

## INDICE SOMMARIO

INDICE SOMMARIO .....	1
INTRODUZIONE .....	5

### CAPITOLO I

#### PERICOLOSITÀ SOCIALE E MISURE DI SICUREZZA DETENTIVE NEL DIRITTO PENALE

1. Le misure di sicurezza: nozione e sistematica. ....	9
2. La comparsa delle misure di sicurezza detentive nell'orizzonte del «pensiero penale» europeo alla fine dell'ottocento. ....	11
2.1. La Scuola Positiva italiana. ....	13
2.2. La dimensione europea del dibattito. ....	19
3. La nascita del sistema del doppio binario. ....	26
3.1. La distinzione tra le pene e le misure di sicurezza. ....	30
3.2. Il rischio della «frode delle etichette». ....	32
4. L'ingresso delle misure di sicurezza nel diritto positivo agli inizi del novecento. ....	35

### CAPITOLO II

#### LE ORIGINI DEL DOPPIO BINARIO IN FRANCIA

1. l'influenza della dottrina positivista in Francia. ....	43
1.1. La <i>relégation</i> introdotta dalla legge 27 maggio 1885. ....	47
1.2. <i>L'avant-projet du code pénal Matter</i> del 1934. ....	54
2. I successivi sviluppi della <i>doctrine de la défense sociale</i> . ....	66
2.1. La <i>défense sociale originnaire</i> di Filippo Gramatica. ....	67

2.2. La <i>défense sociale nouvelle</i> di Marc Ancel.....	68
3. Il posto delle misure di sicurezza nel diritto penale francese.....	70

### CAPITOLO III

#### «LA CONVERSIONE DELLA FRANCIA AL DOPPIO BINARIO»

1. L’inizio della politica criminale securitaria della Francia.....	73
1.1. <i>La loi n° 98-468</i> istitutiva del <i>suivi socio-judiciaire</i> .....	75
1. 2. La legge n° 204 del 9 marzo 2004 istitutiva del <i>FIJAIS</i> . ....	85
1.3. La legge n° 2005-1549 sul trattamento della recidiva. ....	92
1.3.1. L’ampliamento del campo di applicazione del <i>suivi socio-judiciaire</i> . ....	96
1.3.2. L’ampliamento del campo di applicazione del <i>FIJAIS</i> .....	99
1.3.3. <i>La surveillance judiciaire de personnes dangereuses</i> . ....	100
1.3.4. <i>Le placement sous surveillance électronique mobile</i> . ....	107
1.4. <i>La loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive</i> . ....	111
1.4.1. La riforma della recidiva.....	112
1.4.2. La modifica dell’ <i>injonction de soins</i> nell’ambito del <i>suivi socio-judiciaire</i> . .....	117
2. L’epilogo (provvisorio?) della politica securitaria francese con la legge n° 2008-174.....	120
2.1. Il trattamento della pericolosità sociale dei soggetti non imputabili.....	126
2.2. La <i>rétenion de sûreté</i> e la <i>surveillance de sûreté</i> nei confronti degli imputabili pericolosi. ....	130
2.2.1. <i>Le décret n° 2008-1129 du 4 novembre 2008 relatif à la surveillance de sûreté et à la rétenion de sûreté</i> .....	139
2.3. Altre disposizioni della legge n° 2008-174.....	143
2.4. La legge 242 del 2010 mirante a ridurre la recidiva e recante numerose modifiche al codice di procedura penale.....	145
3. Il sistema del doppio binario francese.....	149
3.1. Le misure di sicurezza rivolte agli autori imputabili. ....	151

3.2. Il diritto penale della pericolosità.....	158
3.2.1. La prognosi di pericolosità sociale.....	161
3.2.2. Un diritto penale del nemico? .....	164

## **CAPITOLO IV**

### **LA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL SISTEMA DEL DOPPIO BINARIO**

1. Misure di sicurezza detentive e principi costituzionali: un difficile connubio. ....	169
2. Il rinnovo della riflessione sul sistema del doppio binario nel secondo dopoguerra. .....	172
2.1. La «crisi» delle misure di sicurezza detentive.....	174
2.2. La ricerca della legittimazione delle misure di sicurezza alla luce della Costituzione in Italia e in Germania. ....	180
2.3. L'abbandono della prospettiva dualistica in Francia.....	188
3. L'odierno doppio binario francese di fronte al <i>Conseil constitutionnel</i> . ....	195
3.1. La decisione n° 2008-562 DC. ....	196
3.2. La legittimità costituzionale della <i>rétenion de sûreté</i> . ....	208

## **CAPITOLO V**

### **LA CONFORMITÀ DELLE MISURE DI SICUREZZA DETENTIVE ALLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

1. La tutela dei diritti fondamentali dell'uomo nel sistema penale: una questione di carattere sovranazionale.....	215
2. La necessità di verificare la legittimità del doppio binario alla luce della CEDU. .....	218
2.1. La legittimità della privazione della libertà personale <i>ex art. 5 § 1 CEDU</i> ...	222
2.1.1. I requisiti: la base legale e la proporzione.....	226

2.1.2. La conformità all'art. 5 § 1 lett. a) delle misure di sicurezza detentive rivolte ai soggetti imputabili.....	228
2.2. Il principio di legalità <i>ex art. 7 CEDU</i> . .....	236
2.2.1. La nozione sostanziale di «materia penale» e di «pena» adottata dalla Corte di Strasburgo. ....	239
2.2.2. La misura di sicurezza detentiva come pena in senso sostanziale.....	241
3. La possibile ricerca nel sistema della CEDU di un limite sostanziale alle misure di sicurezza detentive per gli imputabili.....	244
3.1. Il divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti <i>ex art. 3 CEDU</i> .....	245
4. La <i>réretion de sûreté</i> di fronte alla Corte europea: un appuntamento rimandato. ....	253
CONCLUSIONI.....	259
BIBLIOGRAFIA.....	269

## INTRODUZIONE

Il sistema cosiddetto del doppio binario è un modello di sistema sanzionatorio storicamente adottato da alcuni paesi europei, tra i quali in particolare l'Italia, la Germania e la Svizzera, il cui elemento caratterizzante è rappresentato dalla presenza di due categorie di sanzioni distinte per funzioni e disciplina. Accanto al tradizionale strumento sanzionatorio costituito dalla pena, ancorata alla colpevolezza del soggetto per il fatto di reato e commisurata in base della gravità di quest'ultimo, tale sistema prevede un'ulteriore tipologia di sanzioni personali imperniate sul concetto di pericolosità sociale dell'autore del reato: le misure di sicurezza. Queste ultime consistono in sanzioni limitative o anche privative della libertà personale di durata indeterminata poiché, essendo finalizzate a neutralizzare la pericolosità sociale del reo, sono destinate a durare fintantoché quest'ultima non sia venuta meno.

I due binari sanzionatori della pena e della misura di sicurezza, per il fatto di possedere ciascuno un autonomo fondamento, corrono in modo parallelo, fino a quando non giungono ad un punto di intersezione con riferimento ai soggetti imputabili che, giudicati penalmente responsabili per il compimento di un fatto di reato ed al contempo socialmente pericolosi, si vedono infliggere una pena, rapportata al fatto di reato, alla quale si aggiunge l'applicazione della misura di sicurezza volta a difendere la società dal pericolo che essi rappresentano per quest'ultima. È questo il «cuore» del sistema sanzionatorio del doppio binario nonché il profilo più problematico dell'istituto che, potendo tradursi in una duplice privazione della libertà personale dell'individuo ben oltre il limite segnato dalla colpevolezza per il fatto, a partire dal secondo dopoguerra è stato oggetto di forti critiche da parte della dottrina ed ha conosciuto un rapido declino. Di fatto, a seguito di riforme legislative che ne hanno ridotto l'ambito di applicazione, l'utilizzo delle misure di sicurezza detentive nella prassi giudiziaria si è progressivamente ridotto, in Germania ma ancor più in Italia.

Il declino dell'istituto del doppio binario sembra aver assunto, in Italia, carattere definitivo ed irreversibile: la maggior parte della dottrina più autorevole ritiene che le misure di sicurezza detentive rivolte ai soggetti imputabili dovrebbero

essere formalmente abrogate ed in tal senso si sono espressi i recenti progetti di riforma del codice penale che hanno previsto l'abbandono del doppio binario, mantenendo le misure di sicurezza detentive solo per i soggetti non imputabili.

Tuttavia, gettando uno sguardo oltre il confine, le prospettive di questo istituto appaiono del tutto diverse rispetto a quelle di cui gode nell'ordinamento italiano: in altri paesi europei, nell'arco degli ultimi quindici anni, si è assistito al contrario ad una riscoperta delle misure di sicurezza detentive in un'ottica di controllo degli autori imputabili pericolosi e di difesa sociale.

Non solo se ne riscopre l'utilizzo in paesi come la Svizzera e la Germania in cui il sistema sanzionatorio è costruito dal punto di vista sistematico intorno al doppio binario, ma se ne vede addirittura l'introduzione *ex novo* in un paese, come la Francia, del tutto estraneo per cultura e tradizione giuridica a tale modello e nel quale la categoria delle misure di sicurezza non ha mai trovato un riconoscimento dal punto di vista sistematico e dogmatico.

Questo è il quadro a livello europeo, ricostruito da Marco Pelissero nella sua opera "Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione", nel quale si inserisce il presente lavoro, il cui oggetto ed obiettivo è quello di procedere ad una ricostruzione puntuale del processo che ha condotto la Francia, attraverso una serie di ravvicinate riforme in materia penale, all'adozione del sistema del doppio binario, e di apprezzare il significato di profonda rottura che questo passaggio ha assunto rispetto alla tradizione giuridica francese. Il presente lavoro, che è il frutto di un'esperienza diretta di studio e di ricerca in Francia, presso la facoltà di diritto dell'Università di Tolosa, sarà così suddiviso.

Il primo capitolo sarà dedicato alla questione generale dell'origine della misura di sicurezza detentiva come categoria sanzionatoria ontologicamente distinta da quella della pena. Si cercherà di risalire alle ragioni che hanno portato la dottrina a ricercare un nuovo strumento di contrasto al problema della criminalità al di fuori della pena, mettendo in luce come la nascita della misura di sicurezza detentiva sia stata il riflesso della profonda crisi che il diritto penale classico e la sua concezione retributiva della pena conobbero alla fine dell'ottocento.

Si analizzerà dunque la nascita della contrapposta concezione deterministica del diritto penale, ricercandone le radici nell'ambito del pensiero filosofico, e si

ripercorrerà il noto dibattito italiano tra la scuola penalistica Classica e quella Positiva, collocandolo però nel più ampio contesto internazionale che, complessivamente segnato dalla crisi del diritto penale classico, vide il dibattito dottrinale di diversi paesi europei rivolgere la propria attenzione al superamento dei limiti della pena retributiva, ricercando strumenti diretti a raggiungere il fine, sentito come preminente, della prevenzione di futuri reati. Si vedrà infine come le misure di sicurezza siano entrate, collocandosi accanto alle pene, nel diritto positivo di alcuni stati europei dando in tal modo vita al sistema del doppio binario.

Il secondo capitolo sarà poi dedicato alla ricerca specifica dei riflessi che il processo sopra descritto ebbe nell'esperienza giuridica francese, sia sul piano del dibattito dottrinale, sia sul piano normativo. L'obiettivo di fondo che anima questa parte del lavoro è quello di comprendere, da un punto di vista storico, se ed in che misura il positivismo criminologico abbia esercitato un'influenza sul diritto penale francese, per mettere in luce in che modo sia stata affrontata in Francia la questione delle misure di sicurezza. Questo aspetto ha rappresentato uno dei profili più interessanti dell'attività di ricerca svolta, in quanto ha permesso di delineare un quadro inaspettato, caratterizzato da una forte e diretta influenza della dottrina positivista sull'ordinamento francese, dal quale è emerso come quest'ultimo sia stato uno dei primi ordinamenti a introdurre in via legislativa una sanzione perfettamente rispondente al modello della misura di sicurezza detentiva delineato dai positivisti: la *relégation* rivolta ai delinquenti plurirecidenti.

Ricostruendo quale sia stato il posto occupato dalle misure di sicurezza nel diritto penale francese, nelle diverse epoche storiche, a partire dalla loro creazione concettuale a fine ottocento fino al momento dell'entrata in vigore nel 1994 del nuovo codice penale – che non prevede la categoria sanzionatoria delle misure di sicurezza – si è quindi giunti all'analisi delle riforme legislative messe in campo dal legislatore penale, a partire dal 1998, nell'ambito di una politica criminale spiccatamente preventiva in chiave di difesa sociale.

Nel terzo capitolo si analizzerà quindi il graduale processo che ha condotto alla «consacrazione legislativa» delle misure di sicurezza nel diritto penale francese ed alla definitiva adozione del sistema del doppio binario. Tale processo si è realizzato attraverso l'introduzione di una serie di sanzioni di carattere

eminentemente special-preventivo, finalizzate ad assicurare un controllo post-carcerale degli autori di reato imputabili e pericolosi, inizialmente prevedendo misure in vario modo limitative della libertà personale, arrivando nel 2008 ad introdurre una misura di carattere custodiale applicabile al termine dell'esecuzione della pena detentiva: *la rétention de sûreté*.

I due capitoli finali del lavoro saranno dedicati ad una riflessione sulla legittimità del sistema sanzionatorio del doppio binario ed alla ricerca dei limiti a questo imposti dal rispetto dei diritti umani fondamentali garantiti dalle Carte Costituzionali e dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Nel quarto capitolo si ricercano dunque i limiti di legittimità delle misure di sicurezza detentive applicate ai soggetti imputabili come complemento di pena alla luce dei principi costituzionali, ripercorrendo a tal fine i diversi orientamenti dottrinali che nel secondo dopoguerra si sono formati, in Italia e in Germania, sulla delicata questione della legittimità costituzionale del sistema del doppio binario. Tali orientamenti, che hanno messo in luce i profili di maggior contrasto di tale sistema con le norme costituzionali, sono giunti infine ad interrogarsi sulla legittimazione della stessa esistenza del doppio binario con riferimento ai principi costituzionali. Si sono così in un certo senso ritrovate le radici dei limiti di legittimità costituzionale delle misure di sicurezza detentive, attualmente imposti dagli organi di giustizia costituzionale, con riferimento specifico a quanto deciso dal *Conseil constitutionnel* in merito alla legittimità costituzionale ed ai corrispondenti limiti della *rétention de sûreté*.

Nel quinto capitolo si affronterà infine la questione della conformità della misura di sicurezza detentiva alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonostante la Corte EDU non abbia ancora avuto l'occasione di pronunciarsi con riferimento specifico alla *rétention de sûreté*. Si è pertanto proceduto all'analisi della recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativa alla custodia di sicurezza tedesca della *Sicherungsverwahrung*, al fine di anticipare una riflessione sulla legittimità della *rétention de sûreté* rispetto alla CEDU, nella prospettiva di probabili futuri ricorsi, ed al fine di svolgere una riflessione conclusiva sulla questione, recentemente tornata di grande attualità, della legittimità del doppio binario rispetto alle garanzie fondamentali dell'individuo.

# CAPITOLO I

## PERICOLOSITÀ SOCIALE E MISURE DI SICUREZZA DETENTIVE NEL DIRITTO PENALE

SOMMARIO: 1. Le misure di sicurezza: nozione e sistematica. – 2. La comparsa delle misure di sicurezza detentive nell’orizzonte del «pensiero penale» alla fine dell’ottocento. – 2.1. La Scuola Positiva italiana. – 2.2. La dimensione europea del dibattito. – 3. La nascita del sistema del doppio binario. – 3.1. La distinzione tra pene e misure di sicurezza. – 3.2. Il rischio della «frode delle etichette». – 4. L’ingresso delle misure di sicurezza nel diritto positivo agli inizi del novecento.

### **1. Le misure di sicurezza: nozione e sistematica.**

Il diritto penale moderno conosce, accanto al tradizionale strumento sanzionatorio costituito dalla pena, un’ulteriore categoria di sanzioni penali: le misure di sicurezza. Queste sanzioni trovano il loro fondamento nell’idea di pericolosità, delle persone e delle cose<sup>1</sup>: tale concetto costituisce il *leit motiv* di un insieme di istituti che si presentano come molto diversi, sotto vari aspetti, gli uni dagli altri. La categoria delle misure di sicurezza ci appare in effetti eterogenea e complessa e come tale si presta ad una serie di classificazioni e distinzioni che permettono di delinearne diverse sottocategorie.

Innanzitutto le misure di sicurezza si distinguono, in relazione all’oggetto ed al contenuto, in patrimoniali e personali, laddove le prime trovano il proprio presupposto nella pericolosità riferita a cose ed incidono sul patrimonio mentre le seconde hanno come presupposto la pericolosità di persone e si risolvono in provvedimenti che incidono sulla libertà personale<sup>2</sup>.

All’interno della sottocategoria delle misure di sicurezza personali è poi possibile distinguere tra misure detentive e non detentive sulla base della diversa modalità con cui esse intervengono sulla libertà personale del soggetto cui si applicano: le prime, costituendo sanzioni privative della libertà, la escludono in assoluto mentre le seconde agiscono limitando in vario modo tale bene giuridico.

---

<sup>1</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Milano, 2006, p. 571.

<sup>2</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI., *Manuale di diritto penale* “cit.”, p. 571.

Le misure di sicurezza detentive si prestano infine almeno ad un'ulteriore, importantissima, classificazione effettuata sulla base della diversità dei destinatari di tali sanzioni: alcune si rivolgono a soggetti non imputabili in quanto incapaci di intendere e di volere, perché affetti da vizio totale di mente o perché minorenni, cui pertanto non si rivolge la tradizionale risposta sanzionatoria alla commissione di un reato, che consiste nella pena; altre sono destinate ai soggetti c.d. semi-imputabili, ossia soggetti che, al momento della commissione del fatto di reato, presentano una capacità di intendere e di volere non esclusa bensì grandemente scemata per causa di vizio parziale di mente o di cronica intossicazione da alcool o sostanze stupefacenti.

Infine vi sono misure di sicurezza rivolte a soggetti pienamente imputabili che, in quanto riconosciuti dal giudice socialmente pericolosi, si ritiene debbano essere oggetto di un provvedimento ulteriore rispetto alla pena che permetta il controllo della loro pericolosità.

Il concetto di pericolosità sociale delle persone si configura dunque come completamente indipendente rispetto a quello di responsabilità personale, prima, e di imputabilità, poi, che insieme costituiscono il cardine del rapporto tra l'individuo e il diritto penale. La pericolosità sociale si muove lungo una linea trasversale che attraversa l'area della non imputabilità così come quella dell'imputabilità e, attivando una risposta sanzionatoria che prescinde da questo elemento, introduce una diversa forma di responsabilità penale di tipo oggettivo, detta responsabilità legale<sup>3</sup>, che si risolve in una responsabilità nei confronti della collettività per ciò che oggettivamente si è fatto a prescindere dalla colpevolezza individuale<sup>4</sup>. Sulla base del principio della responsabilità legale infatti “non vi è motivo per escludere dalla sanzione criminale gli autori di un reato infermi di mente, perché essendo la sanzione criminale soltanto un mezzo di impedimento del reato, essa deve applicarsi anche agli infermi di mente”<sup>5</sup>.

L'ultima distinzione effettuata ha un'enorme rilevanza sul piano della disciplina delle misure di sicurezza in quanto queste nei confronti dei soggetti non

---

<sup>3</sup> F. GRISPIGNI, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, Padova, 1932, p. 98.

<sup>4</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte générale*, V ed., Bologna, 2007, introduzione, p. XXVIII.

<sup>5</sup> F. GRISPIGNI, *Corso di diritto penale* “cit.”, p. 98.

imputabili “costituiscono l’unico strumento di intervento del sistema penale”<sup>6</sup>, mentre nei confronti dei soggetti imputabili trovano un’applicazione congiunta rispetto alla pena, assicurando in tal modo un «surplus» di controllo del soggetto da parte dello stato<sup>7</sup>.

## **2. La comparsa delle misure di sicurezza detentive nell’orizzonte del «pensiero penale» europeo alla fine dell’ottocento.**

Le misure di sicurezza hanno fatto ingresso nella teoria generale del diritto penale nell’ultimo trentennio dell’ottocento quando, nel complesso orizzonte del «pensiero penale»<sup>8</sup>, si affacciò un movimento di pensiero “che ha sotto diversi aspetti rivoluzionato il modo di concepire il reato e l’intero diritto penale”<sup>9</sup>.

Questa corrente dottrinale sorta in Italia e denominata Scuola Positiva, “figlia”<sup>10</sup> della filosofia positivista iniziata in Francia da *Auguste Comte* e sviluppatasi poi in tutta Europa nella seconda metà del XIX secolo, si contrappose al processo di costruzione di un diritto penale liberale avviatosi nel periodo dell’illuminismo, ponendosi in radicale contrasto con la corrente dottrinale che allora, in Italia, promuoveva la creazione di una scienza del diritto penale sempre più razionale e che traducesse, sul piano sistematico, i principi garantistici di matrice illuministica, già individuati da Cesare Beccaria - principale rappresentante dell’illuminismo penale italiano – nella sua celebre opera «*Dei delitti e delle pene*»<sup>11</sup>.

Tale corrente di pensiero sviluppatasi in Italia nella seconda metà dell’ottocento, il cui maggiore rappresentante fu Francesco Carrara e che fu, dopo la comparsa della Scuola Positiva ed allo scopo specifico di contrapporla a quest’ultima, denominata Scuola Classica di diritto penale<sup>12</sup>, ebbe il merito, in ultima analisi, di sviluppare il modello del diritto penale del fatto: partendo dallo studio del reato come ente giuridico, e non come fenomeno empirico naturale o sociale, e

---

<sup>6</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, Torino, 2008, p. 326.

<sup>7</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 326.

<sup>8</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, II ed., Torino, 2005, pag. 13.

<sup>9</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte générale*, V ed., Bologna, 2007, introduzione, p. XXIV.

<sup>10</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale* “cit.”, p. 79.

<sup>11</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale* “cit.”, p. XVII.

<sup>12</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale* “cit.”, p. XXII.

affermando la netta separazione tra diritto e morale, essa incentra “la valutazione penalistica sul singolo fatto delittuoso, assunto nella sua gravità obiettiva commisurata all’importanza del diritto offeso”<sup>13</sup> e considera irrilevante ogni valutazione circa la persona del reo, sulla base dell’idea fondamentale secondo la quale “il diritto penale giudica fatti e non uomini”<sup>14</sup>.

Su queste basi, costruisce una teoria generale del reato in senso moderno secondo la quale il reato è costituito di un elemento oggettivo o materiale, e cioè un’azione umana, e di un elemento soggettivo o psicologico, ossia la scelta individuale e colpevole dell’uomo che, in quanto essere umano dotato di libero arbitrio e capace di autodeterminazione, è responsabile e pienamente imputabile<sup>15</sup>.

Per quanto riguarda la filosofia della pena, sostiene una concezione sostanzialmente retributiva tenendo però, ancora, nettamente distinto il piano giuridico da quello della morale: scopo della pena non può essere la retribuzione morale “perché la realizzazione della giustizia assoluta deve essere lasciata «nelle mani di Dio»<sup>16</sup> ma piuttosto la retribuzione giuridica, ossia «il ristabilimento dell’ordine esterno nella società», limitata da principi di garanzia<sup>17</sup>.

Tuttavia le trasformazioni economico-sociali che si verificarono nel diciannovesimo secolo come conseguenza della rivoluzione industriale produssero anche un rilevante aumento dei tassi di criminalità. Questo fenomeno segnò la prima grande crisi della scuola penale classica poiché questa si era rivelata incapace di fornire una risposta credibile al preoccupante fenomeno dell’aumento della criminalità<sup>18</sup>. Tale incapacità preparò quindi il terreno per la formulazione di nuove dottrine che proponevano, in alternativa rispetto alla concezione retributiva classica, una «concezione deterministica del diritto penale»<sup>19</sup>.

---

<sup>13</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale* “cit.”, p. XXIII.

<sup>14</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale* “cit.”, p. XXIII.

<sup>15</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale* “cit.”, p. XXIII.

<sup>16</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale* “cit.”, p. XXIV.

<sup>17</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale* “cit.”, p. 79.

<sup>18</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978, p. 32; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 4

<sup>19</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 32.

## 2.1. La Scuola Positiva italiana.

Fu dunque in questo momento segnato dalla crisi della scuola classica che sorse in Italia la Scuola Positiva che, trasponendo i principi generali del positivismo filosofico e del darwinismo naturalistico nel diritto penale<sup>20</sup>, cambiò radicalmente la prospettiva con la quale guardare al reato e più in generale al fenomeno criminale: il reato veniva infatti studiato in una prospettiva empirica, non più come ente giuridico bensì come fenomeno naturale, come tale prodotto in modo necessitato da fattori esterni o interni alla personalità dell'autore<sup>21</sup>.

Cesare Lombroso, che è considerato l'iniziatore della dottrina positivista oltre che il fondatore dell'antropologia criminale, nella sua celebre opera dal titolo «Uomo delinquente» pubblicata nel 1876, individuò le cause del reato in fattori fisici e biologici innati presenti nella persona del delinquente, che condurrebbero al delitto in modo necessitato. Nella sua teoria più nota – la teoria del delinquente nato – egli propose la concezione, caratterizzata da una forte componente di determinismo biologico, secondo cui esisterebbe una natura criminale o, in altri termini, esisterebbero uomini per natura «predestinati al delitto»; e nei confronti di questi individui, non responsabili del loro agire criminale, nulla potrebbe farsi, “se non difendersi dalla loro innata antisocialità”<sup>22</sup>.

La concezione lombrosiana, fondata sull'idea “secondo cui esisterebbero uomini giusti, osservanti le leggi, e uomini reprobri che inevitabilmente delinquono perché la loro natura è «diversa» o «malata»”<sup>23</sup>, guardava al reato in una prospettiva medico-terapeutica, considerando la criminalità, in ultima analisi, come “una sorta di malattia da curare”<sup>24</sup>.

Gli altri celebri esponenti della Scuola Positiva adottarono approcci parzialmente differenti per quanto riguarda in particolare il profilo eziologico del fenomeno criminale: Raffaele Garofalo sostenne la preponderanza, nella genesi del comportamento criminale, dei fattori psicologici, discostandosi così dall'approccio di

---

<sup>20</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 27.

<sup>21</sup> P. NUVOLONE, *La criminalité de Lombroso à nos jours*, in *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*, 1979, p. 739 ss.

<sup>22</sup> G. PONTI – I. MERZAGORA BETSOS, *Compendio di criminologia*, V ed., Milano, 2008, p. 71.

<sup>23</sup> G. PONTI – I. MERZAGORA BETSOS, *Compendio di criminologia* “cit.”, p. 71.

<sup>24</sup> P. NUVOLONE, *La criminalité de Lombroso à nos jours*, in *RSC*, p. 741; G. PONTI – I. MERZAGORA BETSOS, *Compendio di criminologia* “cit.”, p. 71.

Lombroso che ricercava le cause della criminalità in fattori che avessero un fondamento anatomico-biologico; propose una concezione psicologica della criminalità, oggi considerata l'origine della psicologia criminale.

Enrico Ferri, nella ricerca delle cause della criminalità, spostò piuttosto l'attenzione sui fattori di carattere socio-ambientale: nella sua opera principale, intitolata «Sociologia criminale», egli sviluppò una teoria multicausale della criminalità secondo cui il fenomeno criminale sarebbe prodotto da fattori individuali, fisici, anche ereditari, e psicologici, e da fattori esterni all'individuo, relativi al contesto sociale, concentrandosi in particolare su questi ultimi.

Ferri, adottando un approccio sociologico nello studio del fenomeno criminale, evidenzia in particolare “l'influenza che il contesto sociale può esercitare sulla genesi del delitto”<sup>25</sup> e sostiene innanzitutto la necessità di agire sulla struttura sociale, al fine di migliorare le condizioni sociali, economiche ed ambientali; propone pertanto l'attuazione di una politica criminale incentrata sul «risanamento preventivo della società»<sup>26</sup> da attuarsi attraverso la predisposizione di “un sistema di strumenti preventivi di difesa sociale contro il reato”<sup>27</sup> che egli chiama «sostitutivi penali». Al di là degli aspetti strettamente attinenti al diritto penale, è indubbio che l'opera di Ferri abbia dato un apporto fondamentale allo sviluppo del filone sociologico della criminologia, tanto che in dottrina si è affermato che “ in sintesi [...] il positivismo ferriano segna il passaggio dall'antropologia alla «sociologia» criminale: la quale consiste, appunto, nello studio scientifico dei molteplici fattori, di ordine socio-economico e ambientale, che incidono deterministicamente sul delitto”<sup>28</sup>.

Nonostante nella Scuola Positiva siano emerse dunque concezioni diverse riguardo alle cause del fenomeno criminale, rimaneva ferma l'impostazione di fondo costituita in ultima analisi dalla trasposizione nel campo del diritto penale del determinismo filosofico: il reato sarebbe quindi un fenomeno naturale, conoscibile empiricamente, “condizionato deterministicamente da fattori esterni e interni

---

<sup>25</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale* “cit.”, p. XXVI.

<sup>26</sup> P. BOUZAT, *Le centenaire d'Enrico Ferri – L'œuvre du maître. Son actualité*, in *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*, 1957, p. 10.

<sup>27</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale* “cit.”, p. XXVII.

<sup>28</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale* “cit.”, p. XXVI.

all'autore"<sup>29</sup>, anch'esso "determinato al delitto in forza di una legge di causalità naturale che lo costringe a compiere il reato"<sup>30</sup>.

Viene sottolineata allora la necessità di concentrarsi, "spostando l'attenzione dal delitto al delinquente"<sup>31</sup>, sullo studio della personalità dell'autore del reato e questa diviene l'elemento attorno al quale costruire la scienza penalistica nonché il solo parametro della sanzione penale; in tale modo i positivisti delineano il modello del «diritto penale dell'autore», opposto rispetto al diritto penale del fatto dei classici; viene quindi ad assumere importanza centrale la classificazione delle diverse tipologie di delinquenti cui ricollegare trattamenti penali altrettanto diversi, secondo il principio dell'individualizzazione della sanzione penale in base alla personalità del delinquente.

La celeberrima classificazione di Lombroso che contemplava cinque categorie di delinquenti – delinquente nato, alienato, passionale, d'occasione e d'abitudine – fu ripresa anche da Ferri per fondare una politica criminale di neutralizzazione di quei tipi di delinquenti considerati, in ultima analisi, incorreggibili<sup>32</sup>. Sulla base di questa classificazione infatti Ferri propose un apparato sanzionatorio che prevedeva l'applicazione ai delinquenti incorreggibili di misure di carattere eliminatorio: nei confronti degli individui appartenenti al tipo del delinquente nato egli prospettò l'applicazione della deportazione perpetua in una colonia e la reclusione a tempo indeterminato, prevedendo poi l'applicazione delle stesse misure anche ai delinquenti d'abitudine con la sola differenza che mentre i primi incorrevano nella sanzione in seguito alla commissione di un solo reato, i secondi solo dopo la commissione di un certo numero di reati, quindi laddove fossero in stato di recidiva. Per i criminali alienati concepì invece la creazione di manicomi criminali, "*sorte de prisons permettant leur isolement complet et comportant une discipline clinique appropriée à leurs conditions psycho-pathologiques propres; sur la base d'une expertise, le juge pénal prononcerait la réclusion pour un temps indéterminé, avec la garantie d'une révision périodique*"<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale* "cit.", p. 79.

<sup>30</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale* "cit.", p. XXV.

<sup>31</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale* "cit.", p. XXVIII.

<sup>32</sup> R. GASSIN – S. CIMAMONTI – P. BONFILS, *Criminologie*, VII ed., Paris, 2011, p. 189.

<sup>33</sup> J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, II ed., Paris, 1991, p. 84.

Avendo ripudiato come metafisica l'idea del libero arbitrio<sup>34</sup>, infatti, i positivisti fecero crollare i principi giuridici fondamentali del diritto penale individuati dalla scuola classica nella responsabilità morale per il fatto e nella colpevolezza, e conseguentemente crollò la concezione della pena come retribuzione giuridica. Poiché vengono meno i presupposti concettuali per muovere un rimprovero morale di colpevolezza all'autore del reato, che non è libero di scegliere e di autodeterminarsi ma che è a sua volta determinato, e quindi non responsabile, l'unica risposta possibile al reato appare quella dell'adozione di misure di controllo dell'individuo socialmente pericoloso in quanto incline a commettere azioni che danneggiano la collettività.

Di fronte all'oggettiva pericolosità dell'«uomo criminale»<sup>35</sup> il solo fine che il diritto penale può e deve perseguire è quello della difesa della società da quest'ultimo, attraverso l'adozione di “rimedi atti a neutralizzare la pericolosità del delinquente e a proteggere la società”<sup>36</sup>. Ed ecco che il darwinismo naturalistico trova una sua perfetta espressione nella “esasperata accentuazione dell'idea della difesa sociale, di stampo tipicamente illiberale, che veniva concretizzata nella pretesa della selezione naturale del delinquente mediante la sua eliminazione dalla società”<sup>37</sup>.

Il principio di colpevolezza cede così il passo al concetto di pericolosità sociale e la pena viene sostituita da misure di difesa sociale, individualizzate in base alla personalità del delinquente e proporzionate alla sua maggiore o minore pericolosità, miranti in primo luogo a neutralizzare ed, in secondo luogo, ove possibile, a rieducare il criminale, sottoponendolo ad un trattamento utile a contrastare la sua pericolosità<sup>38</sup>. Tali misure sono “destinate a durare fintanto che non venga meno la pericolosità”<sup>39</sup> del delinquente, secondo l'esortazione di Ferri: “finché persiste il pericolo, persista la difesa”<sup>40</sup>; e “non essendo possibile sapere in anticipo quando l'obiettivo del superamento della pericolosità sarà raggiunto”<sup>41</sup>, la risposta

---

<sup>34</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale* “cit.”, p. 79.

<sup>35</sup> G. PONTI – I. MERZAGORA BETSOS, *Compendio di criminologia*, V ed., Milano, 2008, p. 67.

<sup>36</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale* “cit.”, p. XXV.

<sup>37</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 27.

<sup>38</sup> G. PONTI – I. MERZAGORA BETSOS, *Compendio di criminologia* “cit.”, p. 73.

<sup>39</sup> G. PONTI – I. MERZAGORA BETSOS, *Compendio di criminologia* “cit.”, p. 73.

<sup>40</sup> E. FERRI, *Sociologia criminale*, I ed., Milano, 1979, p. 115.

<sup>41</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale* “cit.”, p. 79.

sanzionatoria al reato dovrà essere regolata dal «principio della segregazione indeterminata del delinquente»<sup>42</sup> prevedendo che questo resti detenuto «sino a prova di miglioramento effettivo»<sup>43</sup>.

Il tema della difesa sociale considerata come fine ultimo del diritto penale, così come sviluppato dai positivisti in un certo senso trova il proprio antecedente nella riflessione politico-filosofica sviluppata dal filosofo inglese *Jeremy Bentham* il quale diede origine al movimento di pensiero denominato «utilitarismo» che si sviluppò in Inghilterra tra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo. L'utilitarismo di *Bentham* nasce dall'applicazione del principio dell'utile, utilizzato per primo da *Adam Smith* con riferimento all'economia, “nella costruzione di una scienza morale che serve a sua volta da principio per fondare delle riforme legislative e politiche”<sup>44</sup>. Il criterio per fondare le scelte sociali e politiche di una comunità diviene appunto quello dell'utilità per la comunità stessa che è data dalla “somma totale del benessere degli individui che la compongono”<sup>45</sup>, ed il criterio da utilizzare più in particolare nella repressione dei delitti e nell'attribuzione delle pene è quello della “maggiore felicità possibile del maggior numero possibile di individui”<sup>46</sup>. In questo quadro “*le seul et unique but de la peine est- il l'utilité sociale*”<sup>47</sup>, e la pena è giusta e legittima solo in quanto utile ad assicurare la difesa della società dai criminali<sup>48</sup>.

L'idea dell'utile quindi trasposta nel campo del diritto penale conduce ad innalzare la difesa sociale a valore supremo da tutelare; coerente con questo rilievo appare il fatto che *Bentham* avesse proposto l'introduzione di una misura preventiva *ante-delictum* consistente nell'internamento degli individui asociali pericolosi, in strutture denominate «case-industrie»: in tali istituti avrebbero dovuto essere internati in particolare gli individui che “a causa del loro stato sociale ed economico erano esposti al pericolo di darsi alla delinquenza, indipendentemente dal fatto che avessero commesso reato oppure no”<sup>49</sup>. Qui gli internati avrebbero dovuto essere

---

<sup>42</sup> E. FERRI, *Sociologia criminale* “cit.”, p. 106.

<sup>43</sup> E. FERRI, *Sociologia criminale* “cit.”, p. 106.

<sup>44</sup> M. DAL PRA, *Sommario di storia della filosofia*, Firenze, 1985, p. 94.

<sup>45</sup> M. DAL PRA, *Sommario di storia della filosofia*, Firenze, 1985, p. 95.

<sup>46</sup> M. DAL PRA, *Sommario di storia della filosofia*, Firenze, 1985, p. 95.

<sup>47</sup> J. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, II ed., Paris, 2006, p. 438.

<sup>48</sup> J. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle* “cit.”, p. 444.

<sup>49</sup> P. JOHNSON, *La nascita del moderno* “cit.”, p. 703.

rieducati, con possibilità di ritorno in libertà solo a seguito di un guadagnato «riscatto» ottenuto attraverso il lavoro<sup>50</sup>.

Sembrerebbe pertanto che la concezione positivista del diritto penale affondi le proprie radici nella filosofia utilitarista: quest'ultima porta in sé il germe del positivismo criminologico nella sua idea di fondo per cui, in nome della protezione e del soddisfacimento dell'interesse di una collettività, l'individuo che con esso si pone in contrasto viene in un certo senso sacrificato. Proprio in questo senso si è espresso un illustre penalista francese allorché ha affermato che “*la doctrine positiviste sacrifiait l'individu à la société*”<sup>51</sup>.

Dottrina positivista e filosofia utilitarista condividerebbero il principio per cui è necessario assicurare il soddisfacimento dell'interesse della collettività anche a discapito dei diritti individuali di alcuni. Questa circostanza sembra peraltro trovare un riscontro esplicito nelle parole di quello che fu il più insigne giurista della scuola positiva: Filippo Grispigni<sup>52</sup>. Nella sua opera «Corso di diritto penale secondo il nuovo codice» pubblicata nel 1932 egli infatti si espresse in tal senso: “una volta riconosciuta la natura utilitaria del diritto penale e cioè che questo è «mezzo per uno scopo», [...] sola considerazione decisiva è quella della migliore corrispondenza allo scopo”<sup>53</sup>.

Le misure di difesa sociale, come sanzioni di durata indeterminata, divennero poi “il fulcro della concezione positivista”<sup>54</sup> e gli esponenti della Scuola Positiva giunsero infine a tradurre i principi cardine della dottrina da essi elaborata in “un vero e proprio programma di politica criminale”<sup>55</sup> incentrato sulla sostituzione della pena, come tradizionalmente concepita, con misure di difesa sociale commisurate, non più alla gravità del fatto di reato commesso, ma alla pericolosità sociale del reo e di conseguenza indeterminate nella durata, essendo destinate a durare fintanto che persista la pericolosità sociale dell'individuo<sup>56</sup>.

---

<sup>50</sup> P. JOHNSON, *La nascita del moderno* “cit.”, p. 703.

<sup>51</sup> J. PRADEL, *Droit pénal général*, XVIII ed., Paris, 2010, p. 85.

<sup>52</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 83.

<sup>53</sup> F. GRISPIGNI, *Corso di diritto penale* “cit.”, p. 124.

<sup>54</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale* “cit.”, p. XXVIII.

<sup>55</sup> G. PONTI – I. MERZAGORA BETSOS, *Compendio di criminologia* “cit.”, p. 73.

<sup>56</sup> R. SCHMELCK, *La distinction entre la peine et la mesure de sûreté*, in *Mélanges en l'honneur du Maurice Patin*, Paris, 1965, p. 183.

Tale programma di politica criminale o, utilizzando parole di Ferri, «il sistema penale positivo, poggiante sul principio della segregazione indeterminata»<sup>57</sup>, non si tradusse in diritto positivo<sup>58</sup>. Tuttavia la corrente positivista esercitò una forte influenza sulla legislazione positiva degli stati europei, ma, ancor prima, lasciò segni indelebili in ordine ai temi di fondo del diritto penale “*car on n’a pu éviter, depuis lors, de tenir compte de l’exigence d’individualiser la sanction selon la personnalité du sujet qu’elle vise, et de refuser toute orientation strictement rétributive et abstraite*”<sup>59</sup>.

## 2.2. La dimensione europea del dibattito.

“*L’organisation et l’orientation du droit pénal dans le monde entier allaient se trouver bouleversés par la doctrine positiviste*”<sup>60</sup>. Le idee positiviste furono per molti aspetti rivoluzionarie o ad ogni modo furono percepite come tali nel contesto culturale e dottrinale internazionale, tanto che la dottrina ha parlato di “*choc positiviste italien*”<sup>61</sup> o, ancora, di “*éclair positiviste*”<sup>62</sup> ed ha descritto il fortissimo impatto che tali idee ebbero sul «pensiero penale»<sup>63</sup> parlando di “*effet d’un coup de tonnerre dans un ciel serein*”<sup>64</sup>.

In breve tempo in effetti «la concezione deterministica del diritto penale»<sup>65</sup> così efficacemente elaborata dalla Scuola Positiva oltrepassò il confine italiano, entro il quale era nata, per diffondersi negli altri paesi europei.

D’altra parte la crisi della scuola classica non si era fatta sentire solo in Italia ma anche in altri paesi europei, primo tra tutti la Germania ove “la discussione sul superamento della pena retributiva”<sup>66</sup> veniva condotta attraverso il dibattito tra le scuole penalistiche classica e sociologica.

---

<sup>57</sup> E. FERRI, *Sociologia criminale* “cit.”, p. 106.

<sup>58</sup> G. PONTI – I. MERZAGORA BETSOS, *Compendio di criminologia* “cit.”, p. 74.

<sup>59</sup> P. NUVOLONE, *La criminalité de Lombroso à nos jours* “cit.”, p. 740.

<sup>60</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général*, XXII ed., Paris, 2011, p. 65.

<sup>61</sup> J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales* “cit.”, p. 87.

<sup>62</sup> J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales* “cit.”, p. 89.

<sup>63</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale* “cit.”, pag. 13.

<sup>64</sup> J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales* “cit.”, p. 73.

<sup>65</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 32.

<sup>66</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 217.

Così a partire dalla fine del XIX secolo il dibattito europeo della dottrina in materia penale non poté fare a meno di porre al centro delle proprie preoccupazioni la questione della difesa della società dai delinquenti pericolosi e di concentrare l'attenzione, nell'ambito della tradizionale riflessione sugli scopi della pena, sulla finalità di prevenzione di futuri reati, sentita come assolutamente prioritaria rispetto alle altre, nel tentativo di superare i limiti dell'idea retributiva venuti alla luce sul finire del diciannovesimo secolo, in occasione del preoccupante aumento dei tassi di criminalità che si verificò in questo periodo storico<sup>67</sup>.

Testimone della dimensione europea di tale dibattito è peraltro la fondazione nel 1889 dell'*Union internationale de droit pénal* da parte del penalista belga *Adolphe Prins*, il tedesco *Franz Von Listz* e l'olandese *G. Van Hamel*: tale associazione internazionale riprese il nucleo fondamentale della dottrina positivista, ossia il tema della difesa sociale dai delinquenti pericolosi, lasciando però da parte la riflessione più prettamente filosofica sull'esistenza del libero arbitrio. Essa abbandonò il campo della speculazione filosofica e si pose in un'ottica molto più pragmatica con l'intento di elaborare una politica criminale, fondata su misure individualizzate in base alla pericolosità del soggetto, che fosse in grado di assicurare la difesa della società dal crimine nel modo più efficace possibile.<sup>68</sup>

*Adolphe Prins* e *Franz Von Listz* poi, oltre agli studi ed alle riflessioni condotte in seno all'associazione, elaborarono teorie proprie che assunsero i caratteri di dottrine autonome<sup>69</sup>.

*Franz Von Listz* elaborò la celeberrima teoria della pena di scopo che assunse un'enorme importanza nell'ambito delle teorie della pena ed alla quale è ancora oggi riconosciuto il merito di aver costituito la prima nonché la più credibile critica alla concezione retributiva della pena. Anche in Germania infatti si era sentita in modo molto forte la crisi della scuola classica e dell'idea retributiva e questo aveva causato l'insorgere di un dibattito sulla questione delle funzioni della pena e più in generale dello scopo del diritto penale: alla scuola classica "ancorata al diritto penale

---

<sup>67</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 32, nota n° 13.

<sup>68</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général*, XXII ed., Paris, 2011, p. 67; J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales* "cit.", p. 89.

<sup>69</sup> J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales* "cit.", p. 89.

retributivo della colpevolezza”<sup>70</sup> si contrapponeva la scuola sociologica di cui *Von Listz* era il rappresentante più autorevole e che sosteneva la necessità “di ripensare il sistema penale in chiave preventiva”<sup>71</sup>, nell’ottica del superamento della concezione retributiva.

Tale autore nella sua principale opera «*Der Zweckgedanke im Strafrecht*», pubblicata in Germania nel 1882 e tradotta in Italia nel 1962 con il titolo «La teoria dello scopo nel diritto penale», delineò una nuova concezione della pena fondata sull’idea di scopo che rappresenta ad un tempo il fondamento ed il parametro per la determinazione della misura della pena. La pena nella teoria di *Von Listz* è «pena-difesa»<sup>72</sup> in quanto è volta alla protezione di beni giuridici: essa è “il mezzo per il raggiungimento di uno scopo”<sup>73</sup> e dunque l’unico criterio possibile per stabilirne la misura è quello della “conformità al raggiungimento dello scopo”<sup>74</sup>.

In quest’ottica ciò che rileva è che “nel singolo caso venga inflitta quella pena che si presenta come necessaria per la tutela dei beni giuridici”<sup>75</sup> che sono stati in concreto lesi dal reato. Su questo piano, e cioè sul piano dello studio del reato come fenomeno sociale piuttosto che come fattispecie astratta, l’autore riesce a realizzare una conciliazione con la concezione retributiva della pena che egli in ultima analisi si propone di riformare piuttosto che di abolire.

Ritenendo infatti che l’idea di scopo e l’idea retributiva non siano in antitesi, in quanto “si può parlare di retribuzione soltanto in presenza di una azione concreta, e questa è inseparabile dalla persona dell’autore”<sup>76</sup>, *Von Listz* giunge ad affermare che “la pena-difesa è la pena retributiva intesa nel senso giusto”<sup>77</sup>, nel senso cioè che il principio retributivo può conservare la propria efficacia laddove si comprenda che funzione della pena non è retribuire un concetto astratto di reato bensì un’azione di reato concreta che come tale “è inseparabile dalla persona dell’autore”<sup>78</sup>.

---

<sup>70</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 217.

<sup>71</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 217.

<sup>72</sup> F. VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962, p. 38.

<sup>73</sup> F. VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale* “cit.”, p. 41.

<sup>74</sup> F. VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale* “cit.”, p. 42.

<sup>75</sup> F. VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale* “cit.”, p. 45.

<sup>76</sup> F. VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale* “cit.”, p. 64.

<sup>77</sup> F. VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale* “cit.”, p. 65.

<sup>78</sup> F. VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale* “cit.”, p. 64.

La teoria della pena di scopo non propone un sovvertimento del sistema penale esistente ma piuttosto una sua riforma che consenta di superare i limiti divenuti ormai evidenti della idea retributiva classica, prospettando una “differente concezione della pena”<sup>79</sup> che può essere in ultima analisi riassunta nell’espressione: “la pena è prevenzione attuata attraverso la repressione”<sup>80</sup>.

In tal modo l’autore mantiene una visione rigorosamente monistica del sistema penale, che conosce il solo strumento sanzionatorio costituito dalla pena, ma allo stesso tempo, poiché questa è “protezione di beni giuridici e prevenzione di crimini”<sup>81</sup>, pone la funzione preventiva al centro del sistema penale<sup>82</sup>.

Un’altra corrente di pensiero autonoma nata in seno all’*Union* fu quella della «*défense sociale*» di *Adolphe Prins*: tale teoria riprendeva i postulati fondamentali della dottrina positivista italiana e sosteneva in particolare la necessità di una riforma integrale del sistema penale che superasse il diritto penale classico fondato sulla responsabilità personale dell’individuo e istituisse al suo posto un nuovo sistema costruito intorno al concetto di pericolosità sociale.

Della dottrina positivista non condivideva invece la concezione deterministica della natura umana secondo la quale l’uomo in ultima analisi non sarebbe un essere libero e capace di autodeterminarsi bensì determinato. *Prins* infatti nella sua celebre opera «*La défense sociale et les transformations du droit pénal*» pubblicata nel 1910 mosse una critica strutturata ad entrambe le opposte concezioni del determinismo, che proponeva in sostanza una visione meccanicistica dell’uomo<sup>83</sup>, e dell’«*indéterminisme*», ossia della concezione classica incentrata sul libero arbitrio, affermando che “*chacune des deux théories a la même défaut: elle prétend expliquer par des formules simplistes une nature humaine complexe, obscure et contradictoire*”<sup>84</sup>. Egli aveva dunque una visione più complessa della natura umana secondo la quale nell’essere umano coesisterebbero «*une certaine nécessité interne de nos actes*» e «*une certaine liberté interne de conduite*», ritenendo infine che “*le*

---

<sup>79</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 36.

<sup>80</sup> F. VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale* “cit.”, p. 65.

<sup>81</sup> F. VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale* “cit.”, p. 47.

<sup>82</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 34.

<sup>83</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 28.

<sup>84</sup> A. PRINS, *La défense sociale et les transformations de notre droit pénal*, Bruxelles, 1910, p. 36.

*fond de notre être est le point de rencontre de ces deux tendances. La liberté et la nécessité travaillent ensemble à façonner notre personnalité*”<sup>85</sup>.

Nella stessa opera egli espose poi la sua proposta di riforma complessiva del sistema penale, elaborata nel corso di molti anni e attraverso opere successive, ritenuta necessaria per il raggiungimento del fine ultimo del diritto penale che consisterebbe nel mantenimento dell’ordine sociale e nella protezione, «*dans la mesure du possible*», della persona, della vita, del patrimonio e dell’onore dei cittadini<sup>86</sup>; nell’assolvere questo compito “*la haute mission de l’État c’est de concilier le maximum possible de sécurité sociale avec le minimum possible de souffrance individuelle*”<sup>87</sup>.

Il fine della difesa sociale può essere raggiunto secondo Prins non più attraverso l’utilizzo esclusivo delle pene ma attraverso la predisposizione di «*mesures de défense juridique ou sociale*»<sup>88</sup>, misure ulteriori rispetto alle pene che abbiano carattere preventivo. Egli prospetta dunque un sistema articolato composto di pene, applicabili ai delinquenti ordinari («*délinquants normaux*»)<sup>89</sup>, che non trovino più come parametro per la loro determinazione il grado di responsabilità dell’autore bensì «*la nature du danger que l’individualité permanente du coupable fait courir à la société*»<sup>90</sup>; di misure di difesa *post delictum* applicabili nei confronti dei delinquenti socialmente pericolosi e infine di misure *ante delictum* che rievocano in modo evidente i «sostitutivi penali» di Ferri.

Per ciò che concerne in particolare le misure di difesa sociale *post delictum*, si tratta di misure detentive di carattere eliminatorio ancorate esclusivamente alla nozione di pericolosità sociale ed individualizzate sulla base del grado di pericolosità, della personalità e dello stato psichico del soggetto, nonché sulla base della tipologia di delinquente cui è rivolta l’applicazione della misura.

L’individualizzazione delle misure, che ha dunque come presupposto la classificazione delle varie categorie di delinquenti, viene realizzata differenziando non più solo la durata della pena ma, in primo luogo, il suo contenuto, attraverso la

---

<sup>85</sup> A. PRINS, *La défense sociale et les transformations de notre droit pénal* “cit.”, p. 37.

<sup>86</sup> A. PRINS, *La défense sociale et les transformations de notre droit pénal* “cit.”, p. 39.

<sup>87</sup> A. PRINS, *La défense sociale et les transformations de notre droit pénal* “cit.”, p. 40.

<sup>88</sup> A. PRINS, *La défense sociale et les transformations de notre droit pénal* “cit.”, p. 40.

<sup>89</sup> J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales* “cit.”, p. 91.

<sup>90</sup> A. PRINS, *La défense sociale et les transformations de notre droit pénal* “cit.”, p. 67.

creazione di istituti e strutture nuove all'interno dei quali organizzare “*des régimes différenciés et spécialisés d'après la nature des délinquants à interner*”<sup>91</sup>. Secondo Prins è dunque necessario sostituire il concetto di responsabilità personale, utilizzato nel diritto penale classico come presupposto e parametro dell'azione penale, con il concetto di «*état dangereux*», il solo che può fondare un sistema che sia effettivamente in grado di assicurare la difesa sociale e quindi, infine, il mantenimento dell'ordine nella società.

Il diritto classico non può che fallire in relazione a questo scopo in quanto da un lato lascia al di fuori della propria sfera d'azione gli individui incapaci di intendere e di volere tali in quanto affetti da vizio totale di mente o perché minorenni, e considerati quindi non imputabili e, dall'altro lato, prevede una reazione troppo lieve nei confronti dei soggetti «*à responsabilité atténuée*»<sup>92</sup>, cioè i soggetti semi-imputabili che l'autore identifica con la categoria dei «*délinquants défectueux*», alla quale appartenerebbero soggetti affetti da disturbi psichici e della personalità i più vari, oltre agli individui alcool-dipendenti, che sarebbero tra loro accomunati da «*infériorité menatale et morale*»<sup>93</sup>.

Al contrario secondo l'autore “*l'individu le moins responsable peut être le plus dangereux*”<sup>94</sup>, “*le criminel aliéné et irresponsable est tout aussi redoutable que le criminel responsable et sain d'esprit. La société a un droit de défense contre tous les deux*”<sup>95</sup>: la legittimazione dell'intervento penale nei confronti dei soggetti non imputabili e semi-imputabili risiede secondo l'autore nella netta separazione tra la sfera d'azione della scienza medica, cui spetta il compito di stabilire il trattamento di cui dovranno essere destinatari i soggetti affetti da patologie psichiatriche o da disturbi della personalità di natura patologica, e la sfera d'azione della scienza giuridica cui spetta assicurare alla collettività la protezione dei beni giuridici, a prescindere dalle valutazioni di carattere medico. La scienza medica e quella giuridica sono distinte e indipendenti l'una dall'altra.

---

<sup>91</sup> A. PRINS, *La défense sociale et les transformations de notre droit pénal* “cit.”, p. 68.

<sup>92</sup> A. PRINS, *La défense sociale et les transformations de notre droit pénal* “cit.”, p. 92.

<sup>93</sup> A. PRINS, *La défense sociale et les transformations de notre droit pénal* “cit.”, p. 94.

<sup>94</sup> J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales* “cit.”, p. 90.

<sup>95</sup> A. PRINS, *La défense sociale et les transformations de notre droit pénal* “cit.”, p. 72.

“Il faut prendre des mesures de sécurité et de protection sociale contre les délinquants dont l'état est dangereux, peu importe d'ailleurs que ces délinquants soient normaux ou anormaux”<sup>96</sup>.

In questo nuovo sistema penale *Prins* prevede anche l'applicazione della sentenza indeterminata con la quale il giudice dispone che il soggetto sia sottoposto ad una misura privativa della libertà di durata compresa tra un limite minimo ed uno massimo; spetterà poi ad uno speciale organo amministrativo - «*commission ou collègue de surveillance*»<sup>97</sup>- competente in ordine all'esecuzione della misura, verificare la legittimità del suo proseguimento o all'opposto disporre la sua cessazione allorché la pericolosità del soggetto sia venuta meno.

L'opera di *Prins* rappresenta un contributo molto importante da un punto di vista storico ma soprattutto concettuale nell'ambito del processo di formazione del moderno modello di sistema sanzionatorio; in essa infatti si ritrova per la prima volta prospettato un sistema sanzionatorio che colloca accanto alla pena delle misure di difesa sociale e dunque caratterizzato dalla dicotomia tra pene e misure di difesa sociale, sul presupposto di una loro diversità sostanziale in relazione a natura e funzione. Viene inoltre formulato in modo chiaro il principio secondo il quale è compito del diritto penale occuparsi dei soggetti non imputabili e semi-imputabili in funzione di difesa sociale, laddove invece tali soggetti erano tradizionalmente ritenuti estranei in modo totale o parziale alla sfera del penale, portando inoltre in questo modo alla luce la delicata questione del rapporto tra scienza medica e diritto penale.

Non vi è dubbio che le correnti dottrinali rappresentate da *Von Listz* e *Prins* nella loro diversità diedero, ciascuna a suo modo, un apporto fondamentale allo sviluppo del dibattito dottrinale che allora cercava, in ultima analisi, di dare un senso nuovo alla missione del diritto penale. La teoria della pena di scopo di *Von Listz* che si era concentrata su un radicale ripensamento della funzione della pena rimanendo ancorata ad un modello rigorosamente monistico, che quindi non lasciava alcuno spazio per la creazione di un sistema sanzionatorio dualistico nel quale vi fosse accanto alla pena un ulteriore strumento sanzionatorio diverso per natura e per

---

<sup>96</sup> A. PRINS, *La défense sociale et les transformations de notre droit pénal* “cit.”, p. 74.

<sup>97</sup> A. PRINS, *La défense sociale et les transformations de notre droit pénal* “cit.”, p. 139.

funzione, ebbe certamente il merito di innalzare la funzione preventiva a «cardine»<sup>98</sup> del sistema penale.

La teoria della *défense sociale* di Prins dal canto suo conteneva già delle aperture nei confronti di un sistema sanzionatorio improntato al modello dualistico ed a questo *Carl Stooss* si rifece nell'elaborazione del primo progetto legislativo che tradusse in diritto positivo il sistema del doppio binario.

### 3. La nascita del sistema del doppio binario.

In breve tempo le riflessioni sviluppate nell'ambito del dibattito dottrinale, ed in particolare le idee della dottrina positivista italiana, raggiunsero il campo del diritto positivo influenzando alcune riforme legislative.

Invero la sostituzione delle pene con le misure di sicurezza, auspicata dai positivisti, non si realizzò: non vi fu paese che abolì la pena in senso classico istituendo al suo posto un sistema sanzionatorio monistico costituito esclusivamente da misure di difesa sociale, differenziate in base alla maggiore o minore pericolosità del delinquente<sup>99</sup>.

L'enorme influenza che pure la Scuola Positiva esercitò sul modo di concepire, in ultima analisi, la missione del diritto penale, anche se contestuale alla crisi del diritto penale classico, non riuscì a spazzare via le fondamenta, costruite di recente e con fatica, del diritto penale liberale; ma senza dubbio intervenne su questo modificandone in modo più o meno radicale la dogmatica e gli istituti.

Ciò che di fatto accadde fu che molti paesi fecero posto all'interno dei loro ordinamenti alle misure di difesa sociale ideate dai positivisti (che verranno in seguito chiamate «misure di sicurezza» dal penalista svizzero *Carl Stooss*): queste comparvero a fianco delle pene<sup>100</sup>, determinando in tal modo la nascita del sistema sanzionatorio c.d. del doppio binario ed un ampliamento del “concetto di sanzione penale che [si estese] sino a ricomprendere la c.d. misura di sicurezza”<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 36.

<sup>99</sup> Tra gli altri M. PATIN, *La place des mesures de sûreté dans le droit pénal positif modern*, in *Revue de science criminelle*, Paris, 1948, p. 421.

<sup>100</sup> L. JIMENEZ DE ASUA, *La mesure de sûreté. Sa nature et ses rapports avec la peine (Considérations de droit comparé)*, in *RSC*, 1954, p. 26.

<sup>101</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale* “cit.”, p. 683.

L'espressione «doppio binario» nella sua accezione più ampia indica dunque “un sistema sanzionatorio che ripartisce le forme di reazione dello Stato nei confronti del reato tra pene e misure di sicurezza”<sup>102</sup> dove le prime, fondate sulla responsabilità colpevole per un fatto tipico di reato e commisurate in modo proporzionale alla colpevolezza e alla gravità del fatto, sono affiancate da strumenti sanzionatori che, imperniati sul concetto di pericolosità sociale, hanno un diverso fondamento che ne legittima dunque un'esistenza indipendente e parallela rispetto alle prime.

Tuttavia i due binari paralleli su cui corrono pene e misure di sicurezza trovano un punto di intersezione nei casi di applicazione congiunta di pene e misure di sicurezza con riguardo ai “soggetti pienamente o parzialmente imputabili e riconosciuti al contempo socialmente pericolosi”<sup>103</sup>: allora i due binari sanzionatori si sovrappongono e la misura di sicurezza, cumulandosi alla pena, viene applicata congiuntamente a quest'ultima svolgendo il ruolo di “complemento della pena nell'assolvimento della funzione di prevenzione speciale, negativa e positiva”<sup>104</sup>.

L'espressione «doppio binario» nella sua accezione più stretta farebbe quindi riferimento proprio a tale aspetto della disciplina secondo cui i due diversi tipi di sanzione si cumulano trovando un'applicazione congiunta. Sarebbe poi questa accezione più stretta, secondo una parte della dottrina, la vera essenza del sistema sanzionatorio del doppio binario<sup>105</sup>, come viene chiaramente spiegato in un autorevole contributo dottrinale secondo cui “è opportuno sin da ora precisare che la dizione «sistema del doppio binario» non esprime soltanto la compresenza in uno stesso ordinamento di sanzioni penali di natura diversa, ma indica qualche cosa di più: e cioè la possibilità di applicare, ad un medesimo soggetto, che sia al tempo stesso «imputabile» e «socialmente pericoloso», tanto la pena che la misura di sicurezza”<sup>106</sup>.

Tuttavia per poter intraprendere una riflessione sullo stato attuale del sistema del doppio binario è necessario in via preliminare delinearne esattamente l'evoluzione nonché ricostruire il processo attraverso il quale è venuto ad esistenza.

---

<sup>102</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 3.

<sup>103</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 210.

<sup>104</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 210.

<sup>105</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 210.

<sup>106</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale* “cit.”, p. 686.

Si è visto come le radici del sistema del doppio binario affondino nel positivismo, filosofico prima che criminologico, e come la misura di sicurezza sia nata in risposta alla crisi della pena retributiva, che in occasione dell'aumento dei tassi di criminalità aveva spiegato la sua inefficacia. Il positivismo criminologico poi proponeva la costruzione di un sistema penale i cui «due cardini fondamentali»<sup>107</sup>, secondo le parole di Grispigni, erano costituiti dai principi di «unità delle sanzioni criminali e responsabilità legale»<sup>108</sup>.

Si tratta allora di capire cosa abbia determinato il passaggio dal sistema monistico composto di sole misure di sicurezza ed imperniato sul concetto di pericolosità sociale, quale inequivocabilmente era il sistema penale proposto dai positivisti, a quello dualistico del doppio binario, peraltro fortemente criticato dal Grispigni come un sistema «non necessario né razionalmente sostenibile»<sup>109</sup>.

L'elemento di transizione è probabilmente da rinvenire, ancora una volta, in una riflessione venuta alla luce nell'ambito della discussione dottrinale sul superamento della pena retributiva che condusse ad una «riformulazione della teoria della retribuzione»<sup>110</sup>, e tale riformulazione secondo uno dei più autorevoli penalisti italiani rappresenterebbe un fondamentale «momento della genesi della misura di sicurezza»<sup>111</sup> come sanzione autonoma e distinta rispetto alla pena.

Tale riformulazione in sostanza operò una spaccatura dell'area della finalità preventiva «in due sfere distinte»<sup>112</sup>: la prevenzione generale e la prevenzione speciale. Attribuendo alla pena retributiva una preminente funzione di prevenzione generale (sulla base dell'idea già presente nel pensiero di *Franz Von Listz* secondo la quale la pena retributiva altro non sarebbe che «un mezzo per raggiungere finalità di tipo preventivo»<sup>113</sup>), poneva in questo modo il presupposto per la creazione di uno strumento sanzionatorio diverso, destinato ad assolvere alla funzione di prevenzione speciale.

---

<sup>107</sup> F. GRISPIGNI, *Corso di diritto penale* «cit.», p. 105.

<sup>108</sup> F. GRISPIGNI, *Corso di diritto penale* «cit.», p. 105; paragrafo 1, pag. 2, nota n°5.

<sup>109</sup> F. GRISPIGNI, *Corso di diritto penale* «cit.», p. 113.

<sup>110</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* «cit.», p. 41.

<sup>111</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* «cit.», p. 41.

<sup>112</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* «cit.», p. 41.

<sup>113</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* «cit.», p. 42.

Una delle più famose teorie miste della pena, caratterizzate dal tentativo di conciliare la classica funzione retributiva della pena con la funzione di prevenzione di futuri reati, è quella elaborata da *Exner*: egli adottò come presupposto l'idea della “congiunta necessità della prevenzione generale e della prevenzione speciale per soddisfare il bisogno di tutela della società”<sup>114</sup> e sostenne una “concezione della pena di tipo general-preventivo”<sup>115</sup>. In questo modo formulò la tesi secondo la quale la pena non sarebbe in grado di svolgere la funzione special-preventiva e vi sarebbe quindi l'esigenza di cercare ulteriori strumenti adatti a tale fine.

È dunque evidente che la teoria di *Exner* rappresenti un tassello fondamentale nel disegno della creazione del doppio binario in quanto introdusse l'idea secondo la quale la massima tutela della società contro il fenomeno criminale potrebbe ottenersi solo attraverso “il cumulo della misura di sicurezza con la pena”<sup>116</sup>.

Ed in effetti il pensiero di *Exner* costituisce il substrato teorico dell'avanprogetto di codice penale svizzero elaborato da *Carl Stooss* nel 1893 che per primo “[tradusse] in progetto legislativo il sistema del doppio binario”<sup>117</sup> e con il quale “*la pericolosité prenait place pour la première fois dans les articles d'un Code en élaboration*”<sup>118</sup>. Nel suo progetto *Stooss*, che ha tra le altre cose il merito di aver coniato l'espressione «misure di sicurezza»<sup>119</sup>, mise a punto un sistema sanzionatorio dualistico che, sul presupposto di una diversità sostanziale tra i due tipi di sanzioni penali, prevedeva pene repressive (*Strafen*) e misure di sicurezza preventive (*Massnahmen*) e, tra queste, una misura di sicurezza detentiva – la custodia di sicurezza - applicabile agli autori recidivi.

“*La différence entre la peine et la mesure de sûreté était nette dans la pensée et l'incarnation légale de Carl Stooss*”<sup>120</sup>: tale affermazione che risulta senz'altro vera in relazione alla netta distinzione tra pena e misura di sicurezza operata sul piano delle funzioni ad esse attribuite, risulta mitigata dal fatto che “le due sanzioni,

---

<sup>114</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 47.

<sup>115</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 46.

<sup>116</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 48.

<sup>117</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 217.

<sup>118</sup> L. JIMENEZ DE ASUA, *La mesure de sûreté. Sa nature et ses rapports avec la peine* “cit.”, p. 25.

<sup>119</sup> J. PRADEL, *Droit pénal général*, XVIII ed., Paris, 2010, p. 457.

<sup>120</sup> L. JIMENEZ DE ASUA, *La mesure de sûreté. Sa nature et ses rapports avec la peine* “cit.”, p. 25.

in fase esecutiva, realizzano un sistema monistico”<sup>121</sup> in cui la prognosi di pericolosità sociale che giustifica l’applicazione della misura di sicurezza, esclude l’applicazione della pena nei confronti dell’autore del reato.

Tuttavia non vi è dubbio che il progetto *Stooss* rappresenti un’opera di fondamentale importanza per la costruzione del moderno sistema sanzionatorio del doppio binario che fu adottato agli inizi del novecento da numerosi paesi in Europa e nel mondo intero<sup>122</sup>.

### 3.1. La distinzione tra le pene e le misure di sicurezza.

La creazione delle misure di sicurezza detentive come sanzioni contrapposte alla pena, avvenuta a cavallo tra il diciannovesimo ed il ventesimo secolo, ed il loro successivo ingresso nel diritto positivo realizzato attraverso l’elaborazione del sistema del doppio binario (la cui essenza consiste in ultima analisi nella coesistenza delle due tipologie di strumenti sanzionatori capaci inoltre di trovare applicazione congiunta con riferimento ad uno stesso soggetto), postulano sul piano logico e concettuale, prima ancora che legislativo, la diversità delle due categorie di sanzioni da un punto di vista sostanziale. L’esistenza di una tale diversità era peraltro fortemente contestata non solo dai classici ma anche dai positivisti i quali, fermamente ancorati ad una concezione monistica, predicavano la sostituzione della pena con la misura di sicurezza, non la loro sovrapposizione<sup>123</sup>.

Tuttavia l’evoluzione delle legislazioni positive agli inizi del novecento fu caratterizzata dalla comparsa delle misure di sicurezza a fianco delle pene ciò fece dunque sorgere l’esigenza di tracciare una linea di confine netta tra i due istituti. Fu allora che “*la doctrine se mit à souligner avec force les différences entre la peine et les mesures de sûreté*”<sup>124</sup>.

“La distinzione tra pene e misure di sicurezza nasce sul piano delle funzioni loro riconosciute”<sup>125</sup>: mentre le pene sono sostanzialmente rivolte al passato in quanto volte alla punizione dell’individuo per un fatto commesso ed hanno quindi

---

<sup>121</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 218.

<sup>122</sup> L. JIMENEZ DE ASUA, *La mesure de sûreté. Sa nature et ses rapports avec la peine* “cit.”, p. 26.

<sup>123</sup> F. GRISPIGNI, *Corso di diritto penale* “cit.”, p. 113.

<sup>124</sup> J. PRADEL, *Droit pénal général* “cit.”, p. 458.

<sup>125</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 316.

una preminente funzione retributiva, la misura di sicurezza “*est exclusivement orientée vers l’avenir*”<sup>126</sup> allorché mira a prevenire la commissione di reati futuri e a neutralizzare la pericolosità sociale; la sua funzione è dunque esclusivamente preventiva<sup>127</sup>.

Ancor prima quindi pene e misure di sicurezza differiscono per ciò che concerne il loro fondamento allorché le prime trovano la loro tradizionale legittimazione nella responsabilità morale e nella colpevolezza del soggetto per il fatto commesso, e quindi nella possibilità di muovere all’autore del reato un rimprovero personale, mentre le seconde non hanno alcuna “*coloration morale*”<sup>128</sup>: in esse è assente ogni idea di colpa morale, la loro applicazione si ricollega alla pericolosità sociale dell’individuo e si legittima in quanto “*la défense sociale doit être assurée avec rigueur*”<sup>129</sup>. Conseguentemente varia il parametro di commisurazione della sanzione che per la pena è costituito dalla gravità del fatto e dalla colpa morale, mentre la misura di sicurezza è ancorata unicamente alla personalità del delinquente e “*choisie en fonction de la nature du tempérament criminel de l’intéressé*”<sup>130</sup>.

Da queste distinzioni fondamentali discendono due corollari che hanno enorme rilevanza da un punto di vista sostanziale: in primo luogo, l’indeterminatezza della durata delle misure di sicurezza, fortemente contrapposta alla determinatezza della pena, nella natura e nel *quantum*, stabilita *a priori* dal legislatore, in ossequio al principio di legalità; in secondo luogo la tendenziale modificabilità delle misure di sicurezza a seconda dell’evoluzione della personalità dell’individuo. In effetti la misura di sicurezza “*pourra être aménagée, modifiée, au besoin même remplacée par une mesure mieux adaptée, selon les exigences du traitement; et elle sera maintenue aussi longtemps mais pas plus, qu’il sera nécessaire*”<sup>131</sup>.

La dottrina quindi nel tempo ha contribuito a definire in modo puntuale la dicotomia, all’interno della categoria delle sanzioni penali, tra pene e misure di sicurezza che dal punto di vista teorico sarebbero nettamente contrapposte le une alle

---

<sup>126</sup> J. PRADEL, *Droit pénal général* “cit.”, p. 461.

<sup>127</sup> Tra gli altri B. BOULOC, *Droit pénal général* “cit.”, p. 425.

<sup>128</sup> B. BOULOC, *Droit pénal general* “cit.”, p. 424.

<sup>129</sup> B. BOULOC, *Droit pénal general* “cit.”, p. 65.

<sup>130</sup> R. SCHMELCK, *La distinction entre la peine et la mesure de sûreté* “cit.”, p. 184.

<sup>131</sup> R. SCHMELCK, *La distinction entre la peine et la mesure de sûreté* “cit.”, p. 184.

altre, presentando ciascuna caratteri propri ben distinti. Tuttavia, come ha affermato un illustre penalista francese nell'ambito di una rinnovata riflessione sul rapporto tra pene e misure di sicurezza, *“si les choses sont claires en théorie elles le sont beaucoup moins dans la pratique. En droit positif, et en droit positif français plus particulièrement, de nombreuses zones d'ombre subsistent”*<sup>132</sup>.

Tali ombre emergono innanzitutto quando si considera che il contenuto di tali sanzioni è caratterizzato da una sostanziale identità: la misura di sicurezza detentiva infatti *“se présente le plus souvent sous une forme identique à celle de la peine”*<sup>133</sup> in quanto anch'essa consiste in una privazione della libertà personale dell'individuo.

### 3.2. Il rischio della «frode delle etichette».

È in effetti sul piano dell'identità del contenuto e del grado di «afflittività» delle due diverse sanzioni che ha trovato spazio e si è sviluppata una delle principali critiche mosse al sistema del doppio binario. Tale critica, che *“coglie [ancora oggi] nel segno”*<sup>134</sup>, si inserisce in un quadro più ampio definito da un illustre penalista italiano come *«crisi della distinzione tra pena e misura di sicurezza»*<sup>135</sup>.

Come si è visto la differenza sostanziale tra le due categorie di sanzioni penali, che rappresenta il presupposto logico del sistema del doppio binario, necessario per giustificarne l'esistenza, fu storicamente individuata sul piano della diversità delle funzioni attribuite a pene e misure di sicurezza: le prime rispondenti ad una logica retributiva, prima, ed anche general-preventiva, poi, le seconde invece rivolte alla prevenzione speciale. Tale distinzione tradizionale cominciò ad entrare in crisi quando la riflessione sulle funzioni della pena si rinnovò sotto la spinta in particolare dell'avvento delle carte costituzionali; allora cominciarono ad emergere gli elementi comuni alle due sanzioni<sup>136</sup>.

---

<sup>132</sup> R. SCHMELCK, *La distinction entre la peine et la mesure de sûreté* “cit.”, p. 182.

<sup>133</sup> R. SCHMELCK, *La distinction entre la peine et la mesure de sûreté* “cit.”, p. 182.

<sup>134</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Milano, 2006, p. 572.

<sup>135</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 41.

<sup>136</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 319.

La principale ragione della «crisi della distinzione tra pena e misura»<sup>137</sup> è rappresentata dal «processo di avvicinamento di pena e misura di sicurezza»<sup>138</sup> che si sviluppò su due versanti paralleli.

Da un lato, si verificò un avvicinamento della pena alla misura di sicurezza sul piano degli scopi, allorché alla pena vennero riconosciute funzioni di prevenzione speciale fino a quel momento considerate le «naturali funzioni delle misure di sicurezza»<sup>139</sup>. Si riconobbe l'idoneità della pena ad assolvere alla funzione di prevenzione speciale negativa, in quanto tale sanzione soddisfa le esigenze di difesa sociale attraverso l'allontanamento del delinquente dalla società realizzato con la detenzione; ma soprattutto, con il sorgere dell'idea della rieducazione, si attribuì alla pena una preminente funzione di prevenzione speciale positiva.

Ciò avvenne con l'affermarsi del principio secondo cui il fine ultimo della pena è la rieducazione del condannato in vista della sua risocializzazione e questo si verificò non solo in Italia, ove il testo costituzionale all'art. 27 comma 3 sancisce espressamente il primato della rieducazione sulle altre finalità della pena, ma anche nei paesi in cui «la Carta fondamentale non prende posizione espressa sul teleologismo della sanzione penale»<sup>140</sup>.

Da un altro lato la crisi della distinzione tra i due strumenti sanzionatori si determinò anche sul versante dell'avvicinamento della misura di sicurezza alla pena: sul piano della diversità di funzioni, si constatò che anche le misure di sicurezza assolvono alla funzione di prevenzione generale, svolgendo una funzione di intimidazione della generalità dei consociati attraverso la minaccia di una «diminuzione di beni giuridici»<sup>141</sup>.

Si cominciò poi a ritenere che anche le misure di sicurezza abbiano una «*coloration morale*»<sup>142</sup> e cioè che esprimano un giudizio di «disapprovazione morale»<sup>143</sup> nei confronti dei soggetti cui sono applicate; ed anzi, si mise in evidenza

---

<sup>137</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 190.

<sup>138</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 185.

<sup>139</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 320.

<sup>140</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 320.

<sup>141</sup> F. GRISPIGNI, *Corso di diritto penale* "cit.", p. 116.

<sup>142</sup> Cfr. *supra*, p. 22, nota n° 125; F. GRISPIGNI, *Corso di diritto penale* "cit.", p. 117.

<sup>143</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 324; E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 191.

come in realtà la misura di sicurezza contenga un giudizio di disapprovazione morale più forte rispetto alla pena poiché quest'ultima esprime "un giudizio di disapprovazione sul fatto"<sup>144</sup> o, in altri termini, che "vale per una singola manifestazione dell'Io"<sup>145</sup>, mentre la prima esprime un giudizio di disapprovazione globale della personalità del soggetto, "che concerne direttamente tutto l'Io"<sup>146</sup>.

Infine si iniziò a riconoscere il carattere sostanzialmente repressivo delle misure di sicurezza, e questo rilievo in relazione alle misure detentive rivolte ai soggetti imputabili costituì il nucleo della celebre critica conosciuta con il nome di «frode delle etichette»: le privazione della libertà personale a titolo di misura di sicurezza avrebbe in realtà il carattere repressivo di una pena, altro non sarebbe che "un male che si aggiunge ad un altro male"<sup>147</sup>. Si tratterebbe anzi di un male peggiore in quanto la misura di sicurezza verrebbe a configurarsi come «un'ulteriore pena a tempo indeterminato»<sup>148</sup> inflitta al soggetto oltre il limite della colpevolezza ed avrebbe un carattere ancora più afflittivo della pena, in quanto comporta una privazione della libertà personale di durata indeterminata<sup>149</sup>.

Della «frode delle etichette», denunciata con forza anche nell'ambiente dottrinale tedesco dal penalista *Eduard Kohlrausch*<sup>150</sup> si ritrova peraltro un'anticipazione già nella teoria della pena di scopo di *V. Listz* che attribuiva alla pena la funzione di prevenzione, non solo generale ma anche speciale, sostenendo così l'impossibilità di fondare una distinzione tra sanzioni penali sulla base dell'elemento dello scopo: l'unica differenziazione possibile tra sanzioni penali sarebbe quella fondata sulla qualità dei soggetti destinatari della sanzione. In tale prospettiva la capacità di intendere e di volere diventava un concetto fondamentale per la creazione di un sistema sanzionatorio dualistico<sup>151</sup>.

Ad ogni modo il rischio della «frode delle etichette» appare ancora fondato: la sua attualità esige che sia verificata la legittimità del sistema del doppio binario

---

<sup>144</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 326.

<sup>145</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 191.

<sup>146</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 191.

<sup>147</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 324.

<sup>148</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI., *Manuale di diritto penale* "cit.", p. 572.

<sup>149</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 323.

<sup>150</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 326.

<sup>151</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 37.

alla luce del principio costituzionale di colpevolezza, che costituisce un limite invalicabile per la determinazione della durata della pena intesa in senso sostanziale come privazione della libertà personale. Una riflessione sul sistema del doppio binario in relazione ai soggetti imputabili non può oggi in alcun modo prescindere dal rispetto dei principi costituzionali.

#### **4. L'ingresso delle misure di sicurezza nel diritto positivo agli inizi del novecento.**

La dottrina positivista, come si è detto, ebbe una grande fortuna non solo in Italia e le sue idee presto si diffusero negli altri paesi europei e queste, a loro volta, ispirarono diversi progetti di riforma e numerosi interventi legislativi. Così le misure di sicurezza iniziarono a farsi strada all'interno del diritto penale vigente, in vari ordinamenti europei, alcuni dei quali adottarono un sistema sanzionatorio dualistico che, prevedendo misure di sicurezza detentive applicabili nei confronti di soggetti pienamente imputabili, realizzava il c.d. sistema del doppio binario in senso stretto.

Uno dei primi paesi a recepire la proposta positivista di introduzione di misure di sicurezza incardinate sulla pericolosità sociale e finalizzate alla difesa della società fu la Francia ("culla" del positivismo) che nel 1885 adottò una misura - la *relégation* - che "*semble constituer historiquement la première illustration de l'idée de mesures de sûreté éliminatrices*"<sup>152</sup>. Rivolta ai delinquenti plurirecidenti, nei confronti dei quali il legislatore pose "*une présomption absolue d'incorrigibilité*"<sup>153</sup>, questa misura comportava la deportazione perpetua del soggetto nella colonia francese della *Guyane*; la sua pronuncia era obbligatoria per il giudice e la sua esecuzione prendeva inizio al termine dell'esecuzione della pena ordinaria cui dunque si cumulava<sup>154</sup>.

