dovranno essere predisposte a livello regionale, rimediando all’irragionevole sradicamento territoriale che si verificava con i sei OPG presenti sul territorio nazionale. E’ chiaro, quindi, che l’effettività della nuova disciplina dipende in buona parte dalle Regioni che, ad oggi, hanno quasi tutte individuato e allestito le strutture destinate alle REMS, in alcuni casi definitive, in altre provvisorie. Altre Regioni completeranno tale percorso nei prossimi due mesi. Laddove alcune non dovessero attivarsi per individuare le strutture necessarie sarà compito del Governo sostituirsi ad esse con la nomina di un Commissario *ad acta*. C’è da parte di tutti gli organismi coinvolti la consapevolezza che un’applicazione “a macchia di leopardo” della legge potrà condurre ad uno scenario simile a quello verificatosi

successivamente alla legge Basaglia. Se così fosse il progetto delle REMS sarà destinato a fallire.

Il legislatore, con la medesima legge, ha stabilito un inedito termine di durata delle misure di sicurezza ed è intervenuto sui criteri del giudizio di pericolosità sociale, giudizio che necessitava di una revisione almeno quanto le misure stesse. La novella dispone che siano esclusi dal giudizio di pericolosità sociale gli “indicatori esterni” ex art. 133 c.p., con la *ratio* di improntare il giudizio su elementi soggettivi piuttosto che estranei alla persona del reo.

Ciò che si sarebbe potuto rivelare motivo di pregio della legge si è invece tradotto nella sua critica maggiore. Infatti, il legislatore ha ignorato le indicazioni provenienti dalla dottrina penalistica e da quella psichiatrica sull'accoglimento della pericolosità situazionale. Gli elementi esclusi sarebbero dunque criminologicamente preponderanti nel determinare la patogenesi criminosa, e perciò la pericolosità sociale che continua, di fatto, a sollevare delicatissimi problemi.

La dottrina penalistica è scissa tra chi sostiene che per quanto rappresenti una categoria complessa il sistema non ne possa fare a meno, e chi, invece, ne auspica la sostituzione in favore del “bisogno di cura”.

Fautore della prima soluzione è l'autorevole M. Pelissero il quale, in base ai suoi approfonditi studi sul doppio binario, ritiene che il rischio della sostituzione della pericolosità sociale consista in un'impropria sanitarizzazione del diritto penale e di una sua eccessiva espansione. L'applicazione delle misure di sicurezza, in quanto sanzioni penali, si giustifica solo di fronte al pericolo che il soggetto torni a delinquere. Sarà poi l'esecuzione delle stesse a doversi differenziare in base alle esigenze terapeutiche e di riabilitazione di cui il destinatario necessita. Allo stesso tempo però, si dimostra indispensabile l'abbandono della pericolosità generica ai sensi dell'art. 203 c.p. in favore di quella *specificata*, prendendo ad esempio il nuovo sistema minorile. Quest'ultimo, dopo la riforma dovuta al d.P.R. 488/88, risulta essere maggiormente conforme al principio di proporzione in base al quale i reati attesi devono essere omogenei a quelli già commessi. Accogliere quindi la nozione di pericolosità specifica potrebbe condurre ad una maggiore precisione nei giudizi prognostici e perciò alla contrazione dell'applicazione di misure custodiali di sicurezza.

La prognosi di pericolosità resta uno dei principali problemi legati alla crisi delle misure di sicurezza e, proprio in relazione ad essa, dovrà essere valutato con molta attenzione il ruolo delle neuroscienze che, in base ai recenti sviluppi, si sono dimostrate in grado di aprire nuovi

scenari sull'attendibilità e l'affidabilità della predizione. Le tecniche di *neuroimaging* possono essere utilizzate in ambito processuale come supporto delle perizie. Ancora una volta è necessario ribadire che, in un ambito così delicato, non sarà possibile dare spazio ad assolutismi per non incorrere in un nuovo determinismo. Ecco perché, anche per le neuroscienze, sarà necessario uno scrupoloso bilanciamento con gli altri fattori predisponenti la pericolosità sociale.

