

*“La follia è una condizione umana, in noi la
follia esiste ed è presente come lo è la ragio-
ne.”*

Franco Basaglia

INDICE

Introduzione pag. 7

CAPITOLO I

Il sistema del doppio binario e le misure di sicurezza personali.

PARTE PRIMA

Introduzione alle misure di sicurezza

1. Matrici teoriche del sistema del doppio binario..... pag. 8
2. La disciplina nel codice del 1930 delle misure di sicurezza personali pag. 16
3. Gli interventi della Corte costituzionale sul codice del 1930 pag. 22

PARTE SECONDA

I presupposti delle misure di sicurezza: la pericolosità sociale del reo e il fatto preveduto dalla legge come reato.

SEZIONE PRIMA

La pericolosità sociale: “fondamento criminologico e criteri normativi del presupposto necessario ed inderogabile”.

1. La rilevanza giuridica della pericolosità sociale nell’ordinamento italiano pag. 28
2. La legge n. 180 del 13.5.1978 pag. 35
3. L’accertamento della pericolosità sociale ed il suo (presunto) fondamento scientifico pag. 37
4. La valutazione della pericolosità sociale nella applicazione

giurisprudenziale	pag. 43
5. La pericolosità ‘latente’ e il cd. “ergastolo bianco”	pag. 50

SEZIONE SECONDA

Il fatto previsto dalla legge come reato

1. L’accertamento del fatto del non imputabile	pag. 57
2. La capacità di stare in giudizio e la questione degli imputati eternamente giudicabili. Corte Costituzionale, sentenza n. 23 del 14 febbraio 2013	pag. 65
3. Gli eternamente giudicabili alla luce della legge n. 103/2017	pag. 72

CAPITOLO II

Imputabilità e doppio binario

1. Il (discutibile) fondamento scientifico dell’imputabilità	pag. 77
2. L’accertamento dell’imputabilità	pag. 83
3. Imputabilità e disturbi della personalità. La sentenza della Cassazione n. 9163/2005	pag. 92
4. La rilevanza giurisprudenziale delle recenti acquisizioni genetiche e neuroscientifiche	pag. 96

CAPITOLO III

Il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari

1. Le misure di sicurezza e doppio binario nei progetti di riforma della disciplina del codice	pag. 107
1.1 Il Progetto Pagliaro	pag. 108

1.2 Il disegno di legge Riz	pag. 112
1.3 La Proposta di legge Corleone	pag. 113
1.4 La Proposta di legge delle Regioni Emilia Romagna e Toscana	pag. 115
1.5 Il Progetto Grosso	pag. 118
1.6 Il Progetto Nordio	pag. 120
1.7 Il Progetto Pisapia	pag. 121
2. Il primo passo verso il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: il DPCM 1 aprile 2008	pag. 124
3. L' <i>iter</i> continua: la Commissione Parlamentare d'Inchiesta sul SSN del 30 luglio 2008 ed il CPT	pag. 128
4. Il passaggio dagli OOPPGG alle REMS	pag. 131
5. La legge n. 81/2014: il nuovo volto della pericolosità sociale e del doppio binario	pag. 134
6. L'interpretazione di legittimità della Consulta: la sentenza n. 186/2015	pag. 139
7. La sentenza della Corte Costituzionale n. 22/2017	pag. 146
8. Primi effetti della legge n. 81/2014	pag. 151
9. Gli Stati generali sull'esecuzione penale	pag. 155

CAPITOLO IV

Dal superamento degli OOPPGG al superamento del doppio binario.

1. Doppio binario nei progetti di riforma del codice	pag. 160
2. Prospettive di riforma: le deleghe legislative per una nuova disciplina delle misure di sicurezza personali (legge n.103/2017)	pag. 163
3. La ridefinizione della nozione di infermità	pag. 171

4. Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria: lo schema di decreto legislativo	pag. 174
5. Il dibattito sull'abrogazione degli artt. 88 e 89 c.p.	pag. 180
6. Superamento della imputabilità e struttura del reato	pag. 183

CAPITOLO V

Profili di diritto comparato: le misure di sicurezza personali nell'ordinamento tedesco, francese, inglese e svedese.

1. Una comparazione con gli ordinamenti giuridici europei	pag. 190
2. Le misure di sicurezza e miglioramento nello StGB	pag. 192
2.1 I principi alla base delle misure di sicurezza e miglioramento	pag. 194
2.2 Il giudizio di pericolosità sociale	pag. 196
2.3 Il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario ai sensi del riformato § 63 StGB (<i>art. 1 n. 1 lettera a) della legge 8.7.2016, in vigore dal 1.8.2016</i>)	pag. 199
3. La <i>retention de sûreté</i> in Francia	pag. 204
4. La disciplina degli ospedali psichiatrici giudiziari nel Regno Unito	pag. 209
5. L'esperienza svedese	pag. 214

Conclusioni	pag. 223
--------------------	----------

Bibliografia	pag. 225
---------------------	----------

Giurisprudenza

pag. 241

Sitografia

pag. 244

Introduzione

La legge n. 81/2014, che ha disposto la chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari e l'istituzione delle REMS, è stata solo un primo passo di un processo che ormai si è avviato verso il superamento del sistema del doppio binario, pene – misure di sicurezza.

L'analisi del sistema e dei suoi presupposti, in un'ottica sostanzialmente critica, è stata tesa ad individuare le problematiche che hanno portato ai cd. *ergastoli bianchi*, passando per le complessità nascenti dal giudizio prognostico di pericolosità sociale e dall'accertamento della non imputabilità.

Diversi sono stati i Progetti di riforma del codice penale e molteplici sono state le istanze, dalla dottrina, dalla giurisprudenza e da parte dell'Europa, che hanno portato alla necessità di una riforma, da ultimo con l'emanazione di deleghe legislative, tese ad una nuova disciplina delle misure di sicurezza personali (legge n.103/2017).

La legge delega ha aperto un ampio dibattito nella dottrina italiana sulle prospettive, anche in favore di un possibile superamento del dogma della imputabilità.

Si è rivolto poi lo sguardo, in un'ottica comparativa, verso l'Europa ed in particolare verso il sistema delle misure di sicurezza personali detentive in Germania, in Francia, nel Regno Unito ed in Svezia; il confronto con quest'ultima ha interessato, soprattutto, il superamento, seppur ad oggi dibattuto tra la dottrina svedese, del concetto di non imputabile e delle soluzioni applicate alle persone con una infermità mentale.

CAPITOLO I

Il sistema del doppio binario e le misure di sicurezza personali.

PARTE PRIMA

Introduzione alle misure di sicurezza

1. Matrici teoriche del sistema del doppio binario

Il sistema del doppio binario trae le sue origini dalla scuola di pensiero del cd. positivismo criminologico, che ha applicato i generali postulati del positivismo filosofico allo specifico campo del diritto penale e della criminologia.

Secondo la Scuola Positiva¹, il comportamento criminale trova la sua fonte in una condizione soggettiva di pericolosità sociale, che sfocia nella probabile commissione di un reato, inteso quale fenomeno biopsicologico e sociale, che è esposto alla contemporanea influenza di fattori fisici, antropologici e sociali².

¹ Si possono confrontare gli studi di LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, Roma, 1897, FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, FERRI, *Funzione giuridica del criterio di pericolosità criminale*, in Scuola positiva, 1926, I, pag. 433 e ss., nei quali è possibile vedere una esclusiva attenzione alla componente biologica del delinquente da parte di Lombroso ed una attenzione, invece, da parte di Ferri ai fattori criminogenetici di carattere fisici, individuali e sociali. GRISPIGNI, *Introduzione alla Sociologia Criminale*, Torino, 1928 in cui si enuncia la sociologia criminale nel complesso delle discipline criminalistiche ed i relativi rapporti. TURATI, *Il delitto e la questione sociale. Appunti sulla questione penale*, Milano, 1883.

² FERRI, *Sociologia Criminale*, Torino, 1900, pag. 11 e 12, nell'introduzione l'Autore spiega che la nuova corrente di idee sui delitti e sui delinquenti che da circa vent'anni si stava affermando in Italia, non era una simpatica alleanza tra diritto penale ed antropologia criminale, ma era qualcosa di più, con una portata scientifica e pratica molto più grande, in quanto consisteva nell'applicazione del metodo sperimentale allo studio dei delitti e delle pene, e, quindi, portava nel recinto del tecnicismo giuridico, non solo le nuove osservazioni fatte dall'antropologia criminale, ma anche dalla statistica, dalla psicologia, dalla sociologia, rappresentando una nuova fase nell'evoluzione della scienza criminale. Sul punto Ferri cita LOMBROSO, FERRI, GAROFALO, FIORETTI, *Polemica in difesa della scuola criminale positiva*, Bologna, 1886, pagg. 215 e ss.

In forza di tale impostazione, è prioritario valutare la potenziale pericolosità dell'autore di reato ovvero la concreta probabilità che questi torni a delinquere.

In questa prospettiva, la società risponde «col principio di difesa sociale proporzionata alla temibilità del delinquente»³, ricorrendo a delle misure di controllo del reo, indipendentemente da un rimprovero di colpevolezza, anche a mezzo della segregazione a tempo indeterminato con la revisione periodica delle sentenze, tenuto conto che «la pena non deve essere la retribuzione di una colpa con un castigo proporzionato, ma una difesa corrispondente alla potenza offensiva ed alla riadattabilità sociale del delinquente»⁴.

A tale impostazione si contrapponeva la Scuola Classica del diritto penale⁵, che, invece, individuava nella pena una funzione di retribuzione, nel senso che «il fine primario della pena è il ristabilimento dell'ordine esterno della società»⁶, con la diretta conseguenza che «il fine ultimo del giudizio corrisponde al fine della pena: vale a dire il ristabilimento dell'ordine turbato dal delitto»⁷. La sanzione, noncurante del recupero sociale del reo, era quindi intesa, richiamando la filosofia idealistica, come lesione della lesione ovvero quale negazione della negazione del diritto⁸, essendo sottesa solo a compensare la colpa per il male commesso.

³ FERRI, *Sociologia Criminale*, cit. pag. 871

⁴ FERRI, *Sociologia Criminale*, cit. pag. 835

⁵ Tra i maggiori esponenti della Scuola Classica del diritto penale cfr. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte Generale*, Lucca, 1871; CARMIGNANI, *Elementi del Diritto Criminale*, Napoli 1894.

⁶ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte Generale*, Lucca, 1871, pag. 357 § 615.

⁷ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte Generale*, Lucca, 1871, pag. 492 § 818.

⁸ HEGEL *Grundliniender Philosophie des rechts*, Berlin, 1820, § 104, secondo cui la pena rappresenterebbe la «negazione della negazione del diritto».

Su queste basi, essendo l'imputabilità fondata sul libero arbitrio, il folle, non libero di scegliere tra ciò che è bene e ciò che è male, non aveva la capacità di comprendere il disvalore etico-morale dell'azione commessa, e pertanto non poteva essere punibile.

Difatti, al sistema penale era riconosciuto un limite nella gestione dell'autore di reato non imputabile, in quanto il codice Zanardelli prevedeva un sistema in cui alla sentenza di proscioglimento per non imputabilità del soggetto, seguiva una comunicazione alla autorità amministrativa per i provvedimenti di sua competenza. In questo modo, l'autore del fatto di reato non imputabile usciva dal circuito penale, poiché in forza di una concezione retributiva, non poteva occuparsi di chi fosse privo del libero arbitrio⁹.

Il dibattito legislativo preunitario si incentrò proprio sul concetto di «forza irresistibile», non solo intesa nel senso di infermità mentale propriamente detta, ma anche considerando gli stati affettivo-emotivi che possono far venir meno la cd. libertà di elezione, ovvero la possibilità di agire diversamente¹⁰.

Le due contrapposte ideologie, sorte tra la fine dell'800 e la prima metà del '900, hanno trovato un compromesso con l'introduzione del sistema del doppio binario: in aggiunta o in sostituzione della pena viene introdotta la misura di sicurezza e disposta nei confronti di soggetti, autori di reato, accertati socialmente pericolosi.

Tali misure, che nei Lavori Preparatori del Codice Penale e di Procedura Penale erano denominate «Misure amministrative di sicurezza», seppur di natura formalmente amministrativa, erano in sostanza di natura

⁹ PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 81.

¹⁰ MANNA: *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione, Dalle "Finzioni giuridiche" alla "Terapia sociale"*, Torino, 1997, pagg. 10 e 11.

penale, considerate mezzi di prevenzione individuale della delinquenza, aventi carattere di integrazione dei mezzi repressivi di lotta contro la criminalità, in genere, e della pena in specie.¹¹

Del resto, come affermava lo stesso Guardasigilli al re, l'Italia non poteva estraniarsi da un movimento generale, che vedeva ogni Stato adottare o in procinto di adottare le misure di sicurezza in aggiunta alla pena, poiché significava porre il legislatore contro la scienza. A conferma, le linee del Progetto italiano furono approvate all'unanimità dai giuristi stranieri intervenuti alla Conferenza internazionale di Roma del 1929, i quali indicarono il Progetto italiano come modello da tenere presente nella codificazione degli Stati rappresentati nella Conferenza¹²

Il legislatore del 1930 ha voluto, in un siffatto contesto, storico, filosofico e politico, far coincidere la pericolosità sociale con il concetto di probabilità che un soggetto, a causa delle sue caratteristiche psichiche e/o dell'influenza esercitata dall'ambiente, commetta in futuro nuovi fatti di reato¹³.

¹¹ LAVORI PREPARATORI DEL CODICE PENALE E DI PROCEDURA PENALE, Volume V, Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco, Titolo VIII, Roma, 1929, pag. 244 in <https://www.omeka.unito.it/omeka/files/original/89a2e8151fe03dd5327a7b3f973d03ae.pdf>; sulla genesi delle misure di sicurezza cfr. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva, Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978, pag. 2 e ss.

¹² LAVORI PREPARATORI DEL CODICE PENALE E DI PROCEDURA PENALE, Volume V, Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco, Parte Prima, Roma, 1929, in <https://www.omeka.unito.it/omeka/files/original/89a2e8151fe03dd5327a7b3f973d03ae.pdf> pagg. 14-15.

¹³ MARTINI, *Essere pericolosi, Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017, pag. 16 e ss, in cui l'Autore fa emergere che le misure di sicurezza sembrano essere concepite proprio per operare in quegli spazi dove la pena non sia sufficiente a garantire una prevenzione e perciò è necessario intervenire con un ulteriore rimedio, quello della pericolosità. Inoltre, si rileva sul punto che tra gli aspetti autoritari del codice penale è da considerare anche quello relativo alla personalità del reo, avendo la logica autoritaria del legislatore del '30 vanificato le innovatrici aperture verso la personalità del delinquente, operate dal diritto penale sostanziale (artt. 133 e 203 c.p.) sotto la spinta del positivismo penale, così riconoscendo la presunzione di pericolosità e disponendo l'obbligatorietà delle dichiarazioni di recidiva, rifiutando, altresì la «scientificizzazione»

A differenza della precedente legislazione, in un'ottica preventiva, le misure di sicurezza ai soggetti imputabili e non imputabili, sono applicabili direttamente dal giudice penale¹⁴.

Il codice penale ha così accolto sia il principio della commissione di un fatto che la legge definisce reato (art. 202, comma 1, c.p.) come presupposto indispensabile per la dichiarazione di pericolosità (così come affermato dalla Scuola Classica del diritto penale), sia la probabilità, in senso prognostico (così come sostenuta dalla Scuola positiva e fondamento della stessa pericolosità), che il soggetto possa compiere, in futuro, fatti di reato e per cui si deve intervenire in un'ottica preventiva.

In tal modo, la colpevolezza è entrata inevitabilmente in crisi, poiché negando il libero arbitrio nell'uomo e riconducendo l'agire criminale umano anche a fattori fisico-biologici, psicologici o sociali, necessitati, ha ceduto il posto alla pericolosità sociale, abbandonando la logica del diritto penale del fatto in favore del diritto penale d'autore¹⁵.

Alla retribuzione, si sostituisce la legge scientifico-naturalistica per cui nei confronti del soggetto che manifesti una tendenza, necessitata, a

del diritto penale. In tal modo, il legislatore ha vietato al giudice di utilizzare mezzi scientificamente più appropriati per l'esame di pericolosità. Affidando al giudice l'esame ed il riesame della personalità, gli si fornisce un formidabile strumento di repressione.

¹⁴ cfr. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, opera cit., pag. 84, l'Autore cita LISZT, il quale aveva compreso che doveva essere data direttamente al giudice la possibilità di disporre, con il proscioglimento, quei provvedimenti necessari a tutela della collettività.

¹⁵ Il diritto penale d'autore nasce da quella dottrina tedesca che, durante il regime nazista, puniva la cd. colpa d'autore (*Taterschuld*). Questa impostazione (teoria germanica del *Tätertyp*) mirava a risolvere la dogmatica del reato in dogmatica dell'autore ed inquadrava quale oggetto del rimprovero la personalità del delinquente, sul punto cfr. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, estratto dal «Novissimo digesto Italiano», XIX, Torino, 1973, pag. 26; in riferimento alle politiche di immigrazione, che prevedono un impianto sanzionatorio penale e amministrativo e che tendono a punire non il fatto commesso dall'immigrato, quanto la sua pericolosità cfr. PELISSERO, *Il doppio binario nel sistema penale italiano*, in <http://www.law.unc.edu/documents/faculty/adversaryconference/doppiobinario-italiano-pelissero.pdf>.

delinquere è scientificamente formulabile un giudizio di pericolosità sociale e sono legittimamente applicabili misure di prevenzione speciale, tese a difendere la società con la terapia, l'educazione e la neutralizzazione del soggetto pericoloso¹⁶.

Si è affermato, a contrario, che l'introduzione delle misure di sicurezza, da un punto di vista politico criminale, abbia voluto aggiungere un ulteriore temibile strumento di controllo sociale. Da un punto di vista strettamente funzionale, il codice del '30 ha di fatto «scaricato» sul sistema delle *misure di sicurezza* le pregnanti istanze special-preventive, in tal modo accentuando i fini di *prevenzione generale* assegnati alla pena ed inglobando esplicitamente anche la stessa *funzione retributiva*, lasciando inoltre affiorare elementi di *prevenzione speciale* (la rieducazione morale di cui all'abrogato art. 142 c.p., nelle previsioni di cui agli artt. 163 e ss., l'art. 169 c.p. e nel comma 2 dell'art. 133 c.p.)¹⁷.

Secondo questa valutazione, il sistema del doppio binario non è stato espressione di una fusione dei contrastanti indirizzi del pensiero penalistico, bensì solo una «meccanica giustapposizione» dei diversi orientamenti, al fine di raddoppiare le potenzialità repressive del sistema, so-

¹⁶ Sulla originaria formulazione della teoria special-preventiva cfr. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, München, 2006, pag. 74, in cui richiama *Franz v. Liszt*, quale più significativo politico criminale tedesco, che ha concepito una triplice formulazione di special-prevenzione: 1. attraverso la protezione della comunità dal delinquente, rinchiodandolo; 2. intimidendo i rei attraverso la pena in caso di reiterazione di ulteriori delitti; 3. rendendo il reo innocuo attraverso la guarigione dalla recidiva. Ancora, in dottrina si è ampiamente affermato che la neutralizzazione, espressione estrema della prevenzione speciale negativa, non risulta compatibile con i principi fondamentali che reggono l'ordinamento, in particolare dopo l'entrata in vigore della Costituzione, sul punto MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, pag. 97.

¹⁷ FIORE, *Diritto Penale, parte generale*, Wolters Kluwer, 2016, pag. 60, il corsivo è dell'autore.

prattutto in quei casi in cui la misura di sicurezza detentiva, spesso indeterminata, si *aggiungeva* alla esecuzione della pena¹⁸.

Questo equilibrio tra le diverse finalità della pena, retributiva, general-preventiva e special-preventiva, risultava in realtà contrassegnato da una preminenza della funzione general-preventiva e dal ruolo più che marginale della prevenzione speciale, poi del tutto ribaltato dall'art. 27, comma 3, della Costituzione, con la previsione della finalità rieducativa del condannato, così distaccando il sistema costituzionale del diritto penale sia dalla esasperazione della funzione general-preventiva, che dall'assolutezza del principio retributivo¹⁹.

In forza dei suddetti presupposti, il legislatore del '30, ha previsto che in aggiunta o in sostituzione della pena, viene disposta la misura di sicurezza.

L'autore di reato, imputabile o semi-imputabile, può vedersi applicata una pena, per la retribuzione del fatto commesso, e una misura di sicurezza, per la neutralizzazione della pericolosità sociale.

Ai soggetti non imputabili, autori di reato, invece, la misura di sicurezza viene applicata in modo esclusivo, previo accertamento della pericolosità sociale.

In tal modo, si mirava ad aggiungere alla pena un ulteriore e più penetrante strumento di contrasto della criminalità dei plurirecidivi, svincolato dai limiti garantistici propri della pena: i limiti di durata imposti dal principio di legalità, il divieto di applicazione retroattiva e la relazione tra l'ammontare della pena e la colpevolezza individuale. Le misure di sicurezza personali detentive, affiancate alla pena e collegate alla perico-

¹⁸ FIORE, *Diritto Penale, parte generale*, Wolters Kluwer, 2016, pag. 742, il corsivo è dell'autore.

¹⁹ FIORE, *Diritto Penale, parte generale*, Wolters Kluwer, 2016, pagg. 60 e 61.

losità sociale, e non alla colpevolezza, costituivano, di fatto, una ulteriore pena a tempo indeterminato²⁰.

Proprio da tali presupposti si muove la critica radicale alle misure di sicurezza personali detentive, riservate ai soggetti imputabili, da parte di chi ha parlato di «frode delle etichette», poiché chi era stato privato della libertà a titolo di pena entrava in un altro sistema penitenziario, avente la medesima fisionomia, a titolo di misura di sicurezza²¹.

La complessa categoria delle misure di sicurezza è decisamente eterogenea, in quanto al suo interno possono rinvenirsi diverse sottocategorie e, in relazione all'oggetto ed al contenuto, si distinguono in patrimoniali e personali. Le prime presuppongono una pericolosità riferita alle cose ed incidono solo su queste ultime, mentre le misure di carattere personale presumono la pericolosità nei confronti delle persone e perciò sono previsti provvedimenti che incidono sulla libertà personale²².

Le misure personali, a loro volta, si distinguono in detentive e non detentive: le prime privano totalmente della libertà personale e sono l'assegnazione a una colonia agricola o a una casa di lavoro, il ricovero in una casa di cura e custodia ed il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario ed il ricovero in un riformatorio giudiziario; mentre le seconde incidono solo parzialmente sulla stessa e sono la libertà vigilata, il divieto

²⁰ Sul punto la Consulta, con la sentenza n. 196 del 4 giugno 2010, ha affermato che la pena e la misura di sicurezza appartengono ad un'unica categoria, quella della sanzione "*intesa come reazione dell'ordinamento all'inosservanza della norma*", pur mantenendo dei caratteri propri e distinti, in quanto la pena è una reazione contro un fatto avvenuto, mentre le misure di sicurezza sono "*mezzi rivolti ad impedire fatti di cui si teme il verificarsi futuro*".

²¹ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Quinta Edizione, Milano, 2015, pag. 714 -715.

²² Sul punto però si rileva che anche le sanzioni di carattere pecuniario possono limitare la libertà personale, poiché se strutturate secondo criteri razionali di personalizzazione hanno come effetto quello di limitare la libertà personale, abbassando il tenore di vita con una riduzione delle possibilità di azione, in MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, op. cit., pag. 18, in riferimento a BAUMANN.

di soggiorno in uno o più Comuni o in una o più Province, il divieto di frequentare osterie e pubblici spacci di bevande alcoliche e l'espulsione dello straniero dallo Stato.

2. La disciplina nel codice del 1930 delle misure di sicurezza personali detentive.

Il legislatore del '30, con l'introduzione delle misure di sicurezza, in particolare le personali detentive, ha costruito un sistema di rigida difesa sociale, dove la pena e la misura di sicurezza sono istituti eventualmente concorrenti, ma nella loro essenza decisamente distinti.

La pena, infatti, è espressione e conseguenza necessaria del reato e nel momento applicativo è attività tipicamente giurisdizionale; la misura di sicurezza è funzione di polizia, forma di attività amministrativa, che trova la sua premessa nel reato, ma non ne è indispensabile conseguenza²³. La dottrina attuale e dominante, però, oggi considera la misura di sicurezza come sanzione criminale di competenza del diritto penale, forse addirittura più afflittiva della sanzione detentiva ed è applicata con un processo giurisdizionale²⁴.

I destinatari delle misure di sicurezza sono i delinquenti imputabili socialmente pericolosi, i delinquenti cd. semi-imputabili socialmente pericolosi ed i soggetti non imputabili socialmente pericolosi. Alle prime

²³ MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, op. cit., pag. 87 e ss, in cui l'Autore richiama la *Relazione ministeriale al progetto definitivo di un nuovo codice*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, da cui emerge chiaramente la rispondenza delle misure di sicurezza alle esigenze della situazione politica dell'epoca.

²⁴ PUGIOTTO così riassume il sistema del doppio binario: «secondo l'impostazione del codice Rocco, pena e misura di sicurezza non sono assimilabili, anche se entrambe limitative della libertà personale. Sono diverse per natura: punitiva l'una, non punitiva l'altra. Sono diverse per funzione: retributiva e rieducativa la prima, curativa e precau-

due categorie di soggetti si applicano congiuntamente pena e misura di sicurezza, alla terza, la sola misura di sicurezza.

L'applicazione di tale misura si basa, però, su un altro ulteriore presupposto, di carattere oggettivo, così come previsto dall'art. 202 c.p., secondo cui l'autore di reato, socialmente pericoloso, deve aver commesso un fatto preveduto dalla legge come reato.

Il legislatore ha previsto solo due eccezioni, in cui il giudice può applicare una misura di sicurezza, che consistono nelle ipotesi di quasi – reato: reato impossibile ex art. 49 c.p. e accordo criminoso non eseguito o istigazione a commettere un delitto, se l'istigazione non viene accolta ex art. 115 c.p. La *ratio* della scelta del legislatore si rinviene nella necessità di intervenire anche in ipotesi prossime al reato, in cui si riconoscono sicuri indizi di pericolosità sociale.

Ai sensi dell'art. 203 del codice penale, l'autore di reato è socialmente pericoloso, anche se non imputabile o non punibile, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reato. Dunque, per applicare una misura di sicurezza, non basta la mera possibilità che l'individuo commetta nuovi fatti di reato, ma è necessario per il legislatore un elevato grado di possibilità che si traduce in termini di probabilità, tenuto conto che la pericolosità è un modo di essere del soggetto, da cui si deduce la probabilità di recidiva²⁵.

zionale la seconda», in *“L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli ospedali psichiatrici giudiziari”* in Quad. cost., n. 2, 2013, pag. 347.

²⁵ sul punto si richiama BERTOLINO, *Il “crimine” della pericolosità sociale: riflessioni da una riforma in corso*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, del 24.10.2016, pag. 3, in cui l'Autrice sostiene che il nostro ordinamento penale, con l'apposizione dell'etichetta di socialmente pericoloso al delinquente, compie un vero e proprio crimine ovvero il “crimine della pericolosità sociale”. Addirittura si è affermato che in forza di un modello di estrema anticipazione della difesa sociale, si dovrebbe inserire nel sistema una nuova fattispecie di reato, quella che incrimina il reo per il fatto di essere socialmente pericoloso.

Il metodo di accertamento della pericolosità sociale è indicato nello stesso art. 203 c.p., che consiste in un giudizio prognostico effettuato dal giudice sulla probabilità di recidiva, in base agli indici di cui all'art. 133 c.p., già utilizzati in sede di commisurazione della pena, ed adattati ai fini della prognosi criminale e della conseguente applicabilità della misura di sicurezza.

Le misure di sicurezza sono applicate con la sentenza di condanna o, se il soggetto non è imputabile, con la sentenza di proscioglimento.

Queste possono essere applicate in via provvisoria ai sensi dell'art. 206 c.p., anche prima della sentenza definitiva e previo accertamento della pericolosità sociale ai sensi degli artt. 312 e 313 c.p.p.

Il codice Rocco disciplina le misure di sicurezza personali negli artt. 215 c.p. e ss.

In particolare, tra le detentive, si evidenzia l'assegnazione a una colonia agricola o a una casa di lavoro, di cui all'art. 216 c.p., destinata ai delinquenti abituali, professionali o per tendenza e a coloro che commettono un nuovo delitto non colposo, come ulteriore espressione dell'abitudine, professionalità o della tendenza a delinquere, e sono già stati sottoposti ad una misura di sicurezza. Vi sono assoggettate anche le persone condannate o prosciolte negli altri casi stabiliti dalla legge (art. 216, n. 3, c.p.).

La durata minima prevista, ai sensi dell'art. 217 c.p., è di un anno, elevata a due per i delinquenti abituali, a tre per i delinquenti professionali ed a quattro per i delinquenti per tendenza.

Il ricovero in una casa di cura e custodia è riservata, invece, ai sensi dell'art. 219 c.p., ai condannati per un delitto non colposo ad una pena diminuita per infermità psichica, per intossicazione cronica da alcool e da sostanze stupefacenti, ovvero per sordomutismo, ed agli ubriachi abituali.

La durata minima varia da sei mesi a cinque anni a seconda della pena prevista per il reato commesso. Nel primo caso, meno grave, il giudice può decidere la sostituzione con la libertà vigilata. Inoltre, tale misura non può mai concorrere, ai sensi dell'art. 219, ultimo comma, c.p., con un'altra misura di sicurezza detentiva.

Il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, ai sensi dell'art. 222 c.p., attualmente in vigore, nonostante la loro chiusura a far data dal 31 marzo 2015²⁶, è la misura di sicurezza riservata ai soggetti prosciolti per infermità psichica, per intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti, ovvero per sordomutismo.

La durata minima non può essere inferiore ad anni due, salvo nei casi di lieve entità, come contravvenzioni o delitti colposi o delitti puniti con la pena pecuniaria o con la reclusione non superiore nel massimo a due anni. Se, invece, per il fatto commesso la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a dieci anni, la durata minima del ricovero è di cinque anni, mentre se per il fatto è prevista dalla legge la pena dell'ergastolo, il ricovero dovrà essere minimo di anni dieci.

Se la persona ricoverata in un ospedale psichiatrico deve scontare una pena restrittiva della libertà personale, l'esecuzione di quest'ultima sarà differita finché perdura il ricovero in ospedale psichiatrico.

Infine, per i minori di anni 14 e per i maggiori di anni 14, ma minori degli anni 18, si applica il ricovero in ospedale psichiatrico se ricorrono le condizioni di cui all'art. 222, comma 1, c.p.

L'esecuzione di tutte le misure di sicurezza, se queste sono aggiunte alla pena detentiva, è sempre successiva all'esecuzione di quest'ultima,

²⁶ Così come disposto dal d. l. 31 marzo 2014, n. 52, recante disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, poi convertito in legge con la l. 30 maggio 2014 n. 81. Vedi infra Capitolo 3, Par. 5.

mentre, se le misure sono applicate congiuntamente alla pena non detentiva, sono eseguite dopo che la sentenza è passata in giudicato (art. 211 c.p.). Se, invece, concorrono misure di sicurezza detentive e non detentive, si esegue per prima la misura di sicurezza detentiva.

L'esecuzione della misura, ai sensi dell'art. 213, comma 3, c.p., comporta l'adozione di «un particolare regime educativo o curativo e di lavoro, avuto riguardo alle tendenze e alle abitudini criminose della persona e, in genere, al pericolo sociale che da essa deriva».

La durata delle misure, ai sensi dell'art. 208 c.p., è determinata al momento dell'applicazione solo nel periodo minimo di durata stabilito dalla legge per ciascuna misura di sicurezza, alla cui scadenza il giudice riprende in riesame le condizioni della persona al fine di stabilire se la stessa sia ancora socialmente pericolosa.

In caso positivo, il giudice fissa un nuovo termine per un esame ulteriore, e così via, finché la persona non abbia cessato di essere socialmente pericolosa ed in tal caso, ai sensi dell'art. 207 c.p., la misura verrà revocata.

La *ratio* della disposizione si rinviene nella finalità della misura di sicurezza di rendere innocuo il reo segregandolo ed isolandolo per tutta la durata della pericolosità²⁷.

Pertanto, nella originaria previsione codicistica la durata delle misure di sicurezza, ivi comprese quelle detentive, non era determinata nel massimo, poiché la loro permanenza dipendeva dal perdurare della con-

²⁷ Sul punto cfr. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva, op. cit.*, pag. 116, mentre in riferimento alla scelta della segregazione e dell'isolamento per tutta la durata della pericolosità dell'individuo si richiama la legge del 1838 in Francia, prototipo delle legislazioni psichiatriche europee, che riconobbe il potere alla medicina mentale di disporre l'internamento degli alienati, secondo le modalità dell'isolamento terapeutico per ragioni di cura ed attraverso una presa di possesso del corpo, espressione del potere psichiatrico, sul punto FOUCAULT, *Il potere psichiatrico, Corso al Collège de France (1973 – 1974)*, Feltrinelli, 2004, pag. 95.

dizione di pericolosità sociale, che il magistrato di sorveglianza doveva periodicamente esaminare.

La durata della misura di sicurezza, quindi, è relativamente determinata, stabilita in via preventiva e presuntiva dal codice stesso, in base ad un procedimento di considerazione astratta dello stato di pericolosità, senza riguardare la condizione personale del soggetto destinatario della misura. Il singolo concreto stato di pericolosità è, invece, rilevato nella fase successiva, alla scadenza del termine minimo di durata, in forza del meccanismo di riesame della pericolosità²⁸.

Con questa modalità di proroghe sistematiche, l'individuo rischiava di subire una misura di sicurezza per un tempo indefinito, fino a veder trasformata la misura di sicurezza, personale e detentiva, in un vero e proprio «ergastolo bianco»²⁹.

Tale problematica si è posta in particolare per le misure di sicurezza, personali detentive, del ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario, di cui all'art. 222 c.p., e dell'assegnazione ad una casa di cura e custodia, ai sensi dell'art. 219 c.p., le quali, tra l'altro, ai sensi dell'art. 62, comma 3, L. 354/1975 potevano condividere anche i luoghi di esecuzione, poichè spesso si verificava, di fatto, una netta sproporzione tra la gravità del fatto e la misura della sanzione.

La causa di questa distorsione funzionale³⁰ deriva proprio dalla disciplina giuridica di riferimento, che prevede dei criteri normativi per la valutazione della pericolosità sociale e la proroga in sede di riesame quando il presupposto della pericolosità non sia venuto meno.

²⁸ MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, op. cit., pag. 117.

²⁹ SCHIAFFO, *Le funzioni latenti del sistema penale: l'ospedale psichiatrico giudiziario*, in *Critica del Diritto*, Edizioni scientifiche Italiane, 2012, pag. 277.

³⁰ SCHIAFFO, *Delega per la riforma delle misure di sicurezza: l'eco di un "immenso appetito di medicina"*, in *Diritto penale e processo*, n. 1/2018, pag. 119, in cui l'Autore spiega le funzioni reali delle due misure di sicurezza.

Il legislatore, pur senza mettere mano ad una più che necessaria riforma complessiva del sistema delle misure di sicurezza, ha provveduto a rimuovere questa grave anomalia con l'introduzione della art. 1, comma 1, 1 quater del D.L. 52/2014³¹, che ha stabilito, almeno per le misure detentive, che queste ultime, «non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima».

3. Gli interventi della Corte costituzionale sul codice del 1930.

Sin da subito si sono evidenziate contraddizioni nel sistema del doppio binario, in cui si considera contemporaneamente l'uomo capace di determinare la propria condotta e, quindi, suscettibile di pena ed allo stesso tempo, pericoloso, poiché governato da forze incontrollabili e necessitate, e come tale, soggetto alle misure di sicurezza.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, si è posto immediatamente il problema della compatibilità con la scelta della finalità rieducativa di cui all'art. 27, comma 3, Cost.

La Carta Costituzionale ha aderito, di fatto, alla concezione special-preventiva positiva³² e pertanto la finalità rieducativa deve essere intesa nel senso di perseguire un effetto criminal-pedagogico della sanzione penale, cui si attribuisce la funzione di recupero e di integrazione sociale del reo mediante un trattamento emancipante e comunque non produttivo di ulteriori effetti desocializzanti per il condannato³³.

³¹ L'art. 1 è stato introdotto con la legge di conversione n. 81/2014, cfr. nota 26.

³² Sulla prevenzione speciale positiva cfr. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, München, 2006, pag. 73-78 e MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992, pag. 97.

³³ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992, pag. 111, in cui si evidenzia la necessità di seguire comunque i principi di autonomia e tutela della libertà indivi-

La Corte Costituzionale, inizialmente aderì ad una concezione polifunzionale della pena³⁴, prevedendo la finalità rieducativa solo nella fase esecutiva, con eccezione delle pene sospese e delle misure di sicurezza.

Un primo esempio, in cui si evoca una concezione polifunzionale della pena, è la sentenza della Corte Costituzionale del 4 febbraio 1966, n.12 (pres. Ambrosini, rel. Petrocelli), in cui si evidenzia come «il principio rieducativo..... dovendo agire in concorso delle altre funzioni della pena, non può essere inteso in senso esclusivo e assoluto» e indica essenzialmente «l'obbligo per il legislatore di tenere costantemente di mira, nel sistema penale, la finalità rieducativa della pena e di disporre tutti i mezzi idonei a realizzarla...». Nello stesso senso, si è espressa la sentenza del 11 febbraio 1971, n.22, (pres. Branca rel. Capolozza).

Invece, il concetto di rieducazione come requisito essenziale della sola fase esecutiva emerge chiaramente dalla pronuncia del 22 novembre 1973, n.167, (pres. Bonifacio, rel. Rossi), ove si afferma che il fine in parola non confligge, ma si coordina con le altre finalità della pena e che anzi, attiene proprio al momento esecutivo, sicché non può trovare applicazione nei confronti delle pene sospese e delle misure di sicurezza.

Successivamente, con la decisiva sentenza n. 364 del 1988³⁵, la Corte Costituzionale si è espressa nel senso che la finalità rieducativa

duale, impedendo indebiti o eccessivi interventi nella sfera personale. In tal modo, l'azione di recupero dovrà svolgersi attraverso la libera scelta del condannato e tanto ai fini della riuscita del trattamento.

³⁴ In dottrina cfr PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 giugno 2014.

³⁵ Corte Costituzionale, sentenza del 23-24 marzo 1988, n.364 (Pres.Saja, rel. Dell'Andro), nota per la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art.5 cod. pen. nella parte in cui non esclude l'ignoranza inevitabile dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale. Sul punto, si collega la sentenza dell'11 luglio 2007, n. 322 (pres. Bile, rel. Flich), secondo cui «la colpevolezza svolge un ruolo “fondante” rispetto alla funzione rieducativa della pena [poiché] non avrebbe senso “rieducare” chi non ha bisogno di essere rieducato, non versando almeno in colpa rispetto al fatto commesso». Peraltro, aggiunge che la funzione rieducativa «non potrebbe essere obliterata a vantaggio di altre e diverse funzioni della pena, che siano astrattamente perseguibili, almeno in

della pena presuppone il principio di colpevolezza per il fatto commesso, in quanto non avrebbe senso la rieducazione di un soggetto che non essendo «in colpa» (rispetto al fatto) non ha certo «bisogno» di essere «rieducato». Per contro, non essendo richiesto per le misure di sicurezza un coefficiente minimo di colpevolezza, la Corte Costituzionale, rispetto ad esse, si è limitata ad affermare il principio di riserva di legge dell'art. 25, comma 2, Cost. in combinato disposto con la previsione codicistica di cui all'art. 199 c.p.³⁶

La *ratio* è di garantire che ogni attività di applicazione della misura di sicurezza riceva la sua legittimazione dalla legge, che deve individuare il tipo di misura applicabile ed elencare tassativamente i casi in cui il giudice può disporla.

Si richiama in merito la sentenza della Consulta n. 157/1972, secondo cui il principio di legalità delle misure di sicurezza include l'esigenza di tassatività della relativa previsione normativa. Tuttavia, la tassatività della previsione normativa, avendo come referente non la descrizione di un fatto, ma gli elementi di una fattispecie di pericolosità, si presenta necessariamente più elastica e meno puntuale, rispetto alla corrispondente prescrizione in materia di fatti costituenti reato.³⁷

parte, a prescindere dalla rimproverabilità dell'autore»: punire in difetto di colpevolezza, per perseguire le finalità c.d. di "prevenzione generale" negativa e di prevenzione speciale negativa, implicherebbe «una strumentalizzazione dell'essere umano per contingenti obiettivi di politica criminale, contrastante con il principio personalistico affermato dall'art. 2 Cost.».

³⁶ Sul punto cfr. la sentenza della Corte Costituzionale del 29 maggio 1968 n. 53, che, al fine di dissipare l'equivoco significato dell'art. 25 Cost., afferma che «per la misura di sicurezza, infatti, l'art. 25, terzo comma, col disporre che "nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge", non fa che riaffermare costituzionalmente il principio della riserva di legge, già dichiarato dall'art. 199 del codice penale».

³⁷ Sul punto cfr. la sentenza della Corte Costituzionale n. 157 del 15.11.1972, da cui emerge anche che «...la valutazione della pericolosità dei singoli reati, e il compito di graduare per ciascuno le pene e le eventuali misure di sicurezza, spetta al legislatore, entro i limiti imposti dai principi generali e specificamente dagli artt. 2 e 27 della Costi-

Circa la revoca delle misure di sicurezza personali ex art. 207 c.p., la Consulta è intervenuta con la sentenza 23 aprile 1974, n. 110, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del secondo comma del suddetto articolo, poiché non consente la revoca delle misure di sicurezza prima che sia decorso il tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge.

Ed ancora, la Corte Costituzionale, già in diverse occasioni era intervenuta per dichiarare l'illegittimità costituzionale della presunzione di pericolosità ai sensi dell'art. 204 c.p.: si richiamano, quali passaggi fondamentali della Consulta, la sentenza del 20 gennaio 1971, n. 1, con la quale dichiarava l'illegittimità costituzionale della presunzione di pericolosità del minore non imputabile, la sentenza del 27 luglio 1982, n. 139, con la quale la Corte dichiarava l'illegittimità della presunzione di pericolosità del prosciolto per infermità mentale e la sentenza 28 luglio 1983, n. 249, con cui la Corte ha dichiarato illegittima la presunzione di pericolosità del seminfermo di mente.

Da ultimo, l'art. 31 della l. 663 del 1986, cd. legge Gozzini, ha abolito ogni forma di presunzione legale di pericolosità, come meglio si dirà in seguito, lasciando in vita solo ed esclusivamente l'accertamento concreto della pericolosità sociale da parte del giudice³⁸.

Questioni di legittimità costituzionale sono sorte, inoltre, in riferimento al vincolo imposto dal giudice di disporre comunque la misura detentiva del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario anche quando

tuzione. Ben può il legislatore, perseguendo ragionevoli fini di politica criminale, punire un reato in modo più severo di un altro che appaia a taluni meno dannoso o riprovevole; allo stesso modo può regolarsi per l'applicazione delle misure di sicurezza, che sono legittimamente previste anche per fatti non punibili».

³⁸ L'art. 31 della legge n. 663 del 10.10.1986 ha abrogato l'art. 204 del codice penale, così disponendo: «Tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa», mentre

un'altra misura può risultare idonea ad evitare nuove occasioni di reato, che appaia capace, in concreto, sia di soddisfare esigenze di cura e tutela della persona e sia di controllo della sua pericolosità sociale. Un'unica scelta potrebbe essere addirittura lesiva della salute dell'infermo.

Sul punto, è intervenuta la Corte Costituzionale, con la sentenza del 2 luglio 2003 n. 253, che ha sancito il principio di flessibilità della disciplina delle misure di sicurezza ed il principio di sussidiarietà delle misure di sicurezza detentive, ritenendo costituzionalmente illegittimo l'art. 222 c.p., nella parte in cui preclude al giudice di adottare un'altra tra le misure previste dalla legge, ed in specie la misura della libertà vigilata, accompagnata, ai sensi dell'art. 228, secondo comma, c.p. da prescrizioni idonee nella specie ad evitare le occasioni di nuovi reati.

La Consulta impone, così, al giudice, dei principi al fine di garantire esigenze essenziali di protezione dei diritti della persona, in particolare l'art. 32 Cost., così che questi possa adottare, fra le misure che l'ordinamento prevede, quella che in concreto appaia idonea a soddisfare tanto le esigenze di cura e tutela della persona, quanto di controllo e contenimento della sua dichiarata pericolosità sociale.

Si rileva come la Corte Costituzionale suggerisca al legislatore, «la cui inerzia in questo campo, caratterizzato da scelte assai risalenti nel tempo e mai riviste alla luce dei principi costituzionali e delle acquisizioni scientifiche»³⁹, di intraprendere la strada di un ripensamento delle misure di sicurezza con particolare riguardo a quelle previste per gli infermi di mente autori di reato, ritenendo altresì necessaria una riorganizzazione delle strutture ed un potenziamento di risorse.

l'art. 21 ha attribuito al Magistrato di Sorveglianza la competenza funzionale esclusiva in ordine all'applicazione in concreto delle misure di sicurezza.

³⁹ sentenza della Corte Costituzionale n. 253 del 2 luglio 2003 (Presidente Chieppa, Redattore Onida).

La sentenza della Corte Costituzionale del 2003 è stata poi seguita dalla sentenza n. 367 del 2004, che ha dichiarato, invece, l'illegittimità costituzionale dell'art. 206 c.p. (applicazione provvisoria delle misure di sicurezza), 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, idonea ad assicurare alla persona inferma di mente cure adeguate ed a contenere la sua pericolosità sociale.

La Consulta ha così riconosciuto che l'applicazione automatica della misura segregante, come unica soluzione possibile, viola il principio di ragionevolezza e, di riflesso, il diritto alla salute, sia nella fase avanzata della conclusione del processo, sia, e "a maggior ragione", in quella anticipata dell'applicazione di eventuali misure cautelari⁴⁰.

Con entrambe le sentenze, e per la prima volta in modo così esplicito, la Corte Costituzionale cerca di dare una scossa al sistema, invitando apertamente il legislatore ad una concreta riforma di tutta la materia.

⁴⁰ COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 19 novembre 2012, pag. 36.

PARTE SECONDA

I presupposti delle misure di sicurezza: la pericolosità sociale del reo e il fatto preveduto dalla legge come reato.

SEZIONE PRIMA

La pericolosità sociale: “fondamento criminologico e criteri normativi del presupposto necessario ed inderogabile”.

1. La rilevanza giuridica della pericolosità sociale nell’ordinamento italiano.

Gli ordinamenti orientati al sistema del doppio binario fondano l’applicazione della misura di sicurezza su tre condizioni: la commissione di un fatto di reato; la condizione personale di ‘predisposizione’ alla commissione di futuri reati e la probabile commissione di nuovi reati come conseguenza di tale condizione.⁴¹

Questi ultimi due presupposti racchiudono, l’uno, la rilevanza normativa di tre ‘stati’, quali infermità o semi-infermità psichica o abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti tali da escludere o far scemare l’imputabilità e l’altra la pericolosità, ovvero la probabilità (e non la possibilità) che il soggetto compia in futuro nuovi reati, mentre nell’ipotesi di ‘quasi reato’, che commetta reati.⁴²

Proprio per questo, in dottrina si è spesso parlato di pericolosità criminale⁴³, nel senso che il pericolo può riguardare qualsiasi reato e non solo quei reati della stessa indole di quello già commesso.

⁴¹ FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1993, pag. 579.

⁴² FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1993, pag. 579.

⁴³ Uno per tutti MANNA, “L’imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle “Finzioni giuridiche” alla “Terapia sociale”, Torino, 1997, pag 59 e ss.

Già Ferri aveva operato una specifica distinzione tra pericolosità sociale, intesa come tendenza a porre in essere condotte antisociali, che non consistevano necessariamente nella violazione di norme penali, e pericolosità criminale, intesa come probabilità di recidiva.

Proprio a quest'ultima figura, in termini di temibilità del delinquente, si ispira la nozione di pericolosità sociale adottata dal codice Rocco. Difatti, nei Lavori preparatori al codice penale e di procedura penale si legge: «la pericolosità criminale non è qualcosa di diverso dalla pericolosità sociale; ne è una specie; ha la stessa sua natura...»⁴⁴.

Su queste basi, l'ordinamento giuridico italiano prevede un concetto di pericolosità *ante e post delictum*.

Il legislatore ha previsto la pericolosità *ante delictum*, di cui alla legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e la pubblica moralità) e successive modifiche⁴⁵, che ha introdotto le misure di prevenzione, in un'ottica

⁴⁴ LAVORI PREPARATORI DEL CODICE PENALE E DI PROCEDURA PENALE, Volume V, Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco, Parte I, Roma, 1929, pag. 15.

⁴⁵ La legge 1423/1956 prevedeva le tradizionali misure preventive personali della sorveglianza speciale e dell'obbligo o divieto di soggiorno; con la legge 31 maggio 1965, n. 575, sono state estese agli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose. La successiva legge 22 maggio 1975, n. 152 (cd. Reale) ha esteso le predette misure a categorie di soggetti ritenuti politicamente pericolosi, mentre la legge 13 settembre 1982, n. 646 (cd. Rognoni - La Torre), anche agli indiziati di appartenere ad associazioni camorristiche e simili, con introduzione anche di nuove misure a carattere patrimoniali. Significativa la legge 3 agosto 1988, n. 327, che ha innovato, in modo significativo, la tipologia normativa che concreta le singole fattispecie di pericolosità, facendo venir meno categorie soggettive, quali i vagabondi e gli oziosi, che presentavano dubbia consistenza criminologica e suscettibili solo eventualmente ad un giudizio di demerito sociale o vaghe forme di sospetto. Di rilievo anche la legge 13 dicembre 1989, n. 401, che ha previsto una nuova misura di prevenzione personale, il divieto di accedere nei luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive a coloro i quali siano stati coinvolti in episodi di violenza negli stadi o vi abbiano portato armi improprie. La cerchia di soggetti destinatari di tali misure è stata poi ampliata con la legge 25 giugno 1993, n. 205 e con la legge 24 febbraio 1995 n. 45. Da ultimo il D.Lgs 159/2011 - Codice antimafia, cfr. il sito web www.camera.it al seguente link:<http://www.camera.it/camera/browse/561?appro=628&D.Lgs+159%2F2011++Codice+antimafia#paragrafo3337>.

special-preventiva di neutralizzazione della pericolosità del singolo, con la previsione di specifiche limitazioni della sfera giuridica della persona, e sua rieducazione⁴⁶, a salvaguardia delle condotte criminose da parte di soggetti socialmente pericolosi.

Tali misure preventive sono applicate *indipendentemente dalla commissione di un precedente reato*, perciò sono denominate misure *ante* o *praeter delictum*⁴⁷. Il legislatore prevede l'applicazione di tali misure sulla base di indizi di pericolosità contemplati da specifiche norme di legge. L'art. 1 della legge n. 1423 del 1956 prevede l'applicazione di tali misure per «... 1)- *coloro che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi; 2) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; 3) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica*». ⁴⁸

Le misure di prevenzione, di natura amministrativa, seppur sottoposte al controllo giurisdizionale, sono volte ad arginare la pericolosità sociale di determinate categorie di individui, così che la loro pericolosità non determini la commissione di concreti fatti delittuosi, perciò possono essere irrogate solo in base all'accertamento di situazioni soggettive di pericolosità, i cui indici devono essere previsti tassativamente dalla leg-

⁴⁶ Sui problemi generali delle misure di prevenzione cfr. GUERRINI, MAZZA, RIONDATO, *Le misure di prevenzione, Profili sostanziali e procedurali*, CEDAM, 2004, capitolo I.

⁴⁷ Sul punto ricordiamo BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, II, Milano, 1997, pag. 871; GALLO, *Misure di prevenzione*, in Enc. Giur. It., XX, Roma, 1996, FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in Dig. Disc. Pen., VIII, Torino 1993, pag. 110.

⁴⁸ Articolo così sostituito dall'art. 2, L. 3 agosto 1988, n. 327.

ge, e la cui prospettiva deve essere solo quella della cura, della rieducazione e di ogni scopo legato rigorosamente all'esigenza di rendere più difficile all'individuo la possibilità di commettere reati.

Circa il presupposto dell'intervento «preventivo», può affermarsi che lo stesso coincide con consistenti indizi di una condotta del soggetto che sia penalmente rilevante, nel senso che deve sussistere una *rilevante probabilità* che il soggetto, destinatario della misura, abbia commesso o stia per commettere attualmente uno o più fatti costituenti reato.

Pertanto, l'applicazione della misura si fonda su comportamenti, costituenti reato, solo sospettati, ma non accertati, ne deriva una finalità più punitiva che preventiva.⁴⁹

Si evidenzia, da ultimo, come la Corte di Strasburgo, con la sentenza del 23 febbraio 2017 de Tommaso c. Italia, abbia assestato un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali fondate sulle fattispecie di pericolosità 'generica', dichiarando tale disciplina incompatibile, in particolare, con la libertà di circolazione, riconosciuta dall'art. 2 Prot. 4 Cedu. La sentenza Cedu sicuramente solleva l'interrogativo sul futuro di tali misure di prevenzione nel nostro ordinamento.⁵⁰

Il sistema del doppio binario, invece, individua due forme di pericolosità *post delictum*, che possono definirsi come pericolosità generica, ovvero semplice, secondo l'opinione di autorevole dottrina⁵¹, e pericolosità specifica o qualificata.

⁴⁹ FIORE, *Diritto penale, parte generale*, Wolters Kluwer, 2016, pag. 762, il corsivo è dell'Autore.

⁵⁰ Sul punto cfr. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 marzo 2017.

⁵¹ uno per tutti MANZINI, *Trattato di Diritto penale*, aggiornato da NUVOLONE e PISAPIA, Torino, 1981, pagg. 248 e ss.

Il primo tipo di pericolosità trova riscontro normativo nel già citato art. 203 c.p., ove si stabilisce che, agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, che ha commesso un fatto non preveduto dalla legge come reato, salve le ipotesi degli artt. 49 e 115 c.p., quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reato.

La pericolosità generica, quindi, presuppone la avvenuta commissione di un reato o di un quasi-reato e richiede come probabile la commissione di qualsiasi reato.

Tuttavia, al fine di evitare di disporre una misura di sicurezza a chi era pericoloso al momento del fatto, ma cessi di essere pericoloso prima della conclusione del giudizio, la pericolosità va accertata non solo con riferimento al momento della commissione del fatto, ma anche al momento in cui il giudice ordina la misura di sicurezza.

Infatti, in base al principio *nulla periculositas sine crimine*, non può applicarsi una misura di sicurezza a chi sia divenuto pericoloso dopo il fatto per cause sopravvenute, dovendo esistere una interdipendenza tra la pericolosità ed il reato, senza la quale manca il presupposto garantista perché scatti il sistema preventivo di sicurezza.⁵²

Tale tipo di pericolosità, inoltre, era riscontrabile anche nell'abrogato art. 204 c.p.⁵³, il quale, come già sommariamente evidenziato, prevedeva delle ipotesi di pericolosità sociale presunta dalla legge.

Le categorie normative della pericolosità sociale, cd. qualificata, invece, si rinvengono, anch'esse, nello stesso codice penale:

- delinquente abituale (artt. 102, 103 e 104 c.p.);
- delinquente professionale (art. 105 c.p.);

⁵² PAGANO, BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, Milano, 1982, pag. 16.

⁵³ Articolo abrogato dall'art. 31 legge 10.10.1986 n. 663, cd. legge Gozzini.

- delinquente per tendenza (art. 108 c.p.).

La pericolosità specifica presuppone la commissione di un reato particolarmente rilevante e richiede come probabile la commissione di uno stesso reato, di un reato dello stesso tipo o particolarmente grave.

Queste figure di pericolosità, semplice e qualificata, erano, a seconda dei casi, presunte dalla legge o accertate in concreto dal giudice, in combinato disposto con gli indici di cui all'art. 133 c.p.

L'art. 204 c.p., prevedeva una doppia formulazione di accertamento della pericolosità sociale: accertamento in concreto (comma 1), effettuato di volta in volta dal giudice, che spesso lasciava il passo all'accertamento presunto (comma 2), *iuris et de jure*, dove era la stessa legge, sulla base di determinate condizioni di fatto e senza alcun accertamento effettivo, ad attribuire ad un individuo la qualità di persona socialmente pericolosa⁵⁴. Questa impostazione trovava il suo fondamento nella radicata concezione, già lombrosiana, che univa inscindibilmente, in termini di causa-effetto, la malattia mentale e la criminalità, nel senso che la presenza di un disturbo psichico in capo ad un individuo, che ne escludeva, quindi la imputabilità, lasciava ritenere che il rischio di recidiva fosse *in re ipsa*.

La criminalità, nelle teorie ottocentesche a partire dagli anni 1820-1825, era considerata un «sintomo di una malattia la cui essenza sarebbe quella di consistere nel crimine stesso» e la sua identificazione era fondamentale per riconoscere il pericolo e proteggere dallo stesso la società⁵⁵.

⁵⁴ Si evidenzia che in tal modo veniva meno la funzione della misura di sicurezza, poiché le misure finivano per essere applicate a prescindere dal dato personale della pericolosità, tanto che si è parlato di pericolosità presunta come «categoria finzionistica».

⁵⁵ FOUCAULT, *Il potere psichiatrico, Corso al Collège de France (1973 – 1974)*, Feltrinelli, 2004.

Dunque, se la causa della condotta è una malattia, questa va curata per un tempo indeterminato e determinabile solo all'esito positivo di un trattamento terapeutico⁵⁶.

Su tali presupposti, si fondava la legge manicomiale⁵⁷, che disponeva la custodia e la cura nei manicomi di «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».

Pertanto, gli infermi di mente, solo per questo considerati pericolosi socialmente, erano destinatari della misura dell'internamento come via sanzionatoria obbligata⁵⁸.

E' chiaro che il legislatore aveva focalizzato la sua attenzione sulla possibilità di prevenire eventuali turbative dell'ordine pubblico piuttosto che sulla necessità di trattamento del malato di mente. L'obiettivo primario era quello della tranquillità sociale, poco interessando al legislatore la cura del malato, per il quale, in assenza di pericolosità, non era prevista alcuna forma di trattamento terapeutico. Nell'articolo 1 della legge n. 36/1904 si evince una necessità di custodia preliminare alla cura.

