

QUESITI

FRANCESCO MARCO DE MARTINO

**La (mancata) riforma Orlando in tema
di misure di sicurezza:
non tutti i mali vengono per nuocere**

Con la legge n. 103 del 23 giugno 2017, recante Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario, il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare «nel termine di un anno dalla entrata in vigore della [...] legge, decreti legislativi per la modifica della disciplina [...] delle misure di sicurezza personali». Pur dovendosi riconoscere un meritorio intento riformistico, la delega appare priva dei doverosi principi e del tutto carente nell'enunciazione dei criteri direttivi. In punto di metodo, poi, pur inerendo la riforma un profilo fondamentale dell'intero sistema sanzionatorio, non è dato rinvenirsi alcun confronto con le indicazioni provenienti dalla dottrina intorno ai problemi di fondo delle misure di sicurezza, né tantomeno con le decisioni della Corte costituzionale; tanto da far apparire i criteri direttivi in parte aporetici, in parte costituzionalmente illegittimi e in parte addirittura inutili. Quanto alle R.E.M.S., infine, si pretenderebbe di estenderne l'utilizzo in modo da riproporre la stessa logica manicomiale degli anni '50.

By Law No 103 of 23 June 2017, laying down Amendments to penal code, to criminal procedure code and to penitentiary system, Parliament has delegated the Government to adopt << within one year of the entry into force of [...] Law, legislative decrees to the amendment of security measures scheme>>. Whilst we should recognise a creditable willingness to reform, the delegation seems to be devoid of principles necessary and totally inadequate about the statement of guiding criteria. Furthermore, as regards the method, even though Reform relates to crucial matter of entire penalty system, there's no way to find any reference to the particulars of the doctrine about the underlying problems of security measures, let alone (any mention) to decisions by Constitutional Court; enough to make the guiding criteria look partially illogical, partially unconstitutional and even partly useless. As for R.E.M.S. (Facility for Enforcement of Security Measures), lastly, it would be claimed to extend the scope in such a manner that reintroduce the same logic of Asylums the '50s.

SOMMARIO: 1. Le carenze dei criteri direttivi contenuti nella legge di delega al Governo per la modifica della disciplina delle misure di sicurezza personali detentive - 2. Cenni sui problemi di fondo delle misure di sicurezza nelle prospettive di riforma. - 3. Le r.e.m.s.

1. Le carenze dei criteri direttivi contenuti nella legge di delega al Governo per la modifica della disciplina delle misure di sicurezza personali detentive

La legge n. 103 del 23 giugno 2017, recante Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario e composta da un unico articolo suddiviso in ben 95 commi, è un provvedimento a doppia velocità: da un lato introduce una serie di nuovi articoli nel codice penale e di procedura penale; dall'altro contiene diverse deleghe al Governo, tra cui quella tesa ad adottare «nel termine di un anno dalla entrata in vigore della [...] legge, decreti legislativi per la modifica della disciplina [...] delle misure di sicurezza personali» (art. 1, co. 16).

Il co. 16, lett. c) e d) dell'art. 1 della predetta legge, quanto alle misure di sicu-

rezza personali, detta sei criteri direttivi. 1) «Espressa indicazione del divieto di sottoporre a misure di sicurezza personali per fatti non preveduti dalla legge come reato dalla legge del tempo in cui furono commessi»; 2) «rivisitazione, con riferimento ai soggetti imputabili, del regime del c.d. doppio binario, prevedendo l'applicazione congiunta di pene e misure di sicurezza personali [...] soltanto per i delitti di cui all'art. 407, co. 2, lettera a), del codice di procedura penale e prevedendo comunque la durata massima delle misure di sicurezza personali, l'accertamento periodico della persistenza della pericolosità sociale e la revoca delle misure di sicurezza personali quando la pericolosità sia venuta meno»; 3) «revisione del modello definitorio dell'infermità, mediante la previsione di clausole in grado di attribuire rilevanza, in conformità a consolidate posizioni scientifiche, ai disturbi della personalità»; 4) «previsione, nei casi di non imputabilità al momento del fatto, di misure terapeutiche e di controllo, determinate nel massimo e da applicare tenendo conto della necessità della cura, prevedendo l'accertamento periodico della persistenza della pericolosità sociale e della necessità della cura e la revoca delle misure quando la necessità della cura o la pericolosità sociale siano venute meno»; 5) «previsione, in caso di capacità diminuita, dell'abolizione del sistema del doppio binario e previsione di un trattamento sanzionatorio finalizzato al superamento delle condizioni che hanno diminuito la capacità dell'agente, anche mediante il ricorso a trattamenti terapeutici o riabilitativi e l'accesso a misure alternative, fatte salve le esigenze di prevenzione a tutela della collettività»; 6) «previsione della destinazione alle REMS prioritariamente dei soggetti per i quali sia stato accertato in via definitiva lo stato di infermità al momento della commissione del fatto, da cui derivi il giudizio di pericolosità sociale, nonché dei soggetti per i quali l'infermità di mente sia sopravvenuta durante l'esecuzione della pena, degli imputati sottoposti a misure di sicurezza provvisorie e di tutti coloro per i quali occorra accertare le relative condizioni psichiche, qualora le sezioni degli istituti penitenziari alle quali sono destinati non siano idonee, di fatto, a garantire i trattamenti terapeutico-riabilitativi, con riferimento alle precarie esigenze di trattamento dei soggetti e nel pieno rispetto dell'art. 32 della Costituzione».

