

**LA “GALASSIA AFFLITTIVA”:
SISTEMATICA, FONDAMENTO, LEGITTIMITÀ.
PRIMO STUDIO PER UN AFFRESCO (*)**

di Roberto Bartoli

L'Autore esamina il sistema afflittivo nelle sue diverse articolazioni, mettendo in evidenza caratteristiche, operatività di principi e fondamento. In particolare, sotto quest'ultimo profilo, l'analisi si concentra sulle misure di sicurezza destinate all'imputabile e sulle misure di prevenzione, rilevando non pochi problemi di legittimità.

SOMMARIO: 1. Dal “sistema penale”, passando per il “sistema punitivo”, fino alla “galassia afflittiva”. – 2. Problemi di garanzia e problemi di ragionevolezza intranormativa, intrasistemica ed extrasistemica. – 3. Diritto afflittivo individuale *versus* diritto afflittivo dell'ente. – 4. Il diritto afflittivo dell'ente. – 5. Il diritto afflittivo individuale: diritto punitivo-reattivo *versus* diritto preventivo. – 6. Il diritto punitivo-reattivo e i suoi sottosistemi. – 6.1. Il diritto penale e i suoi sottosistemi. – 7. Il diritto afflittivo preventivo. – 7.1. Il sistema delle misure di sicurezza. – 7.1.1. Le misure di sicurezza del non imputabile. – 7.1.2. Le misure di sicurezza dell'imputabile. – 7.2. Le misure di prevenzione.

1. Dal “sistema penale”, passando per il “sistema punitivo”, fino alla “galassia afflittiva”.

Negli ultimi trent'anni il sistema del diritto penale ha subito una trasformazione così radicale che la stessa espressione “diritto penale” non è più in grado di indicare l'intero sistema contraddistinto da illeciti che comportano sanzioni con contenuto afflittivo. Se prima della fine degli anni Settanta tale sistema, in buona sostanza, si esauriva e coincideva col diritto penale, a seguito della legge n. 689/1981, al sistema del diritto penale classico si è affiancato il sistema dell'illecito punitivo amministrativo. Tant'è vero che, da lì in poi, l'espressione “diritto penale” come *genus* è stata progressivamente sostituita da quella “diritto punitivo” e nel diritto punitivo si sono per l'appunto distinti il diritto penale e il diritto punitivo amministrativo. Non solo, ma nel 2016, a questi “sottosistemi” si è aggiunto il diritto punitivo civile e, stando a una

(*) Il lavoro è destinato agli *Scritti in onore di Lucio Monaco* e può essere considerato la prima parte di una riflessione che sarà completata con due prossimi scritti: *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Secondo studio per un affresco; Principio di irretroattività e galassia punitiva. Terzo studio per un affresco.*

lettura più tradizionale, che tuttavia, come vedremo, non ci sentiamo di condividere, già nel 2001 era comparso anche il diritto punitivo degli enti (sistema 231).

D'altra parte, a ben vedere, anche l'espressione "diritto punitivo" come *genus* è entrata sempre di più in crisi, perché ai diversi sottosistemi punitivi se ne sono aggiunti ancora altri o comunque ci si è resi conto che accanto ad essi esistevano settori fino ad allora nella sostanza negletti o comunque trascurati (più dalla scienza giuridica che dagli operatori del diritto: legislatori, magistrati, avvocati): si pensi in particolare alle misure di sicurezza e, soprattutto, a quelle di prevenzione. Un tempo relegate ai margini del sistema, gradualmente sono divenute parte sempre più importante della legislazione e quindi della prassi applicativa, vale a dire del nostro sistema reale.

Vero questo, a me pare che oggi la trasformazione e le articolazioni siano tali per cui si deve addirittura andare oltre l'espressione "diritto punitivo" come *genus* e provare a utilizzare una nuova locuzione e un nuovo concetto che indicherei come "diritto afflittivo", vale a dire un diritto caratterizzato da illeciti che comportano una sanzione che nella sostanza si pone in termini contenutisticamente disomogenei e quindi disfunzionali rispetto al contenuto dell'illecito.

Certo, com'è ben noto, e come vedremo, l'afflittività può essere graduata e assumere contenuti molto diversi, ma alla fin fine la cifra ultima che al momento ci pare si possa cogliere per identificare il diritto afflittivo è la circostanza che il contenuto dell'illecito e il contenuto della sanzione sono nella sostanza disomogenei, sicuramente per qualità e forse, anche, volendo, per quantità (si pensi alle condotte riparatorie pubblicistiche che assumono carattere punitivo per la particolare onerosità), con la conseguenza che la sanzione diviene priva di utilità immediata, potremmo dire, quanto meno per una parte, "inutile" nell'immediato, sia rispetto al passato (si pensi alle sanzioni riparatorie), sia rispetto al futuro (si pensi alle sanzioni impeditive), e quindi per l'appunto afflittiva.

2. Problemi di garanzia e problemi di ragionevolezza intranormativa, intrasistemica ed extrasistemica.

Il diritto afflittivo costituisce ormai una vera e propria galassia rispetto alla quale si avverte sempre di più la necessità di una razionalizzazione e sistematizzazione. Non solo per esigenze di ordine e rigore, di assimilazione e differenziazione, che contraddistinguono la razionalità del diritto, ma anche per esigenze funzionali e di garanzia. Alla diversa modulazione della afflittività non possono che corrispondere differenze sul piano degli scopi. Inoltre, e conseguentemente, alla diverse afflittività e funzionalità non possono che corrispondere differenze sul piano delle garanzie.

Ma, a ben vedere, v'è una ragione ancora più profonda e significativa che impone oggi più che mai di razionalizzare la "galassia afflittiva", come del resto dimostra la giurisprudenza costituzionale soprattutto dell'ultimo ventennio. E' notissimo come accanto ai diritti e ai principi di garanzia si sia sempre più fatto strada il giudizio di ragionevolezza, un giudizio del tutto particolare, concernente nella sostanza la non contraddittorietà, che si può misurare secondo tre diverse prospettive: non

contraddittorietà nella norma, della norma nel sistema, non contraddittorietà delle norme appartenenti a sistemi diversi.