In mancanza di mezzi terapeutici che permettessero trattamenti alternativi al manicomio aventi finalità curative, la legge del 1904 era for-

⁵⁶ si richiamano gli studi della cd. *criminologia clinica*, che aveva come oggetto lo studio del singolo delinquente per finalità diagnostiche, prognostiche e terapeutiche, con un trattamento individualizzato per finalità risocializzative. Si evidenziano, in particolare, gli studi di DI TULLIO, *Trattato di antropologia criminale*, Roma 1940, in cui si evidenzia che alla criminologia clinica spetta il compito di attuare la prevenzione speciale, attraverso *l'osservazione scientifica del reo*. Di fondamentale importanza era l'esame della personalità del delinquente, in termini biologici, psicologici e sociali per una pena individualizzata.

⁵⁷ Legge 14 febbraio 1904, n. 36, contenente disposizioni sui manicomi e sugli alienati, custodia e cura degli alienati, fu poi susseguita dalla legge n. 431 del 1968, cd. legge Mariotti, che oltre ad istituire il ricovero volontario, introdusse la possibilità di trasformare il ricovero coatto in volontario, previo accertamento del consenso del paziente.

⁵⁸ Sul punto cfr. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 19 novembre 2012, pag. 4.

temente garantista, poiché aveva legato il presupposto della alienazione mentale a quello della pericolosità per sé e per gli altri, e di conseguenza non coinvolgeva tutti i malati di mente, ma solo quelli per cui il trattamento in ambiente diverso da quello manicomiale si mostrava impossibile.⁵⁹

Dunque, la pericolosità per sé e per gli altri costituiva il presupposto per procedere al ricovero coattivo del malato di mente, in un'ottica esclusivamente custodiale.

2. La legge n. 180 del 13.5.1978.

Il concetto di pericolosità sociale entra in crisi, anche nel mondo psichiatrico, essendo troppo forte, nella previgente disciplina, il contrasto dell'impianto custodialistico con i principi costituzionali⁶⁰, finché, con l'intervento normativo della cd. legge Basaglia, la legge n. 180 del 1978, si supera il modello custodialistico e la conseguente concezione del malato di mente come soggetto pericoloso.

Il movimento psichiatrico, sorto a cavallo tra gli anni Settanta e gli anni Ottanta, era caratterizzato dalla lotta all'esclusione ed all'emarginazione in un istituto manicomiale, dalla centralità del fattore sociale e culturale nella genesi e nel mantenimento della malattia ed il rifiuto dell'uso della psichiatria come strumento di controllo sociale.⁶¹

Inizia la cd. de-istituzionalizzazione, che è quel processo culturale ed istituzionale che ha portato alla chiusura dei manicomi civili ed alla parallela creazione di servizi psichiatrici territoriali e di comunità.

⁵⁹ GRECO – CATANESI, *Malattia mentale e giustizia penale*, Milano, 1988, pag. 9 e ss.

⁶⁰ Si evidenziava un forte contrasto del sistema custodiale con l'art. 32 Cost. ed il principio generale dell'ordinamento dell'assoluto rispetto della dignità della persona umana.

⁶¹ GRECO – CATANESI, *Malattia mentale e giustizia penale*, op. cit. pag. 16.

In Europa, negli Stati Uniti ed in Canada si è avviato, così, un processo con l'obiettivo di «socializzare» la malattia mentale, sottraendola all'ottica totalitaria del manicomio ed inserendola in una rete di agenzie di *welfare*, dove alla logica del controllo si affianca la cultura dei diritti.⁶²

Di fatto, la legge 180/1978, presenta due principi fondamentali: la volontarietà del trattamento, con conseguente eccezionalità dell'intervento dell'autorità, ed il territorio come luogo privilegiato di assistenza.

Pertanto, nell'ambito del trattamento sanitario obbligatorio (TSO), la riforma del 1978 ha rivestito il concetto di «pericolosità a sé ed agli altri» di cui alla L.36/1904, con il concetto di «alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici»⁶³, sostituendo così la nozione di pericolosità con la «tutela della salute pubblica».

In tal modo, si scinde il binomio malattia mentale – pericolosità sociale, divenendo la prima una malattia come tutte le altre, mentre l'abbandono del concetto di pericolosità costituisce la definitiva rinuncia, da parte della psichiatria, ad una visione del malato di mente come strumentale a fini di difesa sociale⁶⁴.

Si afferma la priorità assoluta del fine terapeutico su qualsiasi istanza di controllo: un provvedimento che limita la libertà personale può essere attuato solo nell'interesse dello stato di salute del paziente e non per prevenire eventuali reati. Per tale motivo, l'intervento è disposto dal

⁶² CERETTI, CASELLA E CORNELLI, in *Salute mentale e controllo sociale tra ricerca scientifica e decisioni politiche*, Atti del Convegno dell'Osservatorio "Giordano dell'Amore" 24 novembre 2008 Auditorium dell'Università Milano-Bicocca, Milano, 2009, pag. 25 e ss.

⁶³ Sugli effetti della legge Basaglia rispetto al TSO e alla contenzione, nonché rispetto ai conseguenti obblighi dello psichiatra cfr. CUPELLI C., "La responsabilità penale dello psichiatra. Sui Rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari" Ed. Scientifiche Italiane, 2013, pag. 39 e pag. 43.

⁶⁴ GRECO – CATANESI, *Malattia mentale e giustizia penale*, op. cit. pag. 18.

sindaco in qualità di autorità sanitaria e non di pubblica sicurezza. Inoltre, l'intervento psichiatrico si sposta dalla struttura ospedaliera al territorio, quale luogo umano e sociale dove il disagio psichico si è prodotto e dove correttamente va affrontato e portato ad una soluzione.

Da questo momento si pongono le basi per l'organizzazione del sistema della salute mentale in Italia tra la promozione della salute e la domanda di controllo sociale⁶⁵.

3. L'accertamento della pericolosità sociale ed il suo (presunto) fondamento scientifico.

In questo contesto, la Corte Costituzionale, già in diverse occasioni⁶⁶, era intervenuta per dichiarare l'illegittimità costituzionale della presunzione di pericolosità, finché l'art. 31 della Legge n. 663 del 1986, cd. legge Gozzini, ha abolito ogni forma di presunzione legale di pericolosità, lasciando in vita solo ed esclusivamente l'accertamento concreto della pericolosità sociale da parte del giudice⁶⁷.

Pertanto, in forza della nuova disposizione normativa, la pericolosità sociale è divenuta il risultato di un giudizio prognostico, effettuato dal giudice sulla probabilità di ricaduta nel delitto.

⁶⁵ CERETTI, in *Salute mentale e controllo sociale tra ricerca scientifica e decisioni politiche*, Atti del Convegno dell'Osservatorio "Giordano dell'Amore" 24 novembre 2008 Auditorium dell'Università Milano-Bicocca, Milano, 2009, pag. 93 e ss.

⁶⁶ Si richiama la sentenza del 20 gennaio 1971, n. 1, con la quale la Consulta dichiarava l'illegittimità costituzionale della presunzione di pericolosità del minore non imputabile; la sentenza del 27 luglio 1982, n. 139, con la quale la Corte dichiarava l'illegittimità della presunzione di pericolosità del prosciolto per infermità mentale; la sentenza 28 luglio 1983, n. 249, con la quale la Corte ha dichiarato illegittima la presunzione di pericolosità del seminfermo di mente.

⁶⁷ L'art. 31 della legge n. 663 del 10.10.1986 ha abrogato l'art. 204 del codice penale, così disponendo: «Tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa», mentre l'art. 21 ha attribuito al Magistrato di Sorveglianza la competenza funzionale esclusiva in ordine all'applicazione in concreto delle misure di sicurezza.

Il giudice è chiamato a compiere, sulla base di un accertamento in concreto, un giudizio di prognosi criminale di tipo intuitivo, formandosi un quadro della personalità dell'imputato in forza della sua esperienza e degli indici di cui all'art. 133 c.p., da cui potrà dedurre la gravità del reato e la capacità a delinquere.

La capacità a delinquere, in chiave positivista, in particolare, comporta uno spostamento del giudizio dal fatto alla personalità e presenta una duplice funzione: retrospettiva-retributiva, intesa come capacità morale di compiere il reato e che concorre a graduare la responsabilità del soggetto per tale reato ed una funzione prognostico-preventiva, dove la capacità a delinquere serve per accertare l'attitudine del soggetto a commettere nuovi reati.⁶⁸

Si è, inoltre, affermato, che il giudizio di pericolosità non può basarsi solo sulla personalità del reo e sul suo disturbo psichico, ma è necessario considerare anche altri fattori esterni, che possono condizionare il disturbo psichico stesso.

Tali fattori, sociali, familiari, relazionali, inciderebbero sul giudizio prognostico di pericolosità, tanto è vero che si è parlato di "pericolosità situazionale"⁶⁹ ovvero di pericolosità condizionata dall'ambiente esterno.

Resta, tuttavia, difficile definire il concetto di probabilità e distinguerlo in modo netto dalla possibilità, soprattutto perché il termine probabilità è elastico ed indefinito e può essere soggetto ad una valutazione discrezionale ed imprecisa in tema di prognosi criminale.

⁶⁸ PAGANO, BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, Milano, 1982, pag. 19.

⁶⁹ COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, op. cit., pag. 23, in riferimento alla pericolosità situazionale, l'Autore cita DE LEONARDIS, *Statuto e figure della pericolosità sociale tra psichiatria riformata e giustizia penale: note sociologiche*, in DE LEONARDIS-GALLIO-MAURI-PITCH (a cura di), *Curare e punire Problemi e innovazioni nei rapporti tra psichiatria e giustizia penale*, Milano 1988, p. 45 ss.; GRASSI-NUNZIATA, *Infermità di mente e disagio psichico nel sistema penale*, Padova, 2003, p. 65 ss.

Tali considerazioni derivano dalla circostanza che gli indicatori previsti nell'art. 133 c.p. sono estremamente generici e carenti di strumenti per l'accertamento della pericolosità.

La prassi giurisprudenziale ha continuato a postulare un fondamento scientifico per la valutazione della pericolosità sociale dell'infermo di mente, fino a richiedere espressamente e costantemente specifiche competenze scientifiche, con il ricorso a perizie e consulenze tecniche.⁷⁰ E' bene precisare che l'art. 220, comma 2, c.p.p. esclude l'ammissibilità nel processo di perizie volte ad accertare l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato ed in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche, salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza. Perciò, se il soggetto è imputabile, la pericolosità è accertata in base all'art. 133 c.p. solo dal giudice, non potendo questi nominare alcun perito; se, invece, il soggetto viene ritenuto, potenzialmente, affetto da una infermità mentale, il giudice, ai fini dell'accertamento della pericolosità sociale, potrà decidere di disporre una perizia da affidare o ad uno psichiatra o ad un medico-legale, ma è solo una possibilità non essendovi alcun obbligo in capo al giudice di disporre una perizia per accertarne l'imputabilità e la pericolosità.

Foucault sosteneva che l'intervento della psichiatria nel diritto penale corrispondeva alla necessità di affermazione di una nuova scienza psichiatrica che, attraverso la lettura "scientifica" di soggetti particolarmente pericolosi, giustificava il proprio potere nella misura in cui fosse una scienza capace di indagare, interpretare e predire la pericolosità.⁷¹

⁷⁰ sul punto cfr. PELISSERO, *Pericolosità sociale*, op. cit., pag. 107 secondo cui «il passaggio da un sistema fondato su uno "schema condizionale a struttura prognostica positivizzata ad un sistema condizionale a struttura prognostica affidata al giudice e al perito" si fonda su piedi di argilla».

⁷¹ FOUCAULT, *Sorvegliare e punire, Nascita della prigione*, traduzione TARCHETTI, Einaudi 2014; sul punto cfr. anche A cura di PANDOLFI, *Archivio Foucault, Interventi*,

E' necessario considerare che la prognosi di comportamenti umani futuri posta in essere dal giudice non può mai raggiungere, però, un risultato univoco, sia se si segue la concezione oggettivistica della probabilità e sia se si segue quella soggettivistica⁷², poiché in ogni caso il giudice non dispone di informazioni di tipo scientifico, né dal punto di vista contenutistico né di metodo.

La letteratura classica (Leferenz, 1972) conosce tre differenti metodi prognostici:

- il metodo intuitivo, di cui si servono i giudici, che devono decidere in base alla loro teoretica cultura generale ed alla loro soggettiva esperienza, quale pena o risparmio di pena appare giustificato e funzionale in base al delitto ed alla personalità del delinquente.

- il metodo statistico: si basa sulle analisi empiriche, che rilevano, di ogni fattore, quello che si correla statisticamente con la più alta recidiva o che sono considerati dagli esperti come indicatori di una elevata recidiva;

- il metodo clinico: in base a precise e biografiche indagini di anamnesi, compresa la anamnesi della malattia e l'anamnesi criminale,

Colloqui, Interviste, 1978 – 1985, Estetica dell'esistenza, etica, politica, Milano, 1998, pag. 61, in cui si rileva come il diritto penale abbia esteso, organizzato e codificato il sospetto e l'identificazione degli individui pericolosi e questa trasformazione non è il passaggio dalla medicina al diritto, ma è stata realizzata attraverso un meccanismo continuo di chiamata e di interazione tra il sapere medico e psicologico e l'istituzione giudiziaria.

⁷² COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, cit., pag. 11 e 12, la quale, rispetto alla concezione oggettivistica, si riferisce alla probabilità intesa come realtà esterna all'osservatore, espressa da una serie di frequenze stabili ed eventi, perciò la pericolosità sociale indicherà il "grado di possibilità di un certo evento", in termini di probabilità frequentista. Rispetto alla concezione soggettiva, invece, la probabilità rappresenta il grado personale di fiducia nella previsione dell'evento, esprimibile in una quota, cd. "quota di scommessa", basata sul teorema di De Finetti.

sono estrapolate dal passato, attraverso l'attuale situazione, per il futuro⁷³.

Se da un lato la psichiatria forense predilige il metodo clinico, che pone in primo piano una prognosi individuale in base all'esperienza degli esperti, dall'altro si è ritenuto preferibile il cd. metodo combinato, con cui i dati individuali emersi con il metodo clinico, si fondono con i dati sociologici e statistici del metodo statistico⁷⁴.

Tuttavia, questo metodo richiede un eccessivo impiego di risorse, tra esperti medici e sociologi, con un aggravio di costi, perciò spesso nella prassi si ricorre al metodo intuitivo, che vede affidato esclusivamente al giudice il giudizio di prognosi in base alla sua esperienza, lasciando margini di eccessiva soggettività ed arbitrarietà.⁷⁵

Nella pratica il giudice, però, aggira il problema del metodo di accertamento e del divieto di perizie, chiedendo al perito, in sede di perizia psichiatrica, di pronunciarsi anche sulla pericolosità sociale, badando a non travalicare i limiti imposti dall'art. 220 c.p.p.

Con questo espediente si rischia, però, di confondere due valutazioni molto diverse tra loro, poiché nella perizia sull'imputabilità il giudice chiede al perito di "operare una diagnosi e, dunque, di valutare i complessi patologici del soggetto"⁷⁶, nella perizia sulla pericolosità al perito viene chiesta una prognosi per la quale il legislatore non rinvia a scienze sociali e psichiatriche, ma a criteri del tutto giuridici. Si potrebbe

⁷³ NEDOPIL, MÜLLER, *Forensische Psychiatrie, Klinik, Begutachtung und Behandlung zwischen Psychiatrie und Recht*, Thieme, 2012, pag. 347.

⁷⁴ COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, op. cit., pag. 13.

⁷⁵ Sui rischi dell'uso assoluto del metodo intuitivo si rinvia a MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, Milano, 1979, p. 192 ss; FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine controllo penale*, Milano, 2000, p. 20 ss.; FORNARI L., *Misure di sicurezza*, op. cit., p. 619.

⁷⁶ MANNA, *Imputabilità e nuovi modelli di sanzione*, cit., p. 67.

dire che, paradossalmente, la legge chiede al perito di sostituirsi al giudice, addirittura usando gli stessi suoi parametri.

Questo perché la pericolosità sociale non corrisponde a nessuno dei criteri che costituiscono la diagnosi psichiatrica, sui quali si fonda il metodo scientifico. Il concetto di pericolosità sociale non ha alcun valore terapeutico, ma ha la funzione pura di difesa sociale della collettività e del modo con cui questa percepisce il tema della sicurezza.⁷⁷

Il concetto di pericolosità sociale perde così totalmente ogni carattere di scientificità, non sussistendo, allo stato, metodi di accertamento predittivi tali da garantire un certo grado di evidenza scientifica.⁷⁸

La carenza di scientificità del giudizio di pericolosità sociale e la relatività della sua definizione, quindi, comportano una effettiva problematicità della sua valutazione.⁷⁹

In questa prospettiva, il concetto di pericolosità sociale, ormai obsoleto e da tempo criticato come «malattia infantile della criminologia»⁸⁰,

⁷⁷ VENTURINI, CASAGRANDE E TORESINI, *Il folle reato. Il rapporto tra la responsabilità dello psichiatra e la imputabilità del paziente*, FrancoAngeli, 2010, pag. 154.

⁷⁸ PELISSERO, *I limiti del diritto penale sostanziale nella prova dei fatti psichici*, in a cura di GIOVANNANGELO, PIEMONTESE e VENAFFRO, *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, pag. 284, in cui l'Autore spiega che l'incertezza dei giudizi predittivi di pericolosità sociale è legata al metodo ovvero all'accertamento, sulla base dei dati presenti, di un giudizio prognostico sul rischio di recidiva. In tale caso, il fatto psichico sfugge, ancor prima che al suo accertamento, alla sua definizione, che si traduce in problemi di prova.

⁷⁹ TRAVERSO, VERDE, *Pericolosità e trattamento in criminologia*, Note a margine alle VIII Giornate Internazionali di Criminologia Clinica Comparata (Genova, 27 maggio 1981).

⁸⁰ DEBUYST, *La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie*, in *Criminologie*, 1984, 7 ss. cit. da SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e «spessori normativi»: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 Dicembre 2014, pag. 5.

poi come malattia congenita della psichiatria⁸¹, risulta sempre più inadeguato a soddisfare esigenze di garanzia della persona e di difesa sociale.

Per tali motivi, il concetto di ‘socialmente pericoloso’ si presenta come estremamente generico e, spesso, si presta a comoda etichetta al fine di rassicurarsi nei confronti di gruppi di persone percepite di volta in volta come socialmente minacciose.

4. La valutazione della pericolosità sociale nella applicazione giurisprudenziale.

Solo dopo la riforma del 1986, si è potuto appurare un avanzamento della giurisprudenza verso la declaratoria di illegittimità delle presunzioni di pericolosità sociale.

In particolare si evidenzia la sentenza della Corte Costituzionale n. 443 del 1988, che, nel giudizio di legittimità costituzionale dell’art. 69, quarto comma, ultima parte, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), come modificato dall’art. 21 della legge 10 ottobre 1986 n. 663, ha attribuito il merito alla dottrina e giurisprudenza per il notevole lavoro volto ad abrogare l’incivile ammissione della pericolosità presunta di cui all’art. 204 c.p. ed ha chiaramente affermato l’introduzione nel sistema italiano del principio secondo il quale, l’inflizione delle misure di sicurezza personali è necessariamente subordinata all’accertamento, in concreto, dell’effettiva pericolosità sociale e, nello stesso tempo, con l’art. 21, ha dichiarato l’inserimento nel sistema del procedimento di riesame della pericolosità, di applicazione, esecuzio-

⁸¹ SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e ‘spessori normativi’*: la riforma di cui alla legge n. 81/2014, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 dicembre 2014, pag. 6.

ne, trasformazione e revoca delle misure di sicurezza, nonché di revoca della dichiarazione di delinquenza abituale, professionale, ecc.⁸²

Successivamente, la sentenza della Consulta n. 1102 del 1988, ha valorizzato il principio di uguaglianza, eliminando definitivamente ogni forma di presunzione della pericolosità, con la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 219, terzo comma, del codice penale, nella parte in cui, per i casi ivi previsti, subordina il provvedimento di ricovero in una casa di cura e di custodia 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. Tanto al fine di reiterare l'accertamento della pericolosità, derivante dalla seminfermità psichica, per verificare l'effettivo persistere della pericolosità sociale al momento di applicazione della misura di sicurezza.⁸³

Quindi, il compito di accertare la pericolosità sociale viene attribuito sia al giudice della cognizione, sia al magistrato di sorveglianza e, nel rinnovato sistema, viene esclusa la possibilità di dare inizio all'esecuzione della misura nel caso in cui manchi il presupposto soggettivo della pericolosità sociale, così come stabilito dalla giurisprudenza costituzionale.⁸⁴

⁸² Su Consulta Online <http://www.giurcost.org/decisioni/1988/0443s-88.html>

⁸³ Su Consulta Online <http://www.giurcost.org/decisioni/1988/1102s-88.html>, intervenuta poiché l'art. 31 della l. 663/1986 non aveva risolto in maniera chiara il problema della sfasatura temporale intercorrente tra il momento in cui è ordinata la misura dal giudice della cognizione e quello in cui essa deve essere eseguita, mancando una espressa previsione che imponga al giudice di sorveglianza di riesaminare la persistenza della pericolosità al momento in cui la misura debba eseguirsi. Sul punto, però, si richiama anche l'art. 679 c.p., che prevede la reiterazione dell'accertamento della pericolosità sociale nel momento dell'effettiva esecuzione della misura.

⁸⁴ FIDELBO, in LATTANZI, LUPO, *Codice Penale, Rassegna di Giurisprudenza e Dottrina*, Milano, 2010 pag. 920, commento all'art. 203 c.p.

Il giudizio di pericolosità deve, quindi, fondarsi sull'accertamento delle qualità indizianti del singolo soggetto da desumersi dalle circostanze indicate all'art. 133 c.p. e tale valutazione spetta esclusivamente al giudice che deve tener conto del fatto di reato nella sua obiettività ed in ogni relativa componente principale ed accessoria.⁸⁵

La Corte di Cassazione, nel 1988, per chiarire la funzione della pericolosità sociale in sede di accertamento, aveva affermato che l'apprezzamento operato a quello scopo non deve essere confuso con le indagini di carattere psichiatrico, in quanto il giudice non è obbligato a prendere in considerazione solo le emergenze di natura medico-psichiatrica, ma può attribuire rilievo a qualsiasi elemento ritenuto utile per tale accertamento. Tuttavia, questi non può annullare i dati relativi alle condizioni mentali dell'imputato ed alle implicazioni comportamentali eventualmente indicate dal perito.

Hanno, inoltre, generato perplessità quelle decisioni della Corte di Cassazione che ritengono non necessaria una «indicazione dei singoli elementi indicanti la pericolosità», poiché, abbandonato il modello delle presunzioni, il giudice, privo di riferimenti sicuri, finisce per essere arbitro «assoluto» del destino della libertà personale di un soggetto.

Il problema relativo all'accertamento della pericolosità sociale non ha fatto un passo in avanti, soprattutto con decisioni della Corte di Cassazione, secondo le quali, ai fini di una corretta osservanza delle regole di cui agli artt. 133, 202 e 203 c.p., è consentito il richiamo a pregressi fatti costituenti reato, intesi nella loro materiale obiettività «soprattutto, quan-

⁸⁵ MAZZA *Pericolosità sociale e legalità*, in Quaderni del Dipartimento di Diritto Pubblico Internazionale e Comunitario Università degli Studi di Padova, Milano 2012, pag. 35.

do per gravità e specialità, assumano connotazioni di significativo rilievo». ⁸⁶

Il punto dolente dell'istituto della pericolosità sociale è, quindi, proprio l'individuazione a priori dei soggetti pericolosi. Il giudice, sfornito o non sufficientemente fornito di conoscenze criminologiche, di fronte ad un autore di reati e sulla base dei soli atti processuali, ritiene o meno esistente la probabilità di reiterazione criminosa. Inoltre, altra evidente problematica è la comprensione per il giudice, nella formulazione del giudizio prognostico, della molteplicità e varietà di situazioni di pericolosità che possono presentarsi al suo esame e della relativa genericità delle fattispecie prognostiche che dovrebbero ricomprendere tutte le possibili ipotesi di pericolosità. ⁸⁷

Il rischio è la creazione di cd. «elementi indizianti», quasi ad inconscia sostituzione dei modelli presuntivi. ⁸⁸

La Corte di Cassazione, in riferimento alla prognosi di pericolosità sociale, ha espressamente affermato che questa è rilevante "agli effetti della legge penale" e, non potendo limitarsi a richiamare la valutazione criminologica dell'esperto, deve fondarsi:

⁸⁶ MAZZA, *Pericolosità sociale e legalità*, op. cit. pag. 36, in cui l'Autrice richiama tre sentenze della Corte di Cassazione, del 28 aprile del 1988, del 6 marzo 1989 e del 22 dicembre 1993 e rileva, tra l'altro, una scarsa fantasia dei magistrati nell'uso della lingua italiana, poiché troppo ricca di sinonimi.

⁸⁷ CALABRIA, *Pericolosità sociale*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV Edizione, vol. IX Penale, pag. 16.

⁸⁸ MAZZA, *Pericolosità sociale e legalità*, op. cit. pag. 38, in cui l'Autrice richiama tra gli elementi indizianti anche l'«abituale frequentazione» di persone facenti parte di un'associazione per delinquere di stampo mafioso (cfr. Cassazione 25 maggio 1992). Il giudice potrebbe irrogare una misura di sicurezza o una misura di prevenzione, a seconda che si sia verificato o meno un fatto di reato, sulla base di semplici sospetti e ciò nella prassi, stante la scarsa propensione dei giudici per dichiarazioni di abitualità ed i notevoli scogli da superare, ha comportato un definitivo affossamento delle misure di sicurezza detentive per i rei imputabili ed un progressivo svuotamento del sistema del «doppio binario».

- sulla esistenza delle condizioni che consentano di affermare un persistente pericolo di commissione in futuro di altri reati, basandosi sull'esame della personalità e sugli effettivi problemi psichiatrici rilevati dal perito;

- sull'analisi dei fatti commessi;

- su ogni altro parametro indicato dalla legge, in specie dall'articolo 133 c.p., al fine di apprezzare il pericolo di recidiva, giacché «la valutazione indicata dall'articolo 203 c.p., costituisce compito esclusivo del giudice, il quale non può abdicarvi in favore di altri soggetti né rinunciarvi, pur dovendo tener conto dei dati relativi alle condizioni mentali dell'imputato ed alle implicazioni comportamentali eventualmente indicate dal perito».⁸⁹

Inoltre, l'accertamento sull'attuale pericolosità sociale, implica, altresì, la valutazione dei fatti successivi al reato, quali la condotta tenuta durante l'espiazione della pena, o quella successiva alla liberazione.⁹⁰

È evidente, inoltre, come la condizione di cui all'art. 203 c.p. sfugga ad una valutazione esclusivamente psichiatrica, correlata alla natura e all'evoluzione dello stato patologico del soggetto, poiché il giudice deve valutare una soglia di rischio apprezzabile tale da giustificare l'applicazione della misura di sicurezza.⁹¹

⁸⁹ cfr. la sentenza della Corte di Cassazione, Quinta Sezione Penale, n. 39519 del 8.10.2012 in <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>, che a sua volta richiama, in riferimento agli stessi principi di prognosi di pericolosità, le sentenze della Corte di Cassazione, Prima Sezione, n. 4094 del 7 gennaio 2010 e n. 40808 del 14 ottobre 2010. Si rileva come, nel caso affrontato nella sentenza del 2012, venne ritenuta incongrua la motivazione sottesa al giudizio di merito, giacché riferita al pericolo di atti autolesivi, non riconducibili nell'alveo dei reati.

⁹⁰ Sul punto cfr. la sentenza Cass. pen., I Sezione, n. 24179 del 9 maggio 2010.

⁹¹ Tribunale di Monza 23 marzo 2010, n. 485, che nel caso di specie non aveva rilevato una soglia di rischio apprezzabile in termini di necessità della misura di sicurezza, né sul piano psichiatrico né su quello della pericolosità sociale, sulla base del venir meno delle condizioni presenti al momento del fatto.

Tanto risulta ancora più pregnante se si pensa che l'accertamento della pericolosità sociale, rileva anche in tema di concessione dei benefici, come la sospensione condizionale della pena. Difatti, in caso di accertata pericolosità, è illegittima la concessione della sospensione condizionale della pena in favore dell'imputato cui segua l'applicazione di misura di sicurezza, poiché detto beneficio presume che il reo si asterrà dal commettere ulteriori reati.⁹²

Di recente, la Corte di Cassazione ha disposto che il giudice, che applichi una misura di sicurezza, ha il dovere di fornire la motivazione dell'attuale pericolosità sociale del condannato, considerando non solo gli elementi di natura medico-psichiatrica, ma tutte le circostanze di fatto indicate nell'art. 133 c.p., con riguardo alla gravità del reato ed agli altri parametri di cui alla predetta norma, per pervenire ad una valutazione globale circa la sua pericolosità, intesa come persistenza di una personalità orientata a compiere in futuro reati.⁹³

Il giudice, allora, affiderà al perito l'incarico di rispondere ai quesiti volti ad accertare le componenti che, agendo sulla personalità del reo, ne abbiano influenzato l'agire, ed a valutare l'attuale condizione di pericoloso sociale. Tuttavia, di fatto, si verifica il paradosso per cui, nell'ipotesi in cui il soggetto abbia commesso un fatto di reato in stato di totale o parziale incapacità d'intendere e di volere, lo psichiatra nominato non può procedere all'accertamento della pericolosità sociale senza la preventiva constatazione della non imputabilità.

Difatti, le domande che vengono rivolte dal giudice al perito sono: «Dica il perito, valutato l'imputato e presa conoscenza degli atti e fatte tutte le acquisizioni e gli accertamenti che riterrà opportuni, se, al mo-

⁹² sul punto cfr. Cassazione Penale, Sesta Sezione, sentenza n. 18501 del 29 aprile 2010 e Cassazione Penale, Terza Sezione, sentenza n. 16430 del 2 marzo 2011.

⁹³ Cassazione Penale, Quinta Sezione, sentenza n. 20703 del 18 maggio 2016.

mento dei fatti per cui si procede, egli era capace di intendere e di volere, oppure se le capacità erano totalmente o grandemente scemate». E ancora «...quale è la capacità di intendere e di volere allo stato attuale e al momento dei fatti per cui si procede». Solitamente poi, il quesito termina con l'ulteriore richiesta: «dica, inoltre, il perito se il soggetto sia socialmente pericoloso».

Proprio da questi due giudizi, non imputabilità e pericolosità sociale, scaturisce la conseguenza della misura di sicurezza nell'ospedale psichiatrico giudiziario.

Di particolare rilevanza è il rapporto tra abitualità nel reato ex artt. 101 e 102 c.p. e pericolosità sociale, in quanto la declaratoria della prima comporta la conseguente applicazione della misura di sicurezza. Sul punto si richiama una recente ordinanza del Tribunale di Sorveglianza per il distretto della Corte d'Appello di Torino del 6 marzo 2013, con cui è stato chiarito che la dichiarazione di abitualità da parte del Magistrato di Sorveglianza deve essere rivolta al futuro, non al passato, e fondarsi su valutazioni di natura "prognostica"; il giudice deve sempre valutare l'evoluzione della personalità del soggetto ai fini rieducativi, non potendo rimanere ancorato esclusivamente, nelle sue decisioni, alla quantità o gravità dei reati già commessi.⁹⁴

L'estrema incertezza che caratterizza l'accertamento della pericolosità sociale non può, però, essere risolta in ambito processuale, tenuto conto anche della estrema criticità di tale accertamento rilevato dalla scienza psichiatrica.

⁹⁴ L'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza per il distretto della Corte d'Appello di Torino che con l'ordinanza del 6 marzo 2013, oltre ad enunciare le condizioni per la declaratoria di abitualità nel reato, ripercorre, tra l'altro, anche la funzione necessariamente rieducativa delle pronunce del Magistrato di Sorveglianza.

Il sistema penale ha, quindi, optato per soluzioni in ambito di diritto sostanziale, essendo la definizione delle categorie di soggetti pericolosi descritta *ex lege*, con la diretta conseguenza di un elevato rischio, nel caso concreto, di mancata corrispondenza tra pericolosità legale e pericolosità reale.

Seppur è vero che il diritto penale sostanziale svolge una essenziale *funzione di garanzia* nell'accertamento della pericolosità sociale ponendo un *limite alla discrezionalità giudiziale* in sede di formulazione del giudizio prognostico, che si rinviene nella legge per esigenze di garanzia, tuttavia ci si chiede se, anche con tali delimitazioni, i rischi legati al giudizio predittivo di comportamenti futuri siano comunque contenuti entro limiti di accettabilità o se, invece, siano intollerabili per le garanzie di libertà individuale, in un sistema penale democratico, poiché la scelta del legislatore non può sacrificare il *rispetto delle garanzie costituzionali* in favore di esigenze preventive.⁹⁵

Pertanto, il compromesso tra esigenze di prevenzione e rispetto dei principi costituzionali è sempre rimesso al prudente apprezzamento del giudice, il quale dovrà in ogni caso confrontare la sua esperienza con la realtà del singolo caso concreto.

5. La pericolosità 'latente' e il cd. "ergastolo bianco".

L'approccio eccessivamente empirico ed indeterminato nella formulazione del giudizio di pericolosità sociale, che porta all'applicazione

⁹⁵ PELISSERO, *I limiti del diritto penale sostanziale nella prova dei fatti psichici*, op. cit. pag. 284 e 285, il corsivo è dell'Autore, secondo cui il diritto sostanziale può intervenire per agevolare la prova dei fatti psichici, ma non al punto da semplificare tale prova, alterando il dato psichico da provare, che seppur soddisfa esigenze di prevenzione, si pone in violazione dei principi costituzionali di personalità della responsabilità penale e di uguaglianza.

delle misure di sicurezza, risulta totalmente inadeguato sia rispetto alla formulazione del giudizio di pericolosità, sia rispetto ai relativi criteri utilizzabili.⁹⁶

Come detto, i criteri proposti dalle scienze criminologiche per la formulazione del giudizio di pericolosità sociale, sono ritenuti dotati di scarsa attendibilità scientifica, che porta alla messa in crisi della stessa categoria della pericolosità sociale.⁹⁷

Il sistema dell'accertamento giudiziale della pericolosità sociale resta di fatto affidato in gran parte all'intuizionismo del giudice.

Problemi si pongono per le misure di sicurezza detentive, in particolare del ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario, di cui all'art. 222 c.p., disposta nei confronti di soggetti prosciolti per infermità psichica, ovvero per intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti, ovvero per sordomutismo.

Quando una persona manca della capacità di intendere e di volere al momento della commissione del fatto (art. 85 c.p.), non potrà essere condannata, ma il giudice dovrà, ai sensi dell'art. 530 c.p.p., emettere una sentenza di assoluzione.⁹⁸ Tuttavia, ai sensi del comma 4 del medesimo articolo il giudice applica, nei casi previsti dalla legge, una misura di si-

⁹⁶ FIDELBO, in LATTANZI, LUPO, *Codice Penale, Rassegna di Giurisprudenza e Dottrina*, Milano, 2010 pag. 923, commento all'art. 203 c.p.

⁹⁷ FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1993, pag. 637, in cui l'Autore pone il problema di se ed in quali limiti la pericolosità sociale possa essere riempita di contenuti scientificamente affidabili.

⁹⁸ LATTANZI, LUPO, *Codice di procedura penale, Rassegna di Giurisprudenza e dottrina*, Milano 2012, pag. 530 e ss., in cui gli Autori evidenziano che a differenza delle sentenze di non luogo a procedere, le sentenze di assoluzione contengono un vero e proprio accertamento, che il giudice ha operato mediante le prove e che è idoneo a fondare il giudicato; la formula «perché il reato è stato commesso da persona non imputabile o non punibile per un'altra ragione», viene usata quando una persona ha commesso un fatto penalmente illecito, ma non può essere punito in concreto, perché minore degli anni quattordici o totalmente infermo di mente oppure perché coperto da una causa di non punibilità o immunità.

curezza.⁹⁹ Quest'ultima può essere disposta anche in via provvisoria in corso di giudizio per gravi indizi di commissione del fatto e per accertata pericolosità sociale.¹⁰⁰

Salvo quest'ultima ipotesi, nessuna misura di sicurezza personale può essere eseguita, ivi incluse quelle disposte con sentenza, senza il preventivo giudizio di accertamento della pericolosità sociale da parte del magistrato di sorveglianza, sempre necessario, indipendentemente dal tempo in cui interviene.¹⁰¹

Il giudice dell'esecuzione dovrà, quindi, accertare la pericolosità sociale sulla base degli stessi parametri normativi posti alla base della decisione del giudice della cognizione (art. 203 c.p.), tuttavia può avvalersi della perizia criminologica, come detto, espressamente ammessa all'art. 220 c.p.p., e deve tener conto del soggetto, condannato o proscioltto, dopo la conclusione del processo di cognizione. Se il giudizio di pericolosità sociale viene confermato, la misura di sicurezza è applicata definitivamente, altrimenti disporrà la revoca della misura.¹⁰² Qualora, invece, venga accertato, all'atto della esecuzione, un grado di pericolosità del condannato inferiore a quello risultante al giudice della cognizione, il magistrato di sorveglianza può disporre l'esecuzione della misura più adeguata alla personalità del soggetto.¹⁰³

⁹⁹ Si precisa che il giudice della cognizione ordina le misure di sicurezza nella stessa sentenza di condanna o di proscioglimento, mentre per la loro applicazione è necessaria una nuova decisione del magistrato di sorveglianza che accerti la persistente pericolosità sociale del soggetto condannato o proscioltto ai sensi dell'art. 679, comma 1 c.p.p. In tal senso, la dottrina è concorde nel ritenere che i provvedimenti del giudice della cognizione sono «una specie di proposta» rivolta al giudice dell'esecuzione in CAPRIOLI, VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, pag. 220.

¹⁰⁰ Sul punto cfr. SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Giuffrè editore 2013, pag. 370.

¹⁰¹ IOVINO, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, Giappichelli, 1995, pag. 47.

¹⁰² CAPRIOLI, VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, op. cit., pag. 223.

¹⁰³ In dottrina cfr. IOVINO F.P.C., *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, op. cit., pag. 48.

Critiche sono sorte, però, proprio rispetto al riesame della pericolosità sociale.

Ai sensi dell'art. 207 c.p., «le misure di sicurezza non possono essere revocate se le persone ad esse sottoposte non hanno cessato di essere socialmente pericolose».

La *ratio* della disposizione si rinviene nella finalità della misura di sicurezza di rendere innocuo il reo segregandolo ed isolandolo per tutta la durata della pericolosità.¹⁰⁴

Il legislatore del '30, quindi, ha individuato per le pene una durata certa e determinata, mentre per le misure di sicurezza è prevista solo una durata minima, in via presuntiva e preventiva, determinata in base alla gravità del fatto commesso, restando indeterminato il limite massimo.

Successivamente, «decorso il periodo minimo di durata stabilito dalla legge per ciascuna misura di sicurezza, il giudice riprende in esame le condizioni della persona che vi è sottoposta per stabilire se essa è ancora socialmente pericolosa», così dispone l'art. 208 c.p., che continua «qualora la persona risulti ancora socialmente pericolosa, il giudice fissa un nuovo termine per un esame ulteriore».

Se vi è già stata proroga, il giudice può procedere ad esaminare la pericolosità in ogni tempo, senza dover attendere lo spirale del termine minimo.

Nel riesaminare la pericolosità del soggetto, ai sensi dell'art. 69, comma 4, O.P., il magistrato di sorveglianza ha a disposizione la storia dell'individuo e del reato da lui commesso, le notizie sul comportamento

¹⁰⁴ In riferimento alla scelta della segregazione e dell'isolamento per tutta la durata della pericolosità dell'individuo si richiama la legge del 1838 in Francia, prototipo delle legislazioni psichiatriche europee, che riconobbe il potere alla medicina mentale di disporre l'internamento degli alienati, secondo le modalità dell'isolamento terapeutico per ragioni di cura ed attraverso una presa di possesso del corpo, espressione del potere psichia-

tenuto durante il periodo di applicazione della misura di sicurezza, il colloquio con l'esaminando.¹⁰⁵

Dovrà, dunque, porre in essere un giudizio sull'attualità della pericolosità sociale, secondo la regola *rebus sic stantibus*.¹⁰⁶

Se la pericolosità risulta cessata, il giudice revoca la misura di sicurezza, altrimenti fissa un nuovo termine per il riesame.

La valutazione della pericolosità sociale, e la relativa elevata probabilità che l'individuo ricada nel delitto, è subordinata all'accertamento degli indici, a cui rinvia l'art. 203 c.p., di cui all'art. 133 c.p., che si distinguono in *indicatori interni ed esterni*.¹⁰⁷

Tuttavia, nel dettato normativo, in particolare al comma 2, n. 4 dell'art. 133, si rileva, nell'ambito della capacità a delinquere del colpevole, che la pericolosità sociale è desunta «dalle condizioni di vita personale, familiare e sociale del reo», quale indicatore esterno.

Ne deriva che se al di fuori dell'ospedale psichiatrico giudiziario non sussistono strutture idonee alla presa in carico dell'internato o non vi è una famiglia che lo accolga, il giudice sarà legittimato a prorogare la misura di sicurezza, considerando l'internato ancora socialmente pericoloso. Tale proroga verrà effettuata anche se le condizioni psichiche sono positive.

trico, sul punto FOUCAULT, *Il potere psichiatrico, Corso al Collège de France (1973 – 1974)*, op. cit. pag. 95.

¹⁰⁵ PAGANO, BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, op. cit. pag. 27, in cui gli Autori esprimono le stesse critiche in ordine criminologico che si possono avanzare sul giudizio di pericolosità, essendo una valutazione troppo delicata per essere effettuata solo sulla base di uno sterile elenco di notizie e non sulle dinamiche intrapersonali che egli esprime. Tale metodo, secondo gli Autori, giustifica quella necessità del codice penale di reprimere e non di prevenire.

¹⁰⁶ PERONI, SCALFATI, *Codice dell'esecuzione penitenziaria, Annotato con la giurisprudenza*, Milano 2006, pag. 420.

¹⁰⁷ Sul punto cfr. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e «spessori normativi»: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 dicembre 2014 pag. 10, e FORNARI, *Trattato di psichiatria forense* (1989), V ed. Torino 2013, pag. 219.

Con questa modalità di proroghe sistematiche, l'individuo rischia di subire una misura di sicurezza per un tempo indefinito, fino a veder trasformata la misura di sicurezza, personale e detentiva, in un vero e proprio «ergastolo bianco».¹⁰⁸

Valutando tutti i parametri di riferimento per la determinazione della pericolosità sociale, si evince un sistema che tende non tanto a giudicare i fatti, ma la persona, la famiglia, la sua condizione di vita, nonché la presenza o meno nel territorio di servizi idonei al trattamento terapeutico della persona. Per tali motivi, si è affermato che non sempre è l'internato ad essere pericoloso, bensì la società, perché non riesce ad accoglierlo¹⁰⁹ e tale circostanza ha generato l'effetto di riconoscere all'OPG una «funzione latente».¹¹⁰

Da qui si pongono i termini del problema: il giudizio e la relativa sanzione si effettuano sul reato commesso o sulla persona che lo compie? Dunque, ricordando le parole di Foucault, «lo Stato deve occuparsi dei cittadini per ciò che fanno o per ciò che sono?».

Nel giudizio di pericolosità, seppure ancorato alla commissione di un fatto di reato o di quasi-reato, l'attenzione si sposta dal delitto al suo autore, tenuto conto che l'analisi degli elementi medico-diagnostici as-

¹⁰⁸ SCHIAFFO, *Le funzioni latenti del sistema penale: l'ospedale psichiatrico giudiziario*, in *Critica del Diritto*, Edizioni scientifiche Italiane, 2012, pag. 277.

¹⁰⁹ SCHIAFFO, *Le funzioni latenti del sistema penale*, cit., pag. 279, in cui ricorda le parole del tema di un convegno organizzato nel 2008 dalla direzione sanitaria dell'ospedale psichiatrico giudiziario di Aversa. Sul punto cfr. anche SCHIAFFO, *Le strategie per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: il d.l. n. 52/2014 e lo sguardo corto' dell'interprete*, *Critica del Diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pagg. 24 e 25.

¹¹⁰ SCHIAFFO, *Le funzioni latenti del sistema penale*, cit., pag. 278 e ss., in riferimento all'aumento dei reati in ambito familiare per mascherare inefficienze, in ambito territoriale e familiare, nella gestione del paziente psichiatrico.

sumerà valore prevalente e di orientamento funzionale nella valutazione degli altri indici di pericolosità, soggettivi ed oggettivi.¹¹¹

La dottrina ha evidenziato come tale prassi conduca ad un concetto dilatato di pericolosità sociale¹¹², di dubbia conformità al dettato costituzionale per contrasto con i principi di proporzione¹¹³ e di personalità della responsabilità penale¹¹⁴, posti a tutela tanto dei soggetti imputabili che dei soggetti non imputabili.

Proprio per tali motivi, la più autorevole psichiatria forense non pone alcun dubbio nell'affermare che è «indispensabile lavorare per il superamento dell'equivoco, riduttivo e non scientifico concetto di 'socialmente pericoloso'»¹¹⁵.

Il legislatore, invece, è intervenuto con la legge l. 30 maggio 2014 n° 81, recante disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, che ha, tra l'altro, disposto che il giudizio di pericolosità sociale non può fondarsi esclusivamente sull'indice esterno di valutazione delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.

In tal modo, il legislatore, ha posto un limite netto alle proroghe sistematiche delle misure di sicurezza determinate dalla carenza della famiglia e di un'adeguata offerta di strutture residenziali e riabilitative esterne nel territorio dell'internato.

¹¹¹ IOVINO F.P.C., *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, Giappichelli, 1995, pag. 53.

¹¹² Sul punto cfr. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e 'spessori normativi': la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, pag. 18 e ss. ove si affronta la problematica relativa alle proroghe sistematiche dei soggetti cd. "dimissibili", basate su una certa dilatazione del concetto di pericolosità.

¹¹³ cfr. Capitolo V, Par. 1.2, nota 417, pag. 194.

¹¹⁴ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, Funzione della pena e sistematica teologica*, Napoli, 1992, pag. 92.

¹¹⁵ FORNARI, *Trattato di psichiatria forense* (1989), V ed. Torino 2013.

SEZIONE SECONDA

Il fatto previsto dalla legge come reato

1. L'accertamento del fatto del non imputabile.

Il diritto penale è strettamente ancorato al *fatto*¹¹⁶, base imprescindibile di ogni conseguenza penale. Infatti il rimprovero di colpevolezza si rivolge contro il soggetto agente, autore di un determinato fatto tipico e anti giuridico (*colpevolezza per il fatto*)¹¹⁷.

La personalità dell'autore rileva ai fini del giudizio di colpevolezza per determinare il tipo e la quantità delle conseguenze penali applicabili.¹¹⁸

Si è affermato in dottrina che, però, il riferimento alla personalità del soggetto, quale centro di imputazione di riprovevolezza *personale*, rischia uno spostamento dal fatto all'autore (*colpevolezza "d'autore"*), con un conseguente ampliamento del giudizio di colpevolezza, da una colpevolezza "per il fatto" ad una colpevolezza "per la condotta di vita" o per il "carattere"¹¹⁹.

In un diritto penale incentrato sul principio garantista di materialità, a base oggettivistica, la fattispecie soggettiva della pericolosità sociale non può avere, da sola, rilevanza penale, ma diventa penalmente rilevante solo in seguito alla previa commissione di un illecito penale e per il fatto

¹¹⁶ sulla teoria del «fatto di reato» cfr. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, estratto dal «Novissimo digesto Italiano», XIX, Torino, 1973, pag. 25.

¹¹⁷ FIORE, *Diritto Penale, parte generale*, Wolters Kluwer, 2016, pag. 412.

¹¹⁸ il fatto riguarda l'*an* della perseguibilità penale del soggetto, mentre la personalità riguarda solo il *quid* ed il *quantum* della sanzione applicabile.

¹¹⁹ sul punto si rinvia alla nota 15 e FIORE, *Diritto Penale, parte generale*, Wolters Kluwer, 2016, pag. 166, il quale afferma in definitiva che non vi è spazio nel nostro ordinamento per la "*colpevolezza d'autore*", che tenga conto della "personalità criminale", del "carattere" o della "condotta di vita" del reo, poiché non appare compatibile con le concezioni della colpevolezza oggi generalmente condivise.

che si è manifestata una condotta criminosa¹²⁰. Ne deriva che la commissione di un illecito penale, reato o quasi – reato, costituisce il necessario presupposto garantista del giudizio di pericolosità.

L'art. 202, comma 1, c.p. fissa il requisito della commissione di un «fatto previsto dalla legge come reato» assieme al requisito della pericolosità, così aderendo al principio secondo cui senza il fatto di reato non c'è pericolosità e quindi misura di sicurezza, in tal modo limitando l'uso dell'idea stessa della sicurezza.¹²¹

Tra pericolosità e reato deve esistere un rapporto di interazione ed interdipendenza e solo in questo caso può scattare il sistema di sicurezza.¹²²

Difatti, non può applicarsi una misura di sicurezza a chi sia divenuto pericoloso dopo il fatto, per cause sopravvenute, dovendo esistere una interdipendenza tra pericolosità e reato, senza la quale manca il presupposto che giustifichi il provvedimento preventivo di sicurezza.¹²³

¹²⁰ sulla «pericolosità dell'azione» cfr. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, estratto dal «Novissimo digesto Italiano», XIX, Torino, 1973, pag. 13 e 34.

¹²¹ MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, Milano, 1979, pagg. 106 e ss., l'Autore cita EXNER, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, Berlin, pagg. 108 e ss., che ben ha spiegato, da un punto di vista della tecnica legislativa, le possibilità di formulare i presupposti delle misure di sicurezza, tra cui, quella scelta dal Codice Rocco, ovvero di richiedere «sia la constatazione della pericolosità sia la presenza di determinati fatti come sintomi di pericolosità. Qui il giudice deve farsi un giudizio sulla pericolosità che può considerarsi accertata solo quando si esprime nella forma prevista dal legislatore». In tal modo, con questa tecnica, come afferma Exner, come esistono condizioni obiettive di punibilità, «così ci sono condizioni obiettive di sicurezza, cioè circostanze che non riguardano il bisogno di sicurezza (*Sicherungsbedürftigkeit*) e tuttavia sono presupposto della sicurezza. Il fatto, nell'attuale politica criminale, è una siffatta condizione della sicurezza», così nella *Relazione ministeriale al Progetto definitivo del codice penale*, Roma, 1929, II, pag. 252.

¹²² Il legislatore, prevedendo un presupposto oggettivo, qual è la commissione di un reato, ha dato un ruolo strategico alla disciplina delle misure di sicurezza poiché tale presupposto costituisce il limite esterno all'utilizzazione dell'idea della prevenzione e della sicurezza in MUSCO, alla voce *Misure di sicurezza*, in Enc. Dir., agg., Vol. I, Giuffrè 1997, pag. 765.

¹²³ FIDELBO, in LATTANZI, LUPO, *Codice Penale, Rassegna di Giurisprudenza e Dottrina*, Milano, 2010 pag. 922, commento all'art. 203 c.p.

In questo modo, il legislatore ha voluto evitare il rischio di un uso indiscriminato delle esigenze di sicurezza, legando l'applicazione delle misure di sicurezza al momento della consumazione, in cui la pericolosità del soggetto è un sintomo sicuro, costituito dalla violazione della legge penale.¹²⁴

In tal senso, la misura di sicurezza è una forma di reazione rispetto al reato, ai sensi dell'art. 25, comma 3, Cost., ed il reato stesso è così concepito come sintomo ed in chiave strumentale rispetto alla pericolosità sociale.¹²⁵

Del resto, nella stessa Relazione ministeriale al Progetto definitivo al codice penale, in riferimento al presupposto della commissione di un reato per l'applicazione delle misure di sicurezza, si legge che lo stesso è: «un indizio di pericolosità criminale, che non è soltanto temuta, come negli individui pericolosi ma non ancora violatori dell'ordine giuridico, ma si è già rivelata con un segno inequivocabile».¹²⁶

Dunque, il presupposto della commissione del fatto previsto dalla legge come reato costituisce una esigenza liberal-garantista di rispetto dei diritti di libertà del cittadino, tenuto conto della rilevante incidenza delle misure di sicurezza sulla libertà individuale.

Circa l'interpretazione dell'inciso normativo «fatto preveduto come reato», la dottrina ha ritenuto che il fatto debba corrispondere ad una fattispecie di reato e che non debba essere giustificato dalla presenza di un'

¹²⁴ PELUSO, *Misure di sicurezza (Profili sostanziali)*, in *Digesto diritto penale*, UTET, 1994, Vol. VIII, pag. 149.

¹²⁵ LATTANZI, LUPO, *Codice penale, Rassegna di Giurisprudenza e di dottrina*, Vol. V, Milano 2010, pag. 910.

¹²⁶ cfr. *Relazione ministeriale al Progetto definitivo del codice penale, op. cit.*, pag. 252.

“esimente” e che debba essere sorretto dall’elemento soggettivo del dolo e della colpa.¹²⁷

In giurisprudenza si è affermato che «l’accertamento del fatto-reato in tutte le sue componenti, comprese quelle circostanziali, presenta un carattere di priorità rispetto a quello della imputabilità di un soggetto cui il fatto medesimo viene attribuito».¹²⁸

Già in dottrina, si era ampiamente ritenuto che, da un punto di vista logico-dogmatico, nel rapporto imputabilità- reato, il fatto-reato costituisce il nucleo di imputazione oggettiva, mentre il giudizio sull’imputabilità deve innestarsi come una fase *intermedia* o di *passaggio* tra il giudizio di imputazione oggettiva ed il successivo giudizio che è, rispettivamente di responsabilità¹²⁹ o di garanzia, a seconda che il soggetto sia o meno capace di intendere e di volere. Ne deriva che l’accertamento del fatto-reato rientra nella fase di imputazione oggettiva, in cui va accertato il fatto (oggettivamente) offensivo dell’interesse (*interno*) garantito e genericamente *appartenente* all’agente, essendo sufficiente il nesso di causalità materiale, salvo la forza maggiore, costringimento fisico e psichico, caso fortuito.¹³⁰

Quindi, terminata negativamente la fase dell’imputazione oggettiva, il giudizio si concluderà con una delle formule di assoluzione «perché

¹²⁷ Sul punto cfr. MUSCO, alla voce *Misure di sicurezza*, cit. pag. 765 ed in giurisprudenza si è affermato che nella locuzione fatto va compreso anche l’elemento soggettivo e perciò il giudice deve stabilire se si tratti di delitto doloso o colposo, ai sensi dell’art. 222 c.p. (Tribunale di Cagliari, 24 giugno 1975).

¹²⁸ *Cassazione Penale, VI sezione, 11.4.2001*, Vitale in *Riv. pen. 2001*, 931 citata in GALGANI, *Difetto di imputabilità e processo penale: considerazioni sui termini di un rapporto tuttora controverso*, in GIOVANNANGELO, PIEMONTESE e VENAFRO, *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, pag. 271.

¹²⁹ Sul punto BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961, pag. 268, in cui l’Autore precisa la differenza del modello tedesco di *responsabilità per il fatto (Tatverantwortung)*, dove emerge l’esigenza di creare una piattaforma che valga sia per il giudizio di responsabilità che di garanzia.

¹³⁰ BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, op. cit., pag. 268-269, il corsivo è dell’Autore.

il fatto non sussiste», «non è preveduto come reato» (per esempio, qualora il giudice accerti una scriminante), non incompatibili con la *eventuale*, in quanto non ancora accertata, incapacità di intendere e di volere dell'agente.

Se, invece, la fase dell'imputazione oggettiva si risolve positivamente, il giudizio sarà maturo per accertare le condizioni di capacità di intendere e di volere dell'imputato.¹³¹

Il Giudice, quindi, se è convinto della non colpevolezza dell'imputato, dovrà orientarsi verso una sentenza di assoluzione che applichi l'esatta formula di assoluzione, nel rispetto della "gerarchia delle formule", poiché, anche in questo caso, sarà giudice del «fatto» storico, benchè non «fatto di reato».¹³²

Da un punto di vista strettamente processuale, la Corte di Cassazione ha stabilito che il giudice dell'udienza preliminare, ai sensi dell'art. 425 c.p.p., può pronunciare sentenza di non luogo a procedere nei confronti di una "persona non punibile per qualsiasi causa" anche nell'ipotesi di difetto di imputabilità per incapacità di intendere e di volere, a condizione che non debba essere applicata una misura di sicurezza personale, in considerazione dell'assenza di pericolosità sociale dell'imputato.¹³³

È stato chiarito, inoltre, alla stregua dei principi costituzionali (Corte Costituzionale, ordinanza n. 224 del 2001)¹³⁴, che il giudice può addi-

¹³¹ BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, op. cit., pag. 268-269, sul punto cfr. anche a cura di DE FRANCESCO, PIEMONTESE, VENAFRO, *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, pag. 271.

¹³² DALIA, *Il «fatto» nel procedimento penale*, Sezione di Diritto Processuale Penale, Quaderni n. 6, ed. Università degli Studi di Salerno, Anno 2005, pag. 238, in riferimento alla sentenza della Corte di Cassazione, VI Sez. Penale, 30 novembre 1989, Pennino, in *Cass. Pen.*, 1991, pag. 1584.

¹³³ *Cassazione Penale, II Sezione, n. 45527 del 21.10.2005 e Cassazione Penale, II Sezione, n. 21826 del 5.3.2014*. In senso contrario SCALFATI.

¹³⁴ La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 1, c.p.p., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudice dell'udienza preliminare del giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare

venire al proscioglimento dell'imputato per incapacità di intendere e di volere solo dopo aver accertato la configurazione, in termini materiali e di colpevolezza, del reato attribuito all'imputato stesso (Cass. Pen., VI Sezione, sentenza 4.4.2000, n. 5275 e Cassazione Penale, VI Sezione, sentenza del 30.9.2008, n. 38579).¹³⁵

Quando, invece, va applicata una misura di sicurezza personale il giudice rende una sentenza di assoluzione ai sensi dell'art. 530 c.p.p. con la formula «*l'imputato non è imputabile*».

Tale formula può riguardare tanto il proscioglimento completo (...*proscioglie l'imputato perché è provato che si tratta di persona non imputabile; ...proscioglie l'imputato perché manca la prova che si tratti di persona imputabile*), quanto il proscioglimento dubitativo ai sensi dell'art. 530 comma 2, c.p.c. (...*proscioglie l'imputato perché è insufficiente la prova della sua imputabilità*).¹³⁶

Dubbi si sono posti in dottrina circa l'ordine di accertamento giudiziale, rispettivamente del fatto costituente reato e dell'imputabilità.