Già prima dell'approvazione della legge n. 103 del 2017, pur sottolineando gli «impulsi riformistici» della novella, protesi verso un «potenziamento in senso evolutivo e progressivo di talune discipline nodali del sistema al fine di meglio adeguarle ai principi anche di natura costituzionale», autorevole dottrina¹ non

¹ PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in *Dir. pen. contemp.*, 1, 2016, 52 ss.

ha mancato di rilevarne l'asistematicità, oltre che la presenza «di interpolazioni di carattere molto puntuale e circoscritto» insieme a «programmi di revisione di ben ampio respiro», affidati però al Governo. Come pure, si è posto in luce «un segnale inequivoco [...] che il substrato della volontà politica e del suo grado di omogeneità e consensualità fa premio sull'esigenza tecnica di una soddisfacente ed equilibrata formulazione dei criteri e principi direttivi»². Da altra angolazione, sono stati espressi dubbi sulla possibilità che la riforma possa offrire «un valido antidoto contro vecchie e nuove derive involutive in tema di pericolosità sociale e un realistico percorso di superamento di quest'ultima»³. Altra parte della dottrina ha rilevato l'incertezza dei «criteri fissati dal disegno di legge delega»⁴; come pure, la «mancata indicazione dei presupposti di applicazione delle misure di sicurezza: se ne sollecita (“*particolarmente*”) la revisione, ma non si chiarisce se debba essere mantenuta la pericolosità sociale, nella visione attuale o ridefinita, o se vada sostituita dal bisogno di cura. Lascia perplessi la mancata presa di posizione del legislatore delegante su questo punto oggetto di accesa discussione tra penalisti, criminologi e psichiatri. Forse la ragione di tale lacuna risiede a monte nella scelta di non abbandonare [...] il sistema preventivo a carico dei soggetti imputabili. Optare, infatti, a favore del bisogno di cura, come unico presupposto per l'applicazione delle misure di sicurezza, avrebbe presupposto la scelta di applicare tali misure solo agli autori di reati affetti da infermità»⁵.

A queste condivisibili critiche può essere aggiunta qualche ulteriore considerazione, sia sulle lettere c) e d) dell'art. 1, co. 16, legge n. 103 del 2017, sia su alcuni problemi di metodo. Sul primo versante resta, infatti, da spiegare perché il doppio binario, stando alla citata lett. c), continuerebbe ad essere applicato limitatamente alle ipotesi delittuose elencate dall'art. 407, co. 2, lett. a) del c.p.p.: in quell'elenco - in cui non sono ricompresi i delitti pure gravi come ad es. quelli contro la salute, l'ambiente, la sicurezza nei luoghi di lavoro, i reati economici e finanziari - sono messi sullo stesso piano fatti che hanno una pena minima di venticinque anni di reclusione (art. 630 c.p.) con fatti che ne hanno una di cinque anni (art. 629 c.p.). Volendo conservare il doppio binario, meglio sarebbe stato attribuire al giudice la facoltà di applicare la misura di sicurezza utilizzando come criteri generali la rilevanza dell'interesse offeso e la pena concretamente irrogata: per esempio, rendendo possibile

² PALAZZO, Op. loc. cit.

³ BERTOLINO, *Il crimine della pericolosità sociale: riflessioni da una riforma in corso*, in *Riv. it. med. Leg.*, 2016, 1373.