Ed infatti, anzitutto, v'è una valutazione di razionalità – per così dire – interna alla norma, basata sulla coerenza del mezzo allo scopo e quindi su un giudizio che potremmo definire intrinseco. In secondo luogo, v'è una valutazione di razionalità interna al sistema, una valutazione, cioè esterna alla singola norma ma interna al sistema a cui la norma appartiene, basata nella sostanza sulla comparazione tra norme che appartengono allo stesso sistema e quindi su un giudizio che si può definire estrinseco. Infine, si può arrivare addirittura a una valutazione di razionalità esterna non solo alla norma ma anche al sistema in cui la norma è inserita, una valutazione, cioè, che va a comparare una disciplina di una norma contenuta in un determinato sistema con una disciplina di una norma contenuta in un altro sistema, valutazione che si basa sul chiarimento delle *rationes* dei singoli sistemi e delle singole norme e quindi poi sulla comparazione tra le norme appartenenti ai diversi sistemi.

Ebbene, in tutte queste prospettive ciò che si misura è, come accennato, la non contraddittorietà, con la conseguenza che sempre di più si pone l'esigenza di stabilire per così dire a monte gli obiettivi delle norme e dei sistemi anche al fine di comprendere se differenze o eguaglianze di disciplina tra le stesse siano giustificabili.

Per fare alcuni esempi, per quanto riguarda la razionalità interna, si pensi alla recente sentenza n. 102/2020 che ha valutato la coerenza della pena accessoria della sospensione dalla responsabilità genitoriale rispetto non solo alle esigenze di tutela del figlio, ma anche al diritto del figlio alla genitorialità, disponendo quindi che l'applicazione non può essere automatica, ma necessita di una valutazione del rapporto genitore e figlio.

Per quanto riguarda la razionalità esterna alla norma, ma interna al sistema, si pensi ai numerosi giudizi di ragionevolezza fondati sul *tertium comparationis* che possono riguardare l'*an* della punibilità, il *quomodo* del fatto tipico (se in un determinato fatto tipico abbia o meno senso la presenza di un elemento costitutivo), come anche il *quantum* della pena comminata. E un esempio recente di valutazione di razionalità esterna alla norma ma interna al sistema è offerto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di agevolazione del suicidio, dove, in buona sostanza, la Corte ha ritenuto che la situazione di chi agevola il suicidio sia identica a quella di chi rifiuta o interrompe le cure, allorquando la persona destinata a morire risulti affetta da una patologia irreversibile.

Infine, un esempio di giudizio extrasistemico si è avuto di recente riguardo all'istituto della messa alla prova, per cui in due recenti sentenze della Corte costituzionale, la n. 68/2019 e la n. 139/2020, la messa alla prova dei minori è stata comparata a quella prevista per gli adulti, rilevando differenze funzionali di sistema che giustificano differenze di disciplina: così, nella prima sentenza, la Corte ha osservato che, in caso di esito negativo della prova, mentre lo scomputo dalla pena delle limitazioni patite dall'adulto durante la prova deriva dal contenuto affittivo della prova, la mancata previsione di tale scomputo per il minore è ragionevole perché la prova del minore non avrebbe contenuto affittivo.

Ecco allora che all'interno dei giudizi di ragionevolezza occorre avere ben chiara la *ratio* dei vari sistemi all'interno dei quali le norme si inseriscono.

3. Diritto afflittivo individuale *versus* diritto afflittivo dell'ente.

La prima grande distinzione che si deve fare all'interno della galassia afflittiva è tra diritto afflittivo individuale e diritto afflittivo degli enti. Come già accennato, v'è la tendenza a considerare il diritto afflittivo degli enti come una branca del diritto punitivo accanto ai tre settori del diritto penale tradizionale, del diritto punitivo amministrativo e del diritto punitivo civile. Tant'è vero che la stessa giurisprudenza, com'è noto, prima dell'introduzione dell'illecito punitivo civile, ha qualificato la responsabilità degli enti come un *tertium genus* che si colloca tra il diritto penale tradizionale e il diritto punitivo amministrativo.

Ebbene, a me pare che il diritto afflittivo degli enti debba essere distinto nettamente da quello degli individui, non tanto perché rispetto ad esso non possono operare tutte le garanzie che sono state elaborate per il diritto afflittivo individuale, quanto piuttosto perché il diritto afflittivo degli enti impone una rivisitazione delle categorie, una trasformazione totale dei paradigmi ideati per l'uomo, con la conseguenza che le stesse garanzie pensate per il diritto penale individuale devono essere riadattate per l'ente.

Uomo ed ente sono infatti due realtà completamente diverse sotto molteplici aspetti. In particolare, da un lato, mentre l'uomo è un centro di imputazione necessariamente unitario, l'ente è fisiologicamente, ontologicamente costituito da due centri di imputazione, vale a dire dalle persone fisiche che lo compongono e dall'ente in quanto tale (quella che i medievalisti chiamavano *universitas*), componenti queste che possono essere di volta in volta valorizzate secondo prospettive molto diverse tra di loro, più antropocentriche o più antropomorfiche, con conseguenze enormi sugli scopi del sistema, l'afflittività delle sanzioni, la configurazione dei paradigmi di imputazione.

Dall'altro lato, particolarissime sono – per così dire – le rispettive personalità, per cui mentre quella umana ha carattere psico-motivazionale, vale a dire una consistenza naturalistica sulla quale si compiono poi giudizi normo-valutativi, quella dell'ente ha carattere organizzativo, quindi una consistenza reale ma a carattere socio-relazionale, potendosi mettere in evidenza fin d'ora un aspetto davvero decisivo, vale a dire la circostanza che mentre la personalità dell'uomo (ringraziando il cielo), pur essendo naturalistica non è conoscibile, al contrario l'organizzazione dell'ente, in quanto socio-relazionale, può essere nella sostanza conosciuta.