La questione non è di poco conto, perché nel caso in cui il giudice accerti prima se il fatto non costituisca reato, la formula di assoluzione sarebbe: «*...il fatto non costituisce reato*».

sentenza, poi annullata, nei confronti del medesimo imputato e per lo stesso fatto. In tale ordinanza, la Corte ha chiarito che, con la legge 16 dicembre 1999 n. 479, l'udienza preliminare ha subito una profonda trasformazione sia sul piano della quantità e qualità di elementi valutativi che vi possono trovare ingresso, sia dei poteri correlativamente attribuiti al giudice, oltre che per la più estesa gamma delle decisioni che il giudice può adottare. Pertanto, in forza della nuova formulazione dell'art. 425 c.p.p., è ammissibile la sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità, quando da essa non scaturisce una misura di sicurezza personale, tenuto conto che tale sentenza ha bisogno di un «necessario accertamento di responsabilità in ordine al fatto reato» (sentenza Corte Costituzionale n. 41 del 1993).

¹³⁵ Corte di Cassazione Penale, VII Sezione, ordinanza n. 26531 del 6.7.2012.

¹³⁶ DOSI, *La sentenza penale di proscioglimento*, Giuffrè Editore, 1955, pag. 174-175, il corsivo è dell'Autore.

Diverso è se, invece, il giudice accerta prima l'imputabilità dell'imputato e, se ritenuto socialmente pericoloso, dovrà esaminare se il fatto costituisca o meno reato ed applicare, in caso positivo, una misura di sicurezza.

Una parte della dottrina ha affermato la necessaria precedenza, anche da un punto di vista logico, della formula di proscioglimento relativa alla inimputabilità alla formula di proscioglimento relativa alla non punibilità perché il fatto non costituisce reato¹³⁷.

La giurisprudenza, sul punto, ha ritenuto che ai fini dell'applicazione della esatta formula di assoluzione "*il giudice deve innanzitutto stabilire se il "fatto" sussiste nei suoi elementi obiettivi (condotta, evento, rapporto di causalità) e, solo in caso di accertamento affermativo, può scendere all'esame degli altri elementi (imputabilità, dolo, colpa, condizioni obiettive di punibilità, etc.) da cui è condizionata la sussistenza del reato*".¹³⁸

Il giudice potrà, quindi, applicare la formula di proscioglimento piena per vizio totale di mente solo in favore di quei soggetti che rientrano nei casi di cui all'art. 85 c.p., previa valutazione del fatto.

Inoltre, la sentenza di assoluzione deve contenere la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con le prove poste a base della decisione stessa e l'enunciazione dei motivi per cui il giudice non ritiene attendibili le prove contrarie. Pertanto, di fondamentale importanza è l'accertamento del fatto del non imputabile prima ancora dell'accertamento della stessa imputabilità, altrimenti si incorrerebbe anche in una violazione dell'art. 546, comma 2, lettera e, c.p.p.

¹³⁷ DOSI, *La sentenza penale di proscioglimento*, op. cit., pag. 176 e GUARNERI, *Il processo delle misure di sicurezza*, Utet, Torino, 1953, pag. 162.

¹³⁸ Cassazione Penale, Sez. III, 21 maggio 2013, n. 28351.

L'accertamento del fatto è di fondamentale importanza anche in relazione alla durata massima delle misure di sicurezza, se si considera, come si vedrà, che la legge 30 maggio 2014, n. 81 ha introdotto, in proposito, una considerevole modifica, stabilendo che le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima.

L'applicazione della formula di proscioglimento per non imputabilità o perché il fatto non costituisce reato genera conseguenze anche sul piano civilistico, tenuto conto che, se la formula di assoluzione è per non imputabilità, il danneggiato potrà esperire solo l'azione ex art. 2047 c.c., in sede civile¹³⁹, nei confronti di chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, in mancanza, considerate le condizioni economiche delle parti, potrà ottenere un'equa indennità ex art. 2047, comma 2, c.p.c.

L'applicazione della formula il fatto non costituisce reato comporta una diversa conseguenza civilistica, ben potendo il danneggiato, costituito parte civile, nel caso in cui il fatto costituisca un illecito civile, agire per l'intero risarcimento del danno.

¹³⁹ Sul punto è recentemente intervenuta una sentenza della Corte Costituzionale, 29.1.2016 n. 12, sulla questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 538 c.p.p., nella parte in cui non consente al giudice di decidere sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno, proposta a norma degli artt. 74 e seguenti del medesimo codice, quando pronuncia sentenza di assoluzione dell'imputato in quanto non imputabile per vizio totale di mente. In senso critico cfr. LAVARINI, *Assoluzione per difetto di imputabilità e decisione de danno: un'occasione perduta?*, in www.la legislazione penale.eu.

2. La capacità di stare in giudizio e la questione degli imputati eternamente giudicabili. Corte Costituzionale, sentenza n. 23 del 14 febbraio 2013.

Da un punto di vista strettamente processualistico, problemi si sono posti in ordine alla capacità del soggetto non imputabile di assumere la qualità di imputato.

Nel nostro codice di procedura penale, tenuto conto della distinzione tra procedimento e processo, l'acquisizione della qualità di imputato si ha nel momento di esercizio dell'azione penale, posto che l'art. 60 c.p.p. dispone che la qualità di imputato è assunta dalla persona alla quale è attribuito il reato nella richiesta di rinvio a giudizio, di giudizio immediato, di decreto penale di condanna, di applicazione della pena a norma dell'art. 447, comma 1, c.p.p., nel decreto di citazione diretta a giudizio e nel giudizio direttissimo, in sostanza in tutti i casi di cui all'art. 405 c.p.p.

L'acquisizione della qualità di imputato è una conseguenza della capacità penale¹⁴⁰, nel senso che possono essere imputati solo i destinatari di una norma penale.

L'instaurazione di un processo penale nei confronti di un determinato soggetto è consentita solo quando tale soggetto sia destinatario della

¹⁴⁰ Sul punto MORO, *La capacità giuridica penale*, Padova, 1939 e DELL'ANDRO, *Capacità giuridica penale*, voce enciclopedica in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè Editore, 1960, che spiega che la capacità giuridica penale è una categoria logica - formale che può identificarsi nella posizione che il soggetto assume nei confronti del bene o interesse che la norma intende tutelare. Fermo restando la netta distinzione tra la nozione di capacità giuridica penale, che attiene al momento condizionante il sorgere del rapporto penale primario (Kelsen), e la nozione di capacità d'agire penale (imputabilità), che attiene al momento condizionante il sorgere del rapporto punitivo (secondario), sta al giudice, in virtù di un'operazione logica, riportarsi al momento della commissione del fatto e, con un procedimento di astrazione, accertare proprio quei requisiti che condizionano il sorgere di una situazione potenziale d'obbligo, isolandoli da elementi oggettivi e soggettivi. In questo modo il giudice può cogliere la coincidenza tra lo schema astratto del soggetto formalmente capace ed il soggetto empirico che ha realizzato la fattispecie concreta. Sul punto cfr. anche DE FELICE, *Riflessioni in tema di capacità giuridica penale*, Napoli, 1976.

situazione soggettiva di dovere che scaturisce dalla norma penale¹⁴¹ e, quindi, sia possibile tramite il processo penale irrogare a detta persona la sanzione comminata dalla disposizione penale.

Ci si è posto il problema di quali siano i soggetti processualmente incapaci e se possono considerarsi tali gli immuni¹⁴² ed i non imputabili.

Per quanto riguarda la capacità processuale dei non imputabili, da un punto di vista sostanziale, si rileva come sia comunque necessario l'accertamento del fatto di reato per l'applicazione della misura di sicurezza, tenuto conto che di imputato in senso tecnico si parla solo rispetto al giudizio di cognizione.

Tuttavia, la capacità di essere imputato e, quindi, di stare in giudizio, coincide con la capacità di agire ovvero con la capacità di compiere le attività demandate all'imputato.

Le eccezioni a tale regola sono previste dagli artt. 70 e 71 c.p.p.

La capacità di stare in giudizio, ai sensi degli artt. art. 70, 71 e 72 c.p.p., rappresenta una questione fondamentale per lo svolgimento del procedimento penale. Quando vi siano fondati dubbi circa la incapacità dell'imputato di partecipare coscientemente ed attivamente al processo, laddove non debba essere pronunciata una sentenza di proscioglimento o

¹⁴¹ La fattispecie astratta, che disciplina una determinata situazione, si incontra con un soggetto empirico, che deve essere in possesso di determinati requisiti, quali la capacità di intendere e di volere e l'inesistenza di una situazione di immunità (cd. situazione *potenziale* d'obbligo), sul punto cfr. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, op. cit., pag. 93.

¹⁴² Nel caso dell'immunità bisogna distinguere tra immunità parziale o totale. Nel primo caso, non è ravvisabile una incapacità processuale, perché comunque al fine di individuare se un determinato comportamento rientri oppure no tra quelli per cui opera l'immunità sarà indispensabile un accertamento processuale. Nel caso di immunità totale, invece, si ravvisa una incapacità assoluta di diritto penale e di conseguenza anche una incapacità processuale penale, posto che il soggetto, non potendo commettere alcun reato, non può assumere la qualità di imputato. Si confronti CONSO, *Enciclopedia del Diritto*, Voce Enciclopedica *Capacità processuale penale*, Giuffrè Editore, 1960, pag. 141.

di non luogo a procedere, il procedimento deve essere sospeso e disposta, anche d'ufficio, una perizia (art. 70 c.p.p.).

Se lo stato mentale dell'imputato risulterà dalla perizia tale da impedirgli la cosciente partecipazione al procedimento, il giudice deve disporre la sospensione ai sensi dell'art. 71 c.p.p.

In seguito, ai sensi dell'art. 72 c.p.p., il giudice deve eseguire ogni sei mesi ulteriori accertamenti peritali, fino a quando non risulti possibile la cosciente partecipazione dell'imputato al procedimento o non risulti che nei suoi confronti debba essere pronunciata una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere.

Qualora lo stato mentale dell'imputato che ha determinato la sospensione del procedimento non migliori, ma dia luogo ad una condizione di incapacità irreversibile a partecipare coscientemente al proprio processo, si produrrà una paralisi processuale destinata a procrastinarsi *sine die*, poiché è preclusa al giudice la possibilità di pronunciare qualsiasi sentenza.

Da un lato, l'art. 70 c.p.p. vuole essere una forma di garanzia per l'imputato con un vizio totale di mente, che non può partecipare coscientemente al processo. Infatti, il legislatore ha previsto tale disposizione poiché il processo non può proseguire se tali soggetti non sono in grado di percepire quali diritti e garanzie spettano loro anche a livello procedimentale.

Proprio per tali motivi, l'art. 70, comma 1, c.p.p. è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui prevedeva che l'infermità dovesse essere 'sopravvenuta al fatto'; sul punto la sentenza della Corte Costituzionale n. 340 del 20 luglio 1992 ha sostenuto che il procedimento può essere sospeso anche se il vizio di mente sia subentrato, poiché ciò

che rileva è la capacità di comprendere ed effettuare scelte consapevoli.¹⁴³

Dall'altro lato, però, si sono poste ulteriori questioni di legittimità costituzionale quando tali norme si pongono in combinato disposto con altre disposizioni codicistiche, per esempio con l'art. 159 c.p. in tema di prescrizione.

Il legislatore, prevedendo che in caso di sospensione del procedimento o del processo penale anche il corso della prescrizione rimane sospeso, ha ricompreso nel suo ambito applicativo anche le ipotesi di sospensione processuale ex artt. 71 e 72 c.p.p.

Ne deriva che, se l'imputato è permanentemente incapace per infermità cognitive o psichiche, la sospensione della prescrizione, nel caso di sospensione del procedimento collegato ad uno stato mentale dell'imputato irreversibile e che non giustifichi una sentenza di proscioglimento, non sarebbe temporanea, bensì tendenzialmente perenne.¹⁴⁴

Lo *status* di «eternamente giudicabile» è stato valutato anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 23 del 14 febbraio 2013. La Consulta, pur dichiarando inammissibile la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 159, comma 1, c.p.¹⁴⁵, ha così affermato: «L'applicazione di tale regola anche nei casi in cui è del tutto irrealistico ipotizzare il recupero delle facoltà mentali dell'imputato e, quindi, la riattivazione del procedimento, comprometterebbe, allo stesso tempo, il

¹⁴³ La sentenza della Corte Costituzionale n. 340 del 20 luglio 1992 può essere consultata su <http://www.giurcost.org/decisioni/1992/0340s-92.html>

¹⁴⁴ Sul punto cfr. CHIAVARIO, *Infermità mentale ed "eterni giudicabili": a proposito della sent. 23/2013 della Corte Costituzionale*, in *Legislazione penale* n. 2-2013, pag. 345 e ss.

¹⁴⁵ La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 1 dell'art. 159 c.p., in riferimento alla parte in cui prevede la sospensione del corso della prescrizione anche in presenza delle condizioni di cui agli [artt. 71 e 72 c.p.p.](#), laddove sia accertata l'irreversibilità dell'incapacità dell'imputato di partecipare coscientemente al processo.

principio della ragionevole durata del processo, il principio di ragionevolezza (presupponendo la norma censurata la transitorietà della situazione che impone la stasi processuale), il principio di uguaglianza (per il trattamento deteriore riservato alla persona che si trovi nella condizione anzidetta, resa eternamente giudicabile). Sarebbe infine violato il diritto di difesa dell'imputato, in ipotesi di recupero del deficit mentale, giacché il lungo tempo trascorso dal fatto di reato renderebbe difficile approntare una difesa efficace».¹⁴⁶

La Corte Costituzionale ha, quindi, lanciato un vero e proprio monito al legislatore, per l'incongruenza e l'irragionevolezza della normativa e per la sua inerzia in ordine al grave problema degli eternamente giudicabili.

Inoltre, la non manifesta infondatezza della questione è da individuarsi soprattutto nella disciplina che consente che l'imputato, incapace processualmente a tempo indeterminato, sia sottoposto a misura di sicurezza detentiva applicata in via provvisoria, ai sensi degli artt. 206 c.p. e 312 c.p.p.

Ne deriva che, se da un lato al giudice è preclusa la possibilità di pronunciare sentenza, dall'altra l'imputato, sulla base di meri indizi di reato, resta privo della libertà potenzialmente *usque ad mortem*, in contrasto con gli artt. 3, 13, 24, 111 Cost.¹⁴⁷

¹⁴⁶ La sentenza della Corte Costituzionale n. 23 del 14 febbraio 2013 può essere consultata su <http://www.giurcost.org/decisioni/2013/0023s-13.html>. In dottrina, LEO, *Il problema dell'incapace «eternamente giudicabile»: un severo monito della Corte costituzionale al legislatore*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18.2.2013.

¹⁴⁷ Sul punto, si evidenziano le motivazioni addotte dal Trib. Roma, VIII sez. penale, ord. 29 novembre 2013, Giud. Di Nicola, con cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 71, comma 1 c.p.p.; in dottrina BELLUTA, *Il tema degli "eternamente giudicabili" torna davanti alla Corte Costituzionale - Trib. Roma, VIII sez. penale, ord. 29 novembre 2013, Giud. Di Nicola*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 maggio 2014.

Sul punto si è espresso il Tribunale di Roma, che, con ordinanza del 29 novembre 2013, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 70, comma 1, c.p.p., per la violazione dei suddetti articoli della Costituzione, proprio perché da una patologia psichica irreversibile, che comporta una incapacità processuale a tempo indeterminato, può derivare una restrizione di natura detentiva applicata provvisoriamente all'infinito.

Si genera così un paradosso: l'imputato è privato della libertà personale, con una misura di sicurezza provvisoria, per un tempo indefinito e tanto al fine di esercitare il proprio diritto di difesa, ma in un giudizio che di fatto non si compirà mai.

Quindi, l'imputato, incapace di stare in giudizio, vedrà non solo sospendersi il giudizio ai sensi degli artt. 70 e 71 c.p.p., ma anche la sospensione della prescrizione per un tempo indefinito.

Ciò comporta l'irragionevolezza degli istituti penali protratti per tutta la durata della vita dell'imputato, nonché la disparità di trattamento per chi è destinatario di una misura cautelare custodiale e chi di una misura di sicurezza detentiva eseguita in via provvisoria, quest'ultima disposta senza un limite massimo di durata.¹⁴⁸

Nel 2015, è stata nuovamente sollevata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 159, comma 1, c.p. e questa volta la Consulta ha deciso di dichiararne l'illegittimità nella parte in cui, ove lo stato mentale dell'imputato sia tale da impedirne la cosciente partecipazione al

¹⁴⁸ BELLUTA, *Il tema degli "eternamente giudicabili" torna davanti alla Corte Costituzionale - Trib. Roma, VIII sez. penale, ord. 29 novembre 2013, Giud. Di Nicola, op. cit.*

procedimento e questo venga sospeso, non esclude la sospensione della prescrizione quando è accertato che tale stato è irreversibile.¹⁴⁹

Pertanto, anche se il processo è sospeso, con l'accertamento della irreversibilità della patologia dell'imputato, la prescrizione riprende il suo corso.

La Consulta, richiamando ancora una volta il legislatore, che non avrebbe considerato «prioritaria nel suo calendario la risoluzione di tale problematica», con la sentenza n. 45 del 25 marzo 2015, ha prodotto considerevoli effetti sull'applicabilità delle misure di sicurezza detentive nei confronti di quegli imputati non capaci nel processo ed allo stesso tempo socialmente pericolosi, ai quali è applicata una misura di sicurezza detentiva a carattere provvisorio. Infatti, con l'entrata in vigore della legge n. 81 del 2014, di cui si dirà in seguito¹⁵⁰, le misure di sicurezza detentive, provvisorie e definitive, non sono suscettibili di protrarsi «oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima (art. 1, comma 1, 1 quater del D.L. 52/2014).

In tal modo, l'imputato, incapace di stare in giudizio, non potrà essere privato della libertà personale per un tempo indefinito ed in violazione degli artt. 13 Cost. e 5 CEDU.

La sentenza della Corte Costituzionale del 2015, in combinato con la suddetta disposizione normativa, conduce ad una possibile ed ulteriore riduzione dei tempi di applicazione della misura di sicurezza detentiva.

¹⁴⁹ La sentenza della Corte Costituzionale n. 45 del 25 marzo 2015, Pres. Criscuolo, Rel. Lattanzi, può essere consultata su <http://www.giurcost.org/decisioni/2015/0045s-15.html>

¹⁵⁰ cfr. Capitolo III, par. 5 pag. 132 e ss.

Difatti, il termine di prescrizione del reato commesso dall'imputato con una patologia psichica cronica irreversibile riprende a decorrere non appena è accertata dal giudice la irreversibilità.

Ne deriva che dal momento in cui viene accertata anche la pericolosità sociale, l'imputato è sottoposto a misura di sicurezza detentiva; tuttavia, se la pericolosità è accertata in un momento successivo alla irreversibilità della incapacità processuale, l'incapace può essere sottoposto a misura di sicurezza detentiva solo per il tempo residuo e fino al sopraggiungere della prescrizione.

Scaduti i termini, l'incapace è prosciolto per estinzione del reato, perciò, ai sensi dell'art. 210 c.p., non gli si possono applicare misure di sicurezza anche se lo stesso è ancora socialmente pericoloso.

Ne deriva, che se la pericolosità fosse accertata a ridosso della scadenza dei termini di prescrizione, la misura di sicurezza detentiva, disposta in favore dell'incapace, avrebbe una durata ancora più ridotta di quella fissata dalla legge n. 81 del 2014.¹⁵¹

3. Gli eternamente giudicabili alla luce della legge n. 103/2017.

Il 4 luglio 2017 è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale la l. 23 giugno 2017, n. 103, cd. riforma Orlando, recante modifiche al codice penale, di procedura penale e all'ordinamento penitenziario, entrata in vigore il 3 agosto 2017.¹⁵²

¹⁵¹ DANIELE, *Il proscioglimento per prescrizione dei non più 'eterni giudicabili' la sorte degli imputati affetti da incapacità processuale irreversibile dopo la sentenza 45/2015 della corte costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 Aprile 2015.

¹⁵² Dopo un complesso iter di lavori parlamentari, il ddl 4368 nasce dall'accorpamento di ben 3 progetti di legge, nonché numerose proposte di iniziativa parlamentare ed è composto da un unico articolo con ben 95 commi.

La riforma, dopo le varie ammonizioni ricevute dalla Corte di legittimità, è intervenuta, tra l'altro, proprio sulla questione degli eternamente giudicabili, cercando di risolvere definitivamente ed in modo innovativo la questione.¹⁵³

La Corte Costituzionale, pur avendo migliorato la precedente situazione, aveva comunque lasciato insolte questioni, quale quella dei delitti imprescrittibili. In tali casi, infatti, l'imputato, non potendo giovare del disposto della Corte Costituzionale, restava eternamente giudicabile.

La riforma, quindi, con i commi da 21 a 23 della legge del 23 giugno 2017, n. 103 - Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario, ha apportato modifiche agli artt. 71 e 345 c.p.p. ed ha introdotto l'art. 72 bis c.p.p.

Il legislatore ha modificato il primo comma dell'art. 71 c.p.p., disponendo la sospensione del procedimento quando lo stato mentale dell'imputato è tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento e quando - qui si evince la modifica - risulta che tale stato è reversibile.

Ne deriva che, acquisendo il dettato della sentenza della Corte Costituzionale n. 45/2015, il giudice non può sospendere il procedimento, con le conseguenti perizie semestrali, se lo stato mentale dell'imputato è irreversibile.

Di particolare rilevanza è l'introduzione dell'art. 72 bis c.p.p., che, definendo il procedimento per incapacità irreversibile dell'imputato, così dispone: «*Se, a seguito degli accertamenti previsti dall'articolo 70, ri-*

¹⁵³ un primo commento alla riforma GALLUCCIO, *Pubblicata in Gazzetta Ufficiale la riforma Orlando, L. 23 giugno 2017, n. 103, in G.U., serie generale, 4 luglio 2017, n. 154*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6 luglio 2017 e CABIALE, DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 giugno 2017, pag. 2.

sulta che lo stato mentale dell'imputato è tale da impedire la cosciente partecipazione al procedimento e che tale stato è irreversibile, il giudice, revocata l'eventuale ordinanza di sospensione del procedimento, pronuncia sentenza di non luogo a procedere o sentenza di non doversi procedere, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca».

Tale disposizione ha completamente accolto i suggerimenti della dottrina¹⁵⁴ e della prima Consulta di abbandonare la logica della sospensione del procedimento e della prescrizione, in favore di una previsione strettamente processuale, prevedendo che la reversibilità dello stato mentale dell'imputato è una condizione di procedibilità.

Dunque, se il giudice accerta la irreversibilità dello stato mentale dell'imputato, pronuncia una sentenza di non luogo a procedere o sentenza di non doversi procedere, in tal modo risolvendo anche la questione dei delitti imprescrittibili.

Il legislatore, inoltre, ha disciplinato, con la modifica dell'art. 345, comma 2, c.p.p., i casi in cui sia venuto meno lo stato di incapacità dell'imputato o tale stato sia stato erroneamente dichiarato, per eventuali errori diagnostici o per altra causa, per cui la persona diventa capace di stare in giudizio.

In queste ipotesi, venuta in essere la condizione di procedibilità, anche dopo la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere o della

¹⁵⁴ SCOMPARIN, *Sospensione del processo per incapacità irreversibile dell'imputato: una normativa suscettibile di perfezionamenti nuovamente "salvata" dalla Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 957 ss. Cfr. anche BELLUTA, *Il tema degli "eternamente giudicabili" torna davanti alla Corte Costituzionale*, op. cit.

sentenza di non doversi procedere, l'azione penale può essere riproposta, con la conseguente riapertura del procedimento.¹⁵⁵

L'art. 72 *bis* c.p.p. si combina con l'art. 425, comma 4, c.p.p., che vieta al giudice dell'udienza preliminare di pronunciare sentenza di non luogo a procedere se ritiene che dal proscioglimento debba conseguire l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca.

Sul punto, è costante l'insegnamento secondo il quale «l'accertamento della pericolosità sociale dell'imputato osta alla sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità, in quanto ciò comporta per il giudice l'obbligo di applicare una misura di sicurezza personale.» (Cassazione Penale, Sez. 3, Sentenza n. 36362 del 09/07/2009).

Il giudice dell'udienza preliminare dovrà, quindi, sempre valutare i presupposti di applicabilità delle misure di sicurezza personali, anche quando l'incapacità dell'imputato risulta essere irreversibile, poiché nel caso sia necessario disporre una misura di sicurezza diversa dalla confisca, il giudice non potrà comunque emettere sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere.

Resta, quindi, aperta la problematica dei poteri proscioglitivi del giudice alla luce della riforma¹⁵⁶, poiché il legislatore nulla dice in merito alla situazione di chi, incapace di stare in giudizio in modo irreversibile, sia anche socialmente pericoloso, per cui va applicata una misura di sicurezza diversa dalla confisca.

¹⁵⁵ CABIALE, DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, op. cit., pagg. 3 e 4.

¹⁵⁶ SCOMPARIN, *La nuova causa di improcedibilità per incapacità irreversibile dell'imputato: il traguardo di una soluzione attesa e i residui dubbi sui margini dei poteri proscioglitivi del giudice*, in *Legislazione penale*, del 14.11.2017, anche in riferimento alla questione relativa al diritto dell'imputato di ottenere una formula più favorevole. Su quest'ultimo punto cfr. anche SCOMPARIN, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Giappichelli 2008, pag. 77 e ss. e pag. 376 e ss.

In questo caso, le ipotesi che si prospettano sono sostanzialmente due¹⁵⁷.

La prima ipotesi prevede che l'imputato, al quale sia stata accertata la pericolosità sociale, sia affetto da infermità di mente al momento della commissione del fatto e giunga al processo privo della capacità di parteciparvi coscientemente, in modo irreversibile. Questo caso porterebbe il giudice ad emettere una sentenza di proscioglimento dell'imputato, in quanto accertato non imputabile al momento del fatto ex art. 70 c.p.p., e la conseguente applicazione di una misura di sicurezza più idonea.

Quest'ultima ipotesi appare in ogni caso limitata, poiché risulta difficile immaginare l'applicazione della misura di sicurezza nei confronti di una persona incapace in modo irreversibile.

La seconda ipotesi, invece, prevede che l'imputato, capace al momento della commissione del fatto di reato, diventi incapace di partecipare al processo, in modo irreversibile, in un momento successivo.

In questo caso, il giudice non può né prosciogliere, poiché l'imputato era imputabile al momento del fatto, ma nemmeno condannare con l'applicazione della misura di sicurezza, essendo la persona incapace irreversibilmente.

In assenza di una espressa previsione legislativa, il giudice potrebbe trovarsi "costretto" a dichiarare l'improcedibilità senza poter adottare alcuna misura di sicurezza nei confronti dell'imputato incapace in modo irreversibile socialmente pericoloso¹⁵⁸.

Bisognerà necessariamente attendere le prime decisioni in merito.

¹⁵⁷ Sul punto cfr. SCOMPARIN, *La nuova causa di improcedibilità per incapacità irreversibile dell'imputato: il traguardo di una soluzione attesa e i residui dubbi sui margini dei poteri proscioglitori del giudice*, in *Legislazione penale*, del 14.11.2017, pag. 7.

¹⁵⁸ SCOMPARIN, *La nuova causa di improcedibilità per incapacità irreversibile dell'imputato: il traguardo di una soluzione attesa e i residui dubbi sui margini dei poteri proscioglitori del giudice*, in *Legislazione penale*, del 14.11.2017, pag. 7.

CAPITOLO II

Imputabilità e doppio binario

1. Il (discutibile) fondamento scientifico dell'imputabilità.

Nella struttura della colpevolezza, la teoria normativa oggi dominante sostiene che è *colpevole* un soggetto imputabile, capace di intendere e di volere, il quale ha realizzato con dolo o con colpa una fattispecie prevista dalla legge come reato.

L'imputabilità è, quindi, un presupposto della colpevolezza¹⁵⁹; è la maturità psicologica del reo, che consente di muovere un rimprovero personale all'autore del reato.¹⁶⁰

Come sosteneva la Scuola Classica del diritto penale, il rimprovero penale, che implica un giudizio anche morale, si può muovere al soggetto agente, dotato di libero arbitrio, fintantoché questi abbia la maturità mentale di saper discernere tra ciò che è lecito e illecito. Se il soggetto manca di discernimento e quindi di libero arbitrio, come nel caso degli infermi di mente, non gli si può muovere un rimprovero, poiché non potrà comprendere quanto l'azione che ha commesso sia riprovevole e pertanto non può essere condannato. Tale concezione è stata poi superata dalla Scuola

¹⁵⁹ Si è affermato nella dottrina tedesca che forse più di colpevolezza sarebbe più esatto parlare di responsabilità, poiché la colpevolezza è solo uno dei fattori che concorrono a configurare la responsabilità penale, ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale, Saggi di teoria del reato*, a cura di Sergio Moccia, Napoli, 1998, pag. 70.

¹⁶⁰ In senso contrario PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale, Parte Generale*, Settima Edizione, Milano, 2000, pag. 629 e ss. che considera l'imputabilità, in senso formale, come un aspetto della capacità giuridica penale, che fa da presupposto all'applicazione della pena, mentre da un punto di vista sostanziale come capacità di intendere e di volere. In senso analogo, l'ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano 2000, pag. 616, secondo cui l'imputabilità è un modo di essere del soggetto, necessario perché l'autore di reato possa essere assoggettato a pena. Secondo Antolisei, quindi, la mancanza di imputabilità è causa personale di esenzione da pena.

Positiva, che negava il libero arbitrio, considerandolo una mera illusione psicologica¹⁶¹.

Sono, tuttavia, sorte una serie di dottrine intermedie, tra cui la Terza Scuola, che, aderendo ad una posizione compromissoria, ha recepito il sistema dualistico del doppio binario.¹⁶²

Tra le principali teorie che hanno tentato di superare il contrasto tra la libertà e la causalità sono le teorie della normalità, dell'identità personale e della intimidabilità.¹⁶³

La teoria della normalità ritiene imputabile la persona che agisce normalmente, cioè l'uomo sano e maturo, che sa autodeterminarsi.

Tale impostazione non contesta al non imputabile l'assenza di libero arbitrio, ma che le sue capacità intellettive non sono normali, pertanto, in assenza di normalità, manca la ragione di punire.

Problemi si pongono circa la definizione del concetto di normalità, che in diritto è diversa dal concetto psicologico e psichiatrico, poiché in ambito giuridico si sente la necessità di fissare un limite tra normalità e anormalità - nel codice penale tale limite lo si trova negli artt. 88 e 89 c.p., vizio totale e parziale di mente – al di là del quale inizia la follia. La normalità, quindi è stata così definita: «la normalità, per il diritto penale, è la facoltà di intendere gli oggetti della percezione con una mente non viziata da infermità [...] e a un livello di maturità corrispondente alla media di sviluppo caratteristico dell'età; e la facoltà di adeguarsi a tale rappresentazione».¹⁶⁴

¹⁶¹ FERRI, *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze, 1878, in cui l'Autore raccoglie tutte le prove per dimostrare l'inesistenza del libero arbitrio.

¹⁶² MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova 2009, pag. 561;

¹⁶³ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano 2000, pagg. 610-612.

¹⁶⁴ NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Cedam, Padova 1975, pag. 246.

Secondo la teoria dell'identità personale, invece, è imputabile la persona se l'azione appartiene alla personalità del suo autore ovvero quando è espressione della sua personalità. Di conseguenza, la persona non è imputabile «quando viene meno nel soggetto il potere di manifestarsi secondo il proprio Io».¹⁶⁵

La teoria della intimidabilità, infine, sostiene che l'imputabilità consiste nella capacità di essere intimiditi dalla minaccia della sanzione, perciò chi non ha la percezione di sé e delle proprie azioni non può essere destinatario di una pena, non percependo la coazione psicologica.

Tuttavia, tale concezione non è supportata nella realtà dal dato empirico, tenuto conto che i bambini e gli infermi di mente possono percepire e subire una intimidazione della sanzione anche maggiore rispetto al soggetto capace di intendere e di volere.

La teoria oggi predominante ritiene che il fondamento dell'imputabilità si rinviene nella *concezione comune della responsabilità umana*, nel senso che la persona imputabile è in grado di capire il valore sociale degli atti che compie. La persona non imputabile, invece, ha la libertà di scelta, ma in misura ridotta, perciò la collettività considera gli atti commessi dal non imputabile meno riprovevoli rispetto a quelli commessi dalle persone mature.¹⁶⁶

Difatti, il dibattito legislativo preunitario si incentrò proprio sul concetto di «forza irresistibile», non solo intesa nel senso di infermità mentale propriamente detta, ma anche considerando gli stati affettivo-

¹⁶⁵ ANTOLISEI, *op. cit.*, pag. 611 in cui fa espresso riferimento a TARDE, *Etudes pénales et sociales*, 1892 ed al suo concetto di «similitudine sociale», nel senso che l'individuo deve avere tratti comuni con gli uomini con i quali vive in società. Questa teoria è conforme a quella del SABATINI, *La pericolosità criminale come stato soggettivo criminoso*, in *Sc. Pos.* 1921, pag. 253.

¹⁶⁶ ANTOLISEI, *op. cit.*, pag. 614, il corsivo è dell'Autore.

emotivi che possono far venir meno la cd. libertà di elezione, ovvero la possibilità di agire diversamente.¹⁶⁷

Tuttavia, sia il legislatore che il costituente hanno ritenuto che un certo numero di soggetti possa tenere un comportamento alternativo e che quindi possano essere ritenuti responsabili dei loro atti. Infatti, la Costituzione, enunciando all'art. 27 che la responsabilità penale è personale, ha voluto sostenere che il soggetto risponde penalmente solo se può, come *persona*, comprendere il disvalore delle proprie azioni e autodeterminarsi liberamente.

Il legislatore italiano ha previsto, quindi, l'imputabilità tra i principi della colpevolezza¹⁶⁸, disponendo, all'art. 85 c.p., che nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato se, al momento in cui lo ha commesso non era imputabile, specificando che è imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere.

In tal modo, l'imputabilità è considerata il presupposto della responsabilità per la pena.¹⁶⁹

Autorevole dottrina¹⁷⁰ ha riconosciuto all'imputabilità un duplice profilo: da un punto di vista effettivo e concreto, l'imputabilità rileva come fatto giuridicamente valutato e presa di per sé; da un punto di vista formale ed astratto, invece, rileva come elemento che concorre alla determinazione della categoria del soggetto penalmente capace d'obbligo.

¹⁶⁷ MANNA: *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, Torino, 1997, pagg. 10 e 11.

¹⁶⁸ Il legislatore tedesco, in forza del principio 'nessuna pena senza colpevolezza', al § 46 StGB dispone che la colpevolezza dell'autore del reato è fondamento per la commisurazione della pena. Per le persone che non sono responsabili e che, quindi, non possono agire in modo colpevole, la legge prevede determinate misure di rieducazione e sicurezza, applicate solo in base alla pericolosità del soggetto e sono indipendenti dalla colpevolezza, sul punto cfr. MAIWALD, *L'evoluzione del diritto penale tedesco, in un confronto con il sistema italiano*, a cura di Militello, Torino, 1993, pag. 164 e ss.

¹⁶⁹ BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, op. cit., pag. 85 e MANTOVANI, *Diritto Penale*, op. cit., pag. 632.

¹⁷⁰ BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, op. cit., pag. 95.

Entrambe le proiezioni devono ricollegarsi al momento della commissione del fatto.

La capacità di intendere è la *capacità di comprendere il significato sociale e le conseguenze dei propri atti*; per capacità di volere si intende la capacità di *autodeterminarsi liberamente*.¹⁷¹

La capacità di intendere e di volere deve sussistere al momento del fatto e va valutata in base al singolo caso concreto, quindi non importa che essa non vi fosse in un momento antecedente al fatto o venga meno dopo il fatto.¹⁷²

Se viene accertato che, al momento della commissione del fatto di reato, vi sia anche una sola forma di capacità, il soggetto agente sarà comunque dichiarato non imputabile.¹⁷³

Il legislatore, poi, individua le singole ipotesi di applicazione del suddetto principio: il vizio di mente (artt. 88 e 89 c.p.), la cronica intossicazione da alcool e da stupefacenti (artt. 91 e ss.), il sordomutismo (art. 96 c.p.), che escludono l'imputabilità quando l'infermità comporta incapacità di intendere e di volere; il minore di anni quattordici (art. 97 c.p.),

¹⁷¹ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Quinta Edizione ed., Milano, 2015, pag. 383.

¹⁷² Cassazione penale, Sez. 2, n. 21826 del 5.3.2014, che richiama principi più volte affermati in Giurisprudenza, in base ai quali: «L'infermità mentale non costituisce uno stato permanente ma va accertata in relazione alla commissione di ciascun reato; essa non può essere ritenuta sulla sola base di un precedente proscioglimento dell'imputato per totale incapacità di intendere e di volere.» (Sez. 6, Sentenza n. 3843 del 07/10/1997), e che: «Non esiste incompatibilità logico-giuridica tra due sentenze, emesse nei confronti dello stesso imputato per fatti diversi, commessi in tempi diversi, delle quali una lo ritenga incapace e l'altra invece capace (ovvero di capacità grandemente scemata) perché l'infermità mentale può non costituire uno "status" permanente dell'individuo e l'accertamento delle condizioni mentali, ai fini dell'imputabilità, dev'essere effettuato in relazione al momento in cui il reato venne commesso» (Sez. 1, Sentenza n. 2883 del 24/01/1989). Questioni sono sorte in dottrina in relazione all'applicabilità di tali principi nei reati continuati e permanenti.

¹⁷³ Sul punto si è affermato in dottrina la finzione della separazione delle due forme di capacità, stante la unicità della psiche umana, trattandosi di una "artificiosa separazione" – in tal senso MANTOVANI 1990 e BANDINI, GATTI 1988.

per cui il legislatore presume in modo assoluto l'incapacità di intendere e di volere; l'età compresa tra i quattordici ed i diciotto anni (art. 98, comma 1, c.p.), ove invece la capacità di intendere e di volere va accertata caso per caso.

Tali cause di esclusione della imputabilità non sono tassative, poiché possono verificarsi anche altre situazioni, non rientranti tra quelle elencate, per cui può applicarsi la regola generale di cui all'art. 85 c.p.

Questioni sono sorte proprio sul fondamento scientifico del concetto di imputabilità, poiché nell'attuazione delle norme penali, in particolare degli artt. 88 e 89 c.p., emerge un necessario ancoraggio della giurisprudenza al sapere scientifico per l'accertamento della capacità e della incapacità. Di fatto, le decisioni dei giudici si basano su indispensabili verifiche e valutazioni fattuali, psicologiche e psichiatriche.

L'incontro tra il diritto e la psichiatria, avvenuto, come detto, proprio durante il periodo del positivismo scientifico¹⁷⁴, è durato per circa un secolo, fino poi a slegarsi progressivamente con l'entrata in crisi del concetto di malattia mentale, non considerata più presupposto della criminalità.

I giudici, a cui era rimasto l'accertamento in concreto della pericolosità sociale, hanno dovuto fare i conti con la riformata psichiatria forense e con un equivoco concetto di malattia mentale, ponendo in essere spesso scelte disomogenee di interpretazione degli artt. 88 e 89 c.p.

¹⁷⁴ Le teorie individualistiche confluirono nella cd. Criminologia clinica, che ebbe quale maggior esponente nella prima metà degli anni Cinquanta Di Tullio, il quale traspose il metodo clinico nella criminologia, in modo individualizzato, sul punto PONTI, MERZAGORA BETSOS, *Compendio di Criminologia*, Quarta Edizione, Milano, 2008, pag. 104.

Il disorientamento della giurisprudenza, quindi, è il riflesso di quello esistente in psichiatria, a causa della compresenza di differenti modelli interpretativi del concetto di malattia mentale.¹⁷⁵

Difatti, il disturbo mentale è oggi percepito dalla moderna psichiatria in modo radicalmente nuovo, che non si integra più con il significato che ne dà la legge¹⁷⁶, ma che trova il suo spazio nella normalità.¹⁷⁷

In tal modo, si è generata una vera e propria crisi del concetto giuridico di imputabilità¹⁷⁸, poiché si è messo in discussione il dogma della irresponsabilità della persona con disturbo mentale.¹⁷⁹

2. L'accertamento dell'imputabilità.

L'accertamento dell'imputabilità consta di un giudizio articolato e complesso, strettamente correlato alla scienza medica.

Le norme che disciplinano la capacità di intendere e di volere non possono, però, sottrarsi al vincolo della realtà, dove la prova dei fenomeni psichici è estremamente difficile, mancando sicuri criteri diagnostici per qualificare e distinguere le singole patologie psichiatriche a fini penalistici.

¹⁷⁵ BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, in MARINUCCI, DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, e D'AMATO, *La crisi del concetto di imputabilità e la necessità di un ripensamento sui presupposti soggettivi della responsabilità penale*, in *Scritti in Onore di Moccia*, Napoli, 2017, pag. 551.

¹⁷⁶ PONTI, MERZAGORA, *Psichiatria e Giustizia*, Milano, 1993, pag. 3 e ss.

¹⁷⁷ D'AMATO, *La crisi del concetto di imputabilità e la necessità di un ripensamento sui presupposti soggettivi della responsabilità penale*, in *Scritti in Onore di S. Moccia*, Napoli, 2017, pag. 558.

¹⁷⁸ BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1981, pag. 190 e ss.

¹⁷⁹ D'AMATO, *La crisi del concetto di imputabilità e la necessità di un ripensamento sui presupposti soggettivi della responsabilità penale*, in *Scritti in Onore di S. Moccia*, Napoli, 2017, pag. 558.

Tali ambiguità portano ad accertamenti sull'infermità mentale incerti e affidati, più che altro, all'arbitrio del perito.¹⁸⁰

In dottrina (Canepa 1987), le soluzioni adottate per l'accertamento della imputabilità sono differenti, anche da un punto di vista geografico, a seconda dei Paesi¹⁸¹, perciò sono stati individuati dalla stessa dottrina tre indirizzi.¹⁸²

Il primo attiene al metodo puramente psicopatologico, secondo cui se si accerta, in seguito ad una diagnosi psichiatrica, che il soggetto ha una delle malattie mentali specificate dalla legge, questi non è penalmente responsabile. Secondo tale impostazione, non è necessario valutare quanto l'infermità abbia inciso sulla capacità di intendere o di volere, ma sono indicate dal codice le infermità, che indicativamente sono quelle più gravi, che escludono l'imputabilità. Questo metodo è stato fortemente criticato poiché presuppone una automatica assimilazione della malattia mentale con la incapacità di intendere e di volere.

Il metodo esclusivamente normativo, o puramente psicologico, invece, prescinde dall'accertamento della malattia mentale e si incentra solo sull'accertamento della capacità di intendere e di volere, senza soffermarsi sulla qualificazione dell'infermità. Questo metodo è, di fatto, poco diffuso, poiché si allontana dal dato empirico e clinico, in favore, invece, di un accertamento più "filosofico" e "metafisico".

Da ultimo, l'indirizzo psicopatologico-normativo, o biologico-psicologico, o misto, che è il metodo scelto dal nostro codice e consiste

¹⁸⁰ BERTOLINO, *Il "breve" cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organistico?* in *Criminalia* 2008, pag. 328.

¹⁸¹ Sull'universalità dell'esclusione dell'imputabilità per infermità mentale da un punto di vista storico e geografico cfr. MERZAGORA BETSOS, *L'imputabilità*, in http://www.jus.unitn.it/users/dinicola/criminologia/topics/materiale/dispensa_4.pdf, pag. 25.

¹⁸² MERZAGORA BETSOS, *L'imputabilità*,

nell'accertare se vi sia o meno una infermità mentale per poi individuare quanto la stessa abbia inciso sulla capacità di intendere e di volere nella genesi del delitto.

Questo indirizzo configura l'imputabilità, in riferimento quindi agli artt. 88 e 89 c.p., come «una costruzione a due piani, il cui primo livello è relativo al substrato patologico (infermità), mentre il secondo livello è relativo alla eventuale conseguente incapacità di intendere o di volere. La valutazione della imputabilità prende quindi in considerazione, nel contempo, un aspetto psicologico e obiettivo (la descrizione del substrato psicopatologico), ed un aspetto normativo (la valutazione della capacità di intendere e di volere al momento del reato).¹⁸³

Ne deriva che va prima accertata l'esistenza di una infermità e successivamente se questa ha inciso sulla capacità di intendere e di volere.

Infatti, non basta, ai fini della declaratoria della non imputabilità, l'esistenza di una infermità psichica, ma è necessario verificare che questa abbia compromesso la capacità di intendere e di volere.¹⁸⁴

Risulta necessario però definire anche il concetto di infermità, che, da un punto di vista strettamente medico, è uno stato patologico che influisce in negativo sulle facoltà psico-fisiche di un soggetto, nel senso che riesce a rendere impossibile per il soggetto qualsiasi vita di relazione, senza che la stessa rientri in una particolare forma patologica espressamente prevista.¹⁸⁵ Inoltre, il concetto di infermità è più ampio di quello di

in http://www.jus.unitn.it/users/dinicola/criminologia/topics/materiale/dispensa_4.pdf , pag. 25.

¹⁸³ BANDINI, LAGAZZI, *Lezioni di psicologia e psichiatria forense*, Milano, 2000, pag. 38.

¹⁸⁴ Sul cd. giudizio bifasico per escludere la imputabilità cfr. COLLICA, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, 2008, pag. 1170 e 1178-1179.

¹⁸⁵ SCHIZZEROTTO, *Interdizione e inabilitazione nella giurisprudenza*, Padova, 1972, in *giurisprudenza Cassazione Civile*, num. 613 del 15.03.1943.

malattia poiché non si limita solo alle malattie mentali inquadrabili nella nosografia psichiatrica, ma ricomprende qualsiasi condizione patologica che incide sulla capacità di intendere e di volere, anche solo transitoriamente, producendo effetti psichici paragonabili a quelli conseguenti ad un vero e proprio stato morboso.¹⁸⁶

Sul piano medico-legale, la nozione di malattia è costituita dalla anormalità, nel senso di deviazione o peggioramento rispetto ad una condizione somato-psichica precedente, dalla dinamicità, nel senso che la deviazione deve assumere un carattere evolutivo (con un inizio, un decorso ed una conclusione), dalla presenza di un intervento sanitario, con una diagnosi ed una terapia, e dalla presenza di disturbi funzionali reali ed apprezzabili. In tale nozione forense di malattia, rientrano quindi tutte le alterazioni psichiche, ma non le altre forme di anomalie psichiche, quali i disturbi della personalità, i deficit intellettivi, le parafilie, le reazioni psicogene, ecc, che rientrano, invece, nella più ampia nozione di infermità.¹⁸⁷

Questioni sorgono nel momento in cui tali concetti, prettamente medici, vengono trasfusi ed interpretati nel processo.

Il giudice, difatti, normalmente, al fine di accertare la capacità di intendere e di volere dell'imputato, oltre che la pericolosità sociale dello stesso, si fa coadiuvare da un esperto psichiatra o psicologo, se non addirittura da collegi formati da entrambi i professionisti. Sul punto, è sorto un forte dibattito tra chi affermava di voler adottare una perizia psichia-

¹⁸⁶ PONTI, MERZAGORA BETSOS, *Compendio di Criminologia, op. cit.*, pag. 347 – 348 e cfr. CRESPI, voce *Imputabilità* (dir. pen.), in *Enc. dir.*, XX, 1970, pag. 763 e ss e pag. 773 e ss.

¹⁸⁷ MARTUCCI, RIPONTI, *Nuove pagine di criminologia*, Vicenza, 2017, pag. 68.

trica e psicologia per tutti gli imputati¹⁸⁸ e quell'orientamento, invece, la cd. antipsichiatria, che proponeva di eliminare il ricorso alla psichiatria forense ed alla non imputabilità, negando in radice l'esistenza stessa della malattia mentale.¹⁸⁹

Il problema della anti scientificità della perizia psichiatrica si rinviene proprio nella crisi dei concetti base che fondano la perizia stessa: imputabilità, pericolosità sociale ed il trattamento riservato agli infermi di mente autori di reato.¹⁹⁰

Il problema circa la validità della perizia psichiatrica si pone in termini di metodologia dell'indagine compiuta dai periti¹⁹¹ e, in assenza di procedure standardizzate, la perizia non può assurgersi a prova scientifica, essendo la malattia mentale soggetta a differenti modelli interpretativi.¹⁹²

Il giudizio relativo alla capacità di intendere e di volere, prima basato esclusivamente su un metodo cd. bio-psicologico, ad oggi, si fonda

¹⁸⁸ Sul punto si confronti la proposta di legge n. 2375 del 20 febbraio 2002, in www.parlamento.it, volta ad introdurre la perizia psicologica sull'imputato, oggi vietata dall'art. 220, comma 2, c.p.p.

¹⁸⁹ Sull'indirizzo antipsichiatrico cfr. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990. In letteratura PONTI, MERZAGORA BETSOS, *Compendio di Criminologia*, op. cit.; FURNARI, *In tema di semiologia e nosografia in Psichiatria Forense*, in Quaderni di psichiatria forense, 1992, pag. 115 e ss.; FERRACUTI (a cura di), *Trattato di criminologia, Medicina, Criminologia e Psichiatria Forense*, vol. XIII, Milano, 1990, p. 151 e ss.

¹⁹⁰ COLLICA, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale, 2008, pag. 1173 e COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, Diritto penale contemporaneo, pag. 7.

¹⁹¹ In merito ROXIN afferma che il compito dell'esperto resta quello di accertare la condizione psichica del reo, se questi è stato capace ad essere destinatario di norme. Questa è una problematica empirica e di principio, per cui la moderna psichiatria e psicologia possono assolutamente avere voce in capitolo. Certo esiste un margine di valutazione, ma resta comunque determinante la convinzione del giudice, a cui l'esperto non può sostituirsi. Ciò non cambia nella seconda parte del §20 StGB, la cooperazione tra l'empirica dell'esperto ed il giudice confluiscono verso le medesime regole, in *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, München, 2006, pag. 900.

¹⁹² BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, op. cit., pag. 210

su un metodo, come detto, cd. multifattoriale, che tiene conto non solo degli aspetti biologici, ma anche dei fattori psichici e sociali.¹⁹³

Circa la diagnosi del disturbo mentale, si evidenzia come, in ambito psichiatrico, sia ampiamente utilizzato il Manuale Diagnostico e Statistico di disordini mentali (DSM – *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*)¹⁹⁴, elaborato ed aggiornato periodicamente dall'APA (*American Psychiatric Association*), che rappresenta, ad oggi, proprio quel riferimento per dirimere le diversità interpretative della malattia mentale.¹⁹⁵

Il DSM, però, si basa sul principio di apertura della nosografia, dove il malato non è circoscritto in un rigido perimetro, ma lo considera sotto diverse prospettive, tenendo conto principalmente del divenire storico della persona, con molteplici variabili individuali.¹⁹⁶

L'obiettivo del DSM era ambizioso, poiché intendeva applicare alla psichiatria una metodologia di classificazione il più possibile condivisa per esigenze epidemiologiche, statistiche e cliniche, integrando ed uniformando a livello globale quelle conoscenze che prima erano in balia di frammentarie e multiformi scuole di pensiero.¹⁹⁷

¹⁹³ COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, cit., pag.7, in cui enuncia un «paradigma integrato» e richiamando FORNARI, *Temperamento, delitto e follia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 521 ss., evidenzia la molteplicità dei fattori alla base del disturbo psichico, ovvero fattori psicologici, situazionali, socioculturali e transculturali.

¹⁹⁴ Ad oggi, l'ultima edizione, pubblicata in Italia da Cortina Editore nel 2014, è il DSM – V.

¹⁹⁵ Il lavoro dell'APA, iniziato nel 1952, si è diffuso in tutto il mondo a partire dalla terza edizione DSM III del 1980.

¹⁹⁶ PONTI, MERZAGORA, *Psichiatria e Giustizia*, Milano, 1993, pag. 59 e ss., rifacendosi alla 'teoria dei sistemi'.

¹⁹⁷ BIONDI, BERSANI, VALENTINI, *Il DSM-5: l'edizione italiana*, in *Riv. Psichiatr.* 2014, consultabile al seguente link

http://www.rivistadipsichiatria.it/r.php?v=1461&a=16137&l=23543&f=allegati/01461_2014_02/fulltext/01_Editoriale_57-60.pdf

Il problema è, però stato quello di individuare la utilizzabilità del DSM in ambito forense.

In merito, si è obiettato che il DSM manca di confini diagnostici tra i diversi disturbi e di un limite stabile¹⁹⁸, essendo state progressivamente ampliate le classificazioni dei disturbi psichici, e dei relativi sintomi, fino a giungere ad un vero e proprio “sconfinamento nel mondo della normalità”.¹⁹⁹

Basta pensare che nel DSM – IV (1996) alla voce “altre condizioni che possono essere oggetto di attenzione medica”, si rinvenivano ad esempio i problemi relazionali, i problemi correlati a maltrattamento o abbandono, fino a trovare addirittura il comportamento antisociale.

L’ultima versione del DSM – V, la cui impostazione è rimasta sostanzialmente simile al DSM – IV, presenta però delle novità, ad esempio rispetto alla scomparsa del sistema “multiassiale”, con una ridefinizione dei confini sfumati fra alcuni disturbi e presenta una integrazione con i dati provenienti dalla ricerca genetica e dalle neuroscienze.²⁰⁰

Del resto, il DSM ha esclusive finalità cliniche, di ricerca, educative ed esplicite sono le “raccomandazioni cautelative” sull’uso dei criteri diagnostici in ambito forense e/o per valutazioni che esulano dal campo medico.²⁰¹

¹⁹⁸ COLLICA, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, cit., pag. 1196.

¹⁹⁹ D’AMATO, *La crisi del concetto di imputabilità e la necessità di un ripensamento sui presupposti soggettivi della responsabilità penale*, in *Scritti in Onore di S. Moccia*, Napoli, 2017, pag. 555.

²⁰⁰ Il DSM – V è stato soggetto a non poche polemiche, poiché è stato accusato di tendenza a voler “medicalizzare” la società e di essere influenzato dalle aziende farmaceutiche, sul punto cfr. MARTUCCI, RIPONTI, *Nuove pagine di criminologia*, Vicenza 2017, pag.70.

²⁰¹ D’AMATO, *La crisi del concetto di imputabilità e la necessità di un ripensamento sui presupposti soggettivi della responsabilità penale*, op- cit. pag. 555, sul punto richiama l’APA, *DSM –IV Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, (1994) III Ed. It. a cura di ANDREOLI, CASSANO, ROSSI R., Milano-Parigi-Barcellona, 1998, 2.

Si richiede tale prudenza proprio perché sotto l'etichetta di infermità può confluire di tutto, perciò rischia di essere considerato infermo di mente, con un vizio totale o parziale, e di conseguenza incapace di intendere e volere, anche una persona con problemi di relazione o con una mera sofferenza interiore, poiché al legislatore non importa il tipo di infermità o la causa, ma solo che la capacità di intendere e di volere sia intaccata.²⁰²

Ne deriva una ampia discrezionalità ed ambiguità per lo psichiatra, il quale potrebbe anche prescindere dalla nosografia, inquadrando qualunque disturbo, al di là della terminologia, come compromissorio della capacità di intendere e di volere.

Il rischio è quello di generare il fenomeno dei «criptoimputabili», cioè di quei soggetti che, pur non dovendo essere dichiarati non imputabili al momento della consumazione del reato, confluiscono comunque nel circuito delle misure di sicurezza poiché vengono giudicati totalmente incapaci.²⁰³

La psichiatria forense tende a restringere al massimo le ipotesi di incapacità di intendere e di volere per infermità²⁰⁴; la dottrina ha consigliato un ridimensionamento ed una prassi più rigorosa e severa nell'accertamento ed attribuzione dell'incapacità, anche in presenza di forme morbose gravi.²⁰⁵

²⁰² PONTI, MERZAGORA, *Psichiatria e Giustizia*, Milano, 1993, pag. 78.

²⁰³ Sul tema dei "criptoimputabili" cfr. la *Relazione finale degli Stati generali dell'esecuzione penale. Tavoli tematici, Tavolo 11-Misure di sicurezza*, pag. 16 consultabile al seguente link

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1_11.page;jsessionid=AP76xh2XcBOYD1wkz9Y9vAjW?previousPage=mg_2_19_1

²⁰⁴ MANNA, *Diritto penale e psichiatria di fronte alla malattia mentale*, in *Rassegna Italiana di criminologia*, 2000, pag. 333.

²⁰⁵ PONTI - MERZAGORA, *Psichiatria e Giustizia*, Milano, 1993, pag. 79. Sono ricompresi tra i casi estremi l'automatismo epilettico, la demenza gravissima, il coma, i ritardi mentali di grado massimo, la perdita di coscienza da impiego di sostanze, la psicosi con

Le maggiori incertezze sono sorte per l'epilessia e per le anomalie degenerative.

L'epilessia può considerarsi infermità di mente solo se è accertato che tale morbo ha ingenerato nell'individuo un disordine psichico permanente, mentre nei reati commessi durante una crisi epilettica, di carattere temporaneo, la causa dell'evento lesivo è il caso fortuito.²⁰⁶

Le anomalie degenerative, invece, rientrano in una zona intermedia tra l'infermità e la sanità della mente.²⁰⁷

I destinatari del sistema delle misure saranno, quindi, soltanto quei soggetti affetti da gravi disturbi che, per un nesso di interdipendenza con il fatto delittuoso, manifestano un effettivo bisogno di cure. Solo i soggetti affetti da disturbi psicotici e disturbi gravi di personalità, nei quali è presente e persiste una necessità di cura ad elevata intensità terapeutica a breve e medio termine (pazienti acuti, subacuti e persistenti), potrebbero essere sottoposti alle misure, con rigorosa esclusione dei disturbi di personalità non gravi, per i quali sarebbe quindi esclusa ogni rilevanza del vizio (totale o parziale) di mente.²⁰⁸

In giurisprudenza, invece, l'intervento delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione nel 2005, con la sentenza n. 9163 del 25

deterioramento gravissimo, sul punto cfr. PONTI, *Il dibattito sull'imputabilità*, in CERRETTI – MERZAGORA (a cura di), *Questioni sulla imputabilità*, Padova, 1994, pag. 1 e ss.

²⁰⁶ tale principio è valido però solo se il malore è improvviso ed incontrollabile, sul punto cfr. Cassazione penale, sentenza n. 24474/2015 del 26.05.2015, secondo cui, nel caso di guida di autoveicolo, se l'individuo ha avuto in passato altri episodi di epilessia, va dichiarata una condotta colposa del conducente che si pone alla guida in condizioni psico-fisiche non idonee a garantire il controllo del mezzo. In tal modo, il malore non incide sulla catena causale, dove, invece, l'evento è ascrivibile unicamente alla condotta colposa dell'imputato.

²⁰⁷ sulla valutazione dell'epilessia, anche da un punto di vista giurisprudenziale, cfr. MANZINI, *Trattato di Diritto penale*, aggiornato da NUVOLONE e PISAPIA, Torino, 1981, pag. 130.