Altra parte della dottrina (A. Manna) ritiene invece che i tempi siano maturi per una sostituzione della pericolosità sociale con il "bisogno di cura". Questo, come presupposto d'applicazione delle misure di sicurezza, assicurerebbe *l'extrema ratio* nel loro utilizzo e quindi, una loro reale contrazione. Le nuove REMS, per le loro caratteristiche e, soprattutto per il fatto di essere affidate al servizio sanitario nazionale, consentono in effetti un ripensamento del presupposto. Il rischio di un'eccessiva espansione del diritto penale e di una sua sanitarizzazione, viene prontamente escluso dalla previsione di un limite massimo di durata e in particolare dal fatto che essa potrà essere prorogata soltanto con il consenso dell'interessato. Si tornerebbe così a seguire la disciplina *extra* penale fondata sulla volontarietà fuorché durante il periodo d'applicazione della misura la quale opererebbe come un t.s.o.

La differenza fondamentale delle due prospettive si sostanzia nella funzione primaria attribuita alle misure di sicurezza sui soggetti non imputabili. Mantenendo la pericolosità sociale come presupposto, l'aspetto custodiale, trattandosi di sanzioni criminali a tutto gli effetti, concorre con quello terapeutico ma rimane di fondamentale importanza.

La seconda tesi mira a valorizzare il bisogno di cura dei destinatari. La dichiarazione d'incapacità impone di considerare la custodia solamente per un determinato periodo di tempo, superato il quale sarà necessario il consenso dell'interessato. In quest'ottica la limitazione della libertà personale è imposta legittimamente dalla necessità terapeutica.

Per adesso, anche con la nuova disciplina delle REMS, il presupposto d'applicazione, oltre quello dell'aver commesso un reato, rimane la pericolosità sociale. Qualunque sarà la scelta futura del legislatore, essa dovrà avvenire nel rispetto dei principi fissati dalla Corte Costituzionale e dalla Corte Europea di Strasburgo, tenendo conto della difficoltà della prognosi di pericolosità e del principio di proporzionalità. Questo impone che la pericolosità sociale sia ancorata alla commissione del fatto commesso. Così che non si ripeta più l'orrore delle infinite proroghe delle misure che portano a quel "detestabile termine definito *ergastolo bianco*".

Il futuro delle misure di sicurezza è ancora più incerto nei casi in cui queste operano come sanzione aggiuntiva rispetto alle pene nei confronti dei soggetti imputabili.

Qui l'attrito con i principi fondamentali è ancora più marcato. Infatti i destinatari si trovano a subire una nuova limitazione della libertà personale dopo aver già scontato la pena sulla base della valutazione di pericolosità sociale. Un giudizio che nei confronti degli imputabili appare in maggioranza privo di una base empiricamente verificabile.

Da tempo si discute oramai sull'abbandono del doppio binario nei confronti degli imputabili. Alla base di questa scelta vi è la considerazione che le misure di sicurezza e le pene non presentano una diversità ontologica. La presenza di una doppia sanzione potrebbe perciò essere giustificata solo da una differenza sostanziale di contenuti. Tuttavia le due sanzioni si presentano affini sia negli scopi perseguiti che nelle modalità esecutive, rendendo ancora valida la denunciata "truffa delle etichette".

Eppure, in alcuni ordinamenti europei, le misure di sicurezza hanno vissuto recentemente una vera e propria riscoperta. Le linee di politica criminale alla base di questo potenziamento vanno ricercate nel crescente bisogno di sicurezza e nelle potenzialità delle misure di sicurezza di sottrarsi al principio di colpevolezza.