4. Il diritto afflittivo dell'ente.

Poche parole sul diritto afflittivo dell'ente, per osservare come nel nostro ordinamento sia stato configurato in termini davvero peculiari.

Da un lato, infatti, si può parlare di un sistema rigorosamente reattivo, in quanto si basa sulla indefettibile applicazione di una pena pecuniaria in virtù dell'accertamento della responsabilità dell'ente; dall'altro lato, però, si può parlare di un sistema reattivo-premiale, ragion per cui, le pene interdittive possono essere evitate allorquando, una volta intrapreso un procedimento nei suoi riguardi, l'ente compie attività riparatorie e adotta o attua modelli organizzativi prima dell'apertura del dibattimento.

Ebbene, al di là di una certa contraddizione consistente nel fatto che nonostante condotte riparatorie e la riorganizzazione si va comunque incontro alla punizione attraverso la pena pecuniaria, la seconda logica reattivo-premiale merita grandissima attenzione per quattro ragioni fondamentali. La prima: una premialità basata sulla riorganizzazione è possibile proprio perché la riorganizzazione è conoscibile, ponendosi tuttavia notevoli problemi di garanzia proprio perché l'ente finisce per essere sottoposto a un controllo penetrantissimo da parte dello Stato. Insomma, mentre rispetto agli uomini la logica premiale è connessa a comportamenti sanzionatori, rispetto agli enti la logica premiale attiene alla riorganizzazione, vale a dire alla ristrutturazione della stessa personalità dell'ente.

Seconda ragione: nel momento in cui un sistema si configura come reattivo-premiale, scopo di tale sistema per l'appunto non è tanto punire, vale a dire rendere responsabili per qualcosa che si è fatto nel passato, ma soprattutto indurre alla riparazione e soprattutto alla riorganizzazione.

In terzo luogo, un sistema del genere ha conseguenze anche dogmatiche visto che, da un lato, i modelli organizzativi non possono essere considerati vere e proprie regole cautelari capaci di evitare l'evento, ma soltanto regole cautelative capaci di ridurre un generico rischio reato; dall'altro lato, il reato finisce per costituire l'occasione per andare a verificare l'assetto organizzativo dell'ente. Con la conseguenza ulteriore che l'idoneità del modello organizzativo non si misura tanto sul piano della efficacia impeditiva dell'evento del reato, ma piuttosto sul piano della efficacia organizzativa, risultando fondamentale distinguere a seconda che l'ente non abbia adottato modelli organizzativi ovvero li abbia adottati ma siano difettosi.

Infine, se tutto questo è vero, il sistema 231 finisce per delineare un vero e proprio paradigma del tutto alternativo rispetto a quello individuale, diretto non tanto a rendere l'ente responsabile per il reato che è stato realizzato, quanto piuttosto per la mancata riorganizzazione richiesta dall'ordinamento in virtù della commissione del reato, con la conseguenza finale che il vero illecito dell'ente sanzionato con l'applicazione delle sanzioni interdittive è l'eventuale mancata riorganizzazione.

5. Il diritto afflittivo individuale: diritto punitivo-reattivo *versus* diritto preventivo.

All'interno del diritto afflittivo individuale si deve distinguere tra il diritto punitivo-reattivo e il diritto preventivo. Questa distinzione è soprattutto di matrice europea, ma si può considerare ormai penetrata anche all'interno del nostro

ordinamento, nel momento in cui la stessa Corte costituzionale riferisce l'art. 25, comma 3, Cost. oltre che alle misure di sicurezza, anche alle misure di prevenzione.

Premessa di fondo è che tutto il diritto afflittivo individuale tende a prevenire la commissione di reati da parte dei consociati, orientandosi verso l'utilitarismo della prevenzione (generale e speciale) e quindi verso il futuro. Questa funzione preventiva viene esplicitata, però, secondo due diverse prospettive. Da un lato, v'è la prospettiva che definiamo punitivo-reattiva in quanto rivolta al passato, nel senso che tale diritto punisce fatti già commessi e da accertare (*post patratum factum*) ed è attraverso la punizione di questi fatti che si vuole prevenire la commissione di futuri reati da parte non solo dello stesso soggetto, ma anche da parte dei consociati. In sostanza, la pena inflitta per reati commessi è senza dubbio orientata a prevenire reati futuri, in quanto mira a impedire l'ulteriore commissione di reati da parte della generalità dei consociati (prevenzione generale) e da parte del singolo reo attraverso l'esecuzione (prevenzione speciale); ma la reazione sanzionatoria è ancorata ad un fatto già commesso carico di disvalore in quanto offensivo di beni giuridicamente rilevanti.

In questa prospettiva, idea centrale è la commissione di un fatto, la responsabilità per quel fatto che deve essere accertata mediante un procedimento e quindi attraverso una sentenza. E la pena non può che essere irrogata e tendenzialmente eseguita. Tendenzialmente perché nel reattivo, com'è noto, da tempo si è aperta una notevole complessa e articolata flessibilità al momento della cognizione e della esecuzione.

Dall'altro lato, però, l'ordinamento ha sempre avvertito anche l'esigenza di prevenire fatti in una logica che tuttavia non è reattiva, ma – per così dire – puramente preventiva, nel senso che scopo dell'intervento sanzionatorio è quello di stroncare sul nascere, se non addirittura prima di nascere, il crimine. In questa prospettiva il diritto persegue finalità preventive attraverso un ruolo di neutralizzazione o di contenimento/controllo della pericolosità del soggetto, nel senso che, pur in assenza della commissione di reati, ma in presenza di una prognosi di pericolosità, vengono posti ostacoli (misure) volti a impedire la realizzazione di futuri reati o comunque ad esercitare un controllo sulla persona. Le misure per fatti che si devono ancora commettere sono – per così dire – radicalmente preventive e orientate al futuro, proprio perché prescindono dalla commissione di un fatto di reato e si vuole impedire che in futuro se ne possano commettere. In questa prospettiva, lo specifico fatto commesso nel passato perde di rilevanza, come anche perde di rilevanza il concetto di responsabilità che lega l'autore al fatto, mentre assumono rilevanza il concetto e la valutazione di pericolosità. D'altra parte, come vedremo, il soggetto deve aver fatto necessariamente qualcosa, altrimenti la pericolosità non si aggancerebbe a nulla e sarebbe meramente arbitraria. Fatto sta che dal fatto ci si sposta e ci si concentra sulla persona.