²⁰⁸ *Stati generali dell'esecuzione penale. Tavoli tematici, Tavolo 11-Misure di sicurezza*, pag. 16, dove per misure si intendono le auspiccate 'misure giudiziarie di cura e controllo' per soggetti non imputabili infermi di mente.

gennaio 2005, ha iniziato ad indicare ai giudici la strada, con precise linee guida, volte a dirimere il contrasto ed il conseguente disorientamento giurisprudenziale.

3. Imputabilità e disturbi della personalità. La sentenza della Cassazione n. 9163/2005

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 9163 del 25 gennaio 2005²⁰⁹, denominata anche sentenza Raso, ha fornito dei più precisi criteri di valutazione dell'infermità mentale, in ambito processuale, e di come questa possa incidere sulla capacità di intendere e di volere.

La Corte, ripercorrendo il consolidato giurisprudenziale²¹⁰, ha evidenziato che la imputabilità è normalmente considerata presente quando l'autore ha raggiunto la maturità fisio-psichica, prevista dalla legge, non dimenticando l'art. 98 c.p., e salvo che questi versi in una situazione di infermità, così costituendo, come afferma autorevole dottrina, «il compromesso, o il punto d'incontro, tra le esigenze proprie del principio di colpevolezza e quello della prevenzione generale».

Ne deriva che il concetto di imputabilità è, al tempo stesso, empirico e normativo, nel senso, che è dato innanzitutto alle scienze di individuare se l'autore di reato possiede i requisiti bio-psicologici tali da poter ritenere che il soggetto sia in grado di comprendere e recepire il contenuto della norma connesso alla previsione della sanzione punitiva; è compi-

²⁰⁹ Per consultare il contenuto della sentenza <http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/leggi/capacita.htm>, in dottrina cfr. BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 853 ss.

²¹⁰ Cass. Penale, Sez. I, n. 13202/1990.

to del legislatore individuare in che termini i dati forniti dalle scienze empirico-sociali abbiano, poi, una rilevanza giuridica.

Proprio da questo ragionamento, formulato dettagliatamente dalla Suprema Corte, ed al fine di superare il problema di quali disturbi psichici più o meno gravi possano incidere sulla capacità di intendere e di volere, le Sezioni Unite hanno ritenuto che «i gravi disturbi della personalità» rientrano nel concetto di infermità per il riconoscimento del vizio totale o parziale di mente.

Tali disturbi rilevano, ai fini del vizio di mente totale o parziale, però a condizione che il giudice ne accerti la gravità e l'intensità, tali da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere o di volere ed il nesso eziologico con la specifica azione criminosa.

Le Sezioni Unite, rilevando che il concetto di imputabilità si risolve sia sul piano normativo sia sul piano empirico, invocano una «necessaria collaborazione tra giustizia penale e scienza», pertanto, come già sostenuto in dottrina, affermano, in definitiva, che, per l'esclusione dell'imputabilità, vanno ricomprese le nevrosi, le psicopatie ed in generale i disturbi della personalità.

La sentenza, inoltre, fa espresso riferimento anche al DSM, considerato il più moderno e diffuso manuale diagnostico, a cui non bisogna necessariamente riferirsi, ma va considerato, secondo le Sezioni Unite, come un ulteriore elemento di supporto per confermare la tesi che anche i disturbi della personalità sono riconducibili per la moderna psichiatria nel concetto di infermità di mente.²¹¹

La Suprema Corte, però, è andata oltre, ritenendo che il concetto di infermità mentale non coincide con quello di malattia mentale, ma so-

²¹¹ Sul punto e sulla diagnosi dell'infermità mentale cfr. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15 febbraio 2012.

stiene che «..a conferma della maggiore ampiezza del termine di infermità rispetto a quello di malattia, non interessa tanto che la condizione del soggetto sia esattamente catalogabile nel novero delle malattie elencate nei trattati di medicina, quanto che il disturbo abbia in concreto l'attitudine a compromettere gravemente la capacità sia di percepire il disvalore del fatto commesso, sia di recepire il significato del trattamento punitivo».

In tal modo, la Corte, allontanandosi dal rigidismo nosografico, pone una apertura, ai fini della configurabilità o meno del vizio di mente, totale o parziale, al concetto di disturbo della personalità.

Per la Corte non vi è, quindi, alcun dubbio che i disturbi della personalità possano incidere sulla capacità di intendere e di volere, purché siano di consistenza, intensità, rilevanza e gravità tali da concretamente incidere sulla capacità stessa. Il giudice dovrà, quindi, accertare che il fatto di reato si sia originato proprio a causa del disturbo mentale.

Da ultimo, ma di non poco conto, le Sezioni Unite hanno posto le basi per un possibile superamento del concetto di imputabilità, ritenendo che «la dottrina ha da tempo posto in rilievo come le più recenti acquisizioni della psichiatria riconoscano spazi sempre più ampi di responsabilità al malato mentale, riconoscendosi che, pur a fronte di patologie psichiche, egli conservi, in alcuni casi, una "quota di responsabilità", ed a tali acquisizioni appare ispirarsi anche la l. n. 180/1978, nel far proprio quell'orientamento psichiatrico secondo cui la risocializzazione dell'infermo mentale possa avvalersi anche della sua responsabilizzazione in tal senso».

Ne consegue un ribaltamento della concezione tradizionale, così che il malato di mente non è sempre incapace di intendere e di volere, né, quindi, sempre socialmente pericoloso.²¹²

Non riconoscere all'infermo di mente doveri e quote di responsabilità equivale a non riconoscergli quote più o meno ampie anche dei diritti.²¹³

Se, quindi, la relazione tra il disturbo mentale e il comportamento lesivo non è puramente causale, né verificabile, non è più nemmeno giustificata l'esclusione di punibilità ed al soggetto infermo di mente dovrebbe essere applicata la medesima sanzione adottabile per il soggetto imputabile. A questa soluzione si perviene non solo per consentire all'infermo di mente, da un punto di vista psicologico e psichiatrico, un riconoscimento di responsabilità rispetto a se stesso, ma anche per evitare le conseguenze di discipline che, seppur legittimate da bisogni di protezione di soggetti 'deboli', di fatto comportano trattamenti discriminatori, più severi e meno garantiti, rispetto a quelli cui sono sottoposti i rei imputabili, sani di mente.²¹⁴

Sul punto, la Commissione parlamentare d'inchiesta sull'efficacia ed efficienza del Servizio sanitario nazionale, Senato- XVI legislatura, all'esito di un'attenta indagine sulle condizioni di vita e di cura

²¹² MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle 'finzioni giuridiche' alla 'terapia sociale'*, Torino, 1997, pag. 63 e 64; sulle cd. quote di responsabilità cfr. MANNA, *Diritto penale e psichiatria di fronte alla malattia mentale*, in *Rassegna Italiana di criminologia*, 2000, pag. 338.

²¹³ D'AMATO, *La crisi del concetto di imputabilità e la necessità di un ripensamento sui presupposti soggettivi della responsabilità penale*, in *Scritti in Onore di S. Moccia*, Napoli, 2017, pag. 559.

²¹⁴ D'AMATO, *La crisi del concetto di imputabilità e la necessità di un ripensamento sui presupposti soggettivi della responsabilità penale*, in *Scritti in Onore di S. Moccia*, Napoli, 2017, pag. 560, richiamando la relazione a Senato della Repubblica, XVI Legislatura. Commissione Parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale. *Relazione finale sull'attività della Commissione*, XXII-bis, n. 10, in www.senato.it, spec. 8, 23 s., 82, 103, 116, 118, 121, 131.

all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari, in cui si è evidenziata la assoluta inidoneità di questi ultimi e delle case di cura e di custodia a tutelare i soggetti, rispettivamente, ivi internati o ricoverati, ha concluso nel senso di auspicare un ripensamento complessivo dell'istituto della non imputabilità e di tutti i suoi *perniciosi corollari*.

La Commissione chiaramente prospetta, al di là di modificazioni puntuali, che appaiono davvero urgenti e indifferibili, che abolizione dell'istituto della non imputabilità è un intervento che inciderebbe sino alle radici l'impostazione del codice penale attualmente vigente e che non si può che evocarlo, senza comunque rinunciare ad indicarlo quale «approdo necessario».²¹⁵

4. La rilevanza giurisprudenziale delle recenti acquisizioni genetiche e neuroscientifiche.

Il diritto penale, nel corso degli ultimi anni, ha subito ampie influenze dalle acquisizioni delle neuroscienze e della genetica molecolare, in particolare per l'accertamento della capacità di intendere e di volere, nonché per l'individuazione di comportamenti aggressivi in forza degli studi di genetica comportamentale.

Le neuroscienze sono un gruppo di discipline, diverse tra di loro, che studiano il sistema nervoso (cervello, midollo spinale e reti di neuroni presenti in tutto il corpo, quali unità funzionali del sistema nervoso).

²¹⁵ Si veda Senato della Repubblica, XVI Legislatura, *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli Ospedali psichiatrici giudiziari*, Commissione Parlamentare d'Inchiesta sull'efficacia ed efficienza del Servizio sanitario nazionale, istituita con deliberazione del Senato del 30 luglio 2008, relatori sen. Michele Saccomanno e sen. Daniele Bosone, in http://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/servizio_sanitario16/Relazione_OOPPGG_doc_XXII-bis_4.pdf

Compito dei neuroscienziati è, quindi, quello di descrivere il cervello ed il suo funzionamento in condizioni normali, determinare come il sistema nervoso si sviluppi, maturi e si mantenga per tutta la vita, trovare le strategie per prevenire o curare le devastanti patologie neurologiche ed i disordini psichiatrici che lo possono colpire.²¹⁶

È stato autorevolmente affermato che «il compito delle neuroscienze è di spiegare il comportamento in termini di attività del cervello. Come può il cervello dirigere i suoi milioni di singole cellule nervose per produrre un comportamento, e come possono essere queste cellule influenzate dall'ambiente? L'ultima frontiera della scienza della mente, la sua ultima sfida, è capire le basi biologiche della coscienza, ed i processi mentali attraverso cui noi percepiamo, agiamo, impariamo e ricordiamo».²¹⁷

Le neuroscienze giuridiche, relativamente al sistema penale (e traslasciando quello civilistico) si distinguono in neuroscienze criminali, che riguardano lo studio neuro-scientifico del soggetto criminale; le neuroscienze normative, che studiano la cd. neuroetica ovvero il senso di giustizia e la cognizione morale da un punto di vista neuro-scientifico e le neuroscienze forensi, che disciplinano la prova neuro-scientifica nel processo penale.²¹⁸

Poiché le aree del sapere psichiatrico sono sempre più discrezionali ed incerte, l'accertamento neuroscientifico, può rappresentare, per un

²¹⁶ BATTAGLINI, *Neuroscienze...per iniziare*, in presentazione Centro B.R.A.I.N. – Università di Trieste
https://www.unibs.it/sites/default/files/ricerca/allegati/Neuroscienze_per%20iniziare_tes%20complementare.pdf

²¹⁷ KANDEL, SCHWARTZ & JESSEL, *Principi di Neuroscienze*, CEA – Casa Editrice Ambrosiana, 2003.

²¹⁸ SAMMICHELI - SARTORI, *Neuroscienze giuridiche: i diversi livelli di interazione tra diritto e neuroscienze*, in BIANCHI, GULOTTA, SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Giuffrè 2009, pag. 28 e ss.

verso, un supporto certo, che può limitare la variabilità diagnostica, rendendola più affidabile.²¹⁹

In dottrina, si è ampiamente affermato che gli strumenti nosografici-descrittivi, come il DSM, non esauriscono tutte le tecniche diagnostiche, potendo la neurologia e le diverse tecniche di *neuroimaging*²²⁰ costituire validi strumenti alternativi, per esempio, l'individuazione della struttura nervosa alterata che causa il sintomo; la riconducibilità dei sintomi all'alterazione della struttura nervosa o la diagnosi funzionale che è diretta ad individuare le conseguenze di un certo disturbo e ad esplorare il funzionamento della personalità globale del soggetto.²²¹

Si è affermata, quindi, nel processo penale, la cd. prova scientifica, che consiste, in generale, in «operazioni probatorie per le quali, nei momenti dell'ammissione, dell'assunzione e della valutazione, si usano strumenti di conoscenza attinti alla scienza e alla tecnica»²²², ovvero principi e metodologie scientifiche e tecnologiche che richiedono l'intervento di un esperto. Tali acquisizioni possono essere utilizzate nel processo sia per accertare la capacità di intendere e di volere del reo, sia per verificare la validità delle dichiarazioni rese da soggetti coinvolti nel processo, quali vittime, testimoni, imputato.

²¹⁹ BERTOLINO, *L'imputabilità penale tra cervello e mente*, in Rivista italiana di medicina legale, n. 3/2012, pag. 922, in cui si afferma una maggiore materialità e concretezza nell'accertamento di patologie mentali e della pericolosità dell'imputato.

²²⁰ Tra le tecniche e metodologie di *neuroimaging* si menzionano la risonanza magnetica funzionale (fMRI), la magnetoencefalografia (MEG), la tomografia ad emissione di positroni (PET), la stimolazione magnetica transcranica (TSM).

²²¹ Sul punto in letteratura scientifica, in riferimento al rapporto tra neuroscienze e diritto, DE CARO, LAVAZZA, SARTORI, *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il libero arbitrio*, Torino, 2010, mentre sui rapporti tra neuroscienze ed imputabilità cfr. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, op. cit., pag. 8.

²²² DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Giuffrè Editore, 2005, p.12. In riferimento ai problemi di garanzia costituzionale di giusto processo, quale la garanzia del contraddittorio nella formazione della prova anche quando questa sia di tipo scientifico, cfr.

Tuttavia, per un altro verso, la ricerca neuroscientifica, di carattere criminale o criminologica, mette profondamente in discussione il concetto giuridico di uomo, quale persona libera, consapevole e padrona delle proprie azioni, poiché, in forza delle nuove tecniche e delle metodologie di *neuroimaging*, si può accertare che l'uomo, invece, non è del tutto libero, ma può essere determinato al crimine da disfunzioni neuronali.²²³

Tali affermazioni non possono che rievocare lo spettro dell'antropologia criminale di Cesare Lombroso, tanto è vero che *prima facie* fanno sorgere il timore di un ritorno del determinismo, ma sotto una nuova e moderna forma di *riduzionismo biologico*²²⁴, poiché invece degli aspetti anatomici, sono effettuate analisi funzionali del cervello attraverso strumenti di *neuroimaging*.

Il giudice, quindi, dovrebbe valutare colpevole il cervello in luogo della persona che ha posto in essere il comportamento criminoso²²⁵, che, quindi, non sarebbe punibile in quanto predestinata a delinquere in base ad anomalie funzionali o anatomiche del cervello.

Il rischio è di apporre l'etichetta di persona inferma di mente e/o pericolosa a soggetti che presentano le stesse anomalie di individui appartenenti ad una determinata categoria di criminali, e quindi di sottoporre a terapie obbligatorie chi non presenta in realtà alcuna tendenza a de-

TONINI, *La prova scientifica: considerazioni introduttive*, in *Diritto penale e processo*, Anno XIV, pag. 7 e ss.

²²³ Si rileva come la scoperta dei 'neuroni a specchio' ha portato ad ulteriori indagini volte a dimostrare una correlazione tra patrimonio genetico, comportamento e/o personalità dell'individuo, sul punto cfr. D'AMATO, *Le indagini neuroscientifiche e genetiche nell'accertamento dell'imputabilità penale*, in *Critica del diritto*, Luglio – Settembre 2014, n. 3, pag. 276 – 277.

²²⁴ Sul punto cfr. BIANCHI, GULOTTA, SARTORI, *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009, XIII, pag. XIV e DI GIOVINE, *Chi ha paura delle neuroscienze?*, in *Archivio penale* 2011, n. 3, pag. 4.

²²⁵ Le neuroscienze, infatti, fornirebbero la cd. «prova di un cervello criminale», che dimostrano la presenza di alterazioni strutturali, per esempio della corteccia retrofrontale che aumenta il rischio di comportamenti violenti, in BERTOLINO, *L'imputabilità penale tra cervello e mente*, *op. cit.*, n. 3/2012, pag. 932

linquere. Difatti, non è stato accertato dalla letteratura scientifica che, per esempio, tutti i soggetti con alleli²²⁶ a rischio diventano criminali, in quanto gli studi genetici sinora effettuati si esprimono solo in termini di probabilità. Ne deriva un 'lato oscuro' della ricerca neurosperimentale, poiché vi sono ancora forti lacune nella verifica di una correlazione tra patologia cerebrale e mancanza di comportamento criminale.²²⁷

In ambito processual-penalistico, per comprendere se vi sia una reale utilità delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità, bisogna preliminarmente considerare le singole fasi di tale giudizio, che si dividono nella diagnosi del disturbo e nella valutazione dei suoi effetti sulla capacità di intendere e di volere del soggetto agente al momento del fatto.²²⁸

Le tecniche di *neuroimaging*, invece, vengono utilizzate nel momento successivo della fase processuale ed hanno un valore solo indiziante, poiché non possono provare con estrema certezza l'assenza della capacità di intendere e di volere dell'autore di reato al momento del fatto.²²⁹

Si è affermato che nel rapporto tra scienza e processo, e quindi, neuroscienze e capacità di intendere e di volere, lo scienziato deve veicolare verità qualificate nel processo, in forza anche di un nuovo realismo, ovvero verità fattuali che solo la scienza può dare. Tuttavia, i periti,

²²⁶ Una ricerca condotta presso la Florida State University, diretta dal criminologo Kevin M. Beaver ha riscontrato che l'essere portatore dell'allele a bassa attività per il gene MAOA (MAOA-L), in particolare con la variante 'low-activity 3-repeat allele', potrebbe rendere il soggetto maggiormente incline a manifestare aggressività se provocato o escluso socialmente, difatti tale gene è stato denominato anche 'gene guerriero'. Da questo studio è emerso che i possessori di tale variante del gene MAOA hanno maggiori probabilità di entrare in bande di strada, essere tra i membri più violenti e propensi all'uso delle armi. Lo studio è stato pubblicato sulla rivista *Comprehensive Psychiatry*. Sul punto cfr. PELLEGRINI, PIETRINI, *Siamo davvero liberi? Il Comportamento tra geni e cervello*, in *Sistemi Intelligenti* / anno XXII, n. 2, Agosto 2010.

²²⁷ BERTOLINO, *L'imputabilità penale tra cervello e mente*, op. cit., pag. 930.

²²⁸ COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, op. cit., pag.6.

²²⁹ DI GIOVINE, *Chi ha paura delle neuroscienze?*, op. cit., pag. 7.

nell'analisi della capacità di intendere e di volere non possono non tener conto del realismo mentale in senso pluralistico, e quindi, dei diversi livelli neuronale, psicologico, sociale e culturale.²³⁰

In Italia due sono i principali esempi di accertamento, tramite le neuroscienze, dell'incapacità di intendere e di volere dell'imputato per vizio di mente.

Il primo, nel 2007, la Corte d'Assise d'Appello di Trieste, con la sentenza n. 5 del 18 settembre 2009²³¹, ha riconosciuto la parziale infermità mentale di un algerino, accogliendo favorevolmente la perizia psichiatrica dei neuroscienziati molecolari Pietro Pietrini e Giuseppe Sartori.

L'imputato, Bayout Abdelmalek, condannato per l'omicidio di un colombiano²³², nel processo di primo grado era stato sottoposto a perizia psichiatrica per valutare se al momento del fatto fosse capace di intendere e di volere ed il G.U.P. di Udine, dopo aver esaminato tre perizie, aveva riconosciuto una capacità diminuita, accordando all'imputato una diminuzione di pena, condannandolo a 9 anni e mesi 2 di reclusione, oltre che alla misura di sicurezza dell'assegnazione ad una casa di cura e di custodia per anni 3. Nel processo d'appello, la corte aveva richiesto un ulteriore esame psichiatrico per verificare quanto la capacità dell'imputato fosse scemata al momento della commissione del fatto. Gli psichiatri incaricati, oltre all'esame psichiatrico con metodiche tradizionali, hanno aggiunto,

²³⁰ BERTOLINO, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in *Penale Contemporaneo*, 8 gennaio 2013, pagg. 33 e 34.

²³¹ la sentenza della Corte d'Assise D'Appello di Trieste del 18 settembre 2009 n. 5 in *Rivista penale* 2010, 1, 70 ss con nota di FORZA, *Le neuroscienze entrano nel processo penale*, in *Rivista Penale* n. 1/2010, pag. 75 e ss.

²³² sul caso vedi FERESIN, *Lighter sentence for murder with 'bad genes'*, in *Nature*, 2009, 1050, in <http://www.nature.com/news/2009/091030/full/news.2009.1050.html> e SAMMICHELI SARTORI, *Delitto, geni, follia*, in *Neodarwinismo e scienze sociali*, a cura di Vignera, Milano, 2010 e D'AMATO, *Le indagini neuroscientifiche e genetiche nell'accertamento dell'imputabilità penale*, in *Critica del diritto*, Luglio – Settembre 2014, n. 3.

per la prima volta in un processo, una serie di nuovi test basati sul profilo genetico e sulle neuroimmagini.

I periti hanno individuato nell'imputato delle anomalie in 5 geni correlati al comportamento violento, pertanto è risultato essere portatore dell'allele a bassa attività per il gene MAOA, che può essere associato ad un comportamento aggressivo o criminale se il soggetto è cresciuto in un ambiente sociale e familiare negativo. Dunque, gli esperti hanno ritenuto che il soggetto non fosse pienamente capace di controllare le proprie azioni.

La Corte d'Appello di Trieste ha accolto in modo favorevole i risultati di tale perizia, accettando la tesi secondo cui il profilo genetico dell'imputato potrebbe renderlo aggressivo in situazioni particolarmente stressanti, riconoscendogli una "vulnerabilità genetica", e così riducendo di un anno la pena irrogata in primo grado.²³³

Nel 2011, il G.U.P. del Tribunale di Como ha reso una sentenza dello stesso tenore della decisione presa dalla Corte di Appello di Trieste nel 2007, la sentenza n. 536 del 20 maggio 2011²³⁴, con cui era stata condannata una donna a 20 anni di reclusione per aver ucciso la sorella, previo sequestro della stessa, incendiato il suo cadavere e tentato di uccidere anche i genitori. Durante il processo, i periti, della difesa e del G.U.P. Lo

²³³ Sul punto CAPRA, *Le neuroscienze e la genetica molecolare nella valutazione della capacità di intendere e di volere. Commento alla sentenza della Corte d'Appello di Trieste n. 5/2009 del 18.9.2009*, in *Psicologia e Giustizia*, 11, 2009, 1 e MARCHETTI, *Il cervello a giudizio. Le lontane origini di due recenti sentenze italiane*, in *Psicologia e Giustizia*, Anno 13, n. 2.

²³⁴ Tribunale di Como, sentenza n. 536 del 20 maggio 2011, la sentenza può essere letta sul sito web www.altalex.com, mentre tra i commenti alla stessa si menziona FERESIN, *Italian court reduces murder sentence based on neuroimaging data*, in «Nature news blog», posted on September 01, 2011, http://blogs.nature.com/news/2011/09/italian_court_reduces_murder_s.html, MARCHETTI, *Il cervello a giudizio. Le lontane origini di due recenti sentenze italiane*, in *Psicologia e Giustizia*, Anno 13, n. 2 e D'AMATO, *Le indagini neuroscientifiche e genetiche nell'accertamento dell'imputabilità penale*, in *Critica del diritto*, Luglio – Settembre 2014, n. 3.

Gatto, hanno avuto opinioni completamente divergenti: il primo riteneva che l'imputata fosse totalmente incapace di intendere e di volere a causa di una patologia psicotica, il secondo, invece, aveva valutato l'imputata completamente capace, riscontrandole dei disturbi istrionici e dissociativi della personalità che però non avevano inciso sulla sua capacità. Il G.U.P., stante le divergenze, ha deciso di affidare l'incarico ai neuropsichiatri del processo di Trieste, Pietrini e Sartori.

I periti nominati, con un articolato esame clinico, effettuato anche con esami genetici e test con neuroimmagini, hanno ritenuto che la donna non era capace di intendere e di volere al momento delle condotte criminose, poiché alla stessa erano state riscontrate delle anomalie in almeno tre geni ed un allele a bassa attività per il gene MAOA, che, come evidenziato, incidono sul comportamento in termini di violenza e carenza del controllo dell'impulsività.

Il G.U.P. ha così ritenuto di accettare le conclusioni presentate dai periti, affermando che «se è vero, dunque, che la valutazione comportamentale e clinica di un soggetto malato di mente non può essere certo sostituita dalla valutazione del suo cervello tramite le tecniche di *neuroimaging* o dagli studi di genetica molecolare, non può, però, essere disconosciuto che le tecniche neuroscientifiche garantiscono oggi nuove metodologie di approfondimento e di supporto che rappresentano un utile completamento alla tradizionale diagnosi psichiatrica, permettendo sia di aumentare il tasso di oggettività della valutazione psichiatrico – forense, sia di introdurre una descrizione più completa della sintomatologia e dei suoi correlati neuronali genetici».²³⁵

Per tali motivi, il giudice ha disposto la condanna della donna a 20 anni di reclusione, pena ridotta rispetto all'ergastolo, quest'ultima astrat-

²³⁵ Tribunale di Como, sentenza n. 536 del 20 maggio 2011, cit. pag. 32 ss.

tamente prevista per i reati commessi, tenuto conto del vizio parziale di mente.

Il Tribunale di Como si è, quindi, espresso nel senso che «le neuroscienze non si sostituiscono alla valutazione comportamentale e clinica di un soggetto, ma possono integrare l'accertamento della sua capacità di intendere e di volere, accrescendone il grado di affidabilità come prova scientifica nel processo penale».

Di fatto, le due sentenze hanno riconosciuto il disturbo psichico attraverso un'altra strada, un nuovo metodo di indagine e nuove tecnologie, come afferma lo stesso G.U.P. Lo Gatto, riconosciute in ambito internazionale.²³⁶

Chi invece ha alzato nubi di polvere sono stati i mezzi di informazione e comunicazione, che hanno parlato di un 'gene assassino' o addirittura di un gene che diminuisce la pena.²³⁷

Infatti, i giudici di primo e di secondo grado, in successive pronunce, sono stati molto più cauti nel riconoscere un collegamento della criminalità alla base genetica, ritenendo «suggestiva» la prospettazione volta ad evocare l'apporto delle neuroscienze per verificare la presenza di

²³⁶ Sul punto si è espressa in senso contrario la Corte d'Assise d'Appello di Caltanissetta con la sentenza n. 7/2014, in cui i giudici hanno osservato che una base genetica della predisposizione ad azioni impulsive ed aggressive non ha un fondamento scientifico consolidato, tale da far ritenere acquisito il dato stesso al patrimonio delle neuroscienze. La conclusione della Corte non è risultata frutto d'una posizione di mera asserzione, ma si è confrontata con un riferimento espresso alla posizione assunta dalla società italiana di genetica umana, che non aveva affatto condiviso quel concetto che avrebbe aperto ad una predisposizione criminale, su base genetica.

²³⁷ INIZAL, *Un juge italien découvre le gène du meurtre*, in «Libération», 28.10.2009; AHUJA, *The get out of jail free gene*, in «The Times», 17.11.2009; FAZZINO, *Il gene dell'assassino, ritorno a Lombroso?*, in «Il Sole 24 Ore», 29.10.2009; *Como. Nata per uccidere, è colpa dei geni. Sentenza storica della Corte*, in «affariitaliani.it», 3/9/2011, http://www.affariitaliani.it/cronache/como_nata_per_uccidere_geni_sentenza_como300811.html

anomalie strutturali (nella morfologia del cervello) e genetiche comportamentali, atte a causare comportamenti aggressivi e violenti.²³⁸

Anche le Sezioni Unite, nel caso Thyssenkrupp, nel delineare la sottile linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente ed in particolare riferimento al concetto di volontà, hanno affermato espressamente che «la psicologia e le neuroscienze hanno fino ad ora fornito informazioni e valutazioni incerte, discusse, allusive».²³⁹

In dottrina, invece, si è affermato come le neuroscienze e le indagini genetiche siano particolarmente adatte a soddisfare un'altra esigenza, propria anche di alcuni giudici, di trovare una spiegazione a crimini effettuati, apparentemente privi di ragione e difficili da spiegare, piuttosto che di accertare la salute mentale dell'imputato. Tale esigenza, però, che esprime una voglia di rassicurazione sociale volta ad attribuire l'etichetta di 'anormale' a chi ha commesso un delitto particolarmente crudele, se accolta, rischia di negare alla persona la restituzione, attraverso la pena, della responsabilità per il fatto commesso.

Ciò, di conseguenza, può comportare una progressiva discriminazione della persona, l'esclusione della stessa dai rapporti sociali ed una degiuridicizzazione delle relazioni della persona 'anormale', fino alla privazione dei suoi diritti di cittadinanza, che può costituire la premessa per la sua eliminazione fisica, alla quale l'escluso stesso finirebbe per prestare acquiescenza.²⁴⁰

²³⁸ Sul punto cfr. sentenza resa dalla Corte d'Assise d'Appello di Bari del 25.10.2012.

²³⁹ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 38343 del 24.04.2014; di analogo tenore anche GIP Tribunale di Venezia, sentenza n. 296 del 24 gennaio 2013 e Corte di Assise di Appello di Trieste, sentenza n. 5 del 2 luglio 2012, per un commento alle ultime due sentenze cfr. D'AMATO, *Le indagini neuroscientifiche e genetiche nell'accertamento dell'imputabilità penale*, op. cit.

²⁴⁰ D'AMATO, *Le indagini neuroscientifiche e genetiche nell'accertamento dell'imputabilità penale*, op. cit., riferendosi anche ad una critica del diritto penale del nemico alla luce dei principi costituzionali, oltre che in riferimento ad ARENDT, *Le origini del totalitarismo* (1962-1966), Torino, 1999, 651 ss. In riferimento, invece, al pro-

In questo modo il sistema penale perderebbe la sua funzione politico – criminale di prevenzione, di carattere rieducativo e risocializzante.

cedimento di esclusione sociale degli internati in ospedali psichiatrici, l'Autrice richiama BASAGLIA, *Le istituzioni della violenza*, in BASAGLIA (a cura di), *L'istituzione negativa*, Torino, 1968.

CAPITOLO III

Il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari

1. Le misure di sicurezza e doppio binario nei progetti di riforma della disciplina del codice.

Per quanto sinora analizzato, è emersa chiaramente la problematica del trattamento sanzionatorio dei soggetti non imputabili, in particolare degli imputati con disturbi psichici, che deve in ogni caso tenere conto dello scopo specifico della pena e della misura di sicurezza.

Sempre maggiore si è sentita l'esigenza di coniugare "colpevolezza" e "prevenzione" in una nuova disciplina dell'imputabilità che fosse connessa a modelli sanzionatori diversi.²⁴¹

Tuttavia, molteplici sono le istanze volte a restituire al soggetto non imputabile o semi-imputabile la 'capacità di colpevolezza', in un'ottica preventiva, positiva, di responsabilizzazione individuale e sociale²⁴², anche in termini di cd. 'imputabilità diminuita'²⁴³.

Tale necessità deriva dalla circostanza che la malattia mentale, come detto, non è facilmente definibile, tuttavia ogni criminale con disordini mentali possiede sempre una più o meno ampia 'quota di responsabilità'²⁴⁴ e nonostante ciò viene prosciolto per incapacità di intendere e di volere.

²⁴¹ MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "Finzioni Giuridiche alla "Terapia Sociale"*, Giappichelli Editore – Torino, 1997, pag. 191, in cui emergono concrete prospettive di riforma, quale la terapia sociale, anche in termini di comparazione con i sistemi giuridici internazionali.

²⁴² ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale, Saggi di teoria del reato a cura di Sergio Moccia*, Napoli, 1998

²⁴³ Sul punto cfr. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "Finzioni Giuridiche alla "Terapia Sociale"*, opera cit., pag. 250.

²⁴⁴ Suprema Corte di Cassazione, Sezione Penale, n. 9163 del 25 gennaio 2005, in dottrina sul punto cfr. D'AMATO, *"Le indagini neuroscientifiche e genetiche nell'accertamento dell'imputabilità penale"*, in *Critica del Diritto*, n. 3 – Luglio -

Tale situazione produce una seria contraddizione nelle questioni di diritto ed una incertezza del diritto stesso.

Per questi motivi, in più occasioni, sono state poste all'attenzione del legislatore progetti di legge e proposte di riforma sul tema della imputabilità.

Essi sono il "Progetto Pagliaro" del 1992; il "Disegno di legge Riz" del 1995; la proposta del deputato Francesco Corleone "norme in materia di imputabilità e di trattamento penitenziario del malato di mente autore di reato" del 1996; la proposta delle Regioni Emilia Romagna e Toscana "Superamento degli OPG, nuova disciplina dell'imputabilità, del difetto della stessa, della sentenza di assoluzione per tale causa e delle misure conseguenti, della perizia psichiatrica e della ammissibilità della revisione della sentenza di assoluzione" del 1997; il "Progetto Grosso" del 1998, il progetto formulato dalla Commissione Nordio del 2004 ed infine il progetto presentato nel 2006 dalla Commissione Pisapia.

1.1 Il Progetto Pagliaro.

Il Progetto Pagliaro²⁴⁵, presentato nel 1991 dalla Commissione ministeriale nominata con DM 8 febbraio 1988, era uno schema di disegno di legge delega al Governo per l'emanazione di un nuovo codice penale.

Il progetto ha principalmente cercato di seguire «le indicazioni della Costituzione sulla problematica penale» ed ha prospettato soluzioni proprie di una politica penale moderna, anche attraverso un confronto

Settembre 2015, pag. 305 e ss. e, più risalente, MANNA, *Diritto penale e psichiatria di fronte alla malattia mentale*, in *Rassegna Italiana di criminologia*, 2000, pag. 338.

²⁴⁵ Il testo del disegno di legge sulla delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione di un nuovo codice penale, parte generale e parte speciale, si può leggere integralmente sul sito web

<http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/riforma/articolatopagliaro.htm>

con le principali legislazioni straniere. Tra gli obiettivi, la Commissione Pagliaro ha cercato di adeguare le sanzioni penali e la loro tipologia all'effettivo disvalore di ogni singolo fatto, che emergono nella vita di ogni giorno.²⁴⁶

Ciò che interessa, in questo lavoro, sono principalmente i tre aspetti dell'imputabilità, pericolosità e misure di sicurezza.

La proposta Pagliaro elimina del tutto la definizione del concetto di imputabilità (ma non l'istituto) in favore, invece, di un articolo - l'art. 34 – che spiega solo le cause che la escludono (o la diminuiscono).²⁴⁷ L'ambito delle cause di esclusione viene allargato sino a ricomprendere, oltre all'infermità di mente, altre anomalie mentali ed ogni altra causa che pone il soggetto nello stato di incapacità di intendere e di volere.

La categoria della semi-imputabilità e, quindi, il vizio parziale di mente, non viene abbandonata dalla Commissione, la quale specifica che, in conformità ai più recenti orientamenti, vuole riconfermarle dignità e validità, invitando, tra l'altro, il legislatore delegato ad adeguare il trattamento penale, con esclusione dell'attuale doppio binario, alle condizioni del semi-imputabile.²⁴⁸

²⁴⁶ così si legge nella Relazione alla bozza di articolato della Commissione Pagliaro, consultabile al sito web:

<http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/riforma/relazionepagliaro.htm>

²⁴⁷ così l'art. 34 del Progetto Pagliaro «Art. 34 - Imputabilità. Casi di esclusione. 1. Escludere l'imputabilità nei casi in cui, al momento della condotta il soggetto: era minore degli anni quattordici ovvero, se maggiore degli anni quattordici e minore degli anni 18, non aveva la capacità di intendere o di volere; era, per infermità o per altra anomalia o per cronica intossicazione da alcool ovvero da sostanze stupefacenti, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere; era, per ubriachezza o per l'azione di sostanze stupefacenti derivata da caso fortuito o forza maggiore, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere; era, per altra causa, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere. 2. Nei casi suddetti, se la capacità di intendere o di volere era grandemente scemata, ma non esclusa, diminuire la pena.»

²⁴⁸ Relazione alla bozza di articolato della Commissione Pagliaro, consultabile al sito web:

<http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/riforma/relazionepagliaro.htm>

Si evidenzia come il Progetto di riforma presenta un'apertura delle cause di non imputabilità, affiancando alla «infermità» anche la dizione di «ampia anomalia» e ogni «altra causa» che ponga il soggetto in tale stato di mente da escludere (o scemare grandemente) la capacità di intendere e di volere²⁴⁹.

Con l'uso di questa terminologia la Commissione tende a passare dal tradizionale “metodo di giudizio a due piani” (psicologico, di competenza del perito; normativo, di competenza del giudice), al metodo “normativo puro”, che fonda il suo giudizio sulla sola capacità a prescindere dalla causa che l'ha esclusa o diminuita, con una conseguente riduzione dell'importanza dell'apporto del perito, che può portare a «sovraesporre» l'apporto del giudice²⁵⁰.

La categoria della pericolosità sociale²⁵¹, invece, viene radicalmente modificata, poiché è eliminata la figura del delinquente per tendenza, mentre l'abitudine e la professionalità sono previste, unitamente alla recidiva, quali circostanze aggravanti, poiché espressione di una più intensa colpevolezza per il fatto.

La sola forma di pericolosità prevista dalla Commissione Pagliaro è quella dichiarabile rispetto ai soli soggetti totalmente non imputabili autori di reati plurimi o di un unico reato di particolare gravità, purché tali reati siano manifestazione della stessa causa di non imputabilità. In tal

²⁴⁹ MANNA, *Diritto penale e psichiatria di fronte alla malattia mentale*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 2000, pag. 332.

²⁵⁰ MANNA, *Diritto penale e psichiatria di fronte alla malattia mentale*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 2000, pag. 332.

²⁵¹ Così l'art. 36 del Progetto Pagliaro: «Art. 36 - Pericolosità sociale – 1. Prevedere la dichiarazione di pericolosità sociale nei confronti dei soggetti totalmente non imputabili autori di più reati o di un unico reato di particolare gravità, sempre che tali reati siano manifestazione della causa di non imputabilità. 2. Escludere ogni presunzione di esistenza o di persistenza della pericolosità.»

modo, viene limitato il giudizio di pericolosità sociale solo ai non imputabili, con esclusione, quindi, dei soggetti imputabili.²⁵²

Ne deriva che le misure di sicurezza²⁵³ saranno applicabili, secondo la Commissione ministeriale, solo ai soggetti non imputabili e dichiarati pericolosi.

Con riguardo all'accertamento della pericolosità, la Commissione ministeriale Pagliaro di fatto riafferma, sulla scia della già avvenuta abrogazione dell'art. 204 c.p., l'esclusione della pericolosità presunta.

La maggiore innovazione di tale progetto, probabilmente, è stata quella di distinguere, in fase di trattamento, tra persone inferme di mente e soggetti intossicati da sostanze alcoliche o stupefacenti, prevedendo per i primi strutture psichiatriche oppure il trattamento psichiatrico in libertà vigilata, mentre per i secondi strutture terapeutiche o terapia in libertà vigilata. Tuttavia, il Progetto è risultato alquanto generico in tema di singole misure di sicurezza e soprattutto è stato rilevato in dottrina che le strut-

²⁵² sul punto è stato affermato che tale impostazione è condivisibile per l'esclusione dei soggetti imputabili dall'applicazione delle misure di sicurezza, ma non è altrettanto condivisibile l'esclusione da tale sistema dei semi – imputabili, non essendo, per questi ultimi, la pena sufficiente a soddisfare le esigenze terapeutiche, cfr. MANNA, *Imputabilità, pericolosità e misure di sicurezza: verso quale riforma?*, op. cit., pag. 1325.

²⁵³ Così l'art. 48 del Progetto Pagliaro: «Art. 48 - Misure di sicurezza. - 1. Prevedere le seguenti misure di sicurezza: per l'infermo di mente, il ricovero in una struttura psichiatrica o il trattamento psichiatrico in libertà sorvegliata; per l'intossicato da sostanze alcoliche o stupefacenti, non imputabile, il ricovero in una struttura terapeutica o il trattamento terapeutico in libertà sorvegliata; per i sordomuti, non imputabili, il ricovero in una struttura terapeutica o il trattamento terapeutico in libertà sorvegliata; per il minore, non imputabile, l'affidamento a strutture giudiziarie o civili per la rieducazione. Le strutture di cui alle lettere precedenti, siano esse giudiziarie o civili, devono garantire, ove sia necessario, la custodia del soggetto ricoverato. 2. Disciplinare l'applicazione delle misure di sicurezza secondo i seguenti criteri: accertamento periodico della persistenza della pericolosità sociale; revoca delle misure di sicurezza quando la pericolosità sia venuta meno; applicazione delle misure di sicurezza in libertà sorvegliata quando essa possa ritenersi sufficiente a prevenire la commissione di reati o quando le misure detentive appaiano non proporzionate alla gravità dei reati commessi e di quelli presumibilmente realizzabili dal soggetto; applicabilità provvisoria delle misure di sicurezza, quando appaia necessaria per impedire che il reato sia portato ad ulteriori conseguenze o che il soggetto commetta nuovi reati.»

ture terapeutiche, individuate nel progetto, sono sia giudiziarie che civili. Risultavano così idonei anche i «vetusti» O.P.G., ritornando così il problema dell'utilizzo di una misura di sicurezza unica.²⁵⁴

1.2 Il disegno di legge Riz

Il disegno di legge Riz²⁵⁵ è stato presentato nel 1994, nel corso della XII legislatura, da un comitato per la riforma al codice penale istituito presso la Commissione giustizia del Senato ed ebbe come primo firmatario il senatore Riz.

Il Progetto aveva tenuto conto dei lavori della Commissione Pagliaro al punto che, come si legge nella Relazione del senatore Riz, questi costituiscono «l'ossatura base sulla quale si potrà instaurare il dialogo parlamentare».²⁵⁶

L'imputabilità viene affrontata dagli art. 80 e ss.

In particolare, negli artt. 83 e 84, rispettivamente vizio totale e parziale di mente, torna il concetto di anomalia, che nel primo caso doveva essere una «gravissima anomalia psichica», mentre nel secondo caso si riteneva sufficiente una «grave anomalia psichica». Sul punto, si è affermato che, rispetto al Progetto Pagliaro, il disegno di legge Riz si è rivelato più preciso e meno soggetto alla critica di una eccessiva estensione delle ipotesi di non imputabilità, tuttavia si è ritenuto che il concetto di

²⁵⁴ MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "Finzioni Giuridiche alla "Terapia Sociale", op. cit.*, il quale auspica una maggiore «flessibilità» del sistema, con il ricorso ad una «pluralità» di misure e non, invece, come purtroppo avviene, soltanto ad un'unica misura.

²⁵⁵ Il disegno di legge può essere interamente consultabile in formato *.pdf* al seguente link <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/51396.pdf>

²⁵⁶ RIZ, *Per un nuovo codice penale: problemi e itinerari*, "L'indice penale", 1995, p. 3 e ss.

grave e gravissima anomalia fosse non altro che un maquillage fin troppo deciso.²⁵⁷

Il Titolo VIII del disegno di legge, art. 159 e ss., prevedeva le misure di sicurezza, applicabili solo in seguito alla declaratoria di pericolosità sociale²⁵⁸, nei confronti di persone dichiarate, con sentenza di assoluzione, non imputabili per totale incapacità di intendere e di volere.

Il disegno di legge Riz, quindi, ha riconfermato le vigenti misure di sicurezza, seppure solo per gli infermi ed i semi-infermi di mente riconosciuti socialmente pericolosi ed autori di reati per cui la legge prevede una pena superiore nel massimo a 10 anni di reclusione, con la previsione per le stesse misure di una durata massima.²⁵⁹

Infatti, al fine di evitare un ingiusto protrarsi della misura, la proposta prevede, all'art. 164, che l'accertamento della pericolosità sia effettuato una volta all'anno alla presenza del difensore, mentre quando questa è applicata in via provvisoria, l'accertamento della pericolosità va effettuata con cadenza trimestrale.

1.3 La Proposta di legge Corleone.

La proposta di legge n. 151 del 1996 "Norme in materia di imputabilità e di trattamento penitenziario del malato di mente autore di reato"

²⁵⁷ MERZAGORA, *L'imputabilità nel disegno di legge n. 2038 (Libro primo del codice penale)*, in *Rivista italiana di criminologia*, 1996, pag. 227 e ss. e 235-236.

²⁵⁸ Per la declaratoria di pericolosità sociale, l'art. 162 disponeva che la persona deve aver «commesso uno o più fatti di particolare gravità preveduti dalla legge come reato, quando è probabile che commettano nuovi fatti preveduti dalla legge come reato e quando sussistano elementi di pericolosità desunti dalle circostanze indicate nell'art. 112». Tra i fattori, oggettivi e soggettivi, indicati nell'art. 112 si rinvenivano sia fattori inerenti al reato e sia fattori che trovano riscontro nella colpevolezza dell'agente. Si evidenzia inoltre come le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo possono essere valutate solo a favore dello stesso (art. 112, ultimo comma).

²⁵⁹ Sul punto cfr. MANNA, *Diritto penale e psichiatria di fronte alla malattia mentale*, in *Rassegna Italiana di criminologia*, 2000, pag. 343.

presentata dal deputato Corleone ha posto le basi per un concreto superamento dell'istituto della non imputabilità degli autori di reato infermi di mente.

Ritenendo fondamentale un coordinamento tra il momento giuridico-penale e quello assistenziale – psichiatrico, la proposta elimina del tutto il concetto di non imputabilità, prevedendo una radicale modifica dell'art. 88 c.p. del seguente tenore: «l'infermità psichica non esclude, né diminuisce l'imputabilità» e l'eliminazione dell'art. 89 c.p.

In tal modo l'infermo di mente è riconosciuto soggetto responsabile ed assoggettabile esclusivamente alla pena.

Difatti, la proposta prevedeva l'abolizione di tutte le misure di sicurezza e l'inserimento, invece, di un'alternativa alla detenzione per condannati malati di mente, mediante la previsione di strutture sanitarie, nell'ambito del carcere, idonee alla cura dei disturbi psichici dei detenuti ed in collaborazione con i servizi sanitari territoriali per l'assistenza medico psichiatrica.

L'obiettivo, secondo Corleone, era quello di garantire agli infermi di mente, autori di reato, la possibilità di un reinserimento nella società, facoltà che, invece, era già garantita ai soggetti imputabili.²⁶⁰

Tale proposta, quindi, restituendo la colpevolezza al soggetto infermo di mente, si pone l'obiettivo di garantire agli stessi seri programmi di cura, assistenza medico – psichiatrica all'interno dell'istituto carcerario.

²⁶⁰ Nella Relazione alla proposta si legge che tramite gli ospedali psichiatrici giudiziari la società evita il proprio dovere di punire chi infrange la legge e, in sostituzione di una riabilitazione umana e sociale in un ambito penale, il malato di mente viene punito con la restrizione e il trattamento di un contesto psichiatrico. In tal modo, a differenza dei soggetti «sani di mente» condannati a pena detentiva, ai quali viene concessa in sede esecutiva la possibilità di usufruire di benefici e facilitazioni al fine di un reinserimento sociale, a coloro che, per infermità psichica, sono stati prosciolti dal reato, tale possibilità appare negata.

rio e di riabilitazione, in funzione di un reale inserimento nella società, alla stregua dei soggetti sani di mente.

1.4 La Proposta di legge delle Regioni Emilia Romagna e Toscana.

La proposta di legge alle Camere, ai sensi dell'art. 121 Cost., presentata ad iniziativa della Giunta Regionale della Toscana e dell'Emilia Romagna²⁶¹, in collaborazione con la fondazione Michelucci, si è sviluppata su presupposti completamente opposti all'orientamento precedente.

Il Progetto Regione Toscana – Emilia Romagna presentava un metodo decisamente innovativo, poiché elaborato da un gruppo di esperti che lavoravano quotidianamente con i *folli-rei* costituito da psichiatri, psicologi, psicoterapeuti, operatori di comunità e giuristi. Grazie alla collaborazione tra più professionisti, che operavano insieme anche nella pratica del trattamento delle persone con disturbi psichici, tale progetto si presenta come espressione della mediazione tra contrapposte visioni.

Il Progetto manteneva la distinzione tra soggetti imputabili e non imputabili, ampliando il novero delle malattie mentali e ricomprendendo anche la “grave anomalia psichica” e la “grave menomazione sensoriale”.²⁶²

Si affermava che non era capace di intendere e di volere chi aveva commesso un atto previsto dalla legge come reato, se tale atto era il frutto di una “grave alterazione dell'esame e del senso della realtà”, o se il suo comportamento non era stato coscientemente determinato.²⁶³

²⁶¹ Il d.d.l. 8 agosto 1997, n. 2746, Senato della Repubblica, *Disposizioni per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari* è consultabile su www.senato.it.

²⁶² Art. 1, comma 1, del ddl 2746/1997.

²⁶³ Art. 1 comma 4 del ddl 2746/1997.

Le misure di sicurezza continuavano ad essere applicate solo ai non imputabili socialmente pericolosi ed il giudice, per l'accertamento della pericolosità sociale, avrebbe avuto criteri più oggettivi per tale valutazione. Le misure di sicurezza, invece, erano escluse quando il delitto commesso era punito con la reclusione inferiore a 2 anni o era colposo o per il quale fosse prevista la pena pecuniaria.

Il progetto, inoltre, prevedeva per i non imputabili due misure di sicurezza: l'assegnazione ad apposito istituto in regime di custodia e l'affidamento al servizio sociale.²⁶⁴

La prima misura veniva applicata quando la pena edittale massima non era inferiore a 10 anni, mentre la seconda quando il reato commesso prevedeva una pena edittale inferiore nel massimo a dieci anni, con possibilità di applicare l'assegnazione in custodia ove la misura risultasse inadeguata, con possibilità di conversione successiva.

Le strutture per il trattamento psichiatrico di assegnazione in custodia dovevano essere create in ogni Regione e per un numero di pazienti non superiore a trenta unità. Sarebbero state, inoltre, cogestite dal Servizio Sanitario Nazionale, relativamente alle attività sanitarie, e dall'Amministrazione Penitenziaria per la responsabilità del servizio e le attività custodiali. Il Giudice, nel disporre la misura, avrebbe dovuto tenere conto del territorio di provenienza del soggetto, nonché quello dove egli mantiene una rete di rapporti familiari e sociali.²⁶⁵

Si rileva come tali istituti, per le discrezionali modalità di trattamento a vigilanza attenuata, sembrano assomigliare agli istituti di terapia sociale tedeschi.²⁶⁶

²⁶⁴ Art. 4 del ddl 2746/1997.

²⁶⁵ Art. 5 del ddl 2746/1997.

²⁶⁶ MARGARA, *Il progetto di legge della Regione Emilia-Romagna*, Relazione al Convegno Internazionale «Franco Basaglia la comunità possibile», Trieste, 20-24 ottobre

Rispetto all'affidamento al servizio sociale, nel progetto si faceva riferimento, per quanto compatibile, alla disciplina dell'affidamento in prova al servizio sociale ai sensi dell'art. 47 della Legge n. 345 del 1975 ed il giudice di sorveglianza, nell'ordinare detta misura, inseriva tra le prescrizioni l'impegno del soggetto a seguire, presso il Servizio sanitario pubblico, un programma terapeutico e riabilitativo adeguato alle sue condizioni.²⁶⁷

Era previsto, inoltre, che l'accertamento della persistenza della pericolosità sociale fosse effettuata ogni anno, nel caso del regime di custodia ed ogni sei mesi, nel caso di affidamento in prova, che però poteva essere anche anticipato su richiesta dell'interessato, su segnalazione del servizio sanitario oppure d'ufficio.²⁶⁸

La Riforma si poneva l'obiettivo di evitare che negli OOPGG confluissero i soggetti prosciolti per infermità psichica e i detenuti ai quali fosse sopravvenuta la condizione di infermità durante la espiazione della pena in carcere, o anche detenuti in attesa di perizia o in osservazione.

La proposta, infatti, prevedeva che le persone non assolte per infermità fossero assegnate in un Centro medico specifico all'interno di un carcere, costituito in ogni regione.

L'obiettivo era chiaramente quello di far cessare la «pratica delle deportazioni», che impedivano il contatto tra il paziente ed il servizio di competenza territoriale, al fine di ottenere una maggiore personalizzazione del trattamento ed una separazione della funzione di cura del personale sanitario dalla funzione di custodia che, invece, è propria del personale

1998 e MANNA, *Diritto penale e psichiatria di fronte alla malattia mentale*, in *Rassegna Italiana di criminologia*, 2000, pag. 351.

²⁶⁷ Art. 6 del ddl 2746/1997.

²⁶⁸ Art. 7 del ddl 2746/1997.

dell'ordine penitenziario, nonché la previsione di trattamenti terapeutici da potersi effettuare anche in carcere.²⁶⁹

1.5 Il Progetto Grosso.

Il Progetto Grosso, redatto dalla Commissione per la riforma del codice penale istituita con D.M. 1 ottobre 1998, ha elaborato un articolato di riforma della parte generale del codice penale, che, insieme alla relazione del 26.05.2001, costituiva il “Progetto preliminare del codice penale – parte generale”.

Il Progetto Grosso modifica il concetto di imputabilità, inserendo anche il concetto di capacità ridotta.

La Commissione inserisce la locuzione di non imputabilità «per infermità o per altro grave disturbo della personalità», purché la persona, nel momento in cui ha commesso il fatto, sia in condizioni di mente tali da escludere la possibilità di «comprendere il significato del fatto o di agire in conformità a tale valutazione».²⁷⁰

Inoltre, allineandosi alle tendenze «aperturiste», il Progetto Grosso affianca al tradizionale concetto di infermità quello di «grave anomalia psichica», mutuando così la relativa disciplina da quella già esistente nello *StGB*²⁷¹.

Se da un lato l'imputabilità resta presupposto di colpevolezza, dall'altro la Commissione Grosso sostituisce il concetto di pericolosità sociale con la locuzione «bisogno di trattamento e di controllo», determi-

²⁶⁹ Sul punto cfr. la Relazione al ddl 2746/1997, in www.senato.it

²⁷⁰ Art. 94 del Titolo IV – Non imputabilità e capacità ridotta dell'articolato Commissione Grosso.

²⁷¹ MANNA, *Diritto penale e psichiatria di fronte alla malattia mentale*, in *Rassegna Italiana di criminologia*, 2000, pag. 333.

nato dal persistere delle condizioni di incapacità che hanno dato causa al delitto.

Le misure, invece, diventano «di sicurezza e riabilitative»²⁷², rivolte esclusivamente ai non imputabili per infermità o per altro grave disturbo della personalità, e possono essere disposte dal giudice solo se sussistono comprovate e prioritarie esigenze di prevenzione di delitti più gravi, in caso contrario è sufficiente un intervento extra-penale.

Le misure di sicurezza e riabilitative vengono così suddivise in tre tipologie: il ricovero in una struttura con finalità terapeutiche o di disintossicazione; l'obbligo di sottoporsi ad un trattamento ambulatoriale presso strutture sanitarie; l'obbligo di sottoporsi a visita periodica presso strutture sanitarie o di presentazione periodica ai servizi sociali.

La Commissione, quindi, pur prevedendo una esecuzione di tali misure preferibilmente in strutture che fanno parte del circuito assistenziale, ritiene che le stesse possono essere disposte solo se è stato commesso un delitto doloso o colposo contro la persona o contro l'incolumità pubblica, o un delitto contro il patrimonio, per il quale sia prevista la pena della reclusione. Tuttavia, ritiene anche che «può essere disposto il ricovero in una struttura chiusa soltanto se vi sia concreto pericolo che il soggetto, in assenza di una di tale misura, commetta un delitto doloso o colposo contro la vita, la integrità fisica, la libertà personale, la libertà sessuale o l'incolumità pubblica, o comunque con violenza o minaccia contro la persona»²⁷³.

²⁷² Art. 97, comma 1 – Misure di sicurezza e riabilitative dell'Articolato Commissione Grosso.

²⁷³ Art. 97, comma 4 – Misure di sicurezza e riabilitative dell'Articolato Commissione Grosso.

Il doppio binario, invece, viene escluso per i semi-imputabili, i quali, al pari degli imputabili, sono soggetti alla pena, ma con valenze terapeutiche e riabilitative, orientate verso una prevenzione speciale.²⁷⁴

1.6 Il Progetto Nordio.

Il Progetto presentato dalla Commissione Nordio nel 2004, incaricata di redigere il nuovo codice penale, aveva predisposto 2 testi: uno rappresentato da uno schema di legge-delega di Parte Generale, composto da 59 articoli, divisi in 8 titoli, l'altro composto da 138 articoli, che esponevano i principi stabiliti nella stessa legge – delega.²⁷⁵

La Commissione Nordio non rinuncia all'istituto della imputabilità, sempre intesa sempre come capacità di intendere e di volere, che può diminuire o mancare per «infermità», tuttavia equipara l'«assenza di capacità» con la sua «riduzione pressoché totale» e con lo «stato cronico irreversibile da alcool e da sostanze stupefacenti». Ne deriva una completa equiparazione del “vizio totale” al “vizio pressoché totale”.

Scompare completamente il termine misure di sicurezza in favore, invece, delle «misure di controllo, cura e sostegno rieducativo», così suddivise: ricovero in una struttura giudiziaria di custodia con finalità terapeutiche o di disintossicazione; obbligo di sottoporsi a un trattamento di cura presso strutture sanitarie civili sotto il controllo del servizio sociale; altre misure denominate tali dalla legge.²⁷⁶

²⁷⁴ L'art. 70 – Orientamento alla prevenzione speciale così dispone: «In tutte le decisioni concernenti gli istituti disciplinati da questo titolo, o le misure alternative alla detenzione previste dall'ordinamento penitenziario, il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, adotta la soluzione più adeguata per finalità di prevenzione speciale».

²⁷⁵ Per il testo della legge delega ed il commento alla stessa <http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/riforma/nordio/index.htm>

²⁷⁶ Art. 51 – Misure di controllo e cura per i non imputabili – Titolo VII della riscrittura della parte generale del codice penale.

Se da un lato la Commissione aveva finalmente stabilito una durata minima e massima di tali misure, minimo un anno e massimo 10 anni, tuttavia aveva anche previsto non meglio precisate «strutture giudiziarie di custodia con finalità terapeutiche o di disintossicazione».

Presupposto per l'applicazione di tali misure, in favore del non imputabile, è sempre la pericolosità sociale determinata dall'incapacità di intendere o di volere. Nel testo di modifica del Codice Rocco veniva definito in modo più preciso il concetto di socialmente pericoloso: è «l'incapace di intendere e di volere che abbia commesso un fatto previsto come reato contro la vita o contro l'incolumità, individuale o pubblica, o comunque caratterizzato da violenza nei confronti delle persone, sempre che vi siano ragioni per presumere che la sua infermità, qualora persista, lo indurrà a commettere altri fatti della stessa specie indicata»²⁷⁷.

