

Il doppio binario nel sistema penale italiano

Marco Pelissero

Sommario: 1. Obiettivo; 2. La logica del doppio binario e la sua crisi; 3. Il ricorso marginale alle misure di sicurezza: la conferma dei dati statistici; 4. La riscoperta delle potenzialità del doppio binario in altri sistemi europei; 5. La disciplina del doppio binario in Italia alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale e della CorEDU; 6. I mutamenti delle logiche di controllo dell'autore pericoloso: dal doppio binario alla pluralità dei binari; 6.1. Pluralità di binari all'interno della pena; 6.2. Pluralità dei binari prima della pena; 6.3. Pluralità di binari al di fuori della una pena; 7. L'autore pericoloso nello stato di prevenzione.

1. *Obiettivo*

Storicamente è in Italia che si è per la prima volta sperimentato il sistema sanzionatorio a doppio binario, che prevede accanto alle pene per i soggetti imputabili le misure di sicurezza per i soggetti pericolosi. Questo sistema ha mostrato i profili più vessatori nei confronti dei soggetti imputabili e semimputabili ai quali si applicano congiuntamente l'uno e l'altro tipo di sanzione.

L'Italia è però anche il luogo dove si assiste alla crisi ed alla trasformazione del sistema a doppio binario. Obiettivo della mia relazione è spiegare come nel nostro sistema sia oramai da anni in corso una profonda crisi del doppio binario che solleva problemi di compatibilità con i principi costituzionali e, specie dopo le prese di posizione della CorEDU sulla disciplina della custodia di sicurezza in Germania, anche con le garanzie della CEDU. Vedremo tuttavia come la crisi del sistema sanzionatorio a doppio binario non significhi affatto crisi dell'idea di un controllo penale della pericolosità dell'autore: dal doppio binario si è infatti passati alla pluralità dei binari preventivi all'interno ed al di fuori della pena.

2. *La logica del doppio binario e la sua crisi*

È soprattutto rispetto ai soggetti riconosciuti, totalmente o parzialmente, responsabili che la ricerca di soluzioni strategiche finalizzate ad una prevenzione efficiente del rischio reato ha sollevato maggiori problemi di compatibilità con il sistema delle garanzie personali e con le sovrastrutture dogmatiche. Se, infatti, per i soggetti non imputabili autori di reato il rischio di recidiva è stato comunque controllato attraverso forme di internamento anche al di fuori del sistema penale (semmai la discussione, pur dogmaticamente complessa, si pose nei termini di inclusione di

tale controllo all'interno del sistema penale)¹, per i soggetti imputabili, che già si trovavano all'interno del sistema penale, era necessario conciliare le funzioni della pena con la prevenzione della pericolosità.

Con il sistema sanzionatorio a doppio binario il codice penale Rocco tentò di conciliare i principi della scuola classica di diritto penale con quelli della scuola positiva: da un lato, l'idea di un uomo libero e responsabile da punire con una pena retributiva, dall'altro un uomo pericoloso, condizionato da una pluralità dei fattori sociali, ambientali, patologici, da controllare attraverso misure di sicurezza.

Il risultato fu un sistema sanzionatorio incapace di concepire una sanzione unica in grado di assolvere a diverse funzioni (retribuzione, prevenzione generale prevenzione speciale), come invece seppe proporre la *Zweckstrafe* di Franz von Liszt. Nell'ottica dei redattori del codice penale, invece, retribuzione e prevenzione erano inconciliabili che imponevano sanzioni diverse al loro servizio, diverse non solo nel nome e nella funzione, ma anche nelle regole di disciplina:

- a) da un lato, le pene retributive, determinate nella loro durata, in proporzione alla gravità del fatto ed alla colpevolezza del soggetto
- b) dall'altro lato, le misure di sicurezza a contenuto preventivo e di difesa sociale (colonia agricola o casa di lavoro, casa di cura e di custodia, libertà vigilata), rapportate alla pericolosità del soggetto, ossia alla probabilità di commissione di nuovi reati, e di durata non predeterminata, ma destinate a perdurare con il perdurare della pericolosità sociale, la cui persistenza o cassazione va accertata attraverso il riesame periodico della pericolosità. Si tratta di un sistema massimamente flessibile, massimamente indeterminato, massimamente agarantista.

Segnalo alcuni elementi di disciplina essenziali alla comprensione del sistema italiano:

- il presupposto per l'applicazione delle mds è la pericolosità sociale, oggi rimessa all'accertamento del magistrato, ma nella versione originaria del codice era presunta dalla legge che identificava figure soggettive di autore pericoloso (l'infermo di mente, il delinquente abituale, professionale, per tendenza);

- le misure di sicurezza hanno una durata minima che varia in relazione alle diverse misure, anche se, a differenza della disciplina originaria, oggi il giudice può far cessare la misura prima del decorso del termine minimo;

¹ Considerata l'ampiezza della bibliografia, si rinvia solo ai principali lavori monografici: I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978; L. FIORAVANTI, *Le infermità psichiche nella giurisprudenza penale*, Padova, 1988; M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale italiano*, Milano, 1990; A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997; M.T. COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007; sia consentito altresì il rinvio a M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 79 ss.