6. Il diritto punitivo-reattivo e i suoi sottosistemi.

All'interno del diritto afflittivo individuale punitivo reattivo si deve distinguere ormai tra tre realtà molto diverse tra di loro: diritto penale classico o tradizionale in senso stretto, diritto punitivo amministrativo e diritto punitivo civile.

Differente anzitutto l'afflittività, perché mentre nel sistema penale tradizionale si può incidere direttamente o indirettamente sulla libertà personale, negli altri due sistemi ciò non è mai possibile. Si tratta di un punto fermo determinante con conseguenze relevantissime.

Sul piano funzionale, vero che tutti perseguono scopi di prevenzione generale e retribuzione, è anche vero che il diritto penale tradizionale ha come cifra decisamente specifica la prevenzione speciale, mentre il sistema punitivo amministrativo si concentra molto sulla prevenzione generale di tipo soprattutto negativo. Il sistema punitivo civile si inserisce invece all'interno di dinamiche che valorizzano l'aspetto relazionale tra autore e vittima, nonostante che la somma di denaro sia devoluta allo Stato.

Da qui conseguenze sul piano dei principi. Ebbene, se è vero che tutti questi diritti servono per responsabilizzare, essi non possono che basarsi su alcuni principi funzionali alla stessa efficacia delle sanzioni afflittive, e in questa prospettiva si deve ritenere che siano principi imprescindibili soprattutto l'irretroattività/retroattività e la colpevolezza: da accogliere quindi con grande favore la recente giurisprudenza costituzionale che ha esteso anche all'illecito punitivo amministrativo i principi di irretroattività e retroattività. Differenziazioni si possono poi elaborare per gli altri principi sostanziali, a cominciare dall'offensività, e per quelli formali che riguardano la scelta delle fonti legittimate a produrli.

Diversa, infine, la dinamica accertativa: giurisdizione penale per il diritto penale classico; accertamento amministrativo ed eventuale tutela giurisdizionale amministrativa per l'illecito punitivo amministrativo; giurisdizione civile per l'illecito punitivo civile.

6.1. Il diritto penale e i suoi sottosistemi.

A ben vedere, anche all'interno del diritto penale classico si devono compiere importanti sotto-distinzioni: al diritto penale per gli adulti si affianca quello per i minori e all'interno del diritto penale degli adulti è presente il sistema penale del giudice di pace. Mentre il primo si differenzia sulla base del soggetto destinatario, il secondo sulla base della tipologia dell'illecito.

Non possiamo entrare nei dettagli di tutti questi sistemi, ma una cosa deve essere messa in evidenza. Essi rispondono a logiche molto differenti che devono essere di volta in volta razionalizzate e ben individuate, anche perché, come accennato all'inizio, si fa sempre più frequente la tendenza a comparare norme simili che appartengono però a siffatti diversi sistemi e una esatta comparazione può essere compiuta soltanto se si hanno ben presenti scopi e finalità. Così, ad esempio, l'istituto della particolare

tenuità del fatto è presente sia nel sistema dei minori, sia in quello del giudice di pace sia nel sistema penale tradizionale. La messa alla prova, come accennato, è presente nel sistema dei minori e in quello tradizionale. Di recente, si è aperto il problematico capitolo delle condotte riparatorie, presenti nel sistema penale del giudice di pace come anche nel diritto penale tradizionale.

Non solo, ma nel diritto penale classico vi sono le pene accessorie che hanno un ruolo alquanto significativo. E siccome hanno senso se orientate a contrastare la pericolosità, esse potrebbero essere concepite come misure di sicurezza aventi come destinatario l'imputabile per contrastare la pericolosità strettamente connessa alla dinamica del reato.

7. Il diritto afflittivo preventivo.

Nel diritto afflittivo preventivo cambia decisamente il paradigma, perché da un sistema come quello reattivo basato sull'accertamento di fatti commessi e sulla responsabilità dell'autore del reato, si passa a un sistema che muove da un ruolo marginale dei fatti per valorizzare il soggetto e la sua pericolosità sociale, valutata attraverso un giudizio prognostico di probabile futura commissione di reati.

Anche qui occorre distinguere: da un lato, vi sono le misure di sicurezza, dall'altro lato, quelle di prevenzione. Le misure di sicurezza si muovono in una logica marcatamente preventiva, ma hanno un ancoraggio a fatti commessi nel passato. Esse infatti presuppongono la commissione e l'accertamento di un reato (si parla di strumenti di prevenzione *post delictum*). D'altra parte, essendo orientate a contrastare la pericolosità sociale dell'autore in vista della probabilità che in futuro commetta ulteriori reati, il reato accertato costituisce una sorta di occasione e indizio per compiere il giudizio prognostico di pericolosità, con la conseguenza che esse si svincolano in parte dal fatto commesso per spostarsi sull'autore, la sua personalità e la sua pericolosità. E ciò è confermato anche dalla circostanza che tali misure si applicano o al posto delle pene che non si possono applicare per la mancanza di una responsabilità dovuta alla mancanza della imputabilità o comunque dopo l'esecuzione della pena, quando cioè il soggetto ha "chiuso i conti" col reato e rinnovando il giudizio di pericolosità al momento della loro applicazione.