Di particolare rilevanza, il comma 4, dell'art. 52 che prevedeva che le misure di controllo e di cura fossero eseguite nelle strutture giudiziarie solo quando il trattamento presso strutture civili non sarebbe stato altrettanto efficace o incompatibile con le esigenze di controllo. In tal modo, alle misure di controllo e di cura era stato attribuito valore di *extrema ratio*, una proposta finalmente concorde ai principi della riforma basagliana del 1978.

1.7 Il Progetto Pisapia.

Il Progetto Pisapia, l'ultimo in ordine temporale, è stato redatto dalla Commissione di studio per la riforma al codice penale presieduta dal senatore avv. Giuliano Pisapia ed istituita il 20 luglio 2006.

²⁷⁷ Art. 52 – Applicazione delle misure di controllo e cura per i non imputabili - Titolo VII della riscrittura della parte generale del codice penale.

La Commissione ha ampiamente tenuto conto della profonda crisi del concetto di imputabilità, quale riflesso dei controversi rapporti tra giustizia penale e scienze psichiatriche, stante anche la difficoltà del dato empirico di prevedibilità dei comportamenti futuri di chi ha commesso un reato in una situazione di compromessa capacità di intendere e/o di volere.

Pertanto, la Commissione Pisapia ha effettuato precise e radicali scelte, in particolare quella di abolire il sistema del doppio binario, di abolire le finzioni di imputabilità, che costituiscono una deroga alla regola che esige, ai fini dell'imputabilità, la sussistenza della capacità di intendere e di volere al momento del fatto; di recepire, in riferimento al vizio di mente, i principi fissati dalle Sezioni Unite penali – sentenza n. 9163/2005 – abbandonando il rigido modello definitivo dell'infermità in favore di clausole aperte, più idonee ad attribuire (a determinate condizioni) rilevanza anche ai disturbi della personalità; di prevedere, nei casi di incapacità di intendere e di volere, misure di cura e/o di controllo, determinate nel massimo e da applicarsi in base alla necessità della cura; di applicare, nei casi di ridotta capacità di intendere e di volere, una pena ridotta da un terzo alla metà finalizzata al superamento delle condizioni che hanno ridotto la capacità dell'agente.²⁷⁸ Inoltre, al fine evitare uno sconfinamento della non imputabilità alla 'normalità', la Commissione ha previsto un correttivo, ovvero «la presenza di un legame che deve sussistere tra l'infermità ed il reato commesso, tale da far ritenere che il secondo sia espressione della prima: affinché il vizio di mente possa avere rilevanza in ordine al profilo dell'imputabilità, il fatto deve trovare la sua origine e la sua causa nella infermità».

²⁷⁸ cfr. la Relazione di studio della Commissione Pisapia, consultabile sul sito web www.giustizia.it

Secondo la Commissione, quindi, il perito deve accertare in concreto l'imputabilità, valutando se e quanto effettivamente il disturbo mentale abbia inciso sulle capacità intellettive e volitive del soggetto agente. Questi dovrà, inoltre, accertare se il reato commesso sia espressione del disturbo mentale e compito del giudice sarà quello di trasporre questo giudizio empirico in giudizio di colpevolezza, al fine della rimproverabilità o meno del fatto al suo autore.²⁷⁹

In riferimento, invece, alla semi-imputabilità, la Commissione Pisapia ha ritenuto necessario abbandonare completamente l'attuale sistema che prevede l'applicazione congiunta di pena e misura di sicurezza, poiché da una parte, «l'applicazione della pena al semi-infermo pregiudica il suo recupero e la sua risocializzazione», dall'altra parte, «la sua sottoposizione alla misura di sicurezza dopo l'espiazione della pena risulta inutilmente afflittiva».

In tal modo, la Commissione tiene conto di due opposte esigenze: una di carattere general-preventiva di tutela della collettività, l'altra terapeutica e riabilitativa.

Inoltre, nel Progetto Pisapia non si parla più di pericolosità sociale, ma si prevede una «misura di cura e di controllo», con terapia, nei confronti dell'autore di reato non imputabile, con durata non superiore a quella della pena applicabile all'autore di reato imputabile.

Tra le misure previste dalla Commissione, si evidenzia il ricovero in strutture terapeutiche protette o in strutture con finalità di disintossicazione, il ricovero in comunità terapeutiche, la libertà vigilata associata a trattamento curativo all'obbligo di presentazione, eventualmente associata al trattamento, l'affidamento a servizi sociosanitari, lo svolgimento di una attività lavorativa o di un'attività in favore della collettività.

²⁷⁹ cfr. la Relazione di studio della Commissione Pisapia, *cit.*

Tutte le proposte sinora analizzate, che hanno interessato un arco temporale che va dalla fine degli anni '90 fino al 2007, tendono ad eliminare le differenze giuridiche tra i soggetti imputabili e non imputabili, in forza proprio di quelle 'quote di responsabilità', concetto affermato dalla Suprema Corte, che di fatto restituiscono all'infermo di mente capacità, responsabilità e, quindi, diritti.

2. Il primo passo verso il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: il DPCM 1 aprile 2008.

Il complesso *iter* verso il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari inizia con diversi interventi, il primo, il Decreto Legislativo 22 giugno 1999, n. 230 in materia di "Riordino della medicina penitenziaria a norma dell'articolo 5 della legge 30 novembre 1998, n. 419"²⁸⁰, che, rimarcando interventi in favore del diritto alla salute dei detenuti e degli internati, ha disposto e differenziato le competenze in materia sanitaria (art. 3) ed in materia di sicurezza (art. 4). Infatti, al Ministero della Sanità sono state assegnate le competenze in materia di programmazione, indirizzo e coordinamento del Servizio Sanitario Nazionale negli istituti penitenziari, mentre le Regioni esercitano, le competenze in ordine alle funzioni di organizzazione e programmazione dei Servizi Sanitari Regionali negli istituti penitenziari e il controllo sul funzionamento dei servizi medesimi. Le Asl, invece, sono competenti per la gestione e il controllo dei servizi sanitari negli istituti penitenziari.

²⁸⁰ Il decreto legislativo 22 giugno 1999 n. 230 è stato pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 165 del 16 luglio 1999 - Supplemento Ordinario n. 132, in <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/99230dl.htm>

Al Ministero della Giustizia sono riservate, invece, tutte le competenze in materia di sicurezza all'interno delle strutture sanitarie ubicate negli istituti penitenziari e nell'ambito dei luoghi esterni di cura ove siano ricoverati i detenuti e gli internati.

Il 1 aprile 2008 veniva emanato il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri per la definizione delle modalità e dei criteri per il trasferimento dal Ministero della Giustizia al Servizio Sanitario Nazionale di tutte le funzioni sanitarie, dei rapporti di lavoro, delle risorse finanziarie e delle attrezzature e beni strumentali, afferenti alla sanità penitenziaria corredato dalle Linee di indirizzo per interventi negli ospedali psichiatrici giudiziari e nella case di cura e custodia e dalle Linee di indirizzo per gli interventi del Servizio Sanitario Nazionale a tutela della salute dei detenuti e degli internati negli istituti penitenziari, e dei minorenni sottoposti a provvedimento penale.

Il DPCM del 2008²⁸¹ ha quindi disciplinato, basandosi proprio sulla Legge n. 230 del 1999, il trasferimento delle sole funzioni sanitarie dal Ministero di Grazia e Giustizia al Ministero della Salute e quindi alle Regioni, prevedendone anche il passaggio dei fondi attraverso la Legge finanziaria n. 244 del 24 dicembre 2007.

Nell'allegato C al decreto sono state definite le linee di indirizzo per gli interventi negli ospedali psichiatrici giudiziari e nelle case di cura e custodia ed individuate 3 fasi per il superamento degli OPG.²⁸²

²⁸¹ Per un'analisi dell'iter verso il superamento degli OOPPGG cfr. FEDERICI, *Il superamento degli OPG: una riforma possibile?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 25 luglio 2013 e VALVO, *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: la delicata attuazione dell'art. 3-ter d.l. 211/2011*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 novembre 2012.

²⁸² L'allegato C al DPCM 1 aprile 2008 è consultabile in *pdf* sul sito internet <http://www.stopopg.it/node/17>

In una prima fase, si prevedeva una completa responsabilità della gestione sanitaria degli OPG in capo alle Regioni in cui gli stessi OPG hanno sede, mentre i Dipartimenti di salute mentale, presenti sul territorio ove insistono gli OPG, in collaborazione con l'equipe responsabile della cura e del trattamento degli internati, avrebbero provveduto alla stesura di un programma operativo volto alla dimissione degli internati che hanno concluso la misura di sicurezza, in accordo con la Regione che deve prevedere una inclusione sociale adeguata; a ricollocare nelle carceri di provenienza i ricoverati in OPG per disturbi psichici sopravvenuti durante l'esecuzione della pena, dopo, però, l'attivazione delle sezioni di cura e riabilitazione all'interno delle carceri.

Nella seconda fase, a distanza di un anno, si è prevista una prima distribuzione degli internati, così che ogni OPG fosse la sede per ricoveri di internati anche delle Regioni limitrofe, in modo da stabilire immediatamente rapporti di collaborazione preliminari per ulteriori fasi di avvicinamento degli internati alle realtà geografiche di provenienza.

La terza fase, infine, a distanza di due anni, prevedeva che ad ogni Regione italiana fosse restituita la quota di internati in OPG che provenivano dai propri territori e l'assunzione della responsabilità per la presa in carico, attraverso programmi terapeutici e riabilitativi da attuarsi all'interno della struttura, anche in preparazione alla dimissione e all'inserimento nel contesto sociale di appartenenza, dando così piena attuazione al disposto dell'art. 115, comma 1, D.P.R. 230/2000.

Tuttavia, notevoli sono state le difficoltà di attuazione: infatti le prime criticità si sono presentate proprio nella condivisione della gestione del paziente psichiatrico da parte del Ministero della Giustizia e del Ministero della Salute di fronte alla Magistratura, poiché in nessun punto il

DPCM affronta la relazione tra il sistema sanitario e quello penitenziario.²⁸³

Inoltre, il decreto non ha previsto uno standard di figure professionali minime che potesse garantire la salute mentale dei pazienti sottoposti a misure di sicurezza al pari di quelli civili. Per esempio, per gli internati in OPG dovevano essere previsti operatori specializzati e strumenti per percorsi terapeutici e riabilitativi, invece il decreto si è limitato a trasferire il personale degli OOPPGG ministeriali.

La pari dignità di cura tra gli internati civili e quelli sottoposti a misura di sicurezza è rimasta, quindi, solo un principio, che di fatto non è stato attuato.

V'è da dire, però, che il DPCM 1.4.2008 ha aperto spazi operativi importanti ai trattamenti terapeutico – riabilitativi di persone con disturbi mentali, soprattutto dando valore al concetto di territorialità che in psichiatria necessita di continuità terapeutica, con la possibilità di incidere sulle cause del malessere sociale e di coinvolgere le Regioni nella problematica degli OOPPGG.²⁸⁴

²⁸³ Sul punto cfr. FERRACUTI – BIONDI, *Dove vogliamo andare? Il DPCM dell'1/4/2008 è una spada a doppio taglio*, in Riv. Psichiatr. 2015, pagg. 101 – 102, consultabile in pdf. al seguente link

[http://www.rivistadipsichiatria.it/r.php?v=1910&a=20786&l=31270&f=allegati/01910_2015_03/fulltext/01-Editoriale%20Ferracuti%20\(101-102\).pdf](http://www.rivistadipsichiatria.it/r.php?v=1910&a=20786&l=31270&f=allegati/01910_2015_03/fulltext/01-Editoriale%20Ferracuti%20(101-102).pdf)

sul ruolo delle ASL nell'esecuzione delle misure di sicurezza detentive cfr. LATTE, AVVISATI, CALANDRO, DI FILIPPO, DI GENIO, DI IORIO, GILARDI, GIORDANO, PAGANO, *Dagli OPG alle REMS: il ruolo di un servizio sanitario territoriale nell'esecuzione delle misure di sicurezza detentive e non, nei confronti degli autori di reato con problemi psichici*, Studi sperimentali in Riv. Psichiatr. 2018, pagg. 31 – 39, consultabile al seguente link

[http://www.rivistadipsichiatria.it/r.php?v=2866&a=28921&l=333406&f=allegati/02866_2018_01/fulltext/04-Latte%20\(31-39\).pdf](http://www.rivistadipsichiatria.it/r.php?v=2866&a=28921&l=333406&f=allegati/02866_2018_01/fulltext/04-Latte%20(31-39).pdf)

²⁸⁴ VENTURINI, CASAGRANDE E TORESINI, *Il folle reato. Il rapporto tra la responsabilità dello psichiatra e la imputabilità del paziente*, FrancoAngeli, 2010, pag. 159.

3. L'iter continua: la Commissione Parlamentare d'Inchiesta sul SSN del 30 luglio 2008 ed il CPT.

Al DPCM 1 aprile 2008 è seguita l'istituzione di una Commissione Parlamentare d'Inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio Sanitario Nazionale, istituita con deliberazione del Senato del 30 luglio 2008, il cui ultimo atto è stato l'accordo tra Stato e Regioni del 13 ottobre 2011, relativo all'integrazione degli indirizzi di carattere prioritario sugli interventi negli Ospedali Psichiatrici Giudiziari e nelle Case di Cura e Custodia di cui all'Allegato C al DPCM di cui sopra.

In particolare, con tale accordo si è affrontata la questione della cura, della riabilitazione e dell'inclusione sociale delle persone internate in misura di sicurezza detentiva, in termini di interregionalità integrata e coordinata in macro aree, in cui il Servizio Sanitario Nazionale avrebbe dovuto ampiamente concorrere al superamento degli OOPPGG.²⁸⁵

Già il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti (CPT)²⁸⁶, aveva esaminato, con sopralluoghi, il trattamento delle persone private di libertà allo scopo di rafforzare, se necessario, la loro protezione dalla tortura e dalle pene o trattamenti inumani o degradanti²⁸⁷.

Il CPT, in seguito alla visita del 2008 presso l'OPG di Aversa, ha redatto un report, con cui il Comitato segnalava all'Italia la problematici-

²⁸⁵ per consultare l'accordo Stato – Regioni del 13 ottobre 2011 <http://www.statoregioni.it/DettaglioDoc.asp?IDDoc=33791&IdProv=10022&tipodoc=2&CONF=uni>

²⁸⁶ Il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti (CPT) è stato istituito dagli Stati Membri del Consiglio d'Europa con la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti. Il Testo della Convenzione e Rapporto esplicativo, Serie dei Trattati Europei - N. 126. Testo emendato in base al Protocollo N. 1 (ETS N. 151) e al Protocollo N. 2 (ETS N. 152), in vigore dal 1 Marzo 2002, può essere consultato al seguente link <https://rm.coe.int/16806dbac0>.

²⁸⁷ Così dispone l'art. 1, Capitolo 1, della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti.

tà delle condizioni per cui gli internati continuavano a permanere in OPG. Dal rapporto è chiaramente emerso che gli internati, seppur non rappresentassero più un pericolo per la società e le loro condizioni psichiche non fossero tali da rendere necessaria la permanenza in OPG, continuavano ad essere privati della libertà personale per la mancanza di appropriate soluzioni esterne.²⁸⁸

Quindi, ogni volta che era stata prorogata la misura di sicurezza dell'OPG o della CCC per mancanza di risorse esterne²⁸⁹, si è di fatto realizzata una violazione del principio della personalità della responsabilità penale ai sensi dell'art. 27, comma 1, Cost., poiché la reiterazione della privazione della libertà personale era fondata su valutazioni solo indirettamente riconducibili alla persona ed alla sua condotta²⁹⁰.

A conferma, nella “Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari” approvata nella seduta del 20 luglio 2011, la Commissione Parlamentare d'Inchiesta sul SSN ha reso pubblici i risultati delle proprie attività di indagine, in merito alle condizioni igienico-sanitarie, organizzative e clinico-psichiatriche delle strutture, agli interventi da mettere in atto con urgenza per completare

²⁸⁸ il ‘*Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)*’ from 14 to 26 September 2008, può essere consultato al seguente link <https://rm.coe.int/1680697258>.

²⁸⁹ si evidenzia sul punto come, nell'ambito di verifica della persistenza della pericolosità sociale, l'art. 20 – “Disposizioni particolari per gli infermi e i seminfermi di mente” del DPR 230/2000, “*Regolamento recante norme sull' ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*”, così dispone: «... Il servizio sanitario pubblico territorialmente competente accede all'istituto per rilevare le condizioni e le esigenze degli interessati e concordare con gli operatori penitenziari l'individuazione delle risorse esterne utili per la loro presa in carico da parte del servizio pubblico e per il loro successivo reinserimento sociale».

²⁹⁰ SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e «spessori normativi»: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 Dicembre 2014, pag. 16 e SCHIAFFO, *Delega per la riforma delle misure di sicurezza: l'eco di un “immenso ‘appetito di medicina’*, in *Diritto penale e processo*, n. 1/2018, pag. 121 – 122.

l'attuazione del passaggio di competenza al Servizio Sanitario Nazionale ed ha, inoltre, fornito le proprie riflessioni anche sulla problematica legata alla contenzione fisica praticata in OPG.

La stessa Commissione ha, di fatto, tracciato le linee per una riforma legislativa del settore, infatti, all'esito di un'attenta indagine sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari, in cui si è evidenziata la assoluta inidoneità di questi ultimi e delle ca- se di cura e di custodia a tutelare i soggetti, rispettivamente, ivi internati o ricoverati, ha concluso nel senso di auspicare un ripensamento complessivo dell'istituto della non imputabilità e di tutti i suoi *perniciosi corollari*²⁹¹.

Tra questi corollari vi è proprio il sistema del doppio binario pena- misura di sicurezza per soggetti imputabili e non imputabili, socialmente pericolosi.

A tanto si aggiunge la Raccomandazione CM/REC (2014) 3 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri relativa ai delinquenti pericolosi, adottata dal Comitato dei Ministri il 19 febbraio 2014 nel corso della 1192^o riunione dei Delegati dei Ministri²⁹².

²⁹¹ Si veda Senato della Repubblica, XVI Legislatura, *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli Ospedali psichiatrici giudiziari*, Commissione Parlamentare d'Inchiesta sull'efficacia ed efficienza del Servizio sanitario nazionale, istituita con deliberazione del Senato del 30 luglio 2008, relatori sen. Michele Saccomanno e sen. Daniele Bosone, in http://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/servizio_sanitario16/Relazione_OOPPGG_doc_XXII-bis_4.pdf che, tra l'altro, al di là di modificazioni puntuali, che appaiono davvero urgenti e indifferibili, prospetta che abolizione dell'istituto della non imputabilità è un intervento che inciderebbe sino alle radici l'impostazione del codice penale attualmente vigente e che non si può che evocarlo, senza comunque rinunciare ad indicarlo quale approdo necessario.

²⁹² La Raccomandazione CM/REC (2014) 3 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri relativa ai delinquenti pericolosi può essere consultata al seguente link <https://rm.coe.int/16806f4027>.

La Raccomandazione ha espressamente riconosciuto che «Le misure di sicurezza dovrebbero essere limitate al minimo necessario e il livello di sicurezza rivisto a intervalli regolari».²⁹³

La finalità della Raccomandazione è decisamente quella di realizzare un'unione più stretta fra i membri dell'Unione Europea, attraverso l'armonizzazione delle normative nelle materie di interesse comune e tenuto conto dell'approccio specifico necessario per i delinquenti pericolosi ristretti nelle carceri dei suoi Stati membri, nonché delle sfide che gli Stati europei affrontano per raggiungere un equilibrio fra i diritti degli autori di reato pericolosi e la necessità di garantire la sicurezza della società.

4. Il passaggio dagli OOPPGG alle REMS.

Il legislatore, quindi, spinto dalle doglianze oramai maturate in ogni settore, è intervenuto con la legge n. 9 del 2012 che ha convertito il decreto legge del 22 dicembre 2011, n. 211, recante interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri²⁹⁴ per il «*completamento del processo di superamento*» degli OOPPGG, che aveva stabilito all'art. 3 *ter* il termine di chiusura degli stessi per il giorno 1 febbraio 2013. Tale data è stata poi prorogata al 1 aprile 2014, con le modifiche apportate al d.l. n. 211/2011, dal d.l. n. 24/2013 e confermate, in sede di conversione, con la legge n. 57/2013.

Il legislatore, intervenendo 6 volte in circa 2 anni, con il d.l. n. 52 del 31 marzo 2014, poi convertito con la legge del 30 maggio 2014 n.

²⁹³ Art. 42, Trattamento, Parte V, Trattamento e condizioni di detenzione dei delinquenti pericolosi.

²⁹⁴ Per un commento alla riforma, tra gli altri FIORIO, *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva (commento al d.l. 22.12.2011, n. 211, convertito in l. 17.2.2012 n. 9, in Diritto Penale e Processo, 2012, pag. 499 e ss. e VALVO, Il definitivo superamento*

81²⁹⁵, ha fissato un'ulteriore proroga per la chiusura degli OOPPGG al 31 marzo 2015.²⁹⁶

Con il primo intervento del 2012, il legislatore ha preliminarmente fissato 3 criteri:

a) che all'interno delle strutture la gestione fosse esclusivamente sanitaria;

b) che l'attività perimetrale di sicurezza e di vigilanza fosse esterna, ove necessario in relazione alle condizioni dei soggetti interessati, e da svolgere nel limite delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente;

c) che la destinazione delle strutture fosse riservata ai soggetti provenienti, di norma, dal territorio regionale di ubicazione delle medesime.

Nel testo originario dell'art. 3 *ter*, comma 4 della l. 9/2012, si legge chiaramente che le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione ad una casa di cura e custodia sono eseguite esclusivamente all'interno delle strutture sanitarie, di cui al comma 2. Inoltre, le persone che hanno cessato di essere socialmente pericolose devono essere senza indugio dimesse e prese in carico, sul territorio, dai Dipartimenti di salute mentale.

Il menzionato comma 2, rinvia al decreto del Ministero della Salute per la definizione dei «*requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi, anche con riguardo ai profili di sicurezza, relativi alle strutture*». Tali

degli ospedali psichiatrici giudiziari: la delicata attuazione dell'art. 3-ter D.L. 211/2011, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 novembre 2012.

²⁹⁵ Per un commento alla legge cfr. tra gli altri COLLICA, *Verso la chiusura degli O.p.g.: una svolta (ancora) solo annunciata (d.l. 31.3.2014 n. 52 conv. in l. 30.5.2014 n. 81)*, in *La legislazione penale*, 4/2014 pag. 261 e ss.

²⁹⁶ SCHIAFFO, *Le strategie per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: il d.l. n. 52/2014 e lo 'sguardo corto' dell'interprete*, in *Critica del Diritto*, Edizione Scientifiche Italiane, 2014, pagg. 16 e 17 e SCHIAFFO, *Psicopatologia della legislazione per il superamento degli opg: un raccapricciante acting out nella c.d. "Riforma Orlando"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 giugno 2017, pag. 9 e ss.

strutture sono state definite REMS (Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza) dalla risoluzione approvata il 2 aprile 2014 dalla Commissione "Igiene e sanità" del Senato.

Questo intervento ha rappresentato sin da subito un evidente rischio di creare nuove forme di istituzionalizzazioni.²⁹⁷

Si evidenzia, infatti, come in un primo momento la legge n. 189/2012 (intervenuta a conversione del d.l. n. 158/2012, cd. decreto Balduzzi) ha disposto che nell'articolo 3 *ter*, comma 6, del d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 9 del 17 febbraio 2012, fosse inserita la necessità che ogni singola Regione, previa approvazione con decreto del Ministero della Salute, realizzasse uno specifico programma che consentisse la realizzabilità di progetti terapeutico-riabilitativi individuali.

Il riferimento alla individualizzazione del percorso terapeutico-riabilitativo è stato poi soppresso con il d.l. n. 24/2013. Tali percorsi individualizzati rappresentavano una tipologia di interventi alternativa alle REMS e chiaramente sottratta a qualsiasi rischio di istituzionalizzazione.²⁹⁸ Tuttavia, la legge di conversione n. 57/2013 ha ridefinito le tipologie di interventi, prevedendo al comma 6, che siano finanziati programmi regionali che prevedano anche «l'obbligo per le aziende sanitarie locali di presa in carico all'interno di progetti terapeutico-riabilitativi individuali che assicurino il diritto alle cure ed al reinserimento sociale».

²⁹⁷ SCHIAFFO, *Le strategie per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: il d.l. n. 52/2014 e lo 'sguardo corto' dell'interprete*, cit., pag. 18; il riferimento al rischio di ricreare alcune delle principali caratteristiche dell'istituzione manicomiale in NESE, *L'involutione del DPCM 01.04.2008: dalle linee d'indirizzo per gli interventi negli ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) e nelle case di cura e custodia (CCC) del DPCM 01.04.2008 al 3-ter d.l. n. 211/2011 conv. in l. n. 9/2012*, in *Critica del Diritto*, 2012, 253 ss., 256.

²⁹⁸ SCHIAFFO, *Le strategie per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: il d.l. n. 52/2014 e lo 'sguardo corto' dell'interprete*, cit., pag. 18.

In tal senso risulta comunque limitato il rischio di una nuova istituzionalizzazione, attraverso l'affermazione del diritto degli internati alle cure più efficaci.²⁹⁹

Il legislatore, già con il d.l. 52/2014, poi convertito, ha modificato il comma 6 dell'art. 3 *ter*, nei seguenti termini: «Il giudice dispone nei confronti dell'infermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni altra misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate ed a fare fronte alla sua pericolosità sociale. Allo stesso modo provvede il magistrato di sorveglianza quando interviene ai sensi dell'articolo 679 del codice di procedura penale».

Il legislatore chiaramente si è ricollegato al dettato della sentenza della Corte Costituzionale n. 253/2003, che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 222 c.p., aveva ampiamente suggerito allo stesso legislatore di intervenire per un ripensamento delle misure di sicurezza.

Il giudice ed il magistrato di sorveglianza, pertanto, questa volta in forza di un obbligo di legge, dovranno necessariamente valutare, prima di disporre il ricovero in OPG, anche in via provvisoria, una misura di sicurezza diversa ed alternativa, previa motivazione dei relativi provvedimenti.

5. La legge n. 81/2014: il nuovo volto della pericolosità sociale e del doppio binario.

La legge del 30 maggio 2014 n. 81 è intervenuta anche ad esprimere l'esigenza di un cambiamento verso una ridefinizione del concetto di pericolosità sociale, che ha finito per incidere in maniera determinante

²⁹⁹ SCHIAFFO, *Le strategie per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: il*

sulla disciplina delle misure di sicurezza e sui criteri di accertamento della pericolosità sociale, in particolare in ordine alla rilevanza dei cd. *indicatori interni ed esterni*.³⁰⁰

Il legislatore, in sede di conversione, aggiunge all'articolo 1, comma 1, lettera *b*), del decreto legge n. 52/2014, che l'accertamento della pericolosità sociale è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale. Allo stesso modo provvede il magistrato di sorveglianza quando interviene ai sensi dell'articolo 679 del codice di procedura penale.

Secondo l'interpretazione della dottrina, la riforma non ha mutato la sostanza concettuale della pericolosità sociale, bensì ha solo delimitato, in un'ottica di precisione, la base del giudizio di pericolosità, che, quindi, non può più fondarsi sulla valutazione delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.³⁰¹

Il legislatore ha voluto, così, incidere sulla prassi giurisprudenziale di proroghe sistematiche *extra legem*, spesso basate su valutazioni peritali, che stigmatizzano come “socialmente pericoloso” il soggetto destinatario di misure di sicurezza restrittive della libertà personale, anche quando è presente un solo indicatore di pericolosità, quello esterno, determinato da carenza di un'adeguata offerta di strutture residenziali e riabilita-

d.l. n. 52/2014 e lo 'sguardo corto' dell'interprete, cit., pag. 19.

³⁰⁰ Sul punto cfr. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e «spessori normativi»: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 dicembre 2014 pag. 10, e FORNARI, *Trattato di psichiatria forense* (1989), V ed. Torino 2013, pag. 219.

³⁰¹ DODARO, *Nuova pericolosità sociale e promozione dei diritti fondamentali della persona malata di mente*, in *Diritto penale e processo* 5/2015, p. 613, secondo l'Autore la norma avrebbe inserito una disciplina speciale, in una prospettiva terapeutico-riabilitativa, che introduce «percorsi differenziati» per l'accertamento della pericolosità sociale ai sensi dell'art. 203 c.p. e BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *Arch. Pen.*, 2014, pp. 461 e 473.

tive esterne³⁰². La disciplina della pericolosità sociale, così come imposta, sembra rafforzare il principio di legalità in materia di misure di sicurezza, con riferimento al principio di determinatezza e precisione.³⁰³ Il principio di precisione impone al legislatore di ridurre al minimo l'arbitrio del giudice derivante da formulazioni imprecise ed indeterminate, individuando presupposti, tipologia e contenuti delle misure di sicurezza. Tale intervento legislativo è risultato necessario, poiché «l'accertamento della probabilità che una persona commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reato comporta infatti *un giudizio prognostico intrinsecamente insicuro*»³⁰⁴, tenuto conto delle gravi carenze di cui soffre la teoria delle prognosi criminali, mancando di fatto leggi scientifiche o massime di esperienza che consentano di affermare nel caso concreto la pericolosità sociale.

Il legislatore ha introdotto, inoltre, due punti fondamentali: 1)- «*non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali*» (art.1, comma 1, lett. b); 2)- «*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 prosieguo del ricovero*» (art. 1-ter).

Si intravede nella riforma del 2014 lo spirito della “legge 180” e l'invito alle Regioni di potenziare i servizi socio-sanitari territoriali, al fine di attuare i programmi terapeutici individuali volti alla dimissione

³⁰² In riferimento ai cd. dimissibili cfr. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e «spessori normativi»: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 Dicembre 2014, pag. 18 e ss.

³⁰³ MARINUCCI DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano 2015, pag. 63 e ss. e, in riferimento alla compatibilità del giudizio di pericolosità sociale con il principio di precisione, pag. 82.

³⁰⁴ MARINUCCI DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, Milano 2001, pag. 242 (il corsivo dell'Autore).

degli internati, per i quali il prosieguo del ricovero sarà solo di carattere eccezionale. In tal modo, si impedisce che ricada sul soggetto il *deficit* organizzativo delle amministrazioni sanitarie nazionali e si impone di valutare in un'ottica di proporzionalità e di individualizzazione la scelta della misura di sicurezza. Si osserva che, sullo sfondo, a venir meno è lo stesso principio di colpevolezza, inteso nella sua accezione basilica e minimalista di divieto di responsabilità per fatto altrui.³⁰⁵

In termini di politica criminale, la legge n. 52/2014 ha confermato il sistema del 'doppio binario' ed il concetto psichiatrico-normativo della pericolosità sociale ed ha normativizzato ciò che di fatto aveva già sancito la Corte Costituzionale nelle sentenze del 2 luglio 2003 n. 253 e del 29 novembre 2004 n. 367: il principio di flessibilità della disciplina delle misure di sicurezza ed il principio di sussidiarietà delle misure di sicurezza detentive³⁰⁶.

La legge n. 81/2014 ha inserito, inoltre, l'art. 1 *-quater*, secondo cui «*Le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima. Per la determinazione della pena a tali effetti si applica l'articolo 278 del codice di procedura penale. Per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo non si applica la disposizione di cui al primo periodo*».

³⁰⁵ PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari alla (possibile) eclisse della pena manicomiale, I Diritti dei detenuti*, Fascicolo 2 – 2015 in *Costituzionalismo.it*, in tal senso cfr. anche DODARO, *Nuova pericolosità sociale e promozione dei diritti fondamentali della persona malata di mente*, in *Diritto penale e processo* 5/2015, pag. 616 e SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e «spessori normativi»: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 Dicembre 2014, pag. 18.

³⁰⁶ Sul punto cfr. DODARO, *Nuova pericolosità sociale e promozione dei diritti fondamentali della persona malata di mente*, in *Diritto penale e processo* 5/2015, pag. 612.

La norma tende a favorire le dimissioni per decorrenza dei termini delle misure di sicurezza detentive, nel senso che la durata massima di queste ultime non può essere superiore a quella della pena prevista, nel massimo edittale, per il reato commesso.

Ne deriva la fine dei cd. ‘ergastoli bianchi’ e dell’abbandono in OPG di persone che non sono più socialmente pericolose.

L’apposizione di un termine massimo di durata delle misure di sicurezza detentive, applicabile anche alle misure in corso, rappresenta una vera e propria ‘svolta epocale’³⁰⁷.

Qualora, invece, dovesse persistere la pericolosità sociale della persona e sia decorso il termine di durata massimo, il Magistrato di Sorveglianza potrà disporre una misura alternativa, quale ad esempio la libertà vigilata.

Il legislatore, in conformità all’art. 27, commi 1 e 3, Cost., ha disposto, quindi, che se il soggetto non imputabile manca di ‘capacità di colpevolezza’, non si può, in un’ottica di prevenzione generale e speciale, comminare una pena superiore alla misura della colpevolezza per il fatto commesso; se così fosse, il principio di colpevolezza perderebbe la sua funzione di garanzia minima, in termini di proporzione, che impone un limite al potere statale punitivo a difesa dei singoli da eccessi preventivi.³⁰⁸

La nuova legge affida, perciò, compiti chiari ai servizi pubblici, sia per la dimissione degli attuali internati (articolo 1, comma 1 ter), che per prevenire e far cessare ricoveri in OPG e in REMS (articolo 1 comma 1).

³⁰⁷ GATTA, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure di sicurezza in corso, a noi sembra)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6.6.2014.

³⁰⁸ ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale, Saggi di teoria del reato a cura di Sergio Moccia*, Napoli, 1998, pag. 162.

Ogni persona deve, quindi, essere presa in carico da parte dell'Asl di riferimento, che è responsabile di presentare i Progetti Terapeutico Riabilitativi Individuali tramite i Dipartimenti di Salute Mentale, in collaborazione e integrazione con i Servizi per le Dipendenze, i Servizi Sociali, ecc. I servizi sono impegnati solo in funzioni di cura e non hanno competenze di custodia.

Seppur l'innovazione legislativa appare ampiamente condivisibile, non sono mancate le questioni di legittimità costituzionale in ordine alla portata del dettato normativo ed alla applicabilità temporale del nuovo giudizio di pericolosità sociale ai casi precedenti la data del 31.3.2015, nonché dubbi di costituzionalità in ordine alla ridefinizione della diagnosi di pericolosità sociale del reo non imputabile prevista dalla legge n. 81/2014.

6. L'interpretazione di legittimità della Consulta: la sentenza n. 186/2015.

I primi dubbi di legittimità costituzionale sono stati sollevati dal Tribunale di Sorveglianza di Messina, con ordinanza del 16 luglio 2014.

La questione è stata posta in riferimento all'appello avverso l'ordinanza del 28 febbraio 2014, con cui il Magistrato di Sorveglianza di Messina aveva rigettato l'istanza di revoca anticipata della misura di sicurezza della casa di cura e di custodia, disposta fino al 3 maggio 2015, nei confronti di una persona, maggiorenne e di origine tunisina, internata nell'Ospedale Psichiatrico Giudiziario di Barcellona Pozzo di Gotto³⁰⁹. La revoca della misura era stata chiesta anche ai fini del rientro

³⁰⁹ Per la vicenda giudiziaria BIANCHETTI, *Sollevata questione di legittimità costituzionale in merito ai nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale del seminfermo di mente, Tribunale di Sorveglianza di Messina, ordinanza del 16 luglio 2014*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14.11.2014, pag. 3.

dell'internato nel Paese d'origine, e, in via subordinata, si chiedeva l'applicazione della libertà vigilata. Il Magistrato di Sorveglianza di Messina aveva disposto, però, il rigetto dal momento che non era stato possibile disporre per il reo “*un progetto terapeutico perché non [era] possibile la presa in carico, non essendo residente nel territorio*”.

Il Tribunale di Messina ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lettera b) del d.l. 31 marzo 2014 n. 52 convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 30 maggio 2014 n. 81. Al vaglio della Consulta³¹⁰ è stata sottoposta la parte che dispone che l'accertamento della pericolosità sociale “è effettuata sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'art. 133, secondo comma, numero 4, del codice penale” e che “non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità la sola mancanza di programmi terapeutici individuali”.

La questione di legittimità è stata sollevata in riferimento a ben 13 articoli e più precisamente agli artt. 1, 2, 3, 4, 25, 27, 29, 30, 31, 32, 34, 77 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 5 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 1950. In questa sede giova analizzare le motivazioni addotte dal giudice *a quo* ed il relativo riscontro, di totale rigetto, della Consulta.

Il Tribunale di Messina ha sostenuto che una valutazione concreta della pericolosità sociale nel caso di specie risulta impedita dalla impossibilità di utilizzare a fini prognostici le condizioni individuali, familiari e sociali e l'assenza di progetti terapeutici individuali. Tale divieto incide «in modo determinante e profondamente distorsivo sul giudizio in cor-

³¹⁰ Per consultare la sentenza della Corte Costituzionale n. 186/2015 cfr. <http://www.giurcost.org/decisioni/2015/0186s-15.html>

so». Secondo il Giudice *a quo*, in riferimento al caso concreto, non potendo considerare i fattori relativi alle condizioni individuali, familiari, socio-assistenziali e sanitarie, il giudizio di pericolosità sociale sarebbe risultato alterato, in quanto la scelta della misura da adottare sarebbe stata affidata «ad un volontarismo giudiziario arbitrario, cognitivamente inadeguato e teleologicamente disorientato»³¹¹. E' necessario, quindi, ancora secondo il *giudice a quo*, un ritorno alla normativa previgente, che, invece, consentiva un *approccio globale e multifattoriale* e, richiamando proprio la sentenza della stessa Corte Costituzionale n. 253 del 2003, ha sostenuto che la legge 81/2014 è priva «dell'equilibrio costituzionalmente necessario» «fra [...] le esigenze di cura e tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale», così violando diversi articoli della Costituzione.

Il Tribunale di Sorveglianza rileva, inoltre, come la riforma decontestualizzi la pericolosità sociale, poiché non la collega al contesto ambientale ed impedisce al giudice di accertare in concreto la reale pericolosità della persona. In questo modo si finisce per introdurre una forma mascherata di presunzione legislativa di pericolosità, senza una valida base scientifica. Tra l'altro si pone una vera e propria contraddizione in termini, poiché se da un lato il legislatore indica al giudice di considerare il carattere del reo (art. 133, co. 2, n. 1 c.p.), «che è il risultato dinamico dell'interazione tra il temperamento e l'ambiente», dall'altro, però, lo obbliga a «non tener conto proprio delle condizioni ambientali su cui il carattere del reo agisce e che sul carattere del reo influiscono».³¹²

³¹¹ Ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Messina N. SIUS 2014/430 TDS, pag. 6.

³¹² BIANCHETTI, *Sollevata questione di legittimità costituzionale in merito ai nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale del seminfermo di mente*, Tribunale di Sorveglianza di Messina, *ordinanza del 16 luglio 2014*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14.11.2014, pagg. 7-8.

La Corte Costituzionale ha ritenuto prive di fondamento le censure sollevate innanzi richiamate, disponendo il totale rigetto.

Secondo la Corte, il Tribunale di Sorveglianza ha basato l'ordinanza di remissione su un errato presupposto interpretativo: la novella non modifica la nozione di pericolosità sociale, quale presupposto soggettivo delle misure di sicurezza, né spezza, «a livello della prognosi giudiziaria, il rapporto inscindibile tra l'uomo e l'ambiente [...] rinunciando così al dinamismo che da tale rapporto scaturisce [e contrastando] le stesse essenziali finalità delle misure di sicurezza sottese al sistema costituzionale».

La Corte Costituzionale, nel disporre il rigetto, ha interpretato in senso restrittivo la disposizione impugnata, riferendola alla pericolosità che legittima la misura del ricovero in ospedale psichiatrico o in una casa di cura e non al concetto di pericolosità sociale come categoria generale.

Infatti, secondo la Consulta «La limitazione quindi non riguarda in generale la pericolosità sociale, ma ha lo scopo di riservare le misure estreme, fortemente incidenti sulla libertà personale, ai soli casi in cui sono le condizioni mentali della persona a renderle necessarie».

La Corte ha così specificato che la disposizione di legge ha voluto incidere solo sul giudizio di pericolosità nella misura in cui le condizioni mentali di una persona sono tali da rendere necessario il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e di custodia. Negli altri casi il giudice deve valutare la pericolosità sociale nei modi generalmente previsti dal codice penale.

Infatti, la Corte ritiene che il modello generale di accertamento della pericolosità sociale resta inalterato e che le limitazioni introdotte dal legislatore sono solo dei criteri di scelta della misura concretamente applicabile ad un soggetto già ritenuto socialmente pericoloso, al fine di

specificare il principio di *extrema ratio* delle misure di sicurezza detentivo-custodiali.³¹³

In altri termini, il Giudice può procedere ad un giudizio prognostico che non tenga conto delle condizioni di cui all'art. 133, secondo comma, numero 4, c.p., solo quando ogni misura diversa dal ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e di custodia non sia idonea ad assicurare cure adeguate e a far fronte alla pericolosità sociale dell'individuo. Tanto al fine di riservare le misure di sicurezza più estreme, le detentive, solo ai soggetti con condizioni mentali tali per cui le stesse risultano necessarie.

Si è affermato in dottrina che in questo modo si arriverebbe ad un sistema bifasico a doppio giudizio prognostico, che, richiamando quello delle misure cautelari, sarebbe composto da un primo giudizio, “a base totale”, per l'accertamento della pericolosità sociale del soggetto imputabile o semi-imputabile. Qualora questa fase si concludesse con una prognosi di pericolosità, si attiverebbe il secondo giudizio, “a base parziale”, finalizzato alla scelta della misura applicabile. Quindi se il primo giudizio è relativo all'*an* della pericolosità, il secondo giudizio sarebbe relativo al *quantum* della stessa, trattandosi unicamente di verificare se il soggetto sia “così tanto pericoloso” da giustificare il ricorso alla misura di sicurezza detentiva.³¹⁴

In questa prospettiva, il soggetto infermo di mente potrebbe comunque essere giudicato socialmente pericoloso, anche tenendo conto della mancanza della famiglia o di strutture territoriali sociali o sanitarie, ma gli stessi elementi, già conosciuti e valutati dal giudice, non potrebbe-

³¹³ MASSARO, *Misure di Sicurezza detentive – Pericolosità sociale*, Osservatorio sulla Corte, in *Archivio Penale*, 2015 n. 2, pag. 11.

³¹⁴ MASSARO, *Misure di Sicurezza detentive – Pericolosità sociale*, Osservatorio sulla Corte, in *Archivio Penale*, 2015 n. 2, pag. 11.

ro essere presi in considerazione per la formulazione del secondo giudizio, che, pur non mettendo in discussione la pericolosità, è volto esclusivamente alla scelta della misura di sicurezza applicabile.³¹⁵

La Corte afferma, però, che «Anche le altre disposizioni dell'art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011 sono dirette a favorire l'applicazione di misure diverse da quelle detentive. In questo senso è chiaro il sesto comma di tale articolo, il quale stabilisce che il programma predisposto dalle Regioni ed approvato dai Ministeri competenti deve prevedere, oltre agli interventi strutturali, 'attività volte progressivamente a incrementare la realizzazione dei percorsi terapeutico-riabilitativi [...] nonché a favorire l'esecuzione di misure di sicurezza alternative al ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o all'assegnazione a casa di cura e custodia'».

La Corte, quindi, giustamente sottolinea che non si possono applicare misure di sicurezza detentive, decisamente ed inutilmente gravose per l'infermo ed il seminfermo di mente, solo per l'inattività delle amministrazioni sanitarie regionali nel programmare apposite terapie individuali. In sede di motivazione, infatti, la Corte Costituzionale richiama il Resoconto stenografico, Senato della Repubblica, del 23 aprile 2014, secondo cui la misura di sicurezza detentiva deve essere disposta o rinnovata «solo in base alla specifica valutazione della situazione personale dell'infermo di mente» e non deve essere «conseguenza dello stato di marginalità socio-economica in cui questi verrebbe a trovarsi se dimesso».

A conferma della costituzionalità della normativa impugnata e, quindi, della scelta di indirizzo interpretativo, la Corte Costituzionale richiama due sentenze della stessa Corte: la sentenza n. 253 del 2003, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 222 c.p. nella parte in

³¹⁵ MASSARO, *Misure di Sicurezza detentive – Pericolosità sociale*, Osservatorio sulla

cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, che possa assicurare adeguate cure all'infermo di mente ed a far fronte alla sua pericolosità sociale, e la sentenza n. 367 del 2004, che ha, invece, dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 206 c.p., nella parte in cui non consente al giudice di disporre una misura di sicurezza non detentiva prevista dalla legge per raggiungere lo stesso obiettivo.

Da ultimo, precisa la Corte che la modifica legislativa non cambia la struttura e la nozione di pericolosità sociale, bensì «si è limitata ad incidere sui criteri di scelta tra le diverse misure di sicurezza e sulle condizioni per l'applicazione di quelle detentive», statuendo, in definitiva, che l'errato presupposto interpretativo del Tribunale di Sorveglianza di Messina implica l'infondatezza di tutti i parametri evocati nella censura.

Un primo vaglio di legittimità, alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 186/2015, vi è stato con la sentenza della Suprema Corte di Cassazione, Sezione VI, n. 49469 del 18.11.2015³¹⁶.

Proprio in forza della decisione della Consulta, la Corte di Cassazione è stata nuovamente chiamata a vagliare la legittimità di una sentenza, questa volta della Corte d'Appello di Roma, che aveva confermato il ricovero in OPG nonostante la 'significativa riduzione della pericolosità sociale' dell'imputato.

La Corte, VI Sezione, con la sentenza n. 49469 del 18.11.2015 ha ampiamente richiamato i principi sanciti dalla Consulta, ritenendo necessario preferire, quando le condizioni mentali del reo socialmente pericoloso lo consentano, misure meno afflittive non detentive, anche con la conseguente revoca della misura di sicurezza detentiva.

Corte, in Archivio Penale, 2015 n. 2, pag. 11.

³¹⁶ La sentenza della Suprema Corte di Cassazione può essere consultata al seguente link: <http://www.itagiure.giustizia.it/sncass/>

Tale considerazione, secondo la Corte, risulta rafforzata dall'art. 200, comma 2, c.p., secondo cui va applicata la misura di sicurezza in forza della legge in vigore al tempo dell'esecuzione ovvero la misura che risulterà applicabile al momento in cui si dovrà accertare la sussistenza di pericolosità dell'imputato.

In tal senso, la Corte considera valido il principio di retroattività della legge più favorevole, anche in un'ottica special-preventiva propria delle misure di sicurezza (in tal senso viene richiamata la sentenza della Corte Costituzionale n. 196/2010). Tale circostanza si giustifica, secondo la Cassazione, richiamando un'altra sentenza della Corte Costituzionale, 19 maggio 1968, n. 53, poiché la legge in vigore al tempo dell'esecuzione è considerata dall'ordinamento più idonea ad una efficace lotta contro il pericolo criminale.

La Cassazione, quindi, inquadra la norma in termini logico-sistematici, costruendo un sistema bifasico a doppio giudizio prognostico: prima si valuta l'*an* della pericolosità sociale e poi il modo per fronteggiarla e solo in questo ultimo caso, quando risulta necessario valutare la previsione di una misura di sicurezza detentiva, è interdetto l'indicatore esterno, di tipo sociale.

In tal caso, il Giudice dovrà - e sarà legittimo - disporre la revoca della misura di sicurezza detentiva.

7. La sentenza della Corte Costituzionale n. 22/2017.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 22/2017³¹⁷, che ha rigettato un'altra questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1-

³¹⁷ Per consultare la sentenza n. 22/2017 della Corte Costituzionale cfr. <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> , per un commento alla sentenza cfr. COLLICA, *I limiti di durata delle misure di sicurezza detentiva al vaglio della Corte*

quater, del decreto legge 31 marzo 2014 n. 52, sollevata dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Napoli, con ordinanza del 21 maggio 2015, nella parte in cui «stabilisce che le misure di sicurezza detentive, provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione massima (...)».

Il giudice rimettente riferiva di dover sciogliere una «riserva di decidere» relativa a una persona indagata per i reati di cui agli artt. 337, 582 e 635, secondo comma, c.p., nei cui confronti il procedimento era stato sospeso ai sensi dell'art. 71 c.p.p.

L'indagato era stato sottoposto alla misura di sicurezza provvisoria, ai sensi dell'art. 206 c.p., del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario con provvedimento del 28 maggio 2005, sempre riconfermato, ed era ancora internato, nonostante fosse decorso il termine massimo fissato dalla legge n. 52/2014.

Il Giudice remittente rappresentava che lo stato della persona internata fosse «del tutto preoccupante», essendo questi affetto da «psicosi cronica con sintomatologia delirante di grandezza, fenomeni allucinatori, disorganizzazione del pensiero, assenza dei poteri di critica e di giudizio, eteroaggressività e condotte compulsive alla base dell'iperfagia alimentare e dell'episodica ingestione di sostanze non commestibili (pica), ipertensione arteriosa, broncopatia asmatica, tabagismo cronico, obesità grave (all'ingresso oltre kg. 200), disturbi strutturali della coscienza (disorientamento, distraibilità, disturbi anamnesici, incoerenza ideativa), man-

Costituzionale: tra istanze di garanzia e riemergenti esigenze di difesa sociale, in *Diritto Penale e Processo*, 6/2017, pag. 761 e ss.

cata autonomia alla cura di sé e dei propri spazi». Questa era stata la diagnosi del Dipartimento di salute mentale.

La relazione psichiatrica, redatta successivamente, del Dipartimento di salute mentale del 25 marzo 2015 aveva confermato la situazione di gravità psicopatologica dell'internato e specificava la possibilità di una sua allocazione «in prosieguo» presso una struttura residenziale alternativa, purché avesse le caratteristiche di «alta intensità assistenziale e [di] congrua disponibilità di personale specializzato». Tuttavia, secondo la stessa relazione non vi erano strutture sul territorio disponibili all'accoglienza dell'internato, né la sua famiglia aveva l'intenzione di accoglierlo in casa.

Per tali motivi, secondo il Giudice remittente la norma impugnata è irragionevole, poiché fondante su interpretazioni delle vicende sociali che «vengono in fatto a rivelarsi fallaci in quanto divergenti dagli accadimenti della quotidianità». Secondo il Giudice, la norma fonderebbe la cessazione della misura di sicurezza detentiva alla pena edittale del reato per cui è stata applicata, invece che alla cessazione della pericolosità sociale, come disposto dall'art. 206, secondo comma, c.p.

Il Giudice remittente ha così sollevato il paradosso di una equiparazione alle misure di sicurezza, pur avendo una diversa funzione, del principio proprio delle «misure di custodia cautelare», secondo il quale la misura cautelare applicata «va sostituita quando non appare più proporzionata alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata (art. 299, comma 2, c.p.p.)», ovvero «la custodia cautelare perde efficacia quando è pronunciata sentenza di condanna, ancorché sottoposta ad impugnazione, se la durata della custodia già subita non è inferiore alla pena irrogata (art. 300 comma 4, c.p.p.), e quindi, a maggior ragione, quando la custodia cautelare sia superiore alla pena edittale massima prevista per quel reato». Ciò

comporterebbe un uguale trattamento per situazioni diverse, in violazione dell'art. 3 Cost., e la messa in libertà di una persona socialmente pericolosa, non potendo disporre «altre misure idonee, anche detentive», volte ad assicurare alla persona inferma di mente cure adeguate e a contenerne la pericolosità sociale.

La Corte Costituzionale ha deciso di valutare la questione di legittimità costituzionale, seppure questa sia stata sollevata in riferimento ad un comma diverso (comma 8 dell'art. 3-ter), che di fatto è inesistente, poiché il Giudice *a quo* ha comunque indicato il testo della norma, contestata come illegittima, corrispondente all'art. 1, comma 1-*quater* del decreto legge 31 marzo 2014, n. 52.

La Corte espressamente afferma che «*la norma impugnata è diretta a evitare i cosiddetti ergastoli bianchi, cui può dar luogo la permanenza a tempo indeterminato in strutture detentive per l'esecuzione delle misure di sicurezza, e pone così fine a situazioni in cui per l'infermità mentale, anche nel caso di commissione di reati di modesta gravità, persone senza supporti familiari o sociali rimanevano perennemente private della loro libertà in un contesto di natura penale*» e che la questione rappresentata desta effettivamente preoccupazione, poiché mancano sul territorio strutture idonee a soddisfare le esigenze di cura e di controllo delle persone ancora socialmente pericolose rimesse in libertà.

Tuttavia, la Corte ha ritenuto inammissibile la questione di legittimità, in forza dell'illegittimità costituzionale dell'art. 159, primo comma, c.p. disposta dalla sentenza n. 45 del 2015, nella parte «in cui, ove lo stato mentale dell'imputato sia tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento e questo venga sospeso, non esclude la sospensione della prescrizione quando è accertato che tale stato è irreversibile». Infatti, nel caso posto all'attenzione della Corte, è ormai maturata la prescrizione,

pertanto, secondo il giudice rimettente l'avvenuta estinzione del reato andrebbe «dichiarata ai sensi dell'art. 129 c.p.p. e degli artt. 70 comma 1 e 71 comma 1 c.p.p.», e inoltre «andrebbe comunque applicata la misura di sicurezza a norma dell'art. 205 comma 1 c.p.». La Consulta invita a tenere conto che nella fase delle indagini preliminari le misure di sicurezza definitive non possono essere applicate e che, in ogni caso, le misure di sicurezza non sono applicabili con una pronuncia di proscioglimento per estinzione del reato, come nel caso della prescrizione, poiché tale pronuncia difetta di accertamento della commissione del reato, presupposto indefettibile per l'applicazione delle misure di sicurezza.³¹⁸

Non si può, quindi, fare riferimento all'art. 205, primo comma, c.p. del codice penale, come propone il giudice rimettente, poiché, come affermato dalla giurisprudenza di legittimità: «Nessuna delle misure di sicurezza tra quelle indicate tassativamente dagli artt. 215 e 236 c.p., in relazione all'art. 199 stesso codice, può essere applicata [alla persona che sia stata prosciolta] per una causa diversa da quelle previste espressamente dagli artt. 49 (reato impossibile), 115 (istigazione ed accordo a commettere un delitto), 222 (reato commesso da persona non imputabile per infermità mentale e situazioni a queste equiparate), 224 (reato commesso da minore degli anni quattordici) c.p., in quanto presupposto indefettibile delle misure di sicurezza – compresa quella della libertà vigilata che ha carattere generale – prev[iste] dal codice penale è l'esistenza di una sentenza di condanna (salvo il disposto dell'art. 205 comma secondo in relazione all'art. 109 c.p.)».³¹⁹

³¹⁸ Sul punto cfr. anche il commento alla sentenza di COLLICA, *I limiti di durata delle misure di sicurezza detentiva al vaglio della Corte Costituzionale: tra istanze di garanzia e riemergenti esigenze di difesa sociale*, in *Diritto Penale e Processo*, 6/2017, pag. 768.

³¹⁹ cfr. Corte di cassazione, prima sezione penale, 15 marzo 1990, n. 686, rv. 184328.

Ne deriva che quando il reato si estingue per prescrizione, le misure di sicurezza, provvisorie o definitive, risultano inapplicabili.

La Consulta, quindi, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1-*quater*, del decreto legge 31 marzo 2014, n. 52, in riferimento all'art. 3 Cost., poiché riguarda una norma che il Giudice per le indagini preliminari non deve applicare, perciò è stata dichiarata inammissibile per difetto di rilevanza.³²⁰

Le sentenze della Corte Costituzionale e l'orientamento positivo della Cassazione richiamata possono essere intesi come un ulteriore, utile passaggio «per il superamento dell'equivoco, riduttivo e non scientifico concetto di 'socialmente pericoloso'», oltre che per un totale ripensamento del 'sistema del doppio binario', eventualmente anche alla luce dei primi risultati positivi del processo che oramai è avviato.³²¹

8. Primi effetti della legge n. 81/2014.

La legge n. 81/2014 ha di fatto apportato dei significativi cambiamenti, principalmente in termini di sussidiarietà, sia in relazione alla misura da applicare e sia in relazione al riesame della pericolosità,³²² poiché l'art. 1 del decreto legge 31 marzo 2014 n. 52, convertito, al comma 1-*ter*, dispone, ad integrazione del disposto dell'art. 208 c.p., che l'applicazione delle misure di sicurezza dell'OPG e della CCC possa es-

³²⁰ Sul punto la Corte Costituzionale richiama la sentenza n. 192 del 2015 e l'ordinanza n. 264 del 2015.

³²¹ PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari alla (possibile) eclisse della pena manicomiale*, *I Diritti dei detenuti cit.* pag 26, in riferimento al sistema di *governance* del processo di chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari e di superamento della misura di sicurezza detentiva.

³²² BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 luglio 2015, pag. 10.

sere protratta solo a condizione che siano indicate le ragioni della eccezionalità e della transitorietà del ricovero.

Inoltre, ha sancito il limite massimo delle misure di sicurezza detentive, corrispondente al massimo edittale previsto per il reato commesso (fatti salvi i reati puniti con la pena dell'ergastolo), e tale disposizione ha sicuramente una portata retroattiva, dovendo, quindi, il giudice necessariamente revocare la misura precedentemente disposta, se è decorso il limite massimo sancito dalla norma.

Problemi si sono posti circa il calcolo del massimo edittale previsto per il reato commesso.

Sul punto è di particolare rilevanza come l'art. 1, comma 1-quater, della legge n. 9/2012 dispone che “per la determinazione della pena a tali effetti si applica l'articolo 278 del codice di procedura penale. Per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo non si applica la disposizione di cui al primo periodo”. Tale disposizione, però è strettamente riferita alla durata massima delle misure cautelari, perciò la modalità di calcolo del massimo edittale dovrebbe essere rimodulata per le misure di sicurezza, per cui dovrà prendersi in considerazione soltanto il periodo di effettiva esecuzione della stessa, senza tener conto della recidiva e della continuazione. Non dovranno essere computati i periodi di intervallo con applicazione di misure di sicurezza non detentive, mentre si dovrà tener conto del periodo trascorso a seguito di applicazione provvisoria della misura.³²³

L'introduzione del limite massimo di durata delle misure di sicurezza personali detentive è un'affermazione del principio di proporzionalità, che il diritto penale tedesco già sosteneva nel § 62 StGB, secondo cui non può essere disposta una misura di miglioramento e di sicurezza se è

³²³ FIORENTIN, *La riforma sceglie tre linee guida per coniugare salute del reo e libertà personale*, in Guida dir., 21 giugno 2014, n. 26, p. 19 ss. e BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, op. cit. pag. 11.

sproporzionata rispetto al fatto che l'autore ha commesso o che ci si può attendere che l'autore commetterà o al grado del pericolo da lui originato.