- durata non predeterminata, ma sottoposta al regime di riesame periodico della pericolosità;
- retroattività della disciplina delle misure di sicurezza a differenza della irretroattività delle pene (si veda la differenza tra gli artt. 2 e 200 c.p.): tale disciplina discende dal fatto che, trattandosi di strumenti diretti a prevenire la commissione di ulteriori reati, non deve essere assicurato ai consociati alcun affidamento in ordine alla prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie, ma va applicata la disciplina vigente al tempo dell'applicazione delle misure di sicurezza, anche se più sfavorevole rispetto a quella vigente al tempo del commesso reato.

Il sistema del doppio binario era dunque doppiamente vessatorio, specie laddove uno stesso soggetto era destinatario di entrambe le sanzioni, e si adeguava alle esigenze di rigore della politica criminale del fascismo che mescolava severità delle pene (attestate su limiti edittali alti) con un apparato flessibile di misure di sicurezza, indeterminate nel presupposto (il giudizio prognostico di pericolosità sociale) e nella durata.

Se non che, la disciplina originaria del codice Rocco entrò progressivamente in crisi con l'entrata in vigore della Costituzione e l'affinamento della cultura giuridica italiana al rispetto delle garanzie individuali. Gli elementi di crisi possono essere così sintetizzati.

A) Si assistette alla riduzione nel ricorso alle misure di sicurezza per effetto della abolizione delle presunzioni di pericolosità sociale, a causa dapprima di alcune sentenze della Corte costituzionale e poi per scelta definitiva del legislatore il quale nel 1986 statuí che le misure di sicurezza potessero essere applicate solo previo accertamento della pericolosità sociale. Va detto che in Italia l'abolizione della pericolosità sociale presunta è principalmente dovuta alle correnti del pensiero psichiatrico che hanno spezzato il binomio malattia mentale-pericolosità sociale, un binomio che costituiva la base della vecchia disciplina dei manicomi comuni (aboliti dal 1978).

B) La rigida dicotomia di funzioni tra pene e misure di sicurezza si affievolisce: le pene assumono funzioni proprie delle misure di sicurezza;

- le misure di sicurezza hanno assunto funzioni proprie delle pene.

Questa perdita di specificità delle due sanzioni e la progressiva osmosi delle loro funzioni sono l'effetto di una serie di fattori che operano sul piano giuridico, culturale e della prassi applicativa.

a) *Piano giuridico*: la Costituzione menziona sia le pene (artt. 25, comma 2 e 27, comma 3) che le misure di sicurezza (art. 25, comma 3) non per costituzionalizzare il doppio binario, ma semplicemente per garantire anche alle misure di sicurezza la riserva di legge. Importa qui rilevare che la Costituzione prende espressamente posizione sulla funzione di prevenzione speciale delle

pene (“le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”: art. 27, comma 3 Cost.): dunque, la pena cessa di essere solo retribuzione e la prevenzione non è più solo elemento funzionale delle misure di sicurezza;

b) *Piano dottrinale*: nella prevalente dottrina italiana – salvo residui più legati ad una impostazione vetero-cattolica – è progressivamente tramontata l’idea della pena retributiva nella consapevolezza che in uno Stato laico la pena non può che assolvere le funzioni di prevenzione generale e speciale. A questa consapevolezza si accompagna il rilievo che le misure di sicurezza costituiscono il ramo secco del sistema sanzionatorio penale italiano, come confermano gli stessi progetti di riforma della parte generale del codice penale italiano che, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, hanno costantemente riproposto la riduzione drastica del ricorso alle misure di sicurezza (Progetti Pagliaro, Grosso, Nordio, Pisapia): queste vanno applicate ai soli soggetti non imputabili (con garanzie maggiori di quelle attuali, ad es. prevedendo limiti massimi di durata), mentre gli autori imputabili sono destinatari solo di pene e gli autori semi-imputabili vanno assoggettati ad un particolare percorso penitenziario che consenta di conciliare esigenze di difesa sociale con quelle di cura.

c) *Piano della prassi applicativa*: l’idea che le misure di sicurezza abbiano uno scopo puramente preventivo che ne esclude il carattere afflittivo costituisce una pura mistificazione perché la privazione della libertà personale ha sempre una componente afflittiva che trova nella prassi applicativa un preciso riscontro: la misura di sicurezza detentiva per i soggetti imputabili (la colonia agricola o casa di lavoro) si esegue in strutture penitenziarie; le strutture deputate alla esecuzione delle misure dell’ospedale psichiatrico giudiziario, per non imputabili, e della casa di cura e di custodia, per semi-imputabili, versano spesso in condizioni tali da non garantire il benché minimo rispetto della dignità personale degli internati, ristretti in spazi alienanti dove al percorso riabilitativo si privilegiano neutralizzazione e difesa sociale. È il quadro che è drammaticamente emerso dai risultati dell’indagine condotta dalla Commissione presieduta dal Senatore Marino sugli o.p.g.².