Le misure di prevenzione si muovono invece in termini ancora più consistenti nella prospettiva preventiva, trattandosi di strumenti *ante o praeter delictum*, nel senso che sono applicate ancor prima e a prescindere dalla commissione di reati, vale a dire in presenza del mero sospetto che siano stati commessi reati, compendosi una valutazione di pericolosità per la sicurezza pubblica.

Ebbene, questo quadro, oltre a porre problemi circa la portata dei principi di garanzia, a ben vedere, prima ancora, pone problemi già sotto il profilo della legittimità del fondamento.

7.1. Il sistema delle misure di sicurezza.

Per quanto riguarda le misure di sicurezza, ancora una volta occorre compiere una distinzione, tra le misure di sicurezza aventi come destinatario il non imputabile e quelle che invece hanno come destinatario l'imputabile.

7.1.1. Le misure di sicurezza del non imputabile.

Per quanto riguarda le misure di sicurezza aventi come destinatario il non imputabile, il vero oggetto del contendere non è dato tanto dal rapporto tra l'esigenza di custodia (difesa sociale, controllo, sicurezza, neutralizzazione) e l'esigenza di cura (personalizzazione, trattamento, miglioramento, specialprevenzione), né dalla tendenza alla progressiva e complessiva patologizzazione della pericolosità, che anzi, come vedremo, costituisce un autentico progresso, se non addirittura un punto di svolta, in quanto oltretutto argine garantista. Il vero problema sembra consistere piuttosto nel rapporto e nel collegamento che deve sussistere tra il giudizio di pericolosità che giustifica la misura trattamentale e il fatto di reato comprensivo delle sue componenti oggettive e soggettive, anche perché è tale rapporto a giustificare e legittimare le misure di sicurezza, mentre se tale rapporto salta, salta lo stesso fondamento razionale della loro previsione/applicazione.

Circa il rapporto tra custodia e cura è ormai assolutamente pacifico che la cura debba essere accompagnata anche dal controllo. Uno controllo che deve essere ultima *ratio*, un controllo che si deve riconnettere alla pericolosità, ma da intendersi non come vaga pericolosità sociale, bensì come pericolosità connessa alla causa di esclusione dell'imputabilità.

Ecco allora che, come accennato, pilastro diviene la pericolosità sociale ancorata alla causa di esclusione dell'imputabilità. Ciò a prima vista suscita sospetti e preoccupazioni, ma in realtà finisce per essere il vero e proprio baluardo di razionalità e garanzia. Ed infatti, il superamento della pericolosità – per così dire – meramente sociale attraverso la valorizzazione della pericolosità connessa e derivante dalla causa escludente l'imputabilità è del tutto coerente e funzionale all'assenza di imputabilità dovuta proprio alla presenza di una patologia. Anzi, rispetto al non imputabile i maggiori problemi che si pongono anche nel rapporto tra periti e giudici sorgono proprio là dove, dopo un giudizio di imputabilità interamente incentrato sulla patologia, si passa a una valutazione totalmente incentrata sulla pericolosità sociale in quanto tale. Ebbene, il giudizio di pericolosità relativo al non imputabile non può e non deve essere un giudizio di mera pericolosità sociale, ma deve essere sempre e comunque connesso alle condizioni che incidono sulla capacità di intendere e di volere. E da qui una inevitabile patologizzazione del concetto di pericolosità, con conseguente valorizzazione del ruolo della scienza e del perito.

Vero questo, il nodo problematico per il sistema delle misure di sicurezza aventi come destinatario il non imputabile, anche e soprattutto in ordine al rispetto delle esigenze di garanzia, diviene soprattutto il ruolo del fattore escludente l'imputabilità.

Ebbene, sul punto, si deve osservare come l'intero sistema delle misure di sicurezza del non imputabile debba ruotare attorno al fattore escludente l'imputabilità: fattore che non solo deve essere presente al momento del reato, ma secondo le acquisizioni più moderne deve risultare addirittura causa del fatto¹; inoltre, fattore capace di razionalizzare e dare copertura scientifica al giudizio di pericolosità compiuto mediante perizia; infine, fattore in grado di plasmare lo stesso contenuto delle misure di sicurezza ben l'oltre la mera afflizione e il mero controllo.

Con importantissime conseguenze sul piano applicativo: non solo la misura di sicurezza deve cessare quando viene meno la pericolosità patologica, ma ciò accade soprattutto quando cessa la patologia oppure, pur rimanendo la patologia, si rompe la connessione tra patologia e pericolosità. Detto in altri termini, da un lato, il venire meno della patologia fa venir meno il trattamento, in quanto esclude la pericolosità patologica connessa al fatto; in quest'ultima ipotesi può permanere una pericolosità "meramente" sociale, ma essa non può essere sufficiente a giustificare una misura che si radica su una patologia. Dall'altro lato, la permanenza della patologia in sé non può giustificare la permanenza del trattamento essendo necessaria una pericolosità derivante dalla patologia.

7.1.2. Le misure di sicurezza dell'imputabile.

Ammantata di legalità, ma tradita e disvelata nella sua reale essenza dalla esecuzione della misura di sicurezza dopo quella della pena, dalla connessione del giudizio di pericolosità a presunzioni assolute e dalla mancanza di limiti temporali, l'estensione da parte del Codice Rocco all'imputabile del concetto di pericolosità sociale con conseguente applicazione delle misure di sicurezza ha costituito un'operazione chiarissima: rendere le pene nella sostanza indeterminate. Non solo, ma ancora più a fondo, la pericolosità estesa all'imputabile capace di legittimare misure a sé stanti ed ulteriori rispetto alla pena, è divenuta in realtà lo strumento per sopperire all'imponderabilità della personalità e del procedimento motivazionale umano: non potendosi indagare la dimensione interiore dell'uomo, la commissione del reato è divenuta essa stessa espressione di pericolosità legittimante un trattamento sanzionatorio a sé stante e ulteriore rispetto a quello derivante dalla responsabilità per il fatto commesso, allorquando si è in grado di ritenere che tale pericolosità trovi conferma in un giudizio prognostico di pericolosità.