Non molti anni dopo l'Inghilterra introdusse con il *Prevention of crime Act* del 1908 l'istituto della *preventive detention* che costituiva una misura di sicurezza detentiva applicabile ai delinquenti abituali, al termine dell'esecuzione della pena: in seguito al giudizio di abitualità nel reato emesso dal *jury*, il giudice disponeva

---

<sup>152</sup> J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, III ed., Paris, 2008, p. 608.

<sup>153</sup> J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, III ed., Paris, 2008, p. 608.

<sup>154</sup> Cfr. *infra*, cap. 2.

l'internamento del soggetto per un periodo di tempo da questo stabilito tra un minimo di cinque ed un massimo di dieci anni<sup>155</sup>.

Tali esempi rendono bene l'idea di come la corrente positivista abbia immediatamente influenzato il legislatore penale di diversi paesi, anche di tradizione giuridica molto lontana rispetto a quella italiana o comunque europea di *civil law*, come l'Inghilterra.

Francia e Inghilterra adottarono riforme legislative con le quali introdussero misure di sicurezza detentive rivolte ai soggetti imputabili, realizzando così di fatto il sistema del doppio binario; in altri paesi poi le idee positiviste si inserirono in un contesto caratterizzato da un ripensamento del sistema penale nel suo complesso, che trovò attuazione attraverso lo strumento della codificazione.

Si è visto come la Svizzera, per prima, abbia costruito un diritto penale dogmaticamente e sistematicamente improntato al doppio binario con l'elaborazione dell'avanprogetto di codice penale effettuata da *Stooss* nel 1893; tale progetto non arrivò ad essere approvato ma la sua importanza non fu mai discussa poiché questo costituì sostanzialmente la base del codice penale del 1937<sup>156</sup>. Quest'ultimo prevedeva all'articolo 42 la misura dell'internamento (*Verwahrung*), rivolta ai soggetti recidivi che avessero già scontato più pene detentive e che mostrassero una sorta di inclinazione a delinquere, tale da fondare una prognosi di recidiva<sup>157</sup>.

La misura era però regolata dal principio di vicarietà per cui si applicava in sostituzione della pena detentiva, non congiuntamente a quest'ultima. La misura dell'internamento come disciplinata dall'art. 42 del codice penale del 1937 non fu mai molto utilizzata nella prassi giudiziaria fino a che, negli anni novanta, cadde sostanzialmente in desuetudine<sup>158</sup>.

Tuttavia tale misura conoscerà una nuova stagione di grande vitalità a seguito del suo radicale ripensamento avvenuto con la riforma della parte generale del codice penale svizzero approvata nel 2002 ed entrata in vigore nel 2007. La *Verwahrung*, secondo la nuova disciplina prevista all'art. 64 C.P., si applica non più ai delinquenti recidivi, bensì agli autori primari di reati particolarmente gravi e che suscitano un

---

<sup>155</sup> J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, III ed., Paris, 2008, p. 736.

<sup>156</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 256.

<sup>157</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 257.

<sup>158</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 258.

particolare allarme sociale (nel caso di specie si tratta di reati violenti e a sfondo sessuale); viene inoltre abbandonato il tradizionale principio di vicarietà essendo previsto che l'internamento debba essere eseguito successivamente all'esecuzione della pena<sup>159</sup>. Qui la logica del doppio binario troverà poi un'estremizzazione tale che nel 2004 verrà introdotta, con norma costituzionale confermata da una votazione popolare, la misura dell'internamento a vita nei confronti degli autori di reati sessuomani o violenti che siano ritenuti estremamente pericolosi nonché refrattari alle terapie: questa circostanza svela “gli effetti aberranti cui può condurre una politica penale populista di accoglimento acritico delle istanze preventive”<sup>160</sup>.

Anche in Germania nei primi anni del novecento iniziarono a farsi sentire le suggestioni del doppio binario prospettato nel progetto *Stooss* benché in questo paese la soluzione di un sistema sanzionatorio monistico, come si è visto, fosse sostenuta in maniera più che autorevole dal più illustre esponente della scuola sociologica: *Franz Von Listz*. Così, in seguito ad un progetto di riforma del codice penale, elaborato nel 1909, che proponeva un modello di sistema sanzionatorio rigorosamente monistico incentrato solo sulla pena, ed in cui le istanze di difesa sociale nei confronti dei delinquenti imputabili pericolosi trovavano soddisfazione all'interno del binario della pena attraverso un aumento di durata della stessa, vi furono diversi progetti successivi che invece affiancavano alla pena “una misura di sicurezza in funzione di difesa sociale”<sup>161</sup>. La custodia di sicurezza (*Sicherungsverwahrung*), la cui introduzione era già stata prevista da quattro progetti di codice penale elaborati tra il 1911 e il 1927<sup>162</sup>, fu infine introdotta nel 1933, dal nuovo regime nazionalsocialista, con la «Legge contro i delinquenti abituali pericolosi e sulle misure di sicurezza e miglioramento» con la quale le misure di sicurezza fecero espressamente il loro ingresso nell'ordinamento tedesco<sup>163</sup>.

La custodia di sicurezza era rivolta ai soggetti che fossero stati dichiarati delinquenti abituali pericolosi e la sua applicazione veniva fondata sulla sussistenza di un presupposto estremamente generico allorché si prevedeva che l'internamento

---

<sup>159</sup> J. PRADEL, *Droit pénal comparé* “cit.”, p. 615.

<sup>160</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 269.

<sup>161</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 219.

<sup>162</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 219.

<sup>163</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 217.

dovesse essere disposto «quando la sicurezza pubblica lo richiede[sse]»<sup>164</sup>; per ciò che concerne la durata della misura, non era previsto alcun limite massimo di durata poiché la misura doveva durare finché il suo scopo lo avesse richiesto.

La *Sicherungsverwahrung*, che si inseriva in un contesto di complessivo ripensamento della politica criminale che si voleva finalizzata alla «tutela della comunità popolare da quei soggetti che non si conformano alle leggi»<sup>165</sup>, era utilizzata dal regime “in chiave di pura neutralizzazione della pericolosità”<sup>166</sup> e di fatto quindi “rappresentò l’avvio di quella politica di esclusione, prima, di annientamento, poi, dei soggetti considerati “asociali” attraverso l’ordine di arresto preventivo della polizia ed il trasferimento nei campi di concentramento”<sup>167</sup>.

Non stupisce dunque che nell’ambito del regime nazista la logica preventiva sottesa alle misure di sicurezza sia giunta fino alla più aberrante deriva delle neutralizzazioni fisiche dei delinquenti pericolosi, prevedendo la misura di sicurezza della castrazione per gli autori di reati sessuali in stato di recidiva, prima, fino ad arrivare alla previsione della pena di morte<sup>168</sup>.

L’esperienza del doppio binario in Germania ha dunque mostrato come le misure di sicurezza siano in grado di estremizzare la logica preventiva che può giungere a non trovare più alcun argine nel rispetto dei diritti fondamentali della persona<sup>169</sup>. La storia della custodia di sicurezza tedesca però non terminò con la caduta del regime nazista nel quale era nata ma conobbe un nuovo sviluppo attraverso una serie di successive riforme che, modificando la disciplina dell’istituto nel senso di un ampliamento del suo campo di applicazione e di una definizione più puntuale dei suoi presupposti, riuscirono ad attribuirle un ruolo attuale nell’ambito del sistema sanzionatorio. Dopo una prima riforma dell’istituto avvenuta nel 1969, iniziò un processo di progressiva espansione della custodia di sicurezza che prese avvio sul finire degli anni novanta con la rinascita del pensiero securitario e che condusse, in ultima analisi, ad un inasprimento della disciplina della misura che arrivò nel 2004, con l’ordine di internamento a posteriori, alla possibilità di disporre

---

<sup>164</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 221.

<sup>165</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 219.

<sup>166</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 221.

<sup>167</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 221.

<sup>168</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 222.

<sup>169</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 225.

la sua applicazione in un momento successivo rispetto alla sentenza di condanna, e nel 2007 alla possibilità della sua applicazione retroattiva<sup>170</sup>.

Nella stessa epoca in cui le misure di sicurezza fecero il loro ingresso nell'ordinamento tedesco, anche in Italia fu introdotto il sistema del doppio binario con il codice Rocco del 1930. Nel paese in cui la scuola positiva era nata e si era sviluppata, le idee del positivismo criminologico poterono esercitare un'influenza forse più immediata sul piano della politica legislativa, rispetto a quanto non fecero negli altri paesi europei.

In Italia infatti la dottrina positivista aveva trovato una compiuta espressione sul piano legislativo nel progetto Ferri del 1921 che fu elaborato allorché il Guardasigilli Ludovico Mortara, con Decreto Reale del 14 settembre 1919, istituì presso il Ministero della Giustizia un'apposita commissione, presieduta da Enrico Ferri, incaricata di “proporre le riforme necessarie nel sistema della legislazione penale per conseguire, in armonia ai principii e metodi razionali della difesa della società contro il delitto in genere, un più efficace e sicuro presidio contro la delinquenza abituale”<sup>171</sup>.

In tale progetto preliminare di codice penale Ferri codificò i principi cardine della dottrina positivista<sup>172</sup>: assunta la difesa sociale come fondamento del «diritto di punire» dello stato, in primo luogo fu posto il principio di pericolosità sociale come unico fondamento della sanzione penale e come unico criterio per la determinazione della misura della stessa. Si legge infatti, nell'esposizione dei criteri della riforma, che “i provvedimenti di difesa sociale contro la delinquenza devono essere adattati non tanto alla obbiettiva gravità maggiore o minore del delitto [...] quanto alla maggiore o minore pericolosità del delinquente”<sup>173</sup>.

In secondo luogo sostituì il concetto classico della responsabilità penale, in base al quale l'imputabilità di un individuo in relazione ad un fatto sussisterebbe solo “come conseguenza dell'imputabilità morale congiunta a quella materiale”<sup>174</sup>, con il principio della responsabilità legale secondo il quale la responsabilità penale

---

<sup>170</sup> J. PRADEL, *Droit pénal comparé* “cit.”, p. 614; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 243.

<sup>171</sup> Art. 1, D.R. 14 settembre 1919, in *Relazione sul progetto Preliminare di Codice penale italiano*.

<sup>172</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale* “cit.”, p. XXIX.

<sup>173</sup> *Relazione sul progetto Preliminare di Codice penale italiano*, p. 4.

<sup>174</sup> *Relazione sul progetto Preliminare di Codice penale italiano*, p. 9.

deriverebbe «indissolubilmente» dalla sola imputabilità materiale. In altri termini “ogni uomo, per il solo fatto di vivere in società[...] deve rispondere alla società del suo modo di agire”<sup>175</sup>.

Infine il progetto, abbandonando la pretesa irraggiungibile di poter infliggere delle pene che siano proporzionate ad una colpa morale, prevede quale unico strumento sanzionatorio le sanzioni di difesa sociale, ossia le misure di sicurezza, “che devono soltanto provvedere alla più efficace difesa sociale verso i delinquenti pericolosi ed alla più rapida e sicura redenzione e riutilizzazione dei delinquenti meno pericolosi”<sup>176</sup>.

«Il sistema tradizionale delle pene detentive a termine fisso» viene così sostituito da un sistema basato sulla segregazione a tempo indeterminato in quanto “se non è realizzabile la pretesa di precisare un castigo proporzionato ad una colpa, e si tratta, invece, di segregare un individuo inadatto alla vita sociale, questa segregazione non può avere un termine fisso, ma deve durare tanto tempo quanto sia necessario perché l’individuo divenga adatto alla vita libera”<sup>177</sup>. In concreto vien prevista la sanzione della segregazione in una casa di lavoro o colonia agricola che si articola in modi differenti (semplice, rigorosa, e rigorosa perpetua) sulla base del grado di pericolosità del soggetto<sup>178</sup>. In questo modo il progetto Ferri prospetta un sistema sanzionatorio rigorosamente monistico nel quale viene eliminata ogni distinzione concettuale tra pene e misure di sicurezza<sup>179</sup>.

Tale progetto però non fu approvato in quanto, a causa delle vicende politiche che caratterizzarono quegli anni, non arrivò ad essere discusso in sede parlamentare<sup>180</sup>.

Il codice Rocco poi, che fu adottato nel 1930, non continuò sulla strada intrapresa dal progetto Ferri ed anzi se ne distaccò sotto diversi aspetti.

Il nuovo codice è stato presentato sotto diversi aspetti come “il risultato di un compromesso tra le varie scuole di diritto penale”<sup>181</sup>; tuttavia, anche se l’intento del

---

<sup>175</sup> *Relazione sul progetto Preliminare di Codice penale italiano*, p. 10.

<sup>176</sup> *Relazione sul progetto Preliminare di Codice penale italiano*, p. 11.

<sup>177</sup> *Relazione sul progetto Preliminare di Codice penale italiano*, p. 11.

<sup>178</sup> *Relazione sul progetto Preliminare di Codice penale italiano*, p. 84.

<sup>179</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 89; *Relazione sul progetto Preliminare di Codice penale italiano*, p. 12.

<sup>180</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale* “cit.”, p. XXIX.

legislatore non fosse stato quello di realizzare un compromesso tra i principi della scuola classica e quelli della scuola positiva, al fine di risolvere il contrasto tra le opposte correnti dottrinali, ciò che rileva in questa sede è che, di fatto, il compromesso si realizzò e l'adozione del sistema del doppio binario ne rappresenta il simbolo. Probabilmente le ragioni di tale compromesso possono essere rinvenute nella Relazione definitiva al progetto del nuovo codice penale nella quale il Guardasigilli sottolinea, da un lato, "la necessità di costruire un sistema di rigida difesa sociale"<sup>182</sup> e, dall'altro, la volontà di mantenere una continuità storica con il codice precedente e, più in generale, con la tradizione giuridica italiana<sup>183</sup>.

Il codice dunque mantenne il tradizionale impianto sanzionatorio basato sulla pena intesa in senso classico ma vi affiancò la misura di sicurezza detentiva dell'assegnazione ad una colonia agricola o a una casa lavoro, disciplinata agli art. 216 e seguenti del codice penale. Questa misura viene rivolta ai delinquenti pericolosi socialmente e al contempo imputabili dei quali il codice effettua una classificazione, dal punto di vista della sostanza criminologica, giungendo così a delineare tre tipologie di delinquenti pericolosi imputabili.

Di queste tre tipologie, due hanno come base la nozione di recidiva definita dal legislatore all'art. 99 C.P. come ripetizione formale di reati: il tipo del delinquente abituale è infatti definito dall'art. 103 C.P. come il delinquente recidivo che il giudice ritiene sia «dedito al delitto»; il tipo del delinquente professionale *ex* art. 105 C.P. è invece il delinquente abituale (quindi recidivo e dedito al delitto) «che viva abitualmente, anche in parte soltanto, dei proventi del reato».

L'ultima tipologia di delinquente pericoloso prevista dal codice Rocco come destinatario della misura di sicurezza detentiva si distacca sensibilmente dalle altre due: si tratta del delinquente per tendenza definito dall'art. 108 C.P. come un delinquente non recidivo, ossia un delinquente primario, che presenti «una speciale inclinazione al delitto, che trovi la sua causa nell'indole particolarmente malvagia del colpevole».

---

<sup>181</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI., *Manuale di diritto penale* "cit.", p. 572.

<sup>182</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 90.

<sup>183</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 90.

Nella figura del delinquente per tendenza si può scorgere chiaramente l'idea lombrosiana del delinquente nato come soggetto per natura pericoloso, e si riesce allora a intravedere quale rilievo abbia avuto l'influenza del positivismo criminologico sul diritto penale italiano.

## CAPITOLO II

### LE ORIGINI DEL DOPPIO BINARIO IN FRANCIA

SOMMARIO: 1. L'influenza della dottrina positivista in Francia. – 1.1. La *relégation* introdotta dalla legge 27 maggio 1885. – 1.2. *L'avant-projet du code pénal Matter* del 1934. – 2. I successivi sviluppi della *doctrine de la défense sociale*. – 2.1. La *défense sociale originaire* di Filippo Gramatica. – 2.2. La *défense sociale nouvelle* di Marc Ancel. – 3. Il posto delle misure di sicurezza nel diritto penale francese.

#### 1. l'influenza della dottrina positivista in Francia.

Come si è visto, la dottrina positivista sorta in Italia in seno alla Scuola Positiva “*fit rapidement tache d’huile*”<sup>1</sup> e si diffuse negli altri paesi europei, “conquistando”<sup>2</sup> in breve tempo anche la Francia. Qui il positivismo criminologico ebbe come principale rappresentante *Alexandre Lacassagne*, medico e titolare della cattedra di medicina legale alla facoltà di medicina di Lione (all’epoca, capitale della criminologia francese<sup>3</sup>), che fu una figura di spicco in materia di antropologia criminale nonché «*le chef de file*»<sup>4</sup> de *l’école lyonnaise du milieu social*<sup>5</sup>. Appartenente come Lombroso al *milieu scientifique*, egli fu inizialmente ispirato dalla teoria del delinquente nato anche se dopo poco tempo se ne discostò costruendo una teoria sotto molti aspetti in contrasto con quella del «*maître de Turin*».

Dell’opera lombrosiana condivideva l’impostazione di fondo consistente nell’applicazione del metodo scientifico allo studio del fenomeno criminale, in un’ottica di rigido determinismo; ma mentre il primo aveva individuato i fattori eziologici del crimine in fattori fisici e biologici presenti fin dalla nascita nella struttura anatomica del delinquente, il secondo adottò un approccio di determinismo

---

<sup>1</sup> J. PRADEL, *Droit pénal général*, XVIII ed., Paris, 2010, p. 84.

<sup>2</sup> J. PRADEL, *Droit pénal général* “cit.”, p. 84.

<sup>3</sup> M. RENNEVILLE, *La criminologie perdue d’Alexandre Lacassagne (1843 – 1924)*, in *Criminocorpus, revue hypermédia, Dossier n° 1: Histoire de la criminologie, 1. La revue et ses hommes*, 2005, p. 2. Articolo disponibile online all’indirizzo web: <http://criminocorpus.revues.org/112>

<sup>4</sup> R. GASSIN – S. CIMAMONTI – P. BONFILS, *Criminologie*, VII ed., Paris, 2011, p. 184.

<sup>5</sup> L. MUCCHIELLI, *Criminologie, hygénisme et eugénisme en France (1870 – 1914): débats médicaux sur l’élimination des criminels réputés «incorrigibles»*, in *Revue d’histoire des sciences humaines*, 2000, n° 3, p. 66. Articolo disponibile online all’indirizzo web: <http://www.cairn.info/revue-histoire-des-sciences-humaines-2000-2-page-57.htm>.

sociologico, più che biologico, spostando l'attenzione sul valore causale delle caratteristiche dell'ambiente sociale<sup>6</sup>.

Benché *Lacassagne* non negasse l'esistenza di fattori fisici ereditari predisponenti al crimine ed anzi riconoscesse che spesso gli individui criminali presentavano malformazioni anatomiche o anomalie fisiche, tuttavia riteneva che la presenza di queste caratteristiche non fosse sufficientemente costante affinché se ne potesse indurre l'esistenza di un «tipo criminale» e riteneva che il fenomeno criminale fosse piuttosto causato dall'influenza che i fattori sociali esercitano sull'uomo<sup>7</sup>. In quest'ottica il crimine *“n'est pas l'expression d'une simple faculté innée, mais la conséquence d'une interaction entre l'individu et son milieu de vie”*<sup>8</sup>. Mutuando dalla frenologia l'idea fondamentale secondo cui le funzioni psichiche avrebbero una precisa localizzazione cerebrale, egli ritiene che all'interno del cervello si possano distinguere tre zone tra cui quella frontale, sede delle funzioni superiori, quella parietale che regola l'attività ed infine la zona occipitale sede degli istinti animali, sulla quale in particolare si ripercuoterebbero i fattori socio-ambientali. Per questo motivo *Lacassagne* ritiene che *“l'étude du fonctionnement cérébrale doit donc prédominer, et c'est sur elle qu'il faut asseoir la théorie de la criminalité”*<sup>9</sup>; ed in effetti su questa base egli costruisce una teoria socio-frenologica della criminalità secondo la quale, partendo dalla concezione della società come *“agrégation d'individus dont l'évolution cérébrale est différente”*<sup>10</sup>, esisterebbero (in maniera speculare alle tre grandi zone esistenti all'interno del cervello) tre grandi strati sociali che produrrebbero tre categorie di criminali<sup>11</sup>.

La prima categoria è quella costituita da *«Les criminels de pensée»* derivanti dallo strato frontale della società tra i quali sarebbero frequenti *«les criminels aliénés»*, la seconda da *«les criminels d'actes»* prodotti dallo strato parietale della società cui appartenerebbero i criminali passionali e occasionali ed infine la terza categoria, quella dei *«criminels de sentiments ou d'instincts»*, generati dallo strato

---

<sup>6</sup> M. RENNEVILLE, *La criminologie perdue d'Alexandre Lacassagne* “cit.”, p. 3.

<sup>7</sup> M. RENNEVILLE, *La criminologie perdue d'Alexandre Lacassagne* “cit.”, p. 3.

<sup>8</sup> M. RENNEVILLE, *La criminologie perdue d'Alexandre Lacassagne* “cit.”, p. 3.

<sup>9</sup> M. RENNEVILLE, *La criminologie perdue d'Alexandre Lacassagne* “cit.”, p. 3.

<sup>10</sup> L. MUCCHIELLI, *Criminologie, hygénisme et eugénisme en France* “cit.”, p. 66.

<sup>11</sup> M. RENNEVILLE, *La criminologie perdue d'Alexandre Lacassagne* “cit.”, p. 3.

occipitale della società e che rappresenterebbero i «*véritables criminels*», incorreggibili<sup>12</sup>.

Il fulcro della teoria criminologica di *Lacassagne* può dunque essere efficacemente riassunto nel suo celebre «aforisma» secondo cui: “*le milieu social est le bouillon de culture de la criminalité; le microbe, c’est le criminel, un élément qui n’a pas d’importance que le jour où il trouve le bouillon qui le fait fermenter*”<sup>13</sup>.

Tale teoria dunque, se dal punto di vista scientifico si contrapponeva a quella lombrosiana, dal punto di vista della politica criminale giungeva a conclusioni identiche: il delinquente è un «*microbe social*» dal quale la società deve difendersi così come l’organismo umano si difende dai microbi che lo attaccano<sup>14</sup>. Esistono poi dei delinquenti che sono incorreggibili, nei cui confronti, secondo le parole di *Lacassagne*, “*il faut avoir le courage de le dire, le code pénal n’est qu’une illusion sociale*”<sup>15</sup>. Rispetto a questi individui l’unico rimedio che la società può adottare è la loro eliminazione fisica, da attuarsi attraverso la deportazione o nei casi più gravi attraverso la pena di morte<sup>16</sup>.

*Lacassagne* inoltre sostenne pubblicamente tali posizioni con riferimento a due aspri dibattiti politici, il primo scoppiato intorno al 1880 sul progetto di legge relativo alla *relégation des récidivistes*, misura che consisteva nella deportazione sul territorio coloniale dei delinquenti plurirecidivi, della quale egli fu un aperto sostenitore; il secondo relativo all’abolizione della pena di morte proposta nel 1906 rispetto al quale egli, in occasione del dibattito parlamentare del 1908, si schierò chiaramente contro l’abolizione della pena capitale.<sup>17</sup>

Quello di *Lacassagne* rappresenta l’esempio più noto di come il positivismo criminologico negli ultimi decenni dell’ottocento si stesse sviluppando anche in Francia muovendo i primi passi nell’ambiente medico-scientifico, e di come alcune riforme legislative che furono diretta espressione di quella corrente di pensiero

---

<sup>12</sup> M. RENNEVILLE, *La criminologie perdue d’Alexandre Lacassagne* “cit.”, p. 3.

<sup>13</sup> M. RENNEVILLE, *La criminologie perdue d’Alexandre Lacassagne* “cit.”, p. 2.

<sup>14</sup> H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris, II ed., 1943, p. 33.

<sup>15</sup> L. MUCCHIELLI, *Criminologie, hygénisme et eugénisme en France* “cit.”, p. 66.

<sup>16</sup> L. MUCCHIELLI, *Criminologie, hygénisme et eugénisme en France* “cit.”, p. 72.

<sup>17</sup> M. RENNEVILLE, *La criminologie perdue d’Alexandre Lacassagne* “cit.”, p. 4.

abbiano trovato un solido punto di ancoraggio nel pensiero scientifico che ne fondava la legittimità<sup>18</sup>.

Sviluppatesi negli ambienti scientifico e giuridico, *“l’influence de la doctrine positiviste ne tarda pas à se faire sentir sur le droit pénal positif français. Elle se manifesta, dans son intégrité primitive, dès la fin du XIXème siècle”*<sup>19</sup>.

Come ha affermato un illustre esponente della dottrina penalistica francese *“dans un premier temps, notre droit se fit l’écho des idées positives d’individualisation de répression et d’élimination de certains délinquants dangereux”*<sup>20</sup>: ed in effetti diversi istituti rispondenti alla logica di fondo della dottrina positivista comparvero nell’ordinamento giuridico francese. Nel senso dell’individualizzazione del trattamento sanzionatorio sulla base della personalità del delinquente furono introdotti con la *loi du 14 août 1885 la libération conditionnelle* che permetteva la riduzione della durata della pena detentiva in caso di buona condotta; con la legge del 26 marzo 1891 il *sursis à l’exécution de l’emprisonnement* che consentiva la sospensione dell’esecuzione della pena nei confronti dei delinquenti che fossero autori primari, riservando invece un trattamento sanzionatorio più severo nei confronti dei delinquenti recidivi, circostanza questa che traduceva sul piano normativo *“la distinction positiviste entre délinquants d’occasion et d’habitude”*<sup>21</sup>; ed infine con la *loi du 22 juillet 1912* furono accentuati i profili di specialità del diritto penale applicabile nei confronti dei soggetti di minore età.

Perfettamente rispondenti alla logica dell’eliminazione dei delinquenti socialmente pericolosi considerati incorreggibili erano invece l’istituto della *relégation* la quale eliminava dal territorio francese i delinquenti recidivi incorreggibili con il mezzo della deportazione nelle colonie francesi, e l’istituto dell’*interdiction de séjour* che allontanava i delinquenti pericolosi da determinati

---

<sup>18</sup> L. MUCCHIELLI, *Criminologie, hygénisme et eugénisme en France* “cit.”, p. 70; M. RENNEVILLE, *La criminologie perdue d’Alexandre Lacassagne* “cit.”, p. 4.

<sup>19</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général*, XXII ed., Paris, 2011, p. 66.

<sup>20</sup> J. PRADEL, *Droit pénal général* “cit.”, p. 91.

<sup>21</sup> J. PRADEL, *Droit pénal général* “cit.”, p. 91.

luoghi del territorio dello stato ove avrebbero potuto commettere nuovi reati ponendo il divieto di risiedervi<sup>22</sup>, entrambi introdotti con la *loi du 27 mai 1885*.

### 1.1. La relégation introdotta dalla legge 27 maggio 1885.

“La loi du 27 mai 1885 instituant contre les récidivistes incorrigibles la peine complémentaire de la relégation était une application presque parfaite des idées positivistes originaires”<sup>23</sup>. Imperniata sull’idea di fondo secondo la quale esistono dei delinquenti definitivamente incorreggibili che rappresentano “un danger dont les autorités [...] ont le devoir de défendre la société contre les assauts permanents”<sup>24</sup>, la legge istitutiva della *relégation*, ponendo una presunzione legale assoluta di «incorrigibilité»<sup>25</sup>, introduce nel diritto penale il tipo normativo del delinquente «récidiviste incorrigible»<sup>26</sup> come naturale destinatario di una sanzione di carattere eliminatorio.

La *relégation* che a norma dell’art. 1 della legge che la istituisce consiste nell’«internement perpétuel sur le territoire des colonies» ha in effetti come unico fine quello “d’éliminer les délinquants d’habitude”<sup>27</sup> allontanandoli dal territorio dello stato in quanto individui “dont la présence sur le sol national représente un danger pour le corps social tout entier”<sup>28</sup>. Tale misura si pone dunque come “sanction d’un état dangereux”<sup>29</sup> e quest’ultimo trova una definizione legale all’art. 4 della legge del 27 maggio 1885: l’individuo che nell’arco di dieci anni abbia riportato un determinato numero di condanne viene considerato incorreggibile e pertanto pericoloso e tale qualifica costituisce il presupposto dell’applicazione della sanzione che opera *ex lege*.

Il tipo normativo del delinquente abituale viene dunque definito dalla legge in relazione al numero e alla natura delle condanne riportate a differenza di quanto non

---

<sup>22</sup> J. LARGUIER – P. CONTE – P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, XXI ed., Paris, 2008, p. 124.

<sup>23</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général* “cit.”, p. 66.

<sup>24</sup> J.-L. SANCHEZ, *Identifier, exclure, régénérer. La relégation des récidivistes en Guyane (1885-1938)*, in *Les sphères du pénal avec Michel Foucault*, Paris, p. 143.

<sup>25</sup> J.-L. SANCHEZ, *La relégation des récidivistes en Guyane* “cit.”, p. 140.

<sup>26</sup> J.-L. SANCHEZ, *La relégation des récidivistes en Guyane* “cit.”, p. 153.

<sup>27</sup> H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel* “cit.”, p. 273.

<sup>28</sup> J.-L. SANCHEZ, *La relégation des récidivistes en Guyane* “cit.”, p. 139.

<sup>29</sup> H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel* “cit.”, p. 273.

avvenga in altri ordinamenti ove invece, come in Italia, l'apprezzamento dell'abitudine nel reato è lasciata alla valutazione discrezionale del giudice<sup>30</sup>. L'art. 4 della legge sulla *relégation* prevede quattro ipotesi di applicazione legale della misura nelle quali varia il rapporto tra il numero delle condanne riportate e la natura del titolo di reato. La prima ipotesi prevede che il soggetto abbia riportato due condanne alla pena dei lavori forzati o della *réclusion*; la seconda richiede una condanna alla pena dei lavori forzati o della reclusione e due condanne alla pena dell'*emprisonnement* riportate per fatti qualificati come crimini oppure due condanne alla pena dell'*emprisonnement* di durata superiore a tre mesi per i reati di furto, appropriazione indebita, atti osceni e corruzione di minorenni.

La terza ipotesi prevede quattro condanne all'*emprisonnement* per fatti qualificati come crimini oppure per i delitti di cui sopra, con durata della pena superiore a tre mesi; infine l'ultima ipotesi di applicazione della *relégation* richiede che il soggetto abbia riportato sette condanne di cui almeno due dei tipi previsti nelle due ipotesi precedenti e le altre ( di cui almeno due di durata superiore a tre mesi d'*emprisonnement*) per il reato di *vagabondage* - definito dallo stesso articolo come il fatto di coloro che "*soit qu'ils aient ou non un domicile certain, ne tirent habituellement leur subsistance que du fait de pratiquer ou faciliter sur la voie publique l'exercice de jeux illicites, ou la prostitution d'autrui sur la voie publique*" – oppure per la violazione degli obblighi derivanti dalla condanna all'*interdiction de séjour*, disciplinata dall'articolo 19 del medesimo testo di legge.

Il numero delle condanne richieste per l'applicazione di tale sanzione è dunque inversamente proporzionale alla gravità delle stesse<sup>31</sup>; e trattandosi di condanne che seguono alla commissione sia di crimini sia di delitti la *relégation* si presenta come una sanzione «*tantôt criminelle, tantôt correctionnelle*»<sup>32</sup> comminata dal legislatore anche per la commissione di reati minori come il furto e il delitto di *vagabondage*.

Inoltre ai sensi degli articoli 9 e 10 della presente legge vengono prese in considerazione ai fini dell'applicazione della *relégation* anche le condanne riportate

---

<sup>30</sup> M. PATIN, *La place des mesures de sûreté dans le droit pénal positif modern*, in *Revue de science criminelle*, 1948, p. 426.

<sup>31</sup> H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel* "cit.", p. 274.

<sup>32</sup> H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel* "cit.", p. 274.

dal soggetto prima dell'entrata in vigore della legge del 1885, richiedendosi però che tale sanzione venisse irrogata in occasione di una nuova sentenza di condanna intervenuta dopo l'emanazione della legge. In questo modo il legislatore del 1885 metteva in campo uno strumento sanzionatorio che, capace di trovare applicazione retroattiva, fosse atto ad assicurare nel modo più efficace possibile la difesa della società dai delinquenti pericolosi.

Qualora sussistano i presupposti indicati dall'art. 4 della legge il giudice ha il dovere di pronunciare l'applicazione della *relégation* che si configura quindi come una sanzione di carattere obbligatorio e automatico<sup>33</sup>. In seguito all'emanazione della legge del 27 maggio 1885, furono create con successivi interventi normativi alcune ipotesi di applicazione facoltativa della *relégation*: ciò avvenne nel 1893 allorché fu estesa l'applicabilità di tale misura nei confronti dei soggetti, anche se autori primari, condannati per il delitto di *association de malfaiteurs* ed ancora nel 1894 ai soggetti recidivi condannati alla pena di un anno d'*emprisonnement* per il reato di *provocation à la commission de crimes anarchistes*.

Ciò nonostante la *relégation* fu fin dall'origine concepita come sanzione avente per natura carattere automatico la cui applicazione segue di diritto al realizzarsi dei presupposti stabiliti dal legislatore; tuttavia il suo tratto più peculiare è rappresentato dalla circostanza che tale sanzione trova un'applicazione congiunta rispetto alla pena principale con la quale viene quindi a cumularsi. L'art. 10 della legge istitutiva recita infatti che "*le jugement ou l'arrêt prononcera la relégation en même temps que la peine principale*" e l'articolo 12 che "*la relégation ne sera appliquée qu'à l'expiration de la dernière peine à subir par le condamné*".

Così tale sanzione, che consisteva nella deportazione del condannato nelle colonie francesi della *Guyane* e (solo fino al 1897<sup>34</sup>) della *Nouvelle-Calédonie*, veniva applicata al termine dell'esecuzione della pena principale avvenuta in Francia: il condannato al termine della pena detentiva eseguita *dans le prisons de la Métropole* veniva inviato in Guyana dove avrebbe dovuto risiedere per il resto della sua vita. Qui secondo l'idea originaria del legislatore i relegati avrebbero dovuto

---

<sup>33</sup> M. PATIN, *La place des mesures de sûreté dans le droit pénal positif modern* "cit.", p. 418; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel* "cit.", p. 274.

<sup>34</sup> J.-L. SANCHEZ, *La relégation (loi du 27 mai 1885)*, in *Criminocorpus, revue hypermédia*, p. 7.

vivere in un regime di pressoché totale libertà, essendo il fine esclusivo della *relégation*, in quanto sanzione neutralizzatrice, quello di allontanare i delinquenti più pericolosi dal territorio di Francia costringendoli a vivere nelle colonie<sup>35</sup>.

Presto però furono percepite le criticità di tale sistema e furono sollevate perplessità e polemiche: da un lato si criticava il fatto che i condannati alla *relégation* dovessero prima di essere inviati nelle colonie scontare necessariamente la pena detentiva in un istituto penitenziario della Francia continentale. Era ormai diffusa la critica secondo cui la pena carceraria, lungi dal svolgere una funzione di rieducazione del condannato e di prevenzione del crimine, avesse in realtà una forte valenza criminogena e che, ancor di più, favorisse lo sviluppo del fenomeno della recidiva: essa era considerata “«*l'école du vice*» car, à l'intérieur de la prison, les récidivistes incorrigibles poussent d'autres prisonniers dans la voie du crime”<sup>36</sup>.

Peraltro proprio tale critica aveva costituito un importante argomento a sostegno dell'introduzione della *relégation*, la cui approvazione fu il frutto di un lungo ed aspro dibattito condotto in sede parlamentare<sup>37</sup>. In risposta a tale perplessità furono quindi introdotte alcune modifiche alla disciplina originaria dell'istituto prevedendo, in primo luogo, la possibilità che il ministro della giustizia, sentito il parere del ministro della colonia, potesse ordinare che il condannato venisse inviato nel territorio coloniale prima del termine dell'esecuzione della pena principale, e in secondo luogo, la creazione di istituti penitenziari speciali riservati ai soggetti condannati alla *relégation* e separati da quelli ordinari, ove avrebbero dovuto essere preparati alla loro futura esistenza; nei fatti però tale previsione non trovò applicazione e «*les relégables*» vennero concentrati nell'ordinario istituto penitenziario di *Riom*<sup>38</sup>.

Da un altro lato sollevava forti perplessità il regime di esecuzione della sanzione sul territorio delle colonie, così come originariamente ideato dal legislatore: apparve presto fondata l'obiezione secondo la quale “*laisser des malfaiteurs libres dans une colonie lointaine, sans leur fournir de travail, ni des ressources, c'était les*

---

<sup>35</sup> H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel* “cit.”, p. 276.

<sup>36</sup> J-L. SANCHEZ, *La relégation (loi du 27 mai 1885)* “cit.”, p. 3.

<sup>37</sup> J-L. SANCHEZ, *La relégation (loi du 27 mai 1885)* “cit.”, p. 2.

<sup>38</sup> H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel* “cit.”, p. 277.

*acculer à des nouveaux crimes*”<sup>39</sup>. Per questa ragione fu adottato il decreto del 27 novembre 1885 che, apparentemente interpretativo della legge sulla *relégation*, di fatto modificò la fisionomia dell’istituto creando due differenti tipi di *relégation*: *individuelle* e *collective*<sup>40</sup>.

La *relégation individuelle*, più vicina all’idea originaria del legislatore, consisteva nel solo obbligo per il condannato di risiedere nella colonia, in un regime di sostanziale libertà, salvo la sottoposizione del relegato a qualche misura di sorveglianza prevista per ragioni di sicurezza pubblica, come per esempio l’obbligo di rispondere periodicamente alle convocazioni dell’autorità pubblica<sup>41</sup>. Tale regime era riservato agli individui che disponessero dei mezzi economici per provvedere ai loro bisogni (cioè che avessero ottenuto in concessione un appezzamento di terreno agricolo) nonché a titolo di beneficio agli individui in regime di *relégation collective* che avessero avuto una buona condotta<sup>42</sup>.

La *relégation collective*, che rappresentava il regime ordinario di esecuzione della sanzione, comportava invece la detenzione dei relegati in campi di lavoro con obbligo di lavoro in comune svolto sotto la direzione dell’amministrazione penitenziaria<sup>43</sup>. Quest’ultima risultava dunque molto simile alla *peine de travaux forcés* che consisteva in una pena detentiva accompagnata dall’obbligo di lavoro ed era eseguita anch’essa con la deportazione del condannato nelle colonie francesi della *Guyane* e della *Nouvelle-Calédonie*<sup>44</sup>.

Rimanevano tuttavia alcune differenze tra i due tipi di sanzione: innanzitutto queste venivano eseguite in campi di lavoro separati (in *Guyane* i condannati alla pena dei lavoro forzati nella struttura penitenziaria di *Saint-Laurent du Maroni* mentre i relegati in quella di *Saint-Jean du Maroni*)<sup>45</sup>. Il lavoro dei relegati non necessariamente doveva essere duro ed era retribuito, ed infine i relegati a differenza

---

<sup>39</sup> H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel* “cit.”, p. 276.

<sup>40</sup> H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel* “cit.”, p. 276.

<sup>41</sup> H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel* “cit.”, p. 276.

<sup>42</sup> J-L. SANCHEZ, *La relégation (loi du 27 mai 1885)* “cit.”, p. 3; DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel* “cit.”, p. 276.

<sup>43</sup> H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel* “cit.”, p. 276.

<sup>44</sup> H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel* “cit.”, p. 276.

<sup>45</sup> H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel* “cit.”, p. 276.

dei condannati ai lavori forzati potevano accedere in qualunque momento al beneficio della *relégation individuelle*<sup>46</sup>.

L'assegnazione del condannato alla *relégation* all'uno o all'altro regime d'esecuzione era effettuata da una commissione speciale istituita presso il ministero della giustizia, al termine dell'esecuzione della pena principale.

Formalmente qualificata dal legislatore come pena complementare, la *relégation* è in verità considerata da una gran parte della dottrina come una vera e propria misura di sicurezza<sup>47</sup>, come viene chiaramente spiegato da un illustre penalista secondo cui “*d'un point de vue législatif, rationnel, elle n'appartient pas à la catégorie des peines, mais des mesures de sûreté. Cette catégorie n'étant pas admise par notre droit positif français, n'étant pas l'objet d'une qualification spéciale, la relégation se présente, chez nous, comme une peine [...] complémentaire qui s'ajoute à la peine principale encourue par le délinquant pour sa dernière infraction*”<sup>48</sup>. Costituendo una misura eliminatoria che “*n'avait d'autre but que celui de neutraliser le récidiviste en l'éliminant définitivement du milieu social*”<sup>49</sup>, rivolta a soggetti pienamente imputabili socialmente pericolosi in quanto considerati, in ultima analisi, incorreggibili e trovando un'applicazione congiunta rispetto alla pena detentiva, la *relégation* introdotta dalla legge del 27 maggio 1885 rappresentava di fatto l'attuazione del sistema sanzionatorio del doppio binario, nella sua forma più rigorosa.

Nonostante questo istituto avesse raccolto all'epoca della sua introduzione ampi consensi nell'ambiente politico, scientifico e giuridico la sua conformazione così spiccatamente non curante delle garanzie fondamentali dell'individuo fu presto oggetto di svariate critiche e, in seguito, di una serie di modifiche.

---

<sup>46</sup> H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel* “cit.”, p. 277.

<sup>47</sup> R. SCHMELCK, *La distinction entre la peine et la mesure de sûreté*, in *Mélanges en l'honneur du Maurice Patin*, Paris, 1965, pag. 187; M. PATIN, *La place des mesures de sûreté dans le droit pénal positif modern*, in *Revue de science criminelle*, 1948, p. 418; H. MATSOPOULOU, *Le renouveau des mesures de sûreté*, in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1607; J. PRADEL, *Droit pénal général* “cit.”, p. 91; B. BOULOC, *Droit pénal général* “cit.”, p. 66; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel* “cit.”, p. 273.

<sup>48</sup> H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel* “cit.”, p. 273.

<sup>49</sup> R. SCHMELCK, *La distinction entre la peine et la mesure de sûreté* “cit.”, pag. 187.

Così nel 1907 fu abolita la *relégation* nei confronti delle donne; nel 1938 cessò la deportazione nelle colonie e fu previsto che la *relégation* venisse eseguita in una struttura penitenziaria situata nel territorio dello stato francese.

In seguito, la legge del 6 luglio 1942 stabilì la possibilità di applicare alla *relégation* la liberazione condizionale, facendone quindi cessare il carattere perpetuo. La successiva legge del 3 luglio 1954 ne fece cessare anche il carattere automatico che costituiva l'aspetto della disciplina più contestato anche dai tradizionali sostenitori della *relégation*: come ha affermato *Henri Donnedieu de Vabres*, "*le reproche fondamental qu'on peut adresser à la loi de 1885 est d'exclure l'individualisation judiciaire*"<sup>50</sup>. Secondo la disciplina originaria infatti tale sanzione, trovando il proprio fondamento in una presunzione legale assoluta di incorreggibilità (essendo però fatale che in alcuni casi quest'ultima sia contraria alla realtà), trova necessariamente applicazione laddove siano integrati i presupposti di legge, non consentendo al giudice di effettuare un'ulteriore valutazione relativa all'opportunità nel singolo caso concreto della sua applicazione.

Si arrivò formalmente a tale soluzione nel 1954 nonostante già prima i giudici fossero riusciti ad ottenere lo stesso risultato in via di prassi, attraverso la tendenza a pronunciare, facendo ampio ricorso alle circostanze attenuanti, pene detentive di durata inferiore a tre mesi in occasione dell'ultima condanna richiesta per l'applicazione della *relégation*<sup>51</sup>, al fine specifico di evitare l'applicazione di quest'ultima<sup>52</sup>. Tale prassi giudiziaria aveva dunque determinato una drastica riduzione dell'utilizzo della sanzione: se nei primi anni successivi all'introduzione della sanzione il numero dei soggetti relegati ogni anno si aggirava intorno a 900, questo diminuì sensibilmente fino ad arrivare a 432 nel 1911, a 317 nel 1913 ed infine a 233 nel 1932<sup>53</sup>.

Tale istituto quindi a partire dai primi anni del novecento conobbe un rapido declino che condusse alla sua formale abrogazione con la *loi 2 février 1981*<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel* "cit.", p. 279.

<sup>51</sup> H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel* "cit.", p. 278.

<sup>52</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français*, Paris, 1934, p. 105.

<sup>53</sup> H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel* "cit.", p. 278.

<sup>54</sup> G. LEVASSEUR, *L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine*, in *RSC*, 1991, p. 9 ss.

## 1.2. L'avant-projet du code pénal Matter del 1934.

Come si è visto la dottrina positivista ebbe un grande successo nell'ambito delle dottrine penalistiche ed in breve tempo si diffuse nella maggior parte dei paesi europei. In Francia i suoi principi fondamentali furono sostenuti e sviluppati in seno al movimento di pensiero della *défense sociale* di cui il penalista belga *Prins* fu l'iniziatore<sup>55</sup> e che nella prima metà del novecento raccolse ampi consensi nell'ambiente giuridico francese<sup>56</sup>, nell'ambito del quale conoscerà un enorme sviluppo<sup>57</sup>. In tale epoca molti autorevoli esponenti della dottrina penalistica aderirono a questo movimento come *H. Donnedieu de Vabres* e *J.-A. Roux*<sup>58</sup>; quest'ultimo fu anche incaricato dal guardasigilli di prendere parte alla commissione presieduta da *Paul Matter* – Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione – ed istituita con un decreto del 23 dicembre 1930 con il compito di preparare il progetto di riforma del codice penale. La decisione di istituire una commissione incaricata della riforma del codice penale si uniformava alla generale tendenza di revisione dei codici penali che si era manifestata in Europa intorno agli anni trenta del novecento e che veniva peraltro sostenuta a livello internazionale, nell'ottica di un avvicinamento delle legislazioni penali dei diversi paesi.

Così anche in Francia prese corpo l'idea che fosse necessaria una riforma della legislazione penale codicistica sulla base della convinzione che il *code pénal* del 1810, che era servito da modello per la maggior parte dei codici penali stranieri, non fosse più “*en harmonie avec les idées scientifiques modernes concernant la lutte contre le crime*”<sup>59</sup>. Il codice penale francese, “*œuvre purement classique, construction abstraite, basée presque exclusivement sur la considération objective de l'infraction et faisant passer au second plan la considération personnelle du délinquant*”<sup>60</sup>, presentava in tal senso grandi lacune con riferimento in particolare al trattamento sanzionatorio di alcuni delinquenti, come “*les aliénés, mais surtout les demi-fous, les alcooliques, les toxicomanes, les vagabonds, etc.*”<sup>61</sup>, pericolosi per la

---

<sup>55</sup> Cfr. *supra*, cap. I, par. 2.2.

<sup>56</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général* “cit.”, p. 68.

<sup>57</sup> Cfr. *infra*, par. 2.

<sup>58</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général* “cit.”, p. 68.

<sup>59</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français*, Paris, 1934, p. 10.

<sup>60</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 10.

<sup>61</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 10.

società ma la cui responsabilità morale, essendo assente o grandemente diminuita, escludeva l'opportunità dell'applicazione nei loro confronti della pena nel senso classico del termine e che tuttavia *“la défense sociale exige qu'ils soient mis dans l'impossibilité de nuire”*<sup>62</sup>.

Si percepiva ormai come imprescindibile la necessità di una riforma sistematica del diritto penale che ne rivedesse i principi fondamentali e che lo rendesse in tal modo coerente con i progressi scientifici moderni<sup>63</sup>.

Tale necessità peraltro si era già manifestata alla fine del diciannovesimo secolo ed a questo fine nel 1887 era stata istituita una commissione incaricata di redigere un progetto di riforma del codice penale: i lavori della commissione che portarono ad un progetto di riforma della parte generale del codice penale si arrestarono senza riuscire a mettere a punto un progetto relativo alla parte speciale<sup>64</sup>.

Ad ogni modo l'iniziativa fu ripresa con l'istituzione della commissione del 1930 e questa elaborò un progetto di riforma della parte generale del *code pénal* che, introducendo numerose modifiche, e tra queste alcune di grandissima importanza, si presentava dal punto di vista dogmatico e sistematico come rivoluzionario rispetto al passato pur volendo allo stesso tempo restare fedele alla tradizione giuridica francese sotto il profilo delle categorie di fondo del diritto penale<sup>65</sup>.

Il cambiamento probabilmente più profondo fu quello relativo alla concezione della responsabilità penale: una caratteristica fondamentale del progetto è quella di essere *“une œuvre de transaction entre le système de la responsabilité morale des anciens Codes classiques et celui de la responsabilité légale ou sociale que préconise l'École Positiviste”*<sup>66</sup>.

Viene dunque mantenuta la concezione classica della responsabilità penale come responsabilità morale sostanzialmente fondata sulla colpevolezza dell'autore per il fatto commesso, e di conseguenza viene conservato il sistema sanzionatorio vigente incardinato sulla pena come sanzione stabilita in modo proporzionale al grado di colpevolezza ed alla gravità del fatto e la cui durata è fissata *a priori* dal

---

<sup>62</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 10.

<sup>63</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 10.

<sup>64</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 11.

<sup>65</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 12.

<sup>66</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 12.

legislatore in relazione al fatto tipico di reato (anche se poi entro certi limiti individualizzata da parte del giudice in considerazione delle caratteristiche attinenti alla persona dell'autore). La pena è dunque concepita in senso classico come retribuzione per il fatto commesso anche se in un'ottica utilitarista e le vengono dunque attribuite alcune funzioni ulteriori rispetto a quella retributiva, in particolare quelle di prevenzione generale e speciale.

Tuttavia accanto a tale sistema già adottato dal codice penale del 1810, il progetto di riforma, uniformandosi alla tendenza affermatasi negli altri paesi europei ed all'orientamento sostenuto in seno all'*Union Internationale de Droit Pénal*, adotta una seconda forma di responsabilità penale<sup>67</sup> fondata esclusivamente sulla pericolosità sociale del delinquente e sganciata da ogni valutazione circa la responsabilità morale e la colpevolezza; tale forma di responsabilità, definita dai positivisti «responsabilità legale», rappresenta il presupposto per l'introduzione di uno strumento sanzionatorio ulteriore rispetto alla pena, che persegue come unico fine quello della neutralizzazione della pericolosità dell'individuo affinché la difesa della società sia assicurata nel modo più efficace possibile.

Le misure di sicurezza impennate sul solo stato di pericolosità sociale dell'individuo si configurano come sanzioni per natura individualizzate e la cui durata è indeterminata dovendo la misura durare “*jusqu'à ce qu'ait disparu cet état dangereux*”<sup>68</sup>. Così, il progetto “*organise, à côté des peines, d'autres mesures de défense contre le crime, que l'on est convenu d'appeler aujourd'hui des «mesures de sûreté»*”<sup>69</sup>. Il *code pénal Matter* istituisce quindi un sistema sanzionatorio a doppio binario nel quale pene e misure di sicurezza, in ragione della loro sostanziale diversità, sono sottoposte a regimi giuridici differenti e nel quale le misure di sicurezza si sostituiscono o si cumulano alla pena, a seconda dei casi, in una pura ottica di difesa sociale.

Per quanto riguarda il regime giuridico delle *mesures de sûreté* il codice, che tra le disposizioni preliminari all'articolo 1 enuncia il fondamentale principio di legalità delle pene «*nulla poena sine lege*», estende tale regola anche alle misure di

---

<sup>67</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général* “cit.”, p. 68.

<sup>68</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 13.

<sup>69</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 12.

sicurezza affermando al primo comma dell'art. 7 (collocato nel libro primo contenente disposizioni generali sulla legge penale) che “*Nulle mesure de sûreté ne peut être prononcée que sous les conditions et dans les cas prévus par la loi*”<sup>70</sup>.

Nel libro primo poi il codice affronta la fondamentale questione dei limiti temporali dell'applicabilità della legge penale enunciando all'articolo 5 il principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole in ossequio del quale non potranno avere applicazione retroattiva le leggi penali che, intervenute in un momento successivo alla commissione del fatto da parte dell'autore, introducano una nuova figura di reato rendendo così punibili fatti che erano precedentemente penalmente irrilevanti, né le leggi che senza introdurre una nuova fattispecie di reato semplicemente comportino un trattamento penale più severo per un fatto già previsto come reato<sup>71</sup>.

Il successivo articolo 6 stabilisce poi il correlato principio di retroattività della legge penale più favorevole al reo nell'ipotesi di *abolitio criminis*, ossia l'ipotesi in cui la norma sopravvenuta abolisca integralmente una figura di reato, affermando che non potrà essere punito l'autore di un fatto tipico di reato che, al momento del giudizio, una legge posteriore abbia abrogato e che, laddove sia già intervenuta una sentenza di condanna, ne cessino l'esecuzione e gli effetti penali, superando in questo modo il limite del giudicato e sancendo dunque la regola cosiddetta della retroattività illimitata<sup>72</sup>. L'articolo 8 considerando invece l'ipotesi in cui la legge posteriore più favorevole rechi una modifica della disciplina *in mitius* afferma la sua applicabilità retroattiva ponendo però come limite invalicabile il principio dell'intangibilità della cosa giudicata<sup>73</sup>.

Tale disciplina relativa ai limiti temporali di applicabilità della legge penale è solo parzialmente prevista anche in materia di misure di sicurezza. Il principio della retroattività della legge penale più favorevole nell'ipotesi di *abolitio criminis* è sancito anche in relazione alle misure di sicurezza: il secondo comma dell'art. 7 recita infatti che «*L'exécution [de la mesure de sûreté] cessera lorsque le fait qui*

---

<sup>70</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 18.

<sup>71</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI., *Manuale di diritto penale* “cit.”, p. 73.

<sup>72</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI., *Manuale di diritto penale* “cit.”, p. 77.

<sup>73</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI., *Manuale di diritto penale* “cit.”, p. 81.

*aura motivé la mesure ne sera plus réprimé par la loi*», analogamente a quanto stabilito dall'art. 6 in relazione alle pene.

In seguito però il legislatore della riforma pone una differenza di enorme rilevanza tra il regime giuridico delle misure di sicurezza e quello delle pene: l'articolo 9 del progetto infatti prevede che *“Toute loi édictant une mesure de sûreté est applicable aux faits non définitivement jugés au jour de sa mise en vigueur”* sancendo in tal modo il principio dell'applicazione retroattiva delle leggi che dispongono in materia di misure di sicurezza<sup>74</sup>. Da tale principio discende come corollario il principio dell'immediata applicabilità delle misure di sicurezza e quindi la possibilità di applicare all'autore di un fatto di reato una misura di sicurezza che al momento della commissione del fatto non era prevista dall'ordinamento<sup>75</sup> e, *a fortiori*, la possibilità di applicare una misura di sicurezza più grave e che comporti un trattamento penale più severo per il reo<sup>76</sup>.

*“Cette rétroactivité des lois établissant des mesures de sûreté est acceptée par les diverses législations qui les ont établies”*<sup>77</sup> ed in effetti la formulazione dell'articolo 9 rievoca in maniera diretta la disciplina stabilita all'art. 200 del coevo codice Rocco secondo il quale «Le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione».

La relazione ufficiale sul progetto *Matter* effettuata da una commissione scientifica istituita dal ministro della giustizia presso la *Faculté de Droit de l'Université de Toulouse* e presieduta dal professore di diritto penale *Joseph Magnol* ha messo in risalto due circostanze di grande importanza in relazione a tale aspetto della disciplina: in primo luogo infatti evidenzia come l'ordinamento francese avesse intrapreso già con legge del 27 maggio 1885 la strada che avrebbe condotto inesorabilmente all'affermazione del principio di retroattività in materia di misure di sicurezza. Tale legge, che come si è visto introdusse la *relégation*<sup>78</sup>, sanzione che sebbene fosse qualificata come pena complementare da un punto di vista sostanziale costituiva piuttosto una misura di sicurezza, *“avait dérogé à l'application stricte de*

---

<sup>74</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 22.

<sup>75</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 23.

<sup>76</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale* “cit.”, p. 74.

<sup>77</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 23.

<sup>78</sup> Cfr. *supra*, par. 1.2.

*la non rétroactivité des lois pénales plus dures*”<sup>79</sup>, stabilendo all’art. 9 che anche le condanne riportate dal soggetto precedentemente all’entrata in vigore della legge fossero prese in considerazione ai fini dell’applicabilità della sanzione, salvo introdurre *in extremis* un ancoraggio al principio di irretroattività prevedendo che l’ultima condanna dovesse intervenire dopo l’entrata in vigore della legge.

In secondo luogo mette in luce il grande rischio che tale disciplina porta in sé di porre in grave pericolo i diritti fondamentali dell’individuo ed in particolare il diritto alla libertà personale; “*un danger grave pour la sûreté personnelle qui risque [...] d’entraîner à nouveau notre justice criminelle vers les anciens abus de l’arbitraire des peines de la législation d’avant la Révolution*”<sup>80</sup> della cui esistenza gli autori del progetto erano consapevoli con riferimento soprattutto alle misure di sicurezza che, rivolte a soggetti imputabili, si applicavano successivamente ed in aggiunta alla pena<sup>81</sup>.

Per questa ragione alcuni membri della commissione di riforma del codice penale avevano proposto di stabilire la regola dell’immediata applicabilità delle misure di sicurezza soltanto con riferimento alle misure di sicurezza che avessero un carattere educativo o terapeutico, quindi tipicamente alle misure di sicurezza che, rivolte a soggetti non imputabili, si applicano in luogo della pena, escludendola invece con riferimento alle misure rivolte a soggetti imputabili che si applicano congiuntamente alla pena<sup>82</sup>.

Tuttavia, malgrado la consapevolezza della pericolosità di tale disciplina con riferimento ai diritti e alle garanzie individuali, la maggioranza della commissione si espresse a favore del principio di retroattività della legge penale in materia di misure di sicurezza, anche se riferito a misure di sicurezza rivolte agli imputabili, accontentandosi del solo principio di legalità come presidio contro il pericolo di privazioni arbitrarie della libertà personale<sup>83</sup>.

Dopo il primo libro recante disposizioni sulla legge in generale, nel quale è contenuta come si è visto la disciplina generale di pene e misure di sicurezza, il

---

<sup>79</sup> J. MAGNOL, *L’avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 23.

<sup>80</sup> J. MAGNOL, *L’avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 14.

<sup>81</sup> J. MAGNOL, *L’avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 23.

<sup>82</sup> J. MAGNOL, *L’avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 24.

<sup>83</sup> J. MAGNOL, *L’avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 24.

progetto prevede un libro secondo composto di due titoli dedicati rispettivamente a pene e misure di sicurezza.

Per quanto concerne le pene il progetto si colloca in una sostanziale continuità con il codice vigente generalmente conservando le stesse pene previste da quest'ultimo. Per quanto riguarda il binario sanzionatorio rappresentato dalle pene il *code pénal Matter* mantiene un sistema sanzionatorio fortemente afflittivo ed infamante caratterizzato da pene assai severe, ivi comprese la pena di morte eseguita con la modalità della decapitazione e la pena dei lavori forzati eseguita con la *transportation aux colonies*<sup>84</sup> (prevedendo però come alternativa l'esecuzione *dans maison de force sur le territoire de la France*).

Tuttavia in materia di pene il progetto introduce alcune modifiche di rilievo ai fini del presente studio. Si allude in particolare al fatto che alcune pene accessorie o complementari vengono ora collocate nella categoria delle misure di sicurezza “*conformément d’ailleurs à leur véritable fonction de pure défense sociale*”<sup>85</sup>: tale è il caso della *relégation*, che pure viene modificata in modo significativo e rinominata *internement dans une maison de travail*, e dell’*interdiction de séjour*.

Venendo all’analisi dell’aspetto più importante nonché più innovativo del *code pénal Matter*, costituito dall’introduzione ma soprattutto dall’organizzazione sistematica delle misure di sicurezza al fianco delle pene<sup>86</sup>, si vede che il progetto adotta una sistematica sostanzialmente mutuata dal codice penale italiano del 1930. Sono introdotte undici misure di sicurezza suddivise, secondo la classificazione adottata dal codice Rocco, in misure personali e misure patrimoniali<sup>87</sup>; le misure di sicurezza di personali sono poi a loro volta suddivise in misure restrittive e privative della libertà personale.

Per quanto riguarda le prime, tra le quali sono previste il divieto di soggiorno in determinati luoghi, l’interdizione dall’esercizio di un’arte o di una professione, l’espulsione dello straniero dal territorio dello stato e la cauzione di buona condotta, si tratta sostanzialmente di misure destinate a prevenire la recidiva del condannato,

---

<sup>84</sup> J. MAGNOL, *L’avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 43.

<sup>85</sup> J. MAGNOL, *L’avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 43.

<sup>86</sup> J. MAGNOL, *L’avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 90.

<sup>87</sup> J. MAGNOL, *L’avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 91.

già esistenti nell'ordinamento come misure di carattere amministrativo, che il progetto trasforma in misure di carattere giudiziario<sup>88</sup>.

Sono però le misure di sicurezza detentive o privative della libertà personale l'elemento più significativo della riforma nonché il profilo che per la sua attitudine ad incidere gravemente sui diritti fondamentali dell'individuo più di tutti suscitò timori e resistenze in occasione dei lavori della commissione: quest'ultima era infatti perfettamente consapevole del rischio che queste misure si traducevano di fatto in provvedimenti di detenzione arbitraria.

*“Il faut appliquer [...] des mesures de défense sociale autres que la peine. Mais si cette nécessité s'impose, celle d'écarter toute mesure arbitraire et éventuellement tyrannique ne s'en impose pas moins”*<sup>89</sup>: tale necessità si pone nonostante la maggior parte delle misure previste abbia un carattere terapeutico ed assistenziale in quanto si tratta pur sempre *«d'une assistance forcée»*<sup>90</sup> che conduce alla privazione della libertà degli individui, allo stesso modo delle pene.

Gli autori del progetto erano quindi ben consci del rischio della «frode delle etichette»<sup>91</sup> insito nel sistema sanzionatorio del doppio binario: si legge infatti nella relazione al progetto che *“ce n'est pas parce que on aura changé le nom des «peines» et qu'on les appellera «mesures de sûreté» ou que l'on inscrira sur les établissements destinés à recevoir les délinquants le nom «d'asiles» au lieu de celui de «prisons», que les dangers d'une détention arbitraire seront moins à craindre”*<sup>92</sup>.

Per tale ragione il progetto prevede nella disciplina delle misure di sicurezza detentive una serie di garanzie poste a tutela dell'individuo tra le quali figurano oltre al principio di legalità, la previsione della competenza della giurisdizione ordinaria in relazione alla disposizione ed all'esecuzione delle misure di sicurezza in modo tale da estendervi l'applicazione di tutte le garanzie della procedura penale ordinaria; ed ancora, l'ancoraggio delle misure di sicurezza alla commissione di un fatto di reato di una certa gravità che riveli una seria pericolosità del soggetto.

---

<sup>88</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 118.

<sup>89</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 94.

<sup>90</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 94.

<sup>91</sup> Cfr. *supra*, cap. I, par. 3.2.

<sup>92</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 94.

Infine in relazione al carattere indeterminato della durata delle misure di sicurezza, il progetto “*n’a pas admise une indétermination absolue, sauf peut-être pour les aliénés [...] Pour les autres délinquants il n’a accepté qu’une indétermination relative*”<sup>93</sup> fissando per ciascuna misura il limite massimo di durata e prevedendo poi la possibilità di revocarla prima della scadenza del termine, laddove non appaia più necessaria. In questo senso dunque il legislatore della riforma si mantiene fedele alla tradizione giuridica francese che considera le garanzie della libertà individuale come intangibili<sup>94</sup>.

Il *code pénal* Matter prevede tre misure di sicurezza detentive: la prima è quella dell’*internement dans une maison spéciale de santé* ed è rivolta a due diverse categorie di individui, modulandosi in relazione a queste in modi differenti. La prima categoria di destinatari è costituita da «*les aliénés criminels*», ossia dai soggetti riconosciuti incapaci di intendere e di volere al momento della commissione del fatto e che quindi, in quanto non imputabili, non saranno raggiunti da una sentenza di condanna: nei loro confronti dunque la misura di sicurezza si applica in sostituzione della pena, laddove questi individui rappresentino un serio pericolo per l’ordine pubblico<sup>95</sup>. La seconda categoria di destinatari è invece rappresentata dagli individui semi-imputabili e cioè gli individui che per infermità mentale, al momento del fatto, presentassero una capacità di intendere e di volere grandemente scemata, nonché i soggetti alcool-dipendenti e tossicodipendenti che sono ai primi equiparati<sup>96</sup>.

A tali soggetti riconosciuti parzialmente capaci di intendere e di volere sarà applicata una pena diminuita che sarà poi completata, al termine della sua esecuzione, dalla misura di sicurezza: viene dunque adottata una disciplina ancora una volta mutuata dal codice penale italiano, rifiutando invece il sistema adottato da altri paesi europei, come ad esempio il Belgio, che estende ai semi-imputabili il trattamento degli imputabili prevedendo l’applicazione esclusiva della misura di sicurezza<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> J. MAGNOL, *L’avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 95.

<sup>94</sup> J. MAGNOL, *L’avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 96.

<sup>95</sup> J. MAGNOL, *L’avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 98.

<sup>96</sup> J. MAGNOL, *L’avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 99.

<sup>97</sup> J. MAGNOL, *L’avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 100.

I presupposti di applicazione di tale misura sono la commissione di un reato di una certa gravità e la circostanza che l'individuo presenti una pericolosità effettiva e seria; la durata massima della misura è di cinque anni. In relazione all'applicazione di tale misura il primo comma dell'articolo 78 prevede, con una disposizione dalla *ratio* prettamente garantista, che i soggetti sottoposti a tale misura siano esaminati periodicamente da medici designati dal giudice con il compito di verificare che la condizione dell'internato sia tale da giustificare il mantenimento della misura<sup>98</sup>.

La seconda misura di sicurezza detentiva è costituita dall'*internement de certains récidivistes dans une maison de travail*: tale misura, erede della *relégation*, ne conserva l'essenza assumendo però una fisionomia assai diversa. Rivolta alla categoria dei *délinquants d'habitude*, soggetti pericolosi e pienamente imputabili, questa misura conserva l'originaria finalità di neutralizzazione di tali individui configurandosi unicamente come "*une mesure de défense de la société contre certains éléments qu'il faut mettre hors d'état de nuire et que leurs récidives antérieures ont montré être réfractaires à l'intimidation de la peine ordinaire, non amendés par elle et inadaptables à toute discipline sociale*"<sup>99</sup>.

D'altra parte però il progetto disciplina questa misura in modo del tutto nuovo apportando profonde modifiche alla disciplina della *relégation*: in primo luogo viene abolito il carattere perpetuo della misura, rinunciando ancora una volta all'indeterminatezza assoluta della durata delle misure di sicurezza<sup>100</sup>. All'articolo 76 viene infatti stabilito un limite massimo di durata della misura allorché si afferma che il giudice nella sentenza di condanna potrà disporre che il soggetto dopo l'espiazione della pena sia sottoposto all'internamento in una casa lavoro per un periodo determinato tra un minimo di cinque ed un massimo di quindici anni, salva la possibilità di revoca della misura prima della decorrenza del termine laddove la pericolosità sia venuta meno. Viceversa però la misura non potrà in alcun caso essere prorogata oltre il termine massimo di quindici anni, anche laddove la pericolosità dell'individuo persista. Così, il *code pénal Matter* si discosta dal sistema del codice Rocco per quanto riguarda la disciplina delle misure di controllo della pericolosità

---

<sup>98</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* "cit.", p. 104.

<sup>99</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* "cit.", p. 104.

<sup>100</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* "cit.", p. 106.

degli autori imputabili, adottando invece il sistema della *preventive detention* introdotto in Inghilterra con il *Prevention of crime Act* del 1908<sup>101</sup>.

In secondo luogo vengono previste due modalità di esecuzione della misura alternative tra le quali la scelta è rimessa alla valutazione del giudice, il quale disporrà nella sentenza di condanna se l'internamento avrà luogo in un istituto di lavoro situato sul territorio della Francia continentale o viceversa sul territorio coloniale; quest'ultima modalità di esecuzione è esclusa con riferimento alle donne, ai soggetti di età superiore ai sessanta o inferiore ai ventuno anni<sup>102</sup>.

La pronuncia della misura, al pari della *relégation*, conserva carattere di obbligatorietà laddove risultino integrati i presupposti stabiliti *ex lege*. Questi sono individuati con riferimento al numero e all'entità delle condanne riportate dal soggetto nell'arco temporale di dieci anni e sono sostanzialmente gli stessi previsti per l'applicazione della *relégation*<sup>103</sup>, salvo due modifiche: in primo luogo viene innalzata e portata da tre a sei mesi la durata della pena d'*emprisonnement* rilevante ai fini dell'applicazione della misura; in secondo luogo è esclusa l'applicabilità della misura in relazione alle condanne riportate per il reato di vagabondaggio, essendo prevista "*une mesure spéciale de sûreté contre les mendiants et vagabonds: leur placement dans un dépôt de mendicité*"<sup>104</sup>.

Questa infatti è l'ultima misura di sicurezza detentiva prevista dall'*avant-projet* che "*suivant les traditions de notre ancien droit*"<sup>105</sup> si fonda sulla criminalizzazione del vagabondaggio e della mendicizia che erano stati tipizzati dal codice penale del 1810 come fattispecie delittuose in quanto considerate come una «piaga sociale»<sup>106</sup>. In questo modo tali individui erano sostanzialmente soggetti all'ordinario sistema repressivo che si era rivelato però inadatto allorché si traduceva nella sovrapposizione di una serie di condanne di breve durata alla pena dell'*emprisonnement*.

Diversamente gli autori del progetto, pur ritenendo necessario prevedere nei confronti di tali individui una risposta sanzionatoria, vollero predisporre un sistema

---

<sup>101</sup> Cfr. *supra*, cap. I, par. 4.

<sup>102</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* "cit.", p. 110.

<sup>103</sup> Cfr. *supra*, par. 1.1., p. 40.

<sup>104</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* "cit.", p. 113.

<sup>105</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* "cit.", p. 114.

<sup>106</sup> J. MAGNOL, *L'avant-projet de révision du code pénal français* "cit.", p. 114.

che fosse più efficace in quanto più adatto alle caratteristiche delle diverse situazioni in cui tali soggetti versavano. Le situazioni di *mendiants* e *vagabonds* sono sostanzialmente differenti allorché tra i primi si ritrovano soggetti versanti in situazioni di povertà, disgrazia e miseria, che rilevano sul piano assistenziale, mentre tra i secondi vi sono piuttosto “*les individus qui refusent de se soumettre à la loi du travail alors qu’ils sont dénués de ressources*”<sup>107</sup>.

Nei confronti dei primi “*la mesure devrait se substituer à la peine et avoir un caractère nettement hospitalier et curatif*”<sup>108</sup>, mentre per i secondi “*la mesure à leur appliquer devrait compléter la peine et comporter comme pour les récidivistes un but de readaptation sociale en les soumettant au travail*”<sup>109</sup>. Così il progetto ha istituito una misura di sicurezza *ad hoc* per tali categorie di delinquenti, diversificandone il trattamento rispetto a quello dei delinquenti recidivi che erano soggetti ad un trattamento più duro giustificato dalla maggiore gravità dei crimini commessi, diversamente dalla scelta operata dal legislatore con la legge del 27 maggio 1885 che sottoponeva *les vagabonds* alla *relégation* prevista per i delinquenti recidivi incorreggibili<sup>110</sup>.

La durata massima di tale misura è di due anni e la sua esecuzione può avvenire solo sul territorio della Francia continentale; infine, sono previste due diverse modalità di esecuzione dell’*internement dans un dépôt de mendicité – régime hospitalier* e *régime de travail* – cui corrispondono diverse discipline: l’internamento dei mendicanti poteva essere disposto solo laddove esistesse un *dépôt de mendicité* nel luogo ove l’individuo fosse stato trovato, mentre l’internamento dei soggetti dichiarati vagabondi ai sensi della legge dovrà essere obbligatoriamente applicato in seguito alla prima condanna per il reato di vagabondaggio, configurando in questo modo una misura di sicurezza detentiva rivolta ad autori primari.

*L’avant-projet de code pénal Matter*, che modificando l’impianto del diritto penale dal punto di vista dogmatico introduceva il sistema del doppio binario, costituiva un’opera rivoluzionaria rispetto alla tradizione giuridica francese ed al vigente codice del 1810.

---

<sup>107</sup> J. MAGNOL, *L’avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 114.

<sup>108</sup> J. MAGNOL, *L’avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 114.

<sup>109</sup> J. MAGNOL, *L’avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 115.

<sup>110</sup> J. MAGNOL, *L’avant-projet de révision du code pénal français* “cit.”, p. 115.

Tale progetto tuttavia non ebbe seguito e la sua innovazione più importante ossia l'introduzione di una disciplina sistematica delle misure di sicurezza come sanzioni ulteriori rispetto alle pene non fu più ripresa dai successivi progetti di riforma<sup>111</sup>.

## **2. I successivi sviluppi della *doctrine de la défense sociale*.**

I due temi fondamentali della pericolosità sociale dei delinquenti e della conseguente necessità di assicurare la difesa della società contro questi individui, portati all'attenzione della scienza penalistica dalla dottrina positivista, furono sviluppati in Francia nell'ambito della corrente di pensiero della *défense sociale*. Quest'ultima, dopo la prima formulazione risalente come si è visto ad *Adolphe Prins*<sup>112</sup>, conobbe un nuovo sviluppo arricchendosi di nuovi significati.

Il tema della difesa sociale sviluppato per primi dai positivisti "*correspondait à la protection du groupe, sans considération pour l'individu qui en avait troublé l'harmonie*"<sup>113</sup>: in tal modo "*le criminel était quasiment sacrifié sur l'autel de l'intérêt général*"<sup>114</sup>. Ma il secondo conflitto mondiale aveva svelato il volto aberrante delle ideologie che, eleggendo l'interesse generale della collettività a valore supremo, in nome del suo perseguimento annientavano l'individuo; così all'indomani della guerra "*la liberté individuelle est apparue plus chère que jamais, et un souci nouveau est passé au premier plan, celui de la protection de la dignité humaine et du respect de la personne, si effroyablement méconnu par les régimes totalitaires*"<sup>115</sup>. Di qui la nascita nel secondo dopoguerra di nuove correnti all'interno del movimento di pensiero della difesa sociale che svilupparono l'originaria riflessione del positivismo criminologico lungo nuove direttrici, spostando l'attenzione dall'idea di neutralizzazione dell'individuo a quella di risocializzazione<sup>116</sup>.

---

<sup>111</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général* "cit.", p. 68.

<sup>112</sup> Cfr. *supra*, cap. I, par. 2.2.

<sup>113</sup> J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales* "cit.", p. 89.

<sup>114</sup> J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales* "cit.", p. 93.

<sup>115</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général* "cit.", p. 69.

<sup>116</sup> J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales* "cit.", p. 92.

## 2.1. La *défense sociale originaire* di Filippo Gramatica.

Nell'ambito del rinnovato movimento di pensiero della *défense sociale* vi fu una prima corrente sviluppata dal penalista italiano Filippo Gramatica la quale propose, al pari dei positivisti, un completo ripensamento del diritto penale caratterizzato però da “una più marcata ispirazione umanitaria”<sup>117</sup>.

Corrente di stampo radicale, che ebbe più successo in Francia che in Italia, la *défense sociale* di Gramatica “*répudiant l'ensemble du droit pénal*”<sup>118</sup> proponeva in ultima analisi un totale stravolgimento del diritto penale classico che partendo dall'abbandono delle sue categorie fondamentali conducesse in particolare ad un superamento del tradizionale sistema sanzionatorio<sup>119</sup>.

Per raggiungere tale obiettivo Gramatica propone, nella sua principale opera «Principi di difesa sociale» pubblicata nel 1960, un programma di politica criminale volto all'abbandono del diritto penale tradizionale “*fondé sur l'affirmation de la responsabilité pour le «fait-délict» et sur l'application corrélatrice de la «peine»*”<sup>120</sup>.

Egli auspica dunque l'abbandono del concetto di responsabilità penale e la sua sostituzione con quello di antisocialità; la nozione di antisocialità che si riferisce alla «struttura bio-psichica della personalità»<sup>121</sup> dell'individuo costituisce il cardine del sistema presentato da Gramatica come l'unico in grado di assicurare in modo efficace la difesa sociale.

Per raggiungere tale fine lo stato ha il dovere di risocializzare gli individui antisociali e non «*le simple droit de punir*»<sup>122</sup> e per far ciò deve utilizzare non già le pene bensì le misure di difesa sociale consistenti in *mesures préventives, éducatives, curatives* che siano individualizzate in base all'antisocialità soggettiva dell'individuo e non più proporzionate alla gravità oggettiva del fatto<sup>123</sup>.

---

<sup>117</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte générale* “cit.”, p. XXXV.

<sup>118</sup> J. PRADEL, *Droit pénal général* “cit.”, p. 86.

<sup>119</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte générale* “cit.”, p. XXXV.

<sup>120</sup> F. GRAMATICA, *La politique de défense sociale devant les aspects nouveaux de la délinquance*, in *RSC*, 1976, p. 633.

<sup>121</sup> F. GRAMATICA, *Principi di difesa sociale*, Padova, 1960, in G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte générale* “cit.”, p. XXXI.

<sup>122</sup> F. GRAMATICA, *La politique de défense sociale* “cit.”, p. 633.

<sup>123</sup> F. GRAMATICA, *La notion de «responsabilité» dans le système de défense sociale*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique: recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, 1975, p. 111.

Tali misure, come nella più pura concezione positivista, potendo essere applicate anche a prescindere dalla commissione di un reato, si configurano sia come misure *post delictum* sia come misure *ante delictum*<sup>124</sup>.

## 2.2. La *défense sociale nouvelle* di Marc Ancel.

Di stampo assai più moderato fu la corrente di pensiero elaborata dal penalista francese *Marc Ancel* nella sua celeberrima opera «*La défense sociale nouvelle*» pubblicata nel 1954<sup>125</sup>; tale corrente, probabilmente proprio in ragione del suo carattere rivoluzionario in senso moderato, ebbe un'importanza fondamentale in Francia ove ispirò in modo diretto svariate riforme legislative in materia penale ed in materia penitenziaria, in particolare<sup>126</sup>. Essa esercitò anche una certa influenza a livello internazionale nell'ambito della *Société internationale de défense sociale*, associazione internazionale fondata nel 1949.

Nonostante la *défense sociale nouvelle* affondi le proprie radici nella dottrina della Scuola Positiva italiana, essa invero operò un cambio di prospettiva radicale rispetto all'originaria concezione positivista sviluppandosi intorno all'idea fondamentale della risocializzazione del delinquente.

Nel pensiero di *Marc Ancel* “*il ne s’agit plus de lutter contre l’individu et de le neutraliser*”<sup>127</sup>: la difesa della società potrebbe essere garantita in modo efficiente solo attraverso la rieducazione e la risocializzazione del delinquente. A differenza della Scuola Positiva dunque l’*École de la défense sociale nouvelle* non si preoccupa più unicamente di proteggere la società contro l’individuo ma “*cherche à assurer la protection du groupe à travers la protection de ses membres*”<sup>128</sup>.

In questa prospettiva *Ancel* non ritiene necessario abbandonare il diritto penale tradizionale ma si propone soltanto di rinnovarlo e di dare a quest’ultimo un volto più umano, avendo soprattutto riguardo al sistema sanzionatorio. Egli conserva dunque intatte le categorie di fondo del diritto penale classico e propone piuttosto un rinnovamento del sistema sanzionatorio che, avendo come fine ultimo la

---

<sup>124</sup> J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales* “cit.”, p. 94.

<sup>125</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte générale* “cit.”, p. XXXVI.

<sup>126</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général* “cit.”, p. 69.

<sup>127</sup> J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales* “cit.”, p. 94.

<sup>128</sup> J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales* “cit.”, p. 95.

risocializzazione dell'individuo, deve fondarsi sulla massima individualizzazione del trattamento penale, prevedendo sanzioni che siano modulate sulle caratteristiche bio-psichiche del singolo delinquente<sup>129</sup>.

In questo quadro egli ritiene di fondamentale importanza che il procedimento penale che conduce all'applicazione della sanzione da parte del giudice preveda un esame approfondito della personalità del condannato al fine dell'individuazione della risposta sanzionatoria a questa più adatta. A questo specifico fine egli propone di suddividere il processo penale in due fasi di cui la prima, corrispondente al processo penale classico che *Ancel* chiama *procès en répression*, rivolta all'accertamento della responsabilità personale del soggetto mentre la seconda – che costituirebbe il *procès de défense sociale* - incentrata esclusivamente sull'esame della personalità del condannato al fine di individuare la sanzione più adatta per raggiungere il fine ultimo della risocializzazione del reo<sup>130</sup>.

Per quanto riguarda la natura delle sanzioni previste, *Ancel* non si interessa alla distinzione da un punto di vista dogmatico tra la categoria sanzionatoria delle pene e quella delle misure di sicurezza, né privilegia l'utilizzo dell'una a discapito dell'altra: invero egli considera la classificazione delle sanzioni penali basata su tali categorie assai incerta, potendo ciascuna sanzione presentare a seconda dei casi carattere retributivo o preventivo, o presentarli entrambi allo stesso tempo<sup>131</sup>. Nel pensiero di *Marc Ancel* dunque la dicotomia tra pene e misure di sicurezza perde completamente di rilievo divenendo piuttosto importante che la sanzione sia “unitaire par son but, mais assez variée quant à sa forme pour permettre au juge de choisir dans chaque cas particulier la meilleure”<sup>132</sup>.