Infatti, la riforma sui criteri di pericolosità sociale degli infermi e seminfermi di mente, che ha bloccato le proroghe sistematiche delle misure, è stata necessaria, in un diritto penale del fatto, per ripristinare la proporzione tra il fatto commesso e la sanzione, al fine di adeguare la disciplina di riferimento a fondamentali parametri di legittimità costituzionale, che sinora sono apparsi palesemente violati.³²⁴

Inoltre, la disposizione secondo cui la sola mancanza di programmi terapeutici individuali non costituisce elemento idoneo per supportare il giudizio di pericolosità sociale, oltre ad essere espressione del principio di personalità della responsabilità penale - non potendo essere la persona colpevole per un fatto addebitabile ad altri - costituisce anche un monito per le ASL e le Regioni di attivare i programmi terapeutici individuali.

Tuttavia, non tutte le Regioni hanno sin da subito attivato le nuove residenze e non tutte le REMS hanno presentato una capacità ricettiva, tanto è vero che al 31 marzo 2015 non sono stati chiusi realmente tutti gli OOPPGG, nè trasferiti nelle nuove strutture i 689 internati, inoltre alla data del 15 dicembre 2015 risultavano ancora presenti in OPG 164 internati.

Le persone in libertà, destinatarie di provvedimenti dell'Autorità Giudiziaria di misura di sicurezza detentiva, non hanno potuto fare ingresso nelle REMS presenti nel territorio di residenza, poiché già sovrappollate, perciò è risultata necessaria la messa a disposizione di REMS poste in altre Regioni. Addirittura, alla data del 15 dicembre 2015, ben 98

³²⁴ SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e «spessori normativi»: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, op. cit. pag. 16 e 23, in riferimento alla personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, comma 1, Cost.

persone in stato di libertà non hanno potuto fare ingresso in nessuna REMS per assenza di disponibilità di posti letto.³²⁵

Difficoltoso è stato anche il rapporto con la Magistratura, che in diverse occasioni³²⁶ ha ritenuto responsabili le Regioni per la violazione dell'accordo Stato – Regioni del 19.2.2015³²⁷ e di conseguenza dei diritti degli internati – in particolare dell'art. 13, comma 2, Cost. - che dovevano essere trasferiti nelle residenze e che, invece, continuavano ad essere detenuti in istituzioni illegali, poiché formalmente chiuse.

Seppure la riforma ha posto le basi per un abbandono definitivo della logica custodiale, tali profili di criticità hanno destato forti dubbi anche sul ruolo che dovranno avere gli operatori psichiatrici nelle nuove strutture: più organizzazione e gestione della sicurezza interna, che cura e protezione dei pazienti internati.³²⁸

Il rischio è di delegare al potere psichiatrico compiti che vanno ben oltre quello strettamente terapeutico.³²⁹

³²⁵ *Relazione sul processo di superamento degli OPG*, con cui, in data 22 gennaio 2016, i Ministri della Salute e della Giustizia hanno illustrato al Parlamento la situazione relativa allo stato del percorso di realizzazione delle REMS e di progressiva chiusura degli OPG, in <https://www.penalecontemporaneo.it/d/4480-superamento-degli-opg-a-che-punto-siamo>

³²⁶ Una per tutti, si cita l'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Firenze del 21.10.2015, emessa a seguito di reclamo ex art. 35 bis ord. penit., consultabile su https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1463991855TS_Fi_09022016_accogliemento.pdf

³²⁷ L'intesa è consultabile sul sito web <http://www.regioni.it/sanita/2015/02/25/conferenza-stato-regioni-del-19-02-2015-intesa-tra-il-governo-le-regioni-e-le-province-autonome-di-trento-e-di-bolzano-in-materia-di-adempimenti-relativi-allaccreditamento-delle-strutture-s-391160/>

³²⁸ In riferimento ad un possibile ritorno alla medicina custodiale cfr. CUPELLI, *Dagli OPG alle REMS: un ritorno alla medicina custodiale?* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 23 dicembre 2016 e MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Rivista italiana di medicina legale*, Anno XXXVII Fasc. 4-2015.

³²⁹ FOUCAULT, *Il potere psichiatrico, Corso al Collège de France (1973 – 1974)*, op. cit., pag. 162 e ss.

Intanto, Franco Corleone, Commissario unico per il superamento degli OOPPGG, ha predisposto due Relazioni³³⁰, una semestrale, l'altra trimestrale, da cui si evince la eminente chiusura degli ultimi OOPPGG rimasti, con non poche problematicità circa l'attuazione delle REMS su tutti i territori regionali.

9. Gli Stati generali sull'esecuzione penale.

Il Ministro della Giustizia, con decreto 8 maggio 2015 ha dato il via alla consultazione pubblica sulla esecuzione della pena denominata "Stati Generali sull'esecuzione penale", costituendo un Comitato di esperti con lo scopo di delineare le linee di azione per lo svolgimento della suddetta consultazione.

Nell'aprile 2016 sono stati pubblicati i documenti elaborati dagli Stati generali sull'esecuzione penale³³¹, orientati anche dall'allora disegno di legge delega n. 2067 (poi approvato definitivamente con la legge

³³⁰ La Relazione relativa al semestre di attività febbraio – agosto 2016 è consultabile sulla pagina web <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/Relazione%20Semestrale.pdf>, mentre la Relazione relativa al trimestre di attività settembre – novembre 2016 è consultabile sulla pagina web

<https://www.penalecontemporaneo.it/upload/Relazione%20trimestrale.pdf>, cfr. anche il commento di GATTA, *O.P.G. e R.E.M.S.: a che punto siamo? le relazioni del Commissario unico per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*, Franco Corleone, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 27 dicembre 2016 ed il commento di GATTA, *Chiusura completa degli OPG: finalmente a un passo dalla meta*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 marzo 2017.

³³¹ Gli Stati generali sull'esecuzione penale, volti a predisporre le linee di riforma del sistema penitenziario, negli anni 2015-2016, erano composti da 18 Tavoli tematici, composti da operatori penitenziari, magistrati, avvocati, docenti, esperti, rappresentanti della cultura e dell'associazionismo civile, tra cui il Tavolo 10 – Salute e disagio psichico, coordinato con il Tavolo 11 - Misure di Sicurezza. Sulle finalità e gli obiettivi degli Stati generali sull'esecuzione penale cfr. RUOTOLO, *Gli Stati generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 marzo 2016.

delega n. 103 del 23 giugno 2017)³³², che ha dettato i principi ed i criteri direttivi per la riforma delle misure di sicurezza.

La proposta del Tavolo 11 degli Stati Generali, in combinato con il Tavolo 10, mantiene il doppio binario, ma in termini di ridimensionamento, non di superamento.³³³

Infatti, il Tavolo di lavoro n. 11³³⁴ si è soffermato sui profili di applicazione della misura di sicurezza nella fase esecutiva, con la trasfigurazione di queste ultime nella quotidianità, incentrando la discussione su tre profili: i soggetti imputabili; i soggetti non imputabili per vizio di mente (i cd. “pazienti psichiatrici giudiziari); la definizione di patologia psichiatrica, con particolare riferimento ai cd. gravi disturbi della personalità.

Per quanto concerne i soggetti imputabili, tenuto conto che la misura di sicurezza si somma alla pena, in un’ottica di superamento delle case di lavoro, la proposta intende applicare la misura di sicurezza solo in presenza di gravi reati, quando vi è un concreto pericolo che il soggetto commetta ulteriori gravi reati. Perciò, in un primo momento, può essere applicata la misura non detentiva della libertà vigilata, ma con un contenuto rivisitato e aperta a prospettive di personalizzazione, in base al singolo caso concreto. Solo in casi eccezionali, quando la persona ha avuto gravi comportamenti volti a reiterare condotte punitive, è prevista la possibilità di sostituire la misura non detentiva in misura contenitiva, domiciliare prima, detentiva poi, in ambito lavorativo e/o agricolo, oppure in

³³² La legge delega n. 103 del 23 giugno 2017 è entrata in vigore il 3.8.2017 e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 154 del 4.7.2017, consultabile al seguente link <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2017/07/04/154/sg/pdf>

³³³ PELISSERO, *Gli stati generali sull’esecuzione penale: i problemi noti messi a nudo e la necessità di risposte di sistema*, in *Diritto Penale e Processo* n. 9/2016, pag. 1129.

³³⁴ La versione integrale della relazione del Tavolo 11 degli Stati generali sull’esecuzione penale può essere consultata al seguente link https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1_11.page?previousPage=mg_2_19_1

strutture per la semilibertà, ma come *extrema ratio* e comunque solo per periodi limitati nel tempo.

In tal modo, si sostiene il minor sacrificio possibile della libertà personale, fatta salva la necessità, nei casi particolari, della migliore tutela della collettività.

Inoltre, sempre in riferimento ai soggetti imputabili, è stata formulata la proposta di limitazione dei reati-presupposto e dei reati oggetto di prognosi, l'abolizione delle figure di pericolosità qualificata del delinquente professionale e per tendenza e limitazione dei presupposti per dichiarare l'abitudine nel reato e l'abolizione delle ipotesi di quasi-reato.³³⁵

In riferimento ai soggetti non imputabili, invece, la proposta è tesa ad un più attento accertamento peritale dei soggetti non imputabili, alla messa in discussione del concetto di pericolosità sociale ed a decustodializzare la prevenzione *post delictum*, in favore di trattamenti terapeutici che siano comunque volti alla prevenzione della recidiva.

Infatti, sono previste misure giudiziarie di cura e controllo per i "pazienti psichiatrici giudiziari", differenziate in base alla gravità del reato commesso e distinte in ricovero in S.P.P.G. – Servizio Psichiatrico per Paziente Giudiziario e misure obbligatorie di cura e controllo, queste ultime in particolare proiettate verso il controllo del rischio di recidiva e basate comunque su un giudizio prognostico rispetto alla commissione di gravi reati come condizione per applicare una misura coercitiva.

La proposta prospetta anche una riforma degli artt. 206 e 222 c.p. e 286 c.p.p., in materia di misure cautelari psichiatriche e di misure provvisorie di cura e controllo.

³³⁵ PELISSERO, *Gli stati generali sull'esecuzione penale: i problemi noti messi a nudo e la necessità di risposte di sistema*, op. cit., pag. 1129.

In tal senso, si è immaginato un ordinamento *ad hoc* per il S.P.P.G. e non un mero rinvio all'ordinamento penitenziario.

Infine, la proposta si uniforma alla linea guida di non considerare i c.d. gravi disturbi della personalità ai fini di applicabilità degli artt. 88 e 89 c.p.

Tali disturbi possono rilevare, infatti, solo se abbiano inciso in maniera significativa sul funzionamento dei meccanismi intellettivi o volitivi dell'autore di reato ed il reato sia in connessione psicopatologica e funzionale con il disturbo grave.

Sarà compito del perito pronunciarsi in merito alla cura, di elevata o attenuata intensità terapeutica.

Tali considerazioni sono state impostate in combinato disposto con i lavori del Tavolo 10, relativi alla riforma della medicina penitenziaria, verso un effettivo esercizio del diritto alla salute.³³⁶

Nel Documento finale degli Stati generali sull'esecuzione penale³³⁷ si prospetta, quindi, una riconfigurazione delle misure di sicurezza, dove la misura custodiale interviene solo come *extrema ratio*, prevedendo così due misure: una a carattere non custodiale, secondo la tipologia della libertà vigilata, ma orientata verso esigenze terapeutiche in base al programma di presa in carico del servizio sanitario ed una misura riservata a quei soggetti con un maggiore "bisogno di cure", che consiste nel ricovero in una struttura contenitiva con finalità terapeutiche. Tanto comporterebbe una disciplina uniforme nelle REMS ed una maggiore attenzione quando si incide sulla libertà e la dignità della persona ricoverata.

³³⁶ La versione integrale della relazione del Tavolo 10 degli Stati generali sull'esecuzione penale – Salute e disagio psichico, è consultabile al seguente link https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1_10.page?previousPage=mg_2_19_1

³³⁷ Il Documento finale degli Stati generali sull'esecuzione penale è consultabile al seguente link https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_3.page#r11d

In dottrina ci si è chiesti come sia possibile conciliare il sistema complessivo di disciplina delle nuove misure di sicurezza con il sistema del doppio binario, poiché rischia di presentarsi «irragionevolmente asimmetrico»,³³⁸ tenuto conto che nel progetto proposto dagli Stati Generali si intravede uno spostamento del baricentro dal carcere, come *extrema ratio*, alla “sanzione di comunità”, ovvero una pena che non solo si esegue fuori dal carcere, ma che va a favore della collettività e prevede il coinvolgimento della stessa.³³⁹

Infatti, mal si comprende perché sia stato affidato proprio allo strumento della delega legislativa il compito di rivedere un settore fondamentale come il nostro sistema sanzionatorio, ed il sistema delle misure di sicurezza, senza prevedere principi e precisi criteri direttivi politico-criminali in grado di indirizzare le scelte future dell'esecutivo.³⁴⁰

³³⁸ PELISSERO, *Gli stati generali sull'esecuzione penale: i problemi noti messi a nudo e la necessità di risposte di sistema*, op. cit., pag. 1130.

³³⁹ PELISSERO, *Gli stati generali sull'esecuzione penale: i problemi noti messi a nudo e la necessità di risposte di sistema*, op. cit., pag. 1128 e FIORENTIN, *La conclusione degli stati generali per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6 giugno 2016, pag. 12.

³⁴⁰ Sul punto cfr. PELISSERO, *La politica penale delle interpolazioni. Osservazioni a margine del disegno di legge n. 2067 testo unificato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 maggio 2016, p. 7 e BERTOLINO, *Il “crimine” della pericolosità sociale: riflessioni da una riforma in corso*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 26 ottobre 2016, pag. 4.

CAPITOLO IV

Dal superamento degli OOPPGG al superamento del doppio binario.

1. Doppio binario nei progetti di riforma del codice.

Tutti i progetti di riforma del codice penale³⁴¹ sono stati impostati per superare o ridimensionare il sistema del doppio binario in favore di diverse misure tendenti più alla cura e riabilitazione che alla custodia.

Solo il Progetto Pagliaro resta ancora legato al concetto di misura di sicurezza custodiale, prevedendo all'art. 48:

- il ricovero in una struttura psichiatrica o il trattamento psichiatrico in libertà sorvegliata per l'infermo di mente;
- il ricovero in una struttura terapeutica o il trattamento terapeutico in libertà sorvegliata per l'intossicato da sostanze alcoliche o stupefacenti, non imputabile;
- il ricovero in una struttura terapeutica o il trattamento terapeutico in libertà sorvegliata, per i sordomuti, non imputabili;
- l'affidamento a strutture giudiziarie o civili per la rieducazione, per il minore non imputabile.³⁴²

Le strutture previste devono garantire, quando necessario, la custodia del soggetto ricoverato, sia che la struttura sia giudiziaria sia che essa sia civile.

Diversi, invece, sono gli approcci degli altri progetti al sistema del doppio binario, che è completamente superato nella proposta di legge Corleone³⁴³ con l'abolizione delle misure di sicurezza e la previsione di strutture sanitarie all'interno del carcere, tali da poter gestire la cura dei

³⁴¹ Per una rassegna degli stessi progetti, nel limitato riferimento al superamento degli OOPPGG e della imputabilità vedi supra Capitolo III, Par. 1 e ss.

³⁴² Art. 48 del Progetto Pagliaro, denominato Misure di sicurezza.

³⁴³ Vedi Capitolo III, Par. 1.3.

disturbi psichici dei detenuti all'interno della struttura carceraria e garantendo seri e continuativi programmi di cura e di assistenza medica al fine di poter gestire anche un reinserimento del paziente psichiatrico nella società.

Il Progetto Grosso mantiene le misure di sicurezza solo per i soggetti con gravi patologie psichiche e che abbiano commesso un delitto doloso o colposo contro la persona o contro l'incolumità pubblica o contro il patrimonio, se è prevista la pena della reclusione, ed agli stessi potrà essere disposta la «misura di sicurezza e riabilitativa». Il ricovero in una struttura chiusa può essere ordinato solo quando vi è il pericolo concreto che, in mancanza di tale misura, il rischio di recidiva di tali reati sia elevato.

Il sistema del doppio binario è completamente superato per i soggetti semi-imputabili, i quali saranno soggetti alla pena, ma con una valenza terapeutica e riabilitativa.

Il Progetto Nordio modifica il sistema del doppio binario eliminando completamente le misure di sicurezza in favore di nuove «misure di controllo, cura e sostegno rieducativo»; anche il Progetto Pisapia, nell'abbandonare il concetto di pericolosità sociale, introduce una nuova «misura di cura e controllo».

Sia il Progetto Grosso che il Progetto Pisapia si esprimono in termini di durata massima delle misure di sicurezza: il primo sostenendo che la durata delle misure alternative di cura e controllo per il soggetto non imputabile non può essere superiore alla pena prevista per il fatto commesso dal soggetto imputabile; il secondo, invece, afferma che le misure di sicurezza non possono comportare limitazioni della libertà personale sproporzionate rispetto alla gravità del fatto commesso.

Tuttavia, nel Progetto Pisapia il problema che si riscontrava era quello di calcolare per il soggetto non imputabile la pena prevista per il fatto commesso, non potendo accertare, in assenza di colpevolezza, la gravità in concreto. Per tale motivo si è affermato che sarebbe stato più opportuno riferirsi alla gravità in astratto ovvero al limite edittale massimo della pena stabilita per il reato commesso così come prevede oggi la legge 81/2014.³⁴⁴

Il Progetto Grosso invece, limita la durata delle misure di sicurezza ad un massimo di 5 anni (divenuti 10 anni con la seconda stesura del Progetto Grosso del 2001) solo per le misure da eseguirsi nei confronti dei non imputabili per infermità mentale o altro grave disturbo della personalità³⁴⁵.

Nonostante fosse evidente la necessità di una riforma complessiva del codice penale, il legislatore, nel corso degli anni ha deciso solo in un'ottica strettamente emergenziale, fino alla legge n. 81/2014, con la quale il legislatore ha dato seguito alle istanze di riforma in materia di ospedali psichiatrici giudiziari.

Quando il legislatore ha deciso di intervenire, avallando le predette istanze, non sono mancate critiche e resistenze, soprattutto della giurisprudenza, che ha sin da subito sollevato questioni di legittimità costituzionale della nuova disciplina, motivate dal rischio di messa in libertà di persone particolarmente pericolose.³⁴⁶

³⁴⁴ in COLLICA, *I limiti di durata delle misure di sicurezza detentiva al vaglio della Corte Costituzionale: tra istanze di garanzia e riemergenti esigenze di difesa sociale*, in *Diritto Penale e Processo*, 6/2017, pag. 765.

³⁴⁵ cfr. Art. 96, punto 2 e l'art. 99, punto 7, comma 1 dell'articolato del Progetto Grosso.

³⁴⁶ COLLICA, *I limiti di durata delle misure di sicurezza detentiva al vaglio della Corte Costituzionale: tra istanze di garanzia e riemergenti esigenze di difesa sociale*, in *Diritto Penale e Processo*, 6/2017, pag. 765.

Ad oggi, il legislatore sembra seguire una rotta orientata verso una rivalutazione dei piani terapeutici individuali per ciascun destinatario di misure di sicurezza, anche non detentive, con la garanzia di continuità delle cure tra Rems e servizi territoriali.

Si dovranno attendere le scelte governative, essendo, ad oggi, il superamento definitivo del sistema del doppio binario e della disciplina della non imputabilità, con il trattamento sanzionatorio dei soggetti non imputabili alla stregua degli imputabili, solo potenziale.

2. Prospettive di riforma: le deleghe legislative per una nuova disciplina delle misure di sicurezza personali (legge n.103/2017).

Il sistema sanzionatorio penale è tornato ad essere oggetto di riforma, questa volta con una delega legislativa in materia di misure di sicurezza³⁴⁷.

La legge, spesso rappresentata come “riforma Orlando”, n. 103 del 23 giugno 2017³⁴⁸ è entrata in vigore il 3.8.2017 e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 154 del 4.7.2017, delega il Governo ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge, i decreti legislativi per la modifica della disciplina del regime della procedibilità per alcuni reati e delle misure di sicurezza personali, oltre che il riordino di alcuni settori del codice penale.

La legge attua i lavori del Tavolo 11 degli Stati Generali dell'Esecuzione penale e non appare orientata verso il superamento del sistema del doppio binario, come si è spesso auspicato in dottrina, bensì

³⁴⁷ Tre anni fa, invece, il legislatore era intervenuto con un'altra legge delega al Governo, la legge 28 aprile 2014 n. 67 “Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili”.

³⁴⁸ Vedi nota 152.

verso un ridimensionamento dello stesso, in favore di misure a carattere riabilitativo e terapeutico volte al minor sacrificio possibile della libertà personale, pur temperando esigenze di prevenzione e tutela della collettività.³⁴⁹

La legge delega approvata non è stata però un mero *restyling* della disciplina codicistica, ma evidenzia una volontà di “revisione” complessiva della materia. D'altra parte, però, sembra primeggiare una contropinta conservatrice che ha smorzato le potenzialità per una riforma davvero innovativa.³⁵⁰

Prima di tutto, la legge delega, all'art. 1, comma 16, lettera c), delega di inserire il divieto di sottoporre un soggetto a misura di sicurezza personale se il fatto da questi commesso non sia previsto come reato dalla legge del tempo in cui lo stesso reato fu commesso.

Il legislatore sente così l'«esigenza di riaffermare il principio di legalità con estensione alle misure di sicurezza del principio di irretroattività» e di consolidare il principio già affermato con l'art. 200 c.p., ponendo il corollario secondo cui per essere sottoposti a misura di sicurezza, la legge deve già prevedere il fatto come reato.³⁵¹

Si è affermato, però, in dottrina che il legislatore delegante ha perso l'occasione di disporre in merito alla irretroattività delle misure di sicurezza, poiché è, ad oggi, ancora discusso se una misura di sicurezza prevista da una legge posteriore possa essere applicata anche se la legge del

³⁴⁹ Sul punto cfr. PELISSERO, *Gli stati generali sull'esecuzione penale: i problemi noti messi a nudo e la necessità di risposte di sistema*, in *Diritto Penale e Processo* n. 9/2016, pag. 1129 e GATTA, *Riforma Orlando: la delega in materia di misure di sicurezza personali. Verso un ridimensionamento del sistema del doppio binario*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 6/2017, 20 giugno 2017, pag. 253.

³⁵⁰ COLLICA, *La delega della legge Orlando alle misure di sicurezza*, in *La Legislazione penale* del 7.12.2017, pag. 5.

³⁵¹ COLLICA, *La delega della legge Orlando alle misure di sicurezza*, in *La Legislazione penale* del 7.12.2017, pag. 5 e pag. 17.

tempo in cui il reato è stato commesso prevedeva il fatto come reato e non l'applicazione della misura di sicurezza.³⁵²

Il contrasto in giurisprudenza è sorto proprio rispetto a quell'orientamento favorevole a disporre le nuove ipotesi di applicabilità delle misure, anche in *malam partem*, come nel caso delle nuove ipotesi di confisca introdotte per diversi reati. Questo orientamento si basa sul presupposto secondo cui il principio di irretroattività della legge penale riguarda le norme incriminatrici e non le misure di sicurezza, che sono correlate per loro natura alla pericolosità del soggetto³⁵³.

Inoltre, la legge delega compie una distinzione per i soggetti imputabili, semi-imputabili e non imputabili.

Per i soggetti imputabili, la delega auspica una rivisitazione del sistema del doppio binario, prevedendo l'applicazione congiunta di pena e misura di sicurezza solo nei delitti di cui all'art. 407, comma 2, lettera a), c.p.p., nonché la durata massima delle misure di sicurezza personale, l'accertamento periodico della persistenza della pericolosità sociale e la revoca delle misure di sicurezza personali quando la pericolosità sia venuta meno. La *ratio* è il minor sacrificio possibile della libertà personale.

La delega comporta una modifica sostanziale che impedirebbe la *duplicazione di fatto della pena detentiva*, per gli autori di reato imputabili e socialmente pericolosi. Ciò comporterebbe non solo un regime san-

³⁵² GATTA, *Riforma Orlando: la delega in materia di misure di sicurezza personali. Verso un ridimensionamento del sistema del doppio binario*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 6/2017, 20.6.2017, pag. 255 e COLLICA, *La delega della legge Orlando alle misure di sicurezza*, in *La Legislazione penale del 7.12.2017*, pag. 17, che richiamano sia le soluzioni giurisprudenziali più garantiste, sia quelle in *malam partem*, una per tutte si richiama la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. II, 18.5.2010, n. 24342, Muhammad, CED 247862, che ha disposto l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, prevista dall'art. 235 c.p., così come riformata dalla legge del 2009; sul punto cfr. anche l'interpretazione di CARADONNA, *Le modifiche della Riforma Orlando al Codice penale*, in *Rivista penale*, 11/2017, pag. 915.

³⁵³ COLLICA, *La delega della legge Orlando alle misure di sicurezza*, in *La Legislazione penale del 7.12.2017*, pag. 17.

zionatorio differenziato per gli autori che commettono un reato previsto dall'art. 407, comma 2 lettera a), c.p.p.³⁵⁴, ma sembra che per alcune tipologie di autore il legislatore sia ancora aggrappato ad un modello giuridico differenziato per tipologia di reato commesso. Infatti, il legislatore delegante presume una soglia di pericolosità sociale del soggetto agente che legittima di per sé un intervento aggiuntivo rispetto alla pena.³⁵⁵

La delega, inoltre, fa riferimento solo alle misure di sicurezza personali e quindi anche alla libertà vigilata, perciò un'attenta dottrina ha suggerito al legislatore di valutare la scelta di limitare agli autori dei suddetti gravi reati le *sole* misure di sicurezza *detentive*, in modo da considerare le istanze di difesa sociale e rispettare il principio di 'minor sacrificio possibile della libertà personale', enunciato dal legislatore.³⁵⁶

Ancora, la legge delega dispone il periodico accertamento della persistenza della pericolosità sociale e la revoca della misura di sicurezza quando la pericolosità sociale sia venuta meno, tuttavia nulla dice circa la metodologia di accertamento della persistenza della pericolosità sociale, né se a tali ipotesi va applicata la legge n. 81/2014.

Per i soggetti semi-imputabili, la delega prevede proprio l'abolizione del sistema del doppio binario, *con la previsione di un «trattamento sanzionatorio finalizzato al superamento delle condizioni che hanno diminuito la capacità dell'agente, anche mediante ricorsi a trattamenti terapeutici o riabilitativi e l'accesso a misure alternative»*, compatibilmente con le esigenze di prevenzione a tutela della collettività.

³⁵⁴ GATTA, *Riforma Orlando: la delega in materia di misure di sicurezza personali. Verso un ridimensionamento del sistema del doppio binario*, op. cit., pagg. 253 – 254 il corsivo è dell'Autore.

³⁵⁵ COLLICA, *La delega della legge Orlando alle misure di sicurezza*, in *La Legislazione penale* del 7.12.2017, pag. 6.

³⁵⁶ GATTA, *Riforma Orlando: la delega in materia di misure di sicurezza personali. Verso un ridimensionamento del sistema del doppio binario*, op. cit. pag. 254 il corsivo è dell'Autore.

Anche stavolta il legislatore indica al Governo la via della sanitarizzazione delle misure per i soggetti con capacità diminuita, iniziata con il superamento degli OOPPGG e delle Case di Cura, in favore delle REMS.³⁵⁷

Ne deriva che chi ha commesso il fatto in stato di incapacità diminuita, ai sensi dell'art. 89 c.p., risponderà con una pena diminuita, binario principale, e se anche socialmente pericoloso, non più con una misura di sicurezza, bensì con un trattamento terapeutico – riabilitativo che sia compatibile con la tutela della sicurezza pubblica.

Si è affermato in dottrina che anche per i soggetti semi-imputabili si potrebbe rimeditare il ruolo della libertà vigilata come possibile misura in grado di contemperare istanze di cura e di controllo dell'autore di reato socialmente pericoloso.³⁵⁸

Il superamento del doppio binario per i soggetti semi-imputabili trova la sua fonte nella circostanza che è assai più frequente, proprio in questi casi, l'applicazione congiunta di pena e misura di sicurezza, soprattutto dopo che le Sezioni Unite, con la sentenza Raso, si sono espresse in favore dell'estensione al concetto di infermità dei disturbi della personalità. In questi casi, quindi, dove invece è superato il doppio binario, si auspica di poter garantire appositi spazi, anche se spesso si è parlato di misure specifiche all'interno dell'esecuzione della pena, per un trattamento sanitario terapeutico-riabilitativo, nel rispetto degli artt. 27 e 32 Cost., a cui possono essere affiancati anche strumenti alternativi.³⁵⁹

³⁵⁷ COLLICA, *La delega della legge Orlando alle misure di sicurezza*, in *La Legislazione penale del 7.12.2017*, pag. 11.

³⁵⁸ GATTA, *Riforma Orlando: la delega in materia di misure di sicurezza personali. Verso un ridimensionamento del sistema del doppio binario*, op. cit. pag. 254.

³⁵⁹ COLLICA, *La delega della legge Orlando alle misure di sicurezza*, in *La Legislazione penale del 7.12.2017*, pag. 11.

Per i soggetti non imputabili al momento del fatto, infine, si prevedono «misure terapeutiche e di controllo» determinate nel massimo e che tengano conto delle esigenze di cura, da eseguirsi fuori dal circuito carcerario.

Già si evidenzia come il legislatore delegante abbia previsto una nuova tipologia di misure per i soggetti non imputabili e più precisamente «misure terapeutiche e di controllo», che ricordano le nomenclature già fornite negli Stati Generali e più lontano nel Progetto Grosso e nel Progetto Pisapia e che, prevedendo anche il controllo, non si allontanano dalle esigenze di difesa sociale, considerando comunque necessario il contenimento della persona in un'ottica preventiva.³⁶⁰

Il legislatore perciò prevede, nella formulazione del testo, che per i soggetti non imputabili tali misure terapeutiche e di controllo siano non solo determinate nel massimo, ma dovranno essere applicate, in prima battuta, in base alla necessità della cura.

Secondo la formulazione legislativa, quindi, la necessità della cura diventa, o almeno così sembra, esclusivo presupposto per l'applicazione delle misure terapeutiche e di controllo.

E' previsto poi, in seconda battuta, l'accertamento periodico della persistenza della pericolosità sociale e della necessità della cura e la relativa revoca della misura, quando siano venute meno la pericolosità sociale o la necessità della cura. In tal modo, la mancanza di necessità della cura, oltre al venir meno della pericolosità sociale, diventa un presupposto di revoca della misura di sicurezza.

³⁶⁰ COLLICA, *La delega della legge Orlando alle misure di sicurezza*, in *La Legislazione penale* del 7.12.2017, pag. 8, secondo cui la congiunzione «e» esprime che la cura ed il controllo debbano andare di pari passo, così come si era anche orientata la Corte Costituzionale nella nota sentenza 18.7.2003 n. 253.

La formulazione legislativa è però poco chiara, poiché il legislatore dapprima afferma che per l'applicazione delle misure terapeutiche e di controllo si deve tener conto solo della necessità della cura, non menzionando la pericolosità sociale, tuttavia poi richiama l'accertamento periodico della pericolosità sociale e della necessità della cura, presupponendo in tal modo che la pericolosità sociale resta il presupposto di applicazione della misura di sicurezza a cui, quindi, dovrà essere aggiunta la valutazione della necessità della cura.

Inoltre, prevedendo l'alternatività della pericolosità sociale o della necessità della cura, il legislatore delegato sembra quasi enunciare la possibilità di revocare la misura di sicurezza anche quando viene meno la necessità della cura, ma persiste ancora la pericolosità sociale.³⁶¹

In ogni caso, la legge prende atto dell'effettivo superamento degli OOPPGG e dell'assetto delle nuove REMS e, perciò, prevede che a queste ultime siano destinati prioritariamente:

- i soggetti ai quali sia stata accertata in via definitiva (ma anche provvisoria) lo stato di infermità al momento della commissione del fatto e la pericolosità sociale;

- i soggetti, ai quali l'infermità di mente sia sopravvenuta durante l'esecuzione della pena;

- gli imputati sottoposti a misure di sicurezza provvisorie;

- *“coloro per i quali occorra accertare le relative condizioni psichiche, qualora le sezioni degli istituti penitenziari alle quali sono destinati non siano idonei, di fatto, a garantire i trattamenti terapeutico-riabilitativi, con riferimento alle peculiari esigenze di trattamento dei soggetti e nel pieno rispetto dell'articolo 32 della Costituzione”*.

³⁶¹ COLLICA, *La delega della legge Orlando alle misure di sicurezza*, in *La Legislazione penale del 7.12.2017*, pag. 10, secondo cui probabilmente si tratta solo di una infelice modalità espressiva.

Questa previsione del legislatore delegato ha suscitato non pochi dissensi, poiché amplia in modo smoderato i destinatari delle residenze, che già oggi sono al limite della capienza e che può mettere in crisi il sistema delle REMS.

Infatti, se non dovessero essere aperte nuove strutture, il rischio sarebbe un sovraffollamento delle REMS, con possibile riapertura degli OOPPGG, e perciò la dottrina ha invitato il legislatore delegato a coordinare gli effettivi interventi sui territori.³⁶²

Destinare alle residenze persone con una serie di problemi psichici e psichiatrici, significa trasformare le REMS in istituzioni, esattamente come i vecchi manicomi: sarebbe infatti difficile gestirle altrimenti, tenuto conto che, da quanto emerge dal Secondo incontro dei Giovani Psichiatri, organizzato nell'ambito della Società Italiana di Psichiatria, circa 1/3 dei detenuti negli istituti penitenziari italiani soffrirebbe di patologie psichiatriche.³⁶³

In questo modo, sarebbe totalmente compromesso l'esito del lungo e complesso processo legislativo, politico e sociale per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari, che finalmente aveva prospettato soluzioni conformi all'art.2, comma 2, lettera G, della legge n. 833/1978 ovvero volte a tutelare la salute mentale «*in modo da eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione*».³⁶⁴

Si auspica, perciò, che l'attività del futuro Governo sia volta ad investire sul buon funzionamento del circuito extra penale - enti locali e

³⁶² GATTA, *Riforma Orlando: la delega in materia di misure di sicurezza personali. Verso un ridimensionamento del sistema del doppio binario*, op. cit. pag. 254.

³⁶³ Sul punto cfr. SCHIAFFO, *Psicopatologia della legislazione per il superamento degli opg: un raccapricciante acting out nella c.d. "Riforma Orlando"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 giugno 2017, pagg 12-13.

³⁶⁴ SCHIAFFO, *Psicopatologia della legislazione per il superamento degli opg: un raccapricciante acting out nella c.d. "Riforma Orlando"*, op. cit., pag. 13.

territorio - che sia in continuo contatto con lo Stato, con il coinvolgimento anche del garante dei diritti delle persone.

In questo modo, si aprirebbe davvero la strada verso il superamento degli OPG, con un completo abbandono della logica custodiale.³⁶⁵

3. La ridefinizione della nozione di infermità

Un altro tema di fondo della Riforma Orlando riguarda l'imputabilità ed in particolare la ridefinizione della nozione di infermità «mediante la previsione di clausole in grado di attribuire rilevanza, in conformità a consolidate posizioni scientifiche, ai disturbi della personalità».

Il legislatore, all'art. 16, lettera c), di fatto, recepisce quanto già acquisito dalla giurisprudenza con la sentenza delle Sezioni Unite cd. Raso (sentenza n. 9163 del 25.1.2005), e pone al legislatore delegato un tema di grande impatto per giuristi e psichiatri, ovvero la rilevanza dei disturbi della personalità ai fini del giudizio sull'imputabilità.

La tematica è di grande complessità e l'intervento del legislatore delegato sul punto è estremamente significativa, tenuto conto che manca del tutto una nozione in termini giuridici di infermità e di disturbo della personalità, la cui distinzione è di derivazione esclusivamente giurisprudenziale.

Fornire parametri normativi di riferimento per gli operatori del settore è talmente arduo, che una parte della dottrina ha affermato che sa-

³⁶⁵ COLLICA, *I limiti di durata delle misure di sicurezza detentiva al vaglio della Corte Costituzionale: tra istanze di garanzia e riemergenti esigenze di difesa sociale*, Diritto Penale e Processo 6/2017, pag. 772.

rebbero preferibili soluzioni legislative che desistano dal fornire “definizioni” in merito.³⁶⁶

Risulta, però, chiaro, che l’attuale schema non è più accettabile né compatibile con l’evoluzione che ha interessato la psichiatria. Infatti si assiste ad un incredibile “ritardo” in tal senso, poiché i parametri che avevano costituito il punto di riferimento del legislatore non sono assolutamente più attuali.³⁶⁷

Oggi, si assiste ad una messa in crisi del concetto di infermità mentale e ad una affermazione di un cd. *modello integrato o metodo combinato*, con cui i dati individuali emersi con il metodo clinico, si fondono con i dati sociologici e statistici del metodo statistico³⁶⁸, perciò si individuano tra i fattori che influenzano la malattia mentale, anche fattori biopsicologici e sociali, ivi compresi i fattori situazionali, socioculturali e transculturali.³⁶⁹

In tal modo, la consapevolezza che i disturbi mentali possono essere determinati da una pluralità di fattori, ha comportato il rifiuto di una visione eziologica monocausale e l’affermazione che il concetto di “infermità mentale” è più ampio di quello di “malattia mentale”: le “diversità”, infatti, non derivano necessariamente da una “malattia”, ma possono dipendere anche da fattori esogeni incidenti sul processo evolutivo del soggetto e sulla sua visione e percezione della realtà.³⁷⁰

³⁶⁶ BERTOLINO, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, pag. 850.

³⁶⁷ RIVELLO, *La revisione del modello definitorio dell’infermità mentale prevista dalla riforma Orlando*, in *Diritto Penale contemporaneo*, rivista 9/2017, pag. 129.

³⁶⁸ COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile “pericoloso”*, op. cit., pag. 13.

³⁶⁹ COLLICA, *La delega della legge Orlando alle misure di sicurezza*, in *La Legislazione penale del 7.12.2017*, pag. 13, con riferimento a FORNARI, *Temperamento, delitto e follia*, in *RIML* 2001, pag. 521.

³⁷⁰ RIVELLO, *La revisione del modello definitorio dell’infermità mentale prevista dalla riforma Orlando*, in *Diritto Penale contemporaneo*, rivista 9/2017, pag. 130.

In questa prospettiva, la riforma Orlando è intervenuta con l'intento di rivisitare la nozione di infermità mentale, nel senso di accogliere le consolidate posizioni scientifiche ovvero le indicazioni, già provenienti dal campo psichiatrico, che considerano i gravi disturbi della personalità riconducibili alla nozione di vizio di mente. In tal senso, anche le nevrosi e le psicopatie possono essere ricondotte nel vizio di mente, purché siano di un grado di intensità tale da incidere in modo considerevole sui meccanismi intellettivi e volitivi dell'individuo.³⁷¹

Ad influenzare il legislatore delegante, sicuramente rinveniamo le linee che emergono dal Progetto Grosso, nonché le decisioni della giurisprudenza, che in particolare con la sentenza cd. Raso, hanno fondato le basi per una rivisitazione del concetto di infermità mentale.

Di fatto, le Sezioni Unite hanno posto un principio di diritto: «ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, rientrano nel concetto di 'infermità' anche i 'gravi disturbi della personalità', a condizione che il giudice ne accerti la gravità e l'intensità, tali da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere e di volere, e il nesso eziologico con la specifica azione criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale».

Alla luce di tali orientamenti, il legislatore delegato dovrà necessariamente partire dalla conclusione che i gravi disturbi della personalità accertati possono incidere in modo negativo sulla capacità di intendere e di volere.

Tuttavia, il legislatore dovrà stare attento a che non finiscano nel novero dei gravi disturbi della personalità anche semplici anomalie o

³⁷¹ RIVELLO, *La revisione del modello definitivo dell'infermità mentale prevista dalla riforma Orlando*, in *Diritto Penale contemporaneo*, rivista 9/2017, pag. 131, il quale si riferisce particolarmente a KERNBERG, *Teoria psicanalitica dei disturbi della personalità*, in Clarkin – M.F. Lenzenweger (a cura di), Milano, 1996, pag. 107 e ss.

“stranezze” comportamentali e soprattutto a dettare i limiti entro cui tali disturbi possano realmente incidere sulla imputabilità.³⁷²

Difatti, si dovrà sempre valutare il singolo caso concreto, in particolare quei casi in cui, anche in presenza di disturbi gravi della personalità, la persona conserva a pieno funzioni cognitive e volitive.

4. Proposte per l’attuazione della delega penitenziaria: lo schema di decreto legislativo.

Da un’analisi della legge delega n. 103 del 2017, si evidenzia come il legislatore delegato abbia teso ad un netto ridimensionamento del sistema del doppio binario.

Infatti, per il legislatore, il doppio binario, pena e misura di sicurezza personale detentiva, potrà sussistere solo nei confronti del soggetto imputabile socialmente pericoloso che ha commesso un delitto di cui all’art. 407, comma 2, lettera a), c.p.p.

Per tutti gli altri delitti, invece, al soggetto imputabile socialmente pericoloso, si dovrà applicare il solo binario principale della pena.

Ne deriva che la misura di sicurezza personale detentiva, nella sua tradizionale accezione, può applicarsi solo a chi ha commesso un certo tipo di crimine, prevedendo una differenziazione del regime sanzionatorio per la tipologia di reato commesso.

Il superamento del sistema del doppio binario, invece, lo si riscontra in riferimento ai soggetti semi-imputabili e non imputabili, per i quali il legislatore delegato ha eliminato le misure di sicurezza.

Infatti, ai soggetti semi-imputabili e socialmente pericolosi potrà applicarsi una pena diminuita, ai sensi dell’art. 89 c.p., binario principale,

³⁷² RIVELLO, *La revisione del modello definitorio dell’infermità mentale prevista dalla*

con l'aggiunta di trattamenti terapeutico- riabilitativi, da eseguirsi anche nello stesso sistema carcerario. Il legislatore, infatti, si riferisce ad un trattamento sanzionatorio finalizzato al superamento delle condizioni che hanno diminuito la capacità dell'agente, con il ricorso, oltre che a trattamenti terapeutico- riabilitativi, anche a misure alternative, purché siano sempre fatte salve le esigenze di prevenzione a tutela della collettività.

Anche per i soggetti non imputabili socialmente pericolosi, non prevedendo né pena e né misura di sicurezza, il legislatore delegato supera completamente il sistema del doppio binario, con l'introduzione di «misure terapeutiche e di controllo», determinate nel massimo, da eseguirsi esclusivamente al di fuori del sistema carcerario.

Ne deriva, che il legislatore delegato dovrà necessariamente riformare non solo il sistema sanzionatorio, con l'introduzione anche delle misure alternative evidenziate, ma anche il sistema penitenziario.

Il Ministro della Giustizia, con decreto del 19.7.2017, ha costituito presso l'Ufficio Legislativo, tre Commissioni di studio per l'elaborazione degli schemi di decreto legislativo per la riforma dell'ordinamento penitenziario e del sistema delle misure di sicurezza personali, così come previsto dalla Legge n. 103 del 23 giugno 2017.

In particolare, la Commissione presieduta dal Prof. Pelissero, ha il compito di redigere gli schemi dei decreti attuativi riguardanti le modifiche alla disciplina delle misure di sicurezza e di assistenza sanitaria; la Commissione Cascini, tratterà la riforma dell'ordinamento penitenziario minorile; la Commissione Giostra, infine, tratterà la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso.

Nell'attesa dell'emanazione dei decreti attuativi, sono state formulate proposte per l'attuazione della delega penitenziaria e per la riforma

riforma Orlando, in *Diritto Penale contemporaneo*, rivista 9/2017, pag. 131.

del sistema delle misure di sicurezza personali, con la previsione, in riferimento a queste ultime di una *messa in sicurezza delle misure di sicurezza*³⁷³ e di *modifiche relative al procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza*.³⁷⁴

Si è affermato, quindi, in dottrina, la necessità di una riforma dell'art. 148 c.p., in tema di infermità psichica sopravvenuta al condannato e degli artt. 111 e 112 del Regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario ai sensi del DPR del 30 giugno 2000, n. 230, in favore di una equiparazione con l'art. 146 c.p., che dispone il rinvio obbligatorio di esecuzione della pena, quando le condizioni di salute del detenuto non sono più compatibili con lo stato di detenzione. Perciò, in caso di infermità psichica sopravvenuta al condannato, è stata proposta la modifica dell'art. 148 c.p., nel senso di differire o sospendere la pena e di ricoverare il condannato in idonea struttura indicata dal competente Dipartimento di Salute Mentale.³⁷⁵

E' stato proposto, inoltre, di sopprimere interamente l'art. 111 reg. exec., sia per la proposta di modifica dell'art. 148 c.p. sopra evidenziata e sia perché si riferisce ancora agli OOPPGG ed alle CCC, anche con riferimento all'eliminazione della possibilità di eseguire una misura di sicurezza provvisoria in tali istituti, oggi REMS. E' stato, ancora, prospettato di modificare parzialmente l'art. 112 reg. exec., prevedendo l'accertamento delle condizioni psichiche presso idonee strutture indicate dal competente Dipartimento di Salute Mentale, invece che negli OOPPGG, nelle

³⁷³ PASSIONE, *La messa in sicurezza delle misure di sicurezza*, in *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, di GIOSTRA e BRONZO, consultabile nella Rivista Diritto Penale Contemporaneo del 14.7.2017, pag. 341 e ss.

³⁷⁴ DI BITONTO, *Modifiche relative al procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza* in *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, di GIOSTRA e BRONZO, consultabile nella Rivista Diritto Penale Contemporaneo del 14.7.2017, pagg. 339-340.

³⁷⁵ PASSIONE, *La messa in sicurezza delle misure di sicurezza*, op. cit., pag. 341.

CCC, in un istituto o sezione per infermi o minorati psichici, ovvero presso un ospedale civile.

Si evidenzia che, ad oggi, una parte della proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario, elaborata dalla Commissione istituita con il D.M. 19 luglio 2017, presieduta dal Prof. Giostra, è stata recepita nello schema di decreto legislativo di attuazione della legge n. 103/2017³⁷⁶.

Il decreto legislativo si occupa al capo I proprio della "riforma dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario", prevedendo all'art. 1 – *Modifiche al codice penale in tema di infermità psichica dei condannati* la modifica dell'art. 147, comma 1, n. 2, con la previsione del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena anche alle ipotesi di grave infermità psichica (in aggiunta alla grave infermità fisica), nonché l'abrogazione dell'art. 148 c.p. Si è affermato in dottrina che l'abrogazione dell'art. 148 c.p. non lascerà rimpianti, poiché la disposizione, lontana dal tutelare esigenze terapeutiche del condannato, aveva solo una finalità di salvaguardare l'esecuzione della pena.³⁷⁷

È, inoltre, auspicata anche la soppressione dell'art. 216 c.p., poiché la colonia agricola e la casa di lavoro non hanno raggiunto, di fatto, le finalità perseguite, inoltre, non solo avrebbero violato il principio di territorialità nell'esecuzione delle misure di sicurezza, ma non essendovi progetti ed attività lavorative effettive e remunerate, non hanno garantito il reinserimento sociale dei soggetti destinatari di tali misure. Tale abroga-

³⁷⁶ Lo schema del decreto legislativo di attuazione della legge n. 103/2017 può essere consultato al seguente link <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5850-riforma-dell-ordinamento-penitenziario-la-proposta-della-commissione-giostra-lo-schema-del-decreto> Si precisa che l'*iter* di approvazione della riforma non si è ancora concluso e richiede, da parte del Governo, l'esame dei pareri delle Commissioni parlamentari e l'approvazione finale del decreto legislativo, con eventuali modifiche, da parte del Consiglio dei Ministri.

³⁷⁷ per un primo commento allo schema di decreto legislativo cfr. DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, fascicolo 2/2018, pag. 175 e ss.

zione si propone in favore della libertà vigilata, che potrà essere adattata in base alle esigenze della persona, purché in favore del reinserimento sociale e della cura, nel rispetto del principio di territorialità, con eventuale supporto dei Servizi territoriali (*lato sensu* intesi) in caso di esigenze terapeutiche.³⁷⁸

Si è, inoltre, affermato, forzando la previsione di cui all'art. 16, comma 1, lett. c) della legge delega, che il divieto di sottoporre a misure di sicurezza personali per fatti non preveduti come reati dalla legge del tempo in cui furono commessi, comporta l'abrogazione dei cd. quasi-reati, e quindi del reato erroneamente supposto e reato impossibile ex art. 49 c.p., dell'accordo per commettere un reato e l'istigazione a delinquere, non accolta, ex art. 115 c.p., con conseguente abrogazione dell'art. 202 c.p.³⁷⁹

Nella «revisione della disciplina delle misure di sicurezza personali», così come disposto dall'art. 16, comma 1, lett. c), è ricompresa anche la necessità di una riforma del procedimento di applicazione delle misure di sicurezza, con l'inserimento del comma *I-bis* all'art. 679 c.p.p.³⁸⁰

Infatti, anche il processo di sicurezza necessita del metodo orale e del contraddittorio nella formazione della prova, indispensabili per l'accertamento della pericolosità sociale, che resta un presupposto di applicazione delle misure di sicurezza. Il processo di sicurezza deve, quindi, avere le stesse garanzie del procedimento di cognizione, soprattutto perché è decisamente più difficile il giudizio prognostico di accertamento che una persona commetterà un reato in futuro, piuttosto che accertare la commissione di un reato nel passato.

³⁷⁸ PASSIONE, *La messa in sicurezza delle misure di sicurezza*, op. cit., pag. 344.

³⁷⁹ PASSIONE, *La messa in sicurezza delle misure di sicurezza*, op. cit., pag. 344.

³⁸⁰ DI BITONTO, *Modifiche relative al procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza*, op. cit., pag. 339.

Ne deriva che anche nel procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza, occorre il contraddittorio nella formazione della prova e la sua assunzione orale. Nel procedimento di sicurezza devono, pertanto, essere assicurati i seguenti principi: sono le parti ad introdurre le conoscenze di cui si avvale il giudice ai fini della decisione, ai sensi dell'art. 190 c.p.p.; sono le parti ad elaborare la prova dinanzi al giudice attraverso l'escussione orale e in contraddittorio della fonte di prova ai sensi degli artt. 498, 499 e 500 ss. c.p.p.; il giudice decide sulla base delle prove assunte oralmente in contraddittorio dinanzi a sé ex art. 526 c.p.p.; dal fascicolo di cui dispone il giudice sono tendenzialmente esclusi gli atti d'indagine ex art. 431 c.p.p. e disciplina delle letture. Tanto porta ad inserire il comma *1-bis* all'art. 679 c.p.p., prevedendo che «Si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 190, 431, 498, 499, 526 c.p.p. e la disciplina delle letture».³⁸¹

Di fronte alle scelte del legislatore delegato, volte ad un superamento, seppur parziale del sistema del doppio binario, ci chiediamo se tali scelte possono realmente considerarsi un passo avanti verso un sistema meno discriminatorio e realmente rieducativo per i soggetti non imputabili e semi-imputabili e quali possono essere, eventualmente, i correttivi.

La legge delega va inevitabilmente combinata con i concetti di 'imputabilità', 'pericolosità sociale', 'colpevolezza', 'responsabilità', anche alla luce delle risultanze giurisprudenziali e delle istanze psichiatriche, volte le prime ad una restituzione di "quote di responsabilità" al soggetto non imputabile e le seconde ad un vero e proprio superamento del concetto di imputabilità, con la restituzione della responsabilità, anche morale, ai soggetti con disordini mentali.

³⁸¹ DI BITONTO, *Modifiche relative al procedimento per l'applicazione delle misure di*

5. Il dibattito sull'abrogazione degli artt. 88 e 89 c.p.

Il diritto penale si fonda sul principio costituzionale, ex art. 27, della responsabilità personale e delimita il rimprovero alla sola sfera della consapevolezza, ritenendo che non si possa infliggere una pena in assenza di colpevolezza.³⁸²

Questa logica ha portato le persone capaci ed incapaci di intendere e di volere ad un trattamento sanzionatorio su binari differenziati, perciò, in un'ottica di superamento, attualmente, la dottrina e la psichiatria hanno assunto due orientamenti contrapposti, che si distinguono in abolizionisti e realisti.³⁸³

Gli psichiatri abolizionisti³⁸⁴ sostengono che la logica della non imputabilità è strettamente collegata a quella che era la logica manicomiale, poiché il soggetto non imputabile non è capace di intendere e di volere e quindi non può gestire da solo la propria persona, il proprio patrimonio, se non con un tutore, ed in tal modo lo si predispone all'internamento ed isolamento per tutto il resto della sua vita.

Questa concezione, di cura, controllo e difesa sociale, ampiamente superata con la legge Basaglia, oggi resta, però, ancorata nel diritto penale agli artt. 88 e 89 c.p.

sicurezza, op. cit., pag. 339-340.

³⁸² sul punto cfr. FIORE, *Diritto Penale, parte generale*, Wolters Kluwer, 2016, pag. 406 e ss., ma si richiama anche quella dottrina italiana che in modo deciso si pone contro l'utilizzabilità della categoria della colpevolezza, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, pag. 88 e ss.

³⁸³ Questa distinzione emerge dal dibattito affrontato a Trieste durante il Convegno del 2.2.2018, presso il Palazzo di Giustizia, "Articoli 88 e 89 del codice penale è possibile abrogare il vizio di mente", sul punto si richiama l'intervento finale di PICCIONE, "Relazione di sintesi. Prospettive e percorsi di riforma legislativa". Sull'orientamento realista cfr. pag. 186.

³⁸⁴ Uno per tutti TORESINI, *Psichiatria e libero arbitrio. L'abolizione dell'art. 88 del Codice penale*, estratto dal Convegno "Relazioni pericolose: Le controversie vecchie e nuove del rapporto salute mentale e giustizia, in Roma 23-24 novembre 2017.

Eppure, in ambito psichiatrico si ritiene che il concetto di capacità di intendere e di volere è oramai obsoleto, soprattutto per quanto attiene la capacità di volere: «Si tratta di concetti privi di riscontro rispetto alle attuali conoscenze neuropsicologiche. L'espressione con cui il codice indica gli aspetti psichici o psicopatologici non ha infatti un valore scientifico e rappresenta solo un modo di dire convenzionale».³⁸⁵

Infatti, l'infermità mentale non conduce mai di per sé ad una condizione di totale o parziale non imputabilità, poiché non tutte le malattie comportano la totale incapacità o la diminuita capacità di intendere e di volere.³⁸⁶

Se così non fosse, che senso avrebbe allora la disciplina del consenso informato del paziente psichiatrico? Il paziente psichiatrico può rifiutare il trattamento ed in tal caso il medico psichiatra non può darvi corso; se, invece, accetta, il sanitario dovrà verificare, anche nel corso della terapia, se il paziente è sempre consapevole ed il consenso ancora valido.³⁸⁷

Allo stesso modo, l'introduzione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno costituisce una messa in crisi dell'interdizione e dell'inabilitazione, poiché riconosce la capacità di agire della persona, ma allo stesso tempo l'impossibilità per quest'ultima, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi per effetto di un'infermità o di una menomazione fisica o psichica.

³⁸⁵ VENTURINI, CASAGRANDE E TORESINI, *Il folle reato. Il rapporto tra la responsabilità dello psichiatra e la imputabilità del paziente*, FrancoAngeli, 2010, pag. 147.

³⁸⁶ Sul punto si richiama PONTI – MERZAGORA, *Psichiatria e Giustizia*, Milano 1993, pag. 25, secondo i quali «ben pochi sarebbero i soggetti ...che debbano riconoscersi del tutto incapaci di intendere e di volere» e VENTURINI, CASAGRANDE E TORESINI, *Il folle reato. Il rapporto tra la responsabilità dello psichiatra e la imputabilità del paziente*, op. cit. pag. 147.

³⁸⁷ LALLI, *Manuale di psichiatria e psicoterapia*, Ed. Liguori (2004).

La moderna psichiatria, quindi, esclude l'incapacità totale di intendere e di volere, limitandola ai soli casi di coma e del morbo di Alzheimer, sempre che sia in uno stadio finale.

Quindi, i limitatissimi casi di incapacità totale di intendere e di volere sono ipotizzabili solo in favore di soggetti che di fatto non possono compiere alcuna fattispecie di reato.

Per tali motivi, anche i quesiti posti dai giudici ai consulenti tecnici chiamati a redigere la perizia psichiatrica sono spesso riduttivi rispetto alle acquisizioni della moderna psichiatria e psicologia o addirittura inadeguati.

Se, quindi, ragioniamo sul presupposto psichiatrico che la malattia mentale non incide sulla capacità di intendere e di volere, ci si chiede se sia possibile riconoscere la responsabilità penale dell'infermo di mente autore di reato.

Già le Sezioni Unite, con la sentenza n. 9163/2005, riconoscendo, in forza delle evidenze scientifiche, cd. 'quote di responsabilità' in favore della persona con un disturbo mentale, fa proprio quell'orientamento psichiatrico secondo cui la risocializzazione dell'infermo di mente possa avvalersi anche della sua responsabilizzazione in tal senso.

Infatti, se si riconosce una certa responsabilità al reo, si riconosce anche la possibilità di punirlo e di rieducarlo.

Al contrario, con la dichiarazione dell'incapacità totale di intendere e di volere del reo e di conseguenza della sentenza di proscioglimento, questi non prende coscienza delle proprie responsabilità. Il reo prosciolto per incapacità totale non potrà essere riabilitato perché ritiene di non es-

sere responsabile, essendo supportato in tal senso anche dalla stessa psichiatria e dalla giustizia.³⁸⁸

6. Superamento della imputabilità e struttura del reato.

Un'attenta e autorevole dottrina, anch'essa tendenzialmente abolizionista, sostiene che è riduttivo qualificare il fatto proprio colpevole, in base all'art. 27, comma 1, Cost., nella misura in cui non ricomprenda anche il fatto, doloso o colposo, del non imputabile, che, invece, per definizione non può essere inteso in termini di colpevolezza.³⁸⁹

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 364/88 ha 'restaurato' il principio di colpevolezza, introducendo, ai fini della responsabilità penale, il requisito della coscienza della illiceità, così che anche il non imputabile è scusato per l'errore 'non condizionato' sul precetto.³⁹⁰

Secondo questa impostazione, è preferibile un superamento del principio di colpevolezza ancorato al presupposto dell'imputabilità, in favore di «un principio di responsabilità che comprenda il fatto, doloso o colposo, anti-giuridico, di qualunque agente, a prescindere dalla sua imputabilità.»³⁹¹

³⁸⁸ TORESINI, *L'abolizione dell'art. 88 del Codice Penale e contestuale riforma dell'art. 89*, estratto dal Convegno "Articoli 88 e 89 del Codice Penale, è possibile abrogare il vizio di mente?" in Trieste del 2.2.2018, in cui sono stati evidenziati diversi casi pratici in cui i pazienti omicidi, non avevano affatto elaborato i fatti ad essi ascritti, né le proprie responsabilità, grazie al fatto che la Giustizia li aveva "prosciolti" per infermità totale di mente.