⁴ PELISSERO, *La politica penale delle interpolazioni*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 1, 2016, 66.

⁵ PELISSERO, Op. loc. cit.

l'applicazione della misura solo se il fatto commesso rientri fra i delitti contro la persona di cui al titolo XII del codice penale e solo se la pena da applicare in concreto non sia inferiore a dieci anni di reclusione.

Quanto alla seconda parte della lett. c), ovvero la previsione di una durata massima delle misure di sicurezza personali, l'accertamento periodico della persistenza della pericolosità e la revoca della misura di sicurezza personale quando la pericolosità sia venuta meno, non si ravvisano elementi di novità rispetto alla legge vigente e, quindi, non può che segnalarsene l'inutilità. Infatti, l'art. 1, co. 1-*quater*, d.l. n. 52 del 2014, convertito in l. 30 maggio 2014 n. 81, ha già stabilito che la durata delle misure di sicurezza detentive non può superare la durata massima della pena detentiva comminata per il reato commesso; l'accertamento periodico della persistenza della pericolosità e la revoca della misura personale, quando la pericolosità sia venuta meno, sono criteri già previsti rispettivamente dagli artt. 208, 206, co. 2, e 207 c.p.⁶.

Inoltre - considerando anche che la riforma incide sul bene fondamentale e costituzionalmente garantito della libertà personale⁷ - in assenza di principi e in presenza di soli criteri direttivi, la relativa legge non potrà che apparire in contrasto⁸ con il dettato costituzionale di cui all'art. 76⁹. Stando alla delega, il Governo, assumendo la «*Leadership*»¹⁰ del processo legislativo, sarà libero di

⁶ Giova ricordare a tal proposito che la Corte cost., n. 110 del 1974, in *www.giurcost.org*, ha avuto ad oggetto proprio il problema della revoca della misura di sicurezza dichiarando costituzionalmente illegittimo il primo comma dell'articolo 207 c.p. «in quanto non consente la revoca della misura di sicurezza prima che sia decorso il tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge».

⁷ GALLO, *La persona umana nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, 432, per il quale la persona umana «non può restare un puro asserto teorico, esaurendosi su un piano di considerazione formale. Deve informare di sé tutto il complesso delle sanzioni criminali, le quali, pur nella necessaria diversità degli scopi tecnici e di modalità, vanno disposte ed applicate senza mai dimenticare che in ogni caso esse si indirizzano ad un uomo [...] ad un titolare di diritti». Nello stesso solco, dalla prospettiva costituzionale, ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 33; da quella penalistica, BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 399. Specificamente in tema di misura di sicurezza psichiatrica v. STELLA, ROMANO, *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente: aspetti penalistici e costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 401 ss.

⁸ BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *La questione criminale*, 1980, p.191 e ss., per il quale l'attribuzione in bianco al potere esecutivo di scelte politico-criminali viola una garanzia implicita nella riserva di legge.

⁹ CERVATI, *Legge di delegazione e legge delegata*, in *Enc. dir.*, XXIII, Roma, 1973, 950, rileva la confusione dei due ordini di limiti nella prassi, dovendosi invece individuare, nei «principi», delle norme programmatiche da svolgere nei decreti legislativi e, nei «criteri direttivi», delle finalità da perseguire e delle modalità idonee a guidare l'attività normativa del Governo. Sul mancato rispetto dei parametri relativi alla determinazione di principi e criteri direttivi v., Corte cost., n. 88 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, 809 ss.; Id., n. 408 del 1998, *ivi*, 1998, 3493 ss.; Id., n. 457 del 1999, *ivi*, 1999, 3906 ss.; Id., n. 329 del 2000, *ivi*, 2000, 2446 ss.

¹⁰ Di recente, autorevole dottrina (FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari - Roma, 2017, 122) ha sottolineato ancora una volta in questo modo di legiferare una causa di indebolimento della *ratio*