Sebbene anche il nostro legislatore sia attento alla sicurezza, in Italia le esigenze preventive sembrano essersi spostate da tempo sul piano della pena così la pericolosità sociale e la recidiva potranno trovare spazio all'interno della pena come presupposto di differenziazione dei percorsi penitenziari.

La scelta di differenziare l'esecuzione della pena a seconda delle caratteristiche del reo mira a restituirle effettività e a valorizzarne tutte le funzioni, *in primis* quella rieducativa. Tale valorizzazione impedisce di incorrere verso le derive di una giustizia emotiva tipica del diritto penale d'autore secondo il quale alcuni individui sarebbero sempre indotti al crimine, non rieducabili, e perciò meritevoli di una sanzione *sine die*.

Si attende dunque un intervento positivo del legislatore anche se la strada dell'abbandono del doppio binario per gli imputabili sembra oramai tracciata.

E' infine necessaria una considerazione sulla modalità extra codicistica che il legislatore ha scelto negli ultimi interventi sulle misure di sicurezza: una scelta indipendente dall'importanza e dalla risonanza della riforma, come accaduto per la legge Gozzini. Nell'attesa di un più organico intervento riformatore ci si deve accontentare di questa politica "a piccoli passi", con tecniche di interpolazione di norme e interventi sempre più pregnanti degli organi di garanzia. In questo *tug*

of war tra prevenzione e garanzia si mantiene costante la supervisione degli organi di giustizia costituzionale tanto più sensibili alla tutela dei diritti e delle libertà individuali quanto più il legislatore tende verso sollecitazioni difensive e securitarie.

Bibliografia

AA.VV., *Lavori preparatori al codice penale e al codice di procedura penale*, Tipografia delle Mantellate, Roma , 1930.

Andreoli V. Intervista di Michele Brambilla, per *La Stampa* del 21/12/2013, Milano.

Bandini T.-Lagazzi M., *Le basi normative e le prospettive della perizia psichiatrica nella realtà europea contemporanea: l'imputabilità del sofferente psichico autore di reato*, in *Questioni sull'imputabilità* (a cura di) A. Ceretti- I. Merzagora, Padova, 1994

Baviera I., *Diritto minorile vol. 2* , Giuffrè 1976.

Beck U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, ed. trad. W. Privitera e Carlo Sandrelli, Carrocci Editore, Roma, 2000.

Beduschi L., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU e art. 2 Prot. 4)* in *Dir. Pen Cont.- Riv.* Trim., 2011.

Bricola F., *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale* in *Indice pen.*, 1989.

Calabria A., *Sul problema dell'accertamento della pericolosità sociale*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1990.

Canepa M.- Merlo S., *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè Editore, 1987.

Castellano L.- Stasio D., *Diritti e castighi, Storie di umanità cancellata in carcere*, Il Saggiatore Editore, Milano 2009.

Ciappi S., *Aggressori sessuali. Dal carcere alla società: ipotesi e strategie di trattamento*. Giuffrè, Milano 2006.

Collica M.T., *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso*, in *Rivista Diritto penale e processo*, Ipsoa 2004.

Collica M. T., *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. It. Proc. Pen.*, 2008.

Conso G.- Grevi V., *Compendio di procedura penale*, AA.VV.: V Edizione, Cedam, 2010.

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; Cedam, Padova 1995.

De Francesco G., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale* (a cura di) F. Bricola e V. Zagrebelsky, vol. III, Utet, Torino, 1984.

De Francesco G.- Piemontese C. Venafro- E. (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, Giappichelli, 2010.

De Francesco G., *Diritto penale, i fondamenti*, II Edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2011.

De Francesco G., *Le conseguenze sanzionatorie del reato* in Palazzo F.-Paliero C., *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Vol III, Torino, 2011.

De Vito C.G., *Camosci e girachiavi, storia del carcere in Italia*, Laterza Editore, 2009.

Della Casa F., *Basta con gli OPG! La rimozione di un fossile vivente, quale primo passo di un arduo cammino riformatore*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013.