³⁸⁹ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 2006, pag. 143.

³⁹⁰ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, op. cit. pag. 146; sulla scusabilità del non imputabile l'Autore è concorde con la dottrina tedesca.

³⁹¹ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, op. cit., pag. 146.

In questo senso, si restituisce la ‘proprietà’ del fatto al suo autore, non solo sotto il profilo materiale, ma anche sotto il profilo psicologico e la persona potrà percepire il fatto come integrale espressione di sé.

Solo così può essere riconosciuta alla persona non imputabile la garanzia costituzionale della personalità della responsabilità penale in proporzione con il fatto e, di conseguenza, può essere intrapresa una proficua risocializzazione del reo non imputabile, in termini di integrazione sociale, o, almeno, una sua non desocializzazione, in un’ottica di prevenzione speciale positiva, con la possibilità per il reo di adesione reale ai principi dell’ordinamento.³⁹²

In tal senso, la categoria della imputabilità può essere abbandonata come dogma, e riconsiderata come uno dei parametri per l’attribuzione di una sanzione, unico binario principale, ma proporzionata al fatto e tesa alla reintegrazione dell’autore. Il vizio di mente può, così, essere inserito nel contesto di uno stato sociale di diritto ed all’interno di un’unica soluzione, che è la pena, al cui interno vi può essere il trattamento sanitario.

Il trattamento può essere eseguito durante la pena, per poi eventualmente proseguire, in caso di ulteriore bisogno di cure, anche al termine della pena, nei servizi sanitari territoriali. In questo modo, si rimuovono, ai sensi dell’art. 3 Cost., gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana, favorendo la reintegrazione.³⁹³

Già la Commissione parlamentare d’inchiesta sull’efficacia ed efficienza del Servizio sanitario nazionale, Senato- XVI legislatura (cd. Commissione Marino) nella *Relazione sulle condizioni di vita e di cura*

³⁹² MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, op. cit., pag. 147, mentre sulla prevenzione speciale positiva pag. 109 e ss.

³⁹³ MOCCIA, *Imputabilità e funzione normativa della sanzione penale*, estratto dal Convegno del 2.2.2018 “*Articoli 88 e 89 del codice penale è possibile abrogare il vizio di mente*”, cit.

all'interno degli Ospedali psichiatrici giudiziari, aveva concluso nel senso di auspicare un ripensamento complessivo dell'istituto della non imputabilità e di tutti i suoi *perniciosi corollari*, ritenendolo un «approdo necessario». ³⁹⁴

Il Coordinamento nazionale delle Rems³⁹⁵ nell'audizione del 24 novembre 2017 presso il Ministero della Giustizia con la Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico e per la revisione del sistema delle pene accessorie D.M. 19 luglio 2017 in attuazione della legge 103/2017, ha espresso la propria posizione favorevole all'abolizione degli artt. 88 e 89 c.p. ed al superamento del 'doppio binario'. ³⁹⁶

Secondo gli esponenti del Coordinamento REMS, lasciare anche un minimo spazio ai casi di non imputabilità, per esempio anche solo ai casi di alcune diagnosi gravi, come le psicosi, non permetterebbe l'assunzione di responsabilità della persona ed aumenterebbe il rischio di una riapertura verso l'equivalenza

“disturbo mentale grave = incapacità = pericolosità”.

Questa concezione è da superare, perché le scienze umane o naturali non hanno dato alcun supporto scientifico circa la prevedibilità della commissione di futuri reati e circa il concetto di capacità di intendere e di volere; inoltre, la pericolosità sociale non ha alcuna base scientifica, così

³⁹⁴ Sul punto cfr. Capitolo III, Par. 3.

³⁹⁵ Il Coordinamento nazionale delle REMS e dei relativi Dipartimenti di Salute Mentale (DSM) è stato istituito nel maggio 2017, Coordinatori: Raffaele Barone, Roberto Mezzina, Pietro Pellegrini.

³⁹⁶ I principali temi trattati durante l'audizione del 24 novembre 2017 si possono consultare al seguente indirizzo web: <http://www.stopopg.it/taxonomy/term/19>.

come non ha alcun fondamento il nesso causale tra disturbi psichiatrici e pericolosità sociale.³⁹⁷

L'orientamento realista, invece, sostiene che l'eliminazione della categoria dell'imputabilità, con l'abolizione dell'art. 88 c.p., farebbe confluire tutte le patologie nell'art. 89 c.p., una fattispecie che prevede l'applicazione cumulativa del doppio binario: pena, anche se diminuita, e misura di sicurezza, con il conseguente rischio di creare un ampio e deleterio contenitore.³⁹⁸

Ancora, si è affermato che l'abolizione dell'art. 88 c.p. non risolverebbe il problema dell'accertamento dell'imputabilità, ma lo sposterebbe solo in avanti, perché comunque si dovrebbe poi valutare se il vizio di mente abbia inciso sulla commissione del fatto di reato, al fine di individuare il miglior trattamento possibile. Per questo, tale orientamento auspica, come via principale, i progetti individualizzati.³⁹⁹

Alla tesi abolizionista vanno certamente riconosciuti diversi meriti, per esempio restituisce l'uguaglianza tra persone capaci ed incapaci di intendere e di volere, in favore di quel diritto alla pena, che restituisce la titolarità del fatto al suo autore, riconoscendogli responsabilità; inoltre supera il legame tra pericolosità ed infermità mentale, scaricando la risposta sanzionatoria solo sul binario principale: carcere.

In realtà è proprio su questo punto, che sorgono i veri problemi, soprattutto se pensiamo alla struttura carceraria italiana, che spesso costi-

³⁹⁷ Sul punto FORNARI, *Psicopatologia e psichiatria forense*, Torino, 1993, pag. 171, in cui l'Autore definisce il concetto di pericolosità come «il patologismo deterministico di derivazione lombrosiana» e, pag. 173, in cui afferma, inoltre, che è «impossibile dare un contenuto scientifico alla risposta al quesito circa la pericolosità sociale psichiatrica».

³⁹⁸ PICCIONE, *Relazione di sintesi. Prospettive e percorsi di riforma legislativa*, nel Convegno del 2.2.2018, presso il Palazzo di Giustizia di Trieste, "Articoli 88 e 89 del codice penale è possibile abrogare il vizio di mente".

³⁹⁹ COLLICA, *Possono incidere le neuroscienze sul giudizio di imputabilità?*, nel Convegno del 2.2.2018, presso il Palazzo di Giustizia di Trieste, "Articoli 88 e 89 del codice penale è possibile abrogare il vizio di mente".

tuisce il luogo di negazione dei diritti fondamentali e l'infermo di mente, che già di per sé è un soggetto debole, difficilmente può sostenere la realtà carceraria.⁴⁰⁰ Non dobbiamo dimenticare, che, ad oggi, persiste ancora la logica dell'avvocatura che continua a ritenere l'invocazione degli artt. 88 e 89 c.p. come un beneficio per il proprio cliente.

Proprio su questi ragionamenti sta lavorando la Commissione presieduta dal Prof. Pelissero, che probabilmente interverrà sugli artt. 88 e 89 c.p. solo in termini modificativi, prevedendo che l'art. 88 c.p. operi in ridotti spazi applicativi categorizzati in base alle strette indicazioni della sentenza Raso e della legge delega 103/2017. L'art. 89 c.p., invece, potrebbe essere modificato mantenendo la pena diminuita, a facendo scomparire il cumulo con la misura di sicurezza, in favore di trattamenti terapeutici.⁴⁰¹

Il vero problema attuale è il concetto di pericolosità sociale, che pur essendo un concetto prettamente giuridico, che deve essere accertato dal Giudice, di fatto finisce per essere prognostico, diagnostico e di accertamento psichiatrico, che può essere ancor più pericoloso, se la commissione di futuri reati viene lasciato ad accertamenti neuroscientifici.⁴⁰²

⁴⁰⁰ PICCIONE, *Relazione di sintesi. Prospettive e percorsi di riforma legislativa*, nel Convegno del 2.2.2018, presso il Palazzo di Giustizia di Trieste, "Articoli 88 e 89 del codice penale è possibile abrogare il vizio di mente".

⁴⁰¹ PICCIONE, *Relazione di sintesi. Prospettive e percorsi di riforma legislativa*, nel Convegno del 2.2.2018, presso il Palazzo di Giustizia di Trieste, "Articoli 88 e 89 del codice penale è possibile abrogare il vizio di mente".

⁴⁰² COLLICA, *Possono incidere le neuroscienze sul giudizio di imputabilità?*, nel Convegno del 2.2.2018, presso il Palazzo di Giustizia di Trieste, "Articoli 88 e 89 del codice penale è possibile abrogare il vizio di mente".

In realtà, si tratta di un giudizio prognostico su cui nessuno può rispondere, perciò andrebbe abolito, in favore di un altro concetto: il bisogno di cura.⁴⁰³

Del resto, un'altra norma su cui si dovrebbe intervenire è l'art. 206 c.p., che, prevedendo l'applicazione di misure di sicurezza provvisorie, finisce per costituire una valvola di scarico di tutte quelle persone, indagate o imputate, per le quali non è ancora intervenuto un definitivo accertamento psichiatrico e giudiziario, con il conseguente effetto che la provvisorietà tende di solito a diventare definitiva.⁴⁰⁴

Sul punto, bisogna tener conto che nel codice sono previste anche altre misure, come le misure cautelari, e il disposto dell'art. 286 c.p.p., secondo cui «Se la persona da sottoporre a custodia cautelare si trova in stato di infermità di mente che ne esclude o ne diminuisce grandemente la capacità di intendere o di volere, il giudice, in luogo della custodia in carcere, può disporre il ricovero provvisorio in idonea struttura del servizio psichiatrico ospedaliero, adottando i provvedimenti necessari per prevenire il pericolo di fuga», articolo raramente applicato principalmente per la carenza di strutture territoriali.

Altro problema, ampiamente discusso, è la costituzione di sezioni specializzate in carcere, per cui ci si chiede se sia un intervento positivo o meno. La dottrina e la psichiatria favorevole sostengono che il trattamento sanitario in carcere può finalmente portare all'applicazione di principi affermati nel corso degli anni, come il diritto alla salute all'interno dell'istituto carcerario, in favore di una cura nella pena e non viceversa;

⁴⁰³ PICCIONE, *Relazione di sintesi. Prospettive e percorsi di riforma legislativa*, nel Convegno del 2.2.2018, presso il Palazzo di Giustizia di Trieste, "Articoli 88 e 89 del codice penale è possibile abrogare il vizio di mente".

⁴⁰⁴ PICCIONE, *Relazione di sintesi. Prospettive e percorsi di riforma legislativa*, nel Convegno del 2.2.2018, presso il Palazzo di Giustizia di Trieste, "Articoli 88 e 89 del codice penale è possibile abrogare il vizio di mente".

mentre chi è sfavorevole, afferma che è un'operazione troppo rischiosa, perché si costituirebbe un'istituzione totale dentro un'altra istituzione totale, ed in assenza di risorse finanziarie, può fare più danni delle misure di sicurezza. Le Commissioni istituite ritengono che le sezioni specializzate in carcere si possono disporre, purchè come *extrema ratio*, prevedendo che il reo con disturbi psichici provi prima un contatto con i servizi territoriali.⁴⁰⁵

Il legislatore delegato dovrà, quindi, tenere conto di tutte le istanze per portare avanti un processo che oramai si è avviato in un'ottica di superamento del sistema del doppio binario, senza, però, abbandonare l'idea di una collaborazione costante tra la magistratura e la sanità penitenziaria.

⁴⁰⁵ Criticità e prospettive emerse nel corso del Convegno del 2.2.2018, presso il Palazzo di Giustizia di Trieste, “*Articoli 88 e 89 del codice penale è possibile abrogare il vizio di mente*”.

CAPITOLO V

Profili di diritto comparato: le misure di sicurezza personali nell'ordinamento tedesco, francese, inglese e svedese.

1. Una comparazione con gli ordinamenti giuridici europei.

Il confronto con altri sistemi giuridici risulta doveroso, dovendo affrontare, anche in una prospettiva di riforma, questioni di politica criminale che attengono al sistema sanzionatorio.

I bisogni e le aspettative di controllo sociale delle diverse realtà sociali sembrano trovare applicazione nelle politiche criminali dei diversi ordinamenti secondo diverse strategie di intervento punitivo, caratterizzate da strumenti di differente natura, punitivi in senso stretto, interdittivi e fino a quelli di sorveglianza.

Il trattamento della malattia mentale, invece, presenta modalità ed elementi molto radicati nelle singole culture nazionali, tali da creare difficoltà nel porre comuni basi di discussione. Tuttavia, il tema della sanzione penale è ampio oggetto di dibattito della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che spesso è intervenuta sul trattamento dei detenuti e che pone sicuramente le basi per un confronto circa le direzioni comuni da intraprendere in tutti i Paesi Europei, al fine di poter raggiungere un univoco trattamento dell'autore di reato, imputabile e non, socialmente pericoloso⁴⁰⁶.

Tutti i Paesi europei che hanno adottato il sistema del 'doppio binario' (in particolare, sul modello italiano sono l'ordinamento tedesco, austriaco, svizzero, spagnolo e portoghese) presentano una realtà di crisi diffusa, poiché non esiste letteratura giuridica europea che non evidenzi aspetti negativi, teorici e pratici, di tale sistema, essendo i poli del doppio

⁴⁰⁶ PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, opera cit., pag. 152.

binario (pena e misura di sicurezza) caratterizzati dalla comune finalità di tutelare i beni giuridici e riadattare i soggetti autori di reato⁴⁰⁷.

Diversi sono i profili di problematicità comuni in tutti i Paesi: l'ambiguità del rapporto tra custodia e trattamento, con la relativa pretesa di intervenire coattivamente sulla personalità dell'individuo, le carenze organizzative degli istituti, l'incertezza legata all'accertamento prognostico della pericolosità sociale, nonché i limiti di ricorribilità alle misure di sicurezza in rapporto con i diritti fondamentali della persona, essendo tali misure ampiamente invasive e totalizzanti⁴⁰⁸.

Infatti, ciò che ha caratterizzato un po' tutti i sistemi richiamati è la *differenziazione del trattamento* del malato di mente autore di reato, nel senso di diversità del sistema di intervento, con conseguente *differenziazione dei ricoverati* e preliminare diversificazione tra le strutture di esecuzione della pena e quelle di esecuzione delle misure di sicurezza⁴⁰⁹.

Inoltre, la pretesa di curare e riabilitare il malato di mente in una struttura chiusa, quale l'istituto di rieducazione, si scontra con il probabile conseguente insuccesso del trattamento, poiché l'internato è trasposto in un contesto artificiale completamente differente dalla sua situazione ambientale e le conseguenze possono essere per lo più negative soprattutto in termini di desocializzazione⁴¹⁰.

Del resto, la condizione del "carcere in senso formale" è stata già censurata dalla nota sentenza Torreggiani⁴¹¹ ed in Italia il passaggio alle

⁴⁰⁷ FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1993, pag. 570.

⁴⁰⁸ FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile*, cit. pag. 570 e 571.

⁴⁰⁹ PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, opera cit., pag. 152 e 156, il corsivo è dell'autore.

⁴¹⁰ sul punto cfr. ZIPF, *Politica Criminale*, Milano, 1989 pag. 135 e ss., traduzione italiana a cura di A. Bazzoni.

⁴¹¹ Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, in *Diritto Penale Con-*

REMS è già un passo per *porre rimedio alla condizione epidermicamente intollerabile degli ospedali psichiatrici giudiziari*.⁴¹²

2. Le misure di sicurezza e miglioramento nello StGB.

Il sistema sanzionatorio tedesco è definito, come quello italiano, sistema del doppio binario (*System der Zweispurigkeit*) ed è espressione, come in Italia, del dibattito tra la scuola classica del diritto penale e la scuola moderna di Franz von Lizst.

Sono previste, infatti, pene (*Strafe*), da una parte, e misure di sicurezza e miglioramento, di carattere preventivo (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*)⁴¹³, dall'altra.

Il sistema considera la colpevolezza (*Schuld*), il presupposto della pena e la pericolosità sociale (*Gefährlichkeit für die Allgemeinheit*), il presupposto della misura di sicurezza. Esse sono in relazione tra di loro, come effetto giuridico, così che la pena e la misura di sicurezza, possono ogni volta sostenersi da sole o anche insieme⁴¹⁴.

temporaneo, 9 gennaio 2013, nota di VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*.

⁴¹² MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15 luglio 2015, pag. 10, il corsivo è dell'Autore in cui richiama tra l'altro le parole «insopportabile dimensione antiumana degli ospedali psichiatrici giudiziari» di MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, fasc. 3, p. 1095.

⁴¹³ Le *Maßregeln der Besserung und Sicherung* sono individuate nel Titolo VI della Parte III del libro I dello StGB (§§ 61-72 StGB) e sono state introdotte nel codice penale tedesco con la "Legge contro i delinquenti abituali pericolosi e sulle misure di sicurezza e miglioramento" (*Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*) emanata dal Deutsches Reich il 24 novembre 1933 ed entrata in vigore il 1 gennaio 1934. Sulla storia delle misure di sicurezza e miglioramento cfr. VAN GEMMEREN in *Münchener Kommentar zum Strafrechtgesetzbuch*, München, 2012, pag. 751 sotto il § 63 StGB.

⁴¹⁴ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, München, 2006, pag. 2; PUGIOTTO così riassume il sistema del doppio binario: «secondo l'impostazione del codice Rocco, pena

Le pene hanno una durata certa e determinata, si basano sulla colpa e sulla gravità del fatto; le misure di sicurezza e miglioramento, invece, sono rapportate alla pericolosità dell'autore del fatto, ovvero alla probabilità di recidiva, e non hanno una durata determinata. La durata delle misure è legata al perdurare della pericolosità sociale, che dovrà essere esaminata periodicamente (§ 67 e ss. StGB).

Il legislatore tedesco, con la previsione delle misure di sicurezza e miglioramento, ha voluto soddisfare le esigenze di tutela della collettività, anche contro gli autori di reato pericolosi per la stessa comunità. Si ritiene che nei confronti della persona che manifesta una tendenza a delinquere sia scientificamente formulabile un giudizio di pericolosità sociale e siano legittimamente applicabili misure tese a difendere la società con la terapia, l'educazione e la neutralizzazione del soggetto pericoloso⁴¹⁵.

Il legislatore tedesco ha, così, introdotto uno strumento per proteggere la comunità dai soggetti potenzialmente recidivi, che rappresentano un pericolo per la collettività.

Il § 61 StGB elenca le misure di sicurezza e miglioramento: l'internamento in un ospedale psichiatrico (§ 63 StGB), l'internamento in

e misura di sicurezza non sono assimilabili, anche se entrambe limitative della libertà personale. Sono diverse per natura: punitiva l'una, non punitiva l'altra. Sono diverse per funzione: retributiva e rieducativa la prima, curativa e precauzionale la seconda», in *“L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli ospedali psichiatrici giudiziari”* in Quad. cost., n. 2, 2013, pag. 347.

⁴¹⁵ Sulla originaria formulazione della teoria special-preventiva cfr. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, München, 2006, pag. 74, in cui richiama *Franz v. List*, quale più significativo politico criminale tedesco della modernità, che ha concepito una triplice formulazione di special-prevenzione: 1. attraverso la protezione della comunità dal delinquente, rinchiudendolo; 2. intimidendo i rei attraverso la pena in caso di reiterazione di ulteriori delitti; 3. rendendo il reo innocuo attraverso la guarigione dalla recidiva. Ancora, in dottrina si è ampiamente affermato che la neutralizzazione, espressione estrema della prevenzione speciale negativa, non risulta compatibile con i principi fondamentali che reggono l'ordinamento, sul punto MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992, pag. 97.

un istituto di disintossicazione (§ 64 StGB), l'internamento in custodia di sicurezza (§ 66 StGB); la vigilanza sulla condotta (§ 68 StGB); il ritiro della patente di guida (§ 69 StGB); l'interdizione da una attività professionale (§ 70 StGB).

2.1. I principi alla base delle misure di sicurezza e miglioramento.

Le misure di sicurezza detentive, in tutti quei casi in cui gli interventi dello Stato si riflettono sui diritti fondamentali del singolo cittadino⁴¹⁶, non possono essere disposte se sono sproporzionate, in base alla gravità del fatto commesso e di ulteriori reati che ci si attende che l'autore commetterà.

In base al principio di proporzione⁴¹⁷ (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), ai sensi del § 62 StGB, l'afflittività della misura di sicurezza e miglioramento, in un'ottica fortemente garantista, deve essere proporzionata alla gravità del fatto ed al grado di pericolosità della persona sottoposta alla misura⁴¹⁸. Il principio di proporzione interviene anche sulla durata delle misure.

⁴¹⁶ BVerfGE 16, 194, 202; ne deriva che il controllo di proporzionalità è escluso nel caso di ritiro della patente di guida.

⁴¹⁷ Sul principio di proporzione, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 49, terzo comma, che stabilisce che l'intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato; il § 62 StGB prevede espressamente, in relazione alle *Maßregeln der Besserung und Sicherung*, il principio di proporzione, affermato nei seguenti termini: «Una misura di miglioramento e di sicurezza non può essere disposta se è sproporzionata rispetto al significato dei fatti che l'autore ha commesso o che ci si può attendere che commetterà o al grado del pericolo da lui originato»; FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, pag. 164. sulla legittimità in generale si veda FRISCH, *ZStW 102 (1990)*, 343.

⁴¹⁸ Sul rapporto tra pericolosità e principio di proporzione cfr. DESSECKER, "Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Eine Untersuchung zum Maßregelrecht", Berlino 2004.

L'esame della proporzione, ai fini della comminazione della misura, necessita, però, di un preventivo accertamento del fatto antigiusuridico e della relativa sua gravità, mediante un procedimento, che applichi i canoni di uno stato di diritto. La gravità del fatto viene valutata in base ai beni giuridici, di cui si teme la violazione, la loro importanza ed alla frequenza con cui si presume che avverrà la perpetrazione della loro violazione, così che potrà essere valutata la gravità del pericolo in proporzione alle libertà fondamentali dei cittadini su cui si intende incidere con la misura stessa⁴¹⁹.

Secondo criteri di sussidiarietà, inoltre, la misura meno afflittiva va disposta se offre sufficiente tutela contro la pericolosità dell'autore⁴²⁰.

Tuttavia, se vi sono dubbi riguardo alla sussistenza della pericolosità, il giudice deve avvalersi del principio "*in dubio pro reo*" e non applicare affatto la misura⁴²¹.

Inoltre, rispetto al nostro ordinamento giuridico, è sancita l'inversione nell'ordine di esecuzione tra pena e misura di sicurezza: ai sensi del § 67 StGB, la misura viene eseguita per prima. Sussiste, altresì, il principio di vicarietà, nel senso che la durata della misura eseguita viene scomputata dalla pena irrogata (§ 67, comma 4, StGB)⁴²².

⁴¹⁹ cfr. *BGHSt (Bundesgerichtshofs in Strafsachen) 24, 134, 135.*

⁴²⁰ *BVerfGE 2, 243, 260.*

⁴²¹ Sul principio "*in dubio pro reo*" in giurisprudenza *BGHSt 5, 350, 352* e *BGHGA 1955, 149 151*, in dottrina VOLCKART "*Maßregelvollzug, Das Recht des Vollzuges der Unterbringung nach §§ 63, 64 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaushaus und in einer Entziehungsanstalt*", Luchterhand, 1997, pag 7.

⁴²² PALAZZO – PAPA, "*Lezioni di diritto penale comparato*", Torino, 2000, pagg. 83-84.

2.2 Il giudizio di pericolosità sociale

Ai fini dell'applicazione delle misure di sicurezza e miglioramento, con particolare riferimento all'internamento in ospedale psichiatrico (§ 63 StGB) e all'internamento in custodia di sicurezza (§ 66 StGB), si deve accertare, per dare priorità ad esigenze di sicurezza, la probabile pericolosità della persona che ha commesso il fatto, in termini di elevata probabilità di recidiva.

La prognosi di pericolosità necessita l'accertamento di “un elevato grado di probabilità”⁴²³: non è sufficiente la mera possibilità di un futuro reato, ma deve sussistere un “pericolo della reiterazione” (*Wiederholungsgefahr*)⁴²⁴. Tuttavia, sotto il profilo politico-criminale ed in riferimento ai principi fondamentali del diritto penale, sono discusse la opportunità e la legittimità dell'assunzione di valutazioni meramente probabilistiche quali presupposti dell'internamento⁴²⁵.

Mentre nell'ordinamento italiano, l'oggetto del giudizio probabilistico è normalmente riferito alla futura commissione di *qualsiasi* reato⁴²⁶, nel sistema tedesco deve esistere un rapporto di adeguatezza tra il sacrificio della libertà personale ed i beni personali e patrimoniali minacciati dall'individuo pericoloso. La prognosi di pericolosità non può basarsi solo su presupposizioni generali. Nell'analizzare il singolo caso concreto, il giudice, invece, deve avere dei punti di riferimento: la personalità del

⁴²³ In giurisprudenza, in relazione al § 63 StGB, si afferma l'“elevato grado di probabilità” (*Wahrscheinlichkeit höheren Grades*), ovvero il pericolo “latente”, cfr. VAN GEMMEREN, in *Münchener Kommentar zum Strafrechtgesetzbuch*, sotto il § 63 StGB, München, 2012, pag. 770.

⁴²⁴ VAN GEMMEREN in *Münchener Kommentar zum Strafrechtgesetzbuch*, München, sotto il § 63 StGB, 2012, pag. 769.

⁴²⁵ FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1993, pag. 583.

⁴²⁶ FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile*, opera cit., pag. 580, il corsivo è dell'Autore.

reo, il suo carattere, la gravità dei suoi difetti, i precedenti penali, il fatto commesso ed il suo comportamento dopo la commissione del fatto⁴²⁷.

In giurisprudenza si afferma la “pericolosità del reo per la comunità” (*Gefährlichkeit des Täters für die Allgemeinheit*), nel senso che un individuo è pericoloso per la comunità quando ci si aspetta, con alta probabilità, che commetterà rilevanti fatti antigiuridici contro una moltitudine di persone, contro una cerchia limitata di persone o anche contro una sola persona, tenuto conto che ogni singolo individuo è membro della collettività e che lo stesso è considerato un “rappresentante” della collettività. Il legislatore tedesco ha, così, voluto tutelare un interesse fondamentale della comunità, affinché ai suoi membri non accada alcuna considerevole aggressione contro i beni giuridici penalmente protetti. In caso contrario, sarebbe minacciata la continuità dell’ordine pubblico e con esso la sicurezza pubblica⁴²⁸.

Nel sistema tedesco, però, mancano parametri certi di riferimento per l’accertamento processuale della pericolosità della persona e molte sono le difficoltà nel distinguere, ai fini dell’internamento in un ospedale psichiatrico, il disturbo puro dal pericolo per la collettività, poiché non ci sono regole solide: dipende dal singolo caso concreto, che dovrà essere valutato tenendo conto del principio di proporzione di cui al § 62 StGB.⁴²⁹

L’astrattezza e genericità del concetto di pericolosità sociale pone, quindi, un problema relativo alla modalità della prognosi, giuridica e psi-

⁴²⁷ VAN GEMMEREN in *Münchener Kommentar zum Strafrechtgesetzbuch*, sotto il § 63 StGB, München, 2012, pag. 770.

⁴²⁸ HEINZ SCHÖCH in *Leipziger Kommentar StGB*, Band 3, sotto il § 63 StGB 2008, pag. 319.

⁴²⁹ cfr. SCHÖNBERGER, *Zur justitiellen Handhabung der Voraussetzungen der Unterbringung gemäß §§ 63, 66 StGB*, Berlin, 2002, pag. 19.

chiatrica, che spazia tra ciò che è meramente possibile e ciò che è invece probabile.

Seppure la riforma del codice penale tedesco del 1975 si sia ispirata ad esigenze di umanizzazione della pena, volendo adeguarsi ai valori di dignità della persona umana consacrata dalla stessa Costituzione⁴³⁰, il sistema sanzionatorio delle misure di sicurezza e miglioramento ha, però, dovuto subire dei correttivi, in seguito al monito della CEDU e della Corte Costituzionale federale tedesca (*BVerfG*), in riferimento alla più grave misura dell'internamento in custodia di sicurezza ai sensi del § 66 StGB (*Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*)⁴³¹ ed a seguito della sentenza della Corte Costituzionale tedesca, intervenuta in occasione del cd. "caso Mollath", in riferimento all'internamento in un ospedale psichiatrico ai sensi del § 63 StGB⁴³².

⁴³⁰ PALAZZO – PAPA, "Lezioni di diritto penale comparato", Torino, 2000, pagg. 80-81.

⁴³¹ Sul punto FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile*, opera cit., richiama il §66 StGB (*Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*), che prescrive la commisurazione di una misura detentiva, custodia di sicurezza, solo se il fatto di reato, posto in essere da un soggetto imputabile, abbia arrecato gravi conseguenze "tali che da esse le vittime siano danneggiate psichicamente o fisicamente in modo grave, o venga arrecato un grave danno economico". Si confronti anche PELISSE-RO, "Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali.", in *Diritto penale contemporaneo*, 26 luglio 2011, in riferimento all'"illegittimità costituzionale della disciplina della custodia di sicurezza ai sensi del § 66 StGB, con cui la BverfG ha indicato al legislatore come termine ultimo il 31 maggio 2013 per adeguare la disciplina interna ai principi direttivi, fissati dalle pronunce del 2009 e 2011, della Corte europea dei diritti dell'uomo, in riferimento al prolungamento, in senso retroattivo, della durata di una misura di sicurezza detentiva, oltre il termine massimo, prevedibile al momento della condanna, che costituisce una illegittima privazione della libertà personale; si cfr. anche ROCCHI, "La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza detentiva tedesca della Sicherungsverwahrung ed i suoi riflessi sul sistema del "doppio binario" italiano.", in *Cassazione penale*, 2010.

⁴³² *Beschluss vom 26. August 2013 – 2 BvR 371/2012*, relativa all'accoglimento del ricorso costituzionale nel 'caso Mollath' contro la decisione della *Landgerichts Bayreuth* e della *Oberlandesgerichts* di Bamberg. Secondo la Corte costituzionale federale tedesca la decisione dell'anno 2011 in danno di Mollath ed i motivi in essa citati non solo non erano sufficienti a giustificare la durata dell'internamento, ma violava il diritto fondamentale della libertà della persona in combinato disposto con il principio di propor-

2.3 Il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario ai sensi del riformato § 63 StGB (art. 1 n. 1 lettera a) della legge 8.7.2016, in vigore dal 1.8.2016).

Il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario è previsto dal § 63 StGB, secondo cui, «se qualcuno commette un fatto antigiuridico in condizione di non imputabilità (§ 20 StGB) o di imputabilità diminuita (§ 21 StGB), il giudice dispone il ricovero in un ospedale psichiatrico se la valutazione complessiva dell'autore e del fatto dimostrano che ci sia da attendersi, in ragione della sua condizione, la commissione di rilevanti fatti antigiuridici e perciò è pericoloso per la collettività»⁴³³.

Il codice penale tedesco prende in considerazione il rapporto tra disturbo psichico e pericolosità e, nel disporre l'internamento in un ospedale psichiatrico giudiziario, di cui al § 63, prevede la pericolosità del reo in ragione della sua condizione (*Gefährlichkeit des Täters "infolge seines Zustandes"*), per cui è richiesta una sintomatica correlazione (*symptomatischer Zusammenhang*)⁴³⁴.

E' decisivo, ai fini della misura dell'internamento in ospedale psichiatrico, che rispetto ai fatti commessi intervengano i §§ 20 e 21 StGB (rispettivamente 'non imputabilità causata da disturbi psichici' e 'imputabilità diminuita') ed esiste il pericolo di recidiva in correlazione con la rilevante condizione del reo⁴³⁵.

zione. Sul caso Mollath cfr. FIERRO, *La riforma del ricovero in un ospedale psichiatrico ai sensi del § 63 StGB*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 9/2017, pag. 74 e ss.
⁴³³ cfr. a cura di VINCIGUERRA, *Il codice penale tedesco*, introduzione di JESCHEK, traduzione di BONADIO, Padova, 2003.

⁴³⁴ HEINZ SCHÖCH in *Leipziger Kommentar StGB*, Band 3, 2008, sotto il § 63 StGB, pag. 320, in riferimento alla BGH NJW 1998 2986, 2987.

⁴³⁵ HEINZ SCHÖCH in *Leipziger Kommentar StGB*, Band 3, 2008, sotto il § 63 StGB, pag. 320.

Il ricovero in ospedale psichiatrico, quindi, presuppone che l'autore del fatto abbia agito in una situazione di incapacità (*Schuldunfähigkeit*) oppure in considerevole capacità diminuita, non temporanea. Il giudice dispone il ricovero quando, dalla valutazione complessiva del reo e del suo fatto, sussiste una probabilità di recidiva, che dalla giurisprudenza è definita elevato grado di probabilità di commissione di un nuovo fatto di reato, che, prima dell'intervento legislativo del 2016, non doveva essere necessariamente grave⁴³⁶.

I nuovi parametri, inseriti per il giudizio di pericolosità, in relazione al ricovero in un ospedale psichiatrico, sono volti ad aumentare la gravità dell'aspettativa che l'individuo commetta in futuro più gravi reati che abbiano arrecato gravi conseguenze alla vittima.

Il legislatore, così, modifica il § 63 StGB: «Se qualcuno ha commesso un fatto antigiuridico in condizione di non imputabilità (§ 20 StGB) o di imputabilità diminuita (§ 21 StGB), il Tribunale dispone l'internamento in un ospedale psichiatrico quando dalla valutazione complessiva dell'autore e del fatto risulta che, in ragione della sua condizione, da lui è possibile attendersi rilevanti fatti antigiuridici, dai quali le vittime sono psichicamente e fisicamente danneggiate in modo rilevante o messe in pericolo in modo rilevante, o venga arrecato un grave danno economico, e quindi è pericoloso per la collettività»⁴³⁷.

⁴³⁶ DUDECK, KASPAR E LINDEMANN, “*Verantwortung und Zurechnung im Spiegel von Strafrecht und Psychiatrie*”, Nomos, 2014, pag. 29.

⁴³⁷ Il § 63 StGB, Parte 1 è stato così modificato dall'art. 1 n. 1 lettera a) della legge 8.7.2016 in *Bundesgesetzblatt Jahrgang 2016 Teil I n. 34 ausgegeben zum Bonn am 14. Juli 2016*, pag. 1610, consultabile al seguente link https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl116s1594.pdf%27%5D#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl116034.pdf%27%5D_15200758951444, per un commento alla riforma del § 63 StGB cfr. FIERRO, *La riforma del ricovero in un ospedale psichiatrico ai sensi del § 63 StGB*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 9/2017.

L'autore di reato non imputabile è socialmente pericoloso quando i fatti antiggiuridici, che ci si aspetta che commetterà, sono fatti che possono provocare un danno psichico o fisico rilevante per la vittima, oppure può essere messa in pericolo o può essere provocato un grave danno economico.

Ed ancora, la riforma inserisce, nel secondo periodo del § 63 StGB, un ulteriore parametro per la decisione del giudice, il quale potrà applicare la misura dell'internamento in ospedale psichiatrico anche in forza di altre condizioni: «Se il fatto antiggiuridico commesso non è un fatto rilevante nel senso del comma 1, il Tribunale adotta una simile disposizione, solo se particolari circostanze giustificano l'aspettativa che il reo, in ragione della sua condizione, commetterà simili fatti antiggiuridici rilevanti»⁴³⁸.

Quindi, anche se la persona ha commesso un cd. reato bagattellare, il Tribunale dovrà comunque porre in essere una valutazione complessiva della personalità del reo, con una prognosi del suo passato e del fatto commesso, è sarà considerato socialmente pericoloso se ci aspetta da lui la commissione di un fatto antiggiuridico⁴³⁹.

In riferimento al grave danno economico, la dottrina rimanda all'interpretazione del concetto previsto nel § 66, comma 1, n. 3 StGB, secondo cui dovrà essere valutato il singolo caso concreto, poiché può essere sufficiente anche un valore minimo, se più alta è la sensibilità della vittima oppure è necessario un valore economico più elevato, se la vittima ha una scarsa sensibilità; ne deriva che sarà possibile disporre il ri-

⁴³⁸ Il secondo periodo del § 63 StGB è stato così riformato dall'art. 1 n. 1 lettera b) della legge 8.7.2016 in *Bundesgesetzblatt Jahrgang 2016 Teil I n. 34 ausgegeben zum Bonn am 14. Juli 2016*.

⁴³⁹ PEGLAU, *Das neue Recht der strafrechtlichen Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus*, Neue Juristische Wochenschrift, C.H. Beck, 32/2016, pag. 2299.

covero in ospedale psichiatrico anche quando vi siano casi con un più scarso danno economico, ma con un più elevato danno morale⁴⁴⁰.

Il legislatore ha voluto, così, riservare e limitare la disposizione delle misure ai soli casi più gravi di pericolosità, arginando con più dettagliati parametri, la clausola relativa all'aspettativa in futuro di un grave aumento della pericolosità, che è comunque subordinata agli strumenti di prognosi dei periti incaricati⁴⁴¹, che dovranno essere necessariamente esterni⁴⁴².

Le nuove condizioni previste dal § 63 StGB sono apparse un buon compromesso tra il diritto alla libertà dell'autore di reato con patologie psichiche e la sicurezza della comunità, tuttavia non può prevedersi se lo stesso compromesso si vedrà per la durata dell'esecuzione⁴⁴³.

Sotto il profilo politico-criminale, la prognosi di comportamenti umani futuri non può mai raggiungere un risultato univoco, sia che «si segue una concezione oggettivistica della probabilità quanto se se ne adotta una di tipo soggettivistico»⁴⁴⁴, poiché in ogni caso il giudice non dispone di informazioni di tipo scientifico, né dal punto di vista contenutistico né di metodo.

⁴⁴⁰ PEGLAU, *Das neue Recht der strafrechtlichen Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus*, Neue Juristische Wochenschrift, C.H. Beck, 32/2016, pag. 2300.

⁴⁴¹ KRÖBER, *Der Reformierte § 63*, in Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, Agosto 2016, pag. 213.

⁴⁴² Ai sensi del riformato § 463 StPO il giudice potrà disporre una perizia esterna invece che a 5 anni, ogni 3 anni, mentre dal 6° anno di assegnazione ogni 2 anni (quindi al 3°, 6°, 8° e 10° anno). Inoltre, un perito non potrà vedersi rinnovato l'incarico due volte di seguito e dovrà essere esperto in materie psichiatrico-forensi.

⁴⁴³ PEGLAU, *Das neue Recht der strafrechtlichen Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus*, Neue Juristische Wochenschrift, C.H. Beck, 32/2016, pag. 2302.

⁴⁴⁴ COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, cit., pag. 11 e 12, la quale, rispetto alla concezione oggettivistica, si riferisce alla probabilità intesa come realtà esterna all'osservatore, espressa da una serie di frequenze stabili ed eventi, perciò la pericolosità sociale indicherà il "grado di possibilità di un certo evento", in termini di probabilità frequentista. Rispetto alla concezione soggettiva, invece, la probabilità rappresenta il grado personale di fiducia nella previsione dell'evento, esprimibile in una quota, cd. "quota di scommessa", basata sul teorema di De Finetti.

Sicuramente le condizioni previste dalla riforma relativamente alla frequenza delle perizie, alla scelta ed alla necessaria alternanza dei periti, tende ad una oggettivizzazione del paziente internato in ospedale psichiatrico – e, quindi, della (improbabile) valutazione della sua pericolosità sociale – che appare del tutto conforme ai parametri della più rigorosa psichiatria organicista.

È noto, invece, che in una diversa prospettiva è decisivo il rapporto costante tra psichiatra e paziente per una valutazione che sia adeguata in termini sia diagnostici che terapeutici⁴⁴⁵.

Sebbene la nuova legge lascia intravedere nel sistema penale tedesco una più concreta applicazione del principio di proporzione, maggiori garanzie nell'accertamento del giudizio di pericolosità sociale e nella durata delle misure di sicurezza, si dovranno attendere, in ogni caso, le prime applicazioni pratiche della nuova disposizione normativa, al fine di valutarne i suoi reali effetti nella fase dell'esecuzione delle misure di miglioramento e sicurezza.

Il sistema tedesco, che, ad oggi, vede ancora attivi gli ospedali psichiatrici, appare, tuttavia, lontano dalla realtà italiana, che, invece, con la chiusura degli OOPPGG e con la ridefinizione del giudizio di pericolosità sociale, sembra essere più vicina al superamento di un sistema, basato su una diversità di trattamento dei soggetti imputabili e non imputabili, che, di fatto, crea discriminazioni tra i primi, destinatari di pena ed i secondi, invece, destinatari della misura di sicurezza.

⁴⁴⁵ JASPERS, *Autobiografia filosofica* (1956), Napoli, 1969, 29 e 32, dove l'Autore, in un'ottica di superamento del dualismo cartesiano anima e corpo, rileva che l'oggetto della psichiatria è l'uomo e non il suo corpo, l'uomo nella sua totalità al di fuori di ogni possibile oggettivizzazione; sul punto cfr. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e «spessori normativi»: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 Dicembre 2014, pag. 10.

3. La *retention de sûreté* in Francia

La Francia è stata tradizionalmente estranea alla logica del doppio binario, poiché ha sempre ricondotto il trattamento del malato di mente autore di reato al di fuori del sistema penale, con un modello di intervento di tipo amministrativo.

Nell'ordinamento francese, infatti, non si è mai rinvenuta, nemmeno dogmaticamente, la dicotomia pene e misure di sicurezza, tuttavia, nel secolo scorso, si è affermata la tendenza ad una "rinascita" delle misure di sicurezza in chiave di controllo degli autori pericolosi⁴⁴⁶.

Già la legge 17 giugno 1998, n. 468, introducendo l'istituto del *sui-vi socio-judiciaire*, ha aperto la strada ad un *diritto penale della pericolosità sociale*. La norma ha introdotto «misure di sorveglianza e assistenza destinate a prevenire la recidiva», con una durata massima di venti anni in relazione al reato presupposto, come i reati di violenza ed abuso sessuale, in particolare nei confronti di minori e nei casi di pedopornografia, disponendo inoltre anche «*mesures d'assistance*» per favorire il reinserimento sociale del condannato⁴⁴⁷.

Successivamente, il legislatore francese è intervenuto con una seconda riforma, la legge 9 marzo 2004, n. 204, che ha presentato una maggiore finalità preventiva, con l'istituzione di un registro giudiziario nazionale automatizzato degli autori di reati sessuali o violenti e con l'introduzione di «*à titre de mesure de sureté*». Tali misure, caratterizzate dalla duplice natura di *misura di sicurezza* e *misura cautelare*, consistono in una serie di prescrizioni, ad esempio la giustificazione periodica

⁴⁴⁶ PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, opera cit., pag. 215 e ss., mentre in riferimento alla evoluzione della disciplina del doppio binario in Francia, cfr. pag. 278 e ss.

⁴⁴⁷ PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, pag. 13, il corsivo è dell'Autore.

dell'indirizzo di residenza e della sua variazione, la cui violazione è sanzionata penalmente con la reclusione⁴⁴⁸.

Successivamente, la legge n. 1459/2005 ha inserito nel codice di procedura penale francese la *surveillance judiciaire*. Tale misura si applica alle persone condannate ad una pena privativa della libertà personale superiore a dieci anni per un crimine o un delitto, quando vi è il rischio di recidiva. In tal caso, solo dopo l'esecuzione della pena, il condannato è sottoposto alla sorveglianza giudiziaria per un certo periodo di tempo, indicato nell'art. 723-29 code proc. pénal. Il legislatore, con tale previsione diretta alla prevenzione della pericolosità, ha voluto, da un lato, limitarsi al controllo in libertà e dall'altro bilanciare istanze di tutela della collettività e limitazioni della libertà personale, fondata su meri giudizi prognostici⁴⁴⁹.

Solo con la legge 25 febbraio 2008 n. 174, poi integrata dalla legge 10 marzo 2010 n. 242, nel sistema penale francese è stato introdotto il modello preventivo custodiale che prende a modello la disciplina tedesca della *Sicherungsverwahrung*.

Il controllo preventivo dell'autore pericoloso, al fine di recuperare esigenze di difesa sociale, viene, così, attuato non solo attraverso una misura di sicurezza non detentiva, la *surveillance de sûreté*, ma anche con l'introduzione della *retention de sûreté*, una misura di sicurezza a carattere custodiale.

⁴⁴⁸ PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata*, opera cit., pag. 14, in cui, in riferimento a le *Fichier judiciaire National automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes* – FIJAIS, sono indicati gli articoli: art. 706-53-5 code proc. pénal (*à titre de mesure de sureté*), art. 706-51-3 code proc. pénal, per la giustificazione periodica della residenza e della sua variazione per tutta la durata di iscrizione nel registro, art. 706-53-3, ultimo comma, code proc. pénal nei casi di violazione della precedente prescrizione.

⁴⁴⁹ PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata*, opera cit., pag. 14, con riferimento all'art. 723-29 code proc. pénal ed all'art. 723-33 code proc. pénal.

La *retention de sûreté* è una misura che comporta la custodia in un centro socio-medico-giudiziario di sicurezza, senza possibilità di dimissioni, nel quale è proposto un supporto medico, sociale e psicologico di carattere permanente. È applicabile ad un individuo che ha già scontato una pena detentiva, quando vi è una particolare pericolosità caratterizzata da una elevata probabilità di recidiva.

Con la riforma del 2008, cambia anche la procedura applicabile nei confronti di soggetti non imputabili⁴⁵⁰, poiché affetti da vizio totale di mente nel momento della commissione del fatto. Per la prima volta, il legislatore francese ha disposto l'intervento del giudice penale rispetto ai fatti commessi dall'autore di reato non imputabile, che in precedenza erano soggetti ad un intervento esclusivo dell'autorità amministrativa⁴⁵¹.

La riforma del 2008 ha trasferito in capo al giudice istruttore la competenza di disporre il ricovero in ospedale psichiatrico, previa valutazione della responsabilità dell'autore del fatto del soggetto non imputabile⁴⁵². In tal modo, è stata cambiata la disciplina processuale, poiché prima della riforma, di fronte ad un soggetto non imputabile, il giudice istruttore emetteva un'ordinanza di non luogo a procedere, con conseguente conclusione del processo penale e presa in carico del reo non imputabile del sistema amministrativo; mentre, dopo il 2008, il giudice deve dichiarare la irresponsabilità penale per causa di disturbo mentale ed attivare la procedura camerale, che prevede la presenza del Pubblico Ministero ed il rinvio in Camera di Consiglio.

⁴⁵⁰ Sul punto cfr. MATSOPOULOU, «*Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux – Commentaire de la loi n. 2008 – 174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*», *Revue de Droit pénal*, 2008, étude n° 5.

⁴⁵¹ PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, opera cit., pag. 163.

⁴⁵² PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, opera cit., pag. 166, in cui si evince la nuova procedura di ordine del ricovero in ospedale psichiatrico.

Parallelamente, la legge n. 1138/2002 di orientamento e programmazione della giustizia ha introdotto l'art. L3214-1 del *Code de la santé publique*, che prevede che l'ospedalizzazione dei detenuti affetti da malattia mentale avvenga in un istituto sanitario, in una apposita unità realizzata per la loro accoglienza (*Unité hospitalière spécialement aménagée*)⁴⁵³. La suddetta norma ha introdotto anche il capitolo IV nel Codice della sanità pubblica, in cui sono indicate, agli artt. L3214-1 a L3214-5, le modalità di assegnazione dei detenuti con problemi mentali negli istituti specializzati⁴⁵⁴.

All'art. 48 della *loi* n. 1138 del 2002 è stato previsto che, in attesa che siano costruite le unità ospedaliere appositamente organizzate, l'ospedalizzazione dei detenuti con disturbi mentali sarà assicurata da un servizio medico-psicologico regionale, istituito presso un istituto penitenziario o da un istituto sanitario⁴⁵⁵.

Oltre al ricovero, il giudice può disporre, congiuntamente o in alternativa, ulteriori misure di sicurezza, sempre introdotte con la riforma del 2008⁴⁵⁶, quali il divieto di entrare in relazione con la vittima dell'infrazione o alcune persone o categorie di persone, in particolare minori, specificamente designate; l'interdizione dell'accesso ad ogni luogo specificamente designato; il divieto di detenere o portare un'arma; l'interdizione di esercitare un'attività professionale o di volontariato spe-

⁴⁵³ Art. 48 della *loi* n. 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

⁴⁵⁴ Codice della sanità pubblica, Terza parte, Libro II, Titolo I, Capitolo IV, intitolato *Hospitalisation des personnes détenues atteintes de troubles mentaux*, poi modificato con il decreto n. 507 del 2010 del 18 maggio 2010.

⁴⁵⁵ Sul punto cfr. FARINA COSCIONI, "Matti in libertà", Roma 2011, pagg. da 163 a 165, in cui evidenzia che la prima unità è stata inaugurata nel maggio 2010 a Lyon-Le Vinaier.

⁴⁵⁶ L'art. 706-136 c.p.p. consente al giudice che ha disposto il proscioglimento di applicare *mesures de sûreté* previste nel capitolo III del Titolo XXVIII del codice di procedura penale francese (in cui è prevista la nuova procedura relativa alle decisioni di irresponsabilità penale per causa di disturbi mentali).

cificamente designata, nell'esercizio della quale o in occasione della quale l'infrazione è stata commessa o che implica un contatto abituale con minori, salvo che il preliminare esame psichiatrico dichiari che la persona è in grado di esercitare questa attività; le sospensione della patente di guida; l'annullamento della patente di guida con il divieto di ottenerne una nuova⁴⁵⁷.

Tali misure di sicurezza, di carattere interdittivo, possono essere disposte dall'autorità giudiziaria, previa valutazione di uno psichiatra, purché non siano di ostacolo alla cura del malato e la loro durata, disposta sempre dall'autorità giudiziaria, può essere provvisoria e modificabile, in ogni caso non può eccedere dieci anni per i delitti e venti anni per i delitti puniti con la pena di dieci anni di reclusione.

Se vi è stato ricovero, tali misure possono essere applicate durante ed anche dopo le dimissioni dall'ospedale psichiatrico, per la durata così come stabilita in sentenza.

In tal modo, il sistema francese ha tentato di soddisfare esigenze di difesa sociale, limitando, per esempio, la rimessione in libertà a seguito di sentenza di proscioglimento ampliando le tipologie di misure di sicurezza e punendo ancor più restrittivamente chi le viola⁴⁵⁸, così intensificando la funzione delle misure, di neutralizzare il rischio di recidiva.

Si è affermato in dottrina⁴⁵⁹ che tale riforma sia stata una vera e propria rivoluzione giuridica, poiché molto lontana dalla tradizione francese ed in rotta di collisione con i suoi principi fondamentali, ma espres-

⁴⁵⁷ PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, opera cit., pagg. 166 e 167.

⁴⁵⁸ PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, opera cit., pag. 167, afferma che è un *monstrum* giuridico la previsione di una pena a carico di un soggetto che viola la previsione di una misura di sicurezza interdittiva applicata proprio in ragione della sua non imputabilità.

⁴⁵⁹ PRADEL, "Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux", Dalloz 2008, pag. 1000 e ss.

sione di un potenziamento di strumenti volti a alla prevenzione di autori di reato, imputabili e non, in combinato disposto con lo sviluppo di politiche penali securitarie.

In questa prospettiva, la Francia ha abbracciato una nuova politica che include la pericolosità nel sistema penale, così il controllo penale si sposta *dalla reazione al fatto colpevole alla prevenzione della pericolosità* ed il potenziamento delle misure di sicurezza, quali strumenti di prevenzione, *costituiscono la risposta penale alle richieste di maggior tutela*⁴⁶⁰.

4. La disciplina degli ospedali psichiatrici giudiziari nel Regno Unito.

Il sistema penale sanzionatorio inglese di *common law* è caratterizzato da un'ampia varietà dei tipi di pena e da una altrettanto ampia discrezionalità del giudice nella loro scelta e commisurazione.

Ad oggi, in forza di esigenze di garanzia espresse dal principio di legalità⁴⁶¹, le pene nei sistemi di *common law* così si distinguono: la detenzione (*imprisonment*), la cd. *binding over* (assunzione di un impegno di carattere personale o reale da parte del condannato o di un suo garan-

⁴⁶⁰ PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, opera cit., pag. 311, il corsivo è dell'Autore.

⁴⁶¹ Il principio di legalità cd. convenzionale è stato ritenuto compatibile con il diritto a matrice giurisprudenziale degli ordinamenti di *common law*, in forza dell'interpretazione da parte della Corte EDU dell'art. 7 – *Nulla poena sine lege* della CEDU, sul punto cfr. Corte EDU Cantoni c. Francia, 15.11.1996. Recentemente Corte EDU, G.C., Del Rio Prada c. Spagna, 10.7.2012, n° 42750/09 e Corte EDU, S.W. c. Regno Unito, 22.11.1995, n° 20166/92 e Corte EDU, G.C., Vasiliauskas c. Lituania, 20.10.2015, n° 35343/05 in MILONE, *Legalità e ruolo creativo della giurisprudenza nei rapporti tra diritto penale e processo quale garanzia di prevedibilità del diritto se il diritto è...imprevedibile?*, in *Diritto Penale contemporaneo*, n. 2/2016, pag. 10. In dottrina, sul principio di legalità nel diritto internazionale penale cfr. D'AMATO, *Profili di legalità e legittimità del diritto internazionale penale. Le fattispecie incriminatrici dallo Statuto di Roma ed il problema dell'adeguamento interno*, Napoli, 2013, pag. 213 e ss

te), la messa alla prova (*probation order*), la sospensione della pena detentiva (*suspended sentence*), il lavoro di pubblica utilità (*community service*), la pena pecuniaria, altre pene patrimoniali (*compensation order, restitution order, deprivation of property*), le pene interdittive (*disqualification from driving, disqualification of company directors, exclusion from sporting events, exclusion of Certain Persons*), l'espulsione (*deportation*), le pene custodiali per i giovani e le misure per gli infermi di mente (*hospital order o guardianship order*)⁴⁶².

In particolare, interessa in questa sede l'*hospital order*, che consiste nell'internamento in ospedale psichiatrico, per cui il Regno Unito ha una lunga tradizione, di quei soggetti ai quali è stata riconosciuta la *insanity defence*⁴⁶³. La disciplina applicata è prevista nel *Mental Health Act* (MHA) del 1983, che prevede il ricovero amministrativo in ospedale psichiatrico quando il soggetto è affetto da un disordine mentale (*mental disorder*), da una malattia mentale (*mental illness*), da una insufficienza mentale (*mental impairment*) o da un disordine psicopatico (*psychopathic disorder*)⁴⁶⁴.

La definizione delle diverse patologie si rinviene nell'art. 1 MHA del 1983⁴⁶⁵. Tale disciplina, nel 1997, è stata incrementata di misure custodiali con funzione di difesa sociale volte a combinare esigenze di cura, oltre che di tutela e sicurezza del paziente, nonché di tutela della collettività, derivante dalla necessità di proteggere terze persone, in una logica

⁴⁶² Sulla tipologia, scelta e commisurazione delle pene nel sistema inglese cfr. VINCI-GUERRA, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, Padova, 1992, pag. 337 e ss.

⁴⁶³ L'*insanity defence* è il cd. difetto di ragione, che consiste nella privazione dei poteri di ragionamento; si basa sull'assenza di *mens rea* ovvero sulla mancanza di consapevolezza del soggetto agente delle conseguenze lesive della propria condotta. Sul punto cfr. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, Oxford, pag. 202 e ss, in particolare per approfondire *The special verdict of insanity* pag. 206 e ss.

⁴⁶⁴ PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, opera cit., pag. 171.

⁴⁶⁵ Il MHA del 1983 ha succeduto l'originario testo del *Mental Health Act* del 1959.

propria degli analoghi provvedimenti di ricovero presenti in altri sistemi giuridici europei, nei quali la custodia si attua in presenza della pericolosità del reo.

Quando un soggetto è riconosciuto colpevole di un reato per cui è prevista la pena dell'*imprisonment*, e si trova in una delle suddette condizioni mentali tale da rendere necessario il trattamento medico, il giudice non pronuncerà la condanna alla pena detentiva, ma ne potrà emettere una alternativa, a propria discrezione, l'*hospital order* o *guardianship order*.

Nel primo caso, il giudice disporrà l'internamento in ospedale psichiatrico giudiziario, per cui non è previsto un termine per la revoca, tuttavia sussistono dei criteri, così come sono stati previsti nel cd. caso *Gardiner*: perché possa essere disposto il rilascio, l'internamento deve durare almeno da un anno, al termine del quale il medico addetto alla cura del reo può consigliare al direttore dell'ospedale di prolungare l'internamento se lo ritiene necessario per la salute del soggetto o per la sicurezza della collettività. Il direttore non è vincolato dal parere del medico. In ogni caso, il reo o altri nel suo interesse possono chiedere il rilascio anche al Tribunale per la revisione delle malattie mentali (*Mental Health Review Tribunal*)⁴⁶⁶.

Con la *guardianship order*, invece, il soggetto è sottoposto alla cura e custodia del servizio sociale o di una persona autorizzata e scelta da quest'ultimo.

Ai sensi dell'art. 142, comma 1, del *Criminal Justice Act 2003*, la funzione della pena è quella di punire il reo, ridurre il crimine, la riabilitazione del reo, la protezione della collettività, la riparazione da parte del

⁴⁶⁶ Ci si riferisce alle decisioni della CRIMINAL APPEAL REPORT (1967, 51 Cr. App. Rep. 187 e 1981,3 Cr. App. Rep. 330), in VINCIGUERRA, op. cit. pag. 366. Si precisa che l'ultimo riferimento normativo è il *Mental Health Act 2016*.

reo in favore della vittima. Tuttavia, si è affermato che quando la Corte decide ai sensi del comma 2 dell'art. 142 ovvero in forza del *Mental Health Act* disponendo il ricovero, le suddette finalità non sono più seguite, poiché il trattamento sanitario tende alla medicalizzazione della criminalità e, se detto trattamento non ha successo, la detenzione, ai sensi del MHA può durare per un tempo indefinito⁴⁶⁷.