scegliere come modificare il sistema delle misure di sicurezza in riferimento al terzo, al quarto, al quinto e al sesto criterio direttivo. Infatti, quanto al terzo criterio, non esistendo già in astratto “consolidate” posizioni scientifiche intorno ai disturbi di personalità¹¹ non può che risultare oscuro quali siano i disturbi di personalità oggetto di «consolidate posizioni scientifiche». Quanto al quarto e al quinto criterio, in riferimento alle ipotesi che conducono alla revoca della misura di sicurezza, non è stato stabilito se debba prevalere l’esigenza di cura o quella di tutela della collettività. Ancora, quanto al sesto criterio, inviare nelle R.E.M.S. «tutti coloro per i quali occorra accertare le relative condizioni psichiche», senza stabilire in quali casi occorra svolgere questo accertamento, pone ancora una volta in capo al Governo la “scelta” sul come e quando privare una persona della libertà. Inoltre, in mancanza di una affidabile determinazione dei criteri direttivi, e al fine di guidare la mano dei tecnici del ministero, sarebbe stato viepiù importante fissare con legge, in maniera chiara, almeno i principi ispiratori della riforma; mentre la legge di delega si limita ad enunciare i criteri direttivi, dimenticando del tutto di indicare i principi.

Quanto al metodo, prima di porre mano alla modifica di un aspetto fondamentale del nostro sistema sanzionatorio, bisognava interrogarsi, tenendo conto delle indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale¹², sulla vera o

democratica della riserva di legge in materia penale.

¹¹ FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 1997, 156 avverte che, peraltro, i disturbi di personalità non sono tutti riconducibili alla persona, ma sono “circolari” o “multifattoriali”, cioè derivano da caratteristiche dell’ambiente familiare e sociale ecc.; e che pertanto, una eventuale misura di sicurezza dovrebbe intervenire sul contesto di riferimento e non sulla persona, salvo che si intenda strumentalizzare quest’ultima per finalità di politica criminale.

¹² Cfr. Corte cost., n. 313 del 1990, in www.cortecostituzionale.it, per la quale «In verità, incidendo la pena sui diritti di chi vi è sottoposto, non può negarsi che, indipendentemente da una considerazione retributiva, essa abbia necessariamente anche caratteri in qualche misura afflittivi. Così come è vero che alla sua natura ineriscano caratteri di difesa sociale, e anche di prevenzione generale per quella certa intimidazione che esercita sul calcolo utilitaristico di colui che delinque. Ma, per una parte (afflittività, retributività), si tratta di profili che riflettono quelle condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale. Per altra parte, poi (reintegrazione, intimidazione, difesa sociale), si tratta bensì di valori che hanno un fondamento costituzionale, ma non tale da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell’istituto della pena. Se la finalizzazione venisse orientata verso quei diversi caratteri, anziché al principio rieducativo, si correrebbe il rischio di strumentalizzare l’individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo attraverso l’esemplarità della sanzione». In dottrina MOCCIA, *Il diritto penale fra essere e valore*, Napoli, 1992, 19, 20, 37, 83 ss., 103 ss., particolarmente 115 ss.; VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, *passim*; STILE, *Prospettive di riforma della commisurazione della pena*, in *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi e prospettive*, Milano, 1993, 317.

soltanto presunta¹³ autonomia funzionale della misura di sicurezza rispetto alla pena¹⁴; e prima ancora, essendo l'essere umano soggetto e non più oggetto, sulla ragionevolezza della conservazione del doppio binario¹⁵ nella riforma del codice Rocco¹⁶ come in altri ordinamenti¹⁷. La risposta poteva essere fornita percorrendo due possibili strade. La prima, sarebbe stata quella di limitarsi a rivisitare – in una prospettiva costituzionale – il sistema sanzionatorio delineato dal codice Rocco, attraverso fondamentali decisioni della Corte costituzionale in tema di finalità della pena, come ad es. la nota sent. n. 313 del 1990, che impone quella di prevenzione speciale positiva, demolendo l'attuale presunto spartiacque del binomio pena/misura, e la sentenza n. 253 del 2003¹⁸, secondo cui le esigenze di tutela della collettività, tanto care al codice Rocco,

¹³ Vale la pena ricordare che secondo Corte cost., n. 68 del 1967, in *Sentenze e ord. Corte cost.*, 1967, 298, la funzione rieducativa sarebbe radicata nella stessa natura delle misure di sicurezza. In realtà, poco dopo, la Corte costituzionale, con due sentenze, la n. 69 del 1970 in *Giur. cost.*, 1970, 1147 e la n. 167 del 1972 in *Giur. cost.*, 1972, 2070, ha precisato che «le misure di sicurezza si differenziano ontologicamente dalle pene per la diversità della natura e delle finalità: esecutive e precauzionali le prime, rieducative e retributive le seconde». In tale affermazione autorevole dottrina (BRICOLA, *II II e III comma dell'art. 25*, in *Commentario della Costituzione*, Art. 24-26, a cura di G. Branca, Bologna, Roma, 1981, 302) ha giustamente colto il segnale di una perdita di interesse della Corte per la tesi espressa due anni prima circa la natura *ex se* rieducativa delle misure di sicurezza.