Se in epoca democratica le presunzioni sono state aggredite per ritenuta illegittimità (il rammarico – a dire il vero – è che sia arrivato prima il legislatore della stessa Corte costituzionale), e se il legislatore si è mosso di recente nel senso di porre limiti alla durata delle misure di sicurezza, tuttavia restano ancora in piedi i tratti essenziali di una disciplina ancora problematica sul piano del fondamento razionale e della legittimità.

¹ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., n. 9163/2005, Raso.

Il punto da cui partire è l'ambiguità di fondo che caratterizza le misure di sicurezza dell'imputabile. Da un lato, esse sono assimilabili alle misure di sicurezza del non imputabile, ma soltanto perché si basano su un giudizio di pericolosità, risultando per tutto il resto decisamente diverse. Ed infatti, mentre le misure di sicurezza del non imputabile si fondano su un fattore causa escludente dell'imputabilità e non comportano alcuna pena, le misure di sicurezza dell'imputabile si basano su una pericolosità sganciata da un fattore "patologico" incidente sulla personalità e si aggiungono alla pena. Detto diversamente, le misure di sicurezza del non imputabile, pur avendo anche un contenuto afflittivo, non si possono considerare vere e proprie deroghe al regime di responsabilità, sia perché si applicano in mancanza della responsabilità, sia perché la misura di sicurezza trova il proprio fondamento non solo e non tanto sulla pericolosità, ma sul fattore escludente la pericolosità, con la conseguenza che, pur avendo anche un contenuto afflittivo e una funzione di controllo, finiscono per avere prevalentemente un contenuto e una funzione diversa, a carattere curativo o educativo. Al contrario, le misure di sicurezza dell'imputabile non solo hanno un contenuto afflittivo, ma alla fin fine costituiscono deroghe al regime della responsabilità in assenza però di una giustificazione forte: sono deroghe perché le misure di sicurezza si aggiungono alla pena; non hanno una giustificazione forte, perché si basano sulla mera pericolosità in quanto tale, in assenza di un fattore pregnante riconducibile alla personalità.

Ecco allora che, dall'altro lato, le misure di sicurezza dell'imputabile sono assimilabili più alle pene che alle misure di sicurezza del non imputabile: vero che si basano sulla pericolosità, tuttavia esse hanno un contenuto afflittivo, la pericolosità è sganciata da peculiari fattori e si aggiungono alle pene. Detto in altri termini, in assenza del fattore che esclude l'imputabilità e fonda la pericolosità, le misure di sicurezza del non imputabile non solo non si distinguono sul piano del contenuto afflittivo e della funzione dalle pene, ma addirittura si aggiungono alle pene, ponendo problemi di proporzione, se non addirittura di *ne bis in idem*. Insomma, può la mera pericolosità sociale giustificare un trattamento pur sempre afflittivo e che in definitiva si aggiunge al trattamento afflittivo derivante dalle pene conseguenti dalla responsabilità per il fatto commesso?

Ebbene, come uscire da questa ambiguità di fondo? Si possono prospettare due strade: quella che alla fin fine mantiene fermo il doppio binario e quella che invece lo supera spingendo con forza le misure di sicurezza dell'imputabile verso quelle del non imputabile.

A noi pare che la prima prospettiva del doppio binario, che alla fin fine assimila le misure di sicurezza dell'imputabile alle pene, comporti una inevitabile violazione del principio di proporzione. Riconosciuto il contenuto afflittivo delle misure, il trattamento sanzionatorio complessivo risulterà sempre e comunque sproporzionato. Se non si adottano soluzioni vicariali, e quindi si ritiene che prima debba essere applicata la pena e poi la misura di sicurezza, l'impianto complessivo sarà necessariamente sproporzionato, proprio perché alla pena corrispondente alla colpevolezza seguirà l'applicazione della misura di sicurezza per un tempo minimo sufficiente a sfondare il limite tracciato dalla responsabilità. Se invece si adottano

soluzioni vicariali, e quindi si esegue prima la misura di sicurezza e poi la pena con conseguente scomputo della prima dalla seconda, non c'è dubbio che il correttivo della vicarietà, soprattutto se integrale, creerà un sistema più conforme al principio di proporzione; tuttavia tale meccanismo, che oltretutto disvela l'omogeneità tra pene e misure di sicurezza, consentirà di rispettare il principio di proporzione soltanto nell'ipotesi in cui la somma della durata della misura di sicurezza e quella della durata della pena sarà comunque pari o inferiore alla durata della pena.

Ecco allora che il vero problema del doppio binario sta proprio nella mancanza di una giustificazione forte delle misure di sicurezza ovvero, detto in altri termini, le misure di sicurezza dell'imputabile non si possono basare sulla mera pericolosità sociale.

Si aprono allora due possibili strade: da un lato, si può decidere di fare totalmente a meno del doppio binario, ricomprendendo la pericolosità nella pena; dall'altro lato, si può decidere di mantenere il doppio binario valorizzando tuttavia fattori capaci di marcare la pericolosità (si pensi alla recidiva reiterata) oppure che, se non escludono l'imputabilità, sono comunque in grado di incidere su di essa, in una prospettiva di "patologizzazione" delle misure di sicurezza dell'imputabile.

Mantenere la pericolosità nella pena appare plausibile, dovendosi tuttavia precisare che essa dovrebbe operare non in sede di commisurazione, ma all'interno della cognizione/esecuzione. Nella commisurazione la valutazione di pericolosità può sfondare il limite di proporzione, come del resto avviene già con la recidiva, ponendo non pochi problemi di legittimità. Nella esecuzione significherebbe adottare percorsi differenziati, ma, a ben vedere, in questa prospettiva si muovono già gli istituti della esecuzione che per la loro applicazione impongono una prognosi di non recidiva che altro non è che un giudizio di pericolosità. Detto in altri termini, la pericolosità dell'imputabile è già entrata nella esecuzione nel momento in cui si è resa defettibile l'esecuzione della pena, differenziandosi tra esecuzione in carcere ed esecuzione in libertà.