Le misure di sicurezza appaiono di fatto strumenti di neutralizzazione e di difesa sociale più che luoghi di rieducazione e riabilitazione.

Oggi in Italia l’effettività del controllo penale della pericolosità sociale non si gioca più sul terreno delle misure di sicurezza, che hanno una applicazione limitata, ma su quello della pena, che ha assunto anche la funzione di controllo della pericolosità sociale.

² *Relazione sulle condizioni di vita e cura all’interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, approvata dalla Commissione nella seduta del 20 luglio 2011, XVI Legislatura, Doc. XXII-bis, n. 4, p. 12-13.

3. Il ricorso marginale alle misure di sicurezza: la conferma dei dati statistici

Se ora, dalle considerazioni teoriche passiamo a considerare i dati statistici noteremo che il ricorso alle misure di sicurezza è estremamente contenuto.

Su una popolazione di 66897 detenuti (dati riferiti al 31.12.2011), solo 74 sono assoggettati alla misura di sicurezza prevista per i soggetti imputabili (colonia agricola o casa di lavoro).

Più consistente è il numero dei soggetti ricoverati in ospedale psichiatrico giudiziario, tra i quali devono essere anche inclusi i soggetti ai quali è applicata la misura di sicurezza della casa di cura e di custodia destinata ai soggetti con imputabilità diminuita per vizio di mente, assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti, sordomutismo (le due misure sono eseguite negli stessi istituti in reparti differenziati). I dati a disposizione, tratti dalle rilevazioni inviate il 6.7.2011 dagli ospedali psichiatrici alla Commissione parlamentare di inchiesta, sono i seguenti: 803 internati, di cui 514 in esecuzione della misura dell'ospedale psichiatrico giudiziario per soggetti totalmente non imputabili e 289 in esecuzione della casa di cura e di custodia per soggetti semi-imputabili (questi dati si riferiscono esclusivamente ai soggetti ai quali sono state applicate in via definitiva tali misure).

Più consistente è il ricorso alla misura della libertà vigilata, misura di sicurezza non detentiva: al 31.12.2011 erano in corso 3038 esecuzioni di questa misura.

Questi dati evidenziano che i giudici italiani applicano in modo del tutto marginale le misure di sicurezza, specie ai soggetti riconosciuti pienamente imputabili. La loro applicazione resiste solo laddove l'autore del reato sia affetto da un vizio di mente, totale o parziale, che garantisce una base al giudizio prognostico: ma anche in questo settore, una nuova legge ha previsto nuove modalità di esecuzione della misura di sicurezza attraverso meno custodia e più riabilitazione al di fuori del sistema penale (l. 17 febbraio 2012, n. 9).

Questa recessione nel ricorso alle misure di sicurezza detentive nel sistema italiano ha un duplice effetto.

In relazione ai soggetti imputabili, il giudizio di pericolosità sociale è rimesso al giudice che non può avvalersi di una perizia criminologica, che il codice di procedura penale espressamente vieta (art. 220 c.p.p.), e dispone, di conseguenza, esclusivamente della carriera criminale dell'autore.

In relazione ai soggetti affetti da una infermità di mente, la riforma del 1978 sul trattamento del malato di mente, che ha portato alla chiusura degli ospedali psichiatrici, ha rotto il binomio malattia-pericolosità sociale figlio della legge manicomiale del 1904 con l'effetto di privilegiare l'adozione di misure non custodiali anche per i malati di mente autori di reati. Ciò spiega l'orientamento favorevole alla chiusura anche degli o.p.g. italiani.

È possibile, dunque, affermare che nel sistema penale italiano le misure di sicurezza, pur presenti ed ampiamente disciplinate, costituiscono l'*extrema ratio* della politica criminale preventiva sia per l'effetto di sentenze della Corte costituzionale e di scelte fatte dal legislatore, sia per il riscontro marginale nella prassi applicativa.

4. La riscoperta delle potenzialità del doppio binario in altri sistemi europei

Queste riflessioni sul sistema italiano appaiono in controtendenza rispetto agli sviluppi che hanno registrato altri sistemi penali europei nella prevenzione dell'autore pericoloso attraverso una *renaissance* nel ricorso alle misure di sicurezza custodiali: in Germania e Svizzera, che sono paesi di tradizionale impostazione a doppio binario, le misure di sicurezza sono state ampliate; in Francia, tradizionalmente estranea alla logica del doppio binario, il controllo preventivo dell'autore pericoloso è avvenuto attraverso l'introduzione della *retention de sûreté* e lo spostamento dal versante amministrativo a quello penale del controllo preventivo dell'autore non imputabile. Si tratta, dunque, di indirizzi di politica criminale diametralmente opposti a quelli presenti in Italia.