¹⁴ Già ampiamente messa in discussione, per la figura degli imputabili pericolosi, da MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva: profili storici e costituzionali*, Milano, 1978, 180 ss., 275 ss., 280 ss., 285 ss. Per Alf. ROCCO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*. Volume V. *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del guardasigilli on. Alfredo rocco*, Parte I, *Relazione sul libro primo del progetto*, Roma, 1929, 246 «scopo della misura è quello non di infliggere un male per un reato, ma di impedire nuove manifestazioni di attività criminosa, eliminando tendenze e abitudini delittuose per dar luogo a sane e oneste consuetudini di vita, la differenza (*con la pena*) si manifesta negli scopi diversi». Risulta, allora, evidente che a seguito della entrata in vigore della Costituzione, che all'art. 27, co. 3 assegna questo scopo già alla pena, non si riesce a trovare autonomia funzionale alla prima, salvo volerle assegnare illegittimi profili di prevenzione speciale negativa.

¹⁵ Su questi temi v. già NUVOLONE, *Il problema dell'unificazione della pena e delle misure di sicurezza*, in *Riv. pen.*, 1954, I, 126. Successivamente la crisi del doppio binario si è resa manifesta, secondo la dottrina (BRICOLA, *Fungibilità della carcerazione preventiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 830, 836 e soprattutto 857) anche per le 'aperture' della giurisprudenza alla fungibilità fra misure di sicurezza e pene.

¹⁶ Nel solco di una risalente impostazione (v. nota che precede) trasfusa anche in un disegno di legge teso ad abolire la non imputabilità del malato di mente (Senato della Repubblica, IX Legislatura, DDL 29 settembre 1983, n. 177, Grossi ed altri), di recente, nuovamente FIANDACA, *Prima lezione*, cit., 177; e Id., *Scienze e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *Pensare la complessità. Itinerari interdisciplinari*, a cura di S. Costantino e C. Rinaldi, Palermo, 2004, 187 ss.

¹⁷ Cfr. per l'ordinamento tedesco specialmente LEKSCHAS, *Neue Wege in der Strafrechtsreform? Bemerkungen zum Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, Allgemeiner Teil*, in *Neue Justiz*, 1967, 287; sul punto v. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale. L'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica federale tedesca*, Napoli, 1984, 129 nota 1.

¹⁸ In *Raccolta ufficiale delle sentenze e ordinanze della Corte costituzionale*, vol. CXXXIX, Tomo III, Roma, 2003, 157.

non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente, e pertanto ove in concreto la misura coercitiva del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario si rivelasse tale da arrecare presumibilmente un danno alla salute psichica dell'infermo, non la si potrebbe considerare giustificata nemmeno in nome di tali esigenze. La seconda strada, finalmente di pregio, consisterebbe invece nello spezzare i nessi con il codice Rocco e nel valorizzare la forza innovatrice delle norme costituzionali in materia penale¹⁹, disegnando un nuovo sistema sanzionatorio, pluralista e personalistico, lontano dal precedente, di ispirazione e foggia illiberale.

Non si è percorsa alcuna delle alternative delineate. Non di certo la seconda, che avrebbe presupposto anzitutto e necessariamente un coinvolgimento della dottrina, dell'avvocatura e della magistratura²⁰, successivamente la elaborazione e circolazione di un progetto preliminare da sottoporre ad ampia critica, e di seguito, all'esito delle modifiche apportate al testo come conseguenza delle varie indicazioni e osservazioni, l'elaborazione di un progetto definitivo oggetto di discussione e approvazione finale in Parlamento. Ma neppure la prima strada, a ben guardare, è stata percorsa, essendocisi occupati solo nel titolo della delega della «modifica della disciplina [...] delle misure di sicurezza», dimenticando però di elaborarne solidi e innovativi criteri sulla base di chiari principi ispiratori. In buona sostanza, si è ritenuto di poter intervenire su un temibile strumento di compressione della libertà personale²¹ senza prima stabilire quale debba essere il vincolo teleologico complessivo del modello di riforma prescelto²².