Spostando in questo modo l'attenzione sul fine risocializzativo della sanzione penale e sul principio di individualizzazione della stessa, la *doctrine de la défense sociale nouvelle* ha, come avvenne anche in Italia, assegnato alla fase dell'esecuzione penitenziaria un ruolo centrale, in un contesto caratterizzato dalla ricerca di nuove soluzioni capaci di svelare una nuova efficacia del diritto penale. A tal fine essa ha sostenuto da un lato l'opportunità di un ampliamento dei poteri del giudice penale

---

<sup>129</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte générale* “cit.”, p. XXXVI.

<sup>130</sup> J. PRADEL, *Droit pénal général* “cit.”, p. 87.

<sup>131</sup> J. PRADEL, *Droit pénal général* “cit.”, p. 87.

<sup>132</sup> J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales* “cit.”, p. 95.

nella fase dell'esecuzione della pena promuovendo in tal modo il processo di giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penitenziaria che “*donnera lieu à une surveillance par un juge qui pourra modifier la décision initiale*”<sup>133</sup>; dall'altro la necessità di ricercare delle misure alternative alla pena detentiva che fossero più utili in vista della risocializzazione del condannato, soprattutto nei casi di condanna a pene detentive brevi.

La *défense sociale nouvelle* di Marc Ancel esercitò in questo senso un'influenza diretta sulla riforma penitenziaria francese (frutto di un lungo processo caratterizzato da una serie di graduali riforme legislative, iniziato nel 1944 e durato fino agli anni ottanta<sup>134</sup>) la cui “*mise en œuvre est due, pour une large part, à l'initiative de Marc Ancel*”<sup>135</sup> e che condusse in particolare all'istituzione della figura del *juge de l'application des peines* – disciplinata dal codice di procedura penale agli articoli 721 e seguenti – nonché all'introduzione di una serie di misure alternative alla detenzione come modalità di esecuzione della pena, come la *semi-liberté* e il *travail à l'extérieur*<sup>136</sup>.

In Francia come in Italia quindi la ricerca di nuove soluzioni che fossero in grado di fornire risposte soddisfacenti alle istanze di prevenzione e di difesa della collettività dai delinquenti considerati pericolosi fu condotta, a partire dal secondo dopoguerra, nell'ambito del tradizionale binario del sistema sanzionatorio costituito dalla pena, con particolare riferimento alla fase della sua esecuzione<sup>137</sup>.

### **3. Il posto delle misure di sicurezza nel diritto penale francese.**

La proposta dell'introduzione nel diritto penale francese del sistema del doppio binario formulata con efficacia nell'*avant-projet de code pénal Matter* non fu ripresa dai successivi progetti di riforma del codice penale: così il progetto del 1978 contemplava un'unica categoria di sanzioni penali genericamente denominata

---

<sup>133</sup> J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales* “cit.”, p. 96.

<sup>134</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général* “cit.”, p. 70 ss.

<sup>135</sup> G. LEVASSEUR, *L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine*, in RSC, 1991, p. 12.

<sup>136</sup> G. LEVASSEUR, *L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine* “cit.”, p. 12.

<sup>137</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 45 ss.

«*sanctions*»<sup>138</sup> ed il successivo progetto depositato nel 1983 prevedeva la sola categoria di sanzioni rappresentata dalle «*peines*»<sup>139</sup>.

Quest'ultima fu la scelta effettuata dal legislatore penale della riforma in occasione dell'adozione del nuovo codice penale, entrato in vigore nel 1994; ed in effetti “*il n'existe que des peines dans le nouveau Code pénal, principales ou complémentaires; il n'existe pas des mesures de sûreté*”<sup>140</sup>.

Nonostante dunque l'indubbio successo che la dottrina positivista ebbe fin dalle origini in Francia, essa non riuscì infine a modificare dal punto di vista dogmatico l'impianto essenziale del sistema penale né a modificarne le categorie di fondo. Ciò per altro non significa affatto che il diritto penale francese abbia rinunciato ad utilizzare lo strumento sanzionatorio costituito dalle misure di sicurezza: la dottrina ritiene in modo tendenzialmente unanime che alcuni istituti classificati nella categoria delle pene complementari rappresentino, da un punto di vista sostanziale, delle vere e proprie misure di sicurezza<sup>141</sup>.

Tale circostanza è stata spiegata in modo assai chiaro ed efficace da *Maurice Patin*, celebre penalista francese, il quale nell'ambito di uno specifico intervento sul ruolo delle misure di sicurezza nel diritto penale francese moderno, si è espresso in tal senso: “*ce qui caractérise le régime français, c'est le fait que ces diverses mesures, qui sont bien des mesures de sûreté, puisqu'elles s'inspirent des seuls intérêts de la défense sociale, n'en portent pas le nom; elles restent légalement des peines; elles se dissimulent en quelque sorte parmi cet ensemble de pénalités supplémentaires qui accompagnent la peine principale et qui portent le nom de «peine complémentaire»*”<sup>142</sup>.

Il legislatore francese, creatore “*d'une législation qui, la première au monde, s'est fondée sur le principe de la légalité de la peine*”<sup>143</sup>, guarda con timore all'applicazione delle misure di sicurezza per la loro attitudine ad incidere sulle

---

<sup>138</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général* “cit.”, p. 430.

<sup>139</sup> C. BARBERGER, *Personnalisation et/ou égalité dans la privation de liberté. Peines et mesures de sûreté dans l'avant-projet de code pénal et dans le code de procédure pénale*, in RSC, 1984, p. 19.

<sup>140</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général* “cit.”, p. 430.

<sup>141</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général* “cit.”, p. 430.

<sup>142</sup> M. PATIN, *La place des mesures de sûreté dans le droit pénal positif modern*, in RSC, 1948, p. 419.

<sup>143</sup> M. PATIN, *La place des mesures de sûreté dans le droit pénal positif modern* “cit.”, 416.

libertà individuali cui “*l’opinion publique et la doctrine française sont passionnément attachées*”<sup>144</sup>. Così, “*à l’introduction franche de la mesure de sûreté le législateur a préféré une adoption déguisée par le biais de sanctions complémentaires dont il se gardait bien de définir la nature*”<sup>145</sup>.

Si parla dunque, per ciò che concerne il posto della misura di sicurezza nel diritto penale francese, di “*existence clandestine*”<sup>146</sup>; o in modo ancor più incisivo è stato affermato che la misura di sicurezza “*est «l’enfant naturel» dont on tolère l’existence mais que l’on ne veut pas reconnaître*”<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général* “cit.”, p. 68.

<sup>145</sup> C. BARBERGER, *Personnalisation et/ou égalité dans la privation de liberté. Peines et mesures de sûreté dans l’avant-projet de code pénal et dans le code de procédure pénale* “cit.”, p. 21.

<sup>146</sup> R. SCHMELCK, *La distinction entre la peine et la mesure de sûreté*, in *Mélanges en l’honneur du Maurice Patin*, Paris, 1965, pag. 184.

<sup>147</sup> R. SCHMELCK, *La distinction entre la peine et la mesure de sûreté* “cit.”, pag. 184.

## CAPITOLO III

### «LA CONVERSIONE DELLA FRANCIA AL DOPPIO BINARIO»<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. L'inizio della politica criminale securitaria della Francia. – 1.1. *La loi n° 98-468* istitutiva del *suivi socio-judiciaire*. – 1.2. La legge n° 204 del 9 marzo 2004 istitutiva del *FIJAIS*. – 1.3. La legge n° 2005-1549 sul trattamento della recidiva. – 1.3.1. L'ampliamento del campo di applicazione del *suivi socio-judiciaire*. – 1.3.2. L'ampliamento del campo di applicazione del *FIJAIS*. – 1.3.3. *La surveillance judiciaire de personnes dangereuses*. – 1.3.4. *Le placement sous surveillance électronique mobile* a titolo di *mesure de sûreté*. – 1.4. *La loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive*. – 1.4.1. La riforma della recidiva. – 1.4.2. La riforma dell'*injonction de soins*. – 2. L'epilogo (provvisorio?) della politica securitaria francese con la legge n° 2008-174. – 2.1. Il trattamento della pericolosità sociale dei soggetti non imputabili. – 2.2. *La rétention de sûreté e la surveillance de sûreté* nei confronti degli imputabili pericolosi. – 2.2.1. *Le décret n° 2008-1129 du 4 novembre 2008 relatif à la surveillance de sûreté et à la rétention de sûreté*. – 2.3. Altre disposizioni della legge n° 2008-174. – 2.4. La legge 242 del 2010 mirante a ridurre la recidiva e recante numerose modifiche al codice di procedura penale. – 3. Il sistema del doppio binario francese. – 3.1. Le misure di sicurezza rivolte agli autori imputabili. – 3.2. Il diritto penale della pericolosità. – 3.2.1. La prognosi di pericolosità sociale. – 3.2.2. Un diritto penale del nemico?

#### 1. L'inizio della politica criminale securitaria della Francia.

“*Il est possible d’observer, au cours des ces dernières années, un retour en force des conception positivistes*”<sup>2</sup>. Questa osservazione, formulata da un autorevole esponente della dottrina francese, esprime in modo molto efficace quale direzione abbia assunto la politica criminale della Francia nell'ultimo decennio. Come è stato osservato alla luce di un importante studio in chiave comparatistica sul tema in esame, in questo periodo, in Francia, come in altri paesi europei, si è registrata “una significativa tendenza alla rinascita delle misure di sicurezza in chiave di controllo degli autori pericolosi”<sup>3</sup>.

A partire dalla fine degli anni novanta, infatti, il legislatore francese ha introdotto, con una serie di importanti riforme, alcune misure privative e limitative

---

<sup>1</sup> L'espressione, che si è voluto conservare per la particolare efficacia, è di Marco Pelissero.

<sup>2</sup> F. DESPORTES – F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Paris, 2009, p. 22.

<sup>3</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, Torino, 2008, p. 215; H. MATSOPOULOU, *Le renouveau des mesures de sûreté*, in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1607 ss.

della libertà personale che, a prescindere dalle qualificazioni formali, rappresentano dal punto di vista sostanziale delle vere e proprie misure di sicurezza.

Tali sanzioni penali, ancorate al presupposto della pericolosità sociale e svincolate dalla colpevolezza del soggetto, non hanno la funzione di sanzionare un comportamento bensì quella di prevenirne la reiterazione. Essendo indirizzate a soggetti pienamente imputabili, vengono utilizzate come complemento della pena nell'ambito di una politica criminale che si pone come fine ultimo quello della difesa della società contro gli individui considerati pericolosi; ed il fine di difesa sociale viene perseguito predisponendo misure di sicurezza che abbiano la funzione precipua di neutralizzare tali individui.

Il recente movimento legislativo di introduzione delle misure di sicurezza nell'ordinamento giuridico francese, nel quale tradizionalmente “la dicotomia tra pene e misure di sicurezza non trovava un preciso riscontro normativo”<sup>4</sup> ed “in cui mancava ogni traccia del doppio binario”<sup>5</sup>, è stato graduale, sotto un duplice profilo.

Il primo profilo riguarda la natura delle misure introdotte: inizialmente il legislatore ha introdotto misure di sicurezza non detentive, arrivando poi, con la legge n° 174 del 2008, ad istituire una misura di sicurezza a carattere custodiale, la *rétention de sûreté*.

Il secondo attiene alla loro qualificazione giuridica: in un primo momento infatti il legislatore ha esitato a qualificare espressamente le nuove misure introdotte come “*mesures de sûreté*”, preferendo piuttosto mantenere la loro tradizionale qualificazione di “*peines complémentaires*”, fino a quando, con interventi legislativi più recenti, ha introdotto anche formalmente delle *mesures de sûreté*<sup>6</sup>.

È pertanto fondamentale in primo luogo rendere conto del processo che ha condotto alla “*consécration législative*”<sup>7</sup> delle misure di sicurezza, ripercorrendone le tappe, a partire dalla legge n° 468 del 17 giugno 1998 che ha introdotto l'istituto del *suivi socio-judiciaire*.

---

<sup>4</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, “cit.”, p. 216.

<sup>5</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, “cit.”, p. 278.

<sup>6</sup> V. *supra*, cap. II, par. 3.

<sup>7</sup> H. MATSOPOULOU, *Le renouveau des mesures de sûreté*, “cit.”, p. 1610.

### 1.1. La loi n° 98-468 istitutiva del suivi socio-judiciaire.

Con la *loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs* il legislatore francese ha introdotto nell'arsenale delle sanzioni penali la misura del *suivi socio-judiciaire*, inserendo nel codice penale un'apposita sotto sezione nel titolo terzo dedicato alle pene. Siamo di fronte ad “*une peine pas comme les autres*”<sup>8</sup>: il *suivi socio-judiciaire* costituisce un *unicum* all'interno del novero delle pene conosciute dal diritto francese.

Il *suivi socio-judiciaire* mira ad istituire un controllo post-carcerale su soggetti condannati per alcune determinate fattispecie di reato, rientranti nella categoria dei reati sessuali, al fine di prevenirne la recidiva.

L'idea di una pena volta ad assicurare un controllo post-carcerale sugli autori di reati sessuali era stata avanzata per la prima volta con il progetto di legge n° 3322 del 29 gennaio 1997 presentato dal Ministro della Giustizia *Jacques Toubon*, il quale aveva proposto l'introduzione della pena del *suivi médico-social*, il cui elemento principale era l'imposizione, agli autori di reati sessuali, di un obbligo di cura. A causa dello scioglimento dell'Assemblea Nazionale avvenuto nel 1997 e del successivo cambio di governo, il progetto *Toubon* non ebbe seguito ma le sue disposizioni furono riprese, con alcune modifiche formali e di merito, dal nuovo governo, nel progetto di legge presentato dal guardasigilli *Elisabeth Guigou*.

Fu modificato l'aspetto del *suivi médico-social* che più aveva suscitato polemiche e opposizioni, in particolare nell'ambiente medico: il fatto, cioè, che la pena consistesse principalmente e necessariamente in un obbligo di cure.

Nella disciplina del *suivi socio-judiciaire* venne, dunque, rafforzato l'aspetto giudiziario della misura, a discapito di quello medico e, così, l'obbligo di seguire un trattamento medico ne è divenuto una componente facoltativa. Tuttavia, lo spirito del progetto *Toubon* si ritrova intatto nel successivo progetto *Guigou*, tanto che in dottrina alcuni hanno sostenuto l'esistenza di un “*lien de filiation direct, qui unit le texte actuel et le projet antérieur*”<sup>9</sup>, che spiegherebbe, peraltro, la ragione per la

---

<sup>8</sup> P. COUV RAT, *Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres*, in RSC, 1999, p. 376.

<sup>9</sup> B. LAVIELLE, *Surveiller et soigner les agresseur sexuels : un des défis posés par la loi du 17 juin 1998*, in RSC, 1999, p. 35.

quale il *suivi socio-judiciaire* può essere considerato “*héritier de la peine – mort née – de suivi médico-social*”<sup>10</sup>.

Il progetto di legge *Guigou* raccolse un consenso pressoché totale in parlamento e la legge n° 468 del 1998 fu adottata all’unanimità senza nemmeno essere stata oggetto di ricorso al *Conseil Constitutionnel*, situazione, quest’ultima, eccezionale per una legge penale. Queste due circostanze mostrano chiaramente come la protezione dell’individuo (ancor più del minore), in particolare rispetto ai reati sessuali, costituisca una delle più grandi preoccupazioni del legislatore contemporaneo; il tema assume un’importanza centrale e conduce ad una riflessione sulla “*double mission du droit pénal, répression et prévention*”<sup>11</sup>.

Il legislatore francese nell’ultimo decennio ha dunque prestato una particolare attenzione alla prevenzione ed alla repressione dei reati sessuali ed ha progressivamente introdotto specifiche disposizioni in questo senso, intensificando, come mai aveva fatto prima, la repressione della criminalità sessuale, tanto che in dottrina vi è chi sostiene addirittura l’esistenza “*d’un régime pénal spécial appliqué, en France, aux auteurs d’infractions sexuels*”<sup>12</sup>.

Le ragioni di tale particolare attenzione prestata nei confronti di questa tipologia di criminali, “*devenus les nouveaux monstres de notre époque*”<sup>13</sup> sono molteplici: *in primis*, il particolare disvalore sociale legato a queste fattispecie di reato e la gravità dei danni causati alle vittime le quali, oltre al dolore fisico, patiscono una sofferenza psicologica che può causare un trauma, e quest’ultimo può durare per molti anni, se non addirittura fino alla fine della loro vita<sup>14</sup>.

In secondo luogo, la convinzione che gli autori di questi reati siano spesso affetti da disturbi della personalità, i quali rappresenterebbero un fattore causale dell’agire criminale, e che tali disturbi permangano dopo l’esecuzione della pena, aumentando il rischio di recidiva; convinzione, questa, che peraltro non trova

---

<sup>10</sup> F. LE GUNHEC, *Suivi socio-judiciaire*, in *Jurisclasseur pénal* 1998, n° 27, *Actualité*, p. 1193 ss.

<sup>11</sup> J. CASTAIGNÈDE, *Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement*, in *RSC*, 1999, p. 23.

<sup>12</sup> X. LAMEYRE, *Du régime pénal spécial appliqué, en France, aux auteurs d’infractions sexuelles*, in *RSC*, 2002, p. 547.

<sup>13</sup> X. LAMEYRE, *Du régime pénal special appliqué aux auteurs d’infractions sexuelles*, “cit.”.

<sup>14</sup> F. LE GUNHEC, *Suivi socio-judiciaire* “cit.”, p. 1193 ss.

riscontro in un'effettiva superiorità dei tassi di recidiva relativi a questi reati rispetto a quelli di altri tipi di illeciti penali<sup>15</sup>.

E ancora, l'enorme attenzione mediatica rivolta ai crimini sessuali ed ai loro autori; non ultimo, il preoccupante aumento di condanne per reati sessuali che si è verificato, senza ancora essersi arrestato, in Francia, nell'ultimo ventennio: "*les condamnés pour viol représentent aujourd'hui la moitié des condamnations criminelles*"<sup>16</sup>. I dati delle statistiche ufficiali pubblicate dal Ministero della Giustizia nel 2006 indicano infatti che tra il 2000 e il 2004, su un totale di circa 3000 condanne all'anno per fatti di reato qualificati come crimini, la metà o più sono costituite da condanne per il reato di violenza sessuale<sup>17</sup>, che rappresenta dunque la causa più frequente di condanna in materia di crimini; la restante metà delle condanne è costituita in media da 486 condanne per omicidio volontario, 299 per lesioni personali e altri reati volontari contro l'integrità della persona appartenenti alla categoria *des violences*, 600 per reati contro il patrimonio, 33 per reati in materia di stupefacenti e 39 per altri crimini di varia natura<sup>18</sup>. Molto diversa è invece l'incidenza dei reati sessuali in relazione alle condanne per reati qualificati come delitti, peraltro molto più numerose: sempre con riferimento al quinquennio 2000-2004, su una media di 431.408 condanne in materia di delitti, quelle per reati sessuali ne rappresentano solo una piccola parte (circa 9000), essendo molto più rilevanti in proporzione i reati in materia di circolazione stradale (138.441) ed i reati contro il patrimonio (circa 133.578) e, in seguito, gli altri reati contro la persona (circa 64.6069) nonché i reati in materia di stupefacenti (circa 22.382).

Altri dati di estrema importanza indicano che "*les personnes sanctionnées pour des infractions sexuelles, qu'elles soient criminelles ou délictuelles, commises sur des majeurs ou des mineurs, représentent actuellement le groupe de détenus le*

---

<sup>15</sup> F. LE GUNEHÉC, *Suivi socio-judiciaire* "cit.", p. 1193 ss.

<sup>16</sup> P. POTTIER, *Prévenir la récidive des délinquants sexuels – La Pratique du SPIP de la Charente*, in *AJ Pénal*, 2004, p. 62.

<sup>17</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Annuaire Statistique de la Justice. Édition 2006*, p. 146. Il documento è consultabile online all'indirizzo web: <http://www.justice.gouv.fr/budget-et-statistiques-10054/annuaire-statistiques-de-la-justice-10304/annuaire-statistique-de-la-justice-2006-11862.html>. Nel 2000, 1623 condanne per *viol* su un totale di 3035 condanne per crimini, nel 2001, 1656 su 3114, nel 2002, 1582 su 3057, nel 2003, 1710 su 3149, ed infine nel 2004, 1744 condanne per *viol* su un totale di 3264 condanne criminali.

<sup>18</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Annuaire Statistique de la Justice. Édition 2006* "cit.", p. 146.

*plus important parmi les condamnés incarcérés dans les prisons françaises (22% en moyenne)”; seguono i condannati per coups ou blessures volontaires e quelli per furto (17%)<sup>19</sup>. Tra il 1980 e il 2005 il numero dei detenuti condannati per reati sessuali “a spectaculairement été multiplié par huit, passant de 1118 à 8670”<sup>20</sup> ed in particolare, tra il 1995 e il 2003, è cresciuto del 105,6%<sup>21</sup>.*

Questi dati sembrano spiegare il motivo per il quale il *Presidente della Cour de cassation, Vincent Lamanda*, incaricato dal Presidente della Repubblica di redigere un rapporto sulle possibili riforme da attuare per far fronte al rischio di recidiva dei delinquenti pericolosi, abbia affermato che “*on a pu écrire, non sans raison, que la violence sexuelle est bien devenue la violence de notre temps*”<sup>22</sup>.

Non mancano tuttavia in dottrina voci che contestano la fondatezza delle principali ragioni che giustificerebbero l'utilità del *suivi*, così come indicate nell'*exposé des motifs* di entrambi i progetti di legge – *Toubon* e *Guigou* –, e cioè l'esistenza di disturbi psichici negli autori di questi reati e l'importanza dei relativi tassi di recidiva.

Per quanto riguarda la prima, si mette in discussione la presunta esistenza di disturbi psichici sottolineando che negli autori di reati sessuali sono spesso rilevabili disturbi della personalità ma che questi non implicano, di per sé, l'esistenza di una psicopatologia strutturata e che le perizie psichiatriche svolte su questi soggetti, nella maggior parte dei casi, negano l'esistenza di disturbi, ritenendo piuttosto presenti dei disturbi del comportamento o una carenza del senso della propria identità personale.

Alla seconda ragione si oppone che non sarebbero tanto i tassi di recidiva relativi a questi reati ad essere elevati quanto piuttosto la sensibilità dell'opinione pubblica e della società civile, che verrebbe fortemente urtata da simili fatti, domandandone la repressione definitiva<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> V. LAMANDA, *Amoinrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux, Rapport à M. le Président de la République, 30 mai 2008*, p. 13.

<sup>20</sup> *Rapport Lamanda* “cit.”, p. 13.

<sup>21</sup> P. CLÉMENT – G. LÉONARD, *Rapport d'information commission des lois AN n° 1718 sur le traitement de la récidive des infractions pénales, 7 juillet 2004*, in F. LE GUNEHÉC, *Suivi socio-judiciaire*, in *Jurisclasseur pénal* 1998, n° 27, *Actualité*, p. 1193 ss.

<sup>22</sup> *Rapport Lamanda* “cit.”, p. 13.

<sup>23</sup> B. LAVIELLE, *Surveiller et soigner les agresseurs sexuels*, “cit.”, p. 35.

Ad ogni modo l'art. 131-36-1 del codice penale non esita ad indicare espressamente nella prevenzione della recidiva la finalità del *suivi*, e questa viene perseguita attraverso l'imposizione al condannato dell'obbligo di sottoporsi, quando cessa l'esecuzione della pena detentiva, a misure di sorveglianza e assistenza, per un periodo di tempo determinato dal giudice di merito nella sentenza di condanna e sotto il controllo del *juge de l'application des peines*.

*“On peut ici le définir comme un ensemble variable de mesures de surveillance et à bien moindre degré d'assistance imposé à un condamné pendant une certaine durée”<sup>24</sup>.*

Prima di passare ad esaminare quali siano le *mesures de surveillance* e le *mesures d'assistance* che possono essere disposte dal giudice nell'ambito del *suivi*, è peraltro opportuno chiarire quali siano i casi nei quali questo possa essere disposto.

La legge del 17 giugno 1998 contiene un elenco tassativo dei reati-presupposto, nel quale figurano crimini e delitti di natura sessuale, tra cui quelli di omicidio volontario o premeditato preceduto o accompagnato da violenza sessuale o da torture o atti di barbarie, violenza sessuale, corruzione di minore, violenza sessuale aggravata commessa a danno di un minore, atti sessuali con minorenne, pornografia minorile, ed anche quello di atti osceni in luogo pubblico.

Venendo ora ad esaminare quale possa essere il contenuto del *suivi socio-judiciaire*, notiamo innanzi tutto che l'art. 131-36-2 dispone che *les mesures de surveillance* applicabili sono quelle previste dall'art. 132-44 C.P., potendo poi il giudice, di merito o dell'esecuzione, imporre al condannato anche gli obblighi previsti dall'art. 132-45; si tratta di *mesures de contrôle* e *obligations* che possono essere disposte nell'ambito di un *sursis avec mise à l'épreuve* (istituto analogo alla sospensione condizionale della pena). Le *mesures de surveillance* obbligatorie ex art. 132-44 C.P. consistono nel rispondere alla convocazione del giudice dell'esecuzione, nel ricevere le visite dell'assistente sociale e nel fornirgli le informazioni necessarie perché possa effettuare il controllo, nel comunicare preventivamente all'assistente sociale i cambiamenti di lavoro e di residenza nonché gli spostamenti di durata

---

<sup>24</sup> P. COUV RAT, *Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres*, in RSC, 1999, p. 376.

superiore a quindici giorni e avvisarlo del proprio ritorno, nell'ottenere l'autorizzazione del giudice per recarsi all'estero.

Le *mesures de surveillance* facoltative sono elencate tassativamente dall'art. 132-45 C.P. e consistono alcune in obblighi imposti al condannato per favorire il suo reinserimento (come l'obbligo di svolgere un determinato lavoro, di stabilire la residenza in un determinato luogo e l'obbligo di sottomettersi ad esami o cure mediche, anche nella forma del ricovero ospedaliero, nel caso in cui risulti che il soggetto faccia uso di sostanze stupefacenti o consumi in modo abituale ed eccessivo bevande alcoliche) o per indurlo a riparare alle conseguenze dannose del reato (fornire ai familiari i mezzi di sussistenza e gli alimenti, risarcire il danno, pagare le spese processuali); altre invece si sostanziano in divieti (come il divieto di frequentare spacci o bevande, il divieto di accompagnarsi a soggetti condannati specificamente indicati, ed il divieto di entrare in contatto con determinate persone, in particolare le vittime del reato, divieto di esercitare le attività nell'esercizio o in occasione delle quali il reato è stato commesso)<sup>25</sup>.

L'art. 131-36-2 prevede inoltre tre divieti specifici del *suivi socio-judiciaire* consistenti nel divieto di trovarsi in luoghi o categorie di luoghi specialmente identificati e in particolare quelli frequentati abitualmente da minori, di frequentare o di entrare in contatto con certe persone o categorie di persone, in particolare minori, e nel divieto di esercitare attività professionali o di volontariato che implicino un contatto abituale con minori.

Come si è anticipato, questa sanzione non consiste solo nell'imposizione di misure finalizzate al controllo del condannato ma anche in misure di aiuto – *mesures d'assistance* – finalizzate a favorirne il reinserimento sociale.

La durata del *suivi* è determinata dal giudice nella sentenza di condanna entro i limiti massimi stabiliti dal legislatore, e cioè dieci anni in caso di condanna per un delitto e vent'anni in caso di condanna per un crimine.

La violazione degli obblighi imposti con il *suivi* è essa stessa penalmente sanzionata: nella sentenza di condanna il giudice deve infatti stabilire la durata massima della pena detentiva dell'*emprisonnement* che potrà essere applicata in caso

---

<sup>25</sup> F. LE GUNEHÉC, *Suivi socio-judiciaire* "cit.", p. 1193 ss..

di violazione, da parte del condannato, degli obblighi imposti con il *suivi* (due anni in relazione a delitti, cinque anni in relazione a crimini). In mancanza di una specifica pronuncia sul punto, non potrà essere applicata alcuna sanzione in caso di violazione di tali obblighi; è pertanto fondamentale che il giudice di merito si pronunci sul punto. Spetta poi al giudice dell'esecuzione determinare in concreto la pena da applicare e disporre l'esecuzione, con decisione motivata, d'ufficio o su richiesta del Procuratore della Repubblica.

La determinazione *ab initio* della pena applicabile in caso di violazione degli obblighi del *suivi*, che rappresenta una sorta di “*épée de Damoclès*”<sup>26</sup>, uno stimolo al rispetto della sanzione, fa parte del contenuto stesso di questa misura, il quale appare così sempre più composito<sup>27</sup>.

Ma uno degli aspetti di maggior rilievo dell'istituto in esame è senza dubbio quello dell'*injonction de soins*, disciplinata dagli articoli L. 3711-1 del *Code de la santé publique*, la quale può essere pronunciata nell'ambito del *suivi*, e la cui presenza o meno incide profondamente sulla natura stessa della misura, tant'è che in dottrina si distinguono il *suivi simple* - senza *injonction de soins* - e il *suivi renforcé* - che comprende un'ingiunzione di cura<sup>28</sup>.

L'*injonction de soins* costituisce una componente facoltativa del *suivi* ed infatti l'art. 131-36-4 prevede che “*le suivi socio-judiciaire peut comprendre une injonction de soins [...] s'il est établi après une expertise médicale que la personne poursuivie est susceptible de faire l'objet d'un traitement.*”

Condicio sine qua non della pronuncia di una *injonction de soins* è che una perizia medico-psichiatrica stabilisca che il condannato possa essere destinatario di un trattamento; il medico dovrà dunque stabilire se la pronuncia di un'ingiunzione di cura all'interno di un *suivi* sia opportuna: la legge dunque subordina la decisione del giudice al risultato di una perizia, “*ce qui constitue une véritable innovation juridique*”<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> F. LE GUNEHÉC, *Suivi socio-judiciaire* “cit.”, p. 1193 ss.

<sup>27</sup> H. MATSOPOULOU, *Le renouveau des mesures de sûreté*, “cit.”.

<sup>28</sup> X. LAMEYRE, *Du régime pénal spécial appliqué aux auteurs d'infractions sexuelles*, “cit.”, p.555.

<sup>29</sup> J. CASTAIGNÈDE, *Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement*, in RSC, 1999, p. 30.

Certo, al giudice residua un margine di discrezionalità nella pronuncia dell'*injonction de soins*, potendo egli non disporla anche laddove la perizia abbia dato esito positivo; tuttavia risulta pienamente condivisibile l'affermazione secondo la quale il *suivi socio-judiciaire* racchiude in sé "*une réelle dialectique de la sanction et du traitement*"<sup>30</sup>. Il compito affidato all'esperto inoltre è assai arduo in quanto questi è chiamato a pronunciarsi sull'opportunità di un trattamento che comincerà solo dopo molti anni, in seguito alla liberazione del condannato, quando ormai la personalità del soggetto si sarà modificata.

Ulteriore condizione necessaria per l'imposizione al condannato di una *injonction de soins* è che questo presti il proprio consenso; tuttavia il legislatore francese sembra aver sancito il rispetto meramente formale del principio del consenso del paziente al trattamento medico.

È pur vero infatti che l'art. 131-36-4 recita che "*Le président avertit alors le condamné qu'aucun traitement ne pourra être entrepris sans son consentement*" ma immediatamente dopo è affermato che "*s'il refuse les soins qui lui seront proposées, l'emprisonnement prononcé en application du troisième alinéa de l'article 131-36-1 pourra être mis à exécution*". Nel caso in cui il soggetto non presti il proprio consenso a sottoporsi al trattamento medico, il giudice dell'esecuzione potrà dunque ordinare che sia eseguita la pena, stabilita nella sentenza di condanna a titolo di sanzione per la violazione degli obblighi imposti con il *suivi*.

È per questo motivo che non si può fare a meno di domandarsi se possa essere chiamato consenso quello ottenuto sotto la minaccia di una pena detentiva; ed è così che riemerge la tanto osteggiata *obligation de soins du suivi médico-pénal*.

"*L'injonction de soins se présente comme une obligation qui ne veut pas dire son nom, une sommation dont le caractère impératif est indéniable, même si est recherchée une «conjonction du dialogue et de l'injonction»*"<sup>31</sup>.

L'obbligo di cura senza consenso del soggetto, che costituiva l'essenza del *suivi médico-pénal*, ha ceduto il passo ad una *injonction de soins* subordinata al

---

<sup>30</sup>X. LAMEYRE, *Du régime pénal special appliqué aux auteurs d'infractions sexuelles*, "cit.", p. 555.

<sup>31</sup>J. CASTAIGNÈDE, *Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels* "cit.", p. 28.

necessario consenso del paziente. Così “*l'éthique médicale est préservée, les droits de l'homme sont respectés*”<sup>32</sup>: in apparenza.

Vi è un ulteriore aspetto di importanza centrale in cui l'apparenza sembra contrapporsi alla vera sostanza delle cose, ossia l'aspetto che concerne la natura giuridica dell'istituto in esame. “*Peine ou mesures de sûreté?*”<sup>33</sup>: la questione è controversa ed è stata fin dall'origine dibattuta in dottrina.

Il legislatore non ha utilizzato il termine «pena» per qualificare questa sanzione né ha inserito la sua disciplina all'interno della sotto-sezione del *code pénal* «*Du contenu et des modalités d'application de certaines peines*», ove è contenuta la disciplina delle pene complementari, ma all'interno di una sotto-sezione autonoma, che tuttavia è inserita nel titolo e nel capitolo relativo alle pene. “*Cette relative pudeur – ou hypocrisie – dans la présentation des texts est cependant sans consequence juridique*” ed il motivo di questo atteggiamento cauto del legislatore risiederebbe nel ricordo dell'opposizione di parte del corpo medico suscitata riguardo al *suivi médico-pénal* che il legislatore aveva espressamente definito come pena complementare.

Nonostante il silenzio della legge, l'orientamento della giurisprudenza è uniforme nel ritenere che il *suivi* costituisca una pena complementare: “*la Chambre criminelle a clairement qualifié le suivi socio-judiciaire de «peine complémentaire»*”<sup>34</sup>. La Suprema Corte, in effetti, essendo chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di un'applicazione retroattiva del *suivi*, ha negato che tale sanzione possa essere applicata in riferimento a fatti posti in essere prima dell'entrata in vigore della legge che l'ha istituita; in tal modo, qualificando espressamente il *suivi* come *peine complémentaire*, ha chiarito che tale sanzione sia soggetta al regime giuridico delle pene e, in particolare, al principio dell'irretroattività della legge penale<sup>35</sup>.

Tuttavia non vi è dubbio che questa sanzione rappresenti «*une véritable innovation juridique*» nell'ordinamento francese. Si tratta in effetti di una sanzione dal carattere peculiare, che presenta elementi propri della pena ed altri della misura di sicurezza, come è stato autorevolmente sostenuto in dottrina: “*Peine ou mesure de*

---

<sup>32</sup> J. CASTAIGNÈDE, *Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels* “cit.”, p. 28.

<sup>33</sup> J. CASTAIGNÈDE, *Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels* “cit.”, p. 24.

<sup>34</sup> F. LE GUNHEC, *Suivi socio-judiciaire* “cit.”, p. 1202.

<sup>35</sup> *Cass. Crim.*, 2 sept. 2004, n° 04-80518: *Jurisdata* n° 2004-024857, in *LexisNexis Jurisclasseur*.

sûreté? [...]Le suivi socio-judiciaire emprunte, à vrai dire, aux deux: s'il présente les garanties offertes par les peines, il s'apparente par sa finalité, la prévention de la recidive, aux mesures de sûreté"<sup>36</sup>.

Come già era stato sottolineato nel rapporto della commissione parlamentare, il suivi presenta un "caractère hybride, caractère sui generis qui l'exclut du champ de la catégorie juridique classique des peines"<sup>37</sup>; secondo alcuni autori quindi saremmo in presenza di "une sanction pénale du troisième type dont le pivot est l'état dangereux du sujet"<sup>38</sup>.

Secondo un altro importante contributo "avec le suivi socio-judiciaire naît une sanction pénale complexe. Cette complexité provient [...] de sa multidimensionalité pénologique qui permet qu'en une même sanction coexistent une peine d'emprisonnement ordinaire, une mesure de sûreté – qui ne dit pas son nom, le droit pénal français ne reconnaissant pas formellement ce type de mesure – et un emprisonnement virtuel, qui ne se réalisera que dans l'hypothèse où le condamné ne respectera pas ses obligations"<sup>39</sup>.

Infine vi è chi si è espresso in tal senso, sostenendo che "certes le suivi socio-judiciaire s'apparente plus à une mesure de sûreté – catégorie ignorée par le code pénal. [...] Il présente un caractère sui generis"<sup>40</sup>, a-t-on dit, intermédiaire entre la peine complémentaire et la mesure de sûreté... ou encore c'est une sanction de troisième type dont le pivot est l'état dangereux du sujet"<sup>41</sup>. On peut dire aussi que c'est à la fois une peine et une mesure de sûreté"<sup>42</sup>.

Se pretendere di definire in maniera certa la natura giuridica di questo istituto sarebbe forse un risultato irraggiungibile in questa sede, si può però ritenere già un traguardo importante l'essere giunti a comprendere la profonda complessità che caratterizza questo istituto dal punto di vista della qualificazione giuridica; ma un traguardo ancor più importante è quello di poter ora affermare con relativa certezza,

---

<sup>36</sup> J. CASTAIGNÈDE, *Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels* "cit.", p. 24.

<sup>37</sup> F. BREDIN, *Rapport au nom de la commission des lois, Ass. nat.*, n° 228, p. 39, in J. CASTAIGNÈDE, *Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels* "cit.", p. 24.

<sup>38</sup> J. CASTAIGNÈDE, *Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels* "cit.", p. 24.

<sup>39</sup> X. LAMEYRE, *Du régime pénal special appliqué aux auteurs d'infractions sexuelles*, "cit.", p. 555.

<sup>40</sup> F. BREDIN, *Rapport au nom de la commission des lois, Ass. nat.*, n° 228, p. 39.

<sup>41</sup> J. CASTAIGNÈDE, *Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels* "cit.", p. 24.

<sup>42</sup> P. COUVROT, *Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres*, in RSC, 1999, p. 378.

al di là dei problemi di qualificazione, che il *suivi socio-judiciaire* realizza una nuova forma di individualizzazione della risposta penale che è, però, molto più ispirata all'idea di sicurezza dei terzi piuttosto che all'idea di reinserimento sociale del condannato<sup>43</sup>.

Che si tratti di una misura di sicurezza o di «*une peine après la peine*», non vi è dubbio sul fatto che questa sanzione costituisca «*une extension de l'ombrelle pénale*»<sup>44</sup> giustificata dal timore del ritorno in libertà dell'individuo ritenuto socialmente pericoloso: “*le temps de ce suivi est un temps que la société se donne pour minimiser les risques de dangerosité*”<sup>45</sup>.

## 1. 2. La legge n° 204 del 9 marzo 2004 istitutiva del FIJAIS.

La seconda rilevante riforma nell'ambito della politica criminale francese di prevenzione e repressione dei reati di natura sessuale, iniziata nell'ultimo decennio degli anni novanta, è quella effettuata con la legge n° 2004-204 del 9 marzo 2004.

Tale intervento normativo *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* presenta, rispetto alla legge n° 98-468, “una più marcata finalità preventiva”<sup>46</sup>, la quale si manifesta in tutta la sua pienezza nell'istituzione del *Fichier judiciaire Nationale automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (FIJAIS)*.

In primo luogo, l'art. 46 della legge n° 2004-204, nel capitolo V recante disposizioni relative alla prevenzione e alla repressione dei reati di natura sessuale, apporta alcune rilevanti modifiche all'art. 131-36-1 C.P., recante la disciplina del *suivi socio-judiciaire*.

Innanzitutto il limite massimo di durata di questa misura è stato elevato essendo ora previsto che in relazione ai delitti la durata possa essere portata fino a vent'anni, con decisione motivata del giudice, e che in relazione ai crimini per i quali sia comminata la pena di trent'anni di reclusione, la durata del *suivi* sia di trent'anni; ed infine che in caso di condanna per un crimine punito con la pena dell'ergastolo (*réclusion criminelle à perpétuité*) la Corte d'assise possa stabilire l'applicazione del

---

<sup>43</sup> P. COUVRAT, *Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres*, in RSC, 1999, p. 376.

<sup>44</sup> C. JOLIBOIS, *Doc. Sénat 22 oct. 1997 n° 49*, in P. COUVRAT, *Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres*, in RSC, 1999, p. 376.

<sup>45</sup> D. SALAS, *Le délinquant sexuel*, in *La justice et le mal*, Paris, 1997, p. 67, in P. COUVRAT, *Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres*, in RSC, 1999, p. 376.

<sup>46</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, 2008, p. 281.

*suivi* con durata indeterminata, salva la possibilità per il tribunale dell'esecuzione di disporre la revoca della misura, decorso un periodo di trent'anni.

Con questa riforma dunque il legislatore ha introdotto la figura di un *suivi socio-judiciaire* perpetuo, applicabile senza limiti di durata con riguardo ai crimini puniti con la pena della *réclusion criminelle à perpétuité*.

In secondo luogo, sempre con riferimento alla disciplina del *suivi*, è stata elevata la durata massima della pena dell'*emprisonnement* stabilita dal giudice di merito, nella sentenza di condanna per il reato, come sanzione per la violazione degli obblighi imposti con il *suivi*, durata portata da due a tre anni con riferimento a condanne per delitti (*en matière correctionnelle*) e da cinque a sette anni con riferimento a condanne per crimini (*en matière criminelle*).

La riforma del 2004, quindi, da un lato prevede un inasprimento della disciplina del *suivi socio-judiciaire*, dall'altro crea *ex novo* un istituto che, per sua natura, rispecchia in maniera ancor più evidente, la preoccupazione del legislatore contemporaneo riguardo alla prevenzione della recidiva dei reati sessuali, che comporta a sua volta la necessità di mettere in campo nuovi strumenti giuridici, sul presupposto dell'insufficienza e dell'inadeguatezza di quelli già esistenti.

Gli artt. 47 e 48 della legge del 2004 modificano le disposizioni del titolo XIX del codice di procedura penale, intitolato “ *De la procédure applicable aux infractions de nature sexuelle et de la protection des mineurs victimes*” (titolo peraltro creato dalla legge 98-468) introducendo, dopo l'art. 706-47 C.P.P., il capitolo I recante “*Dispositions générales*” e il capitolo II “*Du fichier national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles*”.

Il *FIJ AIS* costituisce un registro giudiziario automatizzato, su base nazionale, nel quale sono raccolte alcune informazioni relative agli autori di reati sessuali; l'iscrizione nel registro è funzionale all'imposizione “*à titre de mesure de sûreté*”, ai soggetti registrati, di una serie di prescrizioni espressamente finalizzate ad impedire la recidiva.

L'art. 706-53-5 C.P.P. recita infatti: “*Toute personne dont l'identité est enregistrée dans le fichier est astreinte, à titre de mesure de sûreté, aux obligations prévues par le présent article.*” Tali prescrizioni consistono nell'obbligo di

comunicazione periodica dell'indirizzo di residenza e delle relative eventuali variazioni, entro quindici giorni.

La frequenza e le modalità con cui il soggetto è tenuto ad assolvere all'obbligo di comunicazione dell'indirizzo varia a seconda della pena comminata per il titolo di reato che ha determinato la sua iscrizione: in via generale, l'obbligo di comunicazione deve essere eseguito tramite lettera raccomandata da inviare al gestore del registro e al commissariato di polizia, una volta all'anno.

Per i soggetti condannati, in via definitiva, per una fattispecie di reato punita con la pena dell'*emprisonnement*, per una durata uguale o superiore a dieci anni, è previsto un regime rinforzato: il soggetto deve assolvere l'obbligo di comunicazione dell'indirizzo di residenza con cadenza semestrale, presentandosi personalmente presso *le groupement de gendarmerie départementale*. Tale regime rinforzato realizza una forma di controllo dell'individuo ben più invasiva rispetto a quella prevista con il regime di base. Il mancato rispetto degli obblighi imposti a seguito dell'iscrizione nel *FIJAIS* sono sanzionati con l'applicazione di una pena di due anni *d'emprisonnement* e di 30.000 euro *d'amende*.

Il *décret en Conseil d'État* n° 2005-627 determina le modalità e le condizioni di applicazione delle disposizioni contenute nella disciplina codicistica del *FIJAIS*, ed il suo art. R. 53-8-7 C.P.P. indica nel dettaglio quali informazioni vengono raccolte; si tratta dei dati relativi all'identità dell'individuo, alla sua composizione familiare, al luogo di residenza, alla decisione che ha giustificato l'iscrizione nel registro, alla fattispecie di reato commessa e alla frequenza dell'obbligo di comunicazione dell'indirizzo di residenza.

Le fattispecie di reato che danno luogo all'iscrizione nel *FIJAIS*, previste all'art. 706-47 del codice di procedura penale, sono a grandi linee le stesse cui può conseguire l'applicazione del *suivi socio-judiciaire*, ed in particolare sono quelle di omicidio volontario o premeditato di un minore, preceduto o accompagnato da violenza sessuale o da torture e atti di barbarie, violenza sessuale commessa a danno di un soggetto di maggiore o di minore età, atti sessuali con minorenni, prostituzione minorile, corruzione di minorenni, pornografia minorile.

L'iscrizione nel registro è, per regola generale, automatica; deve invece essere stabilita con decisione espressa del giudice o del Procuratore della Repubblica

l'iscrizione per gli autori di reati puniti con la pena dell'*emprisonnement* inferiore o uguale a cinque anni. I reati che non comportano, dunque, l'automatica iscrizione nel *FIJ AIS* sono quelli di *agression ou tentative d'agression sexuelles, autres que le viol, recours à la prostitution d'un mineur, corruption de mineur*.

È inoltre il caso di sottolineare che la giurisprudenza ritiene che l'iscrizione, nei casi in cui è automatica, sia anche obbligatoria: la *Cour de Cassation* ha enunciato tale principio di diritto affermando che “*La juridiction de jugement qui prononce une condamnation pour une infraction mentionnée à l'article 706-47 du Code de procédure pénale et punie d'une peine supérieure à cinq ans d'emprisonnement ne peut dispenser le condamné de son inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles*”<sup>47</sup>.

La durata dell'iscrizione nel registro, e degli obblighi previsti a titolo di misura di sicurezza che ne conseguono, stabilita nell'art. 706-53-4 C.P.P., è di trent'anni per i reati per i quali è comminata la pena di dieci anni d'*emprisonnement*, mentre è di vent'anni negli altri casi. È prevista, tuttavia, la possibilità per il soggetto iscritto di presentare domanda di cancellazione dal *FIJ AIS* o, nel caso di soggetto sottoposto al regime aggravato, domanda di riduzione della frequenza dell'obbligo di comunicazione dell'indirizzo da assolvere con obbligo di presentazione.

Venendo all'analisi degli aspetti sostanziali dell'istituto, dobbiamo innanzitutto notare che, ancora una volta, si riscontrano delle difficoltà nel definirne esattamente la natura, che sembra essere, ancora una volta, per così dire, ibrida: infatti, come è stato sottolineato da un autorevole studioso italiano del tema in esame, “l'istituto combina gli elementi di una misura di sicurezza e di una misura cautelare, in quanto l'iscrizione non richiede necessariamente una sentenza di condanna definitiva”<sup>48</sup>.

L'art. 706-53-2 C.P.P. prevede infatti l'iscrizione nel *FIJ AIS* dei soggetti che siano stati destinatari di una sentenza di condanna anche non definitiva, o che siano stati dichiarati incapaci di intendere e di volere ai sensi dell'art. 122-1 C.P.P., ma, ancor prima, di soggetti imputati, cioè che, in particolare, siano stati destinatari *d'une mise en examen assortie d'un placement sous contrôle judiciaire*.

---

<sup>47</sup> Cass. Crim., 16 janv 2008, n° 07-82.115: *Jurisdata* n° 2008-042717, in *LexisNexis Jurisclasser*.

<sup>48</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, 2008, p. 281.

Ad ogni modo, ciò che interessa il presente studio è il carattere di misura di sicurezza del *FIJAIS* e questo non sembra essere discutibile. Il legislatore francese, questa volta, a differenza di quanto aveva fatto nella legge n° 98-468, non ha lasciato spazio a dubbi o ad ambiguità sulla natura dell'istituto introdotto: ha, infatti, espressamente qualificato gli obblighi di comunicazione periodica dell'indirizzo di residenza e delle relative variazioni come misure di sicurezza.

Così il legislatore francese ha introdotto, per la prima volta, nell'ordinamento penale, delle misure di sicurezza, chiamandole con il loro nome. Questa circostanza riveste un'importanza enorme in quanto rappresenta l'inizio di un processo di rottura, di allontanamento da alcuni principi cardine della tradizione giuridica francese, di cui il principio di legalità costituisce il perno, che porterà il diritto penale francese ad adottare alcune soluzioni alle quali si è sempre, tradizionalmente, opposto e che, ancora, in occasione della ri-codificazione del '94, aveva rifiutato.

La natura di *mesure de sûreté* dell'iscrizione nel *FIJAIS* sembra essere riconosciuta in dottrina, allorché si afferma generalmente che “*le véritable critère justifiant l'inscription au FIJAIS est la dangerosité qui présente la personne*”<sup>49</sup>.

Per quanto riguarda la giurisprudenza, riveste particolare importanza una sentenza della *Chambre Criminelle* che ha dichiarato applicabile l'iscrizione nel *FIJAIS* ad un soggetto condannato per il reato di *agression sexuelle aggravée*, nonostante questo fosse stato commesso prima dell'entrata in vigore della legge del 9 marzo 2004. La Corte ha dunque affermato che l'istituto del *FIJAIS* sfugge all'ambito di applicazione del principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole ed ha ritenuto che tale misura possa essere oggetto di applicazione retroattiva in quanto non costituirebbe una pena, ai sensi dell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ha espressamente affermato “*qu'en effet, l'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles constituant, non une peine au sens de l'article 7 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais une mesure ayant pour seul objet de prévenir le renouvellement des infractions sexuelles et de faciliter l'identification de*

---

<sup>49</sup>N. MÉTALLINOS, *Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJAIS)*, in *Jurisclasseur Procédure Pénale*, 2007.; J.-É. SCHOETTL, *La constitutionnalité du Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles*, note sous *Conseil Constitutionnel*, 2 mars 2004, in *Les Petites Affiches*, 2004, p. 9.

*leurs auteurs, celle-ci n'est pas soumise au principe de la non-rétroactivité des lois de fond plus sévères*"<sup>50</sup>.

È stato dunque osservato che, così facendo, *“la Haute juridiction a considéré qu'il s'agissait d'une mesure de sûreté, même si elle n'a pas formellement employé ce terme”*<sup>51</sup>.

Infine bisogna rilevare che, da più parti, sono state sollevate critiche nei confronti di questo istituto che, applicandosi, come abbiamo visto, a titolo di misura di sicurezza, realizza una forma di controllo in libertà di soggetti considerati pericolosi socialmente, che si estende oltre e a prescindere dai limiti della pena. Tale controllo si fa via via più invasivo considerando la durata trentennale dell'iscrizione e l'aumento della frequenza dell'obbligo di comunicazione. Invasività che, oltretutto, si manifesta, ancor prima, sul piano del diritto alla riservatezza della vita privata degli individui.

Tali critiche si sono peraltro tradotte in due ricorsi al *Conseil constitutionnel* che è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'istituto del *FIJAIS* così come introdotto dall'art. 48 della legge n°2004-204, con riferimento agli articoli 2, 8 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, tuttora vigente nell'ordinamento francese in virtù del richiamo effettuato nel Preambolo della Costituzione.

I ricorsi proposti sostengono, dunque, che l'istituto del *FIJAIS* sarebbe non conforme alla Costituzione sotto due profili: sarebbe contrario al *principe de nécessité des peines* enunciato all'art. 8 de la *Déclaration de 1789*, secondo il quale *«les lois ne doivent établir que des peines strictement et évidemment nécessaires»* e, in secondo luogo, al diritto inviolabile alla libertà personale sancito dall'art. 2 della *Déclaration*, che implica anche il rispetto della vita privata.

Il *Conseil constitutionnel* ha respinto entrambi i ricorsi, ritenendo dunque l'istituto del *FIJAIS* così come disciplinato dall'art. 48 della legge del 9 marzo 2004 conforme alla costituzione, sulla base delle seguenti argomentazioni: sotto il primo profilo, l'istituto in esame non violerebbe il *principe di nécessité de la peine* in quanto l'iscrizione nel registro ha la finalità di prevenire la recidiva e di facilitare

---

<sup>50</sup> *Chambre criminelle*, 31 oct. 2006, n° 05-87.153, in *Bulletin criminel* 2006, n° 267, p. 981.

<sup>51</sup> H. MATSOPOULOU, *Le renouveau des mesures de sûreté* “cit.”, p. 1614.

l'individuazione degli autori dei reati pertanto *“il en résulte que cette inscription ne constitue pas une sanction mais une mesure de police”*<sup>52</sup>.

Per quanto riguarda il secondo profilo, infine, il *Conseil constitutionnel* ha sostenuto *“qu'il appartient au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques”* e *“qu'il lui appartient notamment d'assurer la conciliation entre, d'une part, la sauvegarde de l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la protection de principe et de droits de valeur constitutionnel et, d'autre part, le respect de la vie privée et des autres droits et libertés constitutionnellement protégés”*<sup>53</sup>. Il *Conseil* ha ritenuto il bilanciamento operato dal legislatore legittimo essendo state previste una serie di garanzie a tutela degli individui iscritti, in particolare attraverso la disciplina analitica delle condizioni e dei soggetti legittimati ad accedere alle informazioni inserite nel registro e attraverso la previsione della possibilità per il soggetto iscritto di presentare domanda di cancellazione dal *FIJ AIS*<sup>54</sup>.

È infine interessante notare che il *Conseil* ha ritenuto che l'iscrizione nel *FIJ AIS* non costituisca una pena bensì una misura finalizzata a prevenire la recidiva, ma non abbia utilizzato la qualificazione di *mesure de sûreté* preferendo piuttosto quella di *mesure de police*; sembrerebbe quindi averne riconosciuto la natura di misura di sicurezza ma, ancora una volta, aver preferito non sancirne l'esistenza dal punto di vista formale.

Nonostante sia stato legittimato dal *Conseil constitutionnel*, permangono forti perplessità intorno alla costituzionalità di quest'istituto, anche da un punto di vista più generale, in particolare con riferimento al principio fondamentale del fine risocializzativo della pena, che costituisce il fine ultimo dell'intervento penale.

Queste preoccupazioni sono ben espresse in un contributo di un illustre esponente del mondo forense francese il quale, a proposito dell'intervento normativo che istituisce il *FIJ AIS*, si esprime in questo senso: *“ [...] contraintes législatives qui*

---

<sup>52</sup> *Conseil constitutionnel*, 2 mars 2004, n° 2004-492, in *Lextenso*.

<sup>53</sup> *Conseil constitutionnel*, 2 mars 2004, n° 2004-492, in *Lextenso*.

<sup>54</sup> J.-É. SCHOETTL, *La constitutionnalité du Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles*, note sous *Conseil Constitutionnel*, 2 mars 2004, in *Les Petites Affiches*, 2004, p. 9.

*privilégient la protection du groupe au détriment de celle de l'individu dont les libertés sont ainsi de plus en plus menacées. Deux notions se heurtent: faciliter la réinsertion et donc promouvoir le «droit à l'oubli», et une tentation sécuritaire sans cesse renforcée. En choisissant cette dernière option, la société crée des exclusions, qui engendrent les maux mêmes que cette politique est censée combattre”<sup>55</sup>.*

### 1.3. La legge n° 2005-1549 sul trattamento della recidiva.

Solo un anno più tardi, il legislatore penale mette in campo una nuova riforma che presenta un elevato grado di continuità rispetto alle due precedenti: sempre mosso dalla preoccupazione securitaria, che connota la politica penale francese almeno a partire dalla legge del 17 giugno 1998, questa volta pone al centro della sua preoccupazione i delinquenti recidivi, individui, nei cui confronti lo strumento penale ha fallito, se non altro nella sua funzione di prevenzione speciale<sup>56</sup>, rivelandosi inefficace, e che presentano un indice elevato di potenziale pericolosità sociale in quanto hanno dimostrato, con i loro atti, di essere pronti a commettere nuovi reati<sup>57</sup>. Così *“la loi n° 2005-1549 prend pour cible le récidiviste [...] devenu le nouveau criminel objet de détestation des Français”*<sup>58</sup>.

Come esposto dall'allora Ministro della Giustizia *Pascal Clément* nella presentazione del progetto di legge, *“ il faut prendre en compte la dangerosité de certains profils de délinquants afin de mieux défendre la société; la lutte contre la récidive est une priorité de la lutte contre la délinquance”*<sup>59</sup>. Così, su questi presupposti, la legge del 12 dicembre 2005 si muove lungo due direttrici fondamentali: da un lato, stabilire pene più certe e più dure nei riguardi dei soggetti recidivi e, dall'altro, predisporre nei loro confronti un più stringente apparato di controllo post-carcerale.

Questi due aspetti fondamentali della riforma coesistono in maniera del tutto coerente ed, in un certo senso rappresentano le due facce di un'unica medaglia, di

---

<sup>55</sup> N. PERRAULT, *Demain, tous fichés?*, in *Dedans Dehors, Revue de l'observatoire international des prisons*, 2006, p. 28.

<sup>56</sup> M. PELISSERO, *Doppio binario e pericolosità sociale*, “cit.”, p. 45.

<sup>57</sup> P. CLÉMENT, *Mieux prévenir la récidive*, in *AJ Pénal*, 2005, p. 345 ss.

<sup>58</sup> M. HERZOG-EVANS, *Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005*, in *Recueil Dalloz*, 2006, p. 182.

<sup>59</sup> P. CLÉMENT, *Mieux prévenir la récidive*, in *AJ Pénal*, 2005, p. 345.

una politica penale, cioè, che con vari strumenti giuridici privilegia, rispetto ad ogni altra finalità della pena, quella della prevenzione speciale negativa, predisponendo un apparato normativo il cui scopo ed effetto è la neutralizzazione dell'individuo pericoloso. Questo mostra che tra pericolosità sociale e recidiva vi è uno stretto legame, benché dal punto di vista dogmatico la prima si muova nell'area delle misure di sicurezza mentre la seconda in quella della pena, costituendo una circostanza aggravante del reato, che produce come effetto principe un aggravamento della pena (in senso stretto, come aumento della durata della pena, ed in senso lato, come inasprimento delle modalità di esecuzione della stessa)<sup>60</sup>.

L'istituto della recidiva però, in una certa misura trova il suo fondamento nel concetto di pericolosità sociale, “nel senso che le ragioni dell'aggravamento della sanzione nei confronti di un soggetto rimasto insensibile alla prima sentenza di condanna sembrano debordare nel giudizio prognostico sulla possibile ricaduta nel reato. [...] Recidiva e misure di sicurezza condividono un giudizio prognostico modulato in differenti livelli di rischio, che giustificano ora la sola applicazione della recidiva, ora (da sola o in aggiunta) la misura di sicurezza”<sup>61</sup>.

Questa vicinanza tra recidiva e doppio binario riemerge in modo evidente proprio dalla riforma della recidiva operata in Francia con la legge n° 2005-1549 in quanto, in ultima analisi, i due istituti condividono la logica di fondo, ossia “la logica della neutralizzazione”<sup>62</sup>, tanto che in dottrina si è affermato che “la pericolosità sociale, da presupposto per l'applicazione delle misure di sicurezza, è diventata anche *ratio* ispiratrice della disciplina della recidiva, che di fatto riconosce nel recidivo una pericolosità tale da giustificare l'inasprimento del regime sanzionatorio”<sup>63</sup>.

Questa identità di *ratio* o, comunque, questa vicinanza sempre più stretta tra pericolosità sociale e recidiva, sembra peraltro aver trovato un esplicito riscontro normativo nell'art. 132-24 del *code pénal* come modificato dalla legge del 2005 ove, dopo il primo comma (corrispondente all'art. 133 del codice penale italiano), in cui

---

<sup>60</sup> J. PRADEL, *Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes (commentaire de la loi du 10 août sur les «peines plancher»*), in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2247 ss.

<sup>61</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, “cit.”, p. 47.

<sup>62</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, “cit.”, p. 51.

<sup>63</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, “cit.”, p. 52.

sono indicati, quali criteri di determinazione della pena da parte del giudice, la gravità del reato e la personalità dell'autore, ne è stato aggiunto un secondo che recita : «*La nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions*».

Così la legge n° 2005-1549 prevede innanzitutto una modifica della disciplina della recidiva, nel segno di un ampliamento del suo campo di applicazione e di un inasprimento del regime sanzionatorio che vi si ricollega.

In primo luogo, il legislatore estende in via generale l'ambito di applicazione della circostanza aggravante della recidiva disponendo che, in relazione alla commissione del primo reato, possano essere prese in considerazione anche le condanne pronunciate da uno stato membro dell'Unione europea<sup>64</sup>; in secondo luogo, estende in particolare l'ambito della recidiva legale in materia di delitti.

Il diritto penale francese infatti prevede una disciplina della circostanza della recidiva assai articolata nell'ambito della quale si configurano diversi tipi di recidiva legale in base alla natura rispettivamente del primo e del secondo reato commesso. Nell'ipotesi in cui il primo reato sia un crimine (o un delitto per il quale sia prevista la pena massima di dieci anni) la recidiva si configura qualunque sia la natura del secondo reato commesso<sup>65</sup>. Diversamente, nell'ipotesi in cui il primo fatto di reato sia un delitto la circostanza della recidiva si configura solo allorché il secondo reato sia un delitto identico o della stessa indole del primo. I casi in cui i reati si considerano «*assimilés*», e cioè della stessa indole, sono indicati espressamente dalla legge; la riforma del 2005 interviene su quest'ultimo profilo introducendo agli articoli 132-16-3 e 131-16-4 C.P. due nuovi casi «*d'assimilation*»<sup>66</sup>.

Vengono così considerati della stessa indole i delitti di tratta di esseri umani e induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione, ed inoltre i delitti di «*violences volontaires aux personnes*» (categoria eterogenea di fattispecie di reato disciplinata dagli articoli 222-7 e seguenti del codice penale che comprende tra le

---

<sup>64</sup> M. HERZOG-EVANS, *Récidive: surveiller et punir plus plutôt que prévenir et guérir*, in *AJ Pénal*, 2005, p. 309.

<sup>65</sup> M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, II ed., Paris, 2006.

<sup>66</sup> M. HERZOG-EVANS, *Récidive: surveiller et punir plus plutôt que prévenir et guérir* "cit.", p. 308.

altre quelle di percosse e lesioni personali) sono assimilati ai delitti commessi con la circostanza aggravante della violenza<sup>67</sup>.

Il legislatore, che con la legge del 2005 ha inteso rafforzare la repressione del fenomeno della recidiva, ha dunque esteso l'ambito di applicazione della recidiva legale senza peraltro prevedere un ulteriore aumento della pena applicabile al ricorrere di tale circostanza aggravante. Ed infatti, venuta meno la fiducia nell'efficacia della funzione general-preventiva della pena e dunque nell'utilità di un ulteriore aumento della pena comminata, *“la loi du 12 décembre 2005 préfère aménager les modalités de la peine prononcée et de la peine exécutée”*<sup>68</sup> ed intervenire, quindi, sul piano dell'esecuzione penitenziaria, ponendo limiti più stringenti all'applicabilità nei riguardi dei delinquenti recidivi dei sistemi di riduzione della pena e dei benefici penitenziari.

In particolare, la legge n° 2005-1549 riduce l'ammontare della riduzione della pena di cui il condannato in stato di recidiva legale possa beneficiare per effetto del sistema dei *«crédits de réduction de peine»*, (corrispondente a grandi linee all'istituto italiano della liberazione anticipata), disciplinato agli articoli 721 e 721-1 C.P.P., portandolo da tre a due mesi per il primo anno di detenzione e da due mesi ad un mese per gli anni successivi<sup>69</sup>; e ancora, l'ammontare massimo della riduzione supplementare della pena (concessa nel caso in cui il soggetto manifesti un serio impegno nella partecipazione al trattamento rieducativo finalizzato al suo reinserimento sociale) che possa essere concessa ai condannati in stato di recidiva legale è portato da tre a due mesi all'anno e da sette a quattro giorni al mese.

La legge del 2005 pone poi dei requisiti più rigorosi per la concessione della *libération conditionnelle* (corrispondente alla liberazione condizionale italiana), disponendo in particolare che il condannato in stato di recidiva possa accedere a tale beneficio dopo aver espiato almeno due terzi della pena o comunque vent'anni della

---

<sup>67</sup> M. HERZOG-EVANS, *Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005*, in *Recueil Dalloz*, 2006, p. 183.

<sup>68</sup> J.-H. ROBERT, *Le murailles de silicium. Commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, in *Jurisclasseur procédure pénale*, 2006, p. 5.

<sup>69</sup> M. HERZOG-EVANS, *Les dispositions relatives à la récidive* “cit.”, p. 189.

stessa (mentre i delinquenti primari possono accedervi avendo espiato almeno metà della pena o comunque quindici anni di reclusione)<sup>70</sup>.

Su un altro piano poi il legislatore francese, con questa riforma, prosegue lungo il percorso intrapreso con la legge n° 98-468 e si cura di intervenire, ancora una volta, nel controllo post-carcerale dei delinquenti più temuti, quelli ritenuti pericolosi per la società in ragione della particolare gravità dei reati commessi, dapprima modificando la disciplina di istituti di recente introduzione, come il *suivi socio-judiciaire* ed il *FIJAIS*, ed, in un secondo momento, introducendo ulteriori strumenti diretti a neutralizzare la pericolosità sociale di costoro, creando nuove misure di sicurezza applicabili al termine dell'esecuzione della pena detentiva, al momento del ritorno in libertà<sup>71</sup>.

È quindi necessario, ai fini del presente studio, innanzitutto rendere conto delle modifiche apportate agli istituti precedentemente analizzati, per poi giungere all'analisi delle nuove misure di sicurezza la cui introduzione si pone, sempre di più, all'insegna di una rottura con la tradizione giuridica francese, e che realizza, in modo sempre più lampante, quella «*extension de l'ombrelle pénale*»<sup>72</sup> che rappresenta uno dei tratti distintivi della moderna politica criminale di questo paese.

### 1.3.1. L'ampliamento del campo di applicazione del *suivi socio-judiciaire*.

La legge n° 2005-1549 interviene sulla disciplina dell'istituto del *suivi socio-judiciaire* apportando alcune significative modifiche.

In primo luogo amplia il campo di applicazione dell'istituto estendendo il novero dei reati-presupposto ad alcune fattispecie di reato che non rientrano nella categoria dei reati sessuali: si tratta dei crimini di *atteintes volontaires à la vie*, tra i quali in particolare i reati di omicidio volontario e premeditato e di avvelenamento (*empoisonnement*), e dei crimini di *enlèvements et séquestrations* (sequestro di persona), *actes de torture et de barbarie* (tortura), *destructions et dégradations dangereuses pour les personnes* (incendio, incendio boschivo e detenzione o trasporto di sostanze incendiarie o esplosive diretti alla commissione dei precedenti reati). Per effetto di questa estensione, il *suivi socio-judiciaire* smette, dunque, di

---

<sup>70</sup> M. HERZOG-EVANS, *Récidive: surveiller et punir plus plutôt que prévenir et guérir* "cit.", p. 315.

<sup>71</sup> M. HERZOG-EVANS, *Les dispositions relatives à la récidive* "cit.", p. 182 ss.

<sup>72</sup> C. JOLIBOIS, *Doc. Sénat 22 oct. 1997 n° 49* "cit.".

essere destinato solo agli autori di reati sessuali, così come era stato concepito, e viene rivolto, più in generale, agli autori di reati connotati da violenza, su persone o cose.

L'insieme dei destinatari della sanzione viene inserito nella categoria delle «*personnes condamnées pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru*» e questa viene utilizzata come riferimento per l'applicazione della disposizione processuale prevista dall'art. 717-1 C.P.P., che impone di collocare questi soggetti in istituti penitenziari che garantiscano un controllo medico e psicologico adatto, ed inoltre, come riferimento per l'applicazione della nuova misura della *surveillance judiciaire*<sup>73</sup>. Ai condannati che appartengono a questa categoria il giudice dell'esecuzione può anche proporre di iniziare un trattamento durante l'esecuzione della pena detentiva, allorché un medico si sia espresso nel senso della possibilità di intraprendere un trattamento terapeutico nei loro confronti<sup>74</sup>. Il rifiuto di seguire, durante l'esecuzione della pena, il trattamento medico proposto preclude l'accesso alla riduzione supplementare della pena cui possono beneficiare, ex art. 721-1 C.P.P., i soggetti che manifestino seri sforzi nella partecipazione al trattamento rieducativo: i condannati che rifiutino di seguire, in carcere, il trattamento medico proposto «*ne sont pas considérées comme manifestant des efforts sérieux de réadaptation sociale*».

L'art. 22 della legge del 2005, infine, introduce un nuovo articolo 731-1 C.P.P. che prevede un'ulteriore disposizione ancora rivolta alla categoria delle «*personnes condamnés pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru*»: nei confronti di questi soggetti viene istituita «*la libération conditionnelle soumise à l'observation des obligations qui sont celles du suivi socio-judiciaire*»<sup>75</sup>. La liberazione condizionale concessa a questi soggetti potrà dunque comportare l'imposizione di tutte le prescrizioni proprie del *suivi socio-judiciaire*, comprese

---

<sup>73</sup> J.-H. ROBERT, *Le murailles de silicium. Commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, in *Jurisclasseur procédure pénale*, 2006.

<sup>74</sup> H. 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*, in *Droit pénal*, n° 4, 2008, étude 5.

<sup>75</sup> J.-H. ROBERT, *Commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005* «cit.», p. 12.

*l'injonction de soins* e la nuova misura del *placement sous surveillance électronique mobile*, introdotta con questa stessa legge e che sarà analizzata dettagliatamente in seguito<sup>76</sup>; il mancato rispetto di queste prescrizioni comporta la revoca della liberazione condizionale<sup>77</sup>.

In secondo luogo interviene sul contenuto della sanzione, andando a toccare uno tra gli aspetti più problematici dell'istituto, ossia quello dell'*injonction de soins*, prevedendo espressamente la possibilità che il medico responsabile del trattamento possa prescrivere «*des médicaments qui entraînent une diminution de la libido (anti-androgènes), traitements qualifiés de castration chimique*». Questa possibilità è prevista dall'articolo 706-47-1 del codice di procedura penale, il quale a sua volta rinvia all'art. L. 3711-3 del *code de la santé publique*<sup>78</sup>.

Per effetto di questa riforma dunque *l'injonction de soins* ha assunto un contenuto composito ed eterogeneo, in quanto le cure che il medico responsabile del trattamento può prescrivere sono varie ed estremamente diverse l'una dall'altra, potendo consistere in una semplice psicoterapia fino ad arrivare a trattamenti farmacologici ed essendo, in tal modo, ulteriormente accentuato l'aspetto medico del *suivi socio-judiciaire*<sup>79</sup>.

Inoltre la possibilità che *l'injonction de soins* comprenda un trattamento a base di farmaci che comportino una diminuzione della libido solleva la cruciale questione del rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo, a cominciare dal diritto all'integrità personale, e tale questione può dirsi solo parzialmente mitigata dal formale rispetto del principio del consenso del paziente al trattamento medico: infatti, seppur l'attuazione di un tale trattamento farmacologico sia subordinato alla prestazione del consenso scritto e rinnovato almeno una volta all'anno, da parte del paziente, è necessario tenere presente che, anche in questo caso, la negazione del consenso potrà comportare l'applicazione della pena detentiva stabilita dal giudice

---

<sup>76</sup> Cfr. *infra*, par. 1.3.4.

<sup>77</sup> J.-H. ROBERT, *Commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005* "cit.", p. 12.

<sup>78</sup> M. HERZOG-EVANS, *Récidive: surveiller et punir plus plutôt que prévenir et guérir*, in *AJ Pénal*, 2005, p. 319.

<sup>79</sup> F. LE GUNHEC, *Suivi socio-judiciaire* "cit.", p. 1193 ss.

nella sentenza di condanna come sanzione per l'eventuale violazione degli obblighi imposti con il *suivi*<sup>80</sup>.

Appare così sempre più discutibile la legittimità del meccanismo predisposto dal legislatore per l'applicazione dell'*injonction de soins*, e del trattamento a base di farmaci *qui entraînent une diminution de la libido* in particolare, secondo il quale il principio del consenso del paziente al trattamento medico è solo formalmente rispettato ma è privo di qualunque valenza sostanziale.

Ma vi è, inoltre, un'altra importante modifica che concerne il contenuto del *suivi* e lo amplia. Il legislatore con tale intervento normativo ha introdotto una nuova misura, ossia *le placement sous surveillance électronique mobile*, qualificata espressamente come misura di sicurezza, e che trova la sua naturale applicazione nell'ambito di un *suivi socio-judiciaire*, come uno degli obblighi che possono essere imposti a titolo di *mesures de surveillance*. Ma tale misura ha una particolarità rispetto agli altri obblighi che compongono il *suivi* in quanto, a differenza di quelli, presenta una propria autonomia.

*Le placement sous surveillance électronique mobile* può essere disposta dal giudice nell'ambito di un *suivi socio-judiciaire* così come nell'ambito di una *surveillance judiciaire*.

### 1.3.2. L'ampliamento del campo di applicazione del FIJAIS.

La medesima estensione che è stata effettuata con riferimento ai reati che possono giustificare l'applicazione del *suivi socio-judiciaire* è stata prevista anche con riferimento all'iscrizione nel FIJAIS che, da qui in avanti, potrà seguire alla condanna per alcuni reati connotati da violenza, ma non rientranti nella categoria dei reati sessuali (torture e atti di barbarie, omicidio volontario e premeditato preceduto o accompagnato da torture o atti di barbarie) ed anche alla condanna per i reati di omicidio volontario o premeditato commessi in stato di recidiva legale<sup>81</sup>.

Conseguentemente all'aggiunta di queste fattispecie di reato, il nome del registro è stato modificato in *Fichier judiciaire National automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes*.

---

<sup>80</sup> Cfr. *supra*, par. 1.1.

<sup>81</sup> M. HERZOG-EVANS, *Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-1549*, "cit.", p. 187.

Tale modifica, comune ai due istituti, ha un'importanza sostanziale: la preoccupazione securitaria del legislatore francese sembra aumentare ed espandersi, riferendosi non più solo ai reati di natura sessuale ma anche a quelli connotati da violenza e, ancora, ai reati commessi in stato di recidiva, il che presuppone anche un'estensione dello stereotipo dell'autore pericoloso, prima identificato nell'autore di reati sessuali ed ora anche nell'autore di reati violenti e, poi, nel delinquente recidivo.

Inoltre la legge n° 2005-1549 ha aumentato la frequenza con cui deve essere assolto l'obbligo di comunicazione periodica dell'indirizzo di residenza, per i soggetti condannati a titolo definitivo, per un reato per il quale è prevista la pena di dieci anni *d'emprisonnement*: questi sono assoggettati ad un obbligo di comunicazione con cadenza semestrale, ma in più, se la pericolosità del soggetto lo richiede, il giudice può stabilire, con decisione espressamente motivata, che tale obbligo sia assolto una volta al mese dal soggetto, il quale dovrà presentarsi presso il commissariato di polizia o l'unità *de gendarmerie* del luogo di residenza. L'obbligo di comunicazione dell'indirizzo di residenza ha necessariamente cadenza mensile in caso di recidiva legale .

### *1.3.3. La surveillance judiciaire de personnes dangereuses.*

Il primo istituto creato *ex novo* dal legislatore francese con la legge n° 2005-1549 è quello della *surveillance judiciaire de personnes dangereuses*, la cui disciplina è contenuta nel codice di procedura penale in un'apposita sezione, inserita all'interno del capitolo recante disposizioni sull'esecuzione delle pene detentive.

Ancora una volta, "*la France a choisi de surveiller, après leur libération, les personnes qu'elle estime dangereuses*"<sup>82</sup>.

La *ratio* della *surveillance judiciaire*, come quella del *suivi socio-judiciaire*, risiede nell'intento del legislatore di assicurare un controllo post-carcerale su soggetti ritenuti pericolosi in quanto abbiano commesso reati considerati particolarmente gravi, come i reati di natura sessuale o i reati violenti. "*La surveillance judiciaire a pour objet de ne pas laisser un condamné sans surveillance à l'issue de sa privation*

---

<sup>82</sup> M. HERZOG-EVANS, *Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-1549*, "cit.", p. 190.

*de liberté*”<sup>83</sup>; e, ancora una volta, tale controllo viene assicurato attraverso l'imposizione al condannato, al termine dell'esecuzione della pena detentiva, al momento del suo ritorno in libertà, di una serie di obblighi e divieti.

Il fine specifico ed unico della *surveillance judiciaire* è, per espressa previsione dell'art. 723-29 C.P.P., “*prévenir une récidive dont le risque paraît avéré*”: presupposto di tale misura è, dunque, l'esistenza di un rischio di recidiva da parte del condannato che appaia indubbio, certo. E, «*dans la mesure où le risque de récidive est engendré par la dangerosité du condamné*»<sup>84</sup>, condizione necessaria per l'applicazione della misura è che il rischio di recidiva sia constatato da una perizia medica dalla quale emerga la pericolosità sociale del soggetto.

Non vi è dubbio, quindi, che questo istituto presenti delle forti analogie con quello del *suivi socio-judiciaire* e tale dato appare ancor più evidente se si considera che il contenuto della *surveillance judiciaire* è definito, all'art. 723-30 C.P.P., attraverso un rinvio all'articolo 131-36-2 C.P. il quale disciplina gli obblighi che possono essere imposti al condannato nell'ambito del *suivi*.

Il contenuto della *surveillance judiciaire* si traduce quindi nell'imposizione al condannato delle prescrizioni che rappresentano le *mesures de surveillance* obbligatorie del *suivi*<sup>85</sup> e di alcune delle *mesures de surveillance* facoltative: le prime consistono nell'obbligo di rispondere alla convocazione del giudice dell'esecuzione, di ricevere le visite dell'assistente sociale e di fornirgli le informazioni necessarie per effettuare il controllo, di comunicare preventivamente all'assistente sociale i cambiamenti di lavoro e residenza e nell'obbligo di richiedere l'autorizzazione del giudice per recarsi all'estero; le seconde invece sono costituite dall'obbligo di stabilire la residenza in un luogo determinato, e dai divieti di esercitare le attività professionali nell'esercizio o in occasione delle quali è stato commesso il reato, di trovarsi in alcuni luoghi specificamente determinati dal giudice, di frequentare spacci o bevande, di frequentare alcuni soggetti condannati, in particolare i complici del reato, e di entrare in contatto con determinate persone, in particolare le vittime del reato e dal divieto di possedere o portare armi.

---

<sup>83</sup> É. GARÇON – V. PELTIER, *Droit de la peine*, Paris, 2010, p. 559.

<sup>84</sup> É. GARÇON – V. PELTIER, *Droit de la peine*, Paris, 2010, p. 563.

<sup>85</sup> Cfr. *supra*, par. 1.1.

L'art. 723-30 C.P.P. nel disciplinare il contenuto della *surveillance judiciaire* rinvia inoltre all'art. 131-36-4 C.P., il quale contiene le disposizioni relative all'*injonction de soins*, che può essere disposta nell'ambito di un *suivi*, e all'art. 131-36-12 C.P., relativo al *placement sous surveillance électronique mobile*<sup>86</sup>.

A norma dell'art. 723-33 C.P.P. inoltre il soggetto sottoposto a sorveglianza giudiziaria è anche destinatario di «*mesures d'assistance et de contrôle destinées à faciliter et à vérifier sa réinsertion*»; e tali misure rievocano le *mesures d'assistance*, proprie del *suivi*, «*ayant pour objet de seconder les efforts de la personne suivie en vue de sa réinsertion sociale*»<sup>87</sup>.

Per effetto di tutti questi rinvii si vede bene, dunque, la ragione per la quale possa apparire fondata l'affermazione, diffusa nella dottrina francese, secondo cui «*par son contenu, la surveillance judiciaire est presque le sosie du suivi socio-judiciaire*»<sup>88</sup>.

Un ulteriore dato che mostra la forte somiglianza esistente tra i due istituti concerne il novero dei reati che costituiscono il presupposto dell'applicazione della *surveillance judiciaire*: si tratta esattamente degli stessi reati che comportano l'applicazione del *suivi socio-judiciaire*. L'art. 723-29 C.P.P. dispone infatti che la *surveillance judiciaire* può essere disposta nei confronti dei soggetti condannati «*pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru*».

I destinatari di tale misura sono pertanto i soggetti condannati, per un reato per il quale è comminata la sanzione del *suivi*, ad una pena detentiva di durata uguale o superiore a dieci anni. Il giudice dell'esecuzione, quindi, può decidere, su richiesta del Procuratore della Repubblica, che tali individui siano posti sotto *surveillance judiciaire*, a partire dal momento della loro liberazione, per un periodo di tempo che non può superare l'ammontare della riduzione della pena di cui abbiano beneficiato per effetto del *crédit de réduction de peine*, che corrisponde all'istituto italiano della liberazione anticipata<sup>89</sup>, e per effetto delle *réductions de peines supplémentaires* che, a norma dell'art. 721-1 C.P.P., possono essere accordate dal *juge de l'application de peines* ai condannati che abbiano manifestato un serio impegno nella partecipazione

---

<sup>86</sup> Cfr. *infra*, par. 1.3.4.

<sup>87</sup> É. GARÇON – V. PELTIER, *Droit de la peine*, Paris, 2010, p. 587.

<sup>88</sup> J.-H. ROBERT, *Commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005*, «cit.».