Questi sistemi penali hanno potenziato gli strumenti di prevenzione della pericolosità degli autori imputabili in stretta connessione con lo sviluppo delle politiche penali securitarie, supportate da indirizzi criminologici che, sul presupposto del criminale come soggetto "diverso"³, hanno spostato l'attenzione dal disvalore del fatto alla pericolosità dell'autore. Nella società del rischio diventa "rischio sociale" non solo la probabilità di incorrere in una infrazione penale⁴, ma anche quella di essere vittima di un reato: nel primo caso, l'accento è posto sul rischio di diventare autori di reato, nel secondo caso prevale il rischio di vittimizzazione. Di qui l'attivazione di strategie preventive che potenziano il ricorso alle misure di sicurezza che rappresentano uno strumento di controllo flessibile, allo stesso modo in cui è flessibile il giudizio prognostico che ne legittima l'applicazione in sostituzione o in aggiunta alla pena.

Questa riscoperta delle potenzialità del doppio binario, pur nella specificità di disciplina dei diversi sistemi, si muove secondo direttrici di politica penale omogenee.

In primo luogo, il rafforzamento degli strumenti di prevenzione della criminalità non passa (o non passa solo) attraverso l'aggravamento della pena per il fatto commesso, ma anche attraverso la *previsione di nuove misure di sicurezza*, in funzione di neutralizzazione della pericolosità del soggetto. Questo dato interessa sia le misure custodiali sia le misure di controllo in libertà, analoghe

³ D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e disordine sociale nel mondo contemporaneo* (2001), Milano, 2007, 240.

⁴ F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, 7.

alla nostra libertà vigilata, che costituisce uno strumento meno invasivo di controllo della pericolosità sociale, ma in grado di garantire, in caso di violazione delle prescrizioni imposte, la trasformazione della misura in libertà in una misura custodiale.

Un secondo elemento che accomuna questi sistemi penali è costituito dai *destinatari delle misure di sicurezza*, tipizzati secondo figure di pericolosità specifica sulla base di due presupposti:

- oggettivamente, le misure sono destinate ad autori di reati gravi (fatti che comportano gravi aggressioni a beni personali tramite violenza o violazione della libertà di autodeterminazione sessuale); questi stessi reati costituiscono anche oggetto del giudizio prognostico, in modo da assicurare omogeneità tra reati-presupposto e reati-attesi;

- soggettivamente, è necessario che il fatto commesso sia espressione di un disturbo della personalità, che non escluda la capacità di intendere e volere dell'autore (si applicherebbe altrimenti le specifiche misure terapeutiche previste dai diversi sistemi per i soggetti privi di capacità o con capacità ridotta). Assistiamo, cioè, alla patologizzazione dell'autore imputabile al fine di garantire un controllo preventivo anche rispetto a coloro che la scienza considera imputabili. Nelle nuove misure di sicurezza il disturbo della personalità fonda la pericolosità sociale, ma la funzione di tali misure sembra essere più di difesa sociale che di supporto terapeutico.

Un ultimo elemento comune alle politiche criminali nei paesi che hanno potenziato le misure di sicurezza è costituito dalle ragioni che hanno portato alla approvazione di nuove leggi. In Germania, Francia e Svizzera il fattore scatenante è costituito da *reati efferati che hanno avuto ampia risonanza nella cronaca e nell'opinione pubblica* ed hanno indotto il legislatore ad approvare nuove leggi al fine di soddisfare le richieste di maggior sicurezza.

5. La disciplina del doppio binario in Italia alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale e della CorEDU

Quale possibile sviluppo può avere in Italia il sistema a doppio binario, alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale e della CorEDU? In particolare, le sentenze della Corte europea che in questi ultimi anni hanno interessato direttamente la disciplina tedesca delle custodia preventiva come si riflette sulla disciplina italiana? La disciplina italiana delle misure di sicurezza detentive per soggetti imputabili rischia di fare la stessa fine della *Sicherungsverwahrung* tedesca?

Dirò subito che la marginalità del ricorso a misure di sicurezza detentive per soggetti imputabili non deve rendere meno visibili profili di contrasto con la CEDU e, di qui, con l'art. 117 Cost., che impone alle leggi italiane di rispettare le norme convenzionali.

Alla luce della giurisprudenza della CorEDU⁵ le misure di sicurezza, del tipo di quelle previste dal codice Rocco, di durata indeterminata in funzione di controllo della pericolosità sociale possono essere legittimate in due casi:

a) in presenza di un mental disease (art. 5, lett. e): misure di sicurezza per soggetti non imputabili e semi-imputabili;

b) in presenza di un collegamento causale tra il fatto oggetto della condanna e la misura privativa della libertà personale (art. 5, lett. a): in tal caso sembrano legittimarsi le misure di sicurezza per i soggetti imputabili. Il reato commesso costituisce non solo condizione di applicazione della misura di sicurezza, ma anche limite alle istanze preventive. Il che, a mio avviso, indica che il giudizio prognostico di pericolosità deve trovare la propria base nel reato commesso in un duplice senso: da un lato, una misura fortemente limitativa della libertà personale non può essere applicata che in relazione a reati di una certa gravità; dall'altro lato, la prognosi deve essere riferita a reati ugualmente gravi il cui rischio di commissione è indiziato proprio dal reato commesso (il che segnalerà anche la necessità di una omogeneità tra reato commesso e reato oggetto del giudizio prognostico). È il principio di proporzione che deve essere valorizzato, anche nella prospettiva fatta propria dalla CordEDU.