Peraltro, l'assenza di una scelta metodologica di ispirazione costituzionale non può che perpetuare i vizi dell'indirizzo c.d. tecnico giuridico²³. Invero,

¹⁹ Secondo lucida e non smentita dimostrazione della dottrina, BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 22; ID., *II e II comma dell'art. 25*, cit., 227, ove l'Autore pone particolarmente in luce la necessità di valorizzare i nessi che intercorrono fra le norme costituzionali, piuttosto che procedere in letture atomistiche e frazionate, con la conseguenza di neutralizzare la carica innovativa delle stesse.

²⁰ La pur meritoria attività del Comitato di esperti per predisporre le linee di azione degli "Stati generali sull'esecuzione penale" istituito con d.m. 8 maggio 2015 e d.m. 9 giugno 2015, avendo al suo interno due processualisti, un criminologo, un costituzionalista e alcuni rappresentanti di associazioni di volontariato, non ha consentito alla dottrina penalistica di confrontarsi in modo ampio e approfondito sui lavori. Quanto poi al precipuo "Tavolo 11" in tema di misure di sicurezza, presieduto da un giudice, non vi è stata la partecipazione di professori universitari.

²¹ Basti richiamare i tradizionali dubbi della dottrina sulla inconsistenza del presupposto applicativo della pericolosità sociale, sulla indeterminatezza della durata e sull'assenza di proporzione fra la misura e il fatto di reato commesso.

²² MOCCIA, *Il diritto penale fra essere e valore*, cit., specialmente 26 ss.

²³ Art. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. di dir. e proc. pen.*, I, 1910, spec. 521: ove «Questo è principalmente, se non esclusivamente, il compito e la funzione della

pare difficile mettere in dubbio che mere esigenze di difesa sociale²⁴ abbiano continuato a soppiantare bellamente considerazioni di coerenza metodologica e assiologica; generando inefficienza del sistema e ulteriori patologie nelle decisioni giudiziarie²⁵. Il sistema delle misure di sicurezza continuerà ad apparire irragionevole per la semplice ragione che il potere discrezionale del giudice penale, in assenza di scelte di politica criminale prefissate dal legislatore, allargherà la frattura nel principio di legalità²⁶. Si è infatti da tempo autorevolmente dimostrato che con il principio di legalità è compatibile la discrezionalità del giudice penale, a condizione che questi *prosegu*a «l'opera del legislatore»²⁷.

È questa la ragione fondamentale per cui le scelte di politica criminale, stante la divisione dei poteri disciplinata dalla Costituzione, non possono essere delegate alla politica penale giudiziaria²⁸. D'altro canto, bisogna chiedersi come

scienza del diritto penale: l'elaborazione tecnico-giuridica del diritto penale positivo e vigente, la conoscenza scientifica, e non semplicemente empirica, del sistema del diritto penale quale è, in forza delle leggi che ci governano».

²⁴ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, VII, Bologna, 2014, 861, dopo aver messo in luce le contraddizioni teoriche insite nella disciplina codicistica delle misure di sicurezza - che per quanto concerne gli imputabili vedrebbe l'uomo come essere "diviso in due parti", da un lato libero e responsabile, dall'altro determinato e pericoloso - e l'incerta linea di demarcazione dei criteri di cui all'art. 133 c.p., sottesi indistintamente all'applicazione della pena e della misura di sicurezza, nonché la mistificazione della diversità circa la modalità di esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza, nella realtà aventi il medesimo contenuto afflittivo, pongono in risalto «l'intento originario del legislatore [...] di riformare il sistema penale in conformità alle tendenze politico-criminali dell'epoca, favorevoli al potenziamento della *difesa sociale*», 861.

²⁵ Per BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1960, 298; Id., *Fungibilità della carcerazione preventiva con la misura di sicurezza detentiva: sintomo di una progressiva crisi del sistema dualistico?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 852: «L'infiltrazione di elementi di marca retributiva nella fattispecie di cui all'art. 222 c.p. è dovuta alla circostanza che la misura vien fatta dipendere più dalla gravità del reato che non dall'entità nosologica e tipologica dell'infermità».