Dolcini E. Marinucci G., *Codice penale commentato*, IPSOA, III Edizione, 2011.

Ferri E., *Sociologia criminale*. Utet, Torino(2° ed.), 1884.

Fiandaca G.– Musco E., *Diritto penale parte generale*, V Edizione, Zanichelli Editore, 2007.

Gaboardi A.- Gargani A.- Morgante G.- Presotto A.- Serraino M. (a cura di), AA. VV., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere, Affermazione e tradimento della legalità nella restituzione della libertà personale*, Giappichelli Editore, Torino, 2013.

Garland D., *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Net Edizioni, Milano 2007. (*The culture of control: Crime and Social Order in contemporary Society*, Oxford University Press, Oxford, 2001).

Giambruno S., *Lineamenti di diritto processuale minorile*, Giuffrè 2004.

Grosso C.F., *Questioni aperte in tema di imputazione del fatto*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale, Itinerari- Problemi- Prospettive*, Milano, 1993

Gulotta G., *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico*, Giuffrè Editore, 2002.

Liszt V., *Der Zweckgedanke in Strafrecht* (1883) in trad. It. *La teoria dello scopo in diritto penale*, Milano 1962.

Lombroso C., *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza e alle discipline carcerarie*, Torino, 1878.

Lombroso C., *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza e alla psichiatria*, Roma, 1897.

Jaspers k., *Psicopatologia generale*, Roma, 1964 (ed. tedesca, *Allgemeine Psychopatologie*, 1913).

Kandel Eric R.- Schwartz J.- Jessel T.M., *Principi di neuroscienze*, Ambrosiana , III Edizione, Edizione italiana a cura di Virgilio Perri , 2003.

Macchiarelli L.- Arbarello. Cave Bondi G.- DI Luca N.M. Feola T., *Medicina Legale*, AA:VV., II Edizione, Edizioni Minerva Medica, Torino, 2006.

Manacorda A., *Il manicomio giudiziario: cultura psichiatrica e scienza giuridica nella storia di un'istituzione totale*, De Donato Editore, Bari, 1982.

Manacorda A., *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza: due momenti distinti per l'accertamento della pericolosità*, in *Foro it.*, 1987.

Mangione A., *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Cedam, Padova, 2001.

Manna A., *Imputabilità e nuovi modelli di sanzione, dalle "finzioni" giuridiche alla "terapia sociale"* Giappichelli , Torino, 1997.

Manna A., *Sull'abolizione degli ospedali psichiatrici giudiziari: pericolosità sociale o bisogno di terapia?* In *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2013.

Mantovani F., *Diritto penale, parte generale*, 2° ed., Cedam, 1988.

Mantovani M., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale* (a cura di) F. Bricola e V. Zagrebelsky, vol. III, Utet, Torino, 1995.

Marinucci G. Dolcini E -, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2006.

Martini A., *L'Ospedale psichiatrico giudiziario come misura di sicurezza detentiva*, in *Novissimo Digesto italiano*, Appendice, Volume V.

Matda D., *Come si diventa devianti*, (*Becoming deviant* , *Pren Tice Hall, New Jersey, 1969*) Tr. It. , il Mulino, Bologna 1976.

Mazzacuva F., *La materia penale e il "doppio binario" della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013.

Musco E., *La misura di sicurezza detentiva*, Giuffrè, Milano, 2008.

Neppi Modona G., *Legislazione penale in Il mondo contemporaneo*.
Vol. I, tomo II, La nuova Italia, Firenze, 1987.

Nowakowsk F., *Die Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden
Maßnahmen*, in *Festschrift für Hellmut von Weber*, Bonn, 1963.

Padovani T., *L'Ospedale psichiatrico giudiziario e la tutela
costituzionale della salute*, in *Tutela della salute e diritto privato* (a
cura di) F.D. Busnelli U. Breccia, Giuffrè Editore, Milano, 1978.