Al contempo, ci dice sempre la Corte, non si può giustificare l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva solo in ragione della funzione preventiva dalla stessa svolta, se poi di fatto la sua esecuzione non si differenzia da quella di una pena. Proprio perché anche le misure di sicurezza hanno carattere afflittivo (tanto più a causa della loro durata indeterminata), è necessario assicurare che la differenza di funzioni tra pene e misure di sicurezza si traduca anche in differenti modalità esecutive, così da garantire i supporti riabilitativi e risocializzativi necessari a consentire al soggetto di interrompere quanto prima l'esecuzione della misura.

Ora, la disciplina delle misure di sicurezza nel sistema italiano appare del tutto inadeguata. Anzitutto, è inadeguata sul piano normativo.

Se la Corte europea insiste nel dare importanza fondamentale al principio di proporzione che impone di contenere il ricorso alle misure di sicurezza detentive quale ultima ratio di controllo della pericolosità sociale nella politica criminale di uno Stato di diritto, allora lo stesso presupposto di applicazione delle misure di sicurezza in Italia risulta eccessivamente ampio e indeterminato: l'art. 203 c.p. presuppone una nozione generica di pericolosità sociale, intesa come mera probabilità di commettere reati, quindi qualsiasi tipologia di reato (delitto o contravvenzione che sia). De iure

⁵ Si vedano in particolare le pronunce sulla disciplina tedesca: C. eur. dir. uomo, 13 gennaio 2011, ric. n. 17792/07, Kallweit c. Germania; ric. n. 20008/07, Mateus c. Germania; ric. n. 27360/04 e 42225/07, Schummer c. Germania. Per un commento alle sentenze v. G. ABBADESSA, *Tre sentenze sulla 'custodia di sicurezza' (Sicherungsverwahrung) nell'ordinamento tedesco, e sull'obbligo dello Stato di adeguarsi ai giudicati della Corte*, in www.penalecontemporaneo.it.

condendo, se si vorrà mantenere il sistema a doppio binario, sarà necessario limitare l'applicazione delle misure di sicurezza custodiali attraverso due requisiti: delimitare i reati-presupposto che giustificano l'applicazione della misura e rivedere la nozione di pericolosità sociale limitando l'oggetto del giudizio prognostico a reati di particolare gravità (reati commessi con violenza, violazione della libertà sessuale). Solo in tal modo la misura di sicurezza potrà essere giustificata. De iure condito, però, credo che il principio di proporzionalità imponga sin da subito ai giudici di delimitare l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva solo in presenza del rischio di commissione di gravi reati.

Ugualmente ravviso un contrasto con i principi affermati dalla CorEDU nell'assenza del principio di vicarietà nella disciplina italiana. Se, come ci dice la Corte, anche le misure di sicurezza hanno carattere afflittivo, non vedo per quale ragione il periodo trascorso in esecuzione della misura di sicurezza, qualora sia anteposta a quella della pena, non possa essere scomputato dal tempo della pena. Mi sembra abnorme la disciplina dell'art. 220 c.p.: prevede la possibilità di eseguire, prima della pena, la misura di sicurezza della casa di cura e di custodia, ma, una volta cessata quest'ultima, per venir meno della pericolosità del soggetto, è necessario eseguire la pena. In tal modo si precostituiscono i presupposti per far tornare nuovamente pericoloso chi aveva cessato di esserlo! Questa disciplina è l'effetto della rigida dicotomia di funzioni tra pene e misure di sicurezza accolta dal codice penale italiano del 1930 che si scontra con il riconoscimento, anche da parte della CorEDU, del carattere afflittivo di entrambe le sanzioni. E contrasta con quanto nel 2003 (sent. 18 luglio 2003, n. 253) ha affermato la nostra Corte costituzionale che, pronunciandosi in relazione alle misure di sicurezza per soggetti infermi di mente, ha statuito che tali misure devono essere finalizzate ad assicurare «contemporaneamente ...queste finalità, collegate e non scindibili (cfr. sentenza n. 139 del 1982), di cura e tutela dell'infermo e di contenimento della sua pericolosità sociale. Un sistema che rispondesse ad una sola di queste finalità (e così a quella di controllo dell'infermo "pericoloso"), e non all'altra, non potrebbe ritenersi costituzionalmente ammissibile. Di più, le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente»⁶.

La situazione italiana è anche inadeguata sul piano della prassi applicativa. L'esecuzione delle misure di sicurezza per i soggetti imputabili non si differenzia sostanzialmente dalle pene detentive, in modo non dissimile dalla situazione della *Sicherungsverwahrung* tedesca; la situazione dell'esecuzione è così compromessa che il Parlamento si è impegnato a chiudere definitivamente gli attuali ospedali psichiatrici esistenti imponendo ad adeguate strutture sanitarie regionali di prendere in carico gli internati dimessi entro il mese di marzo 2013 (un impegno che rischia di rimanere solo

⁶ Corte cost. 18 luglio 2003, n. 253.

sulla carta se le regioni non riusciranno ad attrezzarsi con le necessarie strutture). Davanti alla CorEDU la disciplina italiana delle misure di sicurezza detentive per soggetti imputabili, semi-imputabili e non imputabili rischia, dunque, di fare la stessa fine della tedesca *Sicherungsverwahrung*.