²⁶ Cfr. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 124 per il quale «la rivalutazione del principio di determinatezza/tassatività, e più in generale del principio di legalità, può avvenire ad una sola condizione, e cioè con il contestuale recupero dei principi di frammentarietà, sussidiarietà, materialità, offensività, da una parte, e, dall'altra, del principio di personalità della responsabilità penale. [...] Ciò significa che il legislatore, a prescindere da qualsiasi ordine di considerazioni, anche a fronte di aggressioni ritenute di estrema gravità, sarà obbligato al rispetto dei principi di legalità, determinatezza e tassatività (art. 25, co. 2, 13 e 27, co. 1, Cost.), di proporzione e ragionevolezza (art. 3 Cost.), di materialità (art. 19 e 25, co. 2, Cost.), di offensività (art. 13, 25 co.2 e 3, 27 co.3 Cost.), di personalità della responsabilità penale (art. 27 co.1 Cost.), di integrazione sociale della sanzione criminale (artt. 27, co. 3 e 1, 3 co.2, 4 e 34 Cost.)». Nonché, *ivi*, 125 e 126 «questo tipo di considerazioni ormai scontate nella loro ovvietà, non sembrano affatto appartenere al bagaglio culturale e politico del legislatore, non solo penale».

²⁷ STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi urb.*, 1977-78, 300.

²⁸ Il legislatore, piuttosto che mettere mano ad una rielaborazione del sistema penale intervenendo quanto meno sugli artt. 85, 203 e 133 c.p., attuando i principi costituzionali messi in luce dalla dottrina - fra gli altri, in modo specifico sulla misura di sicurezza detentiva, MUSCO, *La misura di sicurezza de-*

possa conciliarsi il principio delineato dalla decisione della Corte costituzionale nella sent. n. 253/2003 – laddove si è stabilito che le esigenze di cura debbano prevalere su quelle di sicurezza²⁹ – con la legge di delega al Governo, che, all’esatto contrario, stabilisce che la misura di sicurezza vada revocata quando «la necessità della cura o la pericolosità sociale siano venute meno»³⁰; con ciò implicitamente stabilendo che la misura di sicurezza non è revocata a carico di chi necessita di cura, fin quando persiste la pericolosità sociale, indipendentemente dal danno per la salute che la sottoposizione alla misura detentiva comporta.

Ancora, una volta che si è deciso di lasciare intatto il “peso” del presupposto applicativo soggettivo delle misure – la pericolosità sociale – e contemporaneamente si è inteso porre per legge un limite massimo all’internamento, riesce ancor più difficile rinvenire, dal punto di vista teorico, la razionalità complessiva del sistema. Infatti, dato il presupposto applicativo soggettivo e deterministico della pericolosità sociale e data l’importanza che essa continuerà a svolgere ai fini dell’applicazione della misura (peraltro derivante da una relazione di tipo funzionale con la stessa³¹), risulta veramente non coerente la cessazione di quest’ultima con il persistere del detto presupposto. Peraltro, ben potrebbero verificarsi nella pratica dei casi in cui la pericolosità dell’internato peggiori dopo anni di internamento passivo³², cosicché sia rinvenibile anche allo scadere del limite massimo di durata della misura³³. In tali ipotesi la legge, che stabilisce la cessazione automatica della sanzione, risulter-

tentiva, cit., 165 e ss. – ha di fatto conservato in capo al giudice penale una larghissima area di discrezionalità, delegando alla magistratura quelle scelte di politica criminale che si è rivelato incapace di compiere. Sul tema si tornerà di qui a poco.

²⁹ Cfr., Corte cost., n.354 del 2003 cit.

³⁰ Cfr., co. 16 lett. c), cit.

³¹ Ben consapevole ne era Alf. ROCCO, *Lavori preparatori*, cit. 246, per il quale «a differenza [...] di quanto avviene per le pene, manca ogni proporzione tra il fatto penalmente illecito e la misura di sicurezza, che non è reazione di giustizia, ma azione di difesa contro il pericolo della commissione di nuovi reati, la quale, trovando la sua base nella pericolosità sociale, opera, conseguentemente, finché tale pericolosità perduri».

³² Non è necessario andare a ricordare l’orrore della *Relazione sulle condizioni di vita e cura all’interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, Commissione 20 luglio 2011, XVI, Legislatura, Doc. XXII-bis, n.4, 12-13, in www.senato.it e delle immagini provenienti dal video prodotto dalla *Commissione di inchiesta sull’efficacia e l’efficienza del servizio sanitario nazionale*, in *Senato Web tv*, per mettere in adeguato conto che il più delle volte le persone internate nei predetti luoghi sono state contemporaneamente vittime, quanto meno, dei reati di abbandono di incapace di cui all’art. 591 c.p., di rifiuto di atti di ufficio di cui all’art. 328, co. 1, c.p. (per ragioni di giustizia, igiene e sanità) e di lesioni colpose di cui all’art. 590 c.p., se non addirittura di veri e propri internamenti illegali. Su quest’ultimo punto, cfr. gli esiti di una indagine condotta nei sei ospedali psichiatrici giudiziari italiani, in DE MARTINO, *O.p.g.: per una nuova via*, in *Critica del diritto*, 2014, 134.