<sup>89</sup> P. CORSO, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, IV ed., Bologna, 2011, p. 248 ss.

all'opera di rieducazione finalizzata al loro reinserimento sociale. L'ammontare complessivo della riduzione della pena di cui il condannato abbia beneficiato, e che non sia stata revocata per effetto di cattiva condotta o della commissione di un nuovo reato, definisce la durata massima della *surveillance judiciaire*.

La decisione del giudice deve intervenire prima della data prevista per la liberazione del detenuto ed è presa con sentenza, a seguito di un contraddittorio; tale decisione deve inoltre indicare le specifiche prescrizioni imposte al condannato nonché la durata della misura. Questa potrà poi essere prolungata, nei limiti della durata massima individuata con riferimento all'ammontare complessivo della riduzione della pena; ma la *surveillance judiciaire* potrà anche cessare prima del decorso del termine stabilito, per effetto di una decisione del giudice dell'esecuzione, allorché il reinserimento del condannato risulti compiuto.

Nel caso in cui il soggetto non rispetti gli obblighi e i divieti che gli sono imposti, l'art. 723-35 C.P.P. prevede che il giudice possa revocare in tutto o in parte la riduzione di pena di cui il condannato abbia beneficiato ed ordinare così la sua *réincarcération*, come sanzione per la violazione delle prescrizioni della *surveillance judiciaire*. La stessa sanzione, ossia la revoca della riduzione della pena e il conseguente obbligo di scontare la pena residua, può essere applicata dal giudice nel caso in cui il condannato neghi il proprio consenso a sottoporsi ad un'*injonction de soins* o ad un *placement sous surveillance électronique mobile*: benché la sanzione in concreto inflitta sia diversa, la *ratio* del meccanismo sanzionatorio è la stessa di quella sottostante il *suivi socio-judiciaire*. In entrambi gli istituti infatti la violazione delle prescrizioni stabilite dal giudice ed il rifiuto, da parte dell'interessato, del consenso necessario per l'imposizione di un'*injonction de soins* e di una *surveillance électronique mobile* sono sanzionati con l'applicazione di una pena detentiva. È dunque comprensibile il motivo per il quale un autorevole esponente della dottrina francese abbia parlato, a proposito di quest'ultima circostanza, di «*consentement extorqué*»<sup>90</sup>.

Ecco allora che le analogie esistenti tra i due istituti fanno apparire condivisibile l'opinione, largamente diffusa in dottrina, secondo la quale la

---

<sup>90</sup> M. HERZOG-EVANS, *Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-1549*, "cit.", p. 191.

*surveillance judiciaire* potrebbe essere definita come «*ersatz du suivi socio-judiciaire*»<sup>91</sup> e cioè come surrogato, succedaneo di quest'ultimo laddove la sua applicazione non abbia potuto avere luogo.

Tuttavia per comprendere appieno il significato di tale affermazione è necessario considerare un altro aspetto della disciplina di questo istituto, cioè quello che concerne i limiti temporali di applicabilità della misura; tale è l'aspetto che presenta, forse, le maggiori criticità, le quali hanno peraltro condotto alla proposizione di un ricorso al *Conseil constitutionnel*.

Espressamente qualificata dal legislatore come «*mesure de sûreté*» all'art. 723-29 C.P.P., la *surveillance judiciaire* sfugge al principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, potendo applicarsi agli individui condannati per fatti di reato commessi prima della sua entrata in vigore: l'art. 42 della legge n° 2005-1549 afferma infatti che “*les dispositions [...] relatives à la surveillance judiciaire sont immédiatement applicables aux condamnés dont le risque de récidive est constaté après la date d'entrée en vigueur de la présente loi*”. In dottrina vi è chi sostiene che sarebbe proprio l'intento di dare applicazione retroattiva alla *surveillance judiciaire* la ragione per la quale il legislatore abbia espressamente qualificato tale istituto come misura di sicurezza: “*Celle-ci n'aurait pu rétroagir, si la surveillance judiciaire des personnes dangereuses avait été une peine. C'est pourquoi elle fut expressément qualifiée par le législateur de «mesure de sûreté»*”<sup>92</sup>.

Ed è proprio per la sua attitudine a trovare applicazione in relazione a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge che l'ha istituita che la *surveillance judiciaire* è considerata, da alcuni, in dottrina, come surrogato del *suivi socio-judiciaire*, in quanto “*elle est à la vérité une mesure temporaire destinée principalement à être infligée à des délinquants et criminels actuellement emprisonnés mais auxquels on n'a pas imposé le suivi socio-judiciaire parce qu'ils ont commis leurs infractions avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 1998 qui l'a institué*”<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> J.-H. ROBERT, *Commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005*, “cit.”.

<sup>92</sup> M. HERZOG-EVANS, *Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-1549*, “cit.”, p. 190.

<sup>93</sup> J.-H. ROBERT, *Commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005*, “cit.”.

E, ancora, la *surveillance judiciaire* è stata definita in dottrina come «*une sorte de suivi socio-judiciaire virtuel*»<sup>94</sup> poiché “*même lorsque le suivi socio-judiciaire n’a pas été prononcé, certaines de ses conséquences peuvent être appliquées aux condamnés qui l’ont encouru ou, si leur infraction est ancienne, l’auraient encouru selon le droit nouveau*”<sup>95</sup>.

In effetti, la *surveillance judiciaire* deve ritenersi applicabile non solo in relazione a fatti di reato commessi prima dell’entrata in vigore della legge che l’ha istituita, ma, ancor prima, in relazione a fatti commessi prima dell’entrata in vigore della legge del 1998 istitutiva del *suivi*. L’ultimo comma dell’art. 42 della legge del 2005, infatti, prende addirittura in considerazione i fatti di reato che siano stati commessi prima dell’entrata in vigore, nel 1994, del vigente codice penale, prevedendo che il giudice possa applicare la *surveillance judiciaire* in relazione a fattispecie di reato alle quali sarebbe applicabile, in base al diritto vigente al momento della pronuncia, il *suivi*, tenendo conto della natura del reato e avendo riguardo alla qualificazione datane dal nuovo codice penale. Il giudice deve quindi effettuare una riqualificazione della fattispecie di reato per valutare se questa sarebbe, secondo il diritto vigente, presupposto per l’applicazione di un *suivi*<sup>96</sup>.

Un autorevole esponente della dottrina si è espresso, in relazione a questo aspetto, affermando con stupore: “*Après la rétroactivité, l’analogie!*”<sup>97</sup>.

Sembra che la *surveillance judiciaire*, sostanzialmente identica per contenuto al *suivi socio-judiciaire* e comminata in relazione alle medesime fattispecie di reato, si differenzi da quest’ultimo unicamente per la sua idoneità ad avere applicazione immediata, in relazione a fatti di reato commessi prima dell’entrata in vigore della legge che l’ha istituita; la ragione dell’introduzione di questo istituto risiederebbe dunque nell’intento del legislatore di colmare gli spazi lasciati vuoti dal *suivi* che, sottoposto al regime giuridico delle pene, può trovare applicazione solo in relazione a fatti commessi dopo l’entrata in vigore della legge del 17 giugno 1998.

---

<sup>94</sup> J.-H. ROBERT, *Commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005*, “cit.”.

<sup>95</sup> J.-H. ROBERT, *Commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005*, “cit.”.

<sup>96</sup> V. PELTIER – É. GARÇON, *Un an de droit de la peine- Janvier – Décembre 2009, chronique 2*, in *Droit Pénal*, 2010.

<sup>97</sup> M. HERZOG-EVANS, *Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-1549*, “cit.”, p. 191.

La questione relativa alla legittimità della *loi n° 2005-1549* è stata poi deferita al *Conseil constitutionnel*, il quale è stato chiamato a pronunciarsi sulla conformità alla costituzione della *surveillance judiciaire*, così come disciplinata dall'art. 42, con riferimento all'articolo 8 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*. Secondo i ricorrenti, infatti, la disposizione che prevede l'applicazione immediata della *surveillance judiciaire* violerebbe *le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions* sancito dall'art. 8 della *Déclaration de 1789*.

Il *Conseil* ha ritenuto infondata la questione di legittimità sollevata, sulla base di diverse argomentazioni: partendo dal presupposto secondo cui il principio di irretroattività si applicherebbe solo alle pene e alle sanzioni «*ayant le caractère d'une punition*», il *Conseil* ha affermato che la *surveillance judiciaire* costituirebbe, da un lato, non una pena, bensì una modalità di esecuzione della pena, essendo calcolata sulla durata della riduzione della pena di cui il condannato abbia beneficiato; dall'altro, che essa non costituirebbe «*ni une peine ni une sanction*», ma una misura di sicurezza, come affermato dal legislatore, essendo fondata non sulla colpevolezza del soggetto bensì sulla sua pericolosità, ed avendo come unico fine quello della prevenzione della recidiva.

Sulla base di queste considerazioni, il *Conseil*, con la decisione n° 2005-527 DC del 8 dicembre 2005, ha dunque respinto il ricorso e sancito la conformità alla costituzione della *surveillance judiciaire*, anche per ciò che concerne la sua applicazione retroattiva, poiché questa, in quanto misura di sicurezza, sfuggirebbe all'applicazione del principio di irretroattività, riferito esclusivamente alle pene<sup>98</sup>.

La *Cour de cassation*, poi, si è spinta oltre e, basandosi sulla pronuncia del *Conseil constitutionnel*, ha affermato, con la pronuncia n° 08-84367 del 2009, la compatibilità dell'art. 42 della legge n° 2005-1549 con l'art. 7 della Convenzione edu: “*Ce texte est compatible avec l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que cette mesure de sûreté, limitée à la durée des réductions de peine, constitue une modalité d'exécution de celle-ci*”<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> É. GARÇON – V. PELTIER, *Droit de la peine*, Paris, 2010, p. 558.

<sup>99</sup> *Cass. Crim.*, 1er avr. 2009, n° 08-84367.

Tuttavia la compatibilità dell'applicazione retroattiva della *surveillance judiciaire* con le disposizioni della CEDU è tutt'altro che certa: se questa misura fosse suscettibile di essere qualificata come pena, ai sensi dell'art. 7 della Convenzione, verrebbe meno il fondamento della legittimità della sua applicazione retroattiva.

In effetti, la Corte europea ha da tempo adottato una nozione sostanziale di materia penale e, conseguentemente di reato e pena<sup>100</sup>. “Lo scopo della nozione sostanziale di materia penale è, infatti, assicurare la massima estensione delle garanzie convenzionali annullando gli effetti di un'eventuale «frode delle etichette»”<sup>101</sup>. Così la Corte europea ha elaborato una serie di criteri che identificano la nozione di pena, ai sensi dell'art. 7 CEDU, e che consentono di prescindere dalla qualificazione attribuita ad una misura nel diritto interno. Tra tali criteri vengono in rilievo, in primo luogo, il legame tra la misura e la condanna per un'infrazione, la natura e lo scopo della misura stessa, che deve essere punitivo. In secondo luogo, sono presi in considerazione le procedura di adozione e di esecuzione della sanzione, e la sua gravità<sup>102</sup>.

Non è affatto certo pertanto che la Corte europea non ravvisi, accanto all'esplicito scopo preventivo che caratterizza tale sanzione, anche un fine di carattere punitivo, muovendo dalla quantità e dall'indubbia gravità delle prescrizioni che compongono tale misura, e che non scorga nella *surveillance judiciaire de personnes dangereuses* una pena ai sensi dell'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguarda dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>103</sup>; e se così fosse, “*son application rétroactive serait radicalement impossible*”<sup>104</sup>.

#### 1.3.4. *Le placement sous surveillance électronique mobile.*

La seconda delle nuove misure introdotte con la legge n° 2005-1549, con le quali il legislatore ha arricchito l'arsenale delle sanzioni penali rivolte ai delinquenti

---

<sup>100</sup> G. ABBADESSA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art.7 CEDU)*, in *Diritto penale contemporaneo- Rivista trimestrale*, 2011, p. 281 ss.

<sup>101</sup> G. ABBADESSA, *La giurisprudenza di Strasburgo: art.7 CEDU*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, p. 281.

<sup>102</sup> G. ABBADESSA, *La giurisprudenza di Strasburgo: art.7 CEDU* “cit.”, p. 281.

<sup>103</sup> É. GARÇON – V. PELTIER, *Droit de la peine*, Paris, 2010, p. 570.

<sup>104</sup> É. GARÇON – V. PELTIER, *Droit de la peine*, Paris, 2010, p. 571.

pericolosi, è costituita dalla sorveglianza elettronica mobile (comunemente conosciuta come «braccialetto elettronico») la quale ha lo specifico fine di far sì che *“les délinquants dangereux puissent être surveillés après leur sortie de prison”*<sup>105</sup>.

L'applicazione di questa misura può essere disposta dal giudice di merito, a seguito di espressa decisione, e a condizione che la sentenza di condanna rechi specifica motivazione sul punto; destinatari di questa misura sono i soggetti, di maggiore età, condannati ad una pena detentiva di durata uguale o superiore a sette anni, accompagnata dall'applicazione del *suivi*, o di durata uguale o superiore a dieci anni, seguita da una *surveillance judiciaire*, di cui una perizia medica abbia constatato la pericolosità, allorché *«la mesure de sûreté apparaît indispensable pour prévenir la récidive du jour où la privation de liberté prend fin»*<sup>106</sup>.

Il meccanismo applicativo di questa misura prevede che spetti ad una decisione del giudice di merito disporre la *surveillance électronique mobile*, ricorrendo i suddetti presupposti, ma che tale decisione non abbia efficacia automatica: l'effettiva applicazione della misura dipende da una decisione del giudice dell'esecuzione il quale dovrà essere persuaso della pericolosità del condannato e della sussistenza di un rischio di commissione di nuovi reati.

Il giudice, al fine di formare il suo convincimento sul punto, sentirà il parere di una commissione speciale - *«la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté»* - e dovrà disporre che, almeno un anno prima del termine dell'esecuzione della pena detentiva, il condannato sia sottoposto ad un esame della personalità, che sarà svolto principalmente attraverso colloqui e perizie, al termine del quale il giudice dell'esecuzione ordinerà l'eventuale esecuzione della misura, stabilendone anche la durata, che è di massimo due anni, rinnovabile due volte in relazione a crimini e una volta in relazione a delitti. La decisione del giudice è presa con forma di sentenza, quindi a seguito di un contraddittorio; tale decisione è poi suscettibile di appello davanti alla *chambre de l'application des peines*<sup>107</sup>.

Il legislatore quindi, consapevole della capacità di questa misura di sicurezza di incidere profondamente sulla libertà personale dell'individuo, ha ritenuto

---

<sup>105</sup> J.-H- ROBERT, *Commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005*, “cit.”.

<sup>106</sup> J.-H- ROBERT, *Commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005*, “cit.”.

<sup>107</sup> J.-H- ROBERT, *Commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005*, “cit.”.

opportuno istituire un organo collegiale pluridisciplinare *ad hoc* - composto da un membro della corte d'appello, il prefetto regionale, un membro dell'amministrazione penitenziaria, un esperto in psichiatria ed uno in psicologia, da un avvocato e da un rappresentante di un'associazione nazionale di assistenza alle vittime di tali reati – che fosse incaricato di esaminare la personalità del soggetto, al fine di giungere ad una valutazione della sua pericolosità più completa e veritiera possibile.

Al momento della pronuncia della misura, poi, il giudice dell'esecuzione deve informare l'interessato che «*la mesure ne pourra être mise en oeuvre sans son consentement*»: il consenso dell'interessato è dunque condizione necessaria dell'applicazione della misura ma, anche in questa sede, come nella disciplina dell'*injonction de soins* nell'ambito del *suivi*, il legislatore ha predisposto un meccanismo secondo il quale la prestazione del consenso dell'interessato è indotta ed in un certo senso presidiata dalla prospettiva di una privazione della libertà personale: nel caso in cui il condannato neghi il proprio consenso a sottoporsi alla sorveglianza elettronica mobile potrà essergli inflitta la pena dell'*emprisonnement* comminata dal legislatore come sanzione per la violazione degli obblighi propri del *suivi*, ovvero potrà essere revocata la riduzione della pena di cui abbia beneficiato (se la *surveillance électronique mobile* era prevista nell'ambito di una *surveillance judiciaire*). Si rimanda dunque alle considerazioni già svolte per quanto riguarda i dubbi circa la legittimità del requisito del consenso che si richiede venga prestato sotto la minaccia dell'applicazione di una pena detentiva<sup>108</sup>.

Il contenuto della *surveillance électronique mobile* consiste, in concreto, nell'obbligo per il condannato di portare ininterrottamente un dispositivo elettronico che consenta in ogni momento di localizzarlo, su tutto il territorio nazionale. È evidente, quindi che si tratti di una misura estremamente invasiva capace di incidere in modo significativo sulle libertà fondamentali dell'individuo: il legislatore ne è consapevole ed in effetti afferma in modo esplicito, all'art. 763-12 C.P.P., che l'esecuzione della misura «*doit garantir le respect de la dignité, de l'intégrité et de la vie privée de la personne*» ed a questo fine ha previsto l'apparato di garanzie procedurali sopra analizzato.

---

<sup>108</sup> Cfr. *supra*, par. 1.1.

Ancor più discutibile sembra invece un'altra affermazione contenuta nel medesimo articolo, quella secondo cui l'esecuzione della misura «*doit favoriser la réinsertion sociale*» dell'individuo: “*ce qui est à la fois improbable et contradictoire avec la nature de mesure de sûreté du placement sous surveillance électronique mobile: seules les peines ont une vocation resocialisante*”<sup>109</sup>.

In effetti, il legislatore ha espressamente qualificato questa misura come misura di sicurezza ma, anche questa volta, sussistono delle ambiguità derivanti non già dall'ambiguità della qualificazione giuridica, bensì dall'ambiguità del meccanismo di applicazione predisposto: questa ambiguità è stata definita anche come “*plasticité*”<sup>110</sup>, di una misura di sicurezza che trova la propria applicazione come componente di un *suivi socio-judiciaire* ovvero di una *surveillance judiciaire*, divenendo così un obbligo specifico alternativamente di una pena complementare e di una misura di sicurezza; quest'ultima circostanza “*c'est pour le moins incohérent juridiquement parlant*”<sup>111</sup>.

Ed, inoltre, lungi dall'essere questa circostanza priva di rilievo pratico, la sua collocazione ne condiziona sensibilmente la disciplina ed il regime giuridico, sotto diversi profili: innanzitutto, sotto il profilo dei presupposti oggettivi della misura, allorché *le placement sous surveillance électronique mobile* disposto come componente del *suivi* presuppone una condanna a pena detentiva di durata uguale o superiore a sette anni mentre come componente di una *surveillance judiciaire* richiede una condanna a pena detentiva uguale o superiore a dieci anni. In secondo luogo, diversa è la reazione dell'ordinamento nel caso in cui il condannato neghi il proprio consenso a sottoporsi alla *surveillance électronique mobile*, essendo questa circostanza sanzionata, nel primo caso, con l'applicazione della pena dell'*emprisonnement* stabilita dal giudice come sanzione per la violazione degli obblighi imposti con il *suivi*, e invece nell'ambito della *surveillance judiciaire* con la perdita del beneficio della riduzione della pena e la conseguente riconduzione in carcere. Ed, infine, sotto il profilo dell'applicazione nel tempo, allorché come

---

<sup>109</sup> M. HERZOG-EVANS, *Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-1549*, “cit.”, p. 193.

<sup>110</sup> J.-H. ROBERT, *Commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005*, “cit.”.

<sup>111</sup> M. HERZOG-EVANS, *Récidive: surveiller et punir plus plutôt que prévenir et guérir*, in *AJ Pénal*, 2005, p. 317.

contenuto della *surveillance judiciaire* potrà avere applicazione retroattiva, essendo espressamente previsto che quest'ultima misura sia applicabile anche in relazione a fatti di reato commessi prima dell'entrata in vigore della legge, mentre come parte di un *suivi* sarà assoggettata al principio di irretroattività e potrà quindi essere applicata solo in relazione a condanne per fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge che l'ha istituita<sup>112</sup>.

#### 1.4. La loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive.

*La loi n° 2007-1198 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs “vise la récidive constatée, dont elle durcit les conséquences, et la récidive redoutée, celle des délinquants violents et des auteurs de crimes et délits sexuels”*<sup>113</sup>.

Questa affermazione esprime, in modo tanto sintetico quanto esaustivo, quali siano i grandi temi affrontati e lo spirito che anima il nuovo intervento normativo adottato nell'ambito della moderna politica securitaria francese, della quale si stanno ripercorrendo le tappe.

Il legislatore del 2007 ha sentito l'esigenza di intervenire, di nuovo, a soli due anni di distanza dall'emanazione della legge «*relative au traitement de la récidive des infractions pénales*», sulla questione della recidiva, “[*qui*] *est sans doute de toutes les questions pénales la plus dramatique et celle qui est la plus malaisée à résoudre pour le législateur et le juge*”<sup>114</sup>.

La legge n° 2007-1198, anche detta «*loi récidive II*», che fu tra l'altro adottata in maniera assai celere dal nuovo governo formatosi all'indomani delle elezioni presidenziali del 2007, è composta unicamente di due capitoli “[*qui*] *entendent remédier à l'un et l'autre de ces deux maux*”<sup>115</sup>: la *récidive constatée* e la *récidive redoutée*.

---

<sup>112</sup> M. HERZOG-EVANS, *Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-1549*, “cit.”, p. 193.

<sup>113</sup> J.-H. ROBERT, *Le plancher et le thérapeute. – Commentaire de la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, in *Droit Pénal*, n° 10, 2007, étude 20, p. 1.

<sup>114</sup> J. PRADEL, *Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes (commentaire de la loi du 10 août sur les «peines plancher»)*, in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2247 ss.

<sup>115</sup> J.-H. ROBERT, *Le plancher et le thérapeute*, in *Dr. pén.*, 2007, étude 20, pag. 1.

Il primo capitolo riguarda il trattamento della recidiva dei soggetti maggiorenni e minorenni e contiene una serie di modifiche che ne inaspriscono il trattamento giuridico; il secondo, invece, “*consacré à des personnes non nécessairement récidivistes mais jugées dangereuses, tend à comprimer les pulsions qui, en eux, pourraient les conduire vers la récidive*”<sup>116</sup>, e , a questo fine, apporta modifiche radicali alla disciplina dell’*injonction de soins*, componente del *suivi socio-judiciaire*, ed ormai anche della *surveillance judiciaire*.

#### 1.4.1. La riforma della recidiva.

Nell’ambito delle modifiche apportate in materia di recidiva, la novità principale consiste nell’istituzione di un sistema di pene minime, comunemente dette «*peines-planchers*», che devono essere applicate nei confronti dei delinquenti recidivi, al di sotto delle quali il giudice non può scendere nella determinazione della pena nella sentenza di condanna.

Gli articoli 132-18-1 e 132-19-1 del codice penale, così come modificati dalla legge n° 2007-1198, indicano quale sia la pena minima da applicare in caso di recidiva, relativa rispettivamente a crimini e a delitti: in via di approssimazione generale si vede che le pene minime sono stabilite dal legislatore in misura uguale o superiore a un terzo della pena (massima) comminata per il titolo di reato; in caso di crimine punito con la *réclusion criminelle à perpétuité* la pena minima è fissata nella misura di quindici anni di reclusione ed invece in caso di delitti puniti con una pena inferiore a tre anni di reclusione non è previsto alcun limite minimo.

In caso di recidiva *en matière criminelle* la Corte d’assise non potrà infliggere al condannato una pena di natura diversa da quella detentiva, mentre in caso di recidiva *en matière correctionnelle* il giudice potrà pronunciare pene sostitutive, come *le travail d’intérêt général* o *les jours-amende*, a condizione che il titolo di reato per cui si procede non sia uno di quelli, particolarmente gravi, indicati espressamente all’art. 132-19-1: si tratta del delitto di *violences volontaires*, i delitti commessi con la circostanza aggravante della violenza, il reato di violenza sessuale ed infine qualsiasi delitto punito con dieci anni di reclusione.

---

<sup>116</sup> J.-H ROBERT, *Le plancher et le thérapeute*, in *Dr. pén.*, 2007, étude 20, pag. 1.

Tuttavia il legislatore ha previsto anche la possibilità per il giudice di infliggere, in via derogatoria, una pena inferiore nel *quantum* rispetto al *minimum* stabilito dalla legge: le condizioni al ricorrere delle quali il giudice può esercitare questo potere sono diverse a seconda che il condannato si trovi in stato di recidiva semplice o reiterata. In caso di recidiva semplice il giudice può pronunciare una pena inferiore ai *minima* previsti dalla legge, qualora lo ritenga opportuno, tenuto conto delle circostanze del reato, della personalità dell'autore e delle garanzie di reinserimento che questo presenti.

In caso di recidiva reiterata, invece, le condizioni per l'esercizio del potere, da parte del giudice, di pronunciare una pena inferiore sono molto più stringenti: è infatti previsto che in caso di recidiva reiterata il giudice non possa irrogare una pena inferiore a quella minima stabilita *ex lege*, salvo che la situazione del condannato non offra delle garanzie eccezionali di reinserimento.

Dalla disciplina delle condizioni alle quali il giudice può pronunciare una pena inferiore rispetto a quella minima applicabile *ex lege* emerge chiaramente “*le désir législatif de stigmatiser les multirécidivistes, ancrés dans leurs habitudes délictueuses et indifférents sinon ironiques à l'égard de tous les traitements de réinsertion qu'on a tenté de leur appliquer*”<sup>117</sup>.

L'introduzione del sistema delle «*peines-planchers*», che rappresenta il cuore del testo di legge, è stato oggetto di aspri dibattiti ed ha suscitato da più parti forti critiche; la legittimità di questo nuovo sistema di determinazione della pena deve essere valutata avendo riguardo ad alcuni principi costituzionali, rispetto ai quali deve esserne verificata la compatibilità<sup>118</sup>. Proprio per questa ragione il *Conseil constitutionnel* è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità della nuova disciplina con riguardo, in particolare, a due principi di rango costituzionale: il principio *de la nécessité des peines* e il principio *de l'individualisation des peines*.

Il principio di necessità della pena, enunciato nell'articolo 8 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, afferma che “*la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires*”; dal principio di necessità discende

---

<sup>117</sup> J.-H ROBERT, *Le plancher et le thérapeute*, in *Dr. pén.*, 2007, étude 20, pag. 4.

<sup>118</sup> J. PRADEL, *Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes*, in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2247.

poi un altro fondamentale principio, quello di proporzionalità, che postula l'esistenza "de la nécessaire proportion entre l'infraction et la sanction"<sup>119</sup>. Il *Conseil constitutionnel*, dunque, investito della questione relativa alla conformità del sistema delle «*peines-planchers*» ai principi di necessità e proporzionalità della pena ai sensi dell'art. 8 della *Déclaration de 1789*, l'ha risolta in senso affermativo.

Il giudice costituzionale ha in primo luogo precisato che rientra nel potere discrezionale del legislatore disciplinare il sistema sanzionatorio in materia penale – *ex art. 34 const.* - e che, invece, al *Conseil* spetta solo il compito di assicurare l'assenza "de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encouru"<sup>120</sup>. Sulla base di questa premessa ha ritenuto che il sistema sanzionatorio delle pene minime, così come disciplinato dalla legge n° 2007-1198, sia conforme ai principi di necessità e proporzionalità delle pene, per due ordini di ragioni<sup>121</sup>.

La prima concerne il *quantum* delle pene minime stabilito dal legislatore che, essendo individuato sistematicamente nella misura di un terzo della pena comminata per il titolo di reato, e quindi nella misura di un sesto della pena massima suscettibile di essere applicata ai delinquenti recidivi, appare ai più ragionevole e proporzionato e che, ad ogni modo, non presenta quella sproporzione manifesta che è presupposto per la censura del *Conseil*.

La seconda ragione attiene alla possibilità per il giudice di pronunciare, a certe condizioni, una pena inferiore nel *quantum* rispetto alla pena minima individuata dalla legge.

Il secondo principio, inserito tra quelli di rango costituzionale per effetto di un recente orientamento del *Conseil*<sup>122</sup>, di cui bisogna vagliare il rispetto da parte della nuova disciplina delle pene minime, è quello dell'individualizzazione della pena. L'emersione di tale principio è stata, in Francia, difficoltosa "à partir de la funeste législation révolutionnaire qui avait adopté le principe de la peine fixe"<sup>123</sup> e si è verificata, infine, tardi, finché con la decisione n° 05-520 DC del 22 luglio 2007

---

<sup>119</sup> T. S. RENOUX, M. DE VILLIERS, *Code constitutionnel*, Paris, 2004, p. 82.

<sup>120</sup> *Conseil Constitutionnel*, 9 août 2007, n° 2007-554-DC, in *Dalloz jurisprudence*.

<sup>121</sup> J. PRADEL, *Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes*, in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2247.

<sup>122</sup> J.-H ROBERT, *Le plancher et le thérapeute*, in *Dr. pén.*, 2007, étude 20, pag. 4.

<sup>123</sup> J. PRADEL, *Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes*, in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2254.

il *Conseil constitutionnel* le ha attribuito valore di principio costituzionale, facendolo discendere dall'art. 8 della *Déclaration* del 1789<sup>124</sup>.

Il *Conseil* ha ritenuto legittime le disposizioni della legge n° 2007-1198 anche con riferimento al principio dell'individualizzazione della pena, dapprima affermando che tale principio “*n'a pas un caractère absolu*”<sup>125</sup> e che “*ne saurait faire obstacle à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions*”<sup>126</sup>, affermando poi che le disposizioni della legge del 2007 non si pongono in contrasto con il principio di individualizzazione in quanto è consentito al giudice pronunciare una pena diversa da quella determinata *ex lege* “*en considérant la personnalité de l'auteur*”.

Secondo un importante contributo dottrinale, la legge del 2007 si inserirebbe in modo del tutto coerente nella tradizione giuridica francese che vede nel principio di individualizzazione della pena “*un principe utile, nécessaire même, mais à manier avec une infinie précaution*”<sup>127</sup> in quanto potenzialmente capace di sprofondare nell'arbitrarietà e nell'ineguaglianza<sup>128</sup>.

La legge n° 2007-1198, con le sue modifiche in materia di recidiva, ha interessato poi anche la disciplina della responsabilità penale dei minori e del processo penale minorile, contenuta nell'*ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante*. Il legislatore infatti sarebbe stato mosso da “*effroi ou exaspération engendrée par la délinquance massive et habituelle d'enfants de plus en plus jeunes*”<sup>129</sup> ed avrebbe pertanto ritenuto opportuno estendere il sistema delle «*peines-planchers*» anche ai soggetti minorenni. Tuttavia nei loro confronti il sistema delle pene minime si articola in modo parzialmente differente in ragione della specialità della disciplina che li riguarda.

La legge del 2007 si è inserita, senza romperlo, all'interno dell'“*équilibre entre la répression et l'éducation*”<sup>130</sup> che caratterizza, in sintesi, la disciplina della

---

<sup>124</sup> J. PRADEL, *Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes*, in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2254.

<sup>125</sup> J. PRADEL, *Enfin des lignes directrices pour sanctionner les récidivistes*, “cit.”, p. 2255.

<sup>126</sup> *Conseil Constitutionnel*, 9 août 2007, n° 2007-554-DC, in *Dalloz jurisprudence*.

<sup>127</sup> J. PRADEL, *Enfin des lignes directrices pour sanctionner les récidivistes*, “cit.”, p. 2255.

<sup>128</sup> J. PRADEL, *Enfin des lignes directrices pour sanctionner les récidivistes*, “cit.”, p. 2255.

<sup>129</sup> J.-H ROBERT, *Le plancher et le thérapeute*, in *Dr. pén.*, 2007, étude 20, pag. 7.

<sup>130</sup> J. PRADEL, *Enfin des lignes directrices pour sanctionner les récidivistes* “cit.”, p. 2256.

responsabilità penale minorile: tale equilibrio si è trovato, da un lato, nell'affermazione del primato del fine educativo su quello repressivo<sup>131</sup>, nei confronti dei delinquenti minorenni, i quali, se riconosciuti colpevoli in relazione ad un fatto di reato, sono destinatari non di pene ma di «*mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation*», e, dall'altro, nella previsione della possibilità per il giudice di applicare una pena ordinaria ai minori di età compresa tra i tredici ed i diciotto anni, qualora le circostanze e la personalità del soggetto lo richiedano.

Tuttavia tale pena deve necessariamente essere ridotta della metà rispetto a quella prevista per i soggetti pienamente imputabili; il beneficio della diminuzione della pena della metà si applica, in caso di recidiva, anche alle pene minime stabilite dalla legge del 2007 per i delinquenti maggiorenni. I minori di età compresa tra i sedici e i diciotto anni possono poi essere privati del beneficio della diminuzione della pena, allorché le circostanze del caso concreto e la personalità del soggetto lo richiedano, ed essere quindi sottoposti allo stesso regime sanzionatorio previsto per i soggetti di maggiore età; correlativamente, nei confronti dei minori, di età superiore ai sedici anni, recidivi, l'esclusione del beneficio della diminuzione della pena riguarda anche le pene minime stabilite negli articoli 132-18-1 e 132-19-1 del codice penale.

Inoltre, ai sensi dell'art. 20-2 dell'ordinanza del 2 febbraio 1945, in caso di recidiva per i reati contro la vita e l'integrità fisica o psichica della persone, quelli di violenza volontaria, e per i reati sessuali e, ancora, per i reati di qualunque tipo commessi con la circostanza aggravante della violenza, il giudice può escludere il beneficio della diminuzione della pena senza dover dare specifica motivazione sul punto (motivazione che è invece necessaria con riguardo ai minori autori primari).

La modifica più importante apportata dalla legge del 2007 per quanto riguarda il regime giuridico della recidiva dei minori è la seguente: in caso di recidiva semplice (come in caso di prima condanna) la regola generale resta quella della diminuzione della pena e l'esclusione del beneficio della diminuzione della pena rappresenta un'eccezione; al contrario, in caso di recidiva reiterata, la regola

---

<sup>131</sup> J. PRADEL, *Enfin des lignes directrices pour sanctionner les récidivistes* "cit.", p. 2255.

generale è quella dell'esclusione del beneficio, potendo però il giudice, in via d'eccezione, decidere di applicarlo<sup>132</sup>.

La legge n° 2007-1198 ha dunque lasciato intatti i principi fondamentali della disciplina della responsabilità penale del minore, ed è per questo motivo che il *Conseil constitutionnel*, nella decisione n° 05-520 DC del 22 luglio 2007, l'ha ritenuta legittima e non contraria al *principe de la resocialisation du délinquant mineur*<sup>133</sup>.

#### 1.4.2. La modifica dell'*injonction de soins* nell'ambito del *suivi socio-judiciaire*.

Nel secondo capitolo della legge n° 2007-1198 il legislatore è intervenuto sulla disciplina dell'*injonction de soins* prevista all'art. 131-36-4 del codice penale, come componente dell'istituto del *suivi socio-judiciaire*, e ne ha modificato un aspetto di rilevanza centrale.

Secondo la versione originaria della legge n° 98-468 *l'injonction de soins* rappresentava un elemento facoltativo della misura del *suivi*: l'art. 131-36-4 C.P. disponeva che il *suivi socio-judiciaire* potesse comprendere un'ingiunzione di cura, allorché il giudice di merito la ritenesse opportuna e a condizione che una perizia medico-psichiatrica avesse stabilito l'idoneità del condannato ad essere destinatario di un trattamento medico<sup>134</sup>.

In seguito alle modifiche apportate dalla legge del 2007, oggi la pronuncia di un *suivi socio-judiciaire* comporta di diritto la sottoposizione del condannato ad un'*injonction de soins*, salvo decisione contraria del giudice. Il nuovo articolo 131-36-4 C.P. recita infatti: "*sauf décision contraire de la juridiction, la personne condamnée à un suivi socio-judiciaire est soumise à une injonction de soins*"; il giudice quindi deve obbligatoriamente considerare la possibilità di disporre l'ingiunzione di cura<sup>135</sup>.

Tale modifica trasforma in modo radicale la misura del *suivi* in quanto ne accentua fortemente l'aspetto medico a discapito di quello giudiziario, rompendo l'equilibrio tra sanzione e trattamento che il legislatore aveva raggiunto con la legge

---

<sup>132</sup> J. PRADEL, *Enfin des lignes directrices pour sanctionner les récidivistes*, "cit.", p. 2253.

<sup>133</sup> J. PRADEL, *Enfin des lignes directrices pour sanctionner les récidivistes*, "cit.", p. 2255.

<sup>134</sup> Cfr. *supra* par. 1.1.

<sup>135</sup> J.-H ROBERT, *Le plancher et le thérapeute*, in *Dr. pén.*, 2007, étude 20, pag. 10.

del 1998; e così, inoltre, torna in superficie lo spirito della pena del *suivi médico-social*, latente fin dall'origine nell'istituto del *suivi socio-judiciaire*<sup>136</sup>.

Tale modifica, poi, si riflette necessariamente sull'istituto della *surveillance judiciaire* che, per effetto di un rinvio espresso all'art. 131-36-4 C.P., comprende l'*injonction de soins*<sup>137</sup>, nonché sull'istituto della liberazione condizionale che, in seguito alle modifiche introdotte con la legge n° 2005-1549, nei confronti dei soggetti condannati «*pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru*» comporta l'imposizione delle obbligazioni proprie del *suivi* (compresa, in particolare, l'*injonction de soins*)<sup>138</sup>. Nei confronti di questi soggetti, dunque, la liberazione condizionale comporta di diritto la sottoposizione ad un'*injonction de soins* (salvo decisione contraria del giudice dell'esecuzione) ed il rifiuto del soggetto di sottoporsi al trattamento medico impedisce la concessione della misura.

Ancora in relazione all'istituto della *libération conditionnelle*, l'articolo 11 della legge del 2007 ha inserito all'ultimo comma dell'art. 729 C.P.P. una disposizione secondo la quale tale misura non potrà essere concessa ai soggetti condannati per un titolo di reato per il quale è prevista la sanzione del *suivi socio-judiciaire*, che abbiano rifiutato di seguire il trattamento medico loro proposto durante l'esecuzione della pena.

L'articolo 7 della legge, poi, prevede che l'*injonction de soins* possa essere disposta dal *JAP (le juge de l'application des peines)*, in un momento successivo alla sentenza di condanna: l'art. 763-3 C.P.P. afferma infatti che, prima del termine dell'esecuzione della pena detentiva, il *JAP* disponga lo svolgimento di una perizia medica nei confronti dei soggetti condannati ad un *suivi* senza ingiunzione di cura, e che laddove la perizia stabilisca che il soggetto è suscettibile di essere destinatario di un trattamento medico il giudice dell'esecuzione debba disporre l'*injonction de soins*, salvo espressa decisione contraria.

La legge del 2007 ha inoltre esteso l'applicabilità dell'*injonction de soins* all'ambito del *sursis avec mise à l'épreuve* (istituto analogo a quello italiano della

---

<sup>136</sup> Cfr. *supra*, par 1.1.

<sup>137</sup> Cfr. *supra*, par. 1.3.4.

<sup>138</sup> Cfr. *supra*, par. 1.3.1.

sospensione condizionale della pena), con riguardo esclusivo ai soggetti condannati per un titolo di reato per il quale è comminata la sanzione del *suivi*.

Dalle modifiche apportate emerge chiaramente “*la volonté continue et sans faille du législateur de traiter médicalement les délinquants considérés comme les plus dangereux*”<sup>139</sup>, e tale volontà si concretizza nella previsione sistematica e generalizzata della somministrazione di cure ai delinquenti ritenuti pericolosi in quanto autori dei reati considerati i più gravi dal legislatore penale<sup>140</sup>; e tali cure presentano ormai “*caractère quasi obligatoire*”<sup>141</sup>.

Questa è la lettura proposta da un noto esponente della dottrina francese il quale ha affermato che “*Toute une série de lois, édictées depuis maintenant un peu plus de dix ans, [...] ont prévu un principe de soins à l’endroit des plus grands délinquants, ceux que, en raison de la gravité de leurs actes, on n’hésite pas à qualifier de dangereux malade*”<sup>142</sup>.

Sembra riemergere poco a poco, nell’ordinamento giuridico francese, la convinzione, appartenuta per prima a Cesare Lombroso, e che si credeva ormai definitivamente sorpassata, secondo la quale la criminalità, quella più grave e persistente, sarebbe una sorta di malattia da curare<sup>143</sup>.

Così torna attuale la questione: “*Le grand délinquant est-il un malade?*”<sup>144</sup>; il legislatore infatti ritiene che a questo tipo di delinquente, quello cioè che abbia commesso i reati considerati, in un dato momento storico, come i più gravi, debbano necessariamente essere imposte delle cure “*parce que sa maladie est la cause de sa déviance*”<sup>145</sup>. Il fine specifico dell’*injonction de soins* sembra così essere proprio quello di intervenire sui fattori patologici presenti nell’individuo, i quali costituirebbero la causa del suo agire criminale, e, più in generale, del suo essere criminale<sup>146</sup>. E, ancora, secondo un autorevole studioso italiano del tema in esame la ricomparsa di questa concezione rappresenterebbe il substrato ideologico della

---

<sup>139</sup> P. SALVAGE, *La grande délinquance est-elle une maladie?*, in *Dr. Pén.*, 2010, n°2, étude 3, p. 6.

<sup>140</sup> P. SALVAGE, *La grande délinquance est-elle une maladie?*, in *Dr. Pén.*, 2010, étude 3.

<sup>141</sup> P. SALVAGE, *La grande délinquance est-elle une maladie?*, in *Dr. Pén.*, 2010, p. 6.

<sup>142</sup> P. SALVAGE, *La grande délinquance est-elle une maladie?*, in *Dr. Pén.*, 2010, p. 1.

<sup>143</sup> G. PONTI – I. MERZAGORA BETSOS, *Compendio di criminologia*, Milano, V ed., 2008, p. 71.

<sup>144</sup> P. SALVAGE, *La grande délinquance est-elle une maladie?*, in *Dr. Pén.*, 2010, p. 1.

<sup>145</sup> P. SALVAGE, *La grande délinquance est-elle une maladie?*, in *Dr. Pén.*, 2010, étude 3., p. 6.

<sup>146</sup> P. SALVAGE, *La grande délinquance est-elle une maladie?*, in *Dr. Pén.*, 2010, étude 3.

«politica penale della sicurezza»<sup>147</sup> messa in atto dalla Francia a partire dal 1998 e che si è concretizzata nell'istituzione di un numero cospicuo di misure di sicurezza rivolte ai delinquenti pericolosi, pienamente imputabili<sup>148</sup>; ma soprattutto tale concezione sembrerebbe mettere in discussione il fondamento stesso della responsabilità penale, inducendo ad un suo radicale ripensamento in quanto la responsabilità colpevole cede il passo alla pericolosità, nella direzione dell'abbandono del modello classico del diritto penale del fatto a favore del modello del diritto penale dell'autore<sup>149</sup>.

Ecco allora che, già in questa fase dello sviluppo della politica penale della sicurezza francese, risulta più che opportuna la domanda che è stata posta dal medesimo studioso: “verso un neopositivismo?”<sup>150</sup>; e tale questione diventerà sempre più attuale alla luce degli interventi normativi immediatamente successivi a quello del 2007, in particolare in seguito alla legge n° 2008-174 del 25 febbraio 2008, che segna un punto di non ritorno lungo la strada della neutralizzazione intrapresa nel 1998.

## **2. L'epilogo (provvisorio?) della politica securitaria francese con la legge n° 2008-174.**

In soli nove anni, attraverso un'intensa attività di produzione legislativa in materia penale, il legislatore francese ha creato un potente arsenale di sanzioni penali per loro natura rivolte agli individui criminali più temuti, considerati pericolosi per la società, in quanto autori primari di reati che comportano una lesione a beni giuridici la cui protezione è considerata, nel periodo storico che stiamo vivendo, come prioritaria – la vita e l'integrità personale, con un'attenzione particolare per la tutela della libertà di autodeterminazione sessuale – o, in misura minore, in quanto autori recidivi, nei cui confronti appare necessario predisporre strumenti giuridici ulteriori rispetto a quello classico della pena, che, da sola, si è dimostrata non sufficiente per raggiungere gli scopi fondamentali di prevenzione speciale positiva e negativa. In questo modo ha predisposto un articolato apparato di misure di sicurezza limitative

---

<sup>147</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, “cit.”.

<sup>148</sup> P. SALVAGE, *La grande délinquance est-elle une maladie?*, in *Dr. Pén.*, 2010, étude 3.

<sup>149</sup> P. SALVAGE, *La grande délinquance est-elle une maladie?*, in *Dr. Pén.*, 2010, étude 3.

<sup>150</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, “cit.”, p. 310.

della libertà personale, che costituiscono “forme di controllo della pericolosità sociale in libertà, attraverso limitazioni, più o meno consistenti, di diritti soggettivi”<sup>151</sup>; tale apparato sembrava essere, almeno da un punto di vista tecnico, idoneo ad assicurare un efficace controllo di tali individui nel momento del loro ritorno nella società libera, al termine dell’esperienza carcerale.

È inoltre opportuno sottolineare, ancora una volta, che tale movimento legislativo riveste un’importanza enorme anche sotto un profilo storico-culturale, in quanto segna un drastico allontanamento da alcuni principi fondamentali attorno ai quali era tradizionalmente costruita la dogmatica del diritto penale francese, primi tra tutti il principio di legalità ed il principio di colpevolezza come fondamento della responsabilità penale dell’individuo<sup>152</sup>, il rigoroso rispetto dei quali risultava incompatibile con l’adozione di un sistema dualistico di pene e misure di sicurezza ed aveva quindi in parte contribuito all’adozione di un sistema monistico di sole pene. Il sistema del doppio binario, sconosciuto per tradizione giuridica alla Francia<sup>153</sup>, si inserisce oggi, in maniera via via meno silenziosa, nel codice penale ed in quello di procedura penale, attraverso un susseguirsi di interventi normativi (quelli fin qui analizzati), fino a quando vi fa ingresso in modo eclatante, con la legge n° 2008-174 del 25 febbraio 2008 la quale secondo un autorevole esponente della dottrina penalistica mostrerebbe, più di quanto non l’avessero fatto i precedenti interventi legislativi, «*le retour de la philosophie pénale positiviste*»<sup>154</sup>.

Tale legge ha inserito nel libro IV del codice di procedura penale un capitolo II intitolato «*De la rétention de sûreté*», nel titolo XIX «*De la procédure applicable aux infractions sexuelles et de la protection des mineurs victimes*», ed un titolo XXVIII intitolato «*De la procédure et des décisions d’irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*»<sup>155</sup>.

Questi costituiscono i due aspetti del contenuto, in un certo senso rivoluzionario, della legge del 2008 che, da un lato, introduce due nuove misure di

---

<sup>151</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, “cit.”, p. 282.

<sup>152</sup> P. SALVAGE, *La grande délinquance est-elle une maladie?*, in *Dr. Pén.*, 2010, étude 3, p. 7.

<sup>153</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, “cit.”, p. 216, 278.

<sup>154</sup> P. BONFILS, *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*, in *RSC*, 2008, p. 392.

<sup>155</sup> J. PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1000 ss.

sicurezza applicabili ai soggetti, pienamente imputabili, che presentano un grado elevato di pericolosità sociale, introducendo però, questa volta, accanto ad un'altra misura di sicurezza non detentiva – la *surveillance de sûreté* –, una misura di sicurezza a carattere custodiale – la *rétenion de sûreté* – che comporta la reclusione potenzialmente perpetua di un individuo dopo che questi abbia già scontato una pena detentiva<sup>156</sup>; dall'altro, riforma la procedura applicabile nel caso in cui l'azione penale venga esercitata nei confronti di soggetti non imputabili perché affetti da vizio totale di mente nel momento della commissione del fatto, aumentando la durata del momento di rilevanza del fatto sul piano del processo penale, ed infine introduce alcune misure di sicurezza destinate ad applicarsi «aux personnes déclarées pénalment irresponsables pour cause de trouble mental»<sup>157</sup>.

“Ces deux pans de la loi du 25 février 2008, en dépit des apparences, sont les deux faces d'une même question, la dangerosité de certains criminels”<sup>158</sup>: secondo un illustre esponente della dottrina francese il concetto di pericolosità elaborato dai positivisti, che oggi si articolerebbe in una pericolosità criminologica nel caso di autori imputabili ed in una pericolosità psichiatrica nel caso di autori non imputabili per vizio di mente, starebbe ricomparendo oggi e sarebbe all'origine anche degli interventi legislativi, sopra analizzati, che hanno preceduto la loi n° 2008-174<sup>159</sup>.

“Et alors que la doctrine a été amenée à parler d'un «renouveau des mesures de sûreté»<sup>160</sup>, la nouvelle loi du 25 février 2008 alourdit encore plus la liste de ces mesures qui devient vraiment impressionante!”<sup>161</sup>.

Per comprendere a fondo le ragioni che hanno portato il legislatore all'adozione di questa legge, così dibattuta anche sul piano politico, è necessario considerare quale sia stato il contesto nel quale questa sia venuta alla luce, un

---

<sup>156</sup> H. 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*, in *Dr. pén.*, n° 4, 2008, étude 5.

<sup>157</sup> H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux* “cit.”, in *Dr. pén.*, 2008.

<sup>158</sup> J. PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* “cit.”, p. 1003.

<sup>159</sup> PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* “cit.”, p. 1003.

<sup>160</sup> H. MATSOPOULOU, *Le renouveau des mesure de sûreté*, in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1607 ss.

<sup>161</sup> H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux* “cit.”, in *Dr. pén.*, 2008.

contesto caratterizzato da almeno tre diversi ordini di fattori<sup>162</sup>, tutti egualmente rilevanti.

Il primo fattore, di ordine criminologico, è costituito dalla commissione di alcuni gravi reati, commessi sia da autori imputabili che non imputabili, che hanno avuto un rilievo mediatico enorme e che hanno fortemente scosso l'opinione pubblica. Tali crimini sono divenuti dei veri e propri casi mediatici conosciuti come «*Affaire Dupuy*», quello del brutale omicidio nel 2004 di due infermiere dell'ospedale psichiatrico di *Pau* (una delle due donne fu decapitata) per mano di un individuo già dichiarato incapace di intendere e di volere per vizio totale di mente, «*Affaire Schmitt*», quello dell'omicidio di una giovane ragazza in seguito ad un tentativo di violenza sessuale avvenuto, nel 2007, una domenica mattina sulla linea *RER D* di Parigi e commesso da un soggetto recidivo già condannato per stupro nel 1995, ed infine l'«*Affaire Evrard*»<sup>163</sup>, il rapimento, sequestro ed abuso sessuale a danno di un bambino dell'età di cinque anni commesso da un soggetto plurirecidivo, già condannato tre volte per violenza sessuale a danno di minore, e pienamente imputabile, solo un mese dopo il suo ritorno in libertà avvenuto dopo diciotto anni di reclusione<sup>164</sup>. La commissione di questi gravissimi reati ha riportato all'attenzione «*le problème du suivi des délinquants qui continuent à demeurer dangereux à leur sortie de prison*»<sup>165</sup> ed ha alimentato l'idea dell'insufficienza degli strumenti di controllo in libertà esistenti<sup>166</sup>.

Questa idea rappresenta il secondo fattore che ha condotto all'emanazione della legge del 25 febbraio 2008: si venne in effetti a formare la convinzione che gli

---

<sup>162</sup> PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* "cit.", p. 1000.

<sup>163</sup> *Récidive sexuelle: le débat relancé*, in *La Dépêche du Midi*, 26 octobre 2009.

<sup>164</sup> *Francis Evrard aurait avoué une quarantaine d'agressions sur des enfants*, in *Libération*, 21 août 2007.

<sup>165</sup> H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux* "cit.", in *Dr. pén.*, 2008.

<sup>166</sup> PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* "cit.", p. 1000; A. NÉGRONI, *Francis Evrard ou l'«impasse» du pédophile récidiviste*, in *Le Figaro*, 26 octobre 2009; A.-C., DE LANGHE, J.-M., LECLERC, *Criminels sexuels: le gouvernement confronté aux failles de la répression*, in *Le Figaro*, 20 août 2007.

strumenti giuridici creati dal legislatore a partire dal 1998, al fine di assicurare un controllo post-carcerale sui delinquenti considerati pericolosi, fossero insufficienti<sup>167</sup>.

Tali strumenti giuridici, costituiti dal *suivi socio-judiciaire*, dall'iscrizione nel *FIJAIS* ed infine dalla *surveillance judiciaire*, si traducono sostanzialmente nell'imposizione al condannato, al termine dell'esecuzione della pena detentiva, di una serie di obblighi e divieti volti a prevenire la commissione di futuri reati, affiancati da alcuni interventi di assistenza finalizzati a favorire il suo reinserimento sociale. Tra queste misure di controllo e di assistenza figurano in particolare la sottoposizione a sorveglianza elettronica mobile e l'imposizione al soggetto di un obbligo di sottoporsi a cure mediche (*injonction de soins*) che rappresentano le misure più invasive e dunque potenzialmente più efficaci nell'ottica del controllo e della neutralizzazione di tali soggetti; tuttavia proprio per la loro forte incidenza sui diritti fondamentali della persona tali misure sono applicabili solo a condizione che l'interessato presti il proprio consenso.

Iniziarono dunque ad emergere le debolezze delle tecniche di controllo in libertà dei delinquenti socialmente pericolosi, da un lato, per la forte possibilità che gli obblighi e i divieti imposti venissero violati, dall'altro, per la facoltà del soggetto di impedire l'applicazione delle misure più efficaci negando il proprio consenso. Si riteneva pertanto che questi istituti fossero “*insuffisantes à l'égard des personnes particulièrement dangereuses*”<sup>168</sup>.

Il terzo fattore rilevante nella «genesi»<sup>169</sup> della legge n° 2008-174 è di ordine politico e concerne le conclusioni di alcuni rapporti ufficiali di commissioni parlamentari incaricate di elaborare nuove soluzioni al problema della recidiva e della pericolosità sociale di alcuni delinquenti.

Tra questi è opportuno citare quanto meno il rapporto “*Santé, justice et dangersités: pour une meilleure prévention de la récidive*” del 2005 redatto dalla *commission Santé-Justice*, presieduta da *J.-F. Burgelin*, che raccomanda, nei confronti dei delinquenti non imputabili, l'introduzione di “*une audience spécifique*

---

<sup>167</sup> PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* “cit.”, p. 1000.

<sup>168</sup> PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* “cit.”, p. 1001.

<sup>169</sup> PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* “cit.”, p. 1000.

*statuant sur l'imputabilité des faits, afin de permettre un véritable débat judiciaire, même en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour troubles mentaux de l'auteur*"<sup>170</sup>, che sostituisca la semplice *ordonnance de non-lieu* emanata dal *juge d'instruction*, in seguito alla quale il giudice potrà applicare delle misure di sicurezza tra cui un *suivi de protection sociale* o un *placement dans un centre fermé de protection sociale*<sup>171</sup>; tale misura consisterebbe nel collocamento in strutture che non siano «*ni des hôpitaux ni des prisons*»<sup>172</sup> il quale permetta ai soggetti internati di accedere ad «*actions socio-éducatives, de formation, culturelles et/ou sportives et, le cas échéant, à des soins*»<sup>173</sup>.

L'applicazione della misura di sicurezza del *placement dans un centre fermé de protection sociale* è raccomandata anche nei confronti degli individui imputabili «*particulièrement dangereux sur un plan criminologique et ayant commis des faits criminels d'une gravité singulière, à l'issue de leur peine*»<sup>174</sup>.

Un altro rapporto di cui è opportuno riferire le conclusioni è quello della *mission parlementaire* affidata a *J.-P. Garraud*, depositato nel 2006 ed intitolato «*Réponses à la dangerosité*». A questo va innanzitutto riferita l'idea della creazione delle «*commissions pluridisciplinaires d'évaluation de la dangerosité*» cui il giudice penale debba chiedere un parere sulla valutazione della pericolosità dell'individuo imputato o condannato; ed inoltre anche questo rapporto, come il precedente, raccomanda, sull'esempio dell'esperienza di altri paesi come la Germania, i Paesi Bassi ed il Canada, l'istituzione di due nuove misure di sicurezza, una a carattere non custodiale che consiste nell'imposizione di alcuni obblighi e divieti, analoghi a quelli propri del *suivi socio-judiciaire*, ed una «*plus radicale*»<sup>175</sup> a carattere detentivo, da eseguirsi all'interno di «*centres fermés de protection sociale*» ed applicabile «*aux*

---

<sup>170</sup> *Santé, justice et dangerosités: une meilleure prévention de la récidive*, in *Rapport de la commission Santé-Justice présidée par J.-F. Burgelin*, 2005, p. 41.

<sup>171</sup> *Rapport de la commission Santé-Justice* "cit.", p. 42.

<sup>172</sup> *Rapport de la commission Santé-Justice* "cit.", p. 77.

<sup>173</sup> *Rapport de la commission Santé-Justice* "cit.", p. 78.

<sup>174</sup> *Rapport de la commission Santé-Justice* "cit.", p. 77.

<sup>175</sup> PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* "cit.", p. 1001.

*condamnés ayant purgé leur peine, mais en présentant une dangerosité persistante et particulièrement forte*<sup>176</sup>.

“*Telles sont les origines criminologiques et juridiques de la loi présente*”<sup>177</sup>, con la quale “la logica della difesa sociale dagli autori pericolosi, già emersa con le misure non detentive, trova un forte potenziamento sia nella parte dedicata ai soggetti non imputabili sia nella parte dedicata ai soggetti riconosciuti capaci di intendere e di volere”<sup>178</sup>.

### 2.1. Il trattamento della pericolosità sociale dei soggetti non imputabili.

Per ciò che concerne i soggetti non imputabili, la legge del 2008 in primo luogo modifica la disciplina processuale che conduce alla *déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*: prima di tale riforma infatti l'incapacità di intendere e di volere di un soggetto, sottoposto alle indagini preliminari, veniva dichiarata dal *juge d'instruction* con un'*ordonnance de non-lieu*, e questa determinava quindi la fine del procedimento penale appena iniziato, precludendo lo svolgimento del processo.

Qualora invece l'incapacità di intendere e di volere dell'imputato emergesse solo in fase dibattimentale, la *juridiction de jugement* pronunciava, a seconda che si trattasse di un crimine o di un delitto, *une décision de relaxe ou d'acquittement*<sup>179</sup>.

In sede di lavori preparatori era stata rilevata l'inadeguatezza del sistema soprattutto per il fatto che questo non tenesse sufficientemente in considerazione «*les souffrances des victimes d'une personne pénalmente irresponsable*»<sup>180</sup> e che generasse nelle vittime la sensazione che il loro dolore non fosse stato riconosciuto nel processo penale.

Così la legge del 2008 introduce una nuova disciplina processuale applicabile agli autori di reato non imputabili, inserendo nel codice di procedura penale il nuovo

---

<sup>176</sup> *Réponses à la dangerosité*, in *Rapport de la mission parlementaire confiée par le Premier ministre à J.-P. Garraud*, 2006.

<sup>177</sup> PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* “cit.”, p. 1001.

<sup>178</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 283.

<sup>179</sup> H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux* “cit.”, in *Dr. pén.*, 2008.

<sup>180</sup> H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux* “cit.”, in *Dr. pén.*, 2008.

titolo XXVIII «*De la procédure et des décisions d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*».

Si prevede innanzitutto che il *juge d'instruction*, nel caso in cui ritenga sussistenti elementi tali da far apparire che l'imputato abbia commesso il fatto ma anche che la sua capacità di intendere e di volere, al momento del fatto, fosse esclusa per vizio di mente, informi il procuratore della Repubblica e le altre parti che vi sono ragioni plausibili per dichiarare il soggetto non imputabile ai sensi dell'art. 122-1 C del codice penale. Il pubblico ministero e le altre parti devono allora indicare se intendono adire la *Chambre d'instruction* affinché questa si pronunci sulla sussistenza o meno del requisito dell'imputabilità. Il *juge d'instruction* quindi, su richiesta delle parti o d'ufficio (qualora abbia dei dubbi sull'applicabilità dell'art. 122-1 C.P. o ritenga che debbano essere disposte nei confronti del soggetto delle misure di sicurezza) trasmette il fascicolo al Procuratore Generale, affinché quest'ultimo possa investire della questione la *chambre de l'instruction*<sup>181</sup>.

Il processo prosegue quindi con un'udienza pubblica davanti alla *chambre de l'instruction*, durante la quale viene prima di tutto accertato, a seguito di regolare contraddittorio, che l'imputato abbia commesso il fatto e, solo in un secondo momento, si verifica se questi fosse o meno capace di intendere e di volere al momento della commissione; nel caso in cui l'imputato sia ritenuto non imputabile l'udienza si conclude con l'emanazione di una sentenza – l'*arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* – suscettibile di ricorso in cassazione, altrimenti la *chambre de l'instruction* rinvia l'imputato davanti alla *juridiction de jugement* (il tribunale o la corte d'assise) ed il processo prosegue regolarmente<sup>182</sup>.

Diversamente, nel caso in cui il fascicolo del processo non venga trasmesso al Procuratore Generale, il *juge d'instruction* emette un'ordinanza *d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* (e non più un'*ordonnance de non-lieu*) nella

---

<sup>181</sup> H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux* "cit.", in *Dr. pén.*, 2008.

<sup>182</sup> H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux* "cit.", in *Dr. pén.*, 2008.

quale però si precisa che vi sono indizi sufficienti per ritenere che il soggetto abbia commesso il fatto di reato<sup>183</sup>.

Nel caso in cui l'incapacità di intendere e di volere dell'imputato al momento del fatto emerga solo nella fase dibattimentale del processo, la *cour d'assises* o il *tribunal correctionnel* emanano una sentenza di *déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, con la quale, in primo luogo, si stabilisce che l'imputato ha commesso il fatto e, solo dopo, che non è imputabile in quanto era incapace di intendere e di volere nel momento in cui lo ha commesso<sup>184</sup>.

Ad ogni modo, il processo penale nel quale emerga, in qualunque fase, che l'imputato non era capace di intendere e di volere quando ha commesso il fatto, si conclude con la *déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, con la quale prima si afferma che il soggetto ha commesso il reato (o che comunque vi sono sufficienti indizi per ritenere che lo abbia commesso) e, poi, lo si assolve per l'assenza del requisito dell'imputabilità.

Così la nuova disciplina, effettuando una «*dissociation entre imputabilité matérielle et imputabilité psychologique*»<sup>185</sup> risulta più soddisfacente per le vittime “*qui voient que l'imputabilité matérielle ou physique des faits à la personne poursuivie est reconnue: l'auteur matériel est ainsi judiciairement désigné*”<sup>186</sup>.

In secondo luogo, la legge del 2008 introduce alcune misure di sicurezza rivolte ai soggetti non imputabili, che trovano applicazione, attraverso una decisione del giudice (la *chambre d'instruction* o la *juridiction de jugement*, a seconda della fase del processo), contestualmente alla *déclaration d'irresponsabilité pénale*, al fine di neutralizzare la pericolosità che può derivare dall'esistenza di un vizio di mente.

“*La nouveauté est cependant remarquable car traditionnellement le malade mental, une fois son irresponsabilité proclamée, sortait du droit pénal, faute*

---

<sup>183</sup> H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux* “cit.”, in *Dr. pén.*, 2008.

<sup>184</sup> H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux* “cit.”, in *Dr. pén.*, 2008.

<sup>185</sup> PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* “cit.”, p. 1013.

<sup>186</sup> PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* “cit.”, p. 1013.

*d'imputabilité morale*”<sup>187</sup>. In effetti il sistema francese prima della legge del 2008, a differenza di quanto accade in molti paesi europei, tra cui anche l'Italia, prevedeva che, una volta intervenuta la *déclaration d'irresponsabilité*, il compito del diritto penale si esaurisse e che la presa in carico del soggetto rientrasse esclusivamente nel campo d'azione del diritto amministrativo; allora la competenza del giudice penale cedeva il passo a quella del prefetto il quale poteva ordinare una *hospitalisation d'office* laddove si rendesse necessario sottoporre il soggetto a cure mediche per tutelare la sicurezza delle persone e, più in generale, l'ordine pubblico<sup>188</sup>.

La legge del 2008 crea invece *l'hospitalisation d'office sur décision judiciaire* che costituisce una misura di sicurezza, pertanto distinta dall'*hospitalisation d'office sur décision administrative*, e che può essere applicata dal giudice penale allorché una perizia medica abbia stabilito che la patologia psichiatrica presentata dal soggetto costituisca un pericolo per la sicurezza delle persone e per l'ordine pubblico e che necessiti pertanto di essere curata<sup>189</sup>.

Accanto all'*hospitalisation d'office* la legge del 2008 ha introdotto altre misure di sicurezza, di carattere non custodiale, le quali consistono nell'imposizione di alcuni divieti, in sostanza identici ad alcuni di quelli che possono essere imposti con il *suivi*: si tratta dei divieti di entrare in contatto con le vittime del reato o con certe persone o categorie di persone, in particolare i minori, espressamente indicate, di trovarsi in alcuni luoghi specificamente determinati, di detenere o portare armi, di esercitare determinate attività professionali o di volontariato, quelle nell'esercizio delle quali è stato commesso il reato o che implicino un contatto abituale con minori. Il giudice penale può dunque imporre tali misure di sicurezza, per una durata massima di vent'anni in relazione alla commissione di crimini e di dieci anni in relazione a delitti, allorché una perizia medica abbia constatato l'esistenza di una patologia psichiatrica, anche congiuntamente alla misura dell'*hospitalisation d'office*.

---

<sup>187</sup> PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* “cit.”, p. 1014.

<sup>188</sup> PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* “cit.”, p. 1015.

<sup>189</sup> P. MISTRETTA, *De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénale* “cit.”.

Ma l'aspetto più delicato della disciplina delle misure di sicurezza applicabili ai soggetti non imputabili è quello che prevede che la violazione degli obblighi imposti integri un'autonoma fattispecie di reato, in particolare un delitto, sanzionato con la pena di due anni di reclusione e trentamila euro d'ammenda: ad un primo sguardo non si vede in effetti in cosa possa risiedere la legittimità dell'applicazione di una pena allorché manchi il requisito dell'imputabilità del reo<sup>190</sup>.

Tuttavia il *Conseil constitutionnel*, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale della legge n° 2008-174, ha chiarito la portata del dispositivo che, dovendosi coordinare con la disciplina della *déclaration d'irresponsabilité pénale*, è suscettibile di trovare applicazione solo nei confronti delle persone che "*au moment où elles ont méconnu les obligations résultants d'une mesure de sûreté, étaient pénalment responsables de leurs actes*"<sup>191</sup>.

## 2.2. La rétention de sûreté e la surveillance de sûreté nei confronti degli imputabili pericolosi.

La logica della difesa sociale raggiunge il suo apice in relazione ai delinquenti pericolosi riconosciuti pienamente imputabili, con l'introduzione dell'istituto della *rétention de sûreté*. Questa infatti costituisce una misura di sicurezza a carattere custodiale che, rivolta ad individui pienamente imputabili, trova applicazione dopo l'esecuzione della pena detentiva e consiste, in concreto, nell'internamento della persona in un *centre socio-médico-judiciaire*; avendo come unico fine la prevenzione della recidiva, mira a "*neutraliser la dangerosité du condamné par une prise en charge médicale et par la suppression de sa liberté d'aller et de venir*"<sup>192</sup>.

Vista la gravità della misura, il legislatore ha previsto un'articolata serie di presupposti per la sua applicazione, oltre che una serie di garanzie procedurali.

La *rétention de sûreté* può essere applicata, a titolo eccezionale, solo agli autori di alcuni reati espressamente indicati dalla legge: il progetto di legge aveva

---

<sup>190</sup> H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux* "cit.", in *Dr. pén.*, 2008.

<sup>191</sup> *Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC, 21 février 2008*, in *Dalloz jurisprudence*.

<sup>192</sup> PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* "cit.", p. 1004.

previsto la sua applicazione con riferimento a tre tipi di reato ossia i reati di omicidio, torture o atti di barbarie, e violenza sessuale commessi a danno di un minore di quindici anni.

A seguito delle discussioni parlamentari, poi, l'elenco dei reati-presupposto è stato esteso e la versione finale del testo di legge comprende i reati di omicidio, violenza sessuale, torture o atti di barbarie, rapimento e sequestro commessi a danno di un minore ed inoltre questi stessi reati, purché aggravati, commessi a danno di un soggetto di maggiore età. Anche in questa occasione emerge chiaramente che è rivolta una particolare attenzione alle vittime minori da parte del legislatore contemporaneo<sup>193</sup>.

Il primo presupposto della *rétenion de sûreté* è di carattere oggettivo e consiste nella condanna, per uno dei reati indicati, ad una pena detentiva di durata superiore o uguale a quindici anni.

L'art. 706-53-13 prevede poi un presupposto di carattere soggettivo e cioè la sussistenza di «una particolare pericolosità caratterizzata da una probabilità molto elevata di recidiva, in quanto il soggetto soffre di un disturbo grave della personalità»<sup>194</sup>. La pericolosità, nozione dai confini incerti, “*est une des plus difficiles à définir*”<sup>195</sup>: tuttavia nei lavori preparatori di questa legge il legislatore ha compiuto uno sforzo in questo senso, e, partendo dalla distinzione tra pericolosità criminologica e pericolosità psichiatrica, ha adottato la definizione elaborata da *Ch. Debuyst* in occasione del *IIème cours International de criminologie de Paris* del 1953, secondo la quale la pericolosità criminologica costituirebbe “*un phénomène psychosocial caractérisé par les indices révélateurs de la grande probabilité de commettre une infraction contre les personnes ou les biens*”<sup>196</sup> o, in altri termini, “*le risque pour la personne condamné de commettre une nouvelle infraction après sa*

---

<sup>193</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 284.

<sup>194</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 284.

<sup>195</sup> H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux* “cit.”, in *Dr. pén.*, 2008.

<sup>196</sup> H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux* “cit.”, in *Dr. pén.*, 2008.

*libération*”, laddove invece la pericolosità psichiatrica viene definita come “*le risque de passer à l’acte à un moment donné en raison de troubles mentaux*”<sup>197</sup>.

La pericolosità criminologica, che rappresenta il presupposto ideologico e giuridico della *rétenion de sûreté*, deve essere constatata, attraverso una procedura particolare, dalla *commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté*, un organo collegiale istituito dalla legge n° 2005-1549 con la funzione specifica di valutare la pericolosità del soggetto ed esprimere un parere sull’opportunità dell’applicazione del *placement sous surveillance électronique mobile*<sup>198</sup>.

“*La loi de 2008 lui ajoute ainsi une seconde mission*” cioè quella di valutare, almeno un anno prima della data prevista per la liberazione del soggetto, la sua pericolosità: a questo fine, a norma dell’articolo 706-53-14 C.P.P., la commissione dispone che il condannato sia collocato, per almeno sei settimane, in un “*centre spécialisé chargé de l’observation des personnes détenues aux fins d’une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité assortie d’une expertise médicale réalisée par deux experts*”. Se al termine dell’osservazione la commissione stima che sia integrato il presupposto soggettivo della *rétenion*, ovvero la «*particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu’il souffre d’un trouble grave de la personnalité*», forma un parere motivato nel quale propone o meno l’applicazione della misura a seconda del fatto che ricorrano altre due condizioni: che le misure di sicurezza non detentive esistenti appaiano insufficienti a prevenire il rischio di recidiva e che la *rétenion de sûreté* costituisca l’unico mezzo per prevenire la recidiva, il cui rischio è molto elevato.

Tale disposizione contenuta all’art. 706-53-13 C.P.P. svela il carattere sussidiario di questa misura che in effetti il legislatore ha concepito come *extrema ratio* dell’intervento penale<sup>199</sup>.

Competente a decidere sull’applicazione della *rétenion de sûreté* è la *juridiction régionale de la rétenion de sûreté*, un giudice speciale istituito dalla legge del 2008: nonostante questo aspetto sia stato discusso in sede di dibattiti

---

<sup>197</sup> *Rapport AN n° 497, 2007-2008, présenté par M. G. Fenech, 12 déc. 2008, p. 12; Rapport Sénat n° 174, 2007-2008, présenté par M. J.-R. Lecerf, 23 janv. 2007, p. 8.*

<sup>198</sup> Cfr. *supra* sottoparagrafo 1.3.3.

<sup>199</sup> PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* “cit.”, p. 1006.

parlamentari, essendovi stato anche chi, vista la natura di misura di sicurezza della *rétention*, sosteneva la competenza dell'autorità amministrativa<sup>200</sup>, il legislatore ha infine ritenuto necessario che la decisione sull'adozione della misura, in quanto misura privativa della libertà personale, spettasse all'autorità giudiziaria, “*seule garant des libertés individuelles*”<sup>201</sup>; ed ha inoltre scelto di istituire un giudice *ad hoc*, “*ayant la responsabilité de la mesure*”, per rimarcare il carattere eccezionale della misura in questione.

La *juridiction régionale*, adita dal Procuratore Generale presso la corte d'appello a seguito del parere favorevole della *commission pluridisciplinaire* almeno tre mesi prima della data prevista per la liberazione del detenuto, statuisce sull'applicazione della misura, in seguito ad un regolare contraddittorio, con decisione espressamente motivata con riguardo alla sussistenza dei presupposti della misura, e cioè della particolare pericolosità del soggetto, dell'insufficienza delle misure di sicurezza non detentive a prevenire la recidiva e del fatto che la *rétention* costituisca *l'unique moyen* per raggiungere questo scopo.

Tuttavia, affinché la *juridiction régionale* possa pronunciare la *rétention de sûreté*, è necessario che la corte d'assise abbia espressamente previsto tale possibilità nella sentenza di condanna: l'art. 706-53-13 C.P.P. stabilisce infatti che “*la rétention de sûreté ne peut toutefois être prononcée que si la cour d'assises a expressement prévu dans sa décision de condamnation que la personne pourra faire l'objet à la fin de sa peine d'un réexamen de sa situation en vue d'une éventuelle rétention de sûreté*”. Il giudice di merito quindi al momento della condanna deve considerare possibile l'applicazione della misura anche se la relativa decisione è demandata ad un altro organo, in un momento molto successivo nel tempo. Quest'ultimo costituisce un aspetto della disciplina della misura di importanza cruciale in quanto in tal modo la *rétention de sûreté* trova il proprio fondamento nella sentenza di condanna e quindi, in ultima analisi, si giustifica alla luce di una “pericolosità che trova fondamento e ragion d'essere nel reato per cui interviene la condanna”<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* “cit.”, p. 1006.

<sup>201</sup> H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux* “cit.”, in *Dr. pén.*, 2008.

<sup>202</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 284.

“Il nesso indissolubile che il legislatore ha voluto fissare tra reato e pericolosità evita sia che la misura appaia una limitazione della libertà personale derivante da elementi emersi *ex post*, ma sganciati dal reato commesso, sia che si dubiti del rispetto del principio del *ne bis in idem*”<sup>203</sup>; e questo dato, come si vedrà in seguito, assume rilevanza con riferimento alla questione della conformità dell’istituto alla convenzione europea dei diritti dell’uomo il cui art. 5 dispone che nessuno può essere privato della libertà salvo che sia detenuto regolarmente a seguito di condanna da parte di un tribunale competente<sup>204</sup>.

La decisione che dispone la *rétenion de sûreté* è immediatamente esecutiva e nemmeno la sua impugnazione ne sospende l’efficacia; la decisione della *juridiction régionale* può essere impugnata avanti la *juridiction nationale de la rétenion de sûreté* che si pronuncia con decisione motivata, a sua volta impugnabile con ricorso in cassazione.

La durata della *rétenion* è di un anno; tuttavia la misura potrà essere prorogata, con cadenza annuale, su parere favorevole della *commission pluridisciplinaire* e a condizione che ne risultino ancora integrati i presupposti, per un numero indeterminato di volte: “*la rétenion pourra faire l’objet d’une reconduction annuelle sans aucune limitation de la durée globale de la rétenion*”<sup>205</sup> e dunque “*théoriquement, la rétenion de sûreté peut être perpétuelle*”<sup>206</sup>.

“*Mais [...] la mesure en effet n’est pas dans l’esprit du législateur destinée à être perpétuelle*”<sup>207</sup>: questa osservazione sembra essere confermata dalla disposizione contenuta al quarto comma dell’art. 706-53-13 C.P.P. laddove si afferma che la *rétenion* consiste in una “*prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure*”.

E ancora, la *rétenion* è stata efficacemente definita in dottrina come «*une mesure de sûreté à durée déterminée mais à renouvellement illimité, qui peut en*

---

<sup>203</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 284.

<sup>204</sup> H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l’inutile dispositif applicable aux malades mentaux* “cit.”, in *Dr. pén.*, 2008; Cfr. *Infra* cap. IV.

<sup>205</sup> H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l’inutile dispositif applicable aux malades mentaux* “cit.”, in *Dr. pén.*, 2008.

<sup>206</sup> PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* “cit.”, p. 1007.

<sup>207</sup> PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* “cit.”, p. 1007.

*définitive devenir perpétuelle, contrairement à la peine privative de liberté qui ne l'est guère en pratique*»<sup>208</sup>: questo importante contributo ha tra le altre cose il merito di portare alla luce un ulteriore tema di fondamentale importanza che è sollevato dall'istituto, e che dovrà pertanto essere esaminato a fondo. Il tema attiene da un punto di vista più generale alla questione, già esaminata, della distinzione tra pene e misure di sicurezza detentive<sup>209</sup>, e da un punto di vista più specifico alla possibilità di fondare tale distinzione sulla diversità dello scopo perseguito dalle sanzioni, che dovrebbe essere in un caso anche punitivo e nell'altro esclusivamente preventivo<sup>210</sup>.

Tale possibilità deve essere verificata in concreto alla luce del contenuto della misura di sicurezza<sup>211</sup> e dunque, in questo caso, della *rétenion de sûreté*, il cui carattere afflittivo non può essere escluso in maniera certa ed immediata, come ha voluto sottolineare un autorevole esponente della dottrina, affermando: “*On saisit ici tous les enjeux d'une mesure déclarée a priori non punitive, mais qui en possède en réalité tous les dangers sans en présenter sur le plan de la durée les garanties*”<sup>212</sup>.

Il soggetto internato può domandare la revoca della misura proponendo apposita istanza alla stessa giurisdizione regionale, decorso un termine di tre mesi dalla data della decisione: la *juridiction régionale* accoglierà l'istanza rimettendo il soggetto in libertà allorché ritenga siano venuti meno i presupposti della misura. D'altra parte la *juridiction* deve pronunciarsi sull'istanza entro un termine di tre mesi decorso il quale la *rétenion* cesserà d'ufficio; e comunque la misura dovrà essere revocata d'ufficio in qualunque momento, non appena ne vengano a mancare i presupposti, quindi anche quando non sia ancora decorso il termine naturale di un anno di durata della misura.

Nel momento in cui venga a cessare la misura, sia perché non rinnovata allo scadere del termine, sia perché revocata d'ufficio o su istanza di parte, allorché residui una pericolosità dell'interessato e cioè allorché risulti ancora sussistente un rischio di recidiva, anche se non tale da giustificare l'internamento, la *juridiction*

---

<sup>208</sup> P. MISTRETTA, *De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénale. – À propos de la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, in *La Semaine Juridique, Édition Générale* n° 9, 2008.

<sup>209</sup> Cfr. *supra*, cap. I, par. 3.1.

<sup>210</sup> Cfr. *infra*, cap. IV.

<sup>211</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale* “cit.”, p. 573.

<sup>212</sup> P. MISTRETTA, *De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénale* “cit.”.

potrà non rimetterlo in totale libertà ed applicargli, per la durata di un anno, una misura di sicurezza limitativa della libertà personale: la *surveillance de sûreté*.

Questa è in effetti la seconda misura di sicurezza introdotta *ex novo* dalla legge n° 2008-174 e costituisce una misura a carattere non custodiale, che in dottrina è stata autorevolmente definita come «*une demi-mesure, une parti intermédiaire entre la liberté totale et la rétention de sûreté*»<sup>213</sup>.

Il suo contenuto è per espressa previsione del legislatore identico a quello della *surveillance judiciaire* e comprende quindi anche, in particolare, *l'injonction de soins* e il *placement sous surveillance électronique mobile*; la misura può essere rinnovata, sempre per la durata di un anno, un numero indeterminato di volte.

In questa ipotesi quindi la *surveillance de sûreté* si configura come alternativa<sup>214</sup> rispetto alla *rétention de sûreté*: il controllo custodiale dell'individuo, che si giustifica solo per l'esistenza di una particolare pericolosità, lascia spazio ad un controllo meno invasivo, in libertà, allorquando tale pericolosità sia sì presente ma non in misura così elevata, fermi restando tutti gli altri presupposti della *rétention*; in questo modo il legislatore ha sottoposto tale istituto al rispetto del principio di proporzione<sup>215</sup>.

Ma “la particolarità della nuova misura risiede nella possibilità di essere nuovamente trasformata in *rétention de sûreté*”<sup>216</sup>: se il soggetto viola gli obblighi che gli sono imposti con la *surveillance*, facendo in questo modo emergere nuovamente una particolare pericolosità caratterizzata da un rischio molto elevato di recidiva, si apre, ai sensi dell'art. 706-53-19 C.P.P., un procedimento d'urgenza secondo il quale il presidente della *juridiction régionale* può disporre con decisione immediatamente esecutiva l'internamento provvisorio dell'interessato in un *centre socio-médico-judiciaire de sûreté*. Tale decisione dovrà poi essere confermata, entro un termine perentorio di tre mesi, da una decisione della *juridiction régionale*, adottata secondo la procedura ordinaria prevista per l'applicazione della *rétention*, quindi anche a seguito di parere favorevole della commissione pluridisciplinare.