6. I mutamenti delle logiche di controllo dell'autore pericoloso: dal doppio binario alla pluralità dei binari

Va detto che in Italia il tramonto del doppio binario non ha significato il tramonto dell'idea preventiva, perché la strategia del doppio binario, pena-misura di sicurezza, ha lasciato il posto alla strategia della pluralità dei binari a scopi preventivi. I binari preventivi sono oggi molto più articolati e si collocano in parte all'interno della pena, in parte prima della pena ed in parte ancora al di fuori della pena.

6.1. Pluralità di binari all'interno della pena

Nel sistema italiano le esigenze di controllo della pericolosità dell'autore trovano oggi più adeguata collocazione all'interno della pena sui due versanti della recidiva e della pluralità dei percorsi penitenziari.

Quanto alla recidiva, il legislatore con la l. n. 251 del 2005 ha inasprito il trattamento sanzionatorio per i recidivi, ossia per coloro che abbiano commesso un delitto non colposo dopo la precedente sentenza di condanna per un delitto non colposo (art. 99 c.p.): un più consistente aumento della pena, limiti alla rilevanza delle circostanze attenuanti, limiti di accesso ai benefici penitenziari; gli effetti della recidiva sono ancor più pesante per i recidivi reiterati. In dottrina e giurisprudenza è discussa la ratio di questo più severo regime sanzionatorio, fondato sulla maggior colpevolezza del soggetto, che torna a delinquere dopo una precedente sentenza di condanna, o sulla maggiore pericolosità dell'autore, di cui il reato è sintomo⁷. Anche la Corte costituzionale ravvisa nella recidiva l'espressione «della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità» del soggetto⁸. La prevenzione dell'autore pericoloso è dunque affrontata all'interno della pena, ossia con sanzioni sempre determinate nel loro massimo edittale, e non attraverso la disciplina delle

⁷ Per un'ampia analisi sulle diverse posizioni assunte in dottrina si rinvia a AMBROSETTI 1997, 9 ss.

⁸ Corte cost. 14 giugno 2007, n. 192, in *Dir. pen. proc.* 2008, 327; analogamente Cass. 3 maggio 2007, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, 870 ss. e specialmente 878, dove, interrogandosi sulla facoltatività della recidiva, afferma che questa «comporta un accertamento in concreto della particolare insensibilità e pericolosità sociale del soggetto».

misure di sicurezza che avrebbe consentito l'applicazione di sanzioni di durata indeterminata rapportata alla pericolosità del condannato.

Da tempo le esigenze di deterrenza e di controllo della pericolosità sociale sono state valorizzate anche attraverso la pluralità dei percorsi penitenziari all'interno della pena che danno luogo a veri e propri binari con specificità proprie che danno della pena detentiva un peso ed uno spessore differente. Queste direttrici di intervento si sono manifestate nei settori della criminalità connotati da elevata pericolosità sociale e da elevato allarme sociale, ossia in settori rispetto ai quali avrebbero potuto essere potenziate anche le misure di sicurezza:

a) la risposta alla criminalità organizzata si è sviluppata secondo una duplice strategia che si è tradotta, da un lato, nell'aggravamento delle pene (aumento dei limiti edittali di pena; disciplina più severa in tema di circostanze del reato in modo da non far soccombere le aggravanti in presenza di attenuanti) e dall'altro lato nella previsione di un percorso penitenziario che consente l'accesso ai benefici penitenziari (assegnazione al lavoro all'esterno, permessi premio, misure alternative alla detenzione) solo se il detenuto collabora con la giustizia, ossia se adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata conseguenze ulteriori o aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti o la cattura degli autori dei reati (art. 4-*bis*, commi 1 ord. penit.). A ciò si aggiunga un più severo regime penitenziario (c.d. "carcere duro", previsto dall'art. 41-*bis* ord. penit.) che limita i contatti del condannato con l'esterno al fine di prevenire i contatti con l'organizzazione criminale;

b) la risposta ai reati sessuali prevede un particolare percorso penitenziario a differenza dei paesi che innanzi citavo che hanno invece privilegiato il potenziamento delle misure di sicurezza: la l. 15 luglio 2009, n. 94 ha inserito all'art. 4-*bis* ord. penit. il comma 1-*quater*: «i benefici di cui alla comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno». Anche in questo caso si crea all'interno della pena un percorso penitenziario che limita temporalmente l'accesso ai benefici e solo a seguito del giudizio positivo derivato dall'osservazione scientifica della personalità del detenuto finalizzata ad escludere il pericolo di commissione di nuovi reati della stessa specie.