Di altro tenore l'altra soluzione che avvicina le misure di sicurezza dell'imputabile a quelle del non imputabile, valorizzando nella sostanza forme particolarmente significative di recidiva oppure il disturbo della personalità. Con riferimento al disturbo di personalità, tale soluzione consente di attribuire alla misura di sicurezza, che dovrà tendere a "curare" il disturbo da cui scaturisce la pericolosità, un contenuto e una funzione specifici che permettono di differenziarla autenticamente dalla pena. Inoltre, sempre grazie alla pericolosità connessa al disturbo della personalità, anche in considerazione di quanto detto nel precedente paragrafo, verrebbe garantita una connessione fra trattamento e pericolosità, da un lato, e fatto di reato, dall'altro. Circa la recidiva qualificata, vale a dire nella sostanza reiterata, essa verrebbe definitivamente estromessa dalla pena, sia in sede di cognizione, come anche di esecuzione, e trattata all'interno delle misure di sicurezza: il concetto di pericolosità sociale dell'imputabile che comporta misure ulteriori rispetto alla pena non può che esaurirsi nel concetto di recidiva, visto che rispetto a un soggetto "sano", la pericolosità sociale può avere un ancoraggio razionalmente fondato soltanto alla luce di un indice

formale quale la recidiva reiterata, dovendosi poi comunque accertare in concreto la pericolosità attuale del soggetto.

A ben vedere, nella prospettiva “patologizzante” sembra muoversi la stessa giurisprudenza della Corte EDU². Ed infatti, nelle sentenze più recenti in tema di misure di sicurezza aventi come destinatario l'imputabile, sta prendendo corpo un concetto interessantissimo di proporzione che sembra comportare una connessione tra pericolosità e presenza di un disturbo della personalità. Questo in buona sostanza il ragionamento che si compie: poiché la misura di sicurezza deve differenziarsi nelle funzioni e nei contenuti dalla pena; e poiché la misura di sicurezza, per differenziarsi dalla pena, deve avere un contenuto specifico che sia capace di realizzare un controllo e una riduzione della pericolosità: si deve concludere che il contenuto della misura di sicurezza non può che essere mutuato dalla presenza di una patologia. Con la conseguenza che la patologia diviene il punto di riferimento della pericolosità e della misura di sicurezza anche dell'imputabile. Certo, la circostanza che la misura possa essere applicata al delinquente primario con disturbo può generare perplessità, tuttavia si tratta pur sempre di una soluzione meno dirompente di quella del doppio binario “modello Rocco”, che, non dobbiamo scordarcelo, consente di applicare le misure di sicurezza anche all'autore primario senza disturbo.

A questo punto, non possiamo sottrarci al problema che possono residuare ipotesi in cui, per esigenze di difesa sociale, si ponga la necessità di utilizzare strumenti volti a impedire che un soggetto ritenuto pericoloso possa tornare a delinquere. Il tema si pone soprattutto per la criminalità organizzata, sia di stampo mafioso, che di stampo terroristico. Ebbene, misure di sicurezza per l'imputabile privo di disturbi di personalità e non recidivo qualificato potrebbero trovare giustificazione in ragione della particolarità delle organizzazioni criminali, e quindi in ragione della persistenza del vincolo associativo, nonché della permanenza di collegamenti, dovendosi tuttavia ribadire che il trattamento in concreto da adottare non potrà che essere diverso da quello del soggetto nei cui confronti si sta eseguendo una pena.

Da attenzionare quindi con grande interesse la recente ordinanza di remissione che ha sollevato questione di legittimità dell'art. 41-bis, commi 2 e 2-quater dell'Ordinamento penitenziario, nella parte in cui prevedono la facoltà di sospendere l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla stessa legge, con adozione obbligatoria delle misure enunciate nel comma 2-quater, anche nei confronti degli internati, assoggettati a misura di sicurezza detentiva³.

7.2. Le misure di prevenzione.

Mentre le misure di sicurezza presuppongono un fatto e una responsabilità accertati e quindi nella sostanza si ricollegano a un comportamento ben preciso che è

² Corte EDU, sent. 17.12.2009, M. c. Germania, in Riv. it. dir. proc. pen., 2010, p. 326 ss.; C. EDU, sent. 21.10.2010, Grosskopf c. Germania, ivi, 2011, p. 202 ss.

³ Cass. pen., Sez. I, n. 30408/2020.

stato realizzato nel passato, le misure di prevenzione si basano su un sospetto di reato e quindi prescindono dalla realizzazione di un fatto specifico che si colloca nel passato, con la conseguenza che divengono requisiti essenziali il sospetto di reato e la pericolosità. Un giudizio di pericolosità si radica quindi su un soggetto meramente sospettato. Insomma, sta qui una enorme differenza rispetto alle misure di sicurezza.

Ebbene, a me pare che rispetto alle misure di prevenzione si pongano notevoli problemi di razionalità dell'intero sistema, per il semplice fatto che stavolta è proprio il giudizio di pericolosità che nella sostanza salta.

Per comprendere questo assunto si deve muovere dal giudizio di pericolosità concernente un soggetto imputabile. In via del tutto preliminare si potrebbe porre in dubbio la stessa possibilità di compiere razionali e controllabili giudizi di pericolosità di soggetti imputabili, osservando come sia del tutto aleatorio stabilire se un soggetto possa tornare a delinquere. D'altra parte, in presenza di precedenti condanne e di un nuovo reato commesso e accertato, tali giudizi acquistano una loro plausibilità.