---

<sup>213</sup> PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* “cit.”, p. 1007.

<sup>214</sup> PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* “cit.”, p. 1007.

<sup>215</sup> Cfr. *infra*, cap. IV, par. 3.1.

<sup>216</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 287.

La *surveillance de sûreté* però trova applicazione anche in un'altra ipotesi, nella quale non assume carattere alternativo rispetto alla *rétenion* ma si configura piuttosto come un prolungamento degli obblighi propri di un *suivi socio-judiciaire* o di una *surveillance judiciaire*.

La *juridiction régionale de la rétenion de sûreté* può sottoporre un soggetto, condannato ad una pena detentiva uguale o superiore a quindici anni per uno dei reati che costituiscono il presupposto della *rétenion*, e già sottoposto ad un *suivi* o ad una *surveillance judiciaire*, alla misura della *surveillance de sûreté* per la durata di un anno, rinnovabile un numero indefinito di volte. La *juridiction* dovrà essere adita dal giudice dell'esecuzione o dal Procuratore della Repubblica almeno sei mesi prima della data prevista per la cessazione della misura in corso di esecuzione ed il presupposto per l'applicazione di tale misura è, in questo caso, l'accertamento della persistente pericolosità del soggetto ottenuto attraverso una perizia medica.

È inoltre necessario che le prescrizioni che conseguono all'iscrizione del soggetto nel *FIJ AIS* risultino insufficienti a prevenire la recidiva e che la *surveillance de sûreté* risulti essere l'unico mezzo idoneo a raggiungere tale fine; in tal modo il legislatore ha sancito anche in relazione a questa misura di sicurezza il rispetto del principio di sussidiarietà.

In questa ipotesi dunque la *surveillance de sûreté* assume carattere estensivo<sup>217</sup> in quanto la sua funzione è di estendere gli effetti del *suivi* e della *surveillance judiciaire* oltre i limiti massimi di tempo previsti dal legislatore<sup>218</sup>; così la precedente sanzione del *suivi* o della *surveillance judiciaire* si converte in *surveillance de sûreté*, il che comporta che la violazione delle relative prescrizioni potrà essere sanzionata con l'applicazione della *rétenion de sûreté*.

Con la legge del 2008 “il legislatore ha quindi congegnato un sistema flessibile di controllo della pericolosità, in modo da assicurare l'applicazione di misure e di prescrizioni proporzionate al diverso livello di rischio di recidiva<sup>219</sup> attraverso una procedura giurisdizionalizzata, in ragione del fatto che si tratta di

---

<sup>217</sup> P. MISTRETTA, *De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénale* “cit.”.

<sup>218</sup> H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux* “cit.”, in *Dr. pén.*, 2008

<sup>219</sup> É. GARÇON – V. PELTIER, *Droit de la peine*, Paris, 2010, p. 562.

misure limitative e privative della libertà personale applicate a seguito della commissione di un reato”<sup>220</sup>.

Mentre il legislatore non ha attribuito nella legge n° 2008-174 una qualificazione espressa alla *rétenction de sûreté*, la dottrina sembra non avere dubbi nel qualificarla come misura di sicurezza allorché imperniandosi sulla pericolosità sociale dell’individuo perseguirebbe il fine «*de l’élimination de certains criminels*»<sup>221</sup> dalla società<sup>222</sup>.

Tuttavia la questione è delicata ed è in effetti stata oggetto di molte controversie in dottrina poiché da una tale qualificazione discenderebbe come conseguenza la sottoposizione della *rétenction* al regime giuridico proprio delle misure di sicurezza, ciò che comporterebbe in particolare la possibilità di applicare tale sanzione in modo retroattivo, proprio perché il regime giuridico delle misure di sicurezza non prevede che siano sottoposte al principio di irretroattività, che domina invece le pene, nel senso stretto del termine. Proprio l’applicazione retroattiva della *rétenction*, che era in effetti prevista dalla legge del 2008, rappresenta il profilo della disciplina che il *Conseil constitutionnel*, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli istituti introdotti, ha ritenuto non conforme al testo costituzionale<sup>223</sup>.

Il Garante della costituzione nella decisione n° 2008-562 DC, a differenza di quanto non abbia fatto in relazione alle misure di sicurezza precedentemente introdotte, non ha assunto una posizione netta sulla natura giuridica della *rétenction de sûreté* ma si è limitato a definirla in negativo, affermando che “*la rétenction de sûreté n’est ni une peine ni une sanction ayant le caractère d’une punition*”<sup>224</sup>.

Il *Conseil* ha assunto un atteggiamento più cauto, quasi non fosse pronto a sancire in modo solenne «la conversione della Francia al doppio binario» nel senso più stretto dell’espressione, che consiste proprio nella “applicazione congiunta di

---

<sup>220</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 287.

<sup>221</sup> PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* “cit.”, p. 1008

<sup>222</sup> P. MISTRETTA, *De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénale* “cit.”; PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* “cit.”, p. 1008; H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l’inutile dispositif applicable aux malades mentaux* “cit.”, in *Dr. pén.*, 2008.

<sup>223</sup> Cfr. *infra*, cap. IV, par. 3.

<sup>224</sup> *Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC, 21 février 2008*, in *Dalloz jurisprudence*.

pene e misure di sicurezza detentive ai soggetti pienamente imputabili e riconosciuti al contempo socialmente pericolosi<sup>225</sup>, con l'ingresso di una misura di sicurezza detentiva che, se qualificata formalmente come tale, sarebbe sottoposta al relativo regime giuridico che, svincolato dal rispetto del principio di irretroattività della legge più sfavorevole, ne consentirebbe l'applicazione retroattiva.

### 2.2.1. *Le décret n° 2008-1129 du 4 novembre 2008 relatif à la surveillance de sûreté et à la rétention de sûreté.*

La disciplina relativa alla procedura di adozione ed al regime di esecuzione delle misure introdotte con la legge n° 2008-174 è stata poi oggetto di un *décret d'application pris en Conseil d'État* emanato dal Governo il 4 novembre 2008 e recante le norme di attuazione della legge del 25 febbraio. Il *décret* n° 2008-1129 contiene innanzitutto le disposizioni relative alla composizione della *juridiction de la rétention de sûreté*, regionale e nazionale; in secondo luogo contiene le norme attuative relative alla procedura di adozione della *surveillance de sûreté* e della *rétention de sûreté*. Agli articoli R. 53-8-44 e seguenti del codice di procedura penale, introdotti dal decreto, è disciplinata la procedura di adozione della *surveillance de sûreté*: questa può essere adottata in seguito ad una *surveillance judiciaire*, ad un *suivi socio-judiciaire* e ad una *rétention de sûreté*.

In particolare, nei primi due casi, la relativa decisione è presa dalla *JRRS* (*juridiction régionale de la rétention de sûreté*) previo parere favorevole della *commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté*. Quest'ultima è adita dal *JAP* – il giudice dell'esecuzione - o dal Procuratore della Repubblica almeno otto mesi prima del termine della *surveillance judiciaire* o del *suivi*: il *JAP*, infatti, entro questo termine, esamina la situazione dell'interessato, e trasmette al Procuratore della Repubblica il proprio parere motivato circa l'applicazione di un'eventuale *surveillance de sûreté*. Qualora la situazione dell'interessato appaia tale da giustificare l'applicazione della misura, il giudice, o in mancanza il Procuratore della Repubblica, dispone lo svolgimento della perizia medica e adisce la *commission pluridisciplinaire*: questa formula il proprio parere sull'applicazione della *SS* (*la*

---

<sup>225</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 287.

*surveillance de sûreté*) sulla base degli elementi che figurano nel fascicolo personale del condannato conservato nell'istituto penitenziario e sulla base della perizia medica che abbia constatato la sua pericolosità.

Se poi la commissione pluridisciplinare esprime un parere favorevole all'applicazione della misura, il *JAP* (o, in mancanza, ancora il Procuratore della Repubblica) adisce la *juridiction régionale de la rétention de sûreté*, almeno sei mesi prima del termine della misura in corso di esecuzione. Ai fini della decisione relativa all'applicazione della *surveillance de sûreté* non è dunque necessario che sia svolta la valutazione pluridisciplinare della personalità del condannato, attraverso il collocamento in un centro specializzato, che è invece richiesta, *ex art. 706-53-14 C.P.P.*, ai fini della decisione sulla *rétention de sûreté*.

La decisione che dispone la *SS* indica espressamente quali sono le prescrizioni imposte all'interessato (che possono peraltro essere modificate in qualunque momento anche d'ufficio dal presidente della *JRRS*) e le conseguenze della loro violazione. In relazione a quest'ultimo aspetto, l'art. R. 53-8-52 C.P.P., ribadendo quanto disposto dall'art. 706-53-19 C.P.P., stabilisce che in caso di violazione delle prescrizioni della *SS*, dalla quale riemerge una particolare pericolosità del soggetto, caratterizzata da un rischio molto elevato di recidiva in relazione ad uno dei reati-presupposto della *rétention*, il giudice dell'esecuzione o il procuratore della Repubblica debba adire il presidente della *JRRS* affinché questo disponga la modifica delle prescrizioni della misura oppure l'applicazione della *rétention de sûreté* con conseguente internamento dell'interessato in un *centre socio-médico-judiciaire de sûreté*.

Per quanto riguarda, invece, la misura della *RS* (cioè la *rétention de sûreté*), il decreto prevede solo due norme relative alla procedura di adozione, che è già dettagliatamente disciplinata negli articoli del codice di procedura penale introdotti dalla legge, precisandone in particolare i termini: la commissione pluridisciplinare deve essere adita dal *JAP* o dal procuratore della Repubblica almeno diciotto mesi prima del termine dell'esecuzione della pena detentiva. In caso di parere favorevole della commissione, il procuratore generale adisce la *JRRS*, affinché questa decida in merito all'applicazione della misura. In caso di parere contrario alla *RS* da parte della

commissione pluridisciplinare, il fascicolo del soggetto interessato è ritrasnesso al *JAP* affinché valuti l'eventuale applicazione della *surveillance de sûreté*.

Numerose sono, invece, le norme del decreto relative all'organizzazione dei centri *socio-médico-judiciaires de sûreté*, con alcune disposizioni specifiche sul centro di *Fresnes*, l'unico centro attualmente esistente sul territorio francese, aperto il 6 novembre 2008 presso l'*établissement public de santé national*<sup>226</sup>, collocato all'interno del *centre pénitentiaire* di *Fresnes*<sup>227</sup>.

È stabilito, in particolare, che i centri socio-medico-giudiziari siano posti sotto la responsabilità congiunta del Ministero della Sanità e del Ministero della Giustizia e che, in concreto, questi siano posti sotto la direzione di un *directeur des services pénitentiaires* e di un *directeur d'établissement public de santé*, entrambi responsabili del centro, ai sensi dell'art. R. 53-8-56 C.P.P., ognuno per il proprio ambito di competenza. Al primo sono affidati i compiti relativi alla sicurezza, alla sorveglianza ed al mantenimento dell'ordine all'interno del centro nonché quelli relativi all'organizzazione della vita degli internati; al secondo invece è affidata la predisposizione del trattamento medico e psicologico da svolgere sui soggetti sottoposti alla *rétenion*. I due direttori, poi, organizzano congiuntamente il trattamento pluridisciplinare ossia, in particolare, il trattamento socio-educativo; è inoltre espressamente previsto che il personale dell'amministrazione penitenziaria non possa intervenire in relazione allo svolgimento del trattamento medico da parte del personale sanitario.

All'interno di ogni centro è tenuto un registro nel quale sono inserite la informazioni relative all'aspetto giudiziario della *rétenion* per ogni soggetto internato (data di ingresso nel centro, data prevista per la fine della misura e la data effettiva di uscita dal centro, la natura e il contenuto del provvedimento che ha disposto la misura, eventuali ricorsi presentati dall'interessato contro questa ed eventuali domande di revoca); è poi formato un fascicolo individuale di ogni internato nel quale, invece, sono contenute le informazioni relative alla personalità

---

<sup>226</sup> R. DATI, *Ouverture du centre socio-médico-judiciaire de Fresnes*, in *Ministère de la Justice* <http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-discours-10093/archives-des-discours-de-2008-10720/ouverture-du-centre-socio-medico-judiciaire-de-fresnes-16204.html>.

<sup>227</sup> F. DEBOVE – F. FALLETTI, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, II ed., Paris, 2006, p. 206.

del soggetto ed allo svolgimento della misura dal punto di vista del trattamento terapeutico. Il controllo del funzionamento del centro è svolto dal presidente della *juridiction régionale de la rétention de sûreté*, dal direttore dell'*administration pénitentiaire du ministère de la justice* e dal direttore dell'*hospitalisation et de l'organisation des soins du ministère de la santé*, i quali devono visitare il centro almeno una volta ogni sei mesi e presentare un rapporto annuale al ministro della Giustizia ed al ministro della Sanità.

L'ultima parte del decreto riguarda i diritti dei soggetti internati e riveste un'importanza fondamentale al fine della comprensione del concreto regime di esecuzione della *rétention de sûreté*: l'art. R. 58-8-66 C.P.P. indica che i diritti riconosciuti ai soggetti all'interno del centro possono essere oggetto delle sole limitazioni necessarie per assicurare il mantenimento dell'ordine e della sicurezza all'interno del centro, la protezione degli altri internati, nonché la prevenzione della commissione di reati.

Gli articoli R. 53-8-68 e seguenti elencano poi i diritti «*des personnes retenues*»: tra questi figurano i diritti di partecipare, in modo individuale e collettivo, ad attività di formazione ed educazione, di svolgere un'attività lavorativa, di praticare attività filosofiche o di culto e di ricevere le visite del ministro di culto dal singolo internato e di partecipare ad attività culturali e sportive, anche all'esterno. Per quanto riguarda poi le possibilità di avere contatti con l'esterno, il decreto prevede che gli internati abbiano il diritto di ricevere la corrispondenza, proveniente da chiunque, e che la corrispondenza con l'avvocato o con le autorità pubbliche non possa in alcun modo essere controllata: risulta dunque, *a contrario*, che il principio della libertà di corrispondenza sia soggetto ad ampie deroghe<sup>228</sup>. È previsto, poi, il diritto dell'internato di avere quotidianamente conversazioni telefoniche con persone da lui scelte liberamente, salva la possibilità da parte dell'amministrazione del centro di controllarle o registrarle (ad esclusione di quelle effettuate con l'avvocato); infine, è garantito il diritto di ricevere visite quotidiane da qualunque persona scelta dall'internato, salva la possibilità di effettuare, prima e dopo la visita, una perquisizione personale su quest'ultimo.

---

<sup>228</sup> M. HERZOG-EVANS, *Les tests d'application de la loi rétention de sûreté. L'enracinement des nouvelles orientations de l'exécution des peines*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 3104.

L'articolo R. 53-8-61, inoltre, contiene una norma rilevante per ciò che concerne le condizioni dell'internamento: l'art. R. 53-8-61 prevede che ogni persona internata abbia un alloggio individuale. In relazione all'internamento a titolo di *rétenion de sûreté*, diversamente da quanto accada nell'ambito dell'esecuzione penitenziaria, vige la regola dell'«*encellulement individuel de nuit*»<sup>229</sup>.

Infine il decreto prevede alcuni provvedimenti che possono essere disposti a titolo di sanzione disciplinare dal direttore dei servizi penitenziari, nei confronti dei soggetti internati che tengano un comportamento tale da compromettere l'ordine all'interno del centro e la sicurezza delle persone o delle cose: l'art. R. 53-8-72 C.P.P. prevede che possano essere adottati tutti i provvedimenti strettamente necessari per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza. L'articolo seguente elenca, poi, i due tipi di provvedimenti, considerati come i più gravi, che il direttore dei servizi penitenziari può adottare allorché l'ordine e la sicurezza all'interno del centro non possano essere assicurati attraverso l'adozione di altre misure. Si tratta in primo luogo della sospensione, totale o parziale, dalla partecipazione alle attività indicate all'art. R. 53-8-68 C.P.P. per un periodo di tempo di massimo ventuno giorni e, in secondo luogo, dell'isolamento, per una durata massima di ventuno giorni, cui consegue non solo la sospensione delle attività ma anche la privazione del diritto di circolare liberamente all'interno del centro, ferma restando la partecipazione alle visite ed alle attività connesse al trattamento medico e psicologico.

### 2.3. Altre disposizioni della legge n° 2008-174.

L'articolo 1 della legge prevede alcune disposizioni relative all'esecuzione della pena detentiva da parte dei soggetti condannati alla pena della reclusione di durata uguale o superiore a quindici anni, per uno dei reati-presupposto della *rétenion de sûreté*. Viene creato un nuovo art. 717- 1 A nel codice di procedura penale, che prevede che tali soggetti siano sottoposti, durante l'anno che segue la condanna definitiva, ad un periodo di osservazione di almeno sei settimane finalizzato alla valutazione della situazione del condannato, in vista della determinazione del trattamento medico e sociale che questo potrà seguire durante il

---

<sup>229</sup> M. HERZOG-EVANS, *Les teste d'application de la loi rétenion de sûreté. L'enracinement des nouvelles orientations de l'exécution des peines*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 3104.

periodo di detenzione. Nel caso in cui questi detenuti presentino disturbi psichiatrici potranno, su indicazione del personale medico, ricevere le cure adatte alla loro situazione, anche nella forma del ricovero ospedaliero.

Il quinto comma dell'art. 717-1 C.P.P. prevede poi che, due anni prima del termine della pena, il *JAP* (cioè *le juge de l'application des peines*) convochi i detenuti cui potrà essere applicata la *rétenion de sûreté* per verificare se questi abbiano seguito il trattamento medico e psicologico che gli era stato proposto; a seconda del risultato di questa verifica il giudice dell'esecuzione potrà proporre loro di seguire un trattamento in un istituto penitenziario specializzato<sup>230</sup>.

L'articolo 2 della legge del 2008 modifica gli articoli 721 e 721-1 C.P.P. relativi alla riduzione della pena (*crédits de réduction de peine*), ordinaria e supplementare, che può essere concessa ai detenuti a titolo di liberazione anticipata: viene previsto che il giudice dell'esecuzione possa revocare la riduzione della pena di cui abbiano beneficiato i detenuti condannati per i reati di omicidio, tortura o atti di barbarie e violenza sessuale commessi su un minore, che abbiano rifiutato di seguire, durante l'esecuzione della pena, il trattamento proposto. Viene inoltre disposto che nei confronti di tali soggetti sia applicato un regime più severo circa la riduzione supplementare della pena (concessa ai soggetti che abbiano manifestato un serio impegno nel trattamento rieducativo finalizzato a permettere il loro reinserimento sociale). L'ammontare massimo di quest'ultima è stabilito (come per i detenuti che si trovino in stato di recidiva legale<sup>231</sup>) nella misura di due mesi all'anno o quattro giorni al mese; nel caso in cui il soggetto si trovi anche in stato di recidiva legale, l'ammontare massimo della riduzione supplementare della pena di cui possa beneficiare è di un mese all'anno o due giorni al mese<sup>232</sup>.

L'articolo 1 della legge del 2008 inserisce inoltre all'art. 706-53-20 C.P.P. la previsione secondo la quale la *rétenion de sûreté* non potrà essere applicata ai condannati che abbiano beneficiato di una liberazione condizionale, salvo nel caso in cui quest'ultima sia stata poi revocata. La *ratio* di questa norma risiede

---

<sup>230</sup> H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux* "cit.", in *Dr. pén.*, 2008. Si tratta degli istituti penitenziari che possiedono un servizio sanitario adeguato, come quelli di *Caen*, *Muret* o *Mauzac*.

<sup>231</sup> Cfr. *supra*, par. 1.3.

<sup>232</sup> H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux* "cit.", in *Dr. pén.*

nell'incompatibilità dei presupposti di applicazione della *libération conditionnelle*, da un lato, e della *rétenion*, dall'altro: quest'ultima presuppone infatti che il soggetto presenti una particolare pericolosità caratterizzata da un rischio molto elevato di recidiva. In tale circostanza la *libération conditionnelle* (che presuppone invece un serio impegno, da parte dell'interessato, nella partecipazione all'opera di rieducazione) non può in alcun modo trovare applicazione<sup>233</sup>.

Infine l'articolo 14 della legge del 2008 introduce il nuovo istituto dell'*assignation à domicile* che comporta il divieto, per il soggetto interessato, di assentarsi dalla propria abitazione o da altro luogo designato dal giudice al di fuori degli orari stabiliti da quest'ultimo. L'*assignation à domicile*, che viene eseguita sottoponendo il soggetto a sorveglianza elettronica mobile, costituisce uno degli obblighi che possono essere imposti al soggetto con la *surveillance judiciaire*, e quindi anche con la *surveillance de sûreté*, nonché nell'ambito di un *suivi socio-judiciaire*<sup>234</sup>.

#### 2.4. La legge 242 del 2010 mirante a ridurre la recidiva e recante numerose modifiche al codice di procedura penale.

Pochi mesi dopo l'emanazione della legge 174 del 2008 il legislatore ha elaborato un progetto di legge finalizzato a completare la disciplina delle misure di sicurezza introdotte dalla legge precedente, e ad apportare alcune modifiche agli altri istituti, rivolti al controllo dei delinquenti socialmente pericolosi, introdotti a partire dalla legge n°98-468. La legge n° 2010-242 "*tendant à amoindrir le risque de récidive*", denominata da alcuni esponenti della dottrina «*loi récidive III*»<sup>235</sup>, è stata adottata dal parlamento a seguito di un iter legislativo semplificato, qualche giorno dopo la diffusione da parte dei media della notizia di un grave crimine che scosse profondamente l'opinione pubblica<sup>236</sup>.

---

<sup>233</sup> H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux* "cit.", in *Dr. pén.*

<sup>234</sup> H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux* "cit.", in *Dr. pén.*

<sup>235</sup> M. HERZOG-EVANS, *La première surveillance de sûreté prend fin*, in *AJ Pénal*, 2010, p. 559 s.

<sup>236</sup> A. GALLOIS, *Amoindrir le risque de récidive criminelle. – À propos de la loi du 10 mars 2010*, in *La Semaine Juridique, Édition Générale* n° 13, 2010.

Il caso, conosciuto come «*affaire de la joggeuse de Fontainebleau*», riguardava una donna rapita, sequestrata, violentata ed infine uccisa da un soggetto recidivo che, già condannato nel 2002 alla pena di dodici anni di reclusione per violenza sessuale, era appena tornato in libertà<sup>237</sup>.

In primo luogo la legge del 2010 apporta alcune modifiche alla disciplina della *rétenion de sûreté*: l'elenco dei reati che presuppongono l'applicazione della misura viene esteso fino a ricomprendere anche i crimini di omicidio, torture o atti di barbarie, violenza sessuale, rapimento e sequestro di persona commessi, a danno di soggetti di maggiore età, in stato di recidiva, anche se non accompagnati da circostanze aggravanti oggettive.

La seconda modifica relativa alla *rétenion* dà attuazione alla riserva interpretativa operata dal *Conseil constitutionnel* nella decisione n° 2008-562, resa in occasione dei ricorsi proposti in merito alla legittimità costituzionale dell'istituto, e consiste nell'introduzione di un ulteriore presupposto per la sua applicazione. La *juridiction régionale de la rétenion de sûreté* dovrà a tale fine verificare, in concreto, che durante l'esecuzione della pena detentiva il soggetto sia stato messo in condizione di beneficiare di un trattamento medico, psicologico e sociale adatto al disturbo della personalità di cui soffre; la decisione della *juridiction régionale* dovrà contenere una motivazione espressa sul punto<sup>238</sup>.

Infine, viene aggiunto un presupposto per l'applicazione della *rétenion* nell'ipotesi in cui questa venga disposta a titolo di sanzione per la violazione, da parte dell'interessato, delle prescrizioni della *surveillance de sûreté*: a norma del nuovo quinto comma dell'art. 706-53-19 C.P.P. questa potrà essere disposta dalla commissione regionale solo dopo che si sia constatato che l'imposizione di obblighi più gravi e invasivi non sarebbe comunque sufficiente a prevenire il rischio di recidiva.

Tale legge apporta poi alcune modifiche all'istituto della *surveillance de sûreté*, di cui innanzitutto aumenta la durata, portandola da un anno a due anni; in secondo luogo viene inserita una disposizione espressa secondo la quale *le placement*

---

<sup>237</sup> F. GALAUD, *Le meurtrier présumé d'une joggeuse devant les assises*, in *Le Figaro.fr*, 1er novembre 2011 <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2011/11/01/01016-20111101ARTFIG00508-le-meurtrier-presume-d-une-joggeuse-devant-les-assises-de-l-essonne.php>.

<sup>238</sup> *Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC*, 21 février 2008, in *Dalloz jurisprudence*.

*sous surveillance électronique mobile* non potrà essere applicato senza il consenso dell'interessato ma, in caso di suo rifiuto, potrà essere disposto l'internamento in un *centre socio-médico-judiciaire*.

In secondo luogo, la legge 242 del 2010 interviene sulla disciplina delle misure di sicurezza già create con i precedenti interventi normativi: in particolare, la *surveillance judiciaire* diviene applicabile ai soggetti condannati ad una pena di sette anni, in luogo dei dieci anni originariamente previsti, per un reato per il quale è prevista la sanzione del *suivi socio-judiciaire*.

Inoltre, è previsto che, in caso di inosservanza degli obblighi imposti a titolo di *surveillance judiciaire* (come si è visto in precedenza, sanzionata con la revoca della riduzione della pena e la conseguente riconduzione in carcere) la misura venga trasformata in *surveillance de sûreté*, da eseguirsi a partire dal momento della liberazione del condannato<sup>239</sup>.

Il legislatore del 2010 ritorna, poi, sulla disciplina dell'istituto dell'*injonction de soins* che rappresenta una componente fondamentale dell'apparato di strumenti di controllo post-carcerale dei delinquenti pericolosi, specificandone i casi di applicazione ed il contenuto. Già la legge del 2005 aveva ampliato il novero delle sanzioni nell'ambito delle quali poteva essere disposta l'ingiunzione di cura ed aveva previsto la possibilità che questa si concretizzasse in un trattamento a base farmacologica, comunemente conosciuto come «*castration chimique*».

La legge del 2010 modifica l'art. 706-47-1 C.P.P. prevedendo al primo comma l'elenco completo dei casi in cui può trovare applicazione l'*injonction de soins*, ossia il *suivi socio-judiciaire*, la *libération conditionnelle*, la *surveillance judiciaire* e la *surveillance de sûreté*. L'*injonction de soins* resta subordinata alla prestazione del consenso da parte dell'interessato ma la legge specifica quali siano le conseguenze di tale rifiuto, equiparando al rifiuto iniziale di prestare il consenso al trattamento medico il fatto di rifiutarsi concretamente di iniziarlo o di proseguirlo<sup>240</sup>.

Le conseguenze del rifiuto alle cure proposte con l'*injonction de soins* variano a seconda della sanzione nell'ambito della quale questa è disposta:

---

<sup>239</sup> J.-H. ROBERT, *Récidive législative. – Commentaire de la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale*, in *Droit pénal*, n° 5, étude 8, 2010.

<sup>240</sup> J.-H. ROBERT, *Récidive législative. – Commentaire de la loi n° 2010-242* “cit.”.

nell'ambito di un *suivi* questa è sanzionata con la pena dell'*emprisonnement* prevista nella sentenza di condanna (come sanzione per la violazione delle prescrizioni del *suivi*), nell'ambito della *surveillance judiciaire* con la revoca della riduzione della pena e la riconduzione in carcere, nell'ambito della liberazione condizionale con la revoca del beneficio, ed, infine, se l'*injonction de soins* è disposta nell'ambito della *surveillance de sûreté*, il rifiuto dell'interessato è sanzionato con l'applicazione della *rétenion de sûreté*<sup>241</sup>. La legge del 2010, poi, chiarisce quale sia il contenuto dell'*injonction de soins*, prevedendo in modo più esplicito la possibilità di un trattamento a base farmacologica, definito in modo più chiaro come «*traitement inhibiteur de la libido*»<sup>242</sup>.

Viene inoltre eliminata la disposizione che prevedeva come condizione del trattamento medico su base farmacologica la prestazione, da parte dell'interessato, del consenso scritto e rinnovato ogni anno. L'idea sottesa alle modifiche in tema di *injonction de soins* sembra essere quella di incentivare innanzitutto una maggiore diffusione del trattamento medico di alcuni tipi di delinquenti pericolosi, e in secondo luogo quella della necessità di rendere la relazione tra medico e condannato sempre più simile ad una normale relazione tra medico e paziente, al fine della buona riuscita del trattamento stesso<sup>243</sup>.

La legge prevede, poi, alcune disposizioni relative all'istituto della liberazione condizionale riferite, in particolare, ai presupposti di applicazione di questa misura nei confronti dei soggetti condannati alla pena dell'ergastolo (*réclusion criminelle à perpétuité*): in primo luogo, viene previsto che la concessione della *libération conditionnelle* sia subordinata al parere favorevole della *commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté*, emesso in seguito ad una valutazione pluridisciplinare della pericolosità del soggetto svolta in un centro specializzato «*chargé de l'observation des personnes détenues*» e ad una perizia medico-psichiatrica. In secondo luogo, il nuovo articolo 732-1 C.P.P. dispone che ai soggetti condannati alla pena della *réclusion criminelle à perpétuité* per uno dei reati presupposto della *rétenion de sûreté*, ai quali sia stata concessa la liberazione

---

<sup>241</sup> J.-H. ROBERT, *Récidive législative*. – *Commentaire de la loi n° 2010-242* “cit.”.

<sup>242</sup> J.-H. ROBERT, *Récidive législative*. – *Commentaire de la loi n° 2010-242* “cit.”.

<sup>243</sup> J.-H. ROBERT, *Récidive législative*. – *Commentaire de la loi n° 2010-242* “cit.”.

condizionale accompagnata da un'ingiunzione di cura, la *juridiction régionale de la rétention de sûreté* possa applicare la misura della *surveillance de sûreté* con *injonction de soins* per la durata di due anni, estendendo in tal modo oltre il periodo della liberazione condizionale tutte o parte delle prescrizioni imposte con la misura.

Infine la legge del 2010 istituisce *le répertoire des données à caractère personnel collectées dans le cadre des procédures judiciaires*, una banca dati centralizzata nella quale vengano raccolte le informazioni relative a perizie, esami e valutazioni psichiatriche, psicologiche e pluridisciplinari delle persone imputate o condannate per un reato per il quale è prevista l'applicazione del *suivi*, raccolte in tutte le fasi del procedimento giudiziario; tale istituto è finalizzato a favorire una migliore conoscenza della personalità di tali individui, al fine di facilitare la valutazione della loro pericolosità e di prevenire quindi un'eventuale recidiva<sup>244</sup>.

### **3. Il sistema del doppio binario francese.**

L'analisi svolta mostra come la politica criminale intrapresa dalla Francia agli inizi del secolo che stiamo vivendo abbia condotto il diritto penale di questo paese ad assumere caratteri inediti spingendolo verso orizzonti da questo mai esplorati prima<sup>245</sup>. L'ordinamento francese, che (è necessario ribadirlo) è per tradizione estraneo alla logica dualistica del doppio binario, a partire dal 1998, intraprendendo una politica di prevenzione della criminalità, incentrata sul concetto di pericolosità, ha aperto la strada all'ingresso delle misure di sicurezza<sup>246</sup>. Nell'arco di soli dieci anni il legislatore francese ha messo in atto una serie di riforme in materia penale che hanno condotto a quella che viene definita in dottrina come una vera e propria «*révolution juridique*»<sup>247</sup>, o ancora, come una brusca rottura con la tradizione

---

<sup>244</sup> A. GALLOIS, *Amoindrir le risque de récidive criminelle* "cit."; J.-H. ROBERT, *Récidive législative. – Commentaire de la loi n° 2010-242* "cit."

<sup>245</sup> M. HERZOG-EVANS, *La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des «principes cardinaux» de notre droit*, in *AJ Pénal*, 2008, p. 161.

<sup>246</sup> Y. MAYAUD, *La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1359.

<sup>247</sup> C. LAZERGES, *La rétention de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel*, in *RSC*, 2008, p. 736; J. PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1000 ss;

giuridica di questo paese, in particolare con i «principi cardine»<sup>248</sup> del diritto penale affermati nella *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 e con i valori che fondano la sua tradizione umanista<sup>249</sup>, fino ad arrivare a parlare di una complessiva «*rupture de civilisation*»<sup>250</sup>.

Si è assistito ad una radicale modificazione della sistematica del diritto penale sia per ciò che concerne in particolare il sistema sanzionatorio sia più in generale in relazione al fondamento della responsabilità penale, la quale da una concezione di matrice tipicamente soggettiva, imperniata sui concetti di colpevolezza ed imputabilità<sup>251</sup>, passa a ricomprendere una seconda forma di responsabilità di carattere oggettivo (nel senso che prescinde dagli elementi che determinano la prima) tutta incentrata sul concetto di pericolosità<sup>252</sup>. Quest'ultima, che potrebbe essere definita, in ultima analisi, come rischio di recidiva, postula l'esistenza di strumenti sanzionatori adatti a neutralizzarla, prevenendo così la commissione di futuri reati: a questa funzione è specificamente destinata, sin dalla sua creazione, la categoria di sanzioni penali costituita dalle misure di sicurezza.

La ricerca di strumenti sanzionatori diretti in modo immediato al controllo della pericolosità sociale di alcuni autori di reato si è così tradotta sul piano del diritto positivo, da un lato, nella previsione delle misure di sicurezza applicabili ai soggetti non imputabili e disposte dal giudice con la sentenza di assoluzione per essere stato il fatto commesso da persona non imputabile, tra le quali, in particolare, la misura di sicurezza a carattere custodiale dell'*hospitalisation d'office sur décision judiciaire*; dall'altro lato, nella costruzione di una fitta rete di sanzioni, composta da alcune misure limitative della libertà personale e da una misura di carattere custodiale, applicabili al termine dell'esecuzione della pena detentiva, le quali in vario modo si intersecano tra di loro attraverso «un gioco di rimandi del soggetto

---

<sup>248</sup> M. HERZOG-EVANS, *La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des «principes cardinaux» de notre droit* "cit.", p. 161 ss.

<sup>249</sup> S. COYE – H. DE SUREMAIN, *Rétention de sûreté et irresponsabilité pénale. Une rupture de civilisation*, in *Dedans Dehors*, Dossier n° 64 février 2008, p. 17; P.-J. DELAGE, *La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité*, in *RSC*, 2007, p. 797 ss.

<sup>250</sup> S. COYE – H. DE SUREMAIN, *Rétention de sûreté et irresponsabilité pénale. Une rupture de civilisation*, in *Dedans Dehors*, Dossier n° 64 février 2008, p. 17 ss.

<sup>251</sup> P.-J. DELAGE, *La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité* "cit", p. 799.

<sup>252</sup> P.-J. DELAGE, *La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité* "cit", p. 799.

dalla misura non detentiva a quella detentiva»<sup>253</sup> e viceversa, assicurando un pervasivo controllo post-carcerale dei soggetti ritenuti potenzialmente recidivi e dunque pericolosi.

### 3.1. Le misure di sicurezza rivolte agli autori imputabili.

La prima di tali sanzioni è rappresentata dal *suivi socio-judiciaire*, una misura limitativa della libertà personale disposta dal giudice di merito con la sentenza di condanna, che consiste nell'imposizione al condannato, al momento del suo ritorno in libertà dopo l'esecuzione della pena detentiva, di una serie di misure di sorveglianza, consistenti in obblighi e divieti destinati a prevenire un'eventuale recidiva, accompagnati dall'applicazione di misure di assistenza finalizzate a favorire il reinserimento sociale del condannato<sup>254</sup>.

Tale sanzione può essere applicata ai soggetti condannati per reati di natura sessuale, quali i reati di violenza sessuale, violenza sessuale aggravata commessa su un soggetto di minore età, atti osceni in luogo pubblico, corruzione di minore, pornografia minorile, e per reati caratterizzati da violenza su persone (omicidio volontario e premeditato, avvelenamento, torture e atti di barbarie, sequestro di persona) e su cose (incendio, incendio boschivo, detenzione o trasporto di sostanze incendiarie o esplosive diretti alla commissione dei precedenti reati)<sup>255</sup>.

Il *suivi* comporta l'imposizione obbligatoria delle misure di controllo indicate all'art. 132-44 C.P., consistenti negli obblighi di rispondere alle convocazioni del giudice dell'esecuzione, di ricevere le visite dell'assistente sociale e di comunicargli preventivamente eventuali cambiamenti di lavoro e di residenza e di ottenere l'autorizzazione del giudice per recarsi all'estero.

Vi sono poi una serie di obblighi e divieti di carattere facoltativo, elencati all'art. 132-45 C.P., che possono essere imposti al condannato per espressa decisione del giudice di merito o del giudice dell'esecuzione tra i quali figurano l'obbligo di esercitare una determinata professione o di stabilire la residenza in un determinato luogo, l'obbligo di fornire ai familiari i mezzi di sussistenza e gli alimenti, di

---

<sup>253</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 311.

<sup>254</sup> Cfr. *supra*, cap. III, par. 1.1.

<sup>255</sup> Cfr. *supra*, cap. III, par. 1.1., 1.3.1.

risarcire il danno derivante dal reato, di pagare le spese processuali; sono poi previsti una serie di divieti, quali i divieti di esercitare le attività nell'esercizio o in occasione delle quali è stato commesso il reato, di frequentare determinati luoghi, di frequentare spacci o bevande, di frequentare alcuni soggetti condannati specificamente indicati, di entrare in relazione con determinate persone, di detenere o portare armi.

Il *suivi socio-judiciaire*, poi, comporta di diritto, salvo espressa decisione contraria del giudice, e a condizione che una perizia medico-psichiatrica stabilisca che il soggetto possa essere oggetto di un trattamento, la sottoposizione del condannato ad un'*injonction de soins* ossia all'obbligo di sottoporsi alle cure mediche le più varie, potendo queste consistere nella sola psicoterapia fino ad arrivare a trattamenti farmacologici a base di *médicaments inhibiteurs de la libido* (comunemente conosciuti con l'espressione «castrazione chimica»)<sup>256</sup>.

Il *suivi* può infine comprendere la sottoposizione del condannato a *surveillance électronique mobile*, misura comunemente conosciuta come «braccialetto elettronico», che comporta l'obbligo per il soggetto di portare ininterrottamente un dispositivo elettronico che consenta, in ogni momento di localizzarlo, su tutto il territorio nazionale. Tale misura può essere disposta solo a condizione che il soggetto sia stato condannato ad una pena detentiva di durata uguale o superiore a sette anni e la sua applicazione viene decisa dal giudice di merito nella sentenza di condanna ma poi, in concreto, eseguita solo a seguito di una decisione favorevole del giudice dell'esecuzione, sentito il parere della *commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté*<sup>257</sup>. Le due misure dell'*injonction de soins* e del *placement sous surveillance électronique mobile* possono essere applicate solo a condizione che il soggetto presti il proprio consenso; tuttavia, come si è rilevato in precedenza, il consenso dell'interessato più che richiesto sembra essere in un certo senso «estorto», poiché in caso di rifiuto potrà essergli applicata la pena dell'*emprisonnement* comminata come sanzione per la violazione degli obblighi imposti con il *suivi socio-judiciaire* (la durata di tale pena è di sette anni se il *suivi*

---

<sup>256</sup> Cfr. *supra*, cap. III, par. 1.3.1., 1.4.2.

<sup>257</sup> Cfr. *supra*, cap. III, par. 1.3.4.

segue ad una condanna per un fatto di reato qualificato come crimine, o di tre anni se segue ad una condanna per un delitto).

La durata del *suivi socio-judiciaire*, disposto a seguito di condanna per un delitto, è al massimo di dieci anni essendo, però previsto che possa essere prolungata sino a venti anni con decisione espressamente motivata del giudice di merito. In relazione a condanne per crimini invece la durata è di vent'anni; tuttavia se si tratta di crimini puniti con la pena di trent'anni di reclusione anche la durata massima del *suivi* è elevata a trent'anni. Infine, nel caso di crimini puniti con la pena dell'ergastolo, la corte d'assise può decidere di applicare *il suivi* senza limiti massimi di durata<sup>258</sup>. Infine, al termine del *suivi*, la *juridiction régionale de la rétention de sûreté* potrà applicare, ai soggetti condannati per uno dei reati-presupposto della *rétention* ad una pena della reclusione pari a quindici anni, la *surveillance de sûreté* per la durata di due anni, prolungando così tutte o alcune delle prescrizioni del *suivi* oltre il termine massimo di durata previsto per questa sanzione.

La sanzione del *suivi socio-judiciaire* per quanto sembri rappresentare dai punti di vista del contenuto e della funzione una misura di sicurezza, è qualificata dalla giurisprudenza, come pena complementare ed in tal modo, essendo soggetta al regime giuridico delle pene, essa è applicabile solo in relazione a fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge che l'ha istituita.

La seconda sanzione che viene in rilievo è quella dell'iscrizione nel *FIJAIS*, registro giudiziario nazionale degli autori di reati sessuali o violenti, nel quale vengono iscritti i soggetti condannati (o anche imputati) per reati di natura sessuale (violenza sessuale commessa su soggetti di maggiore età e su minori, prostituzione minorile, corruzione di minorenne, pornografia minorile e omicidio volontario o premeditato di un minore preceduto o accompagnato da violenza sessuale) e per reati caratterizzati da violenza contro le persone (torture e atti di barbarie, omicidio volontario o premeditato accompagnato da torture o atti di barbarie, ed anche omicidio volontario o premeditato semplice ma commesso in stato di recidiva legale)<sup>259</sup>.

---

<sup>258</sup> Cfr. *supra*, cap. III, par. 1.2.

<sup>259</sup> Cfr. *supra*, cap. III, par. 1.2., 1.3.2.

L'iscrizione nel *FIJAIS* comporta l'imposizione, a titolo di misura di sicurezza, dell'obbligo di comunicazione periodica dell'indirizzo di residenza e delle relative variazioni; tale obbligo deve essere assolto dal soggetto iscritto, in via generale, una volta all'anno attraverso comunicazione scritta, con lettera raccomandata, al commissariato di polizia. Tuttavia i soggetti condannati per un reato punito con pena detentiva uguale o superiore a dieci anni devono assolvere l'obbligo di comunicazione due volte all'anno, presentandosi personalmente presso *le groupement de gendarmerie départementale*, salva la possibilità per il giudice di stabilire che tale obbligo debba essere assolto una volta al mese, qualora la pericolosità del soggetto lo richieda. Nel caso di condanna per omicidio commesso in stato di recidiva legale l'obbligo di comunicazione ha necessariamente cadenza mensile<sup>260</sup>. La violazione di tali obblighi è sanzionata con la pena detentiva della durata di due anni e con la pena di trentamila euro d'ammenda.

La durata dell'iscrizione nel registro, e quindi dei relativi obblighi, è di trent'anni per i reati puniti con pena detentiva uguale o superiore a dieci anni mentre è di vent'anni negli altri casi; l'iscrizione nel registro è di regola automatica ed obbligatoria, salvo che in relazione a reati puniti con la pena detentiva di durata uguale o inferiore a cinque anni, nel qual caso ha carattere facoltativo e deve essere stabilita con decisione espressa del giudice o del Procuratore della Repubblica<sup>261</sup>.

La terza sanzione è quella della *surveillance judiciaire* la quale consiste, analogamente al *suivi socio-judiciaire*, nell'imposizione al condannato di una serie di obblighi e divieti che trovano applicazione al momento del suo ritorno in libertà, al termine dell'esecuzione della pena detentiva. Tali obblighi e divieti sono gli stessi di quelli previsti per il *suivi*, compresi l'*injonction de soins* e *le placement sous surveillance électronique mobile*<sup>262</sup>.

La *surveillance judiciaire* può essere disposta in relazione agli stessi reati per i quali è prevista l'applicazione del *suivi*, a condizione però che il soggetto sia stato condannato per uno di questi reati ad una pena detentiva di durata uguale o superiore

---

<sup>260</sup> Cfr. *supra*, cap. III, par. 1.2., 1.3.2.

<sup>261</sup> Cfr. *supra*, cap. III, par. 1.2.

<sup>262</sup> Cfr. *supra*, cap. III, par. 1.3.3.

a sette anni<sup>263</sup>. Tale misura, diversamente rispetto al *suivi* (che è disposto dal giudice di merito con la sentenza di condanna), è disposta dal giudice dell'esecuzione su richiesta del Procuratore della Repubblica prima del termine dell'esecuzione della pena detentiva, a condizione che il soggetto presenti una pericolosità tale da far apparire indubbia l'esistenza di un rischio di recidiva e che tale circostanza sia constatata da una perizia medica.

La durata massima della misura è pari all'ammontare complessivo della riduzione della pena di cui il detenuto abbia beneficiato per effetto della liberazione anticipata. Al termine della *surveillance judiciaire*, poi, potrà essere disposta l'applicazione della *surveillance de sûreté* nei confronti dei soggetti condannati, alla pena di quindici anni di reclusione, per uno dei reati per i quali è prevista la sanzione della *rétenction de sûreté*: nei confronti di tali soggetti, dunque, l'imposizione degli obblighi e dei divieti propri della *surveillance judiciaire* potrà essere prorogata, per la durata di due anni, a titolo di *surveillance de sûreté*.

La sanzione prevista per la violazione delle prescrizioni imposte con la *surveillance judiciaire* è quella della revoca della liberazione anticipata, con conseguente riconduzione in carcere ed obbligo di scontare la residua pena detentiva; la medesima sanzione è prevista in caso di rifiuto da parte dell'interessato del consenso necessario per l'imposizione (o per la prosecuzione) dell'*injonction de soins* e della *surveillance électronique mobile*<sup>264</sup>.

Inoltre, in caso di revoca della riduzione della pena e conseguente riconduzione in carcere, dovuta alla violazione delle prescrizioni della misura, la *juridiction régionale de la rétenction de sûreté* potrà stabilire l'applicazione della *surveillance de sûreté*, laddove da tale violazione risulti che il soggetto presenti un rischio di recidiva specifica con riferimento ai reati-presupposto della *rétenction de sûreté*.

La *surveillance judiciaire*, qualificata dal legislatore come misura di sicurezza, può essere applicata retroattivamente, in relazione a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge che l'ha istituita; il *Conseil constitutionnel* ha confermato la legittimità della sua applicazione retroattiva in considerazione della

---

<sup>263</sup> Cfr. *supra*, cap. III, par. 1.3.3.

<sup>264</sup> Cfr. *supra*, cap. III, par. 1.3.3.

sua natura di misura di sicurezza (come tale sottratta al principio di irretroattività previsto per le pene) ed affermando che tale misura costituisca una mera modalità di esecuzione della pena, potendo essere prevista solo per una durata corrispondente alla parte di pena che il condannato non abbia eseguito per effetto della liberazione anticipata o delle riduzioni di pena supplementari di cui abbia comunque beneficiato<sup>265</sup>.

La politica della prevenzione e della sicurezza francese è infine arrivata al culmine nel 2008 con l'introduzione di due ulteriori sanzioni finalizzate alla prevenzione della recidiva di crimini di particolare gravità commessi da soggetti che presentano un grado elevato di pericolosità.

Si tratta della *rétenion de sûreté* e della *surveillance de sûreté*, due misure di sicurezza personali – l'una detentiva e l'altra non detentiva – applicabili, al termine della pena, a soggetti imputabili che siano stati condannati alla pena della *réclusion criminelle* di durata uguale o superiore a quindici anni per uno dei reati tassativamente previsti dalla legge come presupposto di tali sanzioni. Tali reati sono quelli di omicidio volontario o premeditato, torture o atti di barbarie, violenza sessuale, rapimento e sequestro di persona commessi a danno di un minore o a danno di un soggetto di maggiore età a condizione che sussista una circostanza aggravante oggettiva o la circostanza soggettiva della recidiva<sup>266</sup>.

La gravità della *rétenion de sûreté*, in quanto misura di sicurezza privativa della libertà personale che comporta l'internamento potenzialmente perpetuo del soggetto in un *centre socio-médico-judiciaire*, ha fatto sì che questa sia stata prevista come sanzione di carattere residuale applicabile solo nei casi di pericolosità sociale più elevata, e cioè nei confronti di soggetti che presentino una particolare pericolosità caratterizzata da una probabilità molto elevata di recidiva per il fatto di essere affetti da un disturbo grave della personalità. La sussistenza di tale presupposto soggettivo - cioè della particolare pericolosità del soggetto causata dall'esistenza di un disturbo grave della personalità, tale da far esistere una probabilità molto elevata di recidiva specificamente riferita ai reati che costituiscono il presupposto dell'applicazione della *rétenion* - è verificata dalla *commission pluridisciplinaire des mesures de*

---

<sup>265</sup> Cfr. *supra*, cap. III, par. 1.3.3.

<sup>266</sup> Cfr. *supra*, cap. III, par. 2.2., 2.3.

*sûreté* che è incaricata di effettuare, almeno un anno prima della data prevista per la liberazione del condannato, una valutazione pluridisciplinare della pericolosità del soggetto, anche sulla base di una perizia medica realizzata da due esperti; se al termine di tale valutazione la commissione ritiene integrato il presupposto soggettivo può proporre, con parere motivato, l'applicazione della misura dopo aver verificato che quest'ultima costituisca l'unico mezzo per prevenire la recidiva e che le altre misure del *suivi*, dell'iscrizione nel *FIJAIS* e della *surveillance judiciaire* risultino a tal fine insufficienti.

Dal punto di vista procedurale la decisione sull'applicazione della *rétenion* è presa da un giudice speciale creato *ad hoc* - la *juridiction régionale de la rétenion de sûreté* - a condizione che la corte d'assise nella sentenza di condanna abbia espressamente previsto la possibilità della sua applicazione. La *rétenion de sûreté* ha durata di un anno e può essere prorogata per un numero indefinito di volte, a condizione che a seguito di un riesame della personalità del soggetto ne risultino ancora integrati i presupposti, avendo dunque una durata potenzialmente perpetua<sup>267</sup>; essa può trovare applicazione solo con riferimento alle condanne intervenute per fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge che l'ha istituita, come ha affermato il *Conseil constitutionnel* nella decisione n° 2008-562 (diversamente da quanto era stato previsto originariamente dal legislatore nella legge n° 2008-174)<sup>268</sup>.

La *surveillance de sûreté* invece costituisce una misura di sicurezza non custodiale che si concreta nell'imposizione al condannato delle medesime prescrizioni proprie della *surveillance judiciaire* (a loro volta uguali a quelle proprie del *suivi*), ivi comprese l'*injonction de soins* e la *surveillance électronique mobile*, per la durata di due anni prorogabile un numero indefinito di volte.

Questa misura è applicabile ai soggetti socialmente pericolosi che presentino un rischio di recidiva specifica (in relazione ai reati-presupposto) non così elevato da giustificare l'applicazione della misura detentiva; rimangono invece invariati gli altri presupposti di applicazione della *rétenion*. In particolare la *surveillance de sûreté*, come si è visto, può trovare applicazione al termine di un *suivi socio-judiciaire* o di una *surveillance judiciaire* allorché il soggetto risulti ancora pericoloso, oppure al

---

<sup>267</sup> Cfr. *supra*, cap. III, par. 2.2.

<sup>268</sup> Cfr. *infra*, cap. IV, par. 3.1.

termine di una *rétenction de sûreté* allorché il soggetto presenti un rischio di recidiva non così elevato da giustificare la prosecuzione dell'internamento.

La sanzione prevista dalla legge nel caso di violazione degli obblighi imposti a titolo di *surveillance de sûreté* è l'applicazione della *rétenction*: il codice di procedura penale prevede infatti che, nel caso in cui dalla violazione di tali obblighi risulti una particolare pericolosità del soggetto caratterizzata da una probabilità molto elevata di recidiva specifica, il presidente della *juridiction régionale* possa disporre il suo internamento in *centre socio-médico-judiciaire de sûreté* con efficacia immediata, dovendo poi questo essere convalidato entro il termine di tre mesi dalla *juridiction régionale* secondo la procedura ordinaria.

La *rétenction de sûreté* dunque può trovare applicazione anche non immediatamente al termine della pena detentiva ma a seguito di una *surveillance de sûreté* della quale il soggetto abbia violato le prescrizioni: in quest'ultimo caso, poiché la *surveillance de sûreté* trova applicazione immediata dopo l'entrata in vigore della legge istitutiva per fatti commessi anteriormente, la *rétenction de sûreté* potrebbe essere applicata retroattivamente in relazione a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge del 2008, vanificando così la pronuncia del *Conseil constitutionnel* relativa alla soggezione della *rétenction* al principio di irretroattività della legge penale sfavorevole<sup>269</sup>.

### 3.2. Il diritto penale della pericolosità.

La predisposizione di un apparato di misure di sicurezza tanto efficace nell'ottica del controllo post-carcerale dei delinquenti pericolosi, culminato con la previsione di una forma di controllo custodiale, mostra come la risposta del diritto penale al fenomeno della criminalità si sia spostata “dalla reazione al fatto colpevole alla prevenzione della pericolosità”<sup>270</sup>, determinando in tal modo la nascita in Francia di un vero e proprio «*droit pénal de la dangerosité*»<sup>271</sup>.

La costruzione del diritto penale della pericolosità, secondo la riflessione di *Mireille Delmas-Marty*, illustre penalista francese, sarebbe il frutto, in ultima analisi,

---

<sup>269</sup> Cfr. *infra*, cap. IV par. 3.

<sup>270</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 311.

<sup>271</sup> G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi*, in *RSC*, 2010, p. 70.

di una «*culture de la peur qui déforme et transforme le monde réel*»<sup>272</sup>; ciò in un duplice senso: da un lato, deforma la percezione del mondo reale attraverso l'exasperazione delle insicurezze collettive e l'identificazione dei bersagli su cui queste insicurezze si concentrano, e dall'altro trasforma il controllo sociale che si concentra sempre di più sul bisogno di sicurezza a discapito delle libertà individuali<sup>273</sup>. Questa cultura della paura dominerebbe ormai il discorso politico in materia penale il quale risponderebbe alle istanze sociali di maggiore sicurezza (spesso derivanti dalla diffusione mediatica di gravi fatti di cronaca i quali, «sull'onda emotiva della empatica identificazione con la vittima»<sup>274</sup>, producono un aumento del sentimento di insicurezza collettiva), con l'introduzione di nuovi strumenti di controllo della pericolosità in un'ottica di prevenzione del rischio connesso alla criminalità, diffondendo così un «un messaggio simbolico di difesa sociale»<sup>275</sup>.

Nel diritto penale della pericolosità, figlio della cultura della paura, «*la dangerosité se sépare de la culpabilité, isolant les individus dangereux*»<sup>276</sup>, i quali divengono i destinatari di nuove misure di sicurezza, anche custodiali, che «hanno come scopo neutralizzare la pericolosità del soggetto»<sup>277</sup>.

In Francia gli individui più pericolosi, destinatari della *rétenion de sûreté*, sono individuati sulla base di un duplice presupposto: in primo luogo, un presupposto di carattere oggettivo rappresentato dal riferimento al tipo di reato commesso, che deve rientrare nel novero delle fattispecie tassativamente indicate dal legislatore come presupposto di applicazione della misura<sup>278</sup>. Si tratta di reati di particolare gravità che secondo il legislatore farebbero presumere la pericolosità del loro autore e che sono individuati, da un punto di vista qualitativo, nei reati sessuali e nei reati connotati da violenza contro le persone (che ledono i beni giuridici fondamentali della vita e della libertà di autodeterminazione sessuale), e da un punto di vista

---

<sup>272</sup> M. DELMAS-MARTY, *Securité et dangerosité*, in *Revue française de droit administratif*, 2012, p. 1096.

<sup>273</sup> G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi* “cit.”, p. 70.

<sup>274</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 296.

<sup>275</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 313.

<sup>276</sup> M. DELMAS-MARTY, *Securité et dangerosité* “cit.”, p. 1096.

<sup>277</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 294.

<sup>278</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 294.

quantitativo con riferimento alla gravità della condanna riportata che deve consistere nella pena della reclusione criminale di durata almeno pari a quindici anni.

In secondo luogo, si richiede l'esistenza di un presupposto di carattere soggettivo rappresentato dall'esistenza di un disturbo grave della personalità che non abbia però escluso la capacità di intendere e di volere del soggetto (la misura si rivolge quindi ai soggetti pienamente e parzialmente imputabili che hanno già scontato una pena detentiva). Proprio la previsione della necessaria esistenza di un disturbo della personalità che rappresenta il fondamento del giudizio prognostico sul rischio di recidiva ha consentito un radicale mutamento dello stereotipo del delinquente pericoloso, che dal delinquente recidivo o abituale si sposta al delinquente autore primario: la misura di sicurezza detentiva, così, "nata per essere applicata ai recidivi pericolosi, trova i propri destinatari anche negli autori primari"<sup>279</sup>.

La trasformazione dello stereotipo del delinquente pericoloso è stata dunque caratterizzata da un processo di «patologizzazione»<sup>280</sup> alla stregua del quale il delinquente pericoloso è identificato in un soggetto psicopatico – ma imputabile – e conseguentemente l'elemento cardine del giudizio di pericolosità diviene l'esistenza di un disturbo psicopatologico del soggetto, a prescindere dalla sua carriera criminale<sup>281</sup>. D'altra parte, proprio la patologizzazione del delinquente pericoloso ha condotto inevitabilmente all'affermazione della necessità di sottoporre il soggetto ad un trattamento medico, circostanza quest'ultima che nell'ordinamento francese ha assunto un ruolo centrale nel controllo della pericolosità, sia nella fase post-carcerale, anche nella forma non custodiale, attraverso la previsione dell'*injonction de soins* quale prescrizione propria delle misure del *suivi* e della *surveillance judiciaire* (e quindi poi anche della *surveillance de sûreté*), sia nella fase dell'esecuzione penitenziaria, allorché si è previsto che il trattamento terapeutico possa iniziare durante l'esecuzione della pena e si è subordinato l'accesso agli istituti della liberazione condizionale e della liberazione anticipata alla circostanza che il condannato si sia sottoposto a tale trattamento.

---

<sup>279</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 295.

<sup>280</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 347.

<sup>281</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 295.

### 3.2.1. *La prognosi di pericolosità sociale.*

Il processo di patologizzazione dello stereotipo del delinquente pericoloso ha contribuito a delimitare l'ambito del giudizio prognostico attraverso l'indicazione specifica non solo della base di tale giudizio – l'esistenza del disturbo psicopatologico, appunto – ma anche degli elementi che attengono più precisamente alla prognosi, essendo richiesto non un qualunque rischio di recidiva ma un rischio di recidiva caratterizzato da un tasso di probabilità di commissione di futuri reati elevato; e, di più, delimitando l'oggetto del rischio di recidiva, non essendo sufficiente un rischio di recidiva generica, ma dovendo sussistere un rischio di recidiva specifica relativa cioè alla commissione di fatti di reato della stessa specie di quello commesso o, in altre parole, dei reati tassativamente indicati dal legislatore come presupposto di applicazione della misura<sup>282</sup>.

La definizione puntuale dell'oggetto del giudizio prognostico, se rappresenta indubbiamente un progresso rispetto alla previsione (che caratterizzava ad esempio la prima disciplina tedesca delle misure di sicurezza del 1933) di un giudizio prognostico assolutamente arbitrario in quanto fondato su elementi del tutto generici e vaghi, non basta tuttavia ad offrire una soluzione convincente a quello che continua a rappresentare il «vero punto debole del sistema preventivo»<sup>283</sup>.

Il giudizio prognostico permane un giudizio sostanzialmente incerto e la sua incertezza «costituisce un dato immanente del sistema»<sup>284</sup>: il disturbo della personalità è un dato che richiede di essere accertato dai periti e cioè da soggetti che abbiano competenze tecniche specifiche in campo medico-psichiatrico, e, in un sistema che vuole la pericolosità criminologica causata da un disturbo della personalità del soggetto, è lo stesso compito di effettuare la prognosi sul rischio di recidiva a spostarsi dal giudice allo psichiatra.

Questo spostamento, in relazione al quale alcuni autori hanno parlato di «*un mouvement massif de recours au monde médical*» tale da far sì che «*plus aucune décision n'est prise sans l'expert*»<sup>285</sup>, ha causato la nascita di nuove tensioni tra il

---

<sup>282</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 295.

<sup>283</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 295.

<sup>284</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 344.

<sup>285</sup> J. DANET – C. SAAS, *Le fou et sa «dangerosité», un risque spécifique pour la justice pénale*, in *RSC*, 2007, p. 787.

mondo della psichiatria e quello della giustizia<sup>286</sup>. Ciò soprattutto per il fatto che il sapere psichiatrico, il quale si vede attribuire il compito dell'accertamento della pericolosità sociale, tende a ritirarsi da tale incarico considerando il giudizio prognostico di pericolosità sociale non di sua competenza<sup>287</sup>.

Alcuni autori affermano infatti che *“on sait très bien aujourd’hui que la dangerosité ne correspond à aucun critère médical ou scientifique; elle est un construit de l’histoire des sociétés, un résidu sociologique”*<sup>288</sup> e la stessa *Fédération française de psychiatrie* nel suo rapporto intitolato *«Expertise psychiatrique pénale»*, nella parte relativa alle raccomandazioni, ha affermato che *“il convient d’éviter l’amalgame entre risque de rechute d’une pathologie psychiatrique et risque de récurrence de l’acte délictueux. La notion de dangerosité est une notion infiltrée de subjectivité qui ne se réduit pas à une analyse psychiatrique et qui nécessite une perspective pluridisciplinaire: en ce sens on peut parler de psychocriminologie”*<sup>289</sup>.

Quest’ultima è in effetti la strada intrapresa dal legislatore francese a partire dal 2005, momento in cui ha creato la *commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté* come organo consultivo incaricato di effettuare la valutazione della pericolosità del soggetto in vista dell’eventuale applicazione delle misure di sicurezza che incidono in modo più grave sui diritti fondamentali della persona: è quanto avviene oggi ai fini della decisione sull’imposizione della *surveillance électronique mobile*, della *rétenion* e della *surveillance de sûreté*.

L’intento del legislatore di conferire scientificità alla prognosi di pericolosità sociale, sotteso alla previsione di una valutazione pluridisciplinare della pericolosità (si badi bene, sempre sul presupposto di una perizia medica), si scontrerebbe però innanzitutto con una realtà che non ne fornisce i mezzi: questo dato è messo in luce da un’autorevole esponente della dottrina penalistica la quale afferma che *“pour mettre en œuvre cette logique de coagulation par ailleurs salutaire de méthodologies qui s’appelle la criminologie, il ne se trouve pas en France le moindre criminologue*

---

<sup>286</sup> J. DANET – C. SAAS, *Le fou et sa «dangerosité», un risque spécifique pour la justice pénale* “cit.”, p. 788.

<sup>287</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 312.

<sup>288</sup> L.-M. RAYMONDIS, *Psychiatrie et droit*, RTD civ., 1974, in J. DANET – C. SAAS, *Le fou et sa «dangerosité», un risque spécifique pour la justice pénale* “cit.”, p. 784.

<sup>289</sup> *Fédération française de psychiatrie, Expertise psychiatrique pénale*, in J. DANET – C. SAAS, *Le fou et sa «dangerosité», un risque spécifique pour la justice pénale* “cit.”, p. 790.

*clinicien! Les universités ne reconnaissent pas cette discipline, les diplômes d'État n'existent pas*"<sup>290</sup>.

Peraltro rimane assai dubbio che, anche a fronte di uno sviluppo adeguato della criminologia clinica, il concetto di pericolosità sociale ed il relativo giudizio possano perdere quel carattere di incertezza che necessariamente li accompagna. In questo senso si è espressa la stessa autrice allorché ha affermato: *“la dangerosité est un concept insaisissable, la prédiction du risque de récidive n'est pas encore au point – surtout faute d'évaluation criminologique digne de ce nom – et ne le sera sans doute jamais tout à fait*"<sup>291</sup>.

Nondimeno gli interventi del legislatore effettuati nella direzione di assicurare carattere di scientificità alla prognosi criminale (in particolare, il massiccio e generalizzato ricorso alle perizie medico-psichiatriche e l'utilizzo di valutazioni pluridisciplinari della pericolosità) si rivelerebbero del tutto insufficienti a tale fine in quanto, in ultima analisi, inficiati da un errore sistematico difficilmente eliminabile: questo errore attiene al fatto che *“certains auteurs et de nombreux experts semblent avoir convaincu le législateur du caractère scientifique des prédictions. Cela permet d'affirmer que si les expertises ne sont peut-être pas suffisamment fiables, elles le deviendront immanquablement, grâce aux progrès de la science*"<sup>292</sup>.

Viceversa oggi un numero cospicuo di criminologi, oltre che di psichiatri, denuncia che *“il n'existe aucun critère scientifique permettant de pronostiquer la dangerosité*"<sup>293</sup>: le perizie svolte sulla valutazione della pericolosità costituiscono dal punto di vista scientifico una fallimento (come dimostrano i risultati di alcuni studi condotti sul tema i quali mostrano l'esistenza di un numero assai elevato di errori, sia di falsi positivi sia di falsi negativi<sup>294</sup>) in quanto esse si fondano esclusivamente sulla esperienza clinica del perito e sulle sue intuizioni o impressioni personali<sup>295</sup>. Di conseguenza, i risultati delle perizie svolte su uno stesso soggetto variano in maniera

---

<sup>290</sup> M. HERZOG-EVANS, *La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des «principes cardinaux» de notre droit* “cit.”, p. 162.

<sup>291</sup> M. HERZOG-EVANS, *La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des «principes cardinaux» de notre droit* “cit.”, p. 162.

<sup>292</sup> A. COCHE, *Faut-il supprimer les expertises de dangerosité?*, in RSC, 2011, p. 26.

<sup>293</sup> A. COCHE, *Faut-il supprimer les expertises de dangerosité?* “cit.”, p. 26.

<sup>294</sup> A. COCHE, *Faut-il supprimer les expertises de dangerosité?* “cit.”, p. 22.

<sup>295</sup> A. COCHE, *Faut-il supprimer les expertises de dangerosité?* “cit.”, p. 26.

radicale da un esperto all'altro e risulterebbe pertanto provato che le prognosi effettuate dagli specialisti non sono più affidabili di «*celles du simple profane*»<sup>296</sup>.

Secondo questi autori quindi “*les prédictions en matière de dangerosité, dont le caractère arbitraire est souvent dénoncé, sont aussi peu scientifique que les prédiction astrologique*”, così poco scientifiche da trasformare coloro che vi si dedicano – psichiatri, psicologi e criminologi clinici – da uomini di scienza in «*magiciens*», «*oracles*» o «*prophètes*»<sup>297</sup>. Il giudizio prognostico di pericolosità che si vorrebbe scientifico costituirebbe un'illusione, alimentata dal «mito» di una scienza capace di accertare in maniera certa la pericolosità che pochi considerano ancora una realtà<sup>298</sup>. Le ragioni del suo fallimento risiederebbero dunque non nell'assenza di scientificità del metodo bensì nell'impossibilità della predizione del comportamento umano: “*nous prétendons juger, au-delà des faits, un homme ou une femme. L'ambition est belle, mais hasardeuse. Pour y réussir, il ne serait pas superflu d'être Dieu*”<sup>299</sup>.

### 3.2.2. Un diritto penale del nemico?

Vi è almeno un'ultima riflessione sul diritto penale della pericolosità che deve essere svolta, una riflessione che trae spunto dalla dottrina elaborata da *Günter Jakobs* e conosciuta con il nome di dottrina del diritto penale del nemico. Questa dottrina, sorta in Germania alla fine degli anni novanta, è oggi per lo più conosciuta ed utilizzata nel discorso sulla reazione del diritto penale di fronte agli attacchi provenienti dai terroristi, considerati soprattutto dopo gli attentati dell'11 settembre i nemici assoluti; tuttavia considerando il periodo in cui tale dottrina è stata elaborata si capisce come la figura del terrorista non sia che l'esempio più estremo di nemico e come questa riflessione riguardi non solo i terroristi bensì, più in generale, gli individui pericolosi<sup>300</sup>.

---

<sup>296</sup> A. COCHE, *Faut-il supprimer les expertises de dangerosité?* “cit.”, p. 26.

<sup>297</sup> A. COCHE, *Faut-il supprimer les expertises de dangerosité?* “cit.”, p. 26.

<sup>298</sup> A. COCHE, *Faut-il supprimer les expertises de dangerosité?* “cit.”, p. 21.

<sup>299</sup> G. PERRAULT, *Experts et expertises psychologiques et psychiatriques devant la justice, Les expertises et leurs problematiques*, in *Connexions*, n° 74, 2000, p. 35, in A. COCHE, *Faut-il supprimer les expertises de dangerosité?* “cit.”, p. 21.

<sup>300</sup> G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi* “cit.”, p. 74.

Non è un caso del resto che *Jakobs* abbia iniziato la propria riflessione proprio partendo dall'analisi della custodia di sicurezza tedesca. Egli costruisce il proprio pensiero partendo dalla constatazione dell'esistenza di un diritto penale del nemico, di un diritto penale cioè di carattere eccezionale che costituisce una deroga rispetto al diritto penale ordinario: lo scopo della sua analisi dunque è di comprendere i meccanismi e le logiche di fondo di questo tipo di diritto penale, quindi di spiegarlo (e infine legittimarlo)<sup>301</sup>.

Esisterebbe, secondo l'autore, il «diritto penale del cittadino» fondato sul concetto di colpevolezza e che prevede nei confronti dell'individuo una serie di garanzie, sia sul piano sostanziale sia sul piano processuale, al quale si contrapporrebbe il diritto penale del nemico, imperniato sulla pericolosità di alcuni individui che non si conformano alle norme del sistema e non offrono neppure alcuna garanzia in ordine al fatto che i loro comportamenti futuri saranno conformi alle norme della società, e che per questo motivo divengono destinatari di misure fortemente aggressive dei diritti individuali e vedono le loro libertà individuali gravemente limitate<sup>302</sup>. Si tratta dunque di «un diritto spurio rispetto ai principi generali del sistema penale»<sup>303</sup>, il quale prevede una serie di deroghe a questi ultimi giustificate dalla convinzione che alcuni individui debbano essere trattati in modo diverso rispetto ai normali cittadini, come nemici, appunto, dai quali la società deve difendersi utilizzando anche i mezzi più estremi<sup>304</sup>.

La teoria di *Jakobs* ha dato origine ad un dibattito internazionale che ha visto la dottrina riflettere ed interrogarsi sull'esistenza o meno di un diritto penale del nemico, costruito attorno alla figura del nemico intesa come paradigma, e cioè come «*référence pour la construction d'un droit pénal nouveau*»<sup>305</sup>. Il riferimento alla dottrina di *Jakobs* da un punto di vista descrittivo sembra adattarsi perfettamente al diritto penale della pericolosità ed al connesso sviluppo dell'apparato preventivo *post delictum* delle misure di sicurezza che lo caratterizza<sup>306</sup>.

---

<sup>301</sup> G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi* "cit.", p. 74.

<sup>302</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 332.

<sup>303</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 332.

<sup>304</sup> G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi* "cit.", p. 74.

<sup>305</sup> G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi* "cit.", p. 74.

<sup>306</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 333.

Il merito della dottrina del diritto penale del nemico nonché l'utilità del suo raffronto con il diritto penale della pericolosità potrebbe consistere nel mettere in luce le aberranti derive cui un simile diritto può condurre: è questa l'opinione di Geneviève Giudicelli-Delage, un'autorevole penalista francese studiosa del tema in esame, secondo la quale la scelta della stessa espressione «diritto penale del nemico», soprattutto perché riferita ad un istituto creato dal regime nazional-socialista, mostrerebbe un'allarmante analogia con alcune teorie presenti nella dottrina penalistica del regime<sup>307</sup>.

L'autrice fa riferimento ad esempio alle parole del penalista Mezger il quale, parlando del progetto di legge relativo a «*les étrangers et ennemis de la communauté*» che propose ed infine introdusse «*la stérilisation des personnes asociales dont l'héritage était indésirable, la castration des homosexuels, l'internement pour une durée indéterminée dans des camps de concentration des incorrigibles*», si esprime affermando: «*Dans le futur il y aura deux droits pénaux: un droit pour la généralité (dans lequel essentiellement se maintiendront les principes appliqués jusqu'à présent) et un droit pénal (complètement différent) pour des groupes spéciaux de personnes déterminées comme par exemple ceux qui ont tendance à la délinquance. L'aspect décisif sera d'établir dans quel groupe sera incluse la personne en question. Une fois que l'inclusion sera faite, le droit spécial devra s'appliquer sans limites*»<sup>308</sup>.

L'utilità del monito rappresentato dal raffronto con il diritto penale del nemico non può però mettere in ombra la gravità delle conclusioni alle quali giunse invece il suo autore il quale ebbe piuttosto come intento quello di giustificare e legittimare l'esistenza di un diritto che, nel momento in cui si rivolge a soggetti pericolosi o nemici della società, si spoglia delle garanzie minime. Jakobs individua una tale legittimazione da un lato sul piano etico e dall'altro lato sul piano dell'utilità<sup>309</sup>: sotto il primo profilo egli giustifica l'esistenza di un regime giuridico diverso applicabile agli individui più pericolosi in considerazione del fatto che sarebbero questi stessi individui con i loro atti e comportamenti ad escludersi dalla

---

<sup>307</sup> G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi* "cit.", p. 76.

<sup>308</sup> G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi* "cit.", p. 76.

<sup>309</sup> Cfr. *infra*, cap. IV, par. 2.2.

comunità e dal rispetto delle sue norme<sup>310</sup>. Sotto il secondo profilo, *Jakobs* afferma che lo stato, avendo il dovere di proteggere i suoi cittadini, non potrebbe fare a meno di un diritto penale del nemico, che si troverebbe dunque legittimato da un'esigenza di realismo<sup>311</sup>.

Se dunque, come sostiene Marco Pelissero, da un punto di vista descrittivo il diritto penale della pericolosità che si è sviluppato in Francia, attraverso la costruzione di un massiccio apparato di misure di sicurezza rivolte ai soggetti imputabili pericolosi, potrebbe costituire un'emblematica esemplificazione dell'idea del diritto penale del nemico, ciò che di questa teoria non può in alcun modo essere condiviso sono le conclusioni che essa trae sul piano dell'ammissibilità di un diritto penale che "distingue tra cittadini e nemici", privando questi ultimi delle garanzie minime in ordine al rispetto dei diritti individuali fondamentali<sup>312</sup>.

La giustificazione morale del diritto penale del nemico proposta da *Jakobs* – fondata sull'idea che sia lo stesso autore del reato ad escludersi dalla società ed a costituirsi nemico di quest'ultima non offrendo alcuna garanzia circa il futuro rispetto delle norme della società - appare una pericolosa legittimazione di un diritto penale che sottopone alcune persone a gravissime «compromissioni della libertà personale» senza incontrare alcun limite nel rispetto delle garanzie individuali poste a tutela dei loro diritti fondamentali<sup>313</sup>.

Le conclusioni cui giunge la dottrina del diritto penale del nemico in ordine alla legittimità di un simile "modo di essere" del diritto penale mostrano allora, in modo lampante, la necessità di ricercare dei limiti che siano in grado di arginare il ricorso alle misure di sicurezza rivolte ai soggetti imputabili pericolosi, utilizzate al fine di prevenire la commissione di futuri reati in un'ottica di pura difesa sociale, in modo che sia assicurato il rispetto delle garanzie individuali riconosciute alla persona nel rapporto con il diritto penale.

---

<sup>310</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 332.

<sup>311</sup> G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi* "cit.", p. 75.

<sup>312</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit."; p. 333.

<sup>313</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit."; p. 334.



## CAPITOLO IV

### LA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL SISTEMA DEL DOPPIO BINARIO

SOMMARIO: 1. Misure di sicurezza detentive e principi costituzionali: un difficile connubio. – 2. Il rinnovo della riflessione sul sistema del doppio binario nel secondo dopoguerra. – 2.1. La crisi delle misure di sicurezza detentive. – 2.2. La ricerca della legittimazione delle misure di sicurezza alla luce della Costituzione in Italia e in Germania. – 2.3. L’abbandono della prospettiva dualistica in Francia. – 3. L’odierno doppio binario francese di fronte al *Conseil Constitutionnel*. – 3.1. La decisione n° 2008-562 DC. – 3.2. La legittimità costituzionale della *rétention de sûreté*.

#### **1. Misure di sicurezza detentive e principi costituzionali: un difficile connubio.**

Le misure di sicurezza a carattere custodiale rivolte ai soggetti imputabili, inserite nel sistema del doppio binario in funzione di «complemento»<sup>1</sup> della pena detentiva, incidono profondamente sui diritti fondamentali dell’uomo. L’individuo che sia riconosciuto al contempo socialmente pericoloso e imputabile viene privato della propria libertà personale a titolo di pena commisurata alla sua responsabilità colpevole, prima, e a titolo di misura di sicurezza per un tempo indefinito e potenzialmente perpetuo, fin tanto che sia ritenuta sussistente la sua pericolosità, poi.

L’enorme incidenza di tale meccanismo sanzionatorio sui diritti individuali rende imprescindibile una verifica della sua legittimità in relazione alla Costituzione che di tali diritti rappresenta il garante; numerosi sono infatti i profili sotto i quali il sistema del doppio binario rischia di porsi in contrasto con i principi e i valori fondamentali espressi dalle Carte Costituzionali con riferimento diretto alla materia penale e più in generale con riferimento al modello del «moderno Stato costituzionale»<sup>2</sup>. Nel «nuovo Stato sociale di diritto»<sup>3</sup> infatti si ritrovano da un lato gli aspetti garantistici dello Stato liberale di diritto rappresentati dalla tutela dei diritti fondamentali dell’uomo e dalla garanzia delle libertà individuali rispetto ai quali risulta centrale il principio di legalità dei reati e delle pene; dall’altro lato nascono i diritti di carattere sociale e si configura una nuova concezione dei compiti dello stato

---

<sup>1</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”.

<sup>2</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 276.

<sup>3</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 277.

secondo la quale il fine principale è costituito dal raggiungimento dell'uguaglianza sostanziale tra gli individui<sup>4</sup>. Tale fine, che passa attraverso la rimozione degli ostacoli economici e sociali di fatto esistenti nella società che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, delinea un nuovo rapporto tra l'individuo e la società, all'interno del quale le esigenze fondamentali della persona trovano una piena realizzazione "anche e soprattutto nelle sue proiezioni sociali"<sup>5</sup>, ed in cui assumono un ruolo centrale i principi di tutela della dignità dell'uomo, di sviluppo della sua personalità e di solidarietà<sup>6</sup>.

La nuova concezione dello Stato sociale di diritto porta poi con sé in maniera del tutto coerente il modello del diritto penale del fatto, il quale discende inequivocabilmente dal principio di legalità, secondo cui la pena è legittima solo in quanto conseguenza ricollegata dall'ordinamento giuridico alla commissione di un fatto socialmente dannoso che integra una fattispecie di reato, e non già come conseguenza di un modo di essere soggettivo o di un atteggiamento interiore del reo<sup>7</sup>. L'ancoraggio della potestà repressiva dello stato al disvalore insito nel fatto e non invece al disvalore espresso dalla persona dell'autore rappresenta infatti la prima fondamentale forma di garanzia dell'individuo.

Rispetto al quadro delineato appare dunque ragionevole (se non addirittura doveroso) dubitare della legittimità di un sistema sanzionatorio che priva alcuni individui della loro libertà personale sulla base del solo giudizio prognostico di pericolosità rispetto al quale da tempo "la vecchia e ingenua presunzione primopositivista di poter prevedere con esattezza la commissione di delitti"<sup>8</sup> ha fatto spazio alla consapevolezza dei limiti della prognosi criminale; la criminologia che di fronte alla «accusa di mancanza di scientificità del metodo»<sup>9</sup> ha in un primo momento cercato di elaborare un metodo scientifico per l'accertamento della pericolosità sociale non è riuscita nel suo intento, e la scienza psichiatrica cui il legislatore

---

<sup>4</sup> P. CARETTI – U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, VIII ed., Torino, 2006, p. 32.

<sup>5</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 276.

<sup>6</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 277.

<sup>7</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale* "cit.", p. 692.

<sup>8</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 192.

<sup>9</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 193.

odierno attribuisce il compito di effettuare il giudizio prognostico tende a sottrarsi a tale compito considerandolo non di sua competenza<sup>10</sup>.

Si aggiunga a ciò l'impossibilità di confutare il risultato di tale prognosi ed in particolare l'assenza di un metodo di accertamento del «falso positivo»<sup>11</sup>, non essendo possibile dimostrare con riferimento ai soggetti internati «che la prognosi positiva di pericolosità sia falsa»<sup>12</sup>. La scarsa attendibilità del giudizio prognostico di pericolosità fa così apparire non giustificata una privazione della libertà personale che si fondi su quello soltanto ed espone dunque le misure di sicurezza detentive al costante rischio di tradursi in una privazione arbitraria della libertà personale.

Le misure di sicurezza detentive, che a carico degli imputabili sono applicate in aggiunta alla pena detentiva, sottopongono il soggetto ad una doppia privazione della libertà personale dove la seconda, a titolo di misura di sicurezza, è fondata esclusivamente sullo stato di pericolosità sociale, ossia su un modo di essere dell'individuo: in relazione a quest'ultima dunque il principio di colpevolezza per il fatto, cardine del diritto penale del fatto, non è in grado di svolgere la propria funzione, di rappresentare cioè un limite rispetto all'*an* e al *quantum* della sanzione.