A tanto si aggiunge, che, per finalità di controllo e di potenziamento di difesa sociale rispetto agli autori di reato socialmente pericolosi, l'art. 45 A del MHA del 1983 consente alla *Crown Court*, quando deve pronunciare una sentenza di condanna a pena detentiva non prevista dalla legge, può disporre un ordine, cd. *ibrido*, di ricovero in ospedale (*hospital direction*), con possibilità, in base all'art. 45 B, di un ordine di restrizione (*limitation direction*)⁴⁶⁸.

Si tratta di un particolare regime, di carattere cumulativo, che affianca alla pena l'ordine di ricovero in ospedale e si applica solo se la Corte, basandosi su di un parere di 2 medici, ritiene che l'autore del fatto soffra di un disturbo psicotologico, ai sensi dell'art. 45 A, sez. 2 lett. A, e che tale disturbo sia di natura e gravità tale da rendere idonea la custodia in ospedale per il trattamento medico, sempre che sia idoneo a migliorare o prevenire un peggioramento delle condizioni di salute del reo (art. 45 A, sez. 2, lett. b e c). In caso di dimissioni, il soggetto dovrà scontare il residuo di pena inflitta, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura sospensiva. Se invece, il ricovero dura più della pena inflitta, allo scadere di tale termine, l'internato è considerato come se gli fosse applicato un *hospital order* con *restriction order*⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ PEAY, *Imprisoning the Mentally Disordered. A Manifest Injustice*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 7/2014, pag. 3 e pag. 17

⁴⁶⁸ cfr. MHA 1983 al link: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1983/20/contents>

⁴⁶⁹ PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, opera cit., pagg. 174 e 175.

In tal senso, si è voluto intervenire, per potenziare la tutela della collettività dai disturbi della personalità, più con una punizione e custodia che con trattamento medico, dove è la pena che funge da controllo della pericolosità sociale del soggetto in caso di contenimento o definitivo superamento del disagio psichico e quindi da vera e propria misura di sicurezza.

Il *restriction order* è un'ulteriore misura afflittiva, che sottolinea l'aspetto criminale del soggetto, a discapito delle esigenze di cura, poiché, come richiesto nel MHA 1983, così come modificato dal MHA 1997, viene pronunciata tenendo conto di parametri preminentemente giuridico-criminali: la natura dell'offesa, i precedenti del reo, il rischio di commettere rilevanti offese future, la necessità di tutela della collettività da gravi danni causati dal soggetto.

Difatti, più questi è pericoloso, più il giudice sarà propenso ad aggiungere un *restriction order*, oltre all'ordinario ricovero.

Come nel sistema italiano, anche nel sistema inglese si chiede al giudice di effettuare un giudizio *prognostico* sulla pericolosità del reo.

Dovendo il giudice pronunciarsi su eventi *futuri*, facendo una valutazione, ben poco giuridica, delle *probabilità*, si ripropongono i dubbi di legittimità propri del giudizio di pericolosità sociale.

Ciò rileva soprattutto perché se la pericolosità è di grado medio-basso, viene disposto il ricovero in un *psychiatric hospital*, se, invece, la pericolosità è di grado elevato, con violenza e propensione criminale, il ricovero è disposto negli *High Security Hospital* (o *special hospital*).

Si pongono anche problemi di compatibilità del trattamento sanzionatorio di ricovero in ospedale psichiatrico per i soggetti ai quali è riconosciuta la *insanity defence*, poiché l'internamento resta ad ogni buon conto tendenzialmente indefinito nel tempo.

Sul punto, si è affermato che se è certo che la relazione tra disordini mentali e crimine non è puramente causale, sussiste una minore giustificazione per l'esenzione dalla responsabilità penale⁴⁷⁰.

Su tale presupposto, un criterio alternativo praticabile potrebbe essere quello auspicato dal "Plurality Model" (Peay 1993), consistente nel superamento della partizione tra criminali con disordini mentali e criminali imputabili, in tal senso, con un approccio meno discriminatorio: i "*mentally disordered offenders*" trattati alla stregua degli "*ordered offenders*"⁴⁷¹.

5. L'esperienza svedese.

Relativamente alla scelta in ordine alla punibilità degli infermi di mente, un esempio estremamente significativo è rappresentato dal sistema svedese, che già da tempo ha abolito la non imputabilità, seppur con non poche critiche.

Nel sistema svedese è stato abolito il concetto di non imputabilità, in base al presupposto secondo cui la pena, con funzione riabilitativa, è scelta in base al singolo caso concreto in funzione alla cura necessaria per l'infermo di mente.⁴⁷²

Il codice penale svedese del 1864, si fondava sul concetto di responsabilità penale al momento del fatto di reato, in forza della capacità del soggetto di comprendere il contenuto della legge.

Con la rivisitazione nel 1946 del codice penale svedese, anche in chiave psichiatrica, l'assenza di responsabilità era spiegata in termini di

⁴⁷⁰ PEAY, *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press 2012, p. 441.

⁴⁷¹ PEAY, *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press 2012, p. 426.

⁴⁷² DAWAN, *I nuovi confini dell'imputabilità nel processo penale*, Milano, 2006, nell'introduzione l'Autrice contrappone il sistema svedese agli ordinamenti penali moderni che, invece, ritengono valida la costante della *incapacità di colpevolezza*.

“malattia mentale”, “deficienza mentale”, “anormalità mentale” e di “anormalità mentale di una natura così profonda che deve essere considerata alla pari di una malattia mentale”. Aver commesso un atto criminale sotto l’influenza di un tale stato mentale comportava l’esonero dell’autore dalla punizione.⁴⁷³

Dopo la riforma del 1965 del codice penale svedese (denominato *Brottsbalken*, BrB), il sistema penale svedese attua un cambio di rotta, eliminando la totale incapacità di intendere e di volere ed affermando chiaramente che ogni crimine deve essere seguito dall’imposizione di una sanzione penale; lo stato mentale dell’imputato non rileva ai fini della responsabilità, ma solo per l’accertamento della sanzione più appropriata, carcere o trattamento psichiatrico.

In tal modo lo psichiatra forense dovrà determinare solo il trattamento necessario ed il modo in cui la persona possa essere riadattata nella società. Lo psichiatra forense ha così assunto un aspetto più dinamico ed un ruolo più terapeutico.⁴⁷⁴

Di fondamentale importanza per il sistema svedese, fu il pensiero di Olof Kinberg, che, già dagli inizi del ‘900, pur basando il suo lavoro sugli studi di Enrico Ferri, non era acritico verso tale concezione. Sosteneva, infatti, che il concetto di capacità/imputabilità (*accountability*) doveva essere escluso dall’uso criminologico a causa della sua stretta connessione con i concetti come il *libero arbitrio* (*freedom of will*), la *colpevolezza* (*guilt*) e la *retribuzione* (*retribution*), tutte nozioni che sono residui teologico – metafisici in una società moderna, in cui non hanno una concreta applicazione. Perciò i giudici dovrebbero reagire al crimine ba-

⁴⁷³ SVENNERLIND, NILSSON, KERÉKES, ANDINÈ, LAGERKVIST, FORSMAN, ANCKARSÄTER, MALMGREN, *Mentally disordered criminal offenders in the Swedish criminal system*, *International Journal of Law and Psychiatry*, 2010 pagg. 220 – 221.

⁴⁷⁴ LIDBERG, BELFRAGE, *Mentally Disordered Offenders in Sweden*, *Bull Am Acad Psychiatry Law*, Vol. 19, No. 4, 1991, pag. 390.

sandosi su principi pratici, che reggono la società civile, non su principi metafisici.⁴⁷⁵

Proprio su questi presupposti, il codice penale svedese è basato su due principi fondamentali: la protezione della società contro i crimini con l'imposizione di sanzioni stabilite ed il cd. "principio di prevenzione individuale o speciale" (BrB 1:7).⁴⁷⁶

Nel sistema svedese, quindi, con l'eliminazione del vizio totale di mente e considerando la capacità ridotta come una circostanza attenuante, si è passati da un sistema di carattere retributivo ad un sistema di diritto penale preventivo, che si fonda sulla responsabilità sociale e sul bisogno di trattamento.⁴⁷⁷

Le condizioni psichiche del soggetto, se da un lato non rilevano ai fini della responsabilità, possono incidere solo sulla misura della pena oppure possono orientare sul tipo di sanzione da comminare.

L'incidenza sulla misura della pena è sancita dal Cap. 29 § 3, par. 1 nr. 2 BrB, secondo cui «se, nel momento della commissione del reato, un disturbo psichiatrico, uno stato emotivo o un'analogha situazione hanno ridotto gravemente la capacità di controllo del comportamento, la pena è ridotta».⁴⁷⁸

Infatti, secondo il codice penale svedese, non rileva la connessione causale tra il crimine commesso e la malattia mentale ai fini della responsabilità; ciò che rileva invece è che la persona può avere bisogno di assi-

⁴⁷⁵ KINBERG, *Basic problems of criminology*, Copenhagen, 1935, pp. 71-72, il termine *accountability* è stato tradotto con capacità/imputabilità e non con il termine responsabilità, come indicato generalmente, poiché più consono al contesto.

⁴⁷⁶ LIDBERG, BELFRAGE, *Mentally Disordered Offenders in Sweden*, pag. 390.

⁴⁷⁷ DODARO, *Abolire la non-imputabilità psichica? L'esperienza svedese*, estratto dal convegno tenutosi in Milano il 2.12.2016, "Io (non) sono colpevole. Incapacità o responsabilità del "folle reo", i cui materiali sono consultabili al seguente link <http://www.sipsot-lombardia.it>

⁴⁷⁸ DODARO, *Abolire la non-imputabilità psichica? L'esperienza svedese*, cit.

stenza psichiatrica, anche durante il processo, perciò saranno comminate sanzioni idonee al caso concreto.

Il carcere è considerata una *extrema ratio*. Tuttavia prima del 2008 il carcere era escluso, ai sensi del Cap. 30, § 6 BrB, quando il reato era commesso sotto l'influenza di un severo disturbo psichico, il cui nesso causale era nella prassi presunto.

Dopo la riforma del 2008, il Cap. 30, § 6 BrB ha disposto che chi ha commesso un reato sotto l'influenza di un severo disturbo psichico, deve essere condannato ad una sanzione diversa dal carcere, potendo quest'ultimo essere irrogato solo per particolari motivi: la particolare gravità del reato, un modesto o assente bisogno di cure psichiatriche, incapacità procurata mediante intossicazione o altra causa o per ulteriori circostanze.⁴⁷⁹

Sempre ai sensi del Cap. 30, § 6 BrB, il carcere è escluso se il reato è commesso sotto l'influenza di un severo disturbo psichico, tale da rendere il reo incapace di comprendere la piena portata del comportamento e di controllarlo.⁴⁸⁰

Seppure sia escluso il carcere, nei casi più gravi di infermità, non è esclusa la responsabilità del reo e la conseguente sanzione. Infatti, come si è evidenziato nei lavori preparatori alla legge del 2008 (Prop. 2007/08:97, p. 40 – Sanctions for mentally disordered offenders), il con-

⁴⁷⁹ DODARO, *Abolire la non-imputabilità psichica? L'esperienza svedese*, cit. e SVENNERLIND, NILSSON, KERÉKES, ANDINÈ, LAGERKVIST, FORSMAN, ANCKARSÅTER, MALMGREN, *Mentally disordered criminal offenders in the Swedish criminal system*, pag. 224, in cui si rileva come, anche se il termine "*accountability*" non è espressamente usato, la versione del Codice penale del 2008, tuttavia sembra reintrodurre il concetto di capacità/imputabilità, ma comunque non arriva al punto di definire quest'ultima come prerequisito della responsabilità penale, perciò i rei, anche se non capaci/ non imputabili sono ancora punibili. La mancanza di capacità/imputabilità limita semplicemente la scelta della sanzione, essendo proibita la reclusione, in favore di sanzioni alternative.

⁴⁸⁰ DODARO, *Abolire la non-imputabilità psichica? L'esperienza svedese*, cit.

cetto stesso di “*unaccountability*” (incapacità/non imputabilità) non è considerato tale da escludere la capacità di avere un intento criminale.

La scelta del tipo di sanzione si basa sulle condizioni psichiche del reo al momento della condanna, perciò può essere disposta una pena principale, a scelta tra una pena pecuniaria o detentiva, e altre sanzioni, quali *Conditional sentence*, *Probation* e *Committal to special care*, tra cui l’invio al servizio di psichiatria forense per cure ambulatoriali o il ricovero istituzionale.

Tuttavia, a prescindere dal tipo di sanzione comminata, la persona con un vizio, anche totale di mente, è condannata, e perciò gravata da un precedente penale.⁴⁸¹

La sanzione del *Committal to special care*, si distingue in cure ambulatoriali e ricovero in ospedale psichiatrico forense e può essere combinata con altre sanzioni, quali *Conditional sentence* o *probation*, eccetto il carcere (Cap. 31, § 3, par. 2 BrB), quando per particolari motivi, ad esempio i precedenti penali o il rischio di recidiva, risulta necessario un aggravamento del trattamento sanzionatorio.

La *Conditional sentence*, ai sensi del Cap. 27 BrB, consiste in una “condanna con prescrizioni”, secondo cui il reo, per un periodo di prova di due anni, senza sorveglianza, ha l’obbligo di condurre una vita ordinata, di provvedere al proprio mantenimento, di riparare o risarcire un eventuale danno.

La *Probation*, ai sensi del Cap. 28 BrB, consiste, invece, in una messa alla prova di tre anni con sorveglianza, per un periodo minimo di un anno. Sia la condanna condizionale che la libertà vigilata possono es-

⁴⁸¹ SVENNERLIND, NILSSON, KERÉKES, ANDINÈ, LAGERKVIST, FORSMAN, ANCKARSÄTER, MALMGREN, *Mentally disordered criminal offenders in the Swedish criminal system*, pag. 221.

sere combinate con il lavoro gratuito di pubblica utilità o con la pena pecuniaria.⁴⁸²

Quindi, «se una persona, che soffre di un severo disturbo psichiatrico, ha commesso un reato per il quale la pena pecuniaria non può essere considerata adeguata, il giudice la può inviare ai servizi di psichiatria forense, se, avuto riguardo alla sua condizione psichica e ad ulteriori circostanze personali è necessario che essa sia ricoverata in un istituto per cure psichiatriche con restrizione di libertà personale e altri obblighi» (Cap 31, § 3 par 1 BrB).⁴⁸³

Inoltre, ogni sei mesi, il medico responsabile del paziente deve richiedere un ricovero istituzionale obbligatorio o cure ambulatoriali obbligatorie, se necessario.

Se il paziente è sottoposto ad una speciale supervisione del Tribunale, il ricovero istituzionale o il trattamento ambulatoriale obbligatorio non devono concludersi fino a quando non vi è più alcun rischio di grave recidiva.

Qui si pongono i termini di un problema, più che altro etico, per il medico psichiatra.

Infatti, è possibile che uno psichiatra invochi la sospensione di un trattamento psichiatrico forense e la dimissione del paziente, poiché non vi è più un bisogno clinico del trattamento, ma il Tribunale respinge la richiesta poiché il rischio di recidiva è ancora alto.

⁴⁸² DODARO, *Abolire la non-imputabilità psichica? L'esperienza svedese*, cit.

⁴⁸³ DODARO, *Abolire la non-imputabilità psichica? L'esperienza svedese*, cit., che evidenzia come il ricovero in ospedale psichiatrico forense è una particolare forma di trattamento psichiatrico coatto, applicabile in situazioni ("grave disturbo psichiatrico") che legittimano in generale la coazione alla cura nei confronti di qualsiasi cittadino. Il giudice determina tipo di sanzione e durata. Il servizio di psichiatria forense definisce contenuto e durata delle singole misure prescelte. Sulle dimissioni decide, di regola, il direttore dell'istituto medico-legale. In caso di «esame particolare di dimissione», invece, il giudice su richiesta del direttore dell'istituto o del paziente.

In questa situazione, lo psichiatra si trova di fronte ad un dilemma etico: da un lato questi è obbligato a rispettare la decisione del Tribunale, tuttavia dall'altro lato, in qualità di psichiatra è anche vincolato dalle regole della *Hawaii Declaration (World Psychiatric Association)*, secondo cui non può prendere parte al trattamento psichiatrico di un paziente che non ha più bisogno di alcun trattamento. Tale dilemma deriva dallo scontro di due diversi interessi e non può risolversi legalmente: rispettivamente il bisogno di cura del paziente ed il bisogno di protezione della società.⁴⁸⁴

Da un punto di vista strettamente giuridico, invece, l'esperimento svedese, iniziato, nel 1965, è stato messo fortemente in discussione da quando la Svezia ha firmato nel 1998 lo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, in cui è espressamente stabilito, all'art. 31, che la capacità/imputabilità (*accountability*) è un pre-requisito di responsabilità penale.⁴⁸⁵

Infatti, questo processo è iniziato con la riforma del codice penale svedese del 2008, che rappresenta un primo passo verso una riforma più radicale del trattamento del reo con gravi disordini mentali. Si prevede anche la possibilità che il trattamento psichiatrico forense cessi di essere una sanzione penale. Infatti già dal 1.6.2010, ai rei incapaci di intendere e di volere non può essere comminata alcuna pena, mentre solo coloro che hanno commesso "un più grave crimine di violenza", sono condannati alla reclusione. La durata della pena non è più stabilita in base al bisogno

⁴⁸⁴ SVENNERLIND, NILSSON, KEREKES, ANDINÈ, LAGERKVIST, FORSMAN, ANCKARSÄTER, MALMGREN, *Mentally disordered criminal offenders in the Swedish criminal system*, pag. 223.

⁴⁸⁵ Lo statuto di Roma della Corte Penale Internazionale può essere consultato al seguente [link](http://www.cirpac.it/pdf/testi/Statuto%20di%20Roma%20della%20Corte%20Penale%20Internazionale.pdf)
<http://www.cirpac.it/pdf/testi/Statuto%20di%20Roma%20della%20Corte%20Penale%20Internazionale.pdf>

di cura della persona condannata, ma in base alla gravità del crimine commesso.⁴⁸⁶

Si prevede, inoltre, di fornire cure psichiatriche forensi anche alle persone condannate al carcere, ma bisognose di cure psichiatriche, in modo che quando la persona non ha più bisogno di cure, il termine rimanente, previsto in sentenza, deve essere scontato in carcere.⁴⁸⁷

Nella dottrina svedese si è, quindi, affermato che il concetto di “*accountability*” dovrebbe essere reintrodotta nel codice penale svedese come requisito di responsabilità, prevedendo la reclusione per reati commessi sotto l’influenza di un grave disturbo mentale, fatti salvi i casi in cui l’autore di reato sia ritenuto totalmente incapace/non imputabile.

In favore dei soggetti “*unaccountability*”, incapaci/non imputabili, la dottrina ha auspicato che potrebbero, invece, essere disposte delle “*social protective measures*” (misure di protezione speciale), quando sussiste un evidente rischio di recidiva di un reato grave contro la vita o l’incolumità fisica. Queste misure potrebbero essere di durata indeterminata e sottoposte all’approvazione del Tribunale.⁴⁸⁸

Ovviamente una riforma in tal senso rischia di essere una involuzione, se consideriamo che l’indeterminatezza delle misure in Italia è stata finalmente superata, in favore di una certezza del diritto, che è un principio proprio di una società civile.

⁴⁸⁶ YNGBORN A., *Strafvollzug und Strafvollzugspolitik in Schweden: vom Resozialisierung – zum Sicherungsvollzug*, Mönchengladbach, 2011, pag. 272, l’Autrice richiama le osservazioni di Ask & Hägglund, 2008

⁴⁸⁷ SVENNERLIND, NILSSON, KEREKES, ANDINÈ, LAGERKVIST, FORSMAN, ANCKARSÄTER, MALMGREN, *Mentally disordered criminal offenders in the Swedish criminal system*, pag. 224.

⁴⁸⁸ SVENNERLIND, NILSSON, KEREKES, ANDINÈ, LAGERKVIST, FORSMAN, ANCKARSÄTER, MALMGREN, *Mentally disordered criminal offenders in the Swedish criminal system*, pag. 225.

Si auspica, quindi, che anche il legislatore svedese, consapevole della complessità della materia, soprattutto nel momento di applicazione ai casi pratici, possa compiere le scelte più idonee, tenendo conto anche degli attuali risultati della psichiatria forense, che, invece, sembrano orientarsi proprio verso quell'originaria concezione del criminologo Kinberg, che invocava il superamento del metafisico concetto di imputabilità e su cui si era fondato il sistema penale svedese.

Conclusioni

Il trattamento sanzionatorio del reo non imputabile e dichiarato socialmente pericoloso è, ad oggi, oggetto di un ampio dibattito, di complessa soluzione, che porterà ad un necessario intervento legislativo, *in primis* con i decreti attuativi della legge delega n. 103/2017.

Si auspica che il legislatore terrà conto, per le possibili soluzioni, dell'importanza delle strutture territoriali e dei progetti individualizzati, anche al di fuori delle istituzioni, che possono, di fatto, realmente integrare la persona con un vizio di mente nella struttura sociale o almeno non desocializzarla.

Per una maggiore certezza del diritto, è fondamentale rivisitare la figura del perito medico - legale nel processo penale, affidandogli non più un ruolo giudiziale, ma di terapeuta e più vicino alla psichiatria clinica che alla psichiatria forense.

Inoltre, il legislatore non potrà tacere sulla necessità di riconoscere la responsabilità del fatto alla persona non imputabile, poiché significa restituire la possibilità di comprendere il disvalore del fatto commesso, in altre parole la dignità della persona, propria di uno stato di diritto.

Solo con la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, nel rispetto di un bisogno di cura del paziente psichiatrico autore di reati, è possibile la concreta attuazione dell'art. 3, comma 2, della Costituzione, per una uguaglianza sostanziale in favore delle categorie più deboli e di una democrazia che non sia puramente formale.

Concludo, quindi, con una parte del discorso sulla Costituzione di Pietro Calamandrei pronunciato nel salone degli Affreschi della Società Umanitaria il 26 gennaio 1955 in occasione dell'inaugurazione di un ciclo di sette conferenze in sede universitaria sulla Costituzione, che al meglio esprime questo principio:

«... Ma c'è una parte della nostra Costituzione che è una polemica contro il presente, contro la società presente. Perché quando l'art. 3 vi dice "E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana" riconosce che questi ostacoli oggi vi sono di fatto e che bisogna rimuoverli. Dà un giudizio, la Costituzione, un giudizio polemico, un giudizio negativo contro l'ordinamento sociale attuale, che bisogna modificare attraverso questo strumento di legalità, di trasformazione graduale, che la Costituzione ha messo a disposizione dei cittadini italiani».

BIBLIOGRAFIA

AHUJA, *The get out of jail free gene*, in «The Times», 17.11.2009.

ANDREOLI, CASSANO, ROSSI a cura di, *DSM –IV Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, (1994) III Ed. It. Milano-Parigi-Barcellona, 1998.

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano 2000.

ARENDT, *Le origini del totalitarismo (1962-1966)*, Torino, 1999.

BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 luglio 2015.

BANDINI, LAGAZZI, *Lezioni di psicologia e psichiatria forense*, Milano, 2000.

BASAGLIA, *Le istituzioni della violenza*, in BASAGLIA (a cura di), *L'istituzione negata*, Torino, 1968.

BELLUTA, *Il tema degli "eternamente giudicabili" torna davanti alla Corte Costituzionale - Trib. Roma, VIII sez. penale, ord. 29 novembre 2013*, *Giud. Di Nicola*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 maggio 2014.

BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1981.

BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, in MARINUCCI, DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985.

BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990.

BERTOLINO, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001.

BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2005.

BERTOLINO, *Il "breve" cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?* in *Criminalia* 2008.

BERTOLINO, *L'imputabilità penale tra cervello e mente*, in *Rivista italiana di medicina legale*, n. 3/2012.

BERTOLINO, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in *Penale Contemporaneo*, 8 gennaio 2013.

BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *Arch. Pen.*, 2014.

BERTOLINO, *Il "crimine" della pericolosità sociale: riflessioni da una riforma in corso*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, del 24.10.2016.

BIANCHETTI, *Sollevata questione di legittimità costituzionale in merito ai nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale del semiinfermo di mente, Tribunale di Sorveglianza di Messina, ordinanza del 16 luglio 2014*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14.11.2014.

BIANCHI, GULOTTA, SARTORI, *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009.

BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961.

BRICOLA, *Teoria generale del reato*, estratto dal «Novissimo digesto Italiano», XIX, Torino, 1973.

BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, II, Milano, 1997.

CABIALE, DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 giugno 2017, pag. 2.

CALABRIA, *Pericolosità sociale*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV Edizione, vol. IX Penale.

CAPRA, *Le neuroscienze e la genetica molecolare nella valutazione della capacità di intendere e di volere. Commento alla sentenza della*

Corte d'Appello di Trieste n. 5/2009 del 18.9.2009, in *Psicologia e Giustizia*, 11, 2009.

CAPRIOLI, VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011.

CARADONNA, *Le modifiche della Riforma Orlando al Codice penale*, in *Rivista penale*, 11/2017.

CARMIGNANI, *Elementi del Diritto Criminale*, Napoli 1894.

CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte Generale*, Lucca, 1871.

CERETTI, CASELLA E CORNELLI, in *Salute mentale e controllo sociale tra ricerca scientifica e decisioni politiche*, Atti del Convegno dell'Osservatorio "Giordano dell'Amore" 24 novembre 2008 Auditorium dell'Università Milano-Bicocca, Milano, 2009.

CHIAVARIO, *Infermità mentale ed "eterni giudicabili": a proposito della sent. 23/2013 della Corte Costituzionale*, in *Legislazione penale* n. 2-2013.

COLLICA, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, 2008.

COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15 febbraio 2012.

COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 19 novembre 2012.

COLLICA, *Verso la chiusura degli O.p.g.: una svolta (ancora) solo annunciata (d.l. 31.3.2014 n. 52 conv. in l. 30.5.2014 n. 81)*, in *La legislazione penale*, 4/2014

COLLICA, *I limiti di durata delle misure di sicurezza detentiva al vaglio della Corte Costituzionale: tra istanze di garanzia e riemergenti esigenze di difesa sociale*, in *Diritto Penale e Processo*, 6/2017.

COLLICA, *La delega della legge Orlando alle misure di sicurezza*, in *La Legislazione penale* del 7.12.2017.

COLLICA, *Possono incidere le neuroscienze sul giudizio di imputabilità?*, dal Convegno presso il Palazzo di Giustizia di Trieste, “*Articoli 88 e 89 del codice penale è possibile abrogare il vizio di mente*”, Trieste, 2 febbraio 2018.

CONSO, *Enciclopedia del Diritto*, Voce *Enciclopedia Capacità processuale penale*, Giuffrè Editore, 1960.

CUPELLI C., “*La responsabilità penale dello psichiatra. Sui Rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari*” Ed. Scientifiche Italiane, 2013.

CUPELLI, *Dagli OPG alle REMS: un ritorno alla medicina custodiale?* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 23 dicembre 2016.

D’AMATO, *Profili di legalità e legittimità del diritto internazionale penale. Le fattispecie incriminatrici dallo Statuto di Roma ed il problema dell’adeguamento interno*, Napoli, 2013.

D’AMATO, *Le indagini neuroscientifiche e genetiche nell’accertamento dell’imputabilità penale*, in *Critica del diritto*, Luglio – Settembre 2014, n. 3.

D’AMATO, *La crisi del concetto di imputabilità e la necessità di un ripensamento sui presupposti soggettivi della responsabilità penale*, in *Scritti in Onore di Moccia*, Napoli, 2017.

DALIA, *Il «fatto» nel procedimento penale*, Sezione di Diritto Processuale Penale, Quaderni n. 6, ed. Università degli Studi di Salerno, Anno 2005.

DANIELE, *Il proscioglimento per prescrizione dei non più 'eterni giudicabili' la sorte degli imputati affetti da incapacità processuale irreversibile dopo la sentenza 45/2015 della corte costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 Aprile 2015.

DAWAN, *I nuovi confini dell’imputabilità nel processo penale*, Milano, 2006.

DEBUYST, *La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie*, in *Criminologie*, 1984.

DE CARO, LAVAZZA, SARTORI, *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il libero arbitrio*, Torino, 2010.

DE FELICE, *Riflessioni in tema di capacità giuridica penale*, Napoli, 1976.

DE FRANCESCO, PIEMONTESE, VENAFRO a cura di, *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010.

DESSECKER, “*Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Eine Untersuchung zum Maßregelrecht*”, Berlino 2004.

DI BITONTO, *Modifiche relative al procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza in Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, di GIOSTRA e BRONZO, consultabile nella Rivista Diritto Penale Contemporaneo del 14.7.2017.

DI GIOVINE, *Chi ha paura delle neuroscienze?*, in Archivio penale 2011, n. 3.

DI TULLIO, *Trattato di antropologia criminale*, Roma 1940.

DODARO, *Nuova pericolosità sociale e promozione dei diritti fondamentali della persona malata di mente*, in Diritto penale e processo 5/2015.

DODARO, *Abolire la non-imputabilità psichica? L'esperienza svedese*, estratto dal convegno tenutosi in Milano il 2.12.2016, “Io (non) sono colpevole. Incapacità o responsabilità del “folle reo”, i cui materiali sono consultabili al seguente link <http://www.sipsot-lombardia.it>

DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in Diritto penale contemporaneo, fascicolo 2/2018.

DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Giuffrè Editore, 2005.

DOSI, *La sentenza penale di proscioglimento*, Giuffrè Editore, 1955.

DUDECK, KASPAR E LINDEMANN, “*Verantwortung und Zurechnung im Spiegel von Strafrecht und Psychiatrie*”, Nomos, 2014.

FARINA COSCIONI, *“Matti in libertà”*, Roma, 2011.

FAZZINO, *Il gene dell’assassino, ritorno a Lombroso?*, in «Il Sole 24 Ore», 29.10.2009.

FEDERICI, *Il superamento degli OPG: una riforma possibile?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 25 luglio 2013.

FERRACUTI (a cura di), *Trattato di criminologia, Medicina, Criminologia e Psichiatria Forense*, vol. XIII, Milano, 1990.

FERRI, *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze, 1878.

FERRI, *Sociologia Criminale*, Torino, 1900.

FERRI, *Funzione giuridica del criterio di pericolosità criminale*, in *Scuola positiva*, 1926.

FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928.

FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino 1993.

FIDELBO, in LATTANZI, LUPO, *Codice Penale, Rassegna di Giurisprudenza e Dottrina*, Milano, 2010.

FIERRO, *La riforma del ricovero in un ospedale psichiatrico ai sensi del § 63 StGB*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 9/2017.

FIGLIO, *Diritto Penale, parte generale*, Wolters Kluwer, 2016.

FIGLIO, *La riforma sceglie tre linee guida per coniugare salute del reo e libertà personale*, in *Guida dir.*, 21 giugno 2014, n. 26.

FIGLIO, *La conclusione degli stati generali per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6 giugno 2016.

FIORIO, *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva (commento al d.l. 22.12.2011, n. 211, convertito in l. 17.2.2012 n. 9*, in *Diritto Penale e Processo*, 2012.

FORNARI, *In tema di semiologia e nosografia in Psichiatria Forense*, in *Quaderni di psichiatria forense*, 1992.

FORNARI, *Psicopatologia e psichiatria forense*, Torino, 1993.

FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1993.

FORNARI, *Temperamento, delitto e follia*, in *Riv .it. dir. proc. pen.*, 2001.

FORNARI, *Trattato di psichiatria forense* (1989), V ed. Torino 2013.

FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine controllo penale*, Milano, 2000.

FORZA, *Le neuroscienze entrano nel processo penale*, in *Rivista Penale* n. 1/2010.

FOUCAULT, *Il potere psichiatrico, Corso al Collège de France (1973 – 1974)*, Feltrinelli, 2004.

FOUCAULT, *Sorvegliare e punire, Nascita della prigione*, traduzione TARCHETTI, Einaudi 2014.

FRISCH, 102/1990, 343 in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.

FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014.

GALGANI, *Difetto di imputabilità e processo penale: considerazioni sui termini di un rapporto tuttora controverso*, in GIOVANNANGELO, PIEMONTESE e VENAFFRO, *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010.

GALLO, *Misure di prevenzione*, in *Enc. Giur. It.*, XX, Roma, 1996.

GALLUCCIO, *Pubblicata in Gazzetta Ufficiale la riforma Orlando*, L. 23 giugno 2017, n. 103, in *G.U., serie generale*, 4 luglio 2017, n. 154, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6 luglio 2017.

GATTA, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure di sicurezza in corso, a noi sembra)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6.6.2014.

GATTA, *O.P.G. e R.E.M.S.: a che punto siamo? le relazioni del Commissario unico per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, Franco Corleone*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 27 dicembre 2016.

GATTA, *Chiusura completa degli OPG: finalmente a un passo dalla meta*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 marzo 2017.

GATTA, *Riforma Orlando: la delega in materia di misure di sicurezza personali. Verso un ridimensionamento del sistema del doppio binario*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 6/2017, 20 giugno 2017.

GRASSI-NUNZIATA, *Infermità di mente e disagio psichico nel sistema penale*, Padova, 2003.

GRECO – CATANESI, *Malattia mentale e giustizia penale*, Milano, 1988.

GRISPIGNI, *Introduzione alla Sociologia Criminale*, Torino, 1928.

GUARNERI, *Il processo delle misure di sicurezza*, Utet, Torino, 1953.

GUERRINI, MAZZA, RIONDATO, *Le misure di prevenzione, Profili sostanziali e procedurali*, CEDAM, 2004.

HEGEL *Grundliniender Philosophie des rechts*, Berlin, 1820.

HEINZ SCHÖCH in *Leipziger Kommentar StGB*, Band 3, sotto il § 63 StGB 2008.

INIZAL, *Un juge italien découvre le gène du meurtre*, in «Libération», 28.10.2009.

IOVINO F.P.C., *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, Giappichelli, 1995.

JASPERS, *Autobiografia filosofica* (1956), Napoli, 1969.

KANDEL, SCHWARTZ & JESSEL, *Principi di Neuroscienze*, CEA – Casa Editrice Ambrosiana, 2003.

KERNBERG, *Teoria psicanalitica dei disturbi della personalità*, in Clarkin – M.F. Lenzenweger (a cura di), Milano, 1996.

KINBERG, *Basic problems of criminology*, Copenhagen, 1935.

KRÖBER, *Der Reformierte § 63*, in Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, Agosto 2016.

LALLI, *Manuale di psichiatria e psicoterapia*, Ed. Liguori (2004).

LATTANZI, LUPO, *Codice di procedura penale, Rassegna di Giurisprudenza e dottrina*, Milano 2012.

LEO, *Il problema dell'incapace «eternamente giudicabile»: un severo monito della Corte costituzionale al legislatore*, in Diritto Penale Contemporaneo, 18.2.2013.

LIDBERG, BELFRAGE, *Mentally Disordered Offenders in Sweden*, Bull Am Acad Psychiatry Law, Vol. 19, No. 4, 1991.

LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, Roma, 1897.

LOMBROSO, FERRI, GAROFALO, FIORETTI, *Polemica in difesa della scuola criminale positiva*, Bologna, 1886.

MAIWALD, *L'evoluzione del diritto penale tedesco, in un confronto con il sistema italiano*, a cura di Militello, Torino, 1993.

MANNA, *Imputabilità, pericolosità e misure di sicurezza: verso quale riforma?*, in Riv. it. Di Dir. e Proc. Penale, 1994.

MANNA: *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione, Dalle "Finzioni giuridiche" alla "Terapia sociale"*, Torino, 1997.

MANNA, *Diritto penale e psichiatria di fronte alla malattia mentale*, in *Rassegna Italiana di criminologia*, 2000.

MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova 2009.

MANZINI, *Trattato di Diritto penale*, aggiornato da NUVOLONE e PISAPIA, Torino, 1981.

MARCHETTI, *Il cervello a giudizio. Le lontane origini di due recenti sentenze italiane*, in *Psicologia e Giustizia*, Anno 13, n. 2.

MARGARA, *Il progetto di legge della Regione Emilia-Romagna, Relazione al Convegno Internazionale «Franco Basaglia la comunità possibile»*, Trieste, 20-24 ottobre 1998.

MARINUCCI - DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, Milano 2001.

MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Quinta Edizione, Milano, 2015.

MARTINI, *Essere pericolosi, Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017.

MARTUCCI, RIPONTI, *Nuove pagine di criminologia*, Vicenza, 2017.

MASSARO, *Misure di Sicurezza detentive – Pericolosità sociale*, Osservatorio sulla Corte, in *Archivio Penale*, 2015 n. 2.

MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Rivista italiana di medicina legale*, Anno XXXVII Fasc. 4-2015.

MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15 luglio 2015.

MATSOPOULOU, «*Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux – Commentaire de la loi n. 2008 – 174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*», *Revue de Droit pénal*, 2008, étude n° 5.

MAZZA *Pericolosità sociale e legalità*, in Quaderni del Dipartimento di Diritto Pubblico Internazionale e Comunitario Università degli Studi di Padova, Milano 2012.

MERZAGORA, *L'imputabilità nel disegno di legge n. 2038 (Libro primo del codice penale)*, in *Rivista italiana di criminologia*, 1996.

MILONE, *Legalità e ruolo creativo della giurisprudenza nei rapporti tra diritto penale e processo quale garanzia di prevedibilità del diritto se il diritto è...imprevedibile?*, in *Diritto Penale contemporaneo*, n. 2/2016.

MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.

MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, fasc. 3.

MORO, *La capacità giuridica penale*, Padova, 1939.

MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva, Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978.

MUSCO, alla voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. Dir., agg., Vol. I*, Giuffrè 1997.

NEDOPIL, MÜLLER, *Forensische Psychiatrie, Klinik, Begutachtung und Behandlung zwischen Psychiatrie un Recht*, Thieme, 2012.

NESE, *L'involuzione del DPCM 01.04.2008: dalle linee d'indirizzo per gli interventi negli ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) e nelle case di cura e custodia (CCC) del DPCM 01.04.2008 al 3-ter d.l. n. 211/2011 conv. in l. n. 9/2012*, in *Critica del Diritto*, 2012.

NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Cedam, Padova 1975.

PAGANO, BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, Milano, 1982.

PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale, Parte Generale*, Settima Edizione, Milano, 2000.

PALAZZO – PAPA, “*Lezioni di diritto penale comparato*”, Torino, 2000.

PANDOLFI a cura di, *Archivio Foucault, Interventi, Colloqui, Interviste, 1978 – 1985, Estetica dell’esistenza, etica, politica*, Milano, 1998.

PASSIONE, *La messa in sicurezza delle misure di sicurezza*, in *Proposte per l’attuazione della delega penitenziaria*, di GIOSTRA e BRONZO, consultabile nella Rivista Diritto Penale Contemporaneo del 14.7.2017.

PEAY, *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press 2012.

PEAY, *Imprisoning the Mentally Disordered. A Manifest Injustice*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 7/2014.

PEGLAU, *Das neue Recht der strafrechtlichen Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus*, Neue Juristische Wochenschrift, C.H. Beck, 32/2016.

PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008.

PELISSERO, *I limiti del diritto penale sostanziale nella prova dei fatti psichici*, in a cura di GIOVANNANGELO, PIEMONTESE e VENAFRO, *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010.

PELISSERO, “*Il controllo dell’autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali.*”, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 luglio 2011.

PELISSERO, *Gli stati generali sull’esecuzione penale: i problemi noti messi a nudo e la necessità di risposte di sistema*, in *Diritto Penale e Processo* n. 9/2016.

PELISSERO, *La politica penale delle interpolazioni. Osservazioni a margine del disegno di legge n. 2067 testo unificato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 maggio 2016.

PELLEGRINI, PIETRINI, *Siamo davvero liberi? Il Comportamento tra geni e cervello*, in *Sistemi Intelligenti* / anno XXII, n. 2, Agosto 2010.

PELUSO, *Misure di sicurezza (Profili sostanziali)*, in *Digesto diritto penale*, UTET, 1994, Vol. VIII.

PERONI, SCALFATI, *Codice dell'esecuzione penitenziaria, Annotato con la giurisprudenza*, Milano 2006.

PICCIONE, "Relazione di sintesi. Prospettive e percorsi di riforma legislativa", dal Convegno presso il Palazzo di Giustizia di Trieste, "Articoli 88 e 89 del codice penale è possibile abrogare il vizio di mente", Trieste, 2 febbraio 2018.

PONTI, MERZAGORA, *Psichiatria e Giustizia*, Milano, 1993.

PONTI, *Il dibattito sull'imputabilità*, in CERETTI – MERZAGORA (a cura di), *Questioni sulla imputabilità*, Padova, 1994.

PONTI, MERZAGORA BETSOS, *Compendio di Criminologia*, Quarta Edizione, Milano, 2008.

PRADEL, "Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux", Dalloz 2008.

PUGIOTTO, "L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli ospedali psichiatrici giudiziari" in *Quad. cost.*, n. 2, 2013.

PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 giugno 2014.

PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari alla (possibile) eclisse della pena manicomiale, I Diritti dei detenuti*, Fascicolo 2 – 2015.

RIVELLO, *La revisione del modello definitorio dell'infermità mentale prevista dalla riforma Orlando*, in *Diritto Penale contemporaneo*, rivista 9/2017.

RIZ, *Per un nuovo codice penale: problemi e itinerari*, L'indice penale, 1995.

ROCCHI, *“La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza detentiva tedesca della Sicherungsverwahrung ed i suoi riflessi sul sistema del “doppio binario” italiano.”*, in *Cassazione penale*, 2010.

ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale, Saggi di teoria del reato*, a cura di Sergio Moccia, Napoli, 1998.

ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, München, 2006.

RUOTOLO, *Gli Stati generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 marzo 2016.

SABATINI, *La pericolosità criminale come stato soggettivo criminoso*, in *Sc. Pos.* 1921.

SAMMICHELI - SARTORI, *Neuroscienze giuridiche: i diversi livelli di interazione tra diritto e neuroscienze*, in BIANCHI, GULOTTA, SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Giuffrè 2009.

SAMMICHELI SARTORI, *Delitto, geni follia*, in *Neodarvinismo e scienze sociali*, a cura di Vignera, Milano, 2010.

SCHIAFFO, *Le funzioni latenti del sistema penale: l'ospedale psichiatrico giudiziario*, in *Critica del Diritto*, Edizioni scientifiche Italiane, 2012.

SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e ‘spessori normativi’: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 Dicembre 2014.

SCHIAFFO, *Le strategie per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: il d.l. n. 52/2014 e lo ‘sguardo corto’ dell’interprete*, *Critica del Diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.

SCHIAFFO, *Psicopatologia della legislazione per il superamento degli opg: un raccapricciante acting out nella c.d. “Riforma Orlando”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 giugno 2017.

SCHIAFFO, *Delega per la riforma delle misure di sicurezza: l'eco di un "immenso 'appetito di medicina'*, in *Diritto penale e processo*, n. 1/2018.

SCHIZZEROTTO, *Interdizione e inabilitazione nella giurisprudenza*, Padova, 1972 in *giurisprudenza Cassazione Civile*, num. 613 del 15.03.1943.

SCHÖNBERGER, *Zur justitiellen Handhabung der Voraussetzungen der Unterbringung gemäß §§ 63, 66 StGB*, Berlin, 2002.

SCOMPARIN, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Giappichelli 2008.

SCOMPARIN, *Sospensione del processo per incapacità irreversibile dell'imputato: una normativa suscettibile di perfezionamenti nuovamente "salvata" dalla Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2012.

SCOMPARIN, *La nuova causa di improcedibilità per incapacità irreversibile dell'imputato: il traguardo di una soluzione attesa e i residui dubbi sui margini dei poteri proscioglitivi del giudice*, in *Legislazione penale*, del 14.11.2017.

SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Giuffrè editore 2013.

SVENNERLIND, NILSSON, KEREKES, ANDINÈ, LAGERKVIST, FORMAN, ANCKARSÄTER, MALMGREN, *Mentally disordered criminal offenders in the Swedish criminal system*, *International Journal of Law and Psychiatry*, 2010.

TONINI, *La prova scientifica: considerazioni introduttive*, in *Diritto penale e processo*, Anno XIV.

TORESINI, *Psichiatria e libero arbitrio. L'abolizione dell'art. 88 del Codice penale*, estratto dal Convegno "Relazioni pericolose: Le controversie vecchie e nuove del rapporto salute mentale e giustizia, in Roma 23-24 novembre 2017.

TRAVERSO, VERDE, *Pericolosità e trattamento in criminologia*, Note a margine alle VIII Giornate Internazionali di Criminologia Clinica Comparata (Genova, 27 maggio 1981).

TURATI, *Il delitto e la questione sociale. Appunti sulla questione penale*, Milano, 1883.

VALVO, *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: la delicata attuazione dell'art. 3-ter D.L. 211/2011*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 novembre 2012.

VAN GEMMEREN in *Münchener Kommentar zum Strafrechtgesetzbuch*, München, 2012.

VENTURINI, CASAGRANDE E TORESINI, *Il folle reato. Il rapporto tra la responsabilità dello psichiatra e la imputabilità del paziente*, FrancoAngeli, 2010.

VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 gennaio 2013.

VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali, Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 marzo 2017.

VINCIGUERRA, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, Padova, 1992.

VINCIGUERRA a cura di, *Il codice penale tedesco*, introduzione di JESCHEK, traduzione di BONADIO, Padova, 2003

VOLCKART "Maßregelvollzug, Das Recht des Vollzuges der Unterbringung nach §§ 63, 64 StGB in einem psychiatrischen Krankrenhaus und in einer Entziehungsanstalt", Luchterhand, 1997.

YNGBORN A., *Strafvollzug und Strafvollzugspolitik in Schweden: vom Resozialisierungs – zum Sicherungsvollzug*, Mönchengladbach, 2011.

ZIPF, *Politica Criminale*, Milano, 1989.

GIURISPRUDENZA

Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia.

Corte Costituzionale, sentenza n. 53 del 29 maggio 1968.

Corte Costituzionale, sentenza n. 1 del 20 gennaio 1971.

Corte Costituzionale, sentenza n. 157 del 15 novembre 1972.

Corte Costituzionale, sentenza n. 139 del 27 luglio 1982.

Corte Costituzionale, sentenza n. 249 del 28 luglio 1983.

Corte Costituzionale, sentenza n. 364 del 23-24 marzo 1988 (Pres.Saja, rel. Dell'Andro).

Corte Costituzionale, sentenza n. 443 del 1988.

Corte Costituzionale, sentenza n. 340 del 20 luglio 1992.

Corte Costituzionale, sentenza n. 253 del 2 luglio 2003 (Presidente Chiappa, Redattore Onida).

Corte Costituzionale, sentenza dell'11 luglio 2007, n. 322 (pres. Bile, rel. Flich).

Corte Costituzionale, sentenza n. 196 del 4 giugno 2010.

Corte Costituzionale, sentenza n. 23 del 14 febbraio 2013.

Corte Costituzionale, sentenza n. 45 del 25 marzo 2015, Pres. Crisculo, Rel. Lattanzi.

Corte Costituzionale sentenza n. 186/2015.

Corte Costituzionale, sentenza n. 12 del 29 gennaio 2016.

Corte Costituzionale, sentenza n. 22/2017.

Corte di cassazione, Prima Sezione Penale, sentenza n. 686 del 15 marzo 1990.

Corte di Cassazione, Prima Sezione Penale, n. 13202/1990.

Corte di Cassazione, Sesta Sezione Penale del 11.4.2001.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 9163 del 25 gennaio 2005.

Corte di Cassazione, Seconda Sezione Penale, n. 45527 del 21.10.2005.

Corte di Cassazione, Sesta Sezione Penale, sentenza n. 18501 del 29 aprile 2010.

Corte di Cassazione, Prima Sezione Penale, sentenza n. 24179 del 9 maggio 2010.

Corte di Cassazione, Terza Sezione Penale, sentenza n. 16430 del 2 marzo 2011.

Corte di Cassazione, Settima Sezione Penale, ordinanza n. 26531 del 6.7.2012.

Corte di Cassazione, Quinta Sezione Penale, sentenza n. 39519 del 8.10.2012.

Corte di Cassazione, Terza Sezione Penale, sentenza n. 28351 del 21 maggio 2013.

Corte di Cassazione, Seconda Sezione Penale, sentenza n. 21826 del 5.3.2014.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 38343 del 24.04.2014.

Corte di Cassazione penale, sentenza n. 24474 del 26 maggio 2015.

Corte di Cassazione, Sesta Sezione Penale, sentenza n. 49469 del 18 novembre 2015.

Corte di Cassazione, Quinta Sezione Penale, sentenza n. 20703 del 18 maggio 2016.

Corte d'Assise D'Appello di Trieste, sentenza n. 5 del 18 settembre 2009.

Corte di Assise di Appello di Trieste, sentenza n. 5 del 2 luglio 2012.

Corte d'Assise d'Appello di Bari, sentenza del 25 ottobre 2012.

Corte d'Assise d'Appello di Caltanissetta, sentenza n. 7/2014.

Tribunale di Monza, sentenza n. 485 del 23 marzo 2010.

Tribunale di Como, sentenza n. 536 del 20 maggio 2011.

Tribunale di Sorveglianza per il distretto della Corte d'Appello di Torino che con l'ordinanza del 6 marzo 2013.

Tribunale di Venezia, sentenza n. 296 del 24 gennaio 2013.

Trib. Roma, Ottava Sezione Penale, ordinanza del 29 novembre 2013.

Tribunale di Sorveglianza di Messina N. SIUS 2014/430 TDS.

SITOGRAFIA

Accordo Stato – Regioni del 13 ottobre 2011
<http://www.statoregioni.it/DettaglioDoc.asp?IDDoc=33791&IdProv=10022&tipodoc=2&CONF=uni>

Accordo Stato – Regioni del 19.2.2015
<http://www.regioni.it/sanita/2015/02/25/conferenza-stato-regioni-del-19-02-2015-intesa-tra-il-governo-le-regioni-e-le-province-autonome-di-trento-e-di-bolzano-in-materia-di-adempimenti-relativi-allaccreditamento-delle-strutture-s-391160/>

Allegato C al DPCM 1 aprile 2008 è consultabile in *pdf* sul sito internet <http://www.stopopg.it/node/17>

Atti dell'audizione del Coordinamento nazionale delle Rems del 24 novembre 2017 presso il Ministero della Giustizia con la Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, consultabili al seguente link <http://www.stopopg.it/taxonomy/term/19>

BATTAGLINI, *Neuroscienze...per iniziare*, in presentazione Centro B.R.A.I.N. –Università di Trieste
https://www.unibs.it/sites/default/files/ricerca/allegati/Neuroscienze_per%20iniziare_testo%20complementare.pdf

Beschluss vom 26. August 2013 – 2 BvR 371/2012 im “Fall Molath” in <http://www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg13-056.html>

BIONDI, BERSANI, VALENTINI, *Il DSM-5: l'edizione italiana*, in Riv. Psichiatr. 2014, consultabile al seguente link
http://www.rivistadipsichiatria.it/r.php?v=1461&a=16137&l=23543&f=allegati/01461_2014_02/fulltext/01_Editoriale_57-60.pdf

BGHSt (Bundesgerichtshofs in Strafsachen) 24, 134, 135 in http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Home/home_node.html

BGHSt 5, 350, 352 in http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Home/home_node.html

BVerfGE 16, 194, 202 in <http://www.bundesverfassungsgericht.de>

BVerfGE 2, 243, 260 in <http://www.bundesverfassungsgericht.de>

Commissione Nordio 2004

<http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/riforma/nordio/index.htm>

Commissione Pisapia 2006 www.giustizia.it

Como. Nata per uccidere, è colpa dei geni. Sentenza storica della Corte, in «affariitaliani.it», 3/9/2011,

http://www.affariitaliani.it/cronache/como_nata_per_uccidere_geni_sentenza_como300811.html

Decreto legislativo 22 giugno 1999 n. 230 è stato pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 165 del 16 luglio 1999 - Supplemento Ordinario n. 132, in <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/99230dl.htm>

Disegno di legge Riz

<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/51396.pdf>

D.Lgs 159/2011 - Codice antimafia, sito web www.camera.it al seguente link:

<http://www.camera.it/camera/browse/561?appro=628&D.Lgs+159%2F2011+-+Codice+antimafia#paragrafo3337>

Documento finale degli Stati generali sull'esecuzione penale è consultabile al seguente link

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_3.page#r11d

FERESIN, *Lighter sentence for murder with 'bad genes'*, in *Nature*, 2009, 1050, in

<http://www.nature.com/news/2009/091030/full/news.2009.1050.html>

FERESIN, *Italian court reduces murder sentence based on neuroimaging data*, in «Nature news blog», posted on September 01, 2011,

http://blogs.nature.com/news/2011/09/italian_court_reduces_murder_s.html

FERRACUTI – BIONDI, *Dove vogliamo andare? Il DPCM dell'1/4/2008 è una spada a doppio taglio*, in *Riv. Psichiatr.* 2015, pagg. 101 – 102, consultabile in pdf. al seguente link

[http://www.rivistadipsichiatria.it/r.php?v=1910&a=20786&l=31270&f=allegati/01910_2015_03/fulltext/01-Editoriale%20Ferracuti%20\(101-102\).pdf](http://www.rivistadipsichiatria.it/r.php?v=1910&a=20786&l=31270&f=allegati/01910_2015_03/fulltext/01-Editoriale%20Ferracuti%20(101-102).pdf)

LATTE, AVVISATI, CALANDRO, DI FILIPPO, DI GENIO, DI IORIO, GILARDI, GIORDANO, PAGANO, *Dagli OPG alle REMS: il ruolo di un servizio sanitario territoriale nell'esecuzione delle misure di sicurezza detentive e non, nei confronti degli autori di reato con problemi psichici*, Studi sperimentali in Riv. Psichiatr. 2018, pagg. 31 – 39, consultabile al seguente link
[http://www.rivistadipsichiatria.it/r.php?v=2866&a=28921&l=333406&f=allegati/02866_2018_01/fulltext/04-Latte%20\(31-39\).pdf](http://www.rivistadipsichiatria.it/r.php?v=2866&a=28921&l=333406&f=allegati/02866_2018_01/fulltext/04-Latte%20(31-39).pdf)

LAVARINI, *Assoluzione per difetto di imputabilità e decisione de danno: un'occasione perduta?*, in www.la legislazione penale.eu

LAVORI PREPARATORI DEL CODICE PENALE E DI PROCEDURA PENALE, Volume V, Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco, Titolo VIII, Roma, 1929 in <https://www.omeka.unito.it/omeka/files/original/89a2e8151fe03dd5327a7b3f973d03ae.pdf>

Legge 30 maggio 2014 n. 81 - link al testo della legge
<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2014/5/31/14G00093/sg>

Legge delega n. 103 del 23 giugno 2017 è entrata in vigore il 3.8.2017 e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 154 del 4.7.2017, consultabile al seguente link
<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2017/07/04/154/sg/pdf>

Legge di modifica del § 63 StGB del 8.7.2016 in *Bundesgesetzblatt Jahrgang 2016 Teil I n. 34 ausgegeben zum Bonn am 14. Juli 2016*, consultabile al seguente link
https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl116s1594.pdf%27%5D#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl116034.pdf%27%5D_1520075895144

MHA – Mental Health Act 1983 al link:
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1983/20/contents>

MERZAGORA BETSOS, *L'imputabilità*, in
http://www.jus.unitn.it/users/dinicola/criminologia/topics/materiale/dispensa_4.pdf

Ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Firenze del 21.10.2015, emessa a seguito di reclamo ex art. 35 bis ord. penit., consultabile su

https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1463991855TS_Fi_09022_016_accoglimento.pdf

PELISSERO, *Il doppio binario nel sistema penale italiano*, in <http://www.law.unc.edu/documents/faculty/adversaryconference/doppiobinario-italiano-pelissero.pdf>

Raccomandazione CM/REC (2014) 3 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri relativa ai delinquenti pericolosi può essere consultata al seguente link <https://rm.coe.int/16806f4027>

Relazione alla bozza di articolato della Commissione Pagliaro, consultabile al sito web:

<http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/riforma/relazionepagliaro.htm>

Relazione finale sull'attività della Commissione, XXII-bis, n. 10, in www.senato.it

Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli Ospedali psichiatrici giudiziari, Commissione Parlamentare d'Inchiesta sull'efficacia ed efficienza del Servizio sanitario nazionale, istituita con deliberazione del Senato del 30 luglio 2008, relatori sen. Michele Saccomanno e sen. Daniele Bosone, in

http://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/servizio_sanitari_o16/Relazione_OOPPGG_doc_XXII-bis_4.pdf

Relazione sul processo di superamento degli OPG, con cui, in data 22 gennaio 2016

<https://www.penalecontemporaneo.it/d/4480-superamento-degli-opg-a-che-punto-siamo>

Relazione del Commissario unico per il superamento degli OOP-PGG Corleone, relativa al semestre di attività febbraio – agosto 2016 è consultabile sulla pagina web

<https://www.penalecontemporaneo.it/upload/Relazione%20Semestrale.pdf>

Relazione del Commissario unico per il superamento degli OOP-PGG Corleone, relativa al trimestre di attività settembre – novembre 2016 è consultabile sulla pagina web

<https://www.penalecontemporaneo.it/upload/Relazione%20trimestrale.pdf>

‘Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)’ from 14 to 26 September 2008, può essere consultato al seguente link <https://rm.coe.int/1680697258>

Schema del decreto legislativo di attuazione della legge n. 103/2017 può essere consultato al seguente link

<https://www.penalecontemporaneo.it/d/5850-riforma-dell-ordinamento-penitenziario-la-proposta-della-commissione-giostra-lo-schema-del-decreto>

Stati generali dell’esecuzione penale. Tavoli tematici, Tavolo 10 – Salute e disagio Psicico, è consultabile al seguente link

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1_10.page?previousPage=mg_2_19_1

Stati generali dell’esecuzione penale. Tavoli tematici, Tavolo 11- Misure di sicurezza, è consultabile al seguente link

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1_11.page;jsessionid=AP76xh2XcBOYD1wkz9Y9vAjW?previousPage=mg_2_19_1

Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, può essere consultato al seguente link

<http://www.cirpac.it/pdf/testi/Statuto%20di%20Roma%20della%20Corte%20Penale%20Internazionale.pdf>

Testo della Convenzione e Rapporto esplicativo, Serie dei Trattati Europei - N. 126. Testo emendato in base al Protocollo N. 1 (ETS N. 151) e al Protocollo N. 2 (ETS N. 152), in vigore dal 1 Marzo 2002, può essere consultato al seguente link <https://rm.coe.int/16806dbac0>