³³ In tema, di recente, Corte cost., n. 22 del 2017, in www.cortecostituzionale.it.

rebbe, nell'attuale assetto, teoricamente aporetica perché l'internato, che 'in tesi' non ha cessato di essere pericoloso (quindi nella persistenza del presupposto applicativo più rilevante), vedrebbe *sic et simpliciter* la revoca della misura di sicurezza; peraltro senza che nessuno si interroghi sui motivi del fallito trattamento e sulla responsabilità di chi lo governa, profilo quest'ultimo non di certo complessivamente secondario rispetto all'esperienza italiana degli internamenti in ospedale psichiatrico giudiziario.

Altro sarebbe stato – al di là delle “etichette” – porre al centro della riforma chiari indirizzi generali di politica criminale «i quali, da un lato possono essere scientificamente fondati solo sulla base delle conoscenze sperimentali sulle cause e sulle caratteristiche del fenomeno criminale, nonché sugli effetti della legislazione vigente; e, dall'altro, non possono in alcun modo essere ignorati nella interpretazione del sistema normativo del diritto penale»³⁴, validi per l'imputabile come per il non imputabile (ammesso e non concesso che abbia ancora senso questa distinzione). Date le premesse incerte da cui è partito il legislatore, se la riforma fosse arrivata a destinazione, sarebbe continuata la proliferazione di procedimenti applicativi di misure di sicurezza, anche in sede provvisoria di cui all'art. 206 c.p.³⁵, con esiti processuali i più disparati.

2. Cenni sui problemi di fondo delle misure di sicurezza in prospettiva di riforma

Non soltanto le pene, ma anche le misure di sicurezza sono «un'arma a doppio taglio»³⁶, anzi, sotto il profilo del *vulnus* alle garanzie costituzionali, sono la più tagliente delle armi³⁷. Giunte dallo stato autoritario fin nella democrazia costituzionale³⁸, inalterate nei loro principii di fondo³⁹ e tese, in un'ottica di

³⁴ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale, parte generale*, V ed., Torino, 2016, 12.

³⁵ DE MARTINO, *Contributo al dibattito sulle misure di sicurezza detentive. I problemi legati all'applicazione provvisoria*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di Cavaliere, Longobardo, Masarone, Schiaffo, Sessa, Napoli, 2017, 575.

³⁶ Secondo la felice espressione di F. von LISZT, *La teoria dello scopo*, cit., 46.

³⁷ Ben consapevole ne era Alf. ROCCO, *Lavori preparatori*, cit. p.264 laddove, in un'ottica di potenziamento della difesa sociale, ad es., affermava che «la casa di custodia è ben più efficace della esecuzione della pena».

³⁸ FIANDACA, *Il terzo comma dell'art. 27*, in *Commentario della Costituzione*, art. 27-28, Bologna, 1991, 223, per il quale «il problema della *legittimazione* dello strumento punitivo si fa più acuto proprio all'interno degli ordinamenti ispirati all'ideologia liberal-democratica, stante il ruolo preminente che vi assume il bene della libertà personale». BETTIOL, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, I, Roma, 1970, 899 per il quale, data la «grande importanza di queste misure, dato il loro incidere sulla libertà personale, [...] è bene fissare anche per esse il principio di legalità, [...] in modo che anche per queste misure si possa avere il presidio della legge scritta sull'arbitrio del giudice o delle altre autorità statali che possano privare il cittadino della libertà individuale».

prevenzione speciale negativa, alla neutralizzazione della personalità antisociale, le misure di sicurezza, nella forma che assumono nel codice Rocco, anche per il loro essere state una variante solo nominalistica della pena, andrebbero senza dubbio relegate in soffitta, insieme al loro retaggio (pseudo) culturale⁴⁰: esse, in quanto strumento repressivo rivolto al preteso potenziamento della difesa sociale, si orientano in senso opposto alla cultura liberale e a quella solidaristica la cui