In tutti questi casi, le esigenze di difesa sociale sono, dunque, soddisfatte all'interno della pena, il cui limite massimo funge da garanzia alle istanze preventive della politica criminale.

6.2. Pluralità dei binari prima della pena

La funzione di prevenzione della pericolosità sociale può essere anche svolta dalla custodia cautelare in carcere, in quanto tra le esigenze cautelari è espressamente contemplato il rischio che il soggetto possa commettere reati della specie di quello già commesso. Anche rispetto alla custodia cautelare il legislatore ha previsto una pluralità di binari preventivi. Per certe tipologie di reato il legislatore ha introdotto all'art. 275 c.p.p. una duplice presunzione: di sussistenza delle esigenze cautelari, salvo che il giudice ne accerti la mancanza (presunzione relativa); di adeguatezza della sola custodia in carcere a fronteggiare le esigenze cautelari (presunzione assoluta). Questa disciplina ha superato il vaglio della Corte costituzionale e dei giudici di Strasburgo in relazione ai reati di criminalità organizzata, rispetto ai quali è ragionevole la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere considerato il fenomeno della criminalità organizzata e la necessità di neutralizzare i collegamenti tra il soggetto destinatario della misura e l'organizzazione⁹. Non altrettanto ragionevole è apparsa l'estensione di questa disciplina presuntiva ad altri reati: in relazione ai reati di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti¹⁰, omicidio¹¹, immigrazione clandestina¹², l'art. 275 c.p.p. è stato dichiarato incostituzionale nella parte in cui non prevede la possibilità di applicare misure diverse dalla custodia cautelare, laddove dal caso concreto risulti che le stesse siano idonee a soddisfare le esigenze cautelari.

Ora, ai fini del mio ragionamento, interessa rilevare che la Corte costituzionale (sent. 265/2010, p. 5 e 11). ha denunciato la distorsione nell'uso della custodia cautelare, utilizzata non in funzione preventiva della pericolosità soggettiva dell'indagato (il che la renderebbe legittima anche alla luce dell'art. 5, lett. c) CEDU), ma come strumento di prevenzione dell'allarme sociale, in funzione placativa dell'allarme che la commissione del reato desta nella collettività: la misura cautelare viene applicata non per prevenire il rischio concreto di commissione di reati, ma per prevenire il senso di insicurezza collettiva che deriverebbe da una pena che, destinata ad essere applicata troppo in là nel tempo, non si mostra in grado di soddisfare le esigenze di giusta punizione.

6.3. Pluralità di binari al di fuori della una pena

Ma la strategia di prevenzione della pericolosità sociale si è mossa ben oltre l'orizzonte della pena attraverso una serie di strumenti di controllo degli autori pericolosi anche attraverso misure diverse dalla pena, ma con un contenuto sostanzialmente afflittivo.

⁹ Corte cost. 450/1995; CorEDU 6 novembre 2003, Pantano contro Italia.

¹⁰ Corte cost., 22 luglio 2011, 231.

¹¹ Corte cost. 22 luglio 2011, n. 239.

¹² Corte cost. 16 dicembre 2011, n. 331.

a) Anzitutto, vi è stato un potenziamento delle misure di prevenzione personali, anch'esse fondate sulla pericolosità sociale che prescinde dalla stessa commissione di un reato ed ancorate al sospetto che il soggetto abbia commesso un reato o possa commetterlo: spetta al questore applicare le misure di prevenzione del foglio di via obbligatorio e dell'avviso orale a coloro che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che siano dediti a traffici delittuosi o che vivano abitualmente, anche in parte con i proventi di attività delittuose o che siano 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; spetta invece al giudice applicare la più pesante misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, eventualmente aggravata dal divieto di soggiorno in uno o più comuni o in una o più province, ovvero dall'obbligo di soggiornare nel comune di residenza o dimora abituale, agli indiziati di una serie di reati attinenti alla criminalità organizzata, comune e politica, o indiziati di reati di neofascismo, genocidio (v. artt. 1-6 d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, c.d. codice antimafia).

La disciplina delle misure di prevenzione è stata potenziata anche come strumento di controllo dei soggetti politicamente pericolosi già nel 1975 (l. 22 maggio 1975, n. 152) ed ora confluite nel codice antimafia: le misure di prevenzione di applicano a coloro che compiono atti preparatori diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato o atti preparatori diretti alla ricostituzione del disciolto partito fascista.