Padovani T. (a cura di), *Codice penale*, AA.VV., V Edizione, Giuffrè
Editore, 2011.

Padovani T., *Diritto penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2006.

Pagliari A., *Diritto penale, parte generale*, 3° ed., Giuffrè, 1987.

Panebianco G., *Il sistema penale minorile*, Giappichelli Editore, Torino,
2008.

Pelissero M, *Quale futuro per le misure di sicurezza?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013.

Pelissero M, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli Editore, Torino, 2008.

Pelissero M., *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Riv. Diritto penale e processo* 8/2014.

Pietrini P., *Responsabilmente: dai processi cerebrali al processo penale. Prospettive e limiti dell'approccio neuroscientifico*. in De Cataldo Neurburger L., *La prova scientifica nel processo penale*, CEDAM, 2007.

Ponti G.-Merzagora Betsos I., *Compendio di criminologia*, V Edizione, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2008.

Pulitanò D., *Diritto penale*, III Edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2009.

Romano M.- Grasso G., *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè 3° Edizione, Milano 2005

Romano M.- Grasso G.- Padovani T., *Commentario sistematico del codice penale*, III Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2011.

Silva Sanchez, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società industriali*. Giuffrè. Quaderni di diritto penale comparato internazionale ed europeo, Milano, 2004.

Vassalli G., *L'abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1982.

Vassalli G., *La pericolosità presunta del minore non imputabile*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1971.

Zanchetti M., *La prova penale scientifica*, in *Scienze forensi: teoria e prassi dell'investigazione scientifica*, (a cura di) M. Picozzi, A. Intini, Utet giuridica, Torino 2009.

Sitografia

Andreoli V., *La perizia psichiatrica*, Lezione tenuta il 7 maggio 1999 alla Scuola di Specializzazione in Psichiatria forense dell'Università del Sacro Cuore di Roma, in www.psychiatryonline.it

Basilio L., Imputabilità, minore età e pena, www.altrodiritto.unifi.it

Collica M.T., *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso" del reato*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

Collica M.T., *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità* in www.dirittopenalecontemporaneo.it

Cordio F., video documentario, *Ergastolo bianco O.P.G., dove vive l'uomo*, di Senatowebrtv, 2011.

Della Bella A., *Convertito in legge il Decreto "svuota carceri" 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

Gatta G.L., Revoca del ricovero in OPG per decorso della durata massima: un primo provvedimento, in

www.dirittopenalecontemporaneo.it

Martini E., *«Dalla pena alla cura» Il tramonto degli OPG*, intervista al direttore del DAP Piscitello del 3/3/2015, in www.ilmanifesto.info

Pelissero M., *Il doppio binario nel sistema italiano*, www.law.unc.edu

Pelissero M., Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali. In www.dirittopenalecontemporaneo.it

Comitato per l'abolizione degli O.P.G. , www.stopopg.it

Pulitanò D., *Bisogni di sicurezza e bisogni dell'infermo di mente autore di reato. Un'importante sentenza della Corte Costituzionale.* www.ristretti.it,

Schiaffo F., *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e spessori normativi: La riforma di cui alla L. 81/2014*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

Ringraziamenti

Alla fine di questo tortuoso ma emozionante percorso è necessario ultimare queste “sudate carte” con un doveroso ringraziamento.

Vorrei innanzitutto porgere i miei ringraziamenti al Professor De Francesco per avermi concesso la possibilità di terminare questo percorso universitario scrivendo su un argomento attuale e umanamente coinvolgente. Un sentito grazie per il tempo dedicato durante la stesura della tesi e per le importanti indicazioni ricevute in merito. Un sentito ringraziamento va anche al Professor Notaro per la disponibilità e la cortesia dimostratemi ed i fondamentali suggerimenti.