La misura di sicurezza poi, di fatto identica alla pena per contenuto, può risultare più afflittiva di quest'ultima in ragione dell'indeterminatezza della sua durata, senza essere però circondata dalle garanzie proprie della pena: non solo l'assenza dei limiti di durata che sono invece imposti alla pena dal principio di legalità ma anche il divieto di applicazione retroattiva<sup>13</sup>. A questo le misure di sicurezza sono tradizionalmente sottratte allorché si propongono di neutralizzare una pericolosità in atto al momento della loro applicazione e per tale motivo i paesi che originariamente adottarono il sistema sanzionatorio del doppio binario le disciplinarono affermando la regola secondo cui alle misure di sicurezza si applica la legge in vigore al momento della loro esecuzione.

Infine le misure di sicurezza detentive rivolte ai soggetti imputabili, benché giustificate dalla prospettiva di un trattamento volto a porre fine alla pericolosità del soggetto, rischiano di tradursi in un provvedimento volto alla sola neutralizzazione

---

<sup>10</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 312.

<sup>11</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 339.

<sup>12</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 339.

<sup>13</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale* "cit.", p. 572.

dell'individuo pericoloso e finalizzato, in un'ottica di difesa sociale, ad eliminarlo dalla società mettendolo ai margini di quest'ultima. In relazione a questo aspetto forte è la critica che è stata mossa da più parti, in passato negli ambienti dottrinali tedesco e italiano, e oggi, nell'ambito della dottrina francese: le misure di sicurezza detentive si fonderebbero su una ideologia che “abbassa l'uomo a mero oggetto per gli scopi degli altri”<sup>14</sup> e che, in una pura ottica utilitarista, sacrifica la sua libertà in nome dell'utilità generale<sup>15</sup>. L'uomo sarebbe trattato «non come una persona ma come materiale inutilizzabile»<sup>16</sup> o, in altre parole, come cosa da custodire e da mettere «*dans les ténèbres de la non-humanité*»<sup>17</sup>; l'uomo giudicato pericoloso viene demonizzato, ridotto alla sua sola pericolosità e spogliato della sua dignità che costituisce invece un valore assoluto in quanto universale e inderogabile<sup>18</sup>.

## **2. Il rinnovo della riflessione sul sistema del doppio binario nel secondo dopoguerra.**

Negli anni che seguirono il secondo conflitto mondiale il tema del doppio binario tornò in primo piano nell'ambito delle preoccupazioni della scienza penalistica. Nei paesi in cui, in seguito al profondo movimento dottrinale svoltosi a cavallo tra il diciannovesimo e il ventesimo secolo<sup>19</sup>, era stato adottato tale sistema sanzionatorio - in particolare in Italia e Germania - l'entrata in vigore della Costituzione pose la necessità di procedere ad una nuova riflessione sul sistema sanzionatorio del doppio binario. Si aprì dunque un momento caratterizzato da un'ampia e profonda riflessione dottrinale volta a ripensare non solo la struttura del sistema sanzionatorio ma anche e soprattutto i principi fondamentali del diritto penale nonché la missione di quest'ultimo nell'ambito del nuovo stato democratico, nel tentativo di abbandonare gli aspetti propri di quel diritto penale autoritario che si era configurato nell'esperienza dei regimi totalitari nazista e fascista<sup>20</sup>.

---

<sup>14</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 201.

<sup>15</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 201.

<sup>16</sup> HALL, *Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe*, in *JZ*, 1955, p. 145, in E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 202.

<sup>17</sup> P.-J. DELAGE, *La dangerosité comme l'éclipse de l'imputabilité et de la dignité*, in *RSC*, 2007, p. 804.

<sup>18</sup> P.-J. DELAGE, *La dangerosité comme l'éclipse de l'imputabilité et de la dignité* “cit.”, p. 805.

<sup>19</sup> Cfr. *supra*, cap. I.

<sup>20</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 166.

Questo complessivo ripensamento del fondamento del diritto penale alla luce dei principi posti dalla Costituzione in materia penale e, più in generale, con riferimento all'insieme dei valori caratterizzanti la nuova struttura statale delineata dal testo costituzionale, del quale la riflessione sul doppio binario costituì un momento fondamentale, ebbe inizio solo in un secondo momento, dopo un primo periodo nel quale l'attenzione della dottrina si concentrò su singoli aspetti della disciplina del sistema sanzionatorio ritenuti inadeguati, al fine di evidenziarne lacune e incongruenze<sup>21</sup>.

In Francia invece dove il sistema del doppio binario non si era mai tradotto in diritto vigente e la categoria delle misure di sicurezza non aveva trovato alcuna consacrazione legislativa<sup>22</sup>, un simile movimento dottrinale non si sviluppò. Ciò fu anche dovuto alla peculiarità che caratterizzò la vicenda costituzionale francese: *“jusqu’aux années 1970 la Constitution était avant tout considérée comme un document déterminant le régime politique et décrivant le fonctionnement des institutions”*<sup>23</sup>. La natura ed il significato attribuito al diritto costituzionale cominciarono a cambiare a partire dagli anni settanta quando questo smise di essere concepito soltanto come un settore giuridico volto a descrivere il funzionamento delle istituzioni statuali ed iniziò ad essere inteso come il testo giuridico fondamentale di tutti i rami dell'ordinamento. Tale trasformazione si realizzò attraverso la creazione e l'estensione del contenuto del c.d. *«bloc de constitutionnalité»* nel quale vennero ricompresi tutti i testi ai quali il preambolo della costituzione del 1958 fa rinvio ed ai quali il *Conseil constitutionnel* attribuì, con una serie di successive pronunce, valore costituzionale<sup>24</sup>. Il processo per così dire di revisione dei fondamenti del diritto penale alla luce dei principi costituzionali, che è stato efficacemente denominato in dottrina *«la constitutionnalisation du droit pénal*

---

<sup>21</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 167.

<sup>22</sup> Cfr. *supra*, cap. II

<sup>23</sup> *Droit pénal et droit constitutionnel*, in *Services du Conseil constitutionnel, janvier 2007*, p. 1.

Il documento è consultabile all'indirizzo web: [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/penalconstit.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/penalconstit.pdf)

<sup>24</sup> *Droit pénal et droit constitutionnel*, in *Services du Conseil constitutionnel, janvier 2007*, p. 1, *“Appartiennent donc désormais au «bloc de constitutionnalité» non seulement les articles de la Constitution proprement dite, mais aussi la Déclaration de 1789, les principes politiques, économiques et sociaux [...] contenus dans le Préambule de la Constitution de 1946, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, auxquels ce Préambule se réfère, ainsi que [...] la Charte de l’environnement de 2004”*.

*français*»,<sup>25</sup> ebbe dunque inizio con qualche ritardo rispetto a quanto avvenne nel nostro paese.

Per affrontare compiutamente la questione della legittimità costituzionale del sistema del doppio binario è dunque indispensabile ripercorrere il percorso seguito dalla dottrina per arrivare a «costituzionalizzare»<sup>26</sup> la questione delle misure di sicurezza nella sua essenza cominciando dai primi tentativi più specifici che furono volti ad evidenziare alcune incongruenze della loro disciplina in un'ottica più pragmatica di riforma della stessa.

### 2.1. La «crisi» delle misure di sicurezza detentive.

La storia della riflessione sul sistema del doppio binario nell'epoca del secondo dopoguerra può essere sinteticamente descritta come un passaggio dal particolare al generale, come è stato chiaramente mostrato da Musco, illustre penalista italiano e autorevole studioso della materia: egli infatti ha rilevato come l'opera di «costituzionalizzazione» delle misure di sicurezza si sia articolata in due momenti nettamente distinti, dei quali un primo momento fu caratterizzato dalla formulazione di posizioni critiche su aspetti particolari della questione, mentre in un secondo momento la dottrina prese ad affrontare il problema di fondo della legittimazione sostanziale delle misure di sicurezza detentive alla luce dei principi costituzionali<sup>27</sup>.

A tale riflessione sulla costituzionalità del doppio binario invero si arrivò in seguito ad un processo, intrapreso dalla dottrina, volto a mettere in evidenza alcuni fattori di crisi delle misure di sicurezza: tale processo, in maniera speculare a quello sopra descritto, prese avvio con una fase in cui la dottrina si preoccupò di formulare rilievi critici su singoli aspetti particolari della disciplina delle misure di sicurezza, al fine di eliminarne incongruenze e assurdità, per arrivare poi ad una fase nella quale essa si curò di affrontare il fenomeno della crisi delle misure di sicurezza nel suo complesso<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> *Droit pénal et droit constitutionnel* “cit.”, p. 1.

<sup>26</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 167.

<sup>27</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 197.

<sup>28</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 169.

Per quanto riguarda gli interventi della dottrina aventi ad oggetto singoli aspetti della disciplina normativa delle misure di sicurezza ritenuti inadeguati, in Italia uno dei primi fu quello conosciuto con il nome di «unificazione di pene e misure di sicurezza»<sup>29</sup>: tale orientamento critico denunciava in particolare l'inaccettabilità del trattamento sanzionatorio riservato ai soggetti pericolosi semi-imputabili sulla base di due principali argomentazioni, l'una di carattere più teorico, l'altra più pratico.

Si rilevava innanzitutto l'insensatezza di un trattamento costituito da una duplice privazione della libertà di cui la prima fondata sull'imputabilità e l'altra sulla pericolosità considerati come due modi di essere del soggetto assolutamente indipendenti laddove invece queste sono due caratteristiche che si condizionano reciprocamente e che insieme contribuiscono a formare la personalità del soggetto; in secondo luogo si attaccava duramente il profilo della disciplina secondo il quale, tra pena e misura di sicurezza, doveva essere eseguita prima la pena in quanto in tal modo le esigenze terapeutiche di trattamento della seminfermità mentale si trovavano sacrificate rispetto al profilo afflittivo della punizione. Sulla base di questi argomenti tale dottrina sosteneva in conclusione l'eliminazione del doppio trattamento sanzionatorio auspicando la sostituzione del binomio pena-misura di sicurezza con una sanzione unica di contenuto nuovo<sup>30</sup>.

Per quanto tale orientamento si fosse concentrato su aspetti specifici della disciplina del doppio binario, in un'ottica pragmatica più che in una teorica volta al ripensamento dei principi di fondo, non vi è dubbio che questo abbia avuto l'importante merito di riportare la questione sul piano del rapporto tra pena e misura di sicurezza, mostrando l'originaria verità per la quale la soluzione del problema della misure di sicurezza può trovarsi solo attraverso la soluzione del problema della pena poiché da questa “la misura di sicurezza continua a ricevere in via riflessa il suo spazio ed il suo contenuto”<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 169.

<sup>30</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 169.

<sup>31</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 171.

Vi furono poi altri due orientamenti di rilievo “volti a migliorare alcuni aspetti parziali del sistema del doppio binario”<sup>32</sup>, uno di matrice giurisprudenziale denominato «fungibilità di pena e misura di sicurezza», l’altro di matrice dottrinale riassunto nella formula «fattispecie soggettiva di pericolosità».

Con l’espressione «fungibilità tra pena e misura di sicurezza» si fa riferimento all’orientamento formatosi negli anni settanta in seno alla Suprema Corte che sostanzialmente estese alla misura di sicurezza detentiva il principio della detraibilità dalla durata della pena del tempo trascorso in detenzione senza valido titolo giustificativo<sup>33</sup>.

L’estensione di tale principio alle misure di sicurezza era avvenuta sulla base di una sentenza con la quale la Corte aveva affermato che “il principio della cosiddetta «fungibilità della detenzione» è operante anche tra pena e misure di sicurezza; si che un periodo di carcerazione espiato senza causa deve essere imputato ad un eguale periodo di internamento in una casa lavoro o in una colonia agricola”<sup>34</sup>, sul presupposto dell’identità di natura delle due sanzioni criminali, pur riconoscendo la sussistenza di caratteristiche proprie di ciascuna, desumibile dall’osservazione delle sanzioni nella loro realtà concreta<sup>35</sup>.

Anche se tale orientamento fu infine disapprovato da una sentenza in senso contrario delle Sezioni Unite della Cassazione che si fondava sul riconoscimento del dato formale della sostanziale diversità tra pene e misure di sicurezza, l’importanza che questo orientamento giurisprudenziale risiederebbe in ultima analisi nell’aver attribuito “un valore assolutamente primario al valore della libertà personale”<sup>36</sup>, tale da suggerire un superamento della formale dicotomia tra i due tipi di sanzione nella direzione di una loro unificazione.

L’altro orientamento fu sviluppato invece nell’ambiente dottrinale, ad opera di Pietro Nuvolone, il quale partendo da una «concezione preventiva del diritto penale» tentò un’opera di «razionalizzazione» del sistema del doppio binario<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 173.

<sup>33</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 174.

<sup>34</sup> Cass. 15 luglio 1960, in E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 175.

<sup>35</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 175.

<sup>36</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 179.

<sup>37</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 181.

Egli era al contempo influenzato dall'ideologia della *défense sociale nouvelle*<sup>38</sup> ed in questo senso individuava lo scopo della sanzione nella rieducazione del delinquente; con riferimento a questo aspetto denunciò l'irrazionalità del doppio binario in quanto, prevedendo che l'esecuzione della misura di sicurezza abbia inizio dopo l'esecuzione della pena (quindi molti anni dopo rispetto al momento della formulazione del giudizio di pericolosità), non tiene minimamente in conto la personalità dell'individuo, mostrandosi così indifferente al fine della rieducazione<sup>39</sup>. Parimenti criticabile appariva l'ancoraggio della misura di sicurezza ad una pericolosità definita in una categoria giuridica astratta: Nuvolone sosteneva al contrario l'opportunità di ancorare l'applicazione delle misure ad una «fattispecie soggettiva di pericolosità, caratterizzata biopsichicamente»<sup>40</sup> (da cui il nome della dottrina). Ritiene così che laddove dopo l'esecuzione della pena residui la necessità di applicare una misura di sicurezza il condannato debba essere “sottoposto ad accurati esami idonei a stabilire se permanga il suo stato di pericolosità”<sup>41</sup> e che, in caso di esito positivo, l'esecuzione della misura sia dunque subordinata ad un decreto del giudice di sorveglianza<sup>42</sup>.

La concezione del Nuvolone, nonostante fosse ancora fondata su una visione positivista del fenomeno criminale (che si voleva causato da fattori bio-psichici) ormai in via di superamento, merita senz'altro di essere condivisa per il fatto che aprì la strada all'eventualità del superamento del doppio binario, ritenendo che “le eventuali caratteristiche bio-psicologiche [del soggetto] possano trovare considerazione all'interno della pena”<sup>43</sup>; e così facendo egli ricondusse la questione della misura di sicurezza detentiva al problema della pena e del suo rapporto con quest'ultima.

Per quanto questi orientamenti specifici di dottrina e giurisprudenza si siano dimostrati insufficienti e quindi inadatti a fornire una risposta esaustiva alle

---

<sup>38</sup> Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.2.

<sup>39</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 182.

<sup>40</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 182.

<sup>41</sup> P. NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato*, in E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 183.

<sup>42</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 183.

<sup>43</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 184.

incongruenze del doppio binario, essi hanno avuto in ogni caso il merito di aver contribuito “a rendere più manifesta la crisi [complessiva] del doppio binario”<sup>44</sup>.

Tale crisi «generale» delle misure di sicurezza detentive fu causata da almeno tre diversi ordini di fattori: il primo è costituito dal «riemergere del principio di individualizzazione della pena»<sup>45</sup> che, già formulato intorno alla metà dell’ottocento dal francese *Raymond Saleilles* nella sua celebre opera intitolata «*L’individualisation de la peine*», era stato poi messo da parte durante l’esperienza dei regimi autoritari e che invece con la riaffermazione del diritto penale del fatto di marca garantista tornava in primo piano<sup>46</sup>. Di tale principio, che postula la necessità di riferire almeno in parte la reazione al reato alla personalità dell’agente sia sul piano del giudizio, attraverso un esame dell’intera vita dell’individuo per spiegarne il temperamento e il carattere, sia sul piano dell’esecuzione penitenziaria, adattando “il regime di applicazione della pena alle esigenze educative e morali di ciascuno”<sup>47</sup>, si appropriarono sia i classici sia i positivisti<sup>48</sup>. Ma, cosa più importante ai fini della presente trattazione, questo principio costituì il fulcro del nuovo movimento di pensiero della *Défense sociale nouvelle* sviluppatosi in Francia<sup>49</sup> che, come è stato già anticipato e come meglio vedremo tra breve, determinò un ritorno in forza della concezione monistica del sistema sanzionatorio e un conseguente superamento delle suggestioni più direttamente positiviste.

Ad ogni modo in questa sede è importante rilevare che “l’affermazione del principio della individualizzazione della pena tende ad eliminare la distinzione tra pena e misura”<sup>50</sup> che, da un punto di vista penitenziario volto alla ricerca del miglior trattamento possibile del condannato “*détenu dans un établissement pénitentiaire, qu’il le soit pour purger une peine de prison ou pour accomplir un internement de*

---

<sup>44</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 173.

<sup>45</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 185.

<sup>46</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 186.

<sup>47</sup> R. SALEILLES, *L’individualisation de la peine*, Paris, 1898, p. 206, in E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 185.

<sup>48</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 186.

<sup>49</sup> Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.2.

<sup>50</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 189.

*sûreté*”<sup>51</sup> in vista di una sua rieducazione, “[...] *devient une pure fiction ou un problème d’école dépourvu de toute réalité substantielle*”<sup>52</sup>.

Il secondo motivo di crisi del sistema del doppio binario è rappresentato proprio dal fenomeno della «crisi della distinzione tra pena e misure di sicurezza»<sup>53</sup> che, come si è visto sopra, è consistito in un processo di graduale avvicinamento delle due categorie di sanzioni, le quali sono venute sempre più a svolgere funzioni analoghe, mettendo in tal modo in discussione il fondamento stesso dell’esistenza delle misure di sicurezza accanto alle pene, che aveva trovato la sua giustificazione sul presupposto della necessità di entrambi i tipi di sanzioni in quanto diretti a svolgere funzioni diverse<sup>54</sup>. In tale periodo storico infatti da un lato si consolidò la fondatezza della critica conosciuta come «frode delle etichette», allorché l’attuazione della disciplina normativa delle misure di sicurezza aveva mostrato “le componenti più tipicamente penali e repressive”<sup>55</sup> di queste sanzioni che dunque, si riconosceva, venivano a svolgere al pari della pena una funzione chiaramente intimidatrice e general-preventiva. Dall’altro lato la valorizzazione del fine risocializzativo della pena avvenuta con il sorgere delle carte costituzionali contribuì a delineare «una concezione polidimensionale della pena»<sup>56</sup>, cui veniva assegnata una preminente funzione di prevenzione speciale, che fino ad allora le era ritenuta completamente estranea ed assegnata in via esclusiva alle misure di sicurezza<sup>57</sup>.

Infine il terzo fattore che determinò la crisi delle misure di sicurezza è rappresentato dalla «crisi della prognosi criminale»<sup>58</sup>: con tale espressione si fa riferimento alla presa di coscienza relativa al carattere sostanzialmente arbitrario del giudizio di pericolosità sociale dovuto all’assenza di un metodo scientifico di accertamento<sup>59</sup>. In effetti il metodo c.d. intuitivo, originariamente utilizzato per effettuare la prognosi criminale, fondava il giudizio prognostico sulla «immagine generale della personalità dell’imputato» che il giudice ricavava dall’esame degli atti

---

<sup>51</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Paris, 1954, p. 148.

<sup>52</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 148.

<sup>53</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 41.

<sup>54</sup> Cfr. *supra*, cap. I, par. 3.2.

<sup>55</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 190.

<sup>56</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 190.

<sup>57</sup> Cfr. *supra*, cap. I, par. 3.2.

<sup>58</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 192.

<sup>59</sup> Cfr. *supra*, cap. IV, par. 1.

del giudizio e dall'analisi del comportamento processuale, sulla base della sua esperienza e della sua capacità di conoscere gli uomini<sup>60</sup>. Tale metodo approdava ad un giudizio sulla personalità del condannato “fortemente influenzato da componenti sensitive ed irrazionalistiche”<sup>61</sup> e conseguentemente ad un giudizio prognostico privo di qualunque oggettività.

Di qui il tentativo della criminologia di elaborare un metodo scientifico per l'accertamento della pericolosità. Un primo metodo proposto fu quello della «prognosi criminal-biologica» che fondava il giudizio prognostico su elementi scientifici – biologici, psicologici, psichiatrici – ancorandolo al risultato di perizie<sup>62</sup>. Si sperava in tal modo di giungere ad un giudizio oggettivo di pericolosità; in realtà anche tale metodo risultava inficiato da un sostanziale soggettivismo. Il giudizio prognostico, che nel metodo intuitivo dipendeva sostanzialmente dalla persona del giudice, qui dipendeva dalla persona del perito<sup>63</sup>.

Fu poi elaborato un altro metodo – il c.d. procedimento per punti – nel tentativo di giungere ad una reale oggettivazione del giudizio di pericolosità: questo si basava sull'elaborazione di “una tabella prognostica di tipo statistico ed articolata in fattori costanti” di tipo biologico, psicologico ma anche sociologico sulla base dei quali si cercava di prevedere il futuro comportamento del delinquente<sup>64</sup>. Tuttavia anche questo metodo presentava un errore sistematico: il giudizio prognostico in tal modo si fondava completamente su un trasferimento meccanico delle risultanze statistiche derivanti dall'osservazione dei delinquenti recidivi mentre nessun rilievo era dato all'esame della personalità del soggetto e approdava così ad una prognosi più astratta che concreta, come tale non abbastanza sicura<sup>65</sup>.

## 2.2. La ricerca della legittimazione delle misure di sicurezza alla luce della Costituzione in Italia e in Germania.

Dopo aver preso atto dei motivi che determinarono la crisi del sistema del doppio binario nel suo complesso ed essendo “divenuta la Costituzione una «realtà

---

<sup>60</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 192.

<sup>61</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 192.

<sup>62</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 193.

<sup>63</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 194.

<sup>64</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 194.

<sup>65</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 195.

concreta» nell'esperienza normativa"<sup>66</sup>, la dottrina giunse ad affrontare il problema del fondamento della misura di sicurezza e della sua legittimazione sostanziale alla luce dei principi costituzionali. Si trattava in definitiva di cercare nelle norme della costituzione una risposta alle originarie questioni, affrontate dalla dottrina alla fine del diciannovesimo secolo, che avevano determinato la nascita delle misure di sicurezza detentive e quindi del sistema del doppio binario<sup>67</sup>; tali questioni erano costituite in particolare dalla disputa sull'esistenza e sulla rilevanza penale del libero arbitrio, sulla funzione della pena e sul suo fondamento e dunque, in altri termini, sulle sorti del principio di colpevolezza<sup>68</sup>.

Il terreno per questa riflessione complessiva sul doppio binario fu preparato, come si è anticipato sopra, attraverso alcune elaborazioni dottrinali circoscritte all'analisi di alcuni aspetti soltanto della disciplina delle misure di sicurezza: si fa riferimento in particolare, per quanto riguarda il panorama italiano, all'analisi dell'illustre costituzionalista, Carlo Esposito, il quale esaminò la legittimità costituzionale della misure di sicurezza con riferimento alle disposizioni dell'art. 25 commi 2 e 3 della costituzione italiana che, se in relazione alle pene sanciscono il principio di legalità con espressa previsione del principio di irretroattività affermando letteralmente che «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», in relazione alle misure di sicurezza enunciano il solo principio di legalità disponendo che «nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge».

Partendo dalla mancata previsione espressa del divieto di retroattività per le misure di sicurezza l'Esposito si domanda se “sia lecito al legislatore ordinario applicare ai delinquenti una misure di sicurezza non prevista al momento della commissione del fatto”<sup>69</sup>: rilevando come in tal caso l'efficacia pratica del principio di irretroattività della legge penale potrebbe essere in sostanza elisa perché al legislatore sarebbe possibile introdurre pene retroattive configurandole come misure di sicurezza, egli sostenne in conclusione l'opportunità di riformare il diritto vigente in senso conforme all'insieme dei principi costituzionali, e con riferimento specifico

---

<sup>66</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 197.

<sup>67</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 228.

<sup>68</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 203.

<sup>69</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 198.

al sistema del doppio binario sostenne l'eliminazione delle misure di sicurezza a carico degli imputabili<sup>70</sup>.

Anche in Germania sorsero alcuni orientamenti dottrinali che, analogamente a quelli italiani, erano volti ad un ripensamento dell'istituto delle misure di sicurezza con riferimento alle norme costituzionali<sup>71</sup>: *Hellmuth Mayer* e *Karl Alfred Hall* negarono la conformità del fondamento giuridico della misura di sicurezza detentiva, individuato nella necessità di assicurare la difesa sociale, al principio sancito dall'art. 1 della costituzione secondo il quale «la dignità dell'uomo è intangibile», in quanto questa «sacrifica[ndo] la libertà della persona all'utilità generale [...] abbassa l'uomo a mero oggetto per gli scopi degli altri»<sup>72</sup>, privandolo della sua dignità. Essi, rinnegando espressamente l'ideologia utilitarista che pretendeva di fondare la legittimità degli istituti sulla loro utilità o, in altri termini, sulla loro conformità allo scopo, sostennero l'illegittimità costituzionale della custodia di sicurezza in quanto «lesiva della dignità dell'uomo costituzionalmente protetta»<sup>73</sup>.

Il merito di questi primi interventi fu senza dubbio quello di aver svolto un esame critico del sistema sanzionatorio del doppio binario in relazione alle norme e ai principi costituzionali, che non fosse finalizzato unicamente alla sua «correzione» e «razionalizzazione» nell'ottica della sua necessaria conservazione, ma che fosse invece capace di offrire soluzioni differenti rispetto a quelle adottate dal legislatore<sup>74</sup>.

Si arrivò così all'avvio della «riflessione costituzionale avente ad oggetto il problema della legittimazione sostanziale della misura di sicurezza detentiva»<sup>75</sup> definito da Musco come «il problema della giustificazione stessa della misura, [...] della sua legittimazione ad esistere, quale provvedimento che priva il cittadino della libertà personale»<sup>76</sup>. Il *leit motiv* di questo ampio movimento dottrinale, che fu condotto, in Italia come in Germania, attraverso l'elaborazione di diverse teorie, può essere individuato nella presa di coscienza di come la logica meramente utilitaristica sottesa alla creazione concettuale delle misure di sicurezza, come sanzioni fondate

---

<sup>70</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 200.

<sup>71</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 201.

<sup>72</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 201.

<sup>73</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 202.

<sup>74</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 200.

<sup>75</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 204.

<sup>76</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 203.

esclusivamente sulla prevenzione della criminalità e rivolte al raggiungimento di questo unico scopo, si presti a subire pericolose derive nel senso della violazione dei diritti umani<sup>77</sup>. I risultati aberranti che le misure di sicurezza rivolte ai delinquenti abituali conobbero nell'esperienza del regime nazista (si pensi in particolare alla castrazione fisica dei delinquenti abituali autori di reati sessuali introdotta nel 1939 ed alla successiva introduzione della pena di morte nei confronti dei delinquenti abituali avvenuta nel 1941) avevano mostrato chiaramente come la logica delle prevenzione non riuscisse di per sé ad incontrare limite alcuno, neppure nel rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo, e che pertanto questa fosse insufficiente a giustificare la privazione della libertà personale dell'individuo<sup>78</sup>. Di qui il tentativo di individuare altrove gli elementi che, limitando la giustificazione preventiva<sup>79</sup>, consentissero di rendere compatibili le misure di sicurezza detentive con i diritti fondamentali tutelati dalla costituzione<sup>80</sup>.

Un primo tentativo in questo senso fu effettuato da alcuni autori i quali ricercarono un «limite etico»<sup>81</sup> alla giustificazione puramente preventiva della misura di sicurezza: viene in rilievo innanzitutto la teoria elaborata da *Welzel* il quale affermò la necessità di individuare una «giustificazione morale»<sup>82</sup> di tali provvedimenti sanzionatori che oltrepassano il limite della colpevolezza, “negando che questa giustificazione possa essere rintracciata in esigenze puramente utilitaristiche della collettività”<sup>83</sup>. Come la pena trova giustificazione e argine nel «principio etico della retribuzione morale»<sup>84</sup>, così anche la misura di sicurezza deve trovare un fondamento sul piano etico poiché la legittimità della privazione del diritto fondamentale alla libertà personale non può discendere dalla sola considerazione dell'utilità o della conformità allo scopo del provvedimento; in tal caso l'uomo si troverebbe ad essere utilizzato come mezzo per il raggiungimento di uno scopo, degradato a mero strumento di politica criminale<sup>85</sup>.

---

<sup>77</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 329.

<sup>78</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 329.

<sup>79</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 330.

<sup>80</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 330.

<sup>81</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 331.

<sup>82</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 331.

<sup>83</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 215.

<sup>84</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 331.

<sup>85</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 331.

Così egli individuò la giustificazione morale della misura di sicurezza detentiva nell'idea secondo la quale la libertà esterna è subordinata al possesso della libertà interna: solo chi possiede la libertà interna regolata dall'autodeterminazione morale può pretendere di godere della libertà esterna o sociale. Diviene dunque giustificata e legittima l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva ai soggetti che, a causa di un vizio di mente o di cattive abitudini, sono privi di quella libertà interiore che è condizione necessaria al possesso della libertà esteriore<sup>86</sup>.

Tale teoria tuttavia sembra essere interamente costruita intorno ad una valutazione puramente arbitraria che deduce l'assenza della libertà interiore di un individuo dalla commissione di un reato<sup>87</sup>; ed inoltre l'accertamento di tale assenza della libertà interiore, quantomeno in relazione ai soggetti imputabili, non sembra meno incerto dell'accertamento della pericolosità sociale.

Una teoria molto simile fu elaborata da *Stree* il quale si discostò da *Welzel* soltanto per aver sostituito l'elemento dell'assenza di libertà interiore con l'esistenza del «pericolo dell'abuso della libertà esteriore»<sup>88</sup> in quanto elemento più certo su cui fondare la giustificazione morale della privazione della libertà a titolo di misura di sicurezza.

Condivide il nucleo centrale delle teorie qui esposte, ossia l'affermazione della «necessità di «eticizzare» la misura di sicurezza»<sup>89</sup>, l'analisi effettuata da Bettiol il quale sostenendo una concezione del diritto penale rigorosamente retributiva, considerata l'unica compatibile con i principi e i valori enunciati dalla Costituzione, ritiene che le misure di sicurezza così come previste e disciplinate dal codice Rocco siano anticostituzionali<sup>90</sup>.

Secondo l'autore la legittimità della loro esistenza potrebbe realizzarsi soltanto riconducendo tali istituti al mondo morale, al mondo dei valori, individuandone un fondamento sul piano etico: in questo senso egli ritiene che la giustificazione della misure di sicurezza dovrebbe essere individuata nel principio etico della carità<sup>91</sup>. Tale giustificazione però renderebbe del tutto evidente l'estraneità delle misure di

---

<sup>86</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 331.

<sup>87</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 218.

<sup>88</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 332.

<sup>89</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 208.

<sup>90</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 208.

<sup>91</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 211.

sicurezza al mondo del diritto penale in quanto questo, nella sua ricostruzione, è governato dall'idea di retribuzione, «unica idea morale in grado di legittimare l'applicazione della sanzione penale»<sup>92</sup>. Le misure di sicurezza invero non rientrerebbero affatto nella categoria della sanzione in quanto “non possono pretendere l'espiazione di una colpa, per il semplice fatto che questa non esiste”<sup>93</sup>.

Secondo Bettiol dunque in conclusione il sistema delle misure di sicurezza dovrebbe essere espunto dal diritto penale per essere invece collocato nell'ambito dell'attività amministrativa che lo Stato svolge in campo sociale<sup>94</sup>.

Tali tentativi di fondare la legittimità delle misure di sicurezza individuandone una giustificazione sul piano etico non furono tuttavia ritenuti sufficienti per arginare le possibili derive della sola logica preventiva e furono presto oggetto di numerose critiche: il limite etico in realtà sarebbe inficiato anch'esso da una sostanziale arbitrarietà, sia che esso sia rinvenuto nell'assenza di libertà morale sia che sia individuato nella carità, non diversamente da quanto accada nell'ambito di una giustificazione puramente utilitaristica basata sulla necessità di difendere la società dagli individui pericolosi.

Un secondo tentativo, che invero si colloca anch'esso in una prospettiva etica, fu fatto da alcuni autori nel senso di ricercare “sul piano della umanizzazione delle misure un limite al loro fondamento”<sup>95</sup>. Fu innanzitutto ancora Bettiol che fondando le misure di sicurezza sul concetto di carità pose l'attenzione sul contenuto della misura di sicurezza che dovrebbero consistere in un trattamento volto a «recuperare l'uomo, in ogni sua funzione fisiologica e spirituale, non già sopprimerlo per un presunto interesse generale»<sup>96</sup>.

Ma soprattutto questa via fu percorsa dal fondatore del movimento della *Défense sociale nouvelle*, Marc Ancel, il quale come si è già accennato, costruì la propria teoria intorno al concetto di rieducazione dell'autore del reato, che come unico fine di qualsiasi provvedimento sanzionatorio, nell'ottica di una più generale umanizzazione del sistema sanzionatorio, costituirebbe ad un tempo il fondamento

---

<sup>92</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 209.

<sup>93</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 211.

<sup>94</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 211.

<sup>95</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 334.

<sup>96</sup> BETTIOL, *I problemi di fondo delle misure di sicurezza*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova, 1961, in E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* “cit.”, p. 207.

della legittimità della privazione della libertà personale dell'individuo ed il limite alle istanze di prevenzione della criminalità<sup>97</sup>.

La portata di questa impostazione sarà analizzata più dettagliatamente tra poco con specifico riferimento all'esperienza francese, per due ordini di ragioni. Perché, da un lato, fu proprio in Francia (paese dove tale movimento è nato e si è sviluppato) il paese in cui essa esplicò la maggior efficacia sul piano pratico, influenzando la dogmatica degli istituti ed in seguito la loro evoluzione sul piano delle riforme legislative. Dall'altro lato, per la diversità del profilo sul quale questa corrente di pensiero concentrò la propria analisi del tema (ossia sul piano dell'esecuzione delle sanzioni) rispetto alle altre che si stanno qui analizzando, che invece ricercarono un limite di carattere generale alla logica preventiva delle misure di sicurezza dal punto di vista della loro legittimazione ad esistere<sup>98</sup>.

Fu infine percorsa una terza via nella ricerca di un fondamento della misura di sicurezza diverso rispetto alla mera utilità, che svolgesse la funzione di limite garantistico della logica preventiva, da alcuni studiosi tedeschi, i quali rifiutarono "l'idea della giustificazione etica dell'esistenza della misura"<sup>99</sup>.

*Nowakowski* e *Stratenwerth* individuarono quale unica giustificazione possibile della misura di sicurezza, come provvedimento privativo della libertà personale che travalica il limite del principio di colpevolezza, «il principio del superiore interesse della comunità ad impedire la commissione di reati»<sup>100</sup>: essi affermarono cioè che la limitazione della libertà personale a titolo di misura di sicurezza potesse ritenersi giustificata solo laddove l'interesse pubblico alla difesa della collettività fosse prevalente<sup>101</sup>. Fu introdotta così nella riflessione sulla legittimazione della misura di sicurezza l'idea che "il problema della misura di sicurezza [fosse] un problema di bilanciamento di interessi"<sup>102</sup>, in particolare tra l'interesse della società a difendersi dal reato e l'interesse del singolo alla tutela della libertà personale.

---

<sup>97</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 335.

<sup>98</sup> Cfr. *infra*, cap. IV, par. 2.3.

<sup>99</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 223.

<sup>100</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 223.

<sup>101</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 337.

<sup>102</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 223.

Sosteneva infatti *Nowakowski* l'esistenza, alla base della misura di sicurezza, di un'inevitabile contrapposizione di interessi, affermando letteralmente che "da un lato c'è il bisogno di sicurezza della società, dall'altro lato ci sono i diritti della persona, che devono essere sacrificati per la soddisfazione del contrapposto interesse"<sup>103</sup>. La misura di sicurezza sarebbe dunque giustificata laddove essa si basasse su una «corretta valutazione degli interessi in gioco»<sup>104</sup>, dalla quale risulti che l'interesse della società a difendersi dal reato è prevalente rispetto all'interesse del diritto di libertà del singolo. Nell'effettuare tale bilanciamento "la prevenzione della criminalità non può essere considerata un valore assoluto"<sup>105</sup>, e la misura di sicurezza risulta ammissibile solo quando la sua applicazione risulti necessaria in relazione agli interessi da tutelare.

*Stratenwerth* poi fornisce un'indicazione più precisa degli elementi da prendere in considerazione per effettuare tale bilanciamento: si tratta innanzitutto del rapporto di rango tra i due interessi, tenuto conto della gravità del reato che si prevede possa essere commesso<sup>106</sup>. In secondo luogo si deve considerare l'entità del pericolo della commissione del reato, essendo sufficiente per i reati più gravi la sola possibilità della commissione, per i reati di media gravità almeno la relativa probabilità mentre per i reati minori, altrimenti detti reati bagatellari, è necessaria la certezza; infine si deve tenere conto del grado di afflittività della misura di sicurezza<sup>107</sup>.

"Il principio del bilanciamento degli interessi, così limpidamente descritto, ha offerto la base per indicare come limite alle esigenze preventive il principio di proporzionalità, al quale è stata attribuita una funzione di argine del potere punitivo statale, del tutto analoga a quella che il principio di colpevolezza svolge nell'ambito della pena"<sup>108</sup>: in effetti proprio il principio di proporzionalità, "comprensivo al suo interno del principio di necessità"<sup>109</sup>, è ancora oggi utilizzato dagli organi di giustizia

---

<sup>103</sup> F. NOWAKOWSKI, *Die Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen*, in *Festschrift für Hellmuth von Weber*, Bonn, 1963, in M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 337.

<sup>104</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 337.

<sup>105</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 338.

<sup>106</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 225.

<sup>107</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva* "cit.", p. 225.

<sup>108</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 338.

<sup>109</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 338.

costituzionale come parametro per verificare la conformità delle misure di sicurezza alla costituzione. Questo è avvenuto in particolare in Germania dove la Corte Costituzionale ha più volte ribadito la legittimità sostanziale, alla luce dei principi costituzionali, della custodia di sicurezza, misura di sicurezza detentiva esclusivamente finalizzata alla difesa sociale e sganciata dal principio di colpevolezza, a condizione che la sua disciplina e la sua applicazione non superino il limite rappresentato dal rispetto del principio di proporzionalità<sup>110</sup>; e, ancora, il principio di proporzionalità è stato utilizzato dal *Conseil constitutionnel* francese come criterio per valutare la conformità costituzionale della *rétention de sûreté* introdotta nel 2008, come si vedrà analiticamente in seguito<sup>111</sup>.

### 2.3. L'abbandono della prospettiva dualistica in Francia.

*“La doctrine positiviste allait donner lieu à un puissant mouvement de réaction après la Seconde Guerre mondiale, qui fit mesurer à quelles conséquences abominables pouvait conduire la logique scientifique ou pseudo-scientifique dans l’appréciation du comportement humain”<sup>112</sup>. “Une telle doctrine, qui nie la morale et, partant, la liberté humaine, ne voyant dans la déviance qu’une maladie à combattre, expose aux pire débordements. L’enfer des camps nazis, ou du moins le chemin qui y menait, n’était-il pas pavé des bonnes intentions positivistes?”<sup>113</sup>*

In Francia il movimento dottrinale cui i due autori fanno riferimento fu quello della *Défense sociale nouvelle*, cui si è già più volte accennato, comparso nel 1954 con la pubblicazione dell’omonima opera - «*La défense sociale nouvelle*» - di Marc Ancel<sup>114</sup>. Lo stesso autore nella sua opera, ripercorrendo le tappe della storia della *doctrine de la défense sociale* partendo dalla sua prima formulazione risalente a *Prins*<sup>115</sup>, e del significato della stessa nozione che della dottrina rappresentava il nucleo fondamentale e a cui dava il nome, individua l’origine del nuovo movimento di cui egli rappresenta l’iniziatore nella *“réaction contre le mépris dont le droit pénal autoritaire avait fait preuve à l’égard de la personne humaine et des garanties de la*

---

<sup>110</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 245.

<sup>111</sup> Cfr. *infra*, cap. IV, par. 3.2.

<sup>112</sup> F. DESPORTES – F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général* “cit.”, p. 22.

<sup>113</sup> F. DESPORTES – F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général* “cit.”, p. 22.

<sup>114</sup> Cfr. *supra*, cap. 2, par. 2.2.

<sup>115</sup> Cfr. *supra*, cap. I, par. 2.2.

*liberté individuelle*”<sup>116</sup>. Parlando letteralmente di una “*révolte de la conscience humaine*”<sup>117</sup> seguita alla fine della guerra, che sfociò tra le altre cose nella proclamazione dell’inviolabilità dei diritti umani con la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1945, egli afferma che “*c’est de ce mouvement général d’opinion que devaient se dégager, de façon naturelle et en quelque sorte inéluctable, les tendances appelées à constituer la doctrine de la Défense sociale Nouvelle*”<sup>118</sup>.

Se da un lato questa corrente di pensiero condivide con la dottrina positivista, prima, e con la dottrina della *défense sociale* di Prins, poi, il rifiuto della concezione metafisica del diritto penale classico e della sua idea di giustizia assoluta, concependo il reato non come un’entità giuridica astratta ma come un fatto umano, espressione della personalità del suo autore, e la giustizia penale come un’azione sociale e non invece come la retribuzione necessaria per il ristabilimento dell’ordine violato della società, d’altra parte la *Défense sociale nouvelle* si distacca apertamente anche dai punti cardine della dottrina positivista. Nella sua opera *Marc Ancel* sottolinea l’enorme importanza di questo dato che rende la nuova difesa sociale una dottrina autonoma rispetto a quella elaborata dai positivisti: “*s’il est indispensable de préciser pourquoi et en quoi les théories modernes de la Défense sociale s’opposent aux conceptions du droit pénal classique, il n’est pas moins important de bien comprendre en quoi elles s’opposent également aux théories du Positivisme*”<sup>119</sup>.

In questo senso rigetta innanzitutto la concezione deterministica della natura umana e del fenomeno criminale, distaccandosi su questo punto anche da Prins il quale, come si è visto, omise di prendere posizione in ordine alla questione più prettamente filosofica (ma in ogni caso fondamentale per il diritto penale) dell’esistenza o meno del libero arbitrio; la nuova difesa sociale invece promuove una politica criminale che in larga parte poggia “*sur la reconnaissance, l’utilisation et le développement de ce sentiment inné de la responsabilité que tout homme, y compris le délinquant, possède nécessairement en lui*”<sup>120</sup>, fondandosi quindi su

---

<sup>116</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 83.

<sup>117</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 84.

<sup>118</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 85.

<sup>119</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 100.

<sup>120</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 102.

un'immagine dell'uomo come essere libero. Ma non solo: oltre a presupporre l'esistenza del libero arbitrio e della responsabilità del soggetto, tale dottrina recupera anche al diritto penale una serie di valori morali e conserva la nozione di colpevolezza, nell'ambito di una concezione del diritto penale garantista, che assicuri il rispetto della dignità umana, e che sia fondato sul principio di legalità in quanto indispensabile per garantire la libertà dell'individuo ed assicurare così lo sviluppo della sua personalità<sup>121</sup>.

In secondo luogo questa corrente si distacca dalle precedenti che concepivano la difesa sociale esclusivamente come la protezione della società da attuarsi attraverso l'eliminazione o la neutralizzazione del delinquente, svolgendo un'azione che egli definisce sostanzialmente negativa, laddove invece *“la défense sociale nouvelle est essentiellement positive”*<sup>122</sup> in quanto cerca non solo nei confronti dei soggetti non imputabili (soggetti affetti da vizio di mente e minori) ma anche nei confronti degli autori imputabili, come i delinquenti abituali considerati dai positivisti incorreggibili, *“d'essayer des moyens de rééducation, de tenter de leur appliquer un régime progressif, une libération d'épreuve et enfin un mode de traitement véritable”*<sup>123</sup>. Benché Ancel abbia dunque delineato un sistema penale incentrato sulla personalità del delinquente e dunque sull'individualizzazione del trattamento sanzionatorio, egli si preoccupò anche, fin dall'origine, di individuare i necessari limiti al *«subjectivisme»*<sup>124</sup> del diritto penale, che egli individuò innanzitutto nel rigoroso mantenimento del principio di legalità; in questo modo negò espressamente che la nuova difesa sociale potesse essere ricondotta al modello del diritto penale dell'autore elaborato dai positivisti affermando che *“un «droit pur de l'auteur» aboutirait en fin de compte à la suppression totale de la notion même de droit pénal en tant que système juridique”*<sup>125</sup>.

La *défense sociale nouvelle* promuove quindi una nuova concezione della politica criminale che rimane finalizzata innanzitutto alla lotta contro il crimine in un'ottica di prevenzione ma che si realizza attraverso *«une attitude nouvelle envers*

---

<sup>121</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 105.

<sup>122</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 108.

<sup>123</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 108.

<sup>124</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 111.

<sup>125</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 113.

*le délinquant*»<sup>126</sup> secondo la quale quest'ultimo deve essere destinatario di «*un véritable traitement de resocialisation*»<sup>127</sup>, sulla base dell'idea fondamentale per cui la protezione efficace della società può essere realizzata soltanto attraverso la risocializzazione dell'individuo. Proprio il concetto di trattamento del delinquente richiederebbe, secondo *Ancel*, una riorganizzazione complessiva del sistema sanzionatorio, giungendo in tal modo a risolvere «*le problème irritant et jusqu'alors insoluble*» del rapporto e della distinzione tra la pena e la misura di sicurezza<sup>128</sup>.

*Ancel* ricostruisce il problema mostrando come da un punto di vista dottrinale pena e misure di sicurezza appaiano inconciliabili: la pena, nella sua concezione classica, costituisce la conseguenza necessaria della commissione di un reato, concepito come atto volontario di un soggetto responsabile, e rappresenta allo stesso tempo la punizione della colpa morale e il ristabilimento dell'ordine giuridico turbato. Al contrario nella concezione positivista la pena è assolutamente inconcepibile, in quanto nessun individuo è responsabile dell'azione delittuosa, perciò l'unica conseguenza del reato può essere l'applicazione di una misura di sicurezza che protegga la società contro la pericolosità del delinquente<sup>129</sup>. Il sistema che si è affermato nel diritto positivo è invece un sistema misto – il c.d. sistema del doppio binario – che applica al delinquente imputabile una pena in ragione della sua responsabilità morale e al delinquente pericoloso una misura di sicurezza; il profilo critico di tale sistema è rappresentato dal cumulo di pena e misura di sicurezza che si verifica allorché lo stato di pericolosità riguardi un soggetto che è anche imputabile. In relazione a questo profilo “*s'est dégagée, aussi bien dans la pratique judiciaire et pénitentiaire que dans la doctrine pénale, l'idée qu'il fallait choisir entre la peine et la mesure et qu'un individu ne devait être soumis qu'à l'une ou à l'autre de ces deux sanctions*”<sup>130</sup>. Così alcuni ordinamenti che prevedono il sistema del doppio binario hanno sostituito il sistema del cumulo delle due sanzioni con un sistema in cui le due sanzioni sono alternative ed il giudice al momento della condanna stabilisce

---

<sup>126</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 132.

<sup>127</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 132.

<sup>128</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 144.

<sup>129</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 145.

<sup>130</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 146.

l'applicazione dell'una o dell'altra; con tale soluzione però *“on continue à opposer la peine à la mesure de sûreté”*<sup>131</sup>.

Adottando un diverso punto di vista, considerando cioè le due sanzioni dal punto di vista della loro esecuzione, altri autori hanno rilevato come pena e misure di sicurezza siano sostanzialmente identiche in quanto entrambe privano l'individuo della libertà personale attraverso la detenzione, e sulla base di questo argomento hanno sostenuto l'opportunità dell'unificazione di pena e misura di sicurezza<sup>132</sup>.

*Ancel* propone invece una terza soluzione affrontando la questione dal punto di vista della politica criminale che in quanto tale persegue un fine di prevenzione della commissione di reati e deve dunque individuare i mezzi in questo senso più efficaci *“en vue de l'intérêt sociale, sans méconnaissance de l'intérêt individuel”*<sup>133</sup>. Così egli propone l'adozione di un sistema che preveda non unificazione ma *“intégration de la peine et de la mesure de sûreté dans un système unitaire de sanctions pénales dirigé par des critères à la fois physiques, sociaux et moraux et ordonné par une politique criminelle où le droit pénal joue essentiellement un rôle de technique appelée à servir de garantie nécessaire à la liberté individuelle”*<sup>134</sup>.

Nel sistema penale della nuova difesa sociale dunque la pena e la misura di sicurezza coesistono e si articolano in una *«action de rééducation sociale»* che oltre a svolgere una preminente funzione di prevenzione speciale positiva, possiede anche un carattere intimidante e svolge anche una funzione general-preventiva, potendo in alcuni casi avere anche una funzione retributiva, perseguendo ad ogni modo *“le but essentiel de ramener l'auteur du délit à une vie social libre et consciente”*<sup>135</sup>. Proprio in tale fine risocializzativo della sanzione penale si esprime il valore più importante di questa dottrina che, giungendo addirittura a sostenere l'esistenza in capo al delinquente di un vero e proprio diritto ad essere risocializzato, trova nella propria ispirazione umanista il fondamento della sua legittimità<sup>136</sup>.

---

<sup>131</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 146.

<sup>132</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 148.

<sup>133</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 149.

<sup>134</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 150.

<sup>135</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 154.

<sup>136</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 161; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 335.

Sarebbero infatti il contenuto effettivamente individualizzato in vista del trattamento dell'autore del reato, a sua volta finalizzato alla sua rieducazione, e l'umanizzazione della sanzione nella fase esecutiva a giustificare la privazione della libertà personale dell'individuo<sup>137</sup>; non più una presunta diversità di funzioni svolte da pene e misure di sicurezza che *Ancel* invece esclude del tutto, considerando la distinzione tra le due sanzioni un tecnicismo giuridico fine a sé stesso. Nella realtà pena e misura di sicurezza condividono infatti l'afflittività del contenuto e la funzione di prevenzione di futuri reati, sia generale sia speciale e così la loro distinzione perde ogni giustificazione, dovendo invece il sistema sanzionatorio basarsi sulla «*sanction*» come sanzione unitaria<sup>138</sup>. Per quanto riguarda la questione dell'indeterminatezza della durata della misura egli in un primo momento non la esclude e nel rapporto presentato in seno alla *Commission internationale pénale et pénitentiaire* nel 1950 ed intitolato «*Le mesures de sûreté en matière criminelle*» egli afferma che “*l'indétermination est dans la logique du système*”<sup>139</sup> ma successivamente, nella terza edizione della sua opera principale – *La défense sociale nouvelle* – pubblicata nel 1981 vi è un cambio di direzione allorché l'autore afferma, essendo necessario tenere conto del «*mouvement de réaction récente de la criminologie américaine contre le mesures de sûreté, l'excès de discrétion des juges ou des organes administratifs et les sentences indéterminées*»<sup>140</sup>, che è obiettivo prioritario della politica criminale della nuova difesa sociale «*protéger l'homme, et l'homme dans son milieu social*»<sup>141</sup>.

Così, se risulta condivisibile l'opinione di due illustri penalisti francesi secondo la quale “*poussée à l'extrême, l'idée de resocialisation du délinquant implique également des sanction de durée indéterminée et peut aboutir aux camps de rééducation*”<sup>142</sup>, tuttavia non si può disconoscere i meriti della *doctrine de la défense sociale nouvelle* rappresentati innanzitutto dall'aver sostenuto con fermezza la

---

<sup>137</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 335.

<sup>138</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 335.

<sup>139</sup> J. DANET, *Le politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle*, in *RSC*, 2010, p. 54.

<sup>140</sup> J. DANET, *Le politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 54.

<sup>141</sup> J. DANET, *Le politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle* “cit.”, p. 54.

<sup>142</sup> F. DESPORTES – F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général* “cit.”, p. 22.

necessità che il trattamento sanzionatorio abbia un carattere fortemente umanizzato; dall'aver quindi prospettato come limite invalicabile del diritto penale, nella sua funzione di prevenzione di reati, il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo. Ed infine dall'aver rifiutato un approccio formalistico imperniato sulla distinzione dogmatica di pene e misure di sicurezza in ragione della diversità delle funzioni loro attribuite, sostenendo invece che il trattamento sanzionatorio debba essere da un punto di vista sostanziale finalizzato alla rieducazione del condannato in vista del suo reinserimento nella società, abbandonando dunque la logica della pura prevenzione speciale negativa, in favore della prevenzione speciale positiva che viene ad essere il fine primario non solo della misura di sicurezza ma anche della pena: quest'ultima *“peut donc présenter à la fois un tour punitif et préventif”*<sup>143</sup>.

Fu proprio questa concezione a prevalere in seno alle diverse commissioni di riforma del codice penale: nel progetto presentato nel 1978 infatti mancava ogni riferimento esplicito alla categoria della pena ed erano previste soltanto delle *«sanctions»*<sup>144</sup>. *“Sans doute, par la suite, les peines ont été réintroduites”*<sup>145</sup> e così il successivo progetto del 1983 prevedeva solo la categoria sanzionatoria della pena. La categoria delle misure di sicurezza non entrò dunque nella dogmatica del diritto penale adottata dal codice del 1992 e anche se di fatto il codice penale prevedeva alcune sanzioni aventi carattere di misure di sicurezza inserite nella categoria delle pene complementari<sup>146</sup>, si trattava di sanzioni non detentive. In questo modo si raggiunse l'obiettivo di escludere le misure di sicurezza detentive dal novero delle sanzioni penali<sup>147</sup>: le uniche sanzioni privative della libertà personale previste dall'ordinamento erano costituite dalle pene e sottomesse al loro regime giuridico e circondate da tutte le relative garanzie, comprese in particolare quelle della determinatezza della durata e del divieto di applicazione retroattiva.

---

<sup>143</sup> F. DESPORTES – F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général* “cit”, p. 22.

<sup>144</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général* “cit.”, p. 430.

<sup>145</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général* “cit.”, p. 430.

<sup>146</sup> Cfr. *supra*, cap. II, par. 3.

<sup>147</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général* “cit.”, p. 526.

### 3. L'odierno doppio binario francese di fronte al *Conseil constitutionnel*.

Essendo stata nel 2008 ufficialmente portata a compimento la «conversione della Francia al doppio binario»<sup>148</sup>, la questione della legittimità costituzionale delle misure di sicurezza detentive si è posta in primo piano in un ordinamento come quello francese dove la giurisprudenza costituzionale non aveva ancora dovuto confrontarsi con questa tematica. Il diritto penale francese in effetti, è bene ricordarlo in questa sede, aveva sì conosciuto una misura di sicurezza a carattere custodiale (a ben vedere, a carattere custodiale e coloniale), la *relégation* introdotta nel 1885 e rivolta ai soggetti plurirecidivi<sup>149</sup>, ma questa non fu mai oggetto di una specifica riflessione da parte del *Conseil constitutionnel*. Questo per due ragioni principali: in primo luogo per il fatto che la *relégation*, sebbene presentasse tutti i caratteri distintivi delle misure di sicurezza e fosse considerata tale da un'ampia parte della dottrina più autorevole, era qualificata sul piano formale come pena complementare, essendo la categoria delle misure di sicurezza sconosciuta alla dogmatica del diritto penale francese<sup>150</sup>.

In secondo luogo, ciò fu dovuto alla circostanza sopra descritta relativa alla peculiare evoluzione che ebbe il diritto costituzionale in questo paese, ove la costituzione della V repubblica fu in un primo momento considerata esclusivamente come la fonte dei principi regolatori il funzionamento delle istituzioni statuali<sup>151</sup>; la Costituzione del 1958 infatti, che tra le altre cose istituì il *Conseil constitutionnel*, contiene soltanto le norme relative all'ordinamento della Repubblica mentre non presenta una parte che, analogamente a quanto fa la costituzione italiana nella parte prima, enunci i principi fondamentali dell'ordinamento e sancisca i diritti e doveri dei cittadini, in generale ed in materia di diritto penale. L'enunciazione costituzionale dei principi fondamentali del diritto penale avvenne in Francia a partire dagli anni settanta quando il *Conseil constitutionnel* creò il c.d. «*bloc de constitutionnalité*» attribuendo valore costituzionale ai testi cui il preambolo della costituzione del 1958 fa espresso rinvio, tra i quali in particolare rileva la *Déclaration des Droits de*

---

<sup>148</sup> M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, 2011, in *Diritto Penale Contemporaneo* – [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>149</sup> Cfr. *supra*, cap. II, par. 1.1.

<sup>150</sup> Cfr. *supra*, cap. II, par. 3.

<sup>151</sup> Cfr. *supra*, cap. IV, par. 2.

*l'homme et du citoyen* del 1789 che contiene numerose norme che enunciano diritti e libertà fondamentali dell'individuo con specifico riferimento alla materia penale<sup>152</sup>.

Il *Conseil constitutionnel* quindi non si era mai trovato a doversi pronunciare sulla legittimità costituzionale delle misure di sicurezza detentive; ciò fino al 2008, momento in cui il doppio binario, nella sua accezione più stretta, fece ingresso nel diritto penale francese, con l'introduzione della *rétenion de sûreté*, misura di sicurezza detentiva rivolta ad autori di reato pienamente imputabili nei confronti dei quali trova applicazione in seguito ed in aggiunta alla pena detentiva<sup>153</sup>.

### 3.1. La decisione n° 2008-562 DC.

All'indomani dell'approvazione della legge sulla *rétenion de sûreté* avvenuta l'8 febbraio 2008 da parte del parlamento, con procedura d'urgenza, il *Conseil constitutionnel* fu investito della questione di costituzionalità della medesima legge a seguito della proposizione di due ricorsi parlamentari, provenienti uno da alcuni membri dell'Assemblea Nazionale e l'altro da alcuni senatori, e di una serie di ricorsi informali proposti dal sindacato della magistratura, da giuristi appartenenti all'ambiente universitario e forense ed infine dalla società civile che presentò una petizione popolare sostenuta da migliaia di firmatari contro l'introduzione della *rétenion de sûreté*<sup>154</sup>. Deputati e senatori proposero due ricorsi distinti anche se in gran parte identici nel contenuto.

Il ricorso proveniente dai deputati dell'Assemblea Nazionale asseriva innanzitutto che l'introduzione della *rétenion de sûreté* fosse incostituzionale perché in contrasto con il principio di colpevolezza, principio fondamentale del diritto penale francese, di rango costituzionale, il quale postula che un individuo possa essere privato della libertà personale solo in ragione della commissione di un fatto di reato proprio e colpevole<sup>155</sup>. Il *Conseil constitutionnel* ha in effetti attribuito valore di

---

<sup>152</sup> Cfr. *supra*, cap. IV, par. 2.

<sup>153</sup> Cfr. *supra*, cap. III, par. 2.2.

<sup>154</sup> C. LAZERGES, *La rétenion de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel*, in *RSC*, 2008, p. 731.

<sup>155</sup> *Saisine par 60 députés – 2008-562 DC*, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2008/2008-562-dc/saisine-par-60-deputes.101673.html>.

principio costituzionale al principio di colpevolezza facendolo discendere dal combinato disposto degli articoli 8 e 9 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*: lo ha fatto nella decisione n° 99-411 DC del 16 giugno 1999, affermando che “*la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés; qu'en conséquence [...] la définition d'une incrimination, en matière délictuelle, doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celle-ci*”<sup>156</sup>, e lo ha ribadito nella decisione n° 2003-467 DC del 13 marzo 2003<sup>157</sup>. In tal modo il Consiglio costituzionale ha affermato che il principio generale del diritto penale, enunciato all'art. 121-3 del codice penale, secondo cui «*il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre*», costituisce un principio di rango costituzionale<sup>158</sup>.

I ricorrenti affermavano che nel caso di specie non vi fosse né l'elemento materiale né l'elemento morale del reato e che dunque il principio fondamentale del diritto penale francese - “*celui de l'absence de détention dans le cas où il n'y a pas d'infraction*”<sup>159</sup> - venisse brutalmente disconosciuto dalla *rétenion de sûreté* che, privando della libertà personale uomini e donne, già condannati e puniti, per prevenire «*un crime virtuel*»<sup>160</sup> che questi sarebbero portati a compiere in ragione della loro pericolosità in maniera del tutto indipendente dalla loro volontà, costituirebbe quindi un'ipotesi di detenzione arbitraria come tale in contrasto con l'art. 66 della costituzione.

La questione centrale sollevata dai ricorrenti era poi quella concernente la natura giuridica dell'istituto dalla quale dipenderebbe la legittimità di profili sostanziali della disciplina della *rétenion*: in effetti, si tratterebbe di stabilire se questa sanzione rappresenti una sanzione a carattere repressivo o invece una misura di sicurezza di carattere esclusivamente preventivo perché nel primo caso ad essa

---

<sup>156</sup> Conseil constitutionnel, 16 juin 1999 n° 99-411 DC, *considerant* 16; *Saisine par 60 députés – 2008-562 DC* “cit.”.

<sup>157</sup> J.-H. ROBERT, *La punition selon le Conseil constitutionnel*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 26 (*Dossier: La Constitution et le droit pénal*), août 2009.

<sup>158</sup> J.-H. ROBERT, *La punition selon le Conseil constitutionnel*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 26 (*Dossier: La Constitution et le droit pénal*), août 2009.

<sup>159</sup> *Saisine par 60 députés – 2008-562 DC*, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2008/2008-562-dc/saisine-par-60-deputes.101673.html>.

<sup>160</sup> C. LAZERGES, *La rétenion de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* “cit.”, p. 733.

sarebbero applicabili tutte le garanzie previste dall'art. 8 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, e cioè i principi di legalità e di necessità delle pene, mentre nel secondo caso sarebbero applicabili le sole garanzie derivanti dall'art. 9 della stessa dichiarazione, costituite dal principio della presunzione di innocenza e della necessità dei provvedimenti di carcerazione preventiva.

I deputati sostenevano la natura repressiva della *rétenion de sûreté*, che rappresenterebbe inequivocabilmente una pena, in ragione del suo contenuto privativo della libertà personale, affermando dunque che per il solo fatto che tale misura si concreti in una privazione della libertà personale, essa consista in una pena; di qui, l'applicabilità della garanzie previste dalla *Déclaration* del 1789 all'art. 8. La *rétenion de sûreté* ed in particolare l'aspetto della disciplina che la vede applicabile in modo retroattivo sarebbero non conformi alla costituzione per contrasto con il principio di legalità sancito dall'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino e con il principio di necessità delle pene previsto allo stesso articolo, in quanto costituirebbe una pena non necessaria<sup>161</sup>.

I senatori dell'opposizione proposero dal canto loro un ricorso fondato su motivi in gran parte coincidenti con quelli già sollevati dai membri dell'Assemblea Nazionale, ponendo anch'essi a fondamento dell'asserita incostituzionalità della *rétenion de sûreté* la questione relativa alla sua natura giuridica: per il solo fatto di essere una misura privativa della libertà personale la *rétenion* non può essere qualificata come misura di sicurezza<sup>162</sup>. Essa costituisce una pena in quanto, consistendo in una privazione della libertà, il suo carattere punitivo è evidente; né tantomeno potrebbe essere considerata una modalità di esecuzione della pena, come era stato invece sostenuto a proposito della *surveillance judiciaire*, in quanto comporta una privazione della libertà personale del tutto autonoma e distinta rispetto a quella derivante dalla pena detentiva, già espiata, per il reato commesso<sup>163</sup>. In questo modo secondo i ricorrenti la *rétenion* configurerebbe «une peine prononcée

---

<sup>161</sup> C. LAZERGES, *La rétenion de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* "cit.", p. 733.

<sup>162</sup> *Saisine par 60 sénateurs – 2008-562 DC*, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2008/2008-562-dc/saisine-par-60-senateurs.101674.html>.

<sup>163</sup> C. LAZERGES, *La rétenion de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* "cit.", p. 734.

*pour une infraction qui n'a pas été commise, puisque hypothétique»<sup>164</sup>*, ciò che rappresenterebbe un'aperta violazione del principio di legalità e del principio di necessità delle pene. Altresì centrale era la critica rivolta alla stessa nozione di pericolosità che si presenta come imprecisa e che, non potendo essere oggetto di una valutazione certa, non potrebbe in alcun modo costituire il fondamento e la giustificazione di una sì grave privazione della libertà, indeterminata nella durata e potenzialmente perpetua<sup>165</sup>; quest'ultima potendo essere rinnovata indefinitamente sulla sola base di una probabilità di recidiva rappresenterebbe una violazione manifesta del principio di proporzione.

Furono inoltre proposti due ricorsi informali al *Conseil constitutionnel* provenienti uno dal *syndicat de la magistrature* (corrispondente all'Associazione Nazionale Magistrati italiana) e l'altro da alcuni giuristi appartenenti all'ambiente universitario e forense, sotto la forma di una lettera aperta indirizzata ai membri del Consiglio costituzionale. Questi due ricorsi contestavano innanzitutto l'incostituzionalità della procedura d'urgenza con cui fu approvata la legge, denunciandone l'insussistenza dei presupposti giustificativi di nel caso di specie e, più in generale, l'incostituzionalità dell'utilizzo generalizzato di tale procedura, laddove invece questa dovrebbe essere utilizzata solo in situazioni di carattere eccezionale<sup>166</sup>.

Per quanto concerne le censure di carattere sostanziale mosse all'istituto in esame, la questione sollevata era ancora una volta imperniata sul problema della natura giuridica della *rétenion*: per i membri della magistratura non vi è alcun dubbio che questa sanzione rappresenti una pena nel senso stretto del termine, come risulta evidente dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia la quale adotta una nozione sostanziale di reato e pena ed individua come indici del carattere punitivo di una sanzione, tra gli altri, la natura e la gravità del suo contenuto ed il fatto che sia pronunciata da un giudice penale, affermando che laddove una sanzione conduca ad una privazione della libertà personale tanto grave

---

<sup>164</sup> C. LAZERGES, *La rétention de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* "cit.", p. 734.

<sup>165</sup> C. LAZERGES, *La rétention de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* "cit.", p. 735.

<sup>166</sup> C. LAZERGES, *La rétention de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* "cit.", p. 735.

da svolgere anche una funzione repressiva essa costituisca una pena ai sensi dell'art. 7 della Convenzione.

La qualificazione giuridica della *rétenion* come pena sarebbe poi richiesta anche dalla precedente giurisprudenza del *Conseil* il quale, con la decisione n° 87-237 DC del 30 dicembre 1987, ha affermato l'applicabilità delle garanzie previste in materia di pene dall'articolo 8 della *Déclaration des droits de l'homme* (in particolare dei principi di necessità e proporzionalità della pena e del principio di legalità e di irretroattività) a tutte le sanzioni non espressamente qualificate come pene aventi «*le caractère d'une punition*»<sup>167</sup>, anche se pronunciate da un'autorità non giudiziaria<sup>168</sup>.

Essendo quindi indubbia la natura di pena della *rétenion de sûreté* per la sua natura privativa della libertà personale, veniva affermato che la sua introduzione, a prescindere dalla sua applicazione retroattiva, avrebbe costituito una grave violazione dei principi fondamentali del diritto penale francese, a cominciare dal principio di legalità. Affermavano inoltre i membri del *syndicat de la magistrature* che anche laddove la *rétenion* non costituisse una pena in senso stretto, rappresenterebbe in ogni caso una sanzione ed in quanto tale dovrebbe necessariamente essere determinata nella durata, «*sauf à revenir à la logique des positivistes qui n'est pas celle de la Déclaration de 1789, ni celle de notre droit pénal*»<sup>169</sup>.

I medesimi rilievi furono mossi dai giuristi firmatari della lettera indirizzata al *Conseil*, i quali sottolinearono inoltre come la *rétenion de sûreté* non potrebbe in alcun modo essere qualificata come misura di sicurezza in ragione del fatto che tale categoria di sanzioni penali sia assente dal codice penale del 1992 in quanto il legislatore si rifiutò espressamente di sancirne l'esistenza. Volendo procedere ad una tale qualificazione giuridica il legislatore dovrebbe procedere ad «*une réécriture*

---

<sup>167</sup> J.-H. ROBERT, *La punition selon le Conseil constitutionnel*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 26 (Dossier: *La Constitution et le droit pénal*), août 2009; C. LAZERGES, *La rétenion de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* "cit.", p. 736.

<sup>168</sup> J.-H. ROBERT, *La punition selon le Conseil constitutionnel* "cit."; *Conseil constitutionnel*, 30 Décembre 1987 n° 87-237 DC, *considerant* 15: «*Considérant que le principe ainsi énoncé ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire*».

<sup>169</sup> C. LAZERGES, *La rétenion de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* "cit.", p. 736.

*totale*»<sup>170</sup> del codice penale; ed anche in tal caso l'introduzione della *rétenion de sûreté* condurrebbe ad una vera e propria «rivoluzione giuridica» poiché diventerebbe possibile attraverso il solo meccanismo della qualificazione di una sanzione come misura di sicurezza aggirare le garanzie fondamentali che circondano la pronuncia della pena<sup>171</sup>, tra cui in particolare il principio di irretroattività della legge penale più severa, la cui applicabilità non potrebbe invece in nessun modo dipendere dalla qualificazione giuridica della sanzione<sup>172</sup>.

L'illegittimità della *rétenion de sûreté* sarebbe dunque posta sul piano giuridico dal contrasto con i principi di necessità delle pene e della presunzione di innocenza sanciti agli articoli 8 e 9 della Dichiarazione del 1789; ma, ancor prima, la sua illegittimità si spiegherebbe sul piano etico. Si legge infatti sulla lettera indirizzata ai membri del Consiglio costituzionale: “*sur le plan éthique, c'est à un bouleversement auquel nous assisterions si vous avalisiez cette loi. [...] La rétenion de sûreté ouvrant la possibilité d'une relégation éternelle fondée sur un simple pronostic est contraire aux valeurs humanistes*”<sup>173</sup>. Tale lettera riflette il sentimento di forte preoccupazione in cui versa una parte importante del mondo giuridico in relazione all'introduzione della *rétenion de sûreté*, che viene definita «*une sorte de monstre juridique, qui inscrirait la France dans un modèle de politique criminelle totalitaire rappelant les heures les plus sombres de notre histoire*»<sup>174</sup>.

In questo senso si è espresso anche *Robert Badinter*, considerato una delle personalità più autorevoli del mondo giuridico e politico francese, più volte Ministro della Giustizia nonché Presidente del *Conseil constitutionnel* e noto ai più come il principale sostenitori della campagna condotta in favore dell'abolizione della pena di morte (avvenuta in Francia solo nel 1981): egli ha affermato che, con l'introduzione nel diritto penale del principio, sotteso alla *rétenion de sûreté*, per il quale un individuo può essere privato della libertà personale esclusivamente in ragione della

---

<sup>170</sup> C. LAZERGES, *La rétenion de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* “cit.”, p. 737.

<sup>171</sup> C. LAZERGES, *La rétenion de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* “cit.”, p. 736.

<sup>172</sup> C. LAZERGES, *La rétenion de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* “cit.”, p. 737.

<sup>173</sup> C. LAZERGES, *La rétenion de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* “cit.”, p. 737.

<sup>174</sup> C. LAZERGES, *La rétenion de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* “cit.”, p. 737.

sua pericolosità e a prescindere dalla commissione di un fatto di reato, “*on perde de vue l’un des fondements d’une société de liberté*”<sup>175</sup>.

Tale fondamento è costituito dal principio secondo il quale si è privati della libertà personale solo in quanto si è responsabili (e quindi colpevoli) per i propri atti; abbandonando tale principio, afferma ancora *Badinter*, “*nous passons d’une justice de responsabilité à une justice de sûreté*”<sup>176</sup>, ciò che comporterebbe il crollo delle fondamenta sulle quali è costruito il diritto penale francese<sup>177</sup>.

La pronuncia del *Conseil constitutionnel* sulla legittimità della legge istitutiva della *rétenion de sûreté* fu oggetto di una grande attesa, da una parte in ragione della forte eco mediatica e politica che accompagnò l’adozione di tale legge e che coinvolse in modo massiccio l’opinione pubblica, divisa tra un generalizzato favore relativo alla sua introduzione e un movimento di netta opposizione, che per altro sfociò nella presentazione di una petizione firmata da migliaia di cittadini<sup>178</sup>.

D’altra parte in ragione della profonda contestazione di cui questa fu oggetto in seno all’ambiente giuridico, da parte di alcuni membri della magistratura e di autorevoli esponenti della dottrina. Per queste ragioni, e per la rilevanza delle questioni giuridiche sollevate nei ricorsi sopra analizzati, che vertevano sulla natura giuridica delle *rétenion de sûreté* e sulla rottura con i principi fondamentali del diritto penale francese che comporterebbe la sua introduzione, la decisione del 21 febbraio 2008 fu una decisione difficile: come è stato rilevato in dottrina, “*elle fut difficile à prendre, elle est difficile à comprendre*”<sup>179</sup>.

Secondo la penalista *Christine Lazerges*, la situazione di evidente difficoltà in cui versava il *Conseil constitutionnel* in occasione della pronuncia relativa alla legge istitutiva della *rétenion de sûreté* avrebbe condotto quest’ultimo ad adottare delle soluzioni talvolta contraddittorie o addirittura paradossali<sup>180</sup>, sintomo di un reale imbarazzo o, in altre parole, di un malessere del Consiglio tale da aver minato la

---

<sup>175</sup> R. BADINTER, *Nous sommes dans une période sombre pour notre justice*, in *Le Monde* 24-25 février 2008, p. 10.

<sup>176</sup> R. BADINTER, *Nous sommes dans une période sombre pour notre justice* “cit.”.

<sup>177</sup> C. LAZERGES, *La rétenion de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* “cit.”, p. 738.

<sup>178</sup> C. LAZERGES, *La rétenion de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* “cit.”, p. 731.

<sup>179</sup> C. LAZERGES, *La rétenion de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* “cit.”, p. 731.

<sup>180</sup> C. LAZERGES, *La rétenion de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* “cit.”, p. 738.

coerenza interna della decisione<sup>181</sup>, che è stata definita da *Jean Pradel*, celebre penalista francese, «*un chef-d'œuvre de subtilité et d'équilibrisme*»<sup>182</sup>.

I membri del *Conseil constitutionnel* nella sentenza n° 2008-562 affermano che l'art. 8 della *Déclaration* del 1789 il quale afferma che «*la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée*» trova applicazione solo nei confronti delle pene e delle «*sanctions ayant le caractère d'une punition*»<sup>183</sup>; essi, considerando in particolare il fatto che la *rétenion* trova il proprio fondamento non nella colpevolezza del soggetto ma nella particolare pericolosità di quest'ultimo e che tale sanzione ha il fine esclusivo di impedire e prevenire un'eventuale recidiva, hanno ritenuto che «*la rétenion de sûreté n'est ni une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition*»<sup>184</sup>, e che per tale ragione i motivi di ricorso incentrati sulla presunta violazione dell'art. 8 della *Déclaration* siano infondati.

Era stata poi sollevata la questione dell'illegittimità costituzionale della legge del 2008 per contrasto con l'articolo 9 della *Déclaration*, il quale prevede che «*toute homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi*», e con l'art. 66 della costituzione, che dispone che «*nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi*».

Con riferimento al principio della presunzione d'innocenza enunciato nella prima parte dell'art. 9 *Décl.*, il Consiglio, basando la propria argomentazione ancora una volta sul rilievo secondo il quale la *rétenion de sûreté* non costituisce una sanzione di carattere repressivo, ha affermato l'inapplicabilità di tale principio nel caso di specie, dichiarando l'infondatezza del motivo di ricorso basato sulla sua

---

<sup>181</sup> C. LAZERGES, *La rétenion de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* "cit.", p. 732.

<sup>182</sup> J. PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* "cit.", p. 1003.

<sup>183</sup> *Conseil constitutionnel*, 21 février 2008 n° 2008-562 DC, in *Dalloz jurisprudence*, *considerant* 8.

<sup>184</sup> *Conseil constitutionnel*, 21 février 2008 n° 2008-562 DC, in *Dalloz jurisprudence*, *considerant* 8.

violazione<sup>185</sup>; ha invece ritenuto applicabile il principio derivante dal combinato disposto degli articoli 9 Décl. e 66 const. secondo il quale «*la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit pas nécessaire*»<sup>186</sup>.

Se dunque la natura non repressiva ma esclusivamente preventiva dell'istituto in esame risulta di per sé sufficiente per escludere l'applicabilità dei principi di necessità delle pene e di legalità, il carattere privativo della libertà personale della *rétenction de sûreté* richiede che questa resti in ogni caso assoggettata alle garanzie derivanti da tale principio e che sia dunque verificata la legittimità dei limiti che essa impone alla libertà personale”, alla luce del combinato disposto degli articoli 9 della dichiarazione e 66 della costituzione.

Il Consiglio poi, spiegando la portata di tale principio, secondo il quale è indispensabile che limitazioni poste alla libertà personale, per essere legittime, siano strettamente necessarie<sup>187</sup>, chiarisce che spetta al legislatore assicurare «*la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties*»<sup>188</sup> - tra le quali spicca in particolare il diritto alla libertà personale, di cui l'autorità giudiziaria costituisce il garante; e conseguentemente afferma che «*les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi*»<sup>189</sup>.

Nel dichiarare il dovere del legislatore di effettuare un bilanciamento tra l'interesse alla prevenzione dei reati finalizzato alla difesa della società e l'interesse alla tutela delle libertà individuali costituzionalmente garantite, il *Conseil constitutionnel* ha dunque affermato la necessità di porre dei limiti alle esigenze preventive e ha individuato tali limiti nel rispetto dei principi di proporzionalità e di necessità, affermando quindi che le limitazioni della libertà personale debbano essere adatte, necessarie e proporzionate rispetto al fine della prevenzione di futuri reati.

---

<sup>185</sup> *Conseil constitutionnel*, 21 février 2008 n° 2008-562 DC “cit.”, *considerant* 12.

<sup>186</sup> *Conseil constitutionnel*, 21 février 2008 n° 2008-562 DC “cit.”, *considerant* 13.

<sup>187</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 288.

<sup>188</sup> *Conseil constitutionnel*, 21 février 2008 n° 2008-562 DC “cit.”, *considerant* 13.

<sup>189</sup> *Conseil constitutionnel*, 21 février 2008 n° 2008-562 DC “cit.”, *considerant* 13.

Per quanto concerne il requisito dell'adeguatezza, il Consiglio ritiene che questo sia rispettato dalla disciplina della *rétenction de sûreté* come prevista dalla legge n° 2008-174: questo in considerazione, in primo luogo, del presupposto oggettivo di applicabilità della misura che richiede la commissione di un reato di particolare gravità ed una conseguente condanna alla pena della reclusione per una durata non inferiore a quindici anni<sup>190</sup>. In secondo luogo, la sanzione risulterebbe adeguata in quanto destinata ad applicarsi ai soli soggetti che presentino una particolare pericolosità, fondata sull'esistenza di un grave disturbo della personalità<sup>191</sup>; ed infine per il fatto che l'accertamento di quest'ultima sia svolto secondo una procedura rigorosa basata sulla valutazione pluridisciplinare della personalità del condannato e sul risultato di una perizia medica svolta da due esperti<sup>192</sup>. Per tutte queste ragioni la sentenza ha affermato che il contenuto della *rétenction*, che si concreta nell'internamento del soggetto in un *centre socio-médico-judiciaire* finalizzato a sottoporre quest'ultimo ad un trattamento medico, sociale e psicologico destinato a permettere la cessazione della misura, rispetti il requisito dell'adeguatezza<sup>193</sup>.

In relazione al requisito della necessità, il punto 17 della motivazione della sentenza afferma che, avendo riguardo alla gravità della limitazione della libertà personale imposta con la *rétenction de sûreté* in quanto misura a carattere custodiale di durata indeterminata, «*la rétenction de sûreté ne saurait constituer une mesure nécessaire que si aucune mesure moins attentatoire [...] ne peut suffisamment prévenir la commission d'actes portant gravement atteinte à l'intégrité des personnes*»<sup>194</sup>. La disciplina della *rétenction* contenuta nella legge del 2008 è conforme al principio di necessità in quanto prevede espressamente che tale misura si applicabile a titolo eccezionale ad individui che siano stati condannati ad una pena grave (almeno quindici anni di reclusione criminale), per la commissione di un delitto particolarmente grave, e che presentino una particolare pericolosità causata dall'esistenza di un grave disturbo della personalità che renda molto probabile la

---

<sup>190</sup> *Conseil constitutionnel*, 21 février 2008 n° 2008-562 DC “cit.”, *considerant* 15.

<sup>191</sup> *Conseil constitutionnel*, 21 février 2008 n° 2008-562 DC “cit.”, *considerant* 14.

<sup>192</sup> *Conseil constitutionnel*, 21 février 2008 n° 2008-562 DC “cit.”, *considerant* 16.

<sup>193</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 289.

<sup>194</sup> *Conseil constitutionnel*, 21 février 2008 n° 2008-562 DC “cit.”, *considerant* 17.

commissione di nuovi reati della stessa specie; ed ancora, il requisito della necessità della sanzione è rispettato in quanto la relativa disciplina stabilisce che la *commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté*, l'organo incaricato della valutazione della personalità del soggetto e di esprimere parere favorevole in ordine all'applicazione della misura, e la *juridiction régionale de la rétention de sûreté* che decide sull'applicazione della misura, debbano ritenere che, nel caso di specie, gli obblighi derivanti dall'iscrizione nel *FIJAIS* o dall'applicazione del *suivi socio-judiciaire* o della *surveillance judiciaire* siano insufficienti per prevenire la commissione dei reati particolarmente gravi, indicati come presupposto della *rétention* e che pertanto questa rappresenti «l'unico mezzo» per prevenire la recidiva, la cui probabilità è molto elevata, di tali reati<sup>195</sup>.