Le misure di prevenzione hanno finito per costituire lo strumento privilegiato anche per contrastare la violenza negli stadi, sino dal 1989: si prevede che nei confronti delle persone che risultano denunciate o condannate per aver preso parte attiva ad episodi di violenza su persone o cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive, o che nelle medesime circostanze abbiano incitato, inneggiato o indotto alla violenza, il questore possa disporre il divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive (art. 6 l. 13 dicembre 1989, n. 401). L'art. 4 lett. i) codice antimafia prevede che alle persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva in più occasioni alle manifestazioni di violenza sportiva possa essere applicata la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza.

b) La strategia preventiva si è tradotta anche nel ricorso alla privazione della libertà personale quale misura amministrativa nei confronti dei cittadini extracomunitari irregolari (art. 13 d. lgs. n. 286/1998 e successive modificazioni): la misura ha una funzione preventiva rispetto allo stato di permanenza illegale sul territorio dello Stato. Ora, se si considera la permanenza nei c.i.e. può essere prolungata sino a 18 mesi, mentre per il reato di permanenza illegale nel territorio dello stato è prevista solo una sanzione pecuniaria, appare evidente la maggiore afflittività della misura amministrativa rispetto alla sanzione penale: è la conseguenza della logica preventiva perché allo

Stato non interessa tanto punire lo straniero irregolare per un fatto, quanto prevenire la pericolosità dello straniero insita nella sua permanenza illegale sul territorio dello Stato. La disciplina penale-amministrativo dell'immigrazione si sposta dal diritto penale del fatto al diritto penale dell'autore e gli strumenti sanzionatori non possono che adeguarsi a questo mutamento di prospettiva.

7. *L'autore pericoloso nello stato di prevenzione*

In Italia, dunque, ad una prassi sempre più recessiva nell'applicazione delle misure di sicurezza detentive, ha fatto riscontro il potenziamento del controllo dell'autore pericoloso attraverso una pluralità di altre forme di controllo preventivo della pericolosità. Questo sviluppo non fa che riflettere gli orientamenti preventivi del diritto penale della modernità. L'ampliamento del ricorso allo strumento penale ha mostrato in questi ultimi anni una forte tendenza ad anticipare il controllo penale¹³: attraverso il ricorso a fattispecie a tutela anticipata per prevenire fatti pericolosi (delitti di attentato, punibilità di atti preparatori, reati associativi, reati di pericolo); attraverso il potenziamento della funzione di prevenzione delle sanzioni per prevenire l'autore pericoloso. Il diritto penale è sempre meno diritto penale del fatto e sempre più diritto penale d'autore.

Quale futuro può avere il doppio binario pene-misure di sicurezza nel sistema italiano? Personalmente non mi convincono sistemi penali connotati dalla indeterminatezza nella durata della pena detentiva perché incidono in modo eccessivo sulle garanzie personali, considerato che la protrazione della sanzione è condizionata da un giudizio prognostico di pericolosità sociale che sarà sempre ontologicamente incerto, per quanto possa essere delimitato sul piano normativo: in uno Stato di diritto è imprescindibile la garanzia insita in pene delimitate nel massimo.

Più realisticamente, però, alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale e della CorEDU non vi sono ragioni che giustifichino l'abolizione *tout court* del sistema delle misure di sicurezza, ma certamente ve ne sono molte, e fondate, che giustificano il suo contenimento nei limiti della *extrema ratio* in forza di quel principio di proporzione che è a fondamento delle pronunce della CorEDU, un principio accolto espressamente nel codice penale tedesco e che manca, purtroppo, nella legge italiana. Il principio di proporzione dovrebbe quindi limitare in termini drastici il ricorso a misure custodiali fondate sulla prevenzione della pericolosità:

- delimitazione del giudizio di pericolosità sociale al rischio di commissione di gravi reati;
- presenza di disturbi della personalità che, a prescindere dalla loro incidenza sulla capacità di intendere e volere del soggetto, diano consistenza al giudizio prognostico di pericolosità sociale;

¹³ Su queste tendenze v. U. SIEBER, *Grenzen des Strafrechts*, in *ZStW*, 2007, 27 ss.

- riesame periodico della pericolosità sociale e giudizi più stringenti quanto più perdura la durata della misura;

- previsione di un limite massimo di durata della misura di sicurezza, salvo il permanere di eccezionali esigenze di tutela della collettività;

- previsione di un sistema vicariale nel rapporto tra pene e misure di sicurezza;

- modalità esecutive incentrate sulla riabilitazione del soggetto, al fine di assicurare il rispetto dell'art. 27, comma 3 Cost. (le pene devono tendere alla rieducazione del condannato), che non può essere limitato alle sole pene in senso stretto, ma va riferito a tutte le sanzioni che presentano comunque un contenuto afflittivo (e tali sono le misure di sicurezza).

Al di fuori di questi principi, l'applicazione di sanzioni di durata non predeterminata rappresenta un *vulnus* inaccettabile alle sfere di libertà individuale e rischia di avviare una pericolosa spirale di sviluppo degli strumenti di controllo preventivo, custodiali e non custodiali, in una abnorme dimensione da *Bigbrotherisation* della legge penale e del controllo sociale. Su questi sviluppi deve rimanere vigile la dottrina, perché le esigenze preventive sono come vasi comunicanti: non soddisfatte dall'apparato delle misure di sicurezza, vengono altrimenti assicurate attraverso altri strumenti, fuori e all'interno della pena. Anche qui il principio di proporzionalità può costituire un argine al dilagare delle istanze preventive che possono essere più pericolose per la tenuta dello Stato di diritto della pericolosità dell'autore che si vuole controllare.