Quando si dà inizio ad un progetto non si sa mai dove questo ci condurrà. E' certo però che arrivati alla meta, anche se la realtà è ben diversa da come l'avevi immaginata, le sensazioni sono molteplici. Felicità, ansia, rammarico, qualche piccolo rimpianto e anche soddisfazione. La partenza e l'arrivo. Nel mezzo un mare di condivisione, di amicizia, di emozioni per cui devo dire grazie;

Grazie ai miei meravigliosi genitori, che negli anni mi hanno concesso il più importante tra i privilegi: *la libertà*. La libertà di poter scegliere e sbagliare. Di allontanarmi da casa quando ancora non potevo conoscere il valore della parola “casa”, perché solo oggi so che casa è il posto dove alberga il tuo cuore, dove pulsano ancora vivi i ricordi, dove la quotidianità e i riti danno forma alla tua personalità. Grazie a tutta la mia famiglia, perché essere uniti e volersi bene è un dono inestimabile.

Il secondo ringraziamento va a questa città. Alle sue vie, ai suoi colori. Pisa ha avuto il grande merito di farmi conoscere due persone fondamentali nella vita: me stessa, con la quale dovrò convivere per sempre e colui che, invece, *ha scelto* di accettarmi e volermi bene e sono io la prima a dirlo: una scelta coraggiosa!

Un grazie speciale all'“amore della sorellina” che ogni giorno dal quel lontano 16 dicembre riempie la mia vita di gioia e allegria. Aver

vissuto con te questi anni, anche se lontane da casa non ha rafforzato l'amore, che non potrebbe essere lontanamente più forte di così, ma la stima e l'orgoglio che provo per te.

Un grazie è poi necessario per coloro che hanno accompagnato il mio cammino e che spero potranno farlo ancora. Ad Elisa, grazie perché dal 2006 non hai mai smesso di essere al mio fianco. Grazie per avermi insegnato che esiste un'amicizia discreta, costruita con la condivisione e la comprensione e non necessariamente figlia di gesti eclatanti ma di piccole e fondamentali attenzioni.

Grazie a Teri, perché l'affetto e la genuinità del nostro rapporto è qualcosa a cui non saprei rinunciare. Sei il caldo abbraccio, la risata allegra, la famiglia che ti costruisci fatta di bontà e dolcezza e qualche litigio (che non manca mai).

Grazie ai colleghi storici. Grazie per le serate a cantare, per i nostri primi anni di università, per la porchetta mangiata di ritorno dal concerto di Guccini... grazie per ricordi che resteranno indelebili.

Grazie ad Ale, alle nostre interminabili giornate in "dittocrazia bucciana", ai programmi stilati per farmi diventare puntuale e metodica (*mission impossible*), ma soprattutto per la tua amicizia: un regalo prezioso.

Un grazie a tutti i miei amici, perché se amo tanto questo posto il merito è anche di chi ti permette di vivere felice. Perciò grazie a Giusina e alle sue premurose e affettuose attenzioni, a Gael che ama sentirmi cantare, ai miei amici dottori Vito e Lidia che "pazientemente" accettano la mia ipocondria, ad Elisa (senza la quale starei ancora studiando un certo esame!) e a tutti gli altri, grazie! Grazie a chi sceglie di restarmi accanto, a quelli che hanno scelto di non volerlo fare e a quelli che in un modo o nell'altro ci sono comunque.

E infine, Stefano. Sarebbe superfluo e riduttivo quantificare letteralmente questo mio ringraziamento. Tu sei la *mia* costante. Grazie, perché mi permetti di essere felice, di non crollare mai. Tutto quello che oggi sono lo devo a te, che sei "*l'amor che move il sole e l'altre stelle*". (Meglio di così non lo potevo davvero dire!)

Infine prendo in prestito una frase dal mio libro preferito “per me la parola più bella del mondo è *grazie*” Allora *grazie* a tutti quelli che oggi sono con me, fisicamente o col pensiero.

Catia.