In particolare, il giudizio di pericolosità per l'imputabile, basato sulla valorizzazione della recidiva o comunque delle condanne per precedenti reati, ha una sua plausibilità potendo essere articolato su tre livelli: precedenti e/o recidiva, dai quali si ricavano indici di pericolosità astratta; reato accertato, dal quale si ricavano indici di pericolosità concreti; attualizzazione della pericolosità derivante dal raffronto tra indici di pericolosità astratta e indici di pericolosità concreta, con la conseguenza che si può ritenere sussistente la pericolosità allorquando il reato per cui si è condannati risulta per esempio commesso a breve distanza di tempo dalle precedenti condanne oppure riguarda fattispecie o modalità analoghe etc.

Ebbene, si deve osservare come, riguardo alla pericolosità per l'applicazione delle misure di sicurezza dell'imputabile, lo stesso fatto di reato accertato costituisca non soltanto il presupposto per il giudizio, ma acquisti rilievo strutturale anche all'interno dello stesso giudizio di pericolosità, permettendo di riscontrare l'attualizzazione della pericolosità proprio mediante il confronto con i precedenti. Insomma, vero che il giudizio di pericolosità è sempre bifasico, una parte diagnostica degli indici e una parte prognostica, è anche vero che la diagnosi si basa su indici connessi a precedenti reati e indici connessi a un nuovo reato accertato, così come è vero anche che la prognosi non è uno schiacciarsi sui precedenti (si tratterebbe di presunzioni assolute) o un appuntarsi su indici diversi da quelli connessi al nuovo reato commesso (si tratterebbe di mera intuizione svincolata dalle dinamiche criminose), ma piuttosto è l'esito di un raffronto razionale tra indici fattuali di pericolosità – per così astratta – e indici fattuali di pericolosità derivanti dal reato commesso.

Vero tutto questo, di tutt'altro tenore è il giudizio di pericolosità concernente l'indiziato destinatario delle misure di prevenzione, non tanto per problemi di tassatività, ma piuttosto proprio a causa del modo in cui sono stati risolti i problemi di tassatività. Ed infatti, mancando l'accertamento di un reato, e dovendosi "accertare" un

fatto sospettato, gli elementi indizianti della pericolosità, vale a dire i precedenti, giocano un ruolo fondamentale come elementi indizianti del fatto sospettato⁴.

Ebbene, questo modo di procedere di per sé non sarebbe un problema, in quanto alla fine i precedenti finirebbero per giocare un duplice ruolo, sia come elementi indizianti del “fatto sospettato” sia come elementi fattuali sintomatici di pericolosità. Però lo diventa nel momento in cui si richiede giustamente il passaggio fondamentale della attualizzazione del pericolo, e ciò perché, mancando l’accertamento di un fatto di reato non è possibile compiere alcuna attualizzazione del pericolo: essendo il fatto sospettato definito dai precedenti, proprio in virtù di questa coincidenza tra fatto sospettato e precedenti, risulta impossibile utilizzare il fatto sospettato per compiere un raffronto con i precedenti, risultando così impossibile una attualizzazione della pericolosità.

Insomma, il giudizio di pericolosità o si schiaccia sui precedenti oppure, nel tentare di attualizzare il pericolo, gira completamente a vuoto. Prova ne è un’analisi attenta della giurisprudenza, dove, al netto delle ipotesi in cui viene in gioco la criminalità organizzata, il passaggio dell’attualizzazione del pericolo risulta sempre negletto o vittima di un circolo vizioso.

Ecco allora che il sistema si accosta alla fisionomia del sistema delle misure di sicurezza dell’imputabile là dove dà rilievo ai precedenti penali, ma se ne distacca dal giudizio di pericolosità tipico di quel sistema, non solo perché si dà rilievo anche a precedenti diversi dalle sentenze definitive di condanna, ma anche perché, mancando l’accertamento del fatto, manca la possibilità di completare e chiudere il giudizio attraverso l’attualizzazione del pericolo.

Insomma, il giudizio di pericolosità finisce per esaurirsi nell’accertamento del fatto sospettato che a sua volta si riduce all’accertamento dei precedenti.

Quindi si deve fare a meno delle misure personali di prevenzione? Direi assolutamente di no, ma dall’analisi qui compiuta emerge come esse debbano essere previste per una criminalità peculiare che consenta di compiere un vero e proprio giudizio di pericolosità. Ecco allora che le misure di prevenzione devono riferirsi a una criminalità che consente di basarsi su indici ulteriori rispetto ai meri precedenti, indici ulteriori che possono essere ricavati solo in presenza di una criminalità che si caratterizza per una certa continuità e protrazione nel tempo. Ed è proprio quanto cerca di fare la giurisprudenza quando viene in gioco la criminalità organizzata⁵. Insomma, la mancanza di un fatto accertato può essere sopperita soltanto dalla durata dell’illecito sospettato e dalla sua continuità risultando necessari e sufficienti come indici di pericolosità collegamenti con un certo ambiente che perdura⁶.

⁴ In argomento, cfr. Cass. pen., Sez. Un., n. 111/2018, Gattuso; nonché, più di recente, Cass. pen., Sez. I, n. 43826/2018, Righi. Inoltre, R. MAGI, [Per uno statuto unitario dell’apprazzamento della pericolosità sociale](#), in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 3, p. 135. ss.; F. PALAZZO, [Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum](#), in *disCrimen*, 12 settembre 2018, p. 16 ss.

⁵ Cass. pen., Sez. Un., n. 111/2018, Gattuso.

⁶ E ciò in piena conformità a quanto richiesto dalla sentenza n. 177/1980 della Corte costituzionale, sentenza davvero chiave in tema di misure di prevenzione: «decisivo è che anche per le misure di prevenzione, la descrizione legislativa, la fattispecie legale, permetta di individuare la o le condotte dal cui

Se tutto questo è fondato, si aprono problemi di legittimità non solo per tutte le ipotesi “monosoggettive” ed “episodiche” previste dall’art. 4, ma anche per tutte le ipotesi “abituale” che tuttavia non si basano sulla criminalità organizzata, comprese quelle previste dall’art. 1.

accertamento nel caso concreto possa fondamentalmente dedursi un giudizio prognostico, per ciò stesso rivolto all’avvenire».