Tuttavia in relazione al principio di necessità, nel punto 21 della motivazione, il *Conseil constitutionnel* ha ritenuto opportuno effettuare una riserva di interpretazione affermando che il requisito della necessità della sanzione risulti integrato laddove la *juridiction régionale de la rétention de sûreté* nell'applicare tale misura abbia verificato in concreto che il condannato, durante l'esecuzione della pena detentiva, abbia potuto beneficiare delle cure e del trattamento adatti al disturbo della personalità di cui soffre e idonei quindi ad attenuare la sua pericolosità ma che questi non abbiano prodotto risultati sufficienti in relazione a tale fine, a causa della situazione dell'interessato o del suo rifiuto di sottoporsi alle cure proposte. In conclusione quindi la sentenza dichiara che «*sous cette réserve, la rétention de sûreté [...] est nécessaire au but poursuivi*»<sup>196</sup>.

Infine il Consiglio ha ritenuto che fosse integrato anche il terzo requisito della proporzionalità della misura: si legge infatti nel punto 22 della motivazione della sentenza che, considerato il complesso delle garanzie procedurali predisposte dal legislatore in relazione in particolare alla procedura di adozione della misura – svolta secondo regolare contraddittorio e previo parere favorevole, conforme al risultato della perizia medica, circa l'applicabilità della sanzione da parte della commissione pluridisciplinare delle misure di sicurezza (incaricata della valutazione della personalità del condannato) – e in relazione alla procedura di revoca della misura

---

<sup>195</sup> *Conseil constitutionnel*, 21 février 2008 n° 2008-562 DC “cit.”, *considerant* 18.

<sup>196</sup> *Conseil constitutionnel*, 21 février 2008 n° 2008-562 DC “cit.”, *considerant* 21.

stessa – che può avvenire su istanza di parte, tramite esperimento del ricorso alla *jurisdiction nationale de la rétention de sûreté* la cui decisione è a sua volta suscettibile di essere impugnata con ricorso in cassazione, oppure d’ufficio, nel caso in cui la giurisdizione regionale non si sia pronunciata sul ricorso nel termine di tre mesi e in ogni caso laddove i presupposti per la sua applicazione non siano più sussistenti - «*le législateur a assorti la procédure de placement en rétention de sûreté de garanties propres a assurer la conciliation entre, d’une part, la liberté individuelle dont l’article 66 de la Constitution confie la protection à l’autorité judiciaire et, d’autre part, l’objectif de la prévention de la récidive poursuivie*»<sup>197</sup>.

Conseguentemente la sentenza dichiara infondata la censura mossa al profilo della disciplina della *rétention* che ne consente la proroga senza limiti di durata per contrasto con il principio di proporzionalità, in quanto ritiene che i presupposti sostanziali e procedurali richiesti per la proroga siano idonei ad assicurare che questa sia disposta solo nei casi di stretta necessità, in relazione alla persistente pericolosità del soggetto ed alla rinnovata constatazione che tale misura rappresenti l’unico mezzo per prevenire la recidiva specifica, la cui probabilità è molto elevata<sup>198</sup>. Il Consiglio ha dunque ritenuto che l’applicabilità della sanzione nei soli casi di stretta necessità escluda che la proroga della misura senza limiti di durata sia sproporzionata<sup>199</sup>, e che in conclusione il legislatore sia riuscito a raggiungere un equo contemperamento delle garanzie individuali con la funzione di prevenzione dei reati finalizzata alla difesa sociale<sup>200</sup>.

Dichiarando la disciplina della *rétention de sûreté* così come prevista dalla legge n° 2008-174 conforme agli articoli 9 della Dichiarazione del 1789 e 66 della Costituzione, il *Conseil constitutionnel* ha ritenuto legittima l’introduzione di tale istituto nel diritto penale francese; tuttavia il *Conseil* ha ritenuto di censurare un aspetto particolare della sua disciplina, quello relativo ai limiti temporali della sua applicazione.

Pur avendo dichiarato, come si è visto, che la *rétention de sûreté* non costituisca una pena né una sanzione di carattere repressivo, il *Conseil* ha dichiarato

---

<sup>197</sup> *Conseil constitutionnel*, 21 février 2008 n° 2008-562 DC “cit.”, *considerant* 22.

<sup>198</sup> *Conseil constitutionnel*, 21 février 2008 n° 2008-562 DC “cit.”, *considerant* 23.

<sup>199</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 290.

<sup>200</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 290.

contrario alla costituzione l'art. 13 della legge n° 2008-174 nella parte in cui prevede che tale sanzione possa essere applicata ai condannati che, alla data del 1° settembre 2008, stiano scontando la pena detentiva della *réclusion criminelle*, di durata non inferiore a quindici anni, per uno dei reati-presupposto della *rétenion* e nella parte in cui prevede che la sanzione sia comunque applicabile ai soggetti condannati dopo l'entrata in vigore della legge per fatti commessi anteriormente.

Il Consiglio costituzionale ha dunque censurato l'applicazione retroattiva della legge del 2008 affermando che la *rétenion de sûreté*, in ragione della sua natura privativa della libertà personale e della durata indeterminata di tale privazione, non possa essere applicata agli individui già condannati prima dell'entrata in vigore della legge né agli individui destinatari di una sentenza di condanna intervenuta dopo l'entrata in vigore della legge per fatti commessi prima di questa data<sup>201</sup>.

### 3.2. La legittimità costituzionale della *rétenion de sûreté*.

La decisione n° 2008-562 del *Conseil constitutionnel* ha dichiarato conforme alla costituzione l'istituto della *rétenion de sûreté* ed ha così facendo sancito, in modo implicito, la legittimità dell'esistenza di una sanzione che, applicabile in ragione della pericolosità sociale del soggetto con il fine esclusivo di prevenirne la recidiva, comporti la detenzione a tempo indeterminato di individui pienamente imputabili che abbiano già scontato una pena detentiva in carcere.

Tale sanzione che presenta evidentemente i caratteri sostanziali della misura di sicurezza detentiva è stata tuttavia sottratta al regime giuridico proprio delle misure di sicurezza il quale ne prevede, in relazione al profilo temporale, l'applicabilità retroattiva: il *Conseil constitutionnel* ha ritenuto che la *rétenion de sûreté*, comportando una grave limitazione della libertà personale dell'individuo, dovesse essere assoggettata al principio di irretroattività della legge penale più severa, vigente in relazione alle pene, in quanto fondamentale corollario del principio di legalità. In dottrina non si è mancato di denunciare l'ambiguità della soluzione adottata dai giudici costituzionali i quali avrebbero dovuto, essendo stati investiti

---

<sup>201</sup> *Conseil constitutionnel*, 21 février 2008 n° 2008-562 DC "cit.", *considerant 10*.

della questione nei ricorsi proposti, pronunciarsi in via preliminare sulla natura giuridica della *rétenction de sûreté* al fine di verificarne la legittimità della disciplina.

Ciò in effetti non avvenne: il *Conseil* affermando che «*la rétenction de sûreté n'est ni une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition*» si è limitato a dichiarare, in negativo, ciò che la *rétenction* non è, omettendo di darne una definizione in positivo e guardandosi bene dall'utilizzare l'espressione «*mesure de sûreté*»<sup>202</sup>.

Nonostante questa omissione del Consiglio nel fornire una qualificazione espressa dell'istituto, la maggior parte della dottrina più autorevole è concorde nel ritenere, dopo la decisione del *Conseil*, che la *rétenction* costituisca una misura di sicurezza detentiva: in tal senso si sono espressi, tra gli altri, *Yves Mayaud*, affermando chiaramente che «*la rétenction est une mesure de sûreté, ce que le Conseil constitutionnel reconnaît dans sa décision*»<sup>203</sup> e *Haritini Matsopoulou*, ritenendo che «*la rétenction de sûreté, malgré les contraintes qu'elle entraîne, répond à la notion de mesure de sûreté, car son principe dépend de l'état dangereux de l'intéressé [...] et de la possibilité d'un traitement visant à éliminer cet état dangereux et à empêcher ainsi la récidive*»<sup>204</sup>.

Tuttavia non manca chi contesta tale conclusione, come *Christine Lazerges*, secondo la quale «*le Conseil constitutionnel n'a pas volontairement usé de l'expression de mesure de sûreté estimant à juste titre que le droit pénal français ne pouvait s'accomoder de mesures de sûreté privatives de liberté potentiellement perpétuelles*»<sup>205</sup>; in questo modo il Consiglio avrebbe voluto restare almeno parzialmente fedele alla volontà del legislatore del 1994 espressa in occasione della riforma del codice penale<sup>206</sup>.

Quest'ultimo infatti non avrebbe rifiutato l'idea che «*certaines sanctions aient pour objet d'être mesures de sûreté*»<sup>207</sup> ma avrebbe piuttosto scelto di

---

<sup>202</sup> C. LAZERGES, *La rétenction de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* "cit.", p. 738.

<sup>203</sup> Y. MAYAUD, *La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1361.

<sup>204</sup> H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l'inutile dispositif applicable aux maladies mentales* "cit.", p. 7.

<sup>205</sup> C. LAZERGES, *La rétenction de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* "cit.", p. 738.

<sup>206</sup> C. LAZERGES, *La rétenction de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* "cit.", p. 739.

<sup>207</sup> C. LAZERGES, *La rétenction de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* "cit.", p. 739.

qualificarle come pene complementari, in ragione del fatto che queste sono percepite come pene e, il più delle volte, presentano un carattere afflittivo. Così, “*qualifiées de peines complémentaires, les mesures de sûreté bénéficient de toutes les garanties dont bénéficient les peines*”<sup>208</sup>. Secondo questa autrice in conclusione la *rétenion de sûreté* costituirebbe un istituto giuridico *sui generis*, avente carattere ibrido: infatti, anche laddove la si qualificasse come misura di sicurezza, bisognerebbe ammettere che essa sia quanto meno «*une mesure de sûreté à part*»<sup>209</sup>, soggetta ad un regime giuridico particolare rispetto a quello ordinario delle misure di sicurezza del quale non si applica la regola dell’applicazione retroattiva. Ed ancora, proprio in questo profilo della sentenza costituzionale risiederebbe il paradosso della decisione di aver negato il carattere repressivo della *rétenion* ed averne al contempo rifiutato la logica conseguenza di sottrarla al principio di irretroattività previsto per le pene<sup>210</sup>.

Ancor più lampante risulta poi l’incoerenza della decisione se si considera che il Consiglio ha affermato che la *rétenion* possa essere applicata solo in relazione a fatti commessi dopo l’entrata in vigore della legge ma, al contempo, dichiarando costituzionale l’applicabilità retroattiva della misura non custodiale della *surveillance de sûreté*, ha in realtà lasciato aperta la possibilità che la *rétenion* sia applicata retroattivamente a titolo di sanzione per la violazione degli obblighi imposti con la *surveillance de sûreté*.

Il dispositivo della pronuncia del Consiglio costituzionale appare inequivocabile sul punto: esso dichiara contrarie alla Costituzione le disposizioni relative all’applicazione immediata della *rétenion de sûreté*, contenute ai punti I, III e IV dell’articolo 13 della legge n° 2008-174, non censurando invece il punto II dello stesso articolo 13 secondo il quale “*la surveillance de sûreté instaurée par les VI et VII de l’article 1er est immédiatement applicable après la publication de la présente loi*”. Al punto VI dell’articolo 1 della legge è espressamente previsto che “*les dispositions du dernier alinéa de l’article 706-53-19 sont applicables*”: proprio

---

<sup>208</sup> C. LAZERGES, *La rétenion de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* “cit.”, p. 739.

<sup>209</sup> C. LAZERGES, *La rétenion de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* “cit.”, p. 739.

<sup>210</sup> C. LAZERGES, *La rétenion de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* “cit.”, p. 741.

L'ultimo comma dell'art. 706-53-19 C.P.P. prevede l'applicabilità della *rétention de sûreté* in caso di violazione delle prescrizioni della *surveillance de sûreté*<sup>211</sup>.

Questo profilo della disciplina degli istituti introdotti con la legge del 2008, non censurato dal *Conseil constitutionnel*, fu anche oggetto di un ricorso al *Conseil d'État* volto ad ottenere l'annullamento, per eccesso di potere, del *décret* n° 2008-1129 *relatif à la surveillance de sûreté et à la rétention de sûreté*, recante le norme di attuazione della legge n° 2008-174<sup>212</sup>. Il ricorso fu però respinto dal Consiglio di Stato il quale, uniformandosi alla decisione del *Conseil constitutionnel*, dichiarò infondati tutti i motivi posti alla base della domanda di annullamento del decreto, sia quelli relativi ai presunti vizi di legittimità dell'atto sia quelli relativi all'illegittimità del suo contenuto (i quali in gran parte fondavano la pretesa illegittimità della disciplina della *surveillance* e della *rétention de sûreté* sulla violazione delle norme della CEDU)<sup>213</sup>.

Per le ragioni esposte sembra dunque essere condivisibile l'opinione di *Christine Lazerges* secondo la quale: "*La rétention de sûreté sortie par la porte pour plus de 15 ans au nom du principe de non-rétroactivité est autorisée à revenir par la fenêtre, dans un avenir proche à titre de sanction d'une surveillance de sûreté non respectée; c'est n'est pas le moindre des paradoxes de la décision du conseil constitutionnel du 21 février 2008, sa cohérence interne en pâti*"<sup>214</sup>.

Oltre alle critiche che possono essere mosse alla pronuncia costituzionale in ordine alla coerenza delle soluzioni adottate sul piano della disciplina giuridica dell'istituto in esame, ciò che appare fortemente criticabile è l'assenza di una riflessione più profonda sulla legittimità del principio di fondo sotteso alla *rétention de sûreté* o, in altri termini, una riflessione sulla legittimazione dell'esistenza nel

---

<sup>211</sup> L'ultimo comma dell'art. 706-53-19 C.P.P. recita: « *Si la méconnaissance par la personne des obligations qui lui sont imposées fait apparaître que celle-ci présente à nouveau une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de commettre à nouveau l'une des infractions mentionnées à l'article 706-53-13, le président de la juridiction régionale peut ordonner en urgence son placement provisoire dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté. Ce placement doit être confirmé dans un délai maximal de trois mois par la juridiction régionale statuant conformément à l'article 706-53-15, après avis favorable de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, à défaut de quoi il est mis fin d'office à la rétention. La décision de confirmation peut faire l'objet des recours prévus par l'article 706-53-15.*

<sup>212</sup> Cfr. *supra*, cap. III, par. 2.2.1.

<sup>213</sup> *Placement en rétention de sûreté, Conv. EDH et protection des données personnelles, Arrêt rendu par le Conseil d'État, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 26 novembre 2010, in Recueil Lebon 2011.*

<sup>214</sup> C. LAZERGES, *La rétention de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel* "cit.", p. 742.

sistema penale di sanzioni di carattere puramente preventivo che sono idonee a privare un individuo della sua libertà personale a tempo indeterminato, e dunque potenzialmente perpetuo, sul solo presupposto dell'esistenza di un rischio di recidiva; questo nonostante la dottrina avesse espressamente sollecitato una riflessione di più ampio respiro sulla legittimazione sostanziale delle misure di sicurezza detentive alla luce dei principi e delle garanzie costituzionali, con riferimento in primo luogo al principio di colpevolezza<sup>215</sup>.

In questa sede è poi importante rilevare come, a fianco del movimento di forte contestazione di tale istituto condotto da un'ampia parte della dottrina più autorevole (si può fare riferimento in particolare ai firmatari del documento presentato al *Conseil constitutionnel* in via di ricorso informale, tra i quali in particolare *Geneviève Giudicelli-Delage* e *Christine Lazerges*), non manchino voci altrettanto autorevoli che abbiano espresso un orientamento favorevole all'introduzione della *rétenion de sûreté*.

È opportuno perlomeno citare il contributo di *Jean Pradel*, il quale non solo ha ritenuto legittima l'introduzione della *rétenion* sulla base del fatto che le tecniche moderne consentono oggi di accertare la pericolosità sociale con giudizi prognostici caratterizzati da livelli di probabilità molto elevata e che misure analoghe esistono nella maggior parte degli ordinamenti europei, ma ha affermato che, essendo la *rétenion* una misura di sicurezza, non avrebbe dovuto essere censurata la sua applicabilità retroattiva<sup>216</sup>; emblematica in questo senso la sua affermazione secondo la quale "*Le pénaliste doit être réaliste. Le droit pénal sert aussi à protéger la société et l'on ne dira pas qu'en l'espèce le législateur a été avare de garanties pour le criminel*"<sup>217</sup>.

Del medesimo orientamento favorevole all'istituto della *rétenion de sûreté*, anche se sulla base di argomentazioni in parte diverse, è *Gabriel Roujou de Boubée*, noto professore dell'Università di Tolosa, il quale fonda la legittimità di tale sanzione in ultima analisi sulla utilità. Egli afferma infatti che "*L'adoption de la rétenion de*

---

<sup>215</sup> Cfr. *supra*, cap. IV, par. 3.1.

<sup>216</sup> J. PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* "cit.", p. 1016.

<sup>217</sup> J. PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008* "cit.", p. 1017.

*sûreté était nécessaire en ce qu'elle répond à un besoin qui ne saurait être occulté car il existe vraiment. Le ramener à une somme de réaction émotives après tel ou tel fait divers particulièrement horrible serait le méconnaître gravement, de même qu'il ne faut pas dissimuler le manque d'efficacité des mesures d'accompagnement existant à ce jour*"<sup>218</sup>. Secondo questo autore dunque, ferma restando l'opportunità di apportare alcuni correttivi alla disciplina della *rétention* come prevista dalla legge n° 2008-174, la legittimità sostanziale di tale misura non può essere messa in discussione.

---

<sup>218</sup> G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Sic et non. À propos de la loi du 25 février 2008*, in *Mélanges à l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Paris, 2009, p. 710.



## CAPITOLO V

### LA CONFORMITÀ DELLE MISURE DI SICUREZZA DETENTIVE ALLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO: 1. La tutela dei diritti fondamentali dell'uomo nel sistema penale: una questione di carattere sovranazionale. - 2. La necessità di verificare la legittimità del doppio binario alla luce della CEDU. - 2.1. La legittimità della privazione della libertà personale *ex art. 5 § 1.* - 2.1.1. I requisiti: la base legale e la proporzione. - 2.1.2. La conformità all'art. 5 § 1 lett. a) delle misure di sicurezza detentive rivolte ai soggetti imputabili. - 2.2. Il principio di legalità *ex art. 7 CEDU.* - 2.2.1. La nozione sostanziale di «materia penale» e di «pena» adottata dalla Corte di Strasburgo. - 2.2.2. La misura di sicurezza detentiva come pena in senso sostanziale. - 3. La possibile ricerca nel sistema della CEDU di un limite sostanziale alle misure di sicurezza detentive per gli imputabili. - 3.1. Il divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti *ex art. 3 CEDU.* - 4. La *réétention de sûreté* di fronte alla Corte europea: un appuntamento rimandato.

#### **1. La tutela dei diritti fondamentali dell'uomo nel sistema penale: una questione di carattere sovranazionale.**

La delicata questione della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo nel diritto penale, come diritto dal “carattere potenzialmente lesivo”<sup>1</sup> delle libertà e dei diritti individuali fondamentali in quanto deputato per sua natura ad incidere su questi, ha invero rappresentato il tema di fondo della trattazione svolta nel capitolo precedente. Si è dunque già cercato di mettere in luce i profili sotto i quali il contrasto tra diritti dell'uomo e diritto penale si fa più evidente con riferimento specifico al tema oggetto del presente studio, e cioè, con riferimento al sistema del doppio binario inteso nella sua accezione più ristretta (in sintesi, l'esistenza di misure di sicurezza detentive rivolte ai soggetti imputabili socialmente pericolosi, che si cumulano alla pena detentiva). In quella sede si è tentato da un lato di rendere conto del processo storico che a partire dal secondo dopoguerra, con l'avvento delle Carte costituzionali, ha visto la dottrina dei principali paesi europei interrogarsi sulla legittimità di tali istituti rispetto ai diritti individuali fondamentali sanciti nei Testi costituzionali, fino ad arrivare a porre in dubbio la legittimità della loro esistenza; dall'altro lato, si è analizzato quale sia stata la posizione assunta dall'organo di

---

<sup>1</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 2.

giustizia costituzionale francese sulla questione (mai affrontata prima) della legittimità costituzionale delle misure di sicurezza detentive. Si è visto come il *Conseil constitutionnel*, con la pronuncia del 2008 sulla *rétenion de sûreté*, abbia individuato nei principi di proporzionalità, adeguatezza e necessità della pena i parametri in base ai quali valutare la legittimità delle misure di sicurezza detentive (e della logica di prevenzione e di difesa sociale che è a queste sottesa) e dunque i limiti a queste imposte dall'esigenza di garantire i diritti fondamentali dell'individuo tutelati dalla Costituzione.

Adesso la questione richiede di essere affrontata in un'altra prospettiva: in effetti oggi la Costituzione non è più l'unico parametro giuridico in base al quale svolgere un'opera di ripensamento del diritto penale in chiave garantista: “in altre parole, i diritti dell'uomo con cui fare i conti nel vagliare natura e caratteri del diritto penale non sono più (solo) quelli sanciti nelle carte costituzionali, ma anche quelli riconosciuti sul piano internazionale”<sup>2</sup>.

A partire dalla fine della seconda guerra mondiale infatti prese avvio un ulteriore e parallelo processo, che è stato denominato in dottrina «processo di internazionalizzazione della tutela dei diritti dell'uomo»<sup>3</sup>: un processo cioè per effetto del quale la questione della tutela dei diritti dell'uomo assunse gradualmente un rilievo internazionale<sup>4</sup>. L'esperienza della seconda guerra mondiale aveva mostrato come le più gravi violazioni dei diritti umani potessero essere perpetrate proprio ad opera delle autorità di un singolo stato nazionale a danno degli stessi cittadini di quello stato, ed aveva per questo motivo contribuito a diffondere l'idea secondo la quale i grandi problemi dell'umanità – tra cui appunto la tutela dei diritti umani - non potessero essere adeguatamente affrontati nell'ottica del singolo stato nazionale ma richiedessero un approccio di tipo internazionale, l'unico che avrebbe potuto impedire il ripetersi di violazioni di massa dei diritti umani<sup>5</sup>.

Tale consapevolezza condusse alla “affermazione di tali diritti come valore condiviso a livello internazionale”<sup>6</sup> ed alla presa in carico, da parte della comunità

---

<sup>2</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale* “cit.”, p. 7.

<sup>3</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale* “cit.”, p. 3.

<sup>4</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale* “cit.”, p. 4.

<sup>5</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale* “cit.”, p. 4.

<sup>6</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale* “cit.”, p. 4.

internazionale, del compito di “evitare che essi siano calpestati dalle stesse autorità dalle Stato di cui l’individuo è cittadino”<sup>7</sup>. I diritti fondamentali dell’uomo già consacrati nelle carte costituzionali vennero quindi codificati in un ampio numero di convenzioni internazionali, a livello mondiale come avvenne con la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948, ed a livello regionale ad esempio con la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali; contestualmente vennero istituiti organi giurisdizionali internazionali, soprattutto nell’ambito di organizzazioni internazionali a base regionale, destinati a garantire l’effettiva tutela dei diritti dell’uomo<sup>8</sup>.

D’altra parte il «processo di internazionalizzazione della tutela dei diritti dell’uomo» fu accompagnato da un contemporaneo «processo di apertura del diritto penale nazionale alle influenze provenienti dal piano internazionale e sovranazionale»<sup>9</sup>, favorito dalla sempre più copiosa formazione di atti internazionali incidenti sulla materia penale, soprattutto a livello regionale (in aree geografiche caratterizzate da una certa omogeneità politico-culturale)<sup>10</sup>. In questo senso si può dire che il processo di ripensamento del diritto penale vigente all’interno dei singoli stati nazionali alla luce dei diritti individuali fondamentali “ha cominciato ad essere influenzato dalle istanze di tutela dei c.d. diritti dell’uomo emerse [...] nell’ambito dell’ordinamento giuridico internazionale”<sup>11</sup>.

Per effetto del combinarsi di questi due processi, avviatisi a partire dall’epoca del dopoguerra, appare oggi imprescindibile vagliare la legittimità dei singoli aspetti del diritto penale nazionale non solo avendo come parametro giuridico di riferimento i diritti individuali consacrati nella Costituzione ma anche i diritti individuali riconosciuti a livello internazionale, nelle convenzioni e nei trattati<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale* “cit.”, p. 4.

<sup>8</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale* “cit.”, p. 5.

<sup>9</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale* “cit.”, p. 5.

<sup>10</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale* “cit.”, p. 6.

<sup>11</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale* “cit.”, p. 6.

<sup>12</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale* “cit.”, p. 6.

## 2. La necessità di verificare la legittimità del doppio binario alla luce della CEDU.

La sintesi dei due processi sopra illustrati trova un'esemplificazione emblematica nell'esperienza del Consiglio d'Europa, organizzazione internazionale a carattere regionale istituita con l'obiettivo specifico di garantire la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo<sup>13</sup>, che costituisce un'organizzazione del tutto peculiare e «all'avanguardia» rispetto all'esperienza di altre aree geopolitiche<sup>14</sup>.

La sua peculiarità risiede in una parola nell'effettività della tutela da questa assicurata tramite la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma nel 1950 dagli stati fondatori del Consiglio d'Europa e con il tempo sottoscritta da quasi tutti gli stati del continente europeo<sup>15</sup>. Oltre a contenere nella sua parte prima un catalogo dei diritti fondamentali dell'uomo accompagnato da specifiche indicazioni circa le limitazioni che a questi possono essere legittimamente imposte, la Convenzione istituisce nella parte seconda un sistema giurisdizionale capace di garantire una protezione effettiva di tali diritti<sup>16</sup>.

Ratificando la Cedu, gli stati contraenti si sono obbligati a sottomettersi, in materia di violazione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali eventualmente scaturite dalle loro legislazioni e prassi interne, “al giudizio di un giudice internazionale” costituito da un organo indipendente – la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>17</sup> - le cui decisioni sono obbligatorie e vincolanti per gli stati contraenti<sup>18</sup>.

La Corte, che può essere adita con ricorso proposto da uno Stato contraente che voglia ricorrere contro un altro Stato membro oppure - ed ecco la vera innovazione - da un singolo individuo che si ritenga leso nei suoi diritti da parte di

---

<sup>13</sup> Il Consiglio d'Europa è stato istituito il 5 maggio 1949 con il Trattato di Londra. Questo fu firmato da dieci stati c.d. fondatori costituiti da: Belgio, Danimarca, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito e Svezia. L'8 agosto 1949 aderirono al Consiglio d'Europa anche Turchia e Grecia. Tutti i dati relativi al Consiglio d'Europa sono rinvenibili sul sito ufficiale, all'indirizzo web [www.coe.int](http://www.coe.int).

<sup>14</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale* “cit.”, p. 10.

<sup>15</sup> Attualmente la Convenzione risulta firmata e ratificata dai quarantasette stati membri del Consiglio d'Europa, dopo l'adesione del Montenegro avvenuta l'11 maggio 2007.

<sup>16</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale* “cit.”, p. 19.

<sup>17</sup> Invero il sistema giurisdizionale istituito dalla Cedu si fondava in origine sull'attività di due organi: la Commissione europea dei diritti dell'uomo e la Corte europea dei diritti dell'uomo. Con il protocollo n°11 apposto alla Cedu, adottato il 1° novembre 1998, fu modificato l'originario meccanismo di controllo e sostituito da un sistema nuovo, fondato su un unico organo, la «nuova» Corte europea dei diritti dell'uomo che svolge i compiti precedentemente assegnati ai due organi.

<sup>18</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale* “cit.”, p. 19.

uno Stato contraente, se giudica il ricorso ricevibile e dopo aver effettuato senza successo un tentativo di regolamento amichevole della controversia, affronta nel merito la questione e si pronuncia con sentenza motivata sul caso concreto oggetto del ricorso. L'oggetto delle sentenze della Corte è costituito dall'accertamento della violazione, nel caso concreto, di uno dei diritti sanciti dalla Convenzione: le sentenze della Corte hanno dunque «valore declaratorio» nel senso che con esse la Corte si limita ad accertare se vi sia stata o meno la violazione di un diritto convenzionalmente garantito<sup>19</sup>. Il sindacato della Corte dunque ha come oggetto esclusivo l'esistenza di concrete violazioni dei diritti umani tutelati dalla Cedu, nel singolo caso di specie, non potendo invece procedere ad un sindacato in astratto sulla conformità di leggi, atti normativi o regolamentari o prassi giurisprudenziali o amministrative<sup>20</sup>: il sindacato della Corte europea è dunque di carattere «pragmatico»<sup>21</sup> e non riguarda «la compatibilità con la Cedu di leggi o prassi applicative astrattamente considerate»<sup>22</sup>.

Conseguentemente le sentenze della Corte non producono effetti giuridici *erga omnes* (nei confronti di coloro che si trovino in una situazione analoga a quella del ricorrente) ma producono un effetto giuridico limitato al singolo caso concreto oggetto della controversia<sup>23</sup>: l'unico effetto diretto della sentenza è dunque l'obbligo gravante sullo Stato di porre rimedio alla violazione accertata, riparandone le conseguenze, e laddove sia possibile provvedere a ciò solo in modo parziale, di versare alla parte lesa una somma di denaro a titolo di equa soddisfazione, stabilita dalla Corte nella sentenza. Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sono pertanto vincolanti nei confronti del singolo Stato.

È tuttavia necessario rilevare come le pronunce della Corte, benché limitate al singolo caso concreto e produttive di effetti giuridici diretti solo in relazione a quest'ultimo, esercitino di fatto un'influenza sul diritto interno di carattere generale, non limitata al caso concreto<sup>24</sup>: in alcuni casi la Corte di Strasburgo in effetti accerta

---

<sup>19</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale* "cit.", p. 20.

<sup>20</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale* "cit.", p. 22.

<sup>21</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale* "cit.", p. 23.

<sup>22</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale* "cit.", p. 23.

<sup>23</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale* "cit.", p. 21.

<sup>24</sup> G. DE VERO – G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle corti europee*, Torino, 2007, p. 11; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale* "cit.", p. 25.

la violazione di un diritto sancito dalla Cedu affermando implicitamente che la violazione non dipende dalle sole circostanze concrete del caso ma dall'esistenza di una legge o di una prassi interna di per sé contraria alla Convenzione<sup>25</sup>.

In questo modo, contestando implicitamente la compatibilità di una certa legge o orientamento giurisprudenziale interno con la Cedu, la Corte esercita una significativa influenza sul piano politico-legislativo, e questa produce importanti conseguenze sul piano giuridico generale<sup>26</sup>: gli stati membri sono in effetti tendenzialmente indotti ad adottare modifiche legislative in senso conforme alla posizione assunta dalla Corte, da un lato per evitare di trovarsi in situazioni sconvenienti dal punto di vista politico rispetto agli altri Stati contraenti, dall'altro per evitare la proposizione di "ricorsi «a cascata», dal probabile esito positivo, da parte di soggetti che si trovino in situazioni analoghe"<sup>27</sup>. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo quindi produce come effetto indiretto, sul lungo periodo, «l'armonizzazione del diritto degli Stati contraenti»<sup>28</sup>.

Risulta quindi chiaro come l'importanza centrale assunta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, attraverso l'interpretazione datane dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sia sul piano della tutela dei diritti umani fondamentali con riferimento specifico al diritto penale, sia, più in generale, in merito al «dover essere» del diritto penale sostanziale, richieda che il processo, ancora in atto (tenendo presente il monito di un autorevole penalista italiano che ricorda come nel diritto penale, anche in contesti di democrazia liberale, siano spesso presenti spinte autoritarie<sup>29</sup>), di costruzione di un diritto penale garantista sia oggi condotto non unicamente all'interno del singolo ordinamento nazionale<sup>30</sup>.

Se a tal fine la Costituzione può ben costituire il primo parametro giuridico di riferimento, la verifica della legittimità dei diversi istituti o aspetti del diritto penale con riferimento alla garanzia e alla tutela di diritti fondamentali dell'uomo non può prescindere dal confronto con la Cedu che ad alcuni sembra costituire «oltre i codici,

---

<sup>25</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale* "cit.", p. 24.

<sup>26</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale* "cit.", p. 25.

<sup>27</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale* "cit.", p. 26.

<sup>28</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale* "cit.", p. 26.

<sup>29</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale* "cit.", p. 56.

<sup>30</sup> V. MANES – V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 3.

oltre le carte costituzionali nazionali [...] il terzo livello di legalità»<sup>31</sup> o, ancora, il «massimo livello di “sacralizzazione delle garanzie”»<sup>32</sup>.

Dalle considerazioni svolte emergono le ragioni dell’opportunità – o meglio della necessità - di procedere ad un esame del tema oggetto del presente studio alla luce delle norme della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali.

Le misure di sicurezza detentive rivolte agli imputabili presentano infatti, come è stato rilevato all’inizio del capitolo precedente<sup>33</sup>, molteplici aspetti di criticità sotto il profilo della tutela dei diritti individuali fondamentali, il cui rispetto deve essere assicurato in misura almeno corrispondente al livello minimo di tutela di tali diritti garantito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, che rappresenta al contempo per i singoli stati un limite invalicabile<sup>34</sup>. Il rispetto di questo limite invalicabile da parte della disciplina delle misure di sicurezza detentive destinate a soggetti imputabili va verificato in relazione a due specifiche disposizioni della CEDU: *in primis*, all’art. 5 che fissa le condizioni di legittimità della privazione della libertà personale e, in secondo luogo, in relazione all’art. 7 che fissa il principio di legalità, principio cardine della materia penale.

Prima di scendere ad analizzare nel merito la questione delineata è tuttavia necessario osservare, in via preliminare, che l’analisi verrà condotta sulla base dei principi enunciati e delle posizioni assunte dalla Corte di Strasburgo nelle decisioni intervenute nell’ambito di ricorsi aventi ad oggetto la lamentata violazione di un diritto fondamentale con specifico riferimento all’applicazione di misure di sicurezza detentive a soggetti imputabili, ma che queste pronunce non hanno riguardato la specifica esperienza francese che qui interessa. La Corte si è pronunciata in questa materia per lo più riferendosi alla misura di sicurezza detentiva della *Sicherungsverwahrung* tedesca; ciononostante le posizioni assunte dalla Corte rispetto alla convenzionalità della custodia di sicurezza tedesca debbono

---

<sup>31</sup> V. MANES – V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano* “cit.”, p. 4.

<sup>32</sup> V. MANES – V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano* “cit.”, p. 4.

<sup>33</sup> Cfr. *supra*, cap. IV, par. 1.

<sup>34</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale* “cit.”, p. 28.

indubbiamente ritenersi valide anche rispetto alla *rétenction de sûreté*, per il fatto che le due misure di sicurezza sono, dal punto di vista sostanziale, analoghe.

La Corte europea non ha ancora avuto occasione di pronunciarsi sulla *rétenction de sûreté* che, introdotta nel 2008, a seguito della decisione del Consiglio costituzionale potrà applicarsi solo a partire dal 2023 (anche se di fatto, considerando le ordinarie riduzioni di pena, si stima che essa potrà trovare applicazione nel 2020<sup>35</sup>); così l'analisi che sarà svolta qui di seguito consentirà di tracciare i limiti di legittimità della *rétenction de sûreté* rispetto alla CEDU, effettuando qualche riflessione *de iure condendo*.

### 2.1. La legittimità della privazione della libertà personale ex art. 5 § 1 CEDU.

Come sanzioni privative della libertà personale le misure di sicurezza detentive richiedono, in via immediata, di essere esaminate alla luce dell'articolo 5 della Convenzione: questa norma infatti, affermando che «Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza» dichiara che la libertà personale è un diritto fondamentale dell'uomo e che come tale deve essere garantito ad ogni essere umano.

La nozione di libertà oggetto della tutela convenzionale tramite l'articolo in esame deve essere intesa “nella sua accezione, antica e classica, di libertà fisica”<sup>36</sup>: sul punto si è formato un orientamento giurisprudenziale costante a partire dalla sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi* del 1976<sup>37</sup>. Al diritto alla libertà viene poi affiancato il diritto alla sicurezza: i termini libertà e sicurezza in effetti costituirebbero «*une identité commune*»<sup>38</sup> e così al termine «sicurezza» in questo contesto dovrebbe essere attribuito il significato di «garanzia rispetto ad arbitrarie privazioni della libertà personale»<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> F. DESPORTES – F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général* “cit.”, p. 1103.

<sup>36</sup> M. PISANI, *Commento all'art. 5*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 117.

<sup>37</sup> J-P. CÉRÉ, *La rétenction de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *AJ Pénal*, 2008, p. 222.

<sup>38</sup> J-P. CÉRÉ, *La rétenction de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* “cit.”, p. 222.

<sup>39</sup> M. PISANI, *Commento all'art. 5* “cit.”, p. 117; J-P. CÉRÉ, *La rétenction de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* “cit.”, p. 222.

Il diritto alla libertà personale così definito riceve però dalla Convenzione una tutela non assoluta bensì «condizionata»<sup>40</sup>: l'art. 5 infatti afferma che «Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge». All'affermazione del diritto alla libertà segue quindi un'elencazione tassativa dei casi in cui un individuo può essere legittimamente privato della libertà personale: in altri termini la Convenzione stabilisce che le uniche privazioni della libertà personale legittime sono quelle indicate dall'art. 5 CEDU. La norma peraltro si riferisce espressamente ai soli provvedimenti che comportano una privazione della libertà personale ed il suo ambito di applicazione dunque non comprende i provvedimenti che comportino una mera restrizione della libertà: quest'ultima situazione rientra nell'ambito di applicazione di una diversa norma convenzionale, l'art. 2 del protocollo n° 4 alla CEDU, secondo cui la libertà di circolazione garantita dalla Convenzione ad ogni individuo può subire le sole restrizioni che, previste dalla legge, siano necessarie in una società democratica al fine di assicurare la difesa nazionale, la sicurezza pubblica, il mantenimento dell'ordine pubblico, la prevenzione di reati, la protezione della salute o della morale, e la protezione dei diritti e delle libertà altrui<sup>41</sup>.

Si pone dunque la necessità di definire la nozione di «privazione della libertà personale» rilevante ai fini dell'operatività dell'art. 5, distinguendola dalla nozione contigua di «restrizione della libertà personale».

La recente sentenza *Storck c. Germania* del 2005<sup>42</sup> rappresenta una sintesi efficace del percorso seguito dalla Corte europea per giungere a definire l'ambito di applicazione della art. 5 CEDU. La Corte adotta una nozione autonoma di «privazione della libertà» che prescinde del tutto dalla qualificazione giuridica data

---

<sup>40</sup> L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU e art. 2 Prot. 4)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2011, p. 255.

<sup>41</sup> Art. 2. Prot. N° 4 CEDU, in [www.coe.int](http://www.coe.int) secondo il quale letteralmente: “1. *Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.* 2. *Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.* 3. *L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui*”.

<sup>42</sup> Arrêt 16 juin 2005, *Storck c. Allemagne* (requête n° 61603/00).

ad una determinata misura nell'ordinamento interno<sup>43</sup>: nella giurisprudenza di Strasburgo la privazione della libertà personale si definisce innanzitutto sulla base di un requisito soggettivo costituito dall'assenza del consenso del soggetto alla privazione stessa<sup>44</sup>, e inoltre sulla base di un requisito di carattere oggettivo definito nella stessa pronuncia citata come *“l'internement d'une personne dans un certain espace restreint pendant un laps de temps non négligeable”*<sup>45</sup>. Per ciò che concerne il requisito oggettivo la Corte afferma che per qualificare una misura come «privativa della libertà» non si possa fare affidamento sulla qualificazione giuridica datane dal diritto interno, ma che sia necessario avere riguardo alla concreta situazione presente nel caso di specie, prendendo in considerazione una serie di criteri quali il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della misura considerata<sup>46</sup>.

Invero, il *leading case* in materia di definizione dell'ambito di applicazione dell'art. 5 CEDU, e dunque della nozione di «privazione della libertà personale», è costituito dal caso *Guzzardi c. Italia* del 1980<sup>47</sup>, nella cui decisione la Corte ha per la prima volta indicato i criteri sulla scorta dei quali stabilire se vi sia stata in un caso concreto una privazione della libertà personale o invece una mera restrizione.

Sul punto è stato fatto osservare come *“la distinction entre les deux notions peut être parfois tenue”*<sup>48</sup>: in effetti tra privazione e restrizione della libertà personale esisterebbe unicamente *«une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence»*<sup>49</sup>. La Corte indica dunque dei criteri di tipo quantitativo per stabilire se vi sia stata, avendo riguardo alla situazione concreta, una privazione della libertà personale: si tratta appunto dei criteri del tipo, della durata, degli effetti e della modalità di esecuzione della misura che ha inciso sulla libertà dell'individuo<sup>50</sup>.

---

<sup>43</sup> L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale* “cit.”, p. 256.

<sup>44</sup> *Arrêt Storck c. Allemagne* “cit.”, cons. n° 74.

<sup>45</sup> *Arrêt Storck c. Allemagne* “cit.”, cons. n° 74.

<sup>46</sup> *Arrêt Storck c. Allemagne* “cit.”, cons. n° 71.

<sup>47</sup> *Arrêt 6 novembre 1980, Guzzardi c. Italie* (req. n° 7367/76).

<sup>48</sup> J-P. CÉRÉ, *La rétention de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* “cit.”, p. 222.

<sup>49</sup> *Arrêt Guzzardi c. Italie* “cit.”, cons. n° 93.

<sup>50</sup> *Arrêt Guzzardi c. Italie* “cit.”, cons. n° 92; letteralmente *“Pour déterminer si un individu se trouve privé de sa liberté au sens de l'article 5, il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte des critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée”*.

Nel caso di specie la Corte sulla base di questi criteri ha ritenuto che le limitazioni alla libertà di circolazione subite dal ricorrente, in conseguenza dell'applicazione della misura di prevenzione rappresentata dalla sorveglianza speciale, avessero comportato una privazione della libertà personale ai sensi dell'art. 5 CEDU. I giudici di Strasburgo sono giunti a questa conclusione considerando che il ricorrente era stato destinatario dell'obbligo di soggiorno in un piccolo borgo dell'isola dell'Asinara, Cala Reale, ove non si trovavano che vecchi stabilimenti di un ospedale, una stazione dei carabinieri, una scuola e una cappella; qui il soggetto viveva circondato da altre persone soggette alla misura della sorveglianza speciale e dagli agenti di polizia addetti al servizio di sorveglianza, in una condizione di emarginazione<sup>51</sup>. Il resto della popolazione dell'Asinara risiedeva pressoché interamente in un'altra zona dell'isola, dove il ricorrente non poteva recarsi, né la zona di Cala Reale risultava in alcun modo frequentata dalla popolazione dell'Asinara, con la conseguenza che, di fatto, gli unici contatti sociali che il ricorrente poteva avere erano quelli con i propri familiari, con gli agenti di polizia e con altri soggetti sottoposti alla stessa sorveglianza<sup>52</sup>.

Il regime di sorveglianza al quale l'interessato era sottoposto, poi, era molto duro e quasi costante: egli non poteva allontanarsi dalla propria abitazione senza avvertire l'autorità di polizia, tranne che dalle ore 7 alle 22, e doveva presentarsi due volte al giorno presso quest'ultima, doveva comunicare i nominativi delle persone con le quali voleva mettersi in contatto telefonicamente e naturalmente doveva ricevere l'autorizzazione dell'autorità di polizia per recarsi sull'isola di Sardegna o in altra zona dell'Italia continentale, spostamenti questi che potevano avvenire soltanto sotto la stretta sorveglianza dell'autorità di polizia. Infine, era comminata la sanzione dell'arresto nel caso in cui il soggetto avesse violato una delle prescrizioni imposte.

Considerando dunque tutte queste circostanze del caso concreto, la Corte ritenne che se nessuna di tali prescrizioni, considerata isolatamente, poteva essere qualificata come «privazione» della libertà personale, tuttavia l'insieme di tutte le prescrizioni cumulate tra loro, avevano dato luogo ad una situazione qualificabile

---

<sup>51</sup> L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale* "cit.", p. 257.

<sup>52</sup> *Arrêt Guzzardi c. Italie* "cit.", cons. n° 95.

come «privazione della libertà personale»<sup>53</sup>. La decisione analizzata riveste dunque un'importanza centrale con riferimento alla definizione dell'ambito di applicazione dell'art. 5 che, se ricomprende pacificamente le situazioni di detenzione (nelle quali cioè vi sia una coercizione fisica), può a seconda delle circostanze concrete del caso ricomprendere anche situazioni nelle quali la libertà del soggetto si trovi in vario modo limitata dall'applicazione di misure non detentive.

La nozione autonoma di «privazione della libertà personale» elaborata nella giurisprudenza di Strasburgo ha dunque l'effetto di estendere le garanzie previste dall'art. 5 CEDU anche alle situazioni in cui un soggetto si trovi sottoposto ad una sanzione qualificata nel diritto interno come semplicemente limitativa della libertà personale. Questo dato può dunque assumere rilievo, in particolare, con riferimento alle misure di sicurezza non detentive della *surveillance judiciaire* e della *surveillance de sûreté* che, come si è visto, possono incidere gravemente sulla libertà personale del soggetto per il numero elevato delle prescrizioni che possono essere imposte, nonché per il carattere intrinsecamente afflittivo di alcune di esse (si pensi per esempio alla *surveillance électronique mobile*)<sup>54</sup>.

### 2.1.1. I requisiti: la base legale e la proporzionalità.

Oltre a dover rientrare in una delle sei ipotesi tassativamente previste all'art. 5 § 1, la privazione della libertà personale per essere legittima deve osservare due requisiti di carattere generale. Il primo di questi è costituito dalla «base legale»<sup>55</sup> che discende dal dettato della norma secondo cui “nessuno può essere privato della libertà personale se non [...] nei modi previsti dalla legge”. Questo significa che “la privazione della libertà personale non può essere considerata legittima laddove sia stata disposta in esecuzione di un provvedimento delle autorità nazionali contrario alle regole sostanziali e procedurali dello Stato in cui viene emanato”<sup>56</sup>. Tuttavia secondo la Corte il requisito della base legale non può essere inteso in senso

---

<sup>53</sup> *Arrêt Guzzardi c. Italie* “cit.”, cons. n° 95.

<sup>54</sup> Cfr. *supra*, cap. III, par. 1.3.3., 1.3.4., 2.2.

<sup>55</sup> L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale* “cit.”, p. 257.

<sup>56</sup> L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale* “cit.”, p. 263.

meramente formale: la giurisprudenza ha elaborato anche un'interpretazione in senso sostanziale della base legale affermando l'esigenza che questa sia configurata "in modo da proteggere l'individuo da privazioni arbitrarie della libertà personale"<sup>57</sup>. L'iter interpretativo seguito dalla Corte per giungere a tale conclusione si ritrova chiaramente spiegato nella sentenza *Steel c. Gran Bretagna* nella quale si legge: "*La Cour rappelle que les expressions «régulière» et «selon les voies légales» à l'article 5 § 1 énoncent l'obligation de respecter les dispositions de procédure et de fond du droit interne, mais commandent aussi de surcroît la conformité d'une privation de liberté au but de l'article 5: protéger l'individu contre l'arbitraire*"<sup>58</sup>.

Si richiede dunque che la legge posta alla base della privazione della libertà personale presenti determinate «qualità»<sup>59</sup>: in effetti nella stessa sentenza la Corte prosegue affermando che "*il est essentiel que le droit national applicable remplisse le critère de «légalité» fixé par la Convention, qui exige que le droit écrit comme non écrit soit assez précis pour permettre au citoyen, en s'entourant au besoin de conseils éclairés, de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé*"<sup>60</sup>. È dunque necessario che la legge che ha giustificato il provvedimento di privazione della libertà personale fosse sufficientemente precisa e accessibile in modo da rendere ragionevolmente prevedibili le conseguenze derivanti dalla sua applicazione<sup>61</sup>.

La Corte di Strasburgo ritiene in base ad un orientamento giurisprudenziale costante che la privazione della libertà personale possa considerarsi legittima ai sensi dell'articolo 5 della Convenzione solo laddove sia rispettato l'ulteriore requisito della proporzionalità<sup>62</sup>. La norma come si è già visto indica con un elenco tassativo i casi nei quali la privazione della libertà possa considerarsi legittima: in queste ipotesi la

---

<sup>57</sup> L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale* "cit.", p. 263.

<sup>58</sup> *Arrêt 23 septembre 1998, Steel et Autres c. Royaume-Uni (req. 67/1997/851/1058), consid. n° 54.*

<sup>59</sup> L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale* "cit.", p. 264.

<sup>60</sup> *Arrêt Steel et Autres c. Royaume-Uni* "cit.", consid. n° 54.

<sup>61</sup> L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale* "cit.", p. 263.

<sup>62</sup> L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale* "cit.", p. 265.

convenzione indica quali siano gli scopi legittimi per il perseguimento dei quali sia giustificata e legittimata la privazione della libertà personale di un individuo.

Orbene la giurisprudenza europea ritiene che la privazione debba essere proporzionata rispetto allo scopo perseguito con la stessa e che tale requisito della proporzionalità debba sussistere per tutto il periodo in cui essa si protrae<sup>63</sup>. Questo requisito infatti, seppur inizialmente sussistente, può venire a mancare nel corso dell'esecuzione della misura: in tal caso la privazione della libertà diviene arbitraria e deve dunque cessare immediatamente<sup>64</sup>. Analogamente, il requisito della proporzionalità deve sussistere tra le modalità della privazione della libertà e lo scopo perseguito.

Il principio della proporzione tra durata e modalità di esecuzione della misura privativa della libertà personale e lo scopo legittimo con essa perseguito gioca un ruolo di fondamentale importanza con riferimento alle misure di sicurezza detentive ed è stato peraltro affermato proprio in relazione a queste ultime, inizialmente con riferimento alla misura dell'ospedale psichiatrico giudiziario nella sentenza *Winterverp c. Paesi Bassi* del 1979<sup>65</sup>, essendo poi però esteso anche alle misure di sicurezza previste per i soggetti imputabili, come si vedrà meglio in seguito<sup>66</sup>.

### *2.1.2. La conformità all'art. 5 § 1 lett. a) delle misure di sicurezza detentive rivolte ai soggetti imputabili.*

Per valutare la conformità delle misure di sicurezza detentive rivolte ai soggetti imputabili rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo è innanzitutto necessario verificare se la privazione della libertà personale che deriva dall'applicazione di tali misure rientri in una delle ipotesi tassative indicate all'art. 5 § 1 CEDU. La norma prevede sei ipotesi di privazione legittima della libertà personale necessaria per il perseguimento di scopi altrettanto legittimi ed

---

<sup>63</sup> L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale* "cit.", p. 265.

<sup>64</sup> L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale* "cit.", p. 265.

<sup>65</sup> *Sent. 24 ottobre 1979, Winterverp c. Paesi Bassi (ric. n° 6301/73)*, in L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale* "cit.", p. 265.

<sup>66</sup> Cfr. *infra* par. 2.1.2.

espressamente previsti: si tratta delle ipotesi di a) detenzione a seguito di regolare condanna, b) detenzione a seguito di violazione di un provvedimento giudiziario al fine di ottenere l'adempimento di un obbligo giuridico, c) detenzione funzionale alla traduzione dinanzi all'autorità giudiziaria quando vi sono fondati motivi di ritenere che il soggetto abbia commesso un reato o che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo la commissione di un reato, d) detenzione regolare di un minore per finalità educative o per tradurlo dinanzi all'autorità giudiziaria competente, e) detenzione regolare di una persona capace di diffondere una malattia, di un pazzo, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo, f) regolare detenzione al fine di impedire l'illegittimo ingresso di una persona nel territorio dello stato, o in pendenza di un processo di espulsione o di estradizione.

Di queste ipotesi, l'unica norma in grado di legittimare la misura di sicurezza detentiva applicabile ai soggetti imputabili è quella prevista alla lettera a) che prevede l'ipotesi di regolare detenzione in seguito a condanna da parte di un tribunale competente<sup>67</sup>. La giurisprudenza di Strasburgo è intervenuta sul punto interpretando il dispositivo della norma<sup>68</sup>, in modo da specificare quali requisiti e presupposti siano richiesti per la legittimità della privazione della libertà nell'ipotesi in esame, ricomprendendo espressamente le misure di sicurezza detentive nell'ipotesi di privazione della libertà personale prevista alla lettera a) dell'art. 5 § 1 CEDU.

Innanzitutto la Corte ha chiarito quale significato debba essere attribuito al termine «condanna» nel contesto della Convenzione<sup>69</sup>: lo ha fatto in particolare nella sentenza *Droogebroek c. Belgio* nella quale i giudici europei si sono trovati a pronunciarsi sull'istituto della «*mise à la disposition du gouvernement des récidivistes et délinquants d'habitude*», una misura che, seppur considerata una pena dalla giurisprudenza belga, presenta i caratteri della misura di sicurezza allorché, disposta con la sentenza di condanna ed eseguita al termine della pena detentiva, si rivolge ai delinquenti pericolosi che in quanto recidivi sembrano presentare «*une*

---

<sup>67</sup> M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata* "cit.", p. 25.

<sup>68</sup> Il testo nella versione francese recita: "S'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent".

<sup>69</sup> L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale* "cit.", p. 267.

*tendance persistante à la délinquance*», in una chiara ottica di difesa sociale (si consideri che tale misura fu istituita dalla *loi de défense sociale* del 9 aprile 1930 ed è attualmente disciplinata dalla *loi de défense sociale à l'égard des anormaux et délinquants d'habitude* del 1964)<sup>70</sup>. *La mise à la disposition du gouvernement* può comportare l'internamento del soggetto in un istituto penitenziario su decisione del Ministro della giustizia - e così avvenne nel caso sottoposto all'esame dalla Corte - potendo però tradursi anche nell'applicazione delle misure della semi-libertà o della libertà vigilata, sempre in base ad una decisione del Ministro della Giustizia che pertanto gode sul punto di un ampio margine di discrezionalità.

Il ricorrente adì la Corte europea lamentando, tra le altre, la violazione dell'art. 5 § 1 lett. a) CEDU, essendo egli stato sottoposto a privazione della libertà personale non a seguito di condanna da parte di un tribunale competente ma a seguito di una decisione proveniente da un organo amministrativo<sup>71</sup>.

La Corte si è trovata dunque ad esaminare la questione della legittimità *ex art. 5 § 1 lett. a)* di una misura detentiva che, seppur inflitta dal giudice con la sentenza di condanna, viene poi in concreto disposta dal Ministro della Giustizia, il quale ne determina anche le modalità esecutive<sup>72</sup>. In questa occasione la Corte ha affermato letteralmente che *“pour «condamnation» au sens de l'article 5 par. 1 a) il faut entendre, eu égard au texte français, à la fois une «déclaration de culpabilité», consécutive à «l'établissement légal d'une infraction» et l'infliction d'une peine ou autre mesure privative de liberté”*<sup>73</sup>. Secondo l'interpretazione della Corte dunque rientrano nell'ipotesi di detenzione a seguito di condanna non solo le pene detentive ma anche le misure di sicurezza detentive che, disposte a carico di soggetti imputabili, sono inflitte conseguentemente all'accertamento della responsabilità per la commissione di un fatto di reato<sup>74</sup>.

Vi è poi un altro profilo sotto il quale l'interpretazione giurisprudenziale della Corte ha rivestito un ruolo fondamentale nel chiarire la portata del dispositivo della norma in esame: l'espressione «in seguito a condanna» non deve essere intesa nel

---

<sup>70</sup> *Arrêt 24 juin 1982, Droogebroek c. Belgique (req. n° 7906/77)*.

<sup>71</sup> *Arrêt Droogebroek c. Belgique* “cit.”, *consid. n° 36*.

<sup>72</sup> *Arrêt Droogebroek c. Belgique* “cit.”, *consid. n° 35*.

<sup>73</sup> *Arrêt Droogebroek c. Belgique* “cit.”, *consid. n° 35*.

<sup>74</sup> L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale* “cit.”, p. 267.

senso di mera successione cronologica tra la condanna e la detenzione ma richiede che tra la prima e la seconda sussista un nesso causale<sup>75</sup>.

La Corte ha affermato espressamente tale principio nella stessa sentenza *Droogenbroeck c. Belgio*, nella quale si legge: “*Quant au mot «après», il n’implique pas un simple ordre chronologique de succession entre «condamnation» et «détention»: la seconde doit en outre résulter de la première, se produire, «à la suite et par suite» - ou «en vertu» - de «celle-ci»*”<sup>76</sup>. Fatte queste importanti considerazioni sulla portata della norma, la Corte ha infine ritenuto che nel caso di specie non vi fosse stata alcuna violazione dell’art. 5 § 1 lett. a) CEDU – considerando che l’internamento subito dal ricorrente a titolo di *mis à la disposition du gouvernement* trovasse la propria causa nella sentenza di condanna emessa dal giudice e che fosse pertanto rispettato il requisito della sussistenza del nesso causale tra la sentenza di condanna e la privazione della libertà personale – ed ha così respinto il ricorso.

Di recente, la Corte europea dei diritti dell’uomo è tornata a pronunciarsi sulla legittimità della privazione della libertà personale ex art. 5 § 1 lettera a) con riferimento specifico alle misure di sicurezza detentive applicabili ai soggetti imputabili; negli ultimi tre anni, numerose sentenze della Corte sono intervenute sul tema in esame, delle quali la maggior parte sull’istituto della *Sicherungsverwahrung*, la custodia di sicurezza tedesca e una, di nuovo, sulla *mise à disposition du gouvernement* belga.

I giudici di Strasburgo hanno così potuto pronunciarsi in modo assai esaustivo sulla compatibilità con la Convenzione delle misure di sicurezza detentive rivolte ai soggetti imputabili, affrontando la questione dei presupposti di legittimità di tali misure con riferimento all’art. 5 § 1 nell’ipotesi prevista alla lettera a).

Secondo l’orientamento consolidato della giurisprudenza di Strasburgo le misure di sicurezza detentive applicate ai soggetti imputabili socialmente pericolosi dopo l’esecuzione della pena detentiva sono conformi all’art. 5 § 1 lett. a) subordinatamente al fatto che sussistano tre condizioni: in primo luogo è necessario

---

<sup>75</sup> L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale* “cit.”, p. 267.

<sup>76</sup> *Arrêt Droogenbroeck c. Belgique* “cit.”, consid. n° 35.

che risulti sussistente il nesso di causalità tra la condanna e l'applicazione della misura<sup>77</sup>. In secondo luogo, si richiede che il giudizio di pericolosità che costituisce il presupposto della misura di sicurezza risulti essere ragionevole<sup>78</sup>; infine è necessario che sia rispettato il requisito generale della proporzionalità tra privazione della libertà personale e scopo legittimo perseguito con la stessa e, quindi, con riferimento specifico alle misure di sicurezza detentive rivolte agli imputabili pericolosi è necessario che “sussista una ragionevole connessione tra le modalità dell'internamento e lo scopo di controllo e di riduzione della pericolosità del medesimo”<sup>79</sup>.

Tali principi si trovano enunciati nelle sentenze recentemente emanate dalla Corte in materia di misure di sicurezza detentive rivolte ai soggetti imputabili: ciò avviene innanzitutto nella sentenza *De Schepper c. Belgio* del 2009 intervenuta ancora una volta sulla misura della *mise à la disposition du gouvernement*. Nel caso di specie il ricorrente era stato condannato nel 2002 a sei anni di reclusione per violenza sessuale su un minore e a partire dal 2006, al termine della pena, era stato sottoposto ad internamento a titolo di misura di sicurezza<sup>80</sup>; egli lamentava, in primo luogo, la violazione dell'art. 5 § 1 lett. a) CEDU per essere stato sottoposto ad una privazione della libertà personale non conseguente ad una condanna legittima emanata da un tribunale competente, bensì ad una decisione dell'autorità amministrativa. In conformità con il precedente giurisprudenziale rappresentato dalla sentenza *Droogenbroeck c. Belgio*, la corte ritenne legittimo l'internamento disposto sulla base della *mise à la disposition du gouvernement* ritenendo sussistente il nesso causale tra quest'ultimo e la sentenza di condanna<sup>81</sup>. Il ricorrente poi sosteneva l'arbitrarietà della privazione della libertà subita, in ragione del fatto che questa sarebbe stata disposta dal Ministro della Giustizia, non sulla base di un concreto

---

<sup>77</sup> L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale* “cit.”, p. 269.

<sup>78</sup> L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale* “cit.”, p. 269.

<sup>79</sup> L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale* “cit.”, p. 272.

<sup>80</sup> *Arrêt 13 octobre 2009, De Schepper c. Belgique (req. n° 27428/07), consid. 5-26.*

<sup>81</sup> *Arrêt De Schepper c. Belgique* “cit.”, *consid. n° 42.*

rischio di recidiva, bensì in ragione dell'assenza sul territorio nazionale di strutture sanitarie specializzate nel trattamento dei pedofili.

La Corte respinse anche questo motivo di doglianza ritenendo che il ricorrente non avesse potuto essere sottoposto ad un trattamento terapeutico presso un ospedale psichiatrico a causa del suo stato di elevata pericolosità che, non essendo diminuita neanche a seguito della pre-terapia psichiatrica svolta durante il periodo di detenzione, risultava tale da impedire qualsiasi trattamento all'interno di una struttura sanitaria (in questo senso si era pronunciato il personale specializzato delle strutture sanitarie contattate dall'amministrazione penitenziaria, che avevano tutte rifiutato il ricovero del soggetto)<sup>82</sup>.

La pericolosità sociale del soggetto, che risultava accertata e motivata in modo adeguato, era infine tale da giustificare nel caso di specie l'internamento del soggetto; i giudici europei ritennero pertanto che la privazione della libertà personale subita da quest'ultimo fosse conforme all'art. 5 CEDU anche sotto il profilo del principio di proporzionalità, "affermando che le autorità belghe avevano intrapreso azioni adatte ad assicurare al ricorrente un trattamento adeguato al suo stato di delinquente sessuale e diretto a ridurre la pericolosità"<sup>83</sup> (in particolare, gli svariati tentativi di farlo ricoverare presso una struttura psichiatrica privata e lo svolgimento di una pre-terapia psichiatrica in carcere).

Gli stessi principi sono stati enunciati dalla Corte EDU nella sentenza del 2010 sul caso *Grosskopf c. Germania*<sup>84</sup>, una delle numerose sentenze, come si è detto, relative alla misura di sicurezza tedesca della *Sicherungsverwahrung*. Nel caso di specie il ricorrente era stato condannato nel 1995 a sette anni di reclusione e alla custodia di sicurezza per aver commesso tre fatti di furto tentato come membro di un'organizzazione criminale, avendo già riportato una precedente condanna per il medesimo fatto di reato<sup>85</sup>. Nel 2002 al termine della pena detentiva prendeva inizio l'internamento a titolo di custodia di sicurezza e nel 2006, trascorsi quindi quattro anni di internamento, il giudice dispose la prosecuzione della misura, nel

---

<sup>82</sup> *Arrêt De Schepper c. Belgique* "cit.", *consid. n° 45 – 48*.

<sup>83</sup> L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale* "cit.", p. 272.

<sup>84</sup> *Judgement 21 October 2010, Grosskopf v. Germany (appl. n° 24478/03)*. Il testo della sentenza è disponibile sulla banca dati HUDOC solo in lingua inglese.

<sup>85</sup> *Judgement Grosskopf v. Germany, n° 6*.

rispetto del termine massimo di dieci anni di durata della misura di sicurezza (che era previsto dal codice penale fino alla sua abrogazione avvenuta nel 1998, momento a partire dal quale la custodia di sicurezza poté invece avere durata perpetua). La Corte ha nel caso di specie respinto il ricorso, che era fondato sulla pretesa violazione dell'art. 5 § 1 CEDU, affermando che tra la sentenza di condanna e la custodia di sicurezza sussistesse il necessario nesso causale e che il giudizio di pericolosità (presupposto di applicazione della misura) formulato dalle autorità competenti, anche sulla base di perizie psichiatriche, non fosse privo di ragionevolezza considerato che il ricorrente aveva rifiutato di sottoporsi, in carcere, a qualunque tipo di trattamento e che non sussistevano indizi di un suo ravvedimento, avendo anzi egli continuato a negare il proprio passato criminale<sup>86</sup>. La corte ha ritenuto inoltre che fosse rispettato il principio di proporzionalità in quanto non vi erano altre misure adatte a prevenire efficacemente la commissione di ulteriori gravi reati contro il patrimonio<sup>87</sup>.

Risulta dunque dalle sentenze analizzate che la misura di sicurezza detentiva applicabile ai delinquenti imputabili non può considerarsi di per sé una forma di privazione della libertà personale illegittima e quindi contraria all'art. 5 CEDU<sup>88</sup>; al contrario, secondo la giurisprudenza europea, essa è conforme all'art. 5 § 1 lett. a) della Convenzione, a condizione che siano rispettati i requisiti della sussistenza del nesso causale tra condanna e misura di sicurezza, della proporzionalità della stessa (avendo riguardo alle modalità esecutive dell'internamento) rispetto allo scopo di controllo della pericolosità e, infine, della ragionevolezza del giudizio di pericolosità<sup>89</sup>. È poi importante rilevare come la Corte europea, richiedendo il rispetto del requisito del nesso causale tra condanna e applicazione della misura di sicurezza detentiva, “ponga l'accento sulla funzione di garanzia svolta dal fatto di

---

<sup>86</sup> *Judgement Grosskopf v. Germany*, n° 7, 52.

<sup>87</sup> *Judgement Grosskopf v. Germany*, n° 52. Letteralmente “ [...] the domestic courts' decisions in the present case that it was necessary to prolong the applicant's preventive detention cannot be considered as unreasonable in terms of the objectives of the preventive detention order. The applicant had not only refused to undergo any therapy. There were also no other signs that he reappraised his criminal past nor any indication that other measures were at hand to effectively prevent him from committing further serious property offences”.

<sup>88</sup> L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale* “cit.”, p. 271.

<sup>89</sup> L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale* “cit.”, p. 269 – 272.

reato oggetto della condanna”<sup>90</sup>, attribuendo così al reato-presupposto non solo la funzione di presupposto per l’applicazione della misura ma anche quella di “limite alle istanze punitive dello Stato”<sup>91</sup>.

Il requisito del nesso causale tra la condanna e la privazione della libertà personale ha rivestito un ruolo centrale anche nelle altre sei pronunce recentemente emesse dalla Corte in relazione alla custodia di sicurezza tedesca.

Nella sentenza *Haidn c. Germania* i giudici europei si sono pronunciati sul profilo della disciplina della *Sicherungsverwahrung* che consente l’ordine postumo di internamento in custodia di sicurezza. Quest’ultimo è stato introdotto con una riforma del 2004 allo specifico fine di consentire l’applicazione della misura di sicurezza “nei casi in cui la pericolosità sia emersa solo dopo la sentenza definitiva di condanna, durante l’esecuzione della pena”<sup>92</sup>. Il ricorrente nel caso di specie lamentava la violazione dell’art. 5 CEDU affermando che la privazione della libertà personale cui era stato sottoposto (per effetto dell’ordine di internamento a posteriori previsto non già ancora dalla legge federale del 2004 bensì da una legge regionale della Baviera, il *Bavarian Placement Act del 2002*)<sup>93</sup> non rientrasse in nessuna delle ipotesi previste dall’art. 5 § 1. I giudici europei ritennero in effetti che vi fosse stata una violazione di tale norma nell’ipotesi prevista alla lettera a), l’unica in grado di legittimare la privazione della libertà personale del ricorrente, affermando che nel caso di ordine postumo di internamento il necessario nesso causale che si richiede sussista tra la condanna e la privazione della libertà personale non possa ritenersi presente<sup>94</sup>.

Negli altri cinque casi, i giudici di Strasburgo si sono trovati invece a doversi pronunciare sulla legittimità della privazione della libertà personale a titolo di misura di sicurezza, con riferimento specifico all’applicazione retroattiva della nuova e più dura disciplina della *Sicherungsverwahrung* introdotta dal legislatore tedesco nel

---

<sup>90</sup> M. PELISSERO, *Il controllo dell’autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata* “cit.”, p. 25.

<sup>91</sup> M. PELISSERO, *Il controllo dell’autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata* “cit.”, p. 25.

<sup>92</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 240-243.

<sup>93</sup> *Judgement*, 13 January 2001, *Haidn v. Germany* (app. 6587/04).

<sup>94</sup> *Judgement Haidn v. Germany* “cit.”, n° 88. Letteralmente: “In short, there was no sufficient causal connection between the applicant’s conviction and his detention for preventive purposes, ordered retrospectively. Therefore, his detention was not justified under sub-paragraph (a) of Article 5 § 1”.

1998, momento in cui ha abolito la previsione del limite massimo di dieci anni di durata della misura, prevedendo che quest'ultima potesse essere prorogata per un numero indeterminato di volte e che potesse quindi avere una durata anche perpetua<sup>95</sup>. Avendo il legislatore tedesco disposto che la riforma del '98 si applicasse immediatamente a partire dalla sua entrata in vigore, il nuovo regime più duro della misura che non prevede un limite massimo di durata ha trovato applicazione retroattiva nei confronti di soggetti condannati per fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della riforma<sup>96</sup>.

Tale questione sarà dunque esaminata dettagliatamente tra poco, quando si affronterà il tema della conformità della misura di sicurezza detentiva rispetto al principio di legalità sancito dall'art. 7 della Convenzione; è però importante rilevare, già in questa sede, come nella sentenza *M. c. Germania* – che rappresenta il *leading case* in materia – la Corte, riscontrando la violazione del principio di legalità previsto dall'art. 7 CEDU<sup>97</sup>, abbia ritenuto che l'illegittima applicazione retroattiva della nuova e più dura disciplina della custodia di sicurezza avesse comportato “la rottura della connessione causale tra la condanna e la privazione della libertà personale, connessione che [...] è richiesta ai fini della legittimità della privazione della libertà”<sup>98</sup>. Tale principio riveste un'importanza fondamentale rispetto alla questione della conformità delle misure di sicurezza detentive rivolte agli autori imputabili alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in quanto si concentra sul rapporto esistente tra la legittimità della privazione della libertà personale ex art. 5 CEDU ed il principio di legalità, comprensivo per espressa previsione normativa del principio di irretroattività, sancito all'art. 7 della Convenzione.

## 2.2. Il principio di legalità ex art. 7 CEDU.

Si è arrivati così all'analisi di uno degli aspetti del sistema sanzionatorio del doppio binario che presenta da sempre le più forti criticità, quello che concerne cioè i

---

<sup>95</sup> G. ABBADESSA, *Tre sentenze sulla “custodia di sicurezza” tedesca (Sicherungsverwahrung) nell'ordinamento tedesco, e sull'obbligo dello Stato di adeguarsi ai giudicati della Corte*, in *Dir. pen. cont.*, 11 marzo 2011, p. 1.

<sup>96</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 238-239.

<sup>97</sup> Cfr. *infra*, par. 2.2.

<sup>98</sup> L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale* “cit.”, p. 270; G. ABBADESSA, *Tre sentenze sulla “custodia di sicurezza” tedesca* “cit.”, p. 1.

limiti temporali di applicabilità delle misure di sicurezza. Queste ultime, a partire dal momento in cui fecero ingresso nell'ordinamento di vari stati europei agli inizi del novecento<sup>99</sup>, sul presupposto della loro diversità ontologica rispetto al «classico» strumento sanzionatorio rappresentato dalla pena, furono sottoposte ad un regime giuridico particolare e diverso rispetto a quello proprio delle pene. La diversità più importante del regime giuridico delle misure di sicurezza rispetto a quello delle pene risiedeva proprio nella disciplina della loro applicazione nel tempo: allorché in relazione alle pene vigeva il fondamentale principio di legalità comprensivo in particolare del principio di irretroattività della legge penale più severa, con riferimento alle misure di sicurezza, invece, quest'ultimo non ricevette consacrazione legislativa. Sebbene dunque sia stato previsto in materia di misure di sicurezza il principio di legalità, questo fu sancito nella sua accezione più ristretta di legalità formale, secondo il quale le misure di sicurezza devono essere previste dalla legge, e contestualmente si affermò il principio secondo cui le misure di sicurezza sono regolate dalla legge vigente al momento della loro esecuzione, anche se più severa e più dura rispetto alla legge vigente al momento della commissione del fatto che dà luogo all'applicazione della misura. Questo aspetto della disciplina avrebbe costituito peraltro un tratto essenziale della misura di sicurezza, in quanto in un certo senso necessariamente richiesto dalla natura stessa di tale strumento sanzionatorio e dalla funzione che è chiamato a svolgere, e cioè il controllo della pericolosità sociale dell'individuo, in atto nel momento in cui la sanzione trova applicazione.

Il principio secondo il quale le misure di sicurezza sarebbero svincolate dal principio di irretroattività è considerato ancora oggi vigente, come dimostrano le recenti evoluzioni legislative avvenute in particolare in Francia e in Germania dove i legislatori nazionali hanno, nel primo caso introdotto *tout court* una serie di misure di sicurezza<sup>100</sup>, e nel secondo caso introdotto alcune modifiche in senso più rigoroso alla disciplina delle misure di sicurezza già esistenti<sup>101</sup>, prevedendone l'applicazione retroattiva. Per questo motivo l'analisi delle misure di sicurezza, come sanzioni detentive capaci di applicarsi retroattivamente in relazione a fatti commessi prima

---

<sup>99</sup> Cfr. *supra*, cap. I, par. 3.

<sup>100</sup> Cfr. *supra*, cap. III.

<sup>101</sup> Cfr. *supra*, cap. I, par. 4.

della loro entrata in vigore, richiede di essere svolta alla luce dell'art. 7 della Convenzione che consacra in materia penale il principio di legalità, espressamente comprensivo del principio di irretroattività.

Tale norma, infatti, enuncia il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* affermando, nella prima parte del paragrafo 1, che “nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale”. Subito dopo, la norma dispone che “parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”, sancendo in questo modo il principio di irretroattività in materia penale.

Tale norma assume nell'ambito della Convenzione un «essenziale ruolo garantista»<sup>102</sup>, tutelando i diritti fondamentali degli individui di fronte al diritto penale: impedendo che questi ultimi possano essere condannati per fatti che al momento della loro commissione non costituivano reato ed anche che possano essere puniti con pene più gravi di quelle applicabili al momento della commissione del fatto, la Convenzione fa sì che il cittadino sia “messo in condizione di conoscere i comportamenti a lui vietati e le relative conseguenze sanzionatorie, dunque, per converso, di poter impiegare tutto il suo «spazio di libertà»”<sup>103</sup>. L'importanza essenziale di questa norma nel sistema convenzionale si comprende, poi, appieno se si considera che l'art. 7 costituisce, ai sensi dell'art. 15 § 2 CEDU<sup>104</sup>, una norma assolutamente inderogabile, che appartiene dunque al «nocciolo duro»<sup>105</sup> della Convenzione, ossia a quell'insieme di diritti alla cui tutela non è consentita alcuna deroga nemmeno nell'ipotesi, prevista all'art. 15 § 1, di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione.

---

<sup>102</sup> A. BERNARDI, *Commento all'art. 7*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 250.

<sup>103</sup> A. BERNARDI, *Commento all'art. 7* “cit.”, p. 250.

<sup>104</sup> Art. 15 § 1: “In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale”; Art. 15 § 2 CEDU: “La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7”.

<sup>105</sup> A. BERNARDI, *Commento all'art. 7* “cit.”, p. 251.

L'articolo 7 CEDU non solo riveste un ruolo centrale nel complesso della tutela garantita dalla Convenzione, ma ha assunto anche una portata di grandissimo rilievo grazie all'opera interpretativa svolta dalla giurisprudenza europea che è giunta a garantire, attraverso questa norma, una tutela dei diritti individuali in materia penale quanto mai inedita per ampiezza ed effettività.

### *2.2.1. La nozione sostanziale di «materia penale» e di «pena» adottata dalla Corte di Strasburgo.*

La giurisprudenza europea relativa alla definizione dell'ambito di applicazione dell'art. 7 CEDU ha visto un momento centrale nell'elaborazione e nell'adozione da parte della Corte di una nozione autonoma, rispetto a quella dei singoli ordinamenti nazionali, di «materia penale». Attraverso un'interpretazione in senso sostanziale delle nozioni di «reato» e di «pena»<sup>106</sup>, la Corte è giunta ad estendere l'ambito di applicazione della norma in esame e delle relative garanzie oltre i limiti tracciati dagli ordinamenti interni, prescindendo cioè dalle definizioni di reato e di pena date da questi ultimi.

D'altra parte dovendo giudicare del rispetto della Convenzione da parte di una pluralità di Stati nazionali i cui ordinamenti non sempre identificano la materia penale con «criteri omogenei»<sup>107</sup>, la Corte ha dovuto elaborare “una nozione giuridico-sostanziale di reato dotata di senso univoco e valida appunto per il sistema normativo integrato dalla Convenzione e dai suoi protocolli”<sup>108</sup>. Seppure spinta da questa esigenza, vi è chi ritiene che lo scopo dell'elaborazione di tale nozione sostanziale di materia penale sia quello di “assicurare la massima estensione delle garanzie convenzionali annullando gli effetti di un'eventuale «frode delle etichette»”<sup>109</sup>. Che questo fosse o meno lo scopo, certamente la Corte è approdata a tale risultato allorché ha elaborato una serie di criteri, per stabilire se nel singolo caso di specie si sia di fronte ad un reato e ad una pena, che consentono di andare oltre le

---

<sup>106</sup> G. ABBADESSA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2011, p. 281.

<sup>107</sup> G. DE VERO – G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle corti europee* “cit.”, p. 12.

<sup>108</sup> G. DE VERO – G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle corti europee* “cit.”, p. 12.

<sup>109</sup> G. ABBADESSA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale* “cit.”, p. 281.

qualificazioni giuridiche date in proposito dal singolo ordinamento nazionale, potendo dunque prescindere da queste.

I criteri elaborati dalla Corte per identificare un illecito come reato sono tre e sono ordinati in sequenza sussidiaria<sup>110</sup>: il primo criterio è individuato proprio nella qualificazione giuridica data dal diritto interno. In effetti, laddove un determinato illecito o una determinata sanzione siano qualificati come penali nell'ordinamento interno, non si pone alcuna questione controversa circa l'applicabilità dell'art. 7. Nel caso in cui questo dato non sussista, la Corte fa riferimento agli altri due criteri, in ordine successivo, costituiti dalla natura intrinseca dell'illecito e dalla gravità della sanzione, attribuendo però un rilievo decisivo a quest'ultimo criterio per attribuire carattere penale ad un dato illecito<sup>111</sup>.

Per quanto concerne la presente trattazione, però, interessa in particolare individuare quali siano i criteri seguiti dalla Corte EDU per definire una determinata sanzione come pena, poiché da tale definizione dipende l'applicabilità della fondamentale garanzia rappresentata dal principio di irretroattività ex art. 7 CEDU. Anche in questo ambito, così come per la definizione della nozione di reato, la Corte adotta un concetto di «pena» autonomo rispetto a quello adottato all'interno dei sistemi penali nazionali<sup>112</sup>: l'intento di aggirare l'ostacolo rappresentato dalla «frode delle etichette» sembra qui peraltro chiaramente perseguito dalla Corte di Strasburgo i cui giudici, “nel dichiararsi svincolati dalle qualificazioni date dal diritto interno, hanno più volte ricordato che «per rendere efficace la tutela offerta dall'art. 7, la Corte deve essere libera di andare al di là delle apparenze e di valutare essa stessa se una data misura costituisca una ‘pena’ ai sensi di tale norma»”<sup>113</sup>.

A tale fine i giudici europei utilizzano come criteri una serie articolata di elementi, tra i quali figurano la riconducibilità della sanzione ad una condanna per un illecito penale, la natura e lo scopo della misura, che deve essere punitivo e dissuasivo, la gravità della misura nazionale, nonché le procedure correlate alla sua

---

<sup>110</sup> G. DE VERO – G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle corti europee* “cit.”, p. 12.

<sup>111</sup> G. DE VERO – G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle corti europee* “cit.”, p. 13.

<sup>112</sup> A. BERNARDI, *Commento all'art. 7* “cit.”, p. 271.

<sup>113</sup> Sent. 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*; Sent. 8 giugno 1995, *Jamil c. Francia*, in A. BERNARDI, *Commento all'art. 7* “cit.”, p. 271.

adozione ed esecuzione<sup>114</sup>. Prendendo in considerazione tali elementi in modo congiunto, la Corte arriva ad attribuire, in base alla propria autonoma nozione di pena, carattere penale a sanzioni che non sono qualificate come tali nel diritto interno; ed in ogni caso sembra arrivare a tale risultato nelle ipotesi in cui la sanzione consegua ad una condanna per un illecito penale, a prescindere dalla specifica funzione attribuita alla sanzione dal diritto interno<sup>115</sup>.

Emblematico in questo senso è il caso *Welch. C. Regno Unito*, nel quale la Corte ha ritenuto sussistente una violazione dell'art. 7 CEDU nel caso di applicazione retroattiva di una legge di riforma che rendeva più severa la disciplina della confisca: i giudici, considerando che la funzione di carattere evidentemente preventivo attribuita a tale sanzione non consentisse di escludere che a quest'ultima appartenesse anche una funzione di tipo repressivo, hanno affermato che “*En effet, les objectifs de prévention et de réparation se concilient avec celui de répression et peuvent être considérés comme des éléments constitutifs de la notion même de peine*”<sup>116</sup>. In tal modo la Corte ha riconosciuto natura di pena in senso sostanziale anche ad una sanzione di carattere spiccatamente preventivo, estendendo in tal modo a quest'ultima le garanzie dell'art. 7 CEDU.

### 2.2.2. *La misura di sicurezza detentiva come pena in senso sostanziale.*

Il principio di fondo enunciato dalla Corte nella sentenza *Welch c. Regno Unito* del 1995, è stato utilizzato in tempi molto più recenti nella decisione del famoso caso, già citato, *M. c. Germania* del 2009, nel quale la Corte ha utilizzato la propria autonoma e sostanziale nozione di pena con specifico riferimento alla misura di sicurezza detentiva della *Sicherungsverwahrung*.

Con questo ricorso la Corte si è pronunciata in ordine alla legittimità dell'applicazione retroattiva della nuova e più dura disciplina della custodia di sicurezza tedesca derivante dalla riforma del 1998 che aveva abolito il limite

---

<sup>114</sup> A. BERNARDI, *Commento all'art. 7* “cit.”, p. 271; G. ABBADESSA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale* “cit.”, p. 281.

<sup>115</sup> Sent. 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito* “cit.”, in A. BERNARDI, *Commento all'art. 7* “cit.”, p. 273.

<sup>116</sup> Sent. 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito* “cit.”, n° 30.

massimo di durata della misura (dieci anni), prevedendo la possibilità della sua applicazione per una durata perpetua.

Nel caso di specie il ricorrente, condannato nel 1986 a cinque anni di reclusione ed alla successiva custodia di sicurezza, si era visto prolungare l'applicazione della misura oltre il termine massimo di dieci anni previsto al momento della commissione del fatto e successivamente abolito con effetto retroattivo dalla legge del '98.

Tale legge di riforma, che prevedeva appunto l'applicazione retroattiva della nuova disciplina della custodia di sicurezza con riferimento quindi a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge, era stata peraltro ritenuta costituzionalmente legittima dalla Corte Costituzionale tedesca proprio in ragione del fatto che la misura, non costituendo una pena bensì una misura di sicurezza, sfuggiva al principio di irretroattività vigente in relazione alle (sole) pene<sup>117</sup>.

La Corte EDU, invece, ha assunto una posizione diametralmente opposta. Essa, prendendo innanzitutto in considerazione il criterio della riconducibilità della sanzione ad una condanna per un reato, constatata che la custodia di sicurezza viene inflitta dal giudice penale a seguito di una sentenza di condanna per un reato<sup>118</sup>; considera poi che la custodia di sicurezza, per la sua durata indeterminata, sebbene il diritto tedesco le attribuisca un'esclusiva funzione special-preventiva, presenta inequivocabilmente anche un carattere afflittivo e ricorda che *“comme la Cour l'a déjà dit, l'objectif de prévention peut aussi se concilier avec celui de répression et peut être considéré comme l'un des éléments constitutifs de la notion même de peine”*<sup>119</sup>. Questo dato risulta poi rafforzato, secondo i giudici, dal fatto che le modalità esecutive della custodia di sicurezza non si differenziano in alcun modo da quelle tipiche della pena detentiva, considerando l'assenza di strutture specializzate per il trattamento della pericolosità sociale dei soggetti internati, che anzi scontano il loro periodo di internamento negli ordinari istituti penitenziari<sup>120</sup>.

E ancora, utilizzando il criterio della gravità, la Corte sottolinea come la custodia di sicurezza costituisca una delle sanzioni più gravi – se non propriamente la

---

<sup>117</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 239.

<sup>118</sup> *Arrêt 17 décembre 2009, M. c. Allemagne, n° 124.*

<sup>119</sup> *Arrêt 17 décembre 2009, M. c. Allemagne, n° 130.*

<sup>120</sup> *Arrêt 17 décembre 2009, M. c. Allemagne, n° 128.*

più grave – previste dall’ordinamento tedesco e, per la sua durata potenzialmente perpetua, essa si presenta addirittura come più afflittiva rispetto alla pena della reclusione in senso tecnico<sup>121</sup>. Sulla base di questi criteri la Corte di Strasburgo qualifica espressamente la custodia di sicurezza come «*peine supplementare*»<sup>122</sup> e, essendo stata quest’ultima applicata retroattivamente, riconosce la violazione, nel caso di specie, dell’art. 7 CEDU.

Con la sentenza *M. c. Germania* la Corte europea è giunta a qualificare la misura di sicurezza detentiva della *Sicherungsverwahrung* come pena in senso sostanziale, arrivando così ad estendere l’applicabilità della garanzia dell’irretroattività della legge penale anche alle misure di sicurezza.

Lo stesso principio fu poi affermato in altre quattro sentenze<sup>123</sup>, intervenute in relazione a ricorsi che secondo la Corte di Strasburgo costituivano quattro *follow-up cases* rispetto a quello oggetto della sentenza *M. c. Germania*<sup>124</sup>. Il principio affermato dalla Corte di Strasburgo in relazione alla legittimità convenzionale dell’applicazione retroattiva delle misure di sicurezza riveste un’importanza fondamentale rispetto al tema generale della conformità delle misure di sicurezza detentive rivolte agli imputabili alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, in quanto si concentra sul rapporto esistente tra la legittimità della privazione della libertà personale ex art. 5 CEDU ed il principio di legalità, comprensivo per espressa previsione normativa del principio di irretroattività, sancito all’art. 7 della Convenzione.

Si può dire che in tal caso la Corte sia davvero approdata ad aggirare gli effetti della «frode delle etichette» che si traducono in una grave violazione delle garanzie individuali minime riconosciute alla persona nel rapporto con il diritto

---

<sup>121</sup> *Arrêt 17 décembre 2009, M. c. Allemagne, n° 132.*

<sup>122</sup> *Arrêt 17 décembre 2009, M. c. Allemagne, n° 135.*

<sup>123</sup> Sent. 13 gennaio 2011, *Kallweit c. Germania* (ric. n° 17792/07); Sent. 13 gennaio 2011, *Mautes c. Germania* (ric. n° 20008/07); Sent. 13 gennaio 2011, *Schummer c. Germania* (ric. n° 27360/04 e 42225/07); Sent. 14 aprile 2011, *Jendrowiak c. Germania* (ric. n° 30060/04).

<sup>124</sup> G. ABBADESSA, *Tre sentenze sulla “custodia di sicurezza” tedesca* “cit.”, p. 3; G. ABBADESSA, *La Corte di Strasburgo ritorna sulla custodia di sicurezza nell’ordinamento tedesco: la difesa sociale non ammette il sacrificio delle garanzie convenzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 9 giugno 2011.

penale, riuscendo dove l'organo di giustizia costituzionale, imbrigliato nella dogmatica distinzione tra pena e misura di sicurezza, aveva fallito<sup>125</sup>.

Infine è importante sottolineare (come peraltro hanno fatto i giudici europei nella sentenza *M. c. Germania*<sup>126</sup>) che il *Conseil constitutionnel* francese, pronunciandosi sulla legittimità dell'applicazione retroattiva della *rétenion de sûreté*, abbia invece sostanzialmente adottato, anche se solo in relazione a questo specifico aspetto della *rétenion*, la nozione sostanziale di pena elaborata dalla Corte EDU<sup>127</sup>. Il Consiglio costituzionale ha in effetti negato la possibilità dell'applicazione retroattiva di tale misura in ragione del suo carattere privativo della libertà personale<sup>128</sup>.

### **3. La possibile ricerca nel sistema della CEDU di un limite sostanziale alle misure di sicurezza detentive per gli imputabili.**

La recente giurisprudenza della Corte europea relativa alla custodia di sicurezza tedesca rappresenta un momento di enorme rilievo nella riflessione sulla legittimità del sistema del doppio binario e sui limiti che il rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo richiede siano imposti alla logica della prevenzione in chiave di difesa sociale, che si esplica attraverso l'introduzione ed il potenziamento delle misure di sicurezza.

La Corte europea ha individuato tali limiti, in primo luogo, nell'ancoraggio della custodia di sicurezza al fatto di reato che ne costituisce il presupposto, richiedendo che sussista un nesso causale tra la condanna per il reato e la privazione della libertà personale a titolo di misura di sicurezza; in secondo luogo, nel rispetto del principio di proporzionalità, richiedendo che l'applicazione della custodia di sicurezza risulti, in concreto, proporzionata rispetto allo scopo di controllo della pericolosità sociale perseguito con la stessa.

---

<sup>125</sup> M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata* "cit.", p. 22.

<sup>126</sup> *Arrêt 17 décembre 2009, M. c. Allemagne, n° 126*. Letteralmente: "*Quant au Conseil constitutionnel français, il a jugé dans sa décision du 21 février 2008 (n° 2008-562 DC) que la rétention de sûreté récemment créée en droit français ne pouvait passer pour une peine mais ne pouvait quand même pas être ordonnée rétroactivement eu égard notamment à sa durée illimitée*".

<sup>127</sup> J-P. CÉRÉ, *La rétention de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* "cit.", p. 221.

<sup>128</sup> Cfr. *supra*, cap. IV, par. 3.1.

Un secondo importante limite imposto alle misure di sicurezza detentive ai fini della loro conformità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo è costituito dal rispetto del principio di legalità, comprensivo, *ex art. 7 CEDU*, del principio di irretroattività, che la Corte ha esteso anche alle misure di sicurezza attraverso l'interpretazione in senso sostanziale della nozione di pena, che ricomprenderebbe anche le misure di sicurezza detentive rivolte ai soggetti imputabili.

Entro tali limiti dunque il sistema del doppio binario sembra risultare conforme al sistema di tutela dei diritti dell'uomo costituito dalla CEDU, come interpretato dalla Corte. Secondo alcuni autori, tuttavia, nel complesso delle norme della Convenzione sarebbe possibile individuare un limite di carattere sostanziale alla legittimità delle misure di sicurezza detentive rivolte ai soggetti imputabili: tale limite, rappresentato in sintesi dal rispetto della dignità umana, consentirebbe di affrontare il problema di fondo della misura di sicurezza detentiva, ossia la questione della legittimità della sua stessa esistenza.

La conformità alla Convenzione della misura di sicurezza detentiva, come misura di durata indeterminata e potenzialmente perpetua, richiederebbe, infatti, di essere valutata alla luce dell'art. 3 CEDU che pone il divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti<sup>129</sup>; non potrebbe in effetti escludersi che l'internamento potenzialmente perpetuo di un individuo, fondato esclusivamente sul giudizio prognostico di pericolosità sociale, possa costituire un trattamento inumano o degradante proibito dall'articolo 3 della Convenzione<sup>130</sup>.

### 3.1. Il divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti *ex art. 3 CEDU*.

La norma in esame, che pone il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti affermando letteralmente che «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti», gioca un ruolo di fondamentale importanza nel sistema di tutela dei diritti umani fondato sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'articolo 3, che come è stato autorevolmente affermato rappresenta «il cuore dell'esigenza etica universale di rispettare la dignità

---

<sup>129</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 343.

<sup>130</sup> P.-J. DELAGE, *La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité* "cit.", p. 806.

dell'uomo"<sup>131</sup>, enuncia il diritto fondamentale dell'individuo a non essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani e degradanti. Tale diritto riceve nel sistema della CEDU una protezione assoluta, costituendo, ai sensi dell'art. 15 § 2 della Convenzione, un diritto la cui tutela non può essere derogata in nessun caso (neppure in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione) e per nessuna ragione, nemmeno per il soddisfacimento delle più pressanti esigenze di tutela della collettività<sup>132</sup>.

L'importanza dell'art. 3 nel sistema della CEDU è inoltre progressivamente cresciuta attraverso l'opera interpretativa della giurisprudenza di Strasburgo la quale ha ampliato il contenuto e la portata della norma, riconducendo nel suo ambito di applicazione una serie di violazioni di carattere eterogeneo e consentendo in tal modo di estendere l'applicabilità della norma anche ad alcuni settori non direttamente coperti dalla norma<sup>133</sup>: in particolare la Corte, utilizzando la tecnica di protezione c.d. *par ricochet*<sup>134</sup>, ha in via indiretta fatto rientrare nell'ambito di applicazione della norma il settore delle condizioni della detenzione, la cui conformità alla Convenzione è oggi sottoposta al vaglio dei giudici di Strasburgo<sup>135</sup>.

La norma in esame dunque concerne direttamente la materia delle sanzioni penali e della loro esecuzione e costituisce, insieme alla ampia giurisprudenza della Corte in materia, il parametro fondamentale in base al quale valutare la compatibilità dei sistemi sanzionatori e penitenziari con il rispetto dei diritti dell'uomo sanciti dalla Cedu<sup>136</sup>. Tuttavia per poter scendere all'esame della questione della compatibilità del sistema sanzionatorio del doppio binario con l'articolo 3 della Convenzione, che qui interessa, è necessario chiarire, in via generale, quale sia l'ambito di applicazione della norma per poter identificare le condotte proibite dall'art. 3 CEDU.

---

<sup>131</sup> V. MANES – Z. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano* "cit.", p. 328.

<sup>132</sup> A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2011, p. 221; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale* "cit.", p. 112.

<sup>133</sup> A. ESPOSITO, *Commento all'art. 3*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 55.

<sup>134</sup> A. ESPOSITO, *Commento all'art. 3* "cit.", p. 55.

<sup>135</sup> A. COLELLA, *Il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti* "cit.", p. 237.

<sup>136</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale* "cit.", p. 114.

L'ambito di applicazione dell'art. 3 CEDU è definito dalla Corte sulla base del fondamentale criterio della soglia minima di gravità: il giudice europeo ritiene infatti che non ogni maltrattamento, che causi una lesione dell'integrità psico-fisica dell'individuo, integri una condotta vietata dalla norma, ma soltanto il maltrattamento che superi una certa soglia, minima, di gravità<sup>137</sup>. Il livello minimo di gravità che un maltrattamento deve raggiungere per rientrare nel campo di azione dell'art. 3, non potendo essere definito in modo assoluto, viene individuato caso per caso in relazione ad una serie di elementi di carattere sia oggettivo (come la durata e la gravità del trattamento), sia soggettivo (quali le condizioni fisiche e psichiche del soggetto, l'età ed il sesso)<sup>138</sup>.

Il criterio del livello di gravità, d'altra parte, non solo definisce il limite esterno dell'ambito di applicazione della norma, ma anche il limite "interno" delle tre diverse categorie di condotte vietate: la tortura, le pene o i trattamenti inumani e le pene o i trattamenti degradanti. La definizione di tali condotte, in assenza di indicazioni normative sul punto, è stata elaborata dalla dottrina la quale ha delineato i principali tratti distintivi di ciascuna categoria: così, il tratto distintivo delle pene o dei trattamenti degradanti sarebbe rappresentato dall'umiliazione subita dall'individuo, mentre quello delle pene o dei trattamenti inumani da una sofferenza fisica o psicologica di particolare intensità, non necessariamente causata intenzionalmente dagli autori della condotta<sup>139</sup>. La tortura invece, conformemente alla definizione datane all'art. 1 della Convenzione ONU contro la tortura, si caratterizzerebbe per la rilevante gravità nonché per la crudeltà della sofferenza causata alla vittima, allo scopo di ottenere informazioni, di estorcere una confessione o di infliggere una punizione<sup>140</sup>.

Al di là dei criteri elaborati dalla dottrina sulla base della pronunce giurisprudenziali in materia, che hanno una validità solo tendenziale<sup>141</sup>, il criterio sulla base del quale distinguere le tre specie di condotte vietate sembra essere, ancora, il livello di gravità. Il trattamento degradante sarebbe dunque un trattamento

---

<sup>137</sup> A. ESPOSITO, *Commento all'art. 3 "cit."*, p. 58.

<sup>138</sup> A. COLELLA, *Il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti "cit."*, p. 223.

<sup>139</sup> A. COLELLA, *Il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti "cit."*, p. 224.

<sup>140</sup> A. ESPOSITO, *Commento all'art. 3 "cit."*, p. 57.

<sup>141</sup> A. COLELLA, *Il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti "cit."*, p. 224.

meno grave di quello disumano, che provoca un senso di umiliazione nella vittima, una sofferenza di carattere emotivo o morale; viceversa il trattamento disumano sarebbe quello che provoca una sofferenza fisica o mentale di particolare intensità<sup>142</sup>. Ed infine la tortura sarebbe un trattamento inumano di particolare gravità, che causa sofferenze più intense<sup>143</sup>.

Tuttavia, da un lato, “il confine tra trattamenti inumani e trattamenti degradanti si mostra alquanto incerto”<sup>144</sup> e la Corte spesso si riferisce al trattamento inumano e degradante come se si trattasse di un tutt’uno; dall’altro, ai fini della qualificazione di un fatto come tortura i giudici europei spesso non richiedono che sussista uno degli scopi specifici sopra menzionati, essendo sufficiente la rilevante gravità della sofferenza causata con la condotta<sup>145</sup>.

È necessario osservare, infine, come la giurisprudenza evolutiva della Corte, relativa al divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, mostri una tendenza generale all’abbassamento della soglia di gravità rilevante ai fini dell’applicabilità della norma: “trattamenti che in passato sarebbero stati definiti «degradanti» assurgono ora a trattamenti «inumani» e, non di rado, quelli che sarebbero stati qualificati come trattamenti «inumani» vengono ritenuti sufficientemente gravi da integrare vere e proprie ipotesi di «tortura»”<sup>146</sup>. Si assiste quindi, ad opera della Corte, ad un innalzamento degli standard richiesti nell’ambito della tutela dei diritti fondamentali dell’uomo, cui consegue un maggior rigore nel valutare la gravità delle relative violazioni<sup>147</sup>.

Fatte queste considerazioni preliminari sul campo di applicazione dell’art. 3 CEDU, che appare assai ampio e composito, è necessario adesso concentrarsi sul profilo dell’articolo 3 che concerne direttamente il sistema sanzionatorio e, più in particolare, sui “requisiti minimi di compatibilità con i diritti dell’uomo delle pene

---

<sup>142</sup> A. ESPOSITO, *Commento all’art. 3* ”cit.”, p. 57.

<sup>143</sup> A. ESPOSITO, *Commento all’art. 3* ”cit.”, p. 57; A. COLELLA, *Il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti* “cit.”, p. 224.

<sup>144</sup> A. COLELLA, *Il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti* “cit.”, p. 224.

<sup>145</sup> A. ESPOSITO, *Commento all’art. 3* ”cit.”, p. 57; A. COLELLA, *Il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti* “cit.”, p. 224.

<sup>146</sup> A. COLELLA, *Il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti* “cit.”, p. 225.

<sup>147</sup> A. COLELLA, *Il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti* “cit.”, p. 225; in questo senso si è chiaramente espressa la Corte nella sentenza 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia* (ric. n° 25803/94).

detentive”, che discendono dall’art. 3 CEDU, come interpretato dalla Corte europea<sup>148</sup>. Dall’analisi dei requisiti minimi richiesti dalla Corte ai fini della legittimità convenzionale della pena detentiva, considerata nella sua «entità astratta»<sup>149</sup>, potranno trarsi importanti indicazioni, utili per valutare se la previsione, da parte di alcuni ordinamenti nazionali, di sanzioni detentive di durata indeterminata e potenzialmente perpetua, da eseguirsi in aggiunta ed in seguito alla pena detentiva, sia legittima ai sensi delle norme della Convenzione.

In questo senso vengono in rilievo le considerazioni svolte dalla Corte sul profilo della durata della pena detentiva, con riferimento alla pena dell’ergastolo: è infatti ragionevole ritenere che, a seguito della qualificazione della custodia di sicurezza tedesca come pena in senso sostanziale (operata dai giudici di Strasburgo nella sentenza *M. c. Germania* sopra analizzata<sup>150</sup>), quanto affermato in relazione alla compatibilità della durata perpetua dell’ergastolo con l’art. 3 CEDU possa valere anche con riferimento alla durata potenzialmente perpetua della misura di sicurezza detentiva. La durata della sanzione detentiva può in effetti sollevare problemi di compatibilità con l’art. 3 CEDU: l’ergastolo in quanto sanzione perpetua potrebbe dal punto di vista teorico essere ritenuto, in sé considerato, incompatibile con il divieto di trattamenti inumani o degradanti<sup>151</sup>.

Nella sentenza *Léger c. France*<sup>152</sup>, infatti, “la Corte europea ha affermato, sia pure in astratto ed in modo molto cauto, di non escludere l’eventualità che la pena dell’ergastolo possa sollevare problemi di compatibilità con la Cedu”<sup>153</sup>; la Corte ritiene però che l’elemento determinante, ai fini della qualificazione della pena potenzialmente perpetua come trattamento inumano o degradante, sia costituito dall’esistenza o meno della possibilità per il detenuto di accedere a meccanismi di riduzione della pena. In altri termini, ciò che rende la pena potenzialmente perpetua qualificabile come trattamento inumano o degradante è la privazione della speranza di poter beneficiare di una scarcerazione anticipata tramite l’accesso ad istituti quali la liberazione anticipata o condizionale.

---

<sup>148</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale* “cit.”, p. 114.

<sup>149</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale* “cit.”, p. 114.

<sup>150</sup> Cfr. *supra*, par. 2.2.2.

<sup>151</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale* “cit.”, p. 125.

<sup>152</sup> *Arrêt 11 avril 2006, Léger c. France (req. n° 19324/02)*.

<sup>153</sup> E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale* “cit.”, p. 125.

È sufficiente, dunque, che esista la possibilità, a livello di previsione astratta o di prassi concreta, di ottenere dei benefici penitenziari, affinché la Corte riconosca la compatibilità della pena perpetua con l'art. 3 CEDU. In questo senso non rileva la durata della pena in concreto subita dal condannato, che può essere anche eccezionalmente lunga, ma il fatto che al detenuto sia conservata la semplice aspettativa o speranza di ottenere la scarcerazione<sup>154</sup>.

Nella citata sentenza della Corte si legge infatti che *“la Cour n'écarte pas le fait que dans des circonstances particulières l'exécution de peines privatives de liberté à vie et incompressible puisse également poser problème au regard de la Convention lorsqu'il n'existe aucun espoir de pouvoir bénéficier de mesures telles que la libération conditionnelle par exemple”*<sup>155</sup>; tuttavia nel caso di specie la Corte ha ritenuto insussistente la violazione dell'art. 3, nonostante il ricorrente avesse subito una pena detentiva di durata eccezionalmente lunga (quarantuno anni di reclusione), in considerazione del fatto che *“l'intéressé [...] a eu la possibilité de demander sa libération conditionnelle à intervalles réguliers et a bénéficié de garanties procédurales. Dans ces circonstances, la Cour est d'avis que le requérant ne peut prétendre qu'il était privé de tout espoir d'obtenir un aménagement de sa peine, laquelle n'était pas incompressible de jure ou de facto. Elle en conclut que le maintien en détention du requérant, en tant que tel, et aussi long fut-il, n'a pas constitué un traitement inhumain ou dégradant”*<sup>156</sup>.

Tale principio è stato ribadito dalla Corte nella più recente sentenza *Kafkaris c. Cipro*<sup>157</sup>, nella quale i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che la pena dell'ergastolo inflitta al ricorrente non costituisca un trattamento inumano e degradante, in considerazione del fatto che l'ordinamento interno prevedeva una possibilità di liberazione disposta per decisione del Presidente della Repubblica<sup>158</sup>. La Corte ha quindi negato, nel caso di specie, la sussistenza di una violazione dell'art. 3 CEDU, sulla base dell'esistenza della possibilità per il condannato di

---

<sup>154</sup> V. MANES – Z. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano* “cit.”, p. 356.

<sup>155</sup> Arrêt 11 avril 2006, *Léger c. France* (req. n° 19324/02), consid. n° 90.

<sup>156</sup> Arrêt 11 avril 2006, *Léger c. France* (req. n° 19324/02), consid. n° 92.

<sup>157</sup> Arrêt 12 février 2008, *Kafkaris c. Chypre* (req. n° 21906/04).

<sup>158</sup> A. COLELLA, *Il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti* “cit.”, p. 243.

ottenere una liberazione<sup>159</sup>, nonostante questa fosse “rimessa alla totale discrezionalità”<sup>160</sup> del Presidente della Repubblica.

Sul punto però la decisione della Corte vide l’opinione dissenziente di molti membri: la decisione in merito all’assenza della violazione dell’articolo 3 fu presa con decisione favorevole di dieci giudici contro sette, che espressero invece un’opinione contraria. La *dissenting opinion* si fondava, in ultima analisi, sulla considerazione del fatto che, essendo la possibilità di liberazione anticipata rimessa alla totale discrezionalità del Presidente della Repubblica, quest’ultima potesse essere considerata esistente *de jure*, ma non *de facto*; pertanto, non sussistendo una reale possibilità per il condannato all’ergastolo di ottenere una liberazione, vi sarebbe stata nel caso di specie una violazione dell’articolo 3 CEDU<sup>161</sup>.

Dall’analisi di queste importanti pronunce emerge chiaramente come la Corte ritenga, per giurisprudenza costante, che la qualificazione come trattamento inumano o degradante della pena detentiva potenzialmente perpetua sia legata non alla perpetuità in sé, bensì al fatto che al detenuto “sia negata in radice l’aspettativa”<sup>162</sup> di poter porre fine al proprio stato di privazione della libertà.

Trasponendo questo principio nel campo delle misure di sicurezza detentive, sembra doversi concludere che l’internamento a titolo di *Sicherungsverwahrung* o di *rétenion de sûreté* non costituisca un trattamento inumano o degradante vietato dall’art. 3 CEDU: la disciplina delle misure di sicurezza detentive, infatti, subordina la prosecuzione della misura ad un riesame periodico della personalità del soggetto, in modo da assicurare che l’internamento sia in ogni momento giustificato dalla persistente pericolosità sociale dell’interessato.

Per quanto concerne poi, in particolare, la *rétenion de sûreté*, quest’ultima ha durata di un anno ed ogni successiva proroga (della stessa durata) della misura può essere disposta soltanto in seguito ad un riesame della personalità del soggetto, svolto dalla *commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté*, dal quale risulti ancora

---

<sup>159</sup> Arrêt 12 février 2008, *Kafkaris c. Chypre* (req. n° 21906/04), consid. n° 103.

<sup>160</sup> A. COLELLA, *Il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti* “cit.”, p. 243.

<sup>161</sup> *Opinion partiellement dissidente commune aux juges Tulkens, Cabral Barreto, Fura-Sandström, Spielmann et Jebens*. Nello stesso senso l’*opinion partiellement dissidente du juge Borrego Borrego*.

<sup>162</sup> V. MANES – Z. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano* “cit.”, p. 356.

esistente la particolare pericolosità del soggetto; è previsto inoltre che quest'ultimo, trascorsi tre mesi dalla data della decisione relativa alla *rétenion*, possa presentare istanza di revoca della misura e, ancora, che in caso di mancata pronuncia della *JRRS* entro il termine di tre mesi dalla presentazione dell'istanza, la misura sia revocata d'ufficio. In caso di rigetto dell'istanza, poi, l'interessato potrà presentare una nuova domanda, decorso un periodo di tempo di tre mesi. Da quanto disposto in particolare agli articoli 706-53-16 e 70-53-17 C.P.P., risulta dunque che la disciplina della *rétenion de sûreté* prevede diverse ed effettive possibilità di cessazione della misura di sicurezza.

Il sistema del doppio binario (nei limiti sopra individuati ai sensi degli articoli 5 e 7 CEDU) risulta quindi compatibile con i diritti fondamentali dell'uomo tutelati dalla Convenzione europea; ed in effetti la Corte di Strasburgo, nella recente sentenza *Schummer c. Germania* del 2011 (uno dei *follow-up cases* rispetto a quello oggetto della sentenza *M. c. Germania* che si sono prima analizzati) ha negato che l'applicazione della *Sicherungsverwahrung* integrasse un trattamento inumano e degradante proibito dall'art. 3 CEDU.

Nel caso di specie i giudici di Strasburgo hanno, infatti, escluso che l'applicazione retroattiva della custodia di sicurezza, e dunque l'illegittimo prolungamento dell'internamento oltre il limite massimo previsto dalla legge al momento della commissione del fatto, avesse costituito un trattamento inumano e degradante e non hanno dunque ritenuto integrata la violazione dell'articolo 3.

Tuttavia i giudici hanno affermato che "lasciare un individuo nell'incertezza con riguardo al termine della misura privativa della libertà personale che lo riguarda può in certi casi rilevare" con riferimento all'art. 3 CEDU<sup>163</sup>.

Per quanto dunque, allo stato attuale, l'art. 3 della Convenzione non costituisca un limite alla legittimità delle misure di sicurezza detentive rivolte ai soggetti imputabili, si può ritenere, sulla base della citata sentenza, che nella giurisprudenza di Strasburgo si stiano delineando delle aperture in tal senso.

D'altra parte, anche la *dissenting opinion* espressa dai giudici europei nel caso *Kafkaris c. Cipro* può essere letta in tal senso per il fatto che essa fa emergere,

---

<sup>163</sup> G. ABBADESSA, *Tre sentenze sulla 'custodia di sicurezza' (Sicherungsverwahrung) nell'ordinamento tedesco* "cit.", p. 3.

in seno alla giurisprudenza di Strasburgo, un orientamento che assegna un'importanza predominante all'esistenza della reale possibilità di ottenere la cessazione della privazione della libertà personale, rispetto all'esistenza di una possibilità meramente astratta. Sembra pertanto non si possa escludere che, nell'evoluzione della giurisprudenza europea, un tale orientamento divenga prevalente e che, in questo caso, la possibilità di cessazione dell'internamento a titolo di custodia di sicurezza, per il fatto di basarsi su un giudizio prognostico nella realtà incerto e rimesso (per l'assenza di metodi di accertamento scientificamente attendibili) alla totale discrezionalità di periti designati dall'autorità giudiziaria, venga considerata una possibilità non sufficiente ad impedire la qualificazione della misura indeterminata e potenzialmente perpetua come trattamento inumano e degradante *ex art. 3 CEDU*, trattandosi di una possibilità esistente a livello meramente astratto ma di scarsa effettività sul piano reale.

#### **4. La *rétention de sûreté* di fronte alla Corte europea: un appuntamento rimandato.**

Dalla giurisprudenza della Corte europea sulla misura di sicurezza tedesca della *Sicherungsverwahrung* si possono trarre alcune importanti considerazioni in merito ad una valutazione di legittimità della *rétention de sûreté* rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Osservando la disciplina della *rétention* alla luce dei principi enunciati dalla Corte europea in relazione alla custodia di sicurezza tedesca, sembra doversi esprimere un giudizio di sostanziale conformità dell'istituto rispetto al sistema della CEDU.

In effetti, la disciplina della *rétention de sûreté* risulta conforme all'art. 5 della Convenzione in quanto sussistono le condizioni necessarie, secondo la Corte europea, per qualificare la privazione della libertà personale derivante dall'applicazione della misura come legittima: in primo luogo, sussiste il nesso di causalità tra la condanna per il fatto di reato e l'applicazione della misura, in quanto, ai sensi dell'art. 706-53-13 C.P.P., quest'ultima può trovare applicazione solo a condizione che la corte d'assise abbia espressamente previsto nella sentenza di

condanna che il soggetto potrà, al termine dell'esecuzione della pena detentiva, essere sottoposto a *rétention de sûreté*<sup>164</sup>.

In secondo luogo, il giudizio di pericolosità sociale che costituisce il presupposto di applicazione della misura, insieme alla commissione di un fatto di reato di rilevante gravità, è formulato sulla base di una valutazione pluridisciplinare della personalità del soggetto e consegue ad un'attenta osservazione della situazione di quest'ultimo, oltre che al risultato di una perizia medico-psichiatrica che abbia constatato che il soggetto presenta una particolare pericolosità, derivante dalla sussistenza di gravi disturbi della personalità e che si traduce in un rischio molto elevato di recidiva specifica in relazione alla commissione di gravi reati (specificamente individuati). Il procedimento previsto dal legislatore per la formulazione del giudizio prognostico di pericolosità sembra dunque essere idoneo ad assicurare che quest'ultimo non risulti irragionevole o manifestamente infondato<sup>165</sup>.

Il requisito della proporzionalità tra la privazione della libertà personale e lo scopo legittimo di controllo della pericolosità sociale, perseguito con la stessa, appare così rispettato, da un lato perché la privazione della libertà personale a titolo di *rétention de sûreté* trova attuazione solo nei casi di pericolosità sociale più grave, rapportata ad un rischio di recidiva specifica riferito alla commissione di gravi reati connotati da violenza sulle persone; dall'altro lato, perché le modalità concrete con le quali si svolge l'internamento a titolo di *rétention* appaiono proporzionate rispetto al controllo della pericolosità sociale, avendo il legislatore, come si è visto, fortemente valorizzato la dimensione terapeutica della misura<sup>166</sup>. Particolare importanza assume al riguardo il fatto che il legislatore abbia creato un'apposita struttura specializzata nel trattamento della pericolosità sociale dei soggetti internati, ed il fatto che il centro *socio-médico-judiciaire* nel quale sarà eseguita la *rétention de sûreté* sia stato istituito presso una struttura sanitaria – *établissement public de santé national* – all'interno dell'istituto penitenziario di *Fresnes*, a differenza di quanto accade in

---

<sup>164</sup> Cfr. *supra*, cap. V, par. 2.1.2.

<sup>165</sup> Cfr. *supra*, cap. V, par. 2.1.2.

<sup>166</sup> Cfr. *supra*, cap. V, par. 2.1.1.

Germania dove la *Sicherungsverwahrung* viene eseguita negli ordinari istituti penitenziari<sup>167</sup>.

La *rétention du sûreté* risulta poi conforme anche all'art. 7 della Convenzione, ed in particolare al principio di irretroattività delle pene, intese in senso sostanziale come comprensive delle misure di sicurezza detentive rivolte ai soggetti imputabili<sup>168</sup>: benché, come si è visto, il legislatore avesse originariamente previsto che la *rétention de sûreté* potesse avere applicazione retroattiva in relazione a fatti di reato commessi prima dell'entrata in vigore della legge n° 2008-174 che l'ha istituita, a seguito della decisione n° 2008-562 del *Conseil constitutionnel*, la *rétention de sûreté* risulta soggetta al principio di legalità ed applicabile dunque solo in relazione a fatti di reato commessi dopo l'entrata in vigore della legge<sup>169</sup>.

Sembra, in un certo senso, che con questa decisione il *Conseil constitutionnel* abbia effettuato non solo un controllo di legittimità costituzionale della *rétention de sûreté*, ma anche un controllo di convenzionalità: la pronuncia con la quale il Consiglio ha dichiarato illegittima l'applicazione retroattiva della sanzione, come si è già osservato, sembra aver propriamente anticipato la censura della Corte europea sul punto<sup>170</sup>. Il *Conseil* per arrivare a tale conclusione ha di fatto utilizzato un'interpretazione in senso sostanziale della nozione di pena, analoga a quella elaborata dalla giurisprudenza di Strasburgo, arrivando così a superare il dato formale della qualificazione giuridica delle sanzioni, fondato sulla diversità delle funzioni ad esse attribuite, assegnando rilievo determinante, ai fini della qualificazione di una sanzione come penale, alla sua natura privativa della libertà personale. In ragione delle considerazioni fin qui svolte, sembra ragionevole affermare, in conclusione, che l'istituto della *rétention de sûreté*, come misura di sicurezza detentiva applicabile agli autori di reato imputabili e socialmente pericolosi al termine dell'esecuzione della pena detentiva, sia conforme alle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come (fino a oggi) interpretate dalla Corte europea.

---

<sup>167</sup> Cfr. *supra*, cap. III, par. 2.2.2.

<sup>168</sup> Cfr. *supra*, cap. V, par. 2.2.1.

<sup>169</sup> Cfr. *supra*, cap. IV, par. 3.1.

<sup>170</sup> J. LEBLOIS-HAPPE, *Rétention de sûreté vs. Unterbringung in Die Sicherungsverwahrung: les enseignements d'une comparaison franco-allemande*, in *AJ Pénal*, 2008, p. 222.

Rimane tuttavia un profilo critico di questo istituto che si colloca, più propriamente, nell'ambito dell'istituto della *surveillance de sûreté* e del suo rapporto con la *rétenion*. Si tratta del profilo della disciplina della *surveillance de sûreté* previsto all'art. 709-53-19 C.P.P., secondo il quale alla violazione delle prescrizioni imposte con questa misura può conseguire l'internamento del soggetto in un centro *socio-médico-judiciaire*, disposto dal Presidente della *juridiction régionale de la rétenion de sûreté* con un provvedimento immediatamente esecutivo.

Questa norma infatti delinea una fattispecie di *rétenion de sûreté*, sostanzialmente diversa da quella ordinaria fin qui analizzata: in tal caso l'internamento del soggetto non consegue più ad una regolare condanna per un fatto di reato, ed inoltre l'internamento a titolo di *rétenion de sûreté* può trovare applicazione come conseguenza, seppure indiretta, di reati commessi prima dell'entrata in vigore della legge che ha introdotto la misura (per il fatto, già evidenziato, che la *surveillance de sûreté* è applicabile retroattivamente<sup>171</sup>).

In questa ipotesi dunque potrebbe essere messa nuovamente in discussione la conformità della *rétenion de sûreté* alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sia per quanto riguarda la legittimità della privazione della libertà personale, ai sensi dell'art. 5 CEDU, sia per quanto riguarda il principio di legalità enunciato all'art. 7 della Convenzione. La *rétenion de sûreté* applicabile in seguito alla violazione delle prescrizioni imposte con la *surveillance de sûreté* darebbe luogo, in effetti, ad una privazione della libertà personale che non rientrerebbe più nell'ipotesi prevista dall'art. 5 § 1 lett. a) CEDU: mancherebbe infatti il fondamentale requisito, richiesto dalla giurisprudenza europea ai fini della legittimità della privazione della libertà personale, della sussistenza di un nesso di causalità tra la condanna per un fatto di reato e l'internamento a titolo di misura di sicurezza<sup>172</sup>. Si porrebbe di nuovo, inoltre, la questione del rispetto dell'art. 7 CEDU il quale afferma il diritto di ogni individuo di non vedersi infliggere una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

Tale questione è stata in parte affrontata dal *Conseil d'État* in occasione del ricorso proposto in relazione al *décret* n° 2008-1129 attuativo della legge n° 2008-

---

<sup>171</sup> Cfr. *supra*, cap. IV, par. 3.2.

<sup>172</sup> Cfr. *supra*, cap. V, par. 2.1.

174<sup>173</sup>: in questa occasione il Consiglio di Stato ha respinto il ricorso volto ad ottenere l'annullamento del decreto, ritenendo infondati, tra gli altri, i motivi del ricorso incentrati sulla violazione delle norme convenzionali, in particolare dell'art. 5 e dell'art. 7. Con riferimento all'articolo 5, esso ha affermato che l'applicazione della *rétenction de sûreté* come conseguenza per la violazione degli obblighi imposti con la *surveillance de sûreté* non costituirebbe un'illegittima privazione della libertà personale, in quanto rientrerebbe nell'ipotesi di cui alla lettera b) della stessa norma, secondo la quale è legittima la privazione della libertà personale conseguente alla violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge<sup>174</sup>.

L'applicazione della *rétenction de sûreté* costituirebbe infatti un provvedimento necessario al fine di assicurare l'effettiva applicazione della misura della *surveillance de sûreté*, disposta dall'autorità giudiziaria in modo conforme alla legge, e non potrebbe pertanto essere considerata contraria, in quanto tale, all'art. 5 § 1 lett. b) CEDU.

Per ciò che concerne poi l'art. 7 della Convenzione, il Consiglio di Stato ha ritenuto che questo non risulterebbe violato nel caso di applicazione della *rétenction de sûreté* conseguente alla violazione della *surveillance de sûreté*, per un duplice ordine di ragioni: da un lato, in quanto la *surveillance de sûreté* non costituirebbe una pena ai sensi dell'art. 7, non essendo fondata sulla colpevolezza dell'interessato ma piuttosto sulla sua particolare pericolosità ed in quanto svolgerebbe esclusivamente una funzione preventiva. Dall'altro lato, in quanto la *rétenction de sûreté* in tal caso troverebbe il proprio fondamento non nel reato commesso (prima dell'entrata in vigore della legge che ha istituito la misura), bensì nei fatti, commessi dopo l'entrata in vigore della legge, che hanno integrato la violazione delle prescrizioni imposte con la *surveillance de sûreté*, delle cui conseguenze l'interessato era stato debitamente informato<sup>175</sup>. Queste argomentazioni risultano invero, alla luce di quanto si è visto<sup>176</sup>, poco in linea con la giurisprudenza della Corte in materia, almeno nella parte in cui sottraggono la misura della *surveillance de sûreté* all'ambito di applicazione del

---

<sup>173</sup> Cfr. *supra*, cap. IV, par. 3.2.

<sup>174</sup> *Arrêt rendu par le Conseil d'État, 26 novembre 2010* "cit."

<sup>175</sup> *Arrêt rendu par le Conseil d'État, 26 novembre 2010* "cit."

<sup>176</sup> Cfr. *supra*, cap. V, par. 2.2.

principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU, per il fatto che questa, essendo fondata sulla pericolosità del soggetto e svolgendo una funzione spiccatamente preventiva, non costituirebbe una pena ai sensi della norma in esame.

Le pronunce della Corte che si sono prima analizzate mostrano al contrario come i giudici europei abbiano recentemente qualificato le misure di sicurezza come sanzioni penali, nonostante esse svolgano una funzione tipicamente preventiva, e come sia attribuita un'importanza sempre crescente al criterio della gravità della sanzione. Per tali ragioni appare peraltro verosimile che la *surveillance de sûreté* possa essere considerata dalla Corte di Strasburgo una pena in senso sostanziale ed essere così sottoposta al principio di irretroattività di cui all'art. 7 della Convenzione.

Ad ogni modo, il ricorso volto ad ottenere l'annullamento del decreto attuativo della legge del 2008 è stato respinto e quest'ultimo risulta, così, attualmente in vigore; la *rétenion de sûreté* potrebbe pertanto, già oggi, trovare applicazione come conseguenza della violazione delle prescrizioni della *surveillance de sûreté*. Questa particolare ipotesi di applicazione della misura richiederebbe dunque un tempestivo intervento del legislatore, per il fatto che essa produce l'effetto concreto di rendere una misura di sicurezza detentiva applicabile in relazione a fatti di reato commessi prima della sua introduzione, ciò che, nelle ultime pronunce della Corte di Strasburgo in materia, è stato espressamente e costantemente dichiarato non conforme ai diritti fondamentali dell'individuo tutelati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

## CONCLUSIONI

L'introduzione del sistema sanzionatorio del doppio binario nel diritto penale francese, realizzatasi attraverso l'istituzione di un fitto apparato di misure di sicurezza limitative e privative della libertà personale rivolte agli autori di reato imputabili pericolosi, non rappresenta un fenomeno isolato, rimasto confinato all'esperienza francese, ma si inserisce in un più ampio contesto "europeo" - delineatosi nell'ultimo decennio - di riscoperta delle misure di sicurezza detentive in chiave di controllo dell'autore pericoloso, in funzione di difesa sociale.

Nel corso del presente studio si è cercato di rendere conto dell'evoluzione normativa che ha condotto alla costruzione del sistema francese del doppio binario, mettendo in luce le ragioni che hanno sorretto una tale scelta di politica criminale ma soprattutto i numerosi profili di frizione di questo modello sanzionatorio con le garanzie individuali proprie di un diritto penale che assicuri il rispetto dei diritti fondamentali della persona.

Ebbene, i profili di potenziale contrasto sono molti: il sistema del doppio binario, nella sua formulazione più pura di applicazione congiunta di pena detentiva e misura di sicurezza (anch'essa detentiva) a carico di un medesimo soggetto, realizza una doppia privazione della libertà personale dell'individuo che, al termine dell'esecuzione della pena detentiva, si vede infliggere un'ulteriore sanzione di carattere custodiale. Quest'ultima, di durata indeterminata e fondata esclusivamente sulla valutazione di pericolosità sociale dell'autore del reato, risulta dunque sottratta alle fondamentali garanzie che circondano invece la pena, costituite in particolare dal principio di legalità in relazione alla durata della sanzione, dal principio di irretroattività e dal principio di colpevolezza.

Così delineato, il sistema sanzionatorio del doppio binario appare incompatibile con le garanzie minime riconosciute all'individuo nel rapporto con il diritto penale: questo contrasto, per quanto possa essere in parte ridotto attraverso la riconduzione delle misure di sicurezza nell'ambito di operatività del principio di legalità sancito dall'articolo 7 della CEDU, con la loro conseguente sottoposizione al

principio di irretroattività della legge penale sfavorevole al reo, richiesta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, risulterebbe ineliminabile, a meno che al sistema del doppio binario non fossero apportate importanti modifiche di carattere, per così dire, strutturale. Si allude in particolare all'introduzione di due correttivi al sistema del doppio binario: in primo luogo, all'introduzione di un limite massimo di durata della misura e, in secondo luogo, all'affermazione del principio di vicarietà, in ossequio del quale la misura di sicurezza troverebbe esecuzione prima della pena e dalla sua durata verrebbe scomputata la durata di quest'ultima<sup>177</sup>. In questo modo il sistema dualistico del doppio binario si configurerebbe di fatto come un sistema monistico e si riuscirebbero così ad evitare, nella fase esecutiva, gli effetti della doppia privazione della libertà personale<sup>178</sup>.

Questa costituirebbe secondo una parte della dottrina “l'unica soluzione compatibile con il rispetto dei diritti della persona”<sup>179</sup> e dunque l'unica via che consenta di mantenere il sistema del doppio binario nell'ambito di un diritto penale liberale. Tale soluzione, che nella realtà dell'esecuzione in ultima analisi confonde le due sanzioni, induce a domandarsi cosa rimanga a giustificare l'esistenza di due categorie di sanzioni distinte. Si riapre insomma l'originaria questione della distinzione tra pena e misura di sicurezza dalla cui soluzione dipende la possibilità di svolgere una riflessione ragionevole sulla legittimità dell'esistenza del sistema del doppio binario: è necessario dunque definire cosa legittimi l'esistenza della misura di sicurezza detentiva come sanzione separata dalla pena. Al momento della creazione concettuale delle misure di sicurezza tale legittimazione fu rappresentata dalla diversità delle funzioni attribuite alla due tipologie di sanzioni: ritenendo che la pena potesse svolgere unicamente le funzioni di retribuzione e di prevenzione generale, si ritenne necessario creare una sanzione per natura deputata al perseguimento della finalità di prevenzione speciale del reato.

È però evidente che il fondamento della distinzione tra pena e misura di sicurezza non possa più in alcun modo essere individuato nella diversità di funzioni

---

<sup>177</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 352.

<sup>178</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 353.

<sup>179</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 354.

ad esse attribuite: la pena, oggi, svolge una preminente funzione di prevenzione speciale in quanto essa persegue il fine ultimo della rieducazione del condannato.

Se dunque, come viene autorevolmente affermato in dottrina, “non è sul piano delle funzioni che può correre lo spartiacque tra pene e misure di sicurezza”<sup>180</sup>, il fondamento della distinzione tra i due tipi di sanzioni deve essere rinvenuto altrove, e cioè sul piano della diversità dei contenuti: “in tanto può legittimarsi la presenza di misure di sicurezza detentive, finalizzate al pari delle pene alla prevenzione speciale, in quanto, e solo in quanto, le misure abbiano contenuti specifici e diversi”<sup>181</sup>.

Avendo allora riguardo alla specifica esperienza francese che ha interessato questo studio, si deve constatare che tale diversità di contenuti esiste: ciò innanzitutto considerando che la misura di sicurezza detentiva della *rétenion de sûreté* non trova esecuzione in un ordinario istituto penitenziario bensì in un centro specializzato detto *socio-médico-judiciaire*, posto sotto la responsabilità congiunta del ministero della Giustizia e del ministero della Sanità, appositamente creato all'interno di una struttura ospedaliera, l'*établissement public de santé national* di Fresnes.

La diversità della *rétenion de sûreté* dall'ordinaria pena detentiva si apprezza, però, soprattutto considerando la diversità del trattamento proposto agli individui sottoposti alla misura di sicurezza rispetto a quello penitenziario: si tratta di un trattamento riabilitativo di carattere pluridisciplinare, richiesto dal fatto di essere specificamente rivolto ai soggetti (autori di reati sessuali o comunque particolarmente violenti) che, seppur imputabili, presentano dei forti disturbi della personalità, i quali costituirebbero non solo un fattore causale del passaggio all'atto criminale ma anche una causa dell'elevato rischio di recidiva specifica che gli autori di questi reati di fatto presentano<sup>182</sup>.

Il trattamento rivolto ai soggetti sottoposti a *rétenion de sûreté* è strutturato in modo tale da prevedere una forte (ma non esclusiva) componente terapeutica – realizzata, da un lato, attraverso la somministrazione di terapie farmacologiche (antiormonali) e, dall'altro, attraverso un consistente ricorso alla psicoterapia individuale e di gruppo, inserita nel quadro di un più ampio trattamento di

---

<sup>180</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale* “cit.”, p. 573.

<sup>181</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale* “cit.”, p. 573.

<sup>182</sup> V. LAMANDA, *Amoindrir le risque de récidive criminelle des délinquants dangereux* “cit.”, p. 25; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 371.

riabilitazione sotto il profilo educativo e sociale. La realizzazione di questo trattamento risulta poi supportata, in concreto, dalla messa a disposizione di risorse umane e materiali: si fa riferimento, da un lato, all'investimento delle risorse finanziarie necessarie per la creazione del centro (850.000 euro<sup>183</sup>) e per il suo funzionamento (un budget di circa 800.000 euro per anno<sup>184</sup>), e dall'altro lato, all'impiego di risorse umane in termini di ricorso a figure professionali altamente specializzate (educatori specializzati, psichiatri, psicologi, ergoterapeuti nonché il personale dell'amministrazione penitenziaria) presenti all'interno del centro ed al ricorso a collaborazioni con personale specializzato esterno (personale del *centre hospitalier spécialisé Paul Girard de Villejuif*, personale dipendente dal *ministère de l'éducation nationale et l'enseignement supérieur*, operatori sociali e imprese)<sup>185</sup>.

Alla luce di questi dati, sembra potersi affermare che nel diritto penale francese alla diversità dogmatica tra le categorie sanzionatorie corrisponda una diversità concreta sul piano del contenuto e che, pertanto, la principale critica, mossa al sistema del doppio binario sin dalle sue origini e conosciuta con il nome di «frode delle etichette» - secondo la quale sarebbe radicalmente illegittima una misura di sicurezza che costituendo “una variante solo nominalistica della pena”<sup>186</sup> si riduca a mero strumento per aggirare i principi di garanzia propri di quest'ultima - non trovi in questo caso ragione di essere mossa.

Ciononostante rimane irrisolta la questione di fondo sottesa all'esistenza ed alla legittimità del sistema del doppio binario: la questione, cioè, se sia legittima l'esistenza di una sanzione capace di privare l'individuo della propria libertà personale per un periodo di tempo indefinito, sul solo presupposto della sua pericolosità sociale, oltre il limite segnato dalla colpevolezza per il fatto. Questa è infatti la questione che deve essere affrontata per poter svolgere una riflessione che sia il più possibile razionale, che vada oltre ogni formalismo giuridico.

---

<sup>183</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Ouverture du centre socio-médico-judiciaire de Fresnes, <http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-discours-10093/archives-des-discours-de-2008-10720/ouverture-du-centre-socio-medico-judiciaire-de-fresnes-16204.html>.

<sup>184</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Le centre socio-médico-judiciaire de sûreté de Fresnes*, <http://www.justice.gouv.fr/justice-penale-11330/le-centre-socio-medico-judiciaire-de-surete-de-fresnes-23842.html>.

<sup>185</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Ouverture du centre socio-médico-judiciaire de Fresnes “cit.”; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Le centre socio-médico-judiciaire de sûreté de Fresnes*.

<sup>186</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale* “cit.”, p. 573.

In primo luogo, particolarmente problematico risulta l'ancoraggio della misura detentiva al solo giudizio prognostico di pericolosità sociale, al quale è connaturato un certo grado di incertezza e di arbitrarietà in ragione del fatto che la scienza, ancora oggi, non è in grado di offrire un supporto solido alla prognosi di pericolosità sociale: la scienza medica tende a sottrarsi a tale compito, ritenendo che rientri nel proprio ambito di competenza solo la pericolosità derivante dall'esistenza di patologie psichiatriche e non la pericolosità criminologica, e d'altro canto le scienze criminologiche non sono ancora approdate ad elaborare un metodo scientificamente attendibile per l'accertamento di quest'ultima. Non manca dunque in dottrina chi denuncia "l'irragionevole sproporzione tra incertezza del presupposto applicativo e limitazione della libertà personale"<sup>187</sup> come ragione definitiva dell'illegittimità del sistema del doppio binario.

Si deve tuttavia rilevare come il legislatore francese abbia definito il presupposto della pericolosità sociale in modo tale da assicurarne la conformità al principio di precisione e di proporzionalità, in quanto ha riferito il rischio di recidiva alla commissione di alcuni gravi reati specificamente individuati (e non alla generica futura commissione di qualsivoglia reato<sup>188</sup>) ed ha individuato un elemento "sintomatico" della pericolosità sociale – l'esistenza di gravi disturbi della personalità del soggetto – al cui accertamento si procede attraverso una valutazione pluridisciplinare, svolta attraverso l'osservazione per un periodo di sei settimane del condannato collocato in un centro specializzato ed accompagnata dallo svolgimento di una perizia medico-psichiatrica svolta da due esperti, assicurando così al giudizio di pericolosità carattere di ragionevolezza e attendibilità. Inoltre il legislatore ha stabilito che la *rétenion de sûreté* possa trovare applicazione solo in presenza di una particolare pericolosità del condannato, causata dall'esistenza di un disturbo grave della personalità e da una probabilità molto elevata di recidiva, in modo tale che risulti rispettato anche il principio di sussidiarietà.

La disciplina francese del doppio binario risulterebbe allora legittima in quanto, in ultima analisi, fondata sulla pericolosità sociale del soggetto, valutata in modo del tutto attendibile; è vero che una tale valutazione, essendo fondata su

---

<sup>187</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 356.

<sup>188</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale* "cit.", p. 56.

giudizio prognostico, non può avere in nessun caso carattere certo ma è altrettanto vero che il giudizio prognostico gioca un ruolo assai importante nell'ambito del diritto penale che, come viene rilevato, risulta "impregnato di giudizi prognostici"<sup>189</sup>, tanto nella parte sostanziale, quanto nella fase dell'esecuzione.

"Le prognosi in diritto penale sono inevitabili"<sup>190</sup>, e in particolare, tale è la prognosi di pericolosità sociale in quanto è un dato di realtà che rispetto ad alcuni autori di reati a carattere violento il rischio di reiterazione sia molto alto e che il sistema non possa non prenderlo in considerazione<sup>191</sup>.

Il legislatore deve dunque "farsi carico del rischio di recidiva e di apprestare idonei strumenti di controllo penale"<sup>192</sup>, in quanto questo corrisponde ad un bisogno della società, in parte effettivo, ed in parte comunque percepito come impellente, di difesa dal fenomeno criminale e di protezione dalle lesioni a beni giuridici fondamentali che quest'ultimo comporta.

Tutto ciò considerato, resta un ultimo aspetto da affrontare, quello che concerne il principio di colpevolezza nella sua funzione di limite e misura della sanzione penale, che il sistema del doppio binario senza dubbio oltrepassa; rimane in altri termini da stabilire se il principio di colpevolezza svolga la sua funzione di argine al potere punitivo dello Stato anche con riferimento all'esigenza di prevenzione dei reati o se invece di fronte a quest'ultima debba arretrare.

Ebbene, con riferimento specifico a tale questione, risulta condivisibile la soluzione proposta da Marco Pelissero, secondo il quale, in ultima analisi, "al principio di colpevolezza, nella sua funzione di limite nella commisurazione della pena, deve essere riconosciuta una imprescindibile funzione di garanzia e di argine alle esigenze preventive"<sup>193</sup>, che non possono dunque in nessun caso costituire l'unico criterio di commisurazione della sanzione penale. Le legittime esigenze che hanno fondato l'introduzione delle misure di sicurezza dovrebbero piuttosto trovare spazio nell'ambito della pena: la pericolosità sociale, e cioè il rischio di recidiva, dovrebbe costituire "il presupposto per la creazione di percorsi differenziati

---

<sup>189</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 356.

<sup>190</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 356.

<sup>191</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 356.

<sup>192</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 356.

<sup>193</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 358.

all'interno della pena, al fine di assicurare sul piano dell'esecuzione penale un trattamento personalizzato in funzione della prevenzione del rischio di recidiva<sup>194</sup>.

Il controllo della pericolosità sociale di alcuni autori che presentano un forte rischio di recidiva, e cioè quegli stessi autori cui in Francia come altrove sono state rivolte le misure di sicurezza detentive, potrebbe essere realizzato attraverso una differenziazione reale, dal punto di vista del contenuto concreto della sanzione, dei percorsi penitenziari: così la *rétenion de sûreté* da misura di sicurezza diverrebbe una modalità di esecuzione della pena che verrebbe eseguita nel *centre socio-médico-judiciaire*, sottoponendo il condannato al relativo trattamento attualmente previsto.

In questo modo sarebbero infatti conservate le fondamentali garanzie della pena e si assicurerebbe l'effettività al sistema sanzionatorio, raggiungendo al contempo due obiettivi di importanza cruciale per il sistema penale: in primo luogo si aprirebbe una nuova stagione di vitalità del fine rieducativo della pena il quale, nonostante la crisi che ha conosciuto a partire dalla fine degli anni cinquanta, "conserva un suo fondamento razionale ed insopprimibile"<sup>195</sup>. In secondo luogo si eviterebbe l'affermazione del pericoloso principio, che sta alla base del modello del diritto penale dell'autore, secondo il quale il diritto penale punisce la persona non per ciò che fa ma per ciò che è, e della vicina idea secondo la quale esistono dei tipi di delinquenti per definizione incorreggibili nei cui confronti la rieducazione sarebbe *a priori* impossibile e dovrebbe trovare spazio solo la neutralizzazione.

Il problema dell'esistenza della misura di sicurezza è dunque, oggi come allora, un problema che nasce e si risolve nel rapporto con la pena: nasce dai fallimenti, in termini di efficacia, della pena e si risolve donando a quest'ultima una nuova effettività. D'altra parte la pena, solo oggi e non allora, è in astratto capace di realizzare una tutela effettiva della società poiché svolge una pluralità di funzioni, tra le quali preminente è quella di prevenzione speciale, in primo luogo positiva, che si esprime attraverso il perseguimento del fine rieducativo; laddove, poi, la rieducazione non risulti in concreto possibile, la prevenzione speciale positiva cede il passo a quella negativa, ossia alla neutralizzazione, che la pena detentiva è per

---

<sup>194</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 361.

<sup>195</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 363.

definizione portata a svolgere<sup>196</sup>. Potrà essere assicurata effettività alla pena, potenziando non solo la sua funzione di miglioramento e rieducazione, ma anche quella di controllo e di neutralizzazione, attraverso la differenziazione dei percorsi penitenziari sotto il profilo della riduzione delle possibilità di accesso alle misure alternative alla detenzione nonché ai benefici penitenziari, nei confronti dei condannati che presentino in concreto un elevato rischio di recidiva<sup>197</sup>. Tutto questo però non senza la messa a disposizione di adeguate risorse materiali e umane indispensabili per assicurare una tutela efficace della società.

D'altra parte si può ritenere che il legislatore francese abbia già cominciato a muoversi in questa direzione allorché, da un lato, ha subordinato, ai sensi dell'art. 706-53-15 del codice di procedura penale, l'applicabilità della misura di sicurezza detentiva della *rétenion de sûreté* alla verifica in concreto che il condannato abbia effettivamente beneficiato, durante il periodo di detenzione a titolo di pena, di un trattamento medico, sociale ed educativo adatto al disturbo della personalità di cui soffre. Dall'altro lato, ha introdotto una serie di disposizioni che realizzano una differenziazione del trattamento penitenziario nei riguardi dei soggetti che presentano un alto rischio di recidiva in ragione del carattere violento del reato commesso (si tratta dei reati per i quali è comminata la sanzione del *suivi socio-judiciaire*), sia sotto il profilo della funzione di "miglioramento"<sup>198</sup>, sia sotto quello della funzione di "controllo"<sup>199</sup>: tali soggetti scontano la pena in istituti penitenziari che garantiscano un controllo medico e psicologico adatto e, laddove un medico abbia previsto la possibilità di intraprendere un trattamento medico nei loro confronti, essi potranno iniziare tale trattamento già durante l'esecuzione della pena. L'eventuale rifiuto di sottoporsi al trattamento, poi, può comportare l'esclusione del beneficio della liberazione anticipata. Nei confronti degli stessi soggetti, inoltre, il legislatore ha previsto l'applicabilità degli istituti della sospensione condizionale della pena e della liberazione condizionale con sottoposizione all'obbligo di cura.

Infine, il legislatore francese ha previsto che nei confronti dei soggetti condannati alla pena della *réclusion criminelle à perpétuité*, alla pena di quindici

---

<sup>196</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale* "cit.", p. 12.

<sup>197</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 364 ss.

<sup>198</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 369 ss.

<sup>199</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* "cit.", p. 364 ss.

anni di reclusione per un reato per il quale è comminata la sanzione del *suivi* o alla pena di dieci anni di reclusione per un reato per il quale è prevista l'applicazione della *rétenion de sûreté*, la liberazione condizionale possa essere disposta solo in seguito ad una valutazione della pericolosità del condannato svolta dalla *commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté*, accompagnata da una perizia medico-psichiatrica. Tale previsione, inserita all'art. 730-2 del codice di procedura penale in seguito ad recente intervento normativo<sup>200</sup>, si muove senza dubbio nella direzione di un potenziamento della funzione di controllo della pena, nell'ambito della quale viene presa in considerazione la pericolosità sociale del soggetto, nel chiaro intento di soddisfare le esigenze di difesa della società, assicurando certezza alla pena.

Questa sarebbe la strada da seguire secondo Marco Pelissero, la strada cioè della creazione di “nuovi binari all'interno della pena, che devono servire a conciliare le due anime della prevenzione, quella negativa della difesa sociale e quella positiva della rieducazione”<sup>201</sup>, in un sistema penale che assicuri la certezza della pena senza mai perdere di vista il fine della rieducazione e che assicuri il rispetto delle garanzie individuali, e dell'abbandono del doppio binario di pene e misure di sicurezza che “non aggiunge nulla sul piano della efficacia e del controllo, se non una tranquillità simbolica”<sup>202</sup>, attraverso un messaggio politico volto a trasmettere sicurezza “ad un'opinione pubblica sempre più spaventata dalla criminalità”<sup>203</sup>. Si eviterebbe così l'affermazione del pericoloso principio, che sta alla base dell'istituto della misura di sicurezza detentiva, secondo cui esisterebbero soggetti “non rieducabili, necessariamente pericolosi per la collettività” che su questo presupposto potrebbero essere privati della libertà personale per un tempo indefinito e potenzialmente perpetuo, ben oltre il limite tracciato dal principio costituzionale di colpevolezza nella sua funzione di argine al potere punitivo dello Stato, che il diritto penale non può invece in nessun modo valicare.

---

<sup>200</sup> Art. 16, Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024456769&fastPos=1&fastReqId=1663368001&categorieLien=id&oldAction=rechTexte>.

<sup>201</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 386.

<sup>202</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 386.

<sup>203</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario* “cit.”, p. 385.



## BIBLIOGRAFIA

ABBADESSA G., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008 – 2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 CEDU)*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2011, p. 281 ss.

ABBADESSA G., *La Corte di Strasburgo ritorna sulla custodia di sicurezza nell'ordinamento tedesco: la difesa sociale non ammette il sacrificio delle garanzie convenzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 9 giugno 2011.

ABBADESSA G., *Tre sentenze sulla “custodia di sicurezza” (Sicherungsverwahrung) nell'ordinamento tedesco, e sull'obbligo dello Stato di adeguarsi ai giudicati della Corte*, in *Dir. pen. cont.*, 11 marzo 2011, p. 1.

ANCEL M., *La défense sociale nouvelle*, Paris, 1954.

BADINTER R., *Nous sommes dans une période sombre pour notre justice*, in *Le Monde* 24-25 février 2008, p. 10 ss.

BARBERGER C., *Personnalisation et/ou égalité dans la privation de liberté. Peines et mesures de sûreté dans l'avant-projet de code pénal et dans le code de procédure pénale*, in *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*, 1984, p. 19 ss.

BEDUSCHI L., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU e art. 2 Prot. 4)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2011, p. 255 ss.

BERNARDI A., *Commento all'art. 7*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 249 ss.

BETTIOL G., *I problemi di fondo delle misure di sicurezza*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova, 1961.

BONFIS P., *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*, in *Revue de science criminelle*, 2008, p. 392 ss.

BOULOC B., *Droit pénal général*, XXII ed., Paris, 2011.

BOULOC B., *Penologie*, III ed., Paris, 2005.

BOUZAT P., *Le centenaire d'Enrico Ferri. L'œuvre di maître. Son actualité*, in *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*, 1957, p. 1 ss.

- BOUZAT P., *Traitements nouveaux de la délinquance sexuelle. Libertés individuelles, responsabilité, Défense sociale nouvelle*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique: recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, vol. II, 1975, p. 87 ss.
- BREDIN F., *Rapport au nom de la commission de lois, Ass. nat., n° 228*.
- BREDIN J-H. – SUREAU F., *Rétention de sûreté, de quel droit?*, in *Le Monde*, 22 février 2008, p. 19.
- BURGELIN J.-F., *Santé, justice et dangers: une meilleure prévention de la récidive*, *Rapport de la commission Santé-Justice, Juillet 2005*.
- CARBASSE J., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, II ed., Paris, 2006.
- CARETTI P. – DE SIERVO U., *Istituzioni di diritto pubblico*, VIII ed., Torino, 2006.
- CASTAIGNÈDE J., *Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction – traitement*, in *Recueil Dalloz*, 1999, p. 23 ss.
- CÉRÉ J., *La rétention de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Actualité Juridique Pénal*, 2008, p. 220 ss.
- CLÉMENT P., *Mieux prévenir la récidive*, in *AJ Pénal*, 2005, p. 345 ss.
- CLÉMENT P. – G. LÉONARD, *Rapport d'information commission des lois AN n° 1718 sur le traitement de la récidive des infractions pénales*, 7 juillet 2004.
- COCHE A., *Faut-il supprimer les expertises de dangerosité?*, in *RSC*, 2011, p. 21 ss.
- COLELLA A., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura o trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2011, p. 221 ss.
- CORSO, P., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, IV ed., Bologna, 2011.
- COUVRAT P., *Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres*, in *RSC*, 1999, p. 376 ss.
- COYE S., *Les perspectives inquiétantes du «modèle» allemande*, in *Dedans Dehors Revue trimestrelle de l'Obsevatoire international des prisons*, n° 64, février 2008, p. 25 ss.
- COYE S. – DE SUREMAIN H., *Une rupture de civilisation. Loi sur le rétention de sûreté et l'irresponsabilité pénale*, in *Dedans Dehors*, 2008, p. 17 ss.
- COYE S. – DE SUREMAIN H., *Relégation perpétuelle*, in *Dedans Dehors*, 2008, p. 19 ss.

- DAL PRA M., *Sommario di storia della filosofia*, Firenze, 1985.
- DANET J., *Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle*, in *RSC*, 2010, p. 49 ss.
- DANET J. - SAAS C., *Le fou et sa "dangerosité", un risque spécifique pour la justice pénale*, in *RSC*, 2007, p. 779 ss.
- DARBÉDA P., *L'injonction de soins et le suivi socio-judiciaire*, in *RSC*, 2001, p. 625 ss.
- R. DATI, *Ouverture du centre socio-médico-judiciaire de Fresnes*, in *Ministère de la Justice* <http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-discours-10093/archives-des-discours-de-2008-10720/ouverture-du-centre-socio-medico-judiciaire-de-fresnes-16204.html>.
- DEBOVE F. – FALLETTI F., *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, II ed., Paris, 2006.
- DELAGE P.-J., *La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité*, in *RSC*, 2007, p. 797 ss.
- DE LANGHE A.-C. – LECLERC J.-M., *Criminels sexuels: le gouvernement confronté aux failles de la répression*, in *Le Figaro.fr*, 20 août 2007 [http://www.lefigaro.fr/politique/2007/08/20/01002-20070820ARTFIG90235-criminels\\_sexuels\\_le\\_gouvernement\\_confronte\\_aux\\_failles\\_de\\_la\\_repression.php](http://www.lefigaro.fr/politique/2007/08/20/01002-20070820ARTFIG90235-criminels_sexuels_le_gouvernement_confronte_aux_failles_de_la_repression.php).
- DELMAS-MARTY M., *Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX au XXI siècle*, in *RSC*, 2010, p. 5 ss.
- DELMAS-MARTY M., *Comment sortir de l'impasse?*, in *RSC*, 2010, p. 107 ss.
- DELMAS-MARTY M., *Sécurité et dangerosité*, in *Revue française de droit administratif*, 2012, p. 1096 ss.
- DESPORTES F. - LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, XVI ed., Paris, 2009.
- DE VERO G. – PANEBIANCO G., *Delitti e pene nella giurisprudenza delle corti europee*, Torino, 2007.
- DONNEDIEU DE VABRES H., *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, II ed., Paris, 1943.
- ESPOSITO A., *Commento all'art. 3*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 49.
- FERRI E., *Sociologia criminale*, I ed., Milano, 1979.

- FERRI E., *Relazione del presidente della commissione reale per la riforma delle leggi penali sul progetto preliminare di codice penale italiano*, Milano, 1921.
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Bologna, 2007.
- GALAUD F., *Le meurtrier présumé d'une joggeuse devant les assises*, in *Le Figaro.fr*, 1er novembre 2011  
<http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2011/11/01/01016-20111101ARTFIG00508-le-meurtrier-presume-d-une-joggeuse-devant-les-assises-de-l-essonne.php>.
- GALLOIS A., *Amoindrir le risque de récidive criminelle. – À propos de la loi du 10 mars 2010*, in *La Semaine Juridique, Édition Générale* n° 13, 2010.
- GARÇON É. – PELTIER V., *Droit de la peine*, Paris, 2010.
- GARRAUD J.-P., *Réponses à la dangerosité, Rapport sur la mission parlementaire confiée par le Premier ministre à J.-P. Garraud, octobre 2006*.
- GASSIN R. – CIMAMONTI S. – BONFILS P., *Criminologie*, VII ed., Paris, 2011.
- GIUDICELLI-DELAGE G., *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi*, in *RSC*, 2010, p. 69.
- GRAMATICA F., *La politique de défense sociale devant les aspects nouveaux de la délinquance*, in *RSC*, 1976, p. 629.
- GRAMATICA F., *La notion de «responsabilité» dans le système de défense sociale*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique: recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, vol. II, 1975, p. 109 ss.
- GRAMATICA F., *Principi di difesa sociale*, Padova, 1960.
- GRANGER M., *Existe-t-il un « droit fondamental à la sécurité » ?*, in *Revue de science criminelle*, 2009, p. 273 ss.
- GRISPIGNI F., *Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania ed Austria. Tentativo di una interpretazione sistematica del diritto in formazione*, Milano, 1911.
- GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, I, Padova, 1932.
- HALPÉRIN J.-L., *Ambivalences des doctrines pénales modernes*, in *RSC*, 2010, p. 9 ss.
- HERZOG-EVANS M. – ROUSSEL G., *Droit pénal général*, III ed., Paris, 2011.
- HERZOG-EVANS M., *La première surveillance de sûreté prend fin*, in *AJ Pénal*, 2010, p. 559 s.

HERZOG-EVANS M., *Les textes d'application de la loi rétention de sûreté L'enracinement des nouvelles orientations de l'exécution des peines*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 3098 ss.

HERZOG-EVANS M., *La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des «principes cardinaux» de notre droit*, in *AJ Pénal*, 2008, p.161 ss.

HERZOG-EVANS M., *Prévenir la récidive: les limites de la répression pénale*, in *AJ Pénal*, 2007, p. 357 ss.

HERZOG-EVANS M., *Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005*, in *Recueil Dalloz*, 2006, p. 182 ss.

HERZOG-EVANS, M., *Récidive: surveiller et punir plus plutôt que prévenir et guérir*, in *AJ Pénal*, 2005, p. 305 ss.

JIMENEZ DE ASUA L., *La mesure de sûreté. Sa nature et ses rapports avec la peine (Considérations de droit comparé)*, in *RSC*, 1954, p. 22 ss.

JOHNSON P., *La nascita del moderno (1815-1830)*, Varese, 1994.

JOLIBOIS C., *Doc. Sénat 22 octobre 1997 n° 49*.

LA DÉPÊCHE DU MIDI, *L'affaire Francis Évrard relance le débat sur la récidive sexuelle*, in *ladepeche.fr*, 26 octobre 2009

<http://www.ladepeche.fr/article/2009/10/26/702003-1-affaire-francis-evrard-relance-le-debat-sur-la-recidive-sexuelle.html>.

LAMANDA V., *Amoindrir les risqué de récidive criminelle des condamnés dangereux*, in *Rapport à M. le Président de la République*, 2008

LAMEYRE X., *Du régime pénal spécial appliqué, en France, aux auteurs d'infractions sexuelles*, in *RSC*, 2002, p. 547 ss.

LAMEYRE X., *Infractions sexuelles: régime pénal special applicable après la loi du 9 mars 2004 et avant la loi relative au traitement de la récidive*, in *AJ Pénal*, 2005, p. 192 ss.

LARGUIER J. – CONTE P. – MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, XXI ed., Paris, 2008.

LAVIELLE B., *Surveiller et soigner les agresseurs sexuels : un des défis pose par la loi 17 juin 1998*, in *RSC*, 1999, p. 35 ss.

LAZERGES C., *La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel*, in *RSC*, 2008, p. 731 ss.

- LE GUNEHÉC F., *Suivi socio-judiciaire*, in *Jurisclasseur pénal* 1998, n° 27, *Actualité*, p. 1193 ss.
- LE GUNEHÉC F., *Aperçu rapide sur les dispositions de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 renforçant la prévention et la répression des infractions sexuelles*, in *La Semaine Juridique Edition Générale*, 2008.
- LEVASSEUR G., *L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine*, in *RSC*, 1991, p. 9 ss.
- LIBÉRATION, *Francis Évrard aurait avoué une quarantaine d'agressions sur des enfants*, in *liberation.fr*, 21 août 2007 <http://www.liberation.fr/societe/010119204-francis-evrard-auroit-avoue-une-quarantaine-d-agressions-sur-des-enfants>.
- LISTZ F. VON., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, a cura di A.A. Calvi, Milano, 1962.
- MAGNOL J., *L'avant-projet de révision du code pénal français*, Paris, 1934.
- MANES V. – ZAGREBELSKY V., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011.
- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Milano, 2006.
- MARON A. - HAAS, M., *Surveiller est punir, commentaire 103*, in *Droit Pénal* n°7, 2009.
- MATSOPOULOU H., *Le renouveau des mesures de sûreté*, in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1607 ss.
- MATSOPOULOU H., *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la «dangerosité» et l'inutile dispositif applicable aux maladies mentales. – 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*, in *Droit pénal*, n°4, 2008, étude 5.
- MATSOPOULOU H., *Rétention de sûreté et surveillance de sûreté*, in *Jurisclasseur procédure pénale*, 2008.
- MAYAUD Y., *La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1361 ss.
- MÉTALLINOS N., *Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJAIS)*, in *Jurisclasseur procédure pénale*, 2007.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Le centre socio-médico-judiciaire de sûreté de Fresnes*.

<http://www.justice.gouv.fr/justice-penale-11330/le-centre-socio-medico-judiciaire-de-surete-de-fresnes-23842.html>.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Ouverture du centre socio-médico-judiciaire de Fresnes.

<http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-discours-10093/archives-des-discours-de-2008-10720/ouverture-du-centre-socio-medico-judiciaire-de-fresnes-16204.html>.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Annuaire statistique de la justice. Édition 2006*.

<http://www.justice.gouv.fr/budget-et-statistiques-10054/annuaire-statistiques-de-la-justice-10304/annuaire-statistique-de-la-justice-2006-11862.html>.

MISTRETTA P., *De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénal. – À propos de la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, in *La Semaine Juridique Édition Générale*, 2008.

MUCCHIELLI L., *Criminologie, hygénisme et eugénisme en France (1870 – 1914): débats médicaux sur l'élimination des criminels réputés «incorrigibles»*, in *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2000, n° 33, p. 57 ss.

MUSCO E., *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978.

NÉGRONI A., *Francis Évrard ou «l'impasse» du pédophile récidiviste*, in *Le Figaro.fr*, 26 octobre 2009

<http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2009/10/26/01016-20091026ARTFIG00299-francis-evrard-ou-l-impasse-du-pedophile-recidiviste-.php>

NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006.

NOWAKOWSKI F., *Die Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen*, in *Festschrift für Hellmuth von Weber*, Bonn, 1963.

NUVOLONE P., *La criminalité de Lombroso à nos jours*, in *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*, 1979, p. 739 ss.

PATIN M., *La place des mesures de sûreté dans le droit pénal positif moderne*, in *RSC*, 1948, p. 415 ss.

- PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008.
- PELISSERO M., Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali, in *Dir. pen. cont.*, 2011.
- PELTIER, V. - GARÇON, É., *Un an de droit de la peine- Janvier – Decembre 2009*, in *Droit Pénal*, n° 3, 2010, Chronique 2.
- PERRAULT N., *Demain, tous fiches?*, in *Dedans Dehors, Revue de l'Observatoire international des prisons*, n° 57, sept.-oct. 2006.
- PERRAULT G., *Experts et expertises psychologiques et psychiatriques devant la justice, Les expertises et leurs problématiques*, in *Connexions*, n° 74, 2000, p. 35.
- PIN X., *Droit pénal général*, III ed., Paris, 2009.
- PISANI M., *Commento all'art. 5*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 115 ss.
- PONTI G. – MERZAGORA BETSOS I., *Compendio di criminologia*, V ed., Milano, 2008.
- POTTIER P., *Prévenir la récidive des délinquants sexuels – La pratique du SPIP de la Charente*, in *AJ Pénal*, 2004, p. 62 ss.
- PRADEL J., *Droit pénal général*, XVIII ed., Paris, 2010.
- PRADEL J., *Nature et application dans le temp des mesures créées par la loi 25 février 2008 à l'égard des criminels atteints d'un trouble mental*, in *Recueil Dalloz*, 2010, p. 471 ss.
- PRADEL J., *Droit pénal comparé*, III ed., Paris, 2008.
- PRADEL J., *Une double révolution en droit pénal français avec la loi 25 février 2008 sur les criminels dangereux*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1000 ss.
- PRADEL J., *Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes (commentaire de la loi du 10 août 2007 sur les «peines plancher»)*, in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2247 ss.
- PRADEL J., *Histoire des doctrines pénales*, II ed., Paris, 1991.
- PRINS A., *La défense sociale et les transformations de notre droit pénal*, Bruxelles, 1910.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, III ed., Torino, 2005.
- RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, II ed., Paris, 2006.

- RAYMONDIS L.-M., *Psychiatrie et droit*, RTD civ., 1974.
- REBUT D., *Le retour des mesures de sûreté*, in *Recueil Dalloz*, 1998, p. 494 ss.
- RENNEVILLE M., *La criminologie perdue d'Alexandre Lacassagne (1843 – 1924)*, in *Criminocorpus, revue hypermédia, Dossier n° 1: Histoire de la criminologie. 1. La revue et ses hommes*, 2005, p. 1 ss.
- RENOUX T.S. – DE VILLIERS M., *Code constitutionnel*, Paris, 2004, p. 82.
- ROBERT A.-G., *Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale*, in *RSC*, 2010, p. 929 ss.
- ROBERT J.-H., *Récidive législative. – Commentaire de la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale*, in *Droit Pénal*, n° 5, étude 8, 2010.
- ROBERT J.-H., *La punition selon le Conseil constitutionnel*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 26 (Dossier: La Constitution et le droit pénal)*, août 2009.
- ROBERT J.-H., *Le plancher et le thérapeute. – Commentaire de la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, in *Dr. pén.*, n° 10, 2007, étude 20.
- ROBERT J.-H., *Les murailles de silicium. Commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, in *Jurisclasseur procédure pénale*, 2006.
- ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, VI ed., Paris 2005.
- ROETS D., *De la difficile articulation entre privation de liberté de sûreté et droit à la liberté et à la... sûreté*, in *RSC*, 2010, p. 228 ss.
- ROETS D., *La privation de liberté de sûreté allemande ( Sicherungsverwahrung ) : une "peine" soumise au principe de non-rétroactivité*, in *RSC*, 2010, p. 236 ss.
- ROUJOU DE BOUBÉE G., *Sic et non, À propos de la loi du 25 février 2008*, in *Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Paris, 2009, p. 701 ss.
- SALAS D., *Le délinquant sexuel*, in *La justice et le mal*, Paris, 1997.
- SALEILLES R., *L'individualisation de la peine*, Paris, 1898.
- SALLES A., *La rétention de sûreté est validée, mais encadrée*, in *Le Monde*, 22 février 2008.
- SALVAGE P., *La grande délinquance est-elle une maladie?*, in *Dr. Pén.*, n°2, 2010,

étude 3.

SANCHEZ J., *Identifier, exclure, régénérer. La relégation des récidivistes en Guyane (1885 – 1938)*, in *Le sphère du pénale avec Michel Foucault*, Paris, p. 139 ss.

SCHMELCK R., *La distinction entre la peine et la mesure de sûreté*, in *Mélanges en l'honneur du Maurice Patin*, Paris, 1965, p. 180 ss.

SCHOETTL J-É., *La constitutionnalité du Fichier judiciaire National automatisé des auteurs d'infractions sexuelles*, note sous Conseil constitutionnel, 2 mars 2004, in *Les Petites Affiches*, 2004, p. 9 ss.

SERVICES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Droit pénal et droit constitutionnel*, Janvier 2007 [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/penalconstit.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/penalconstit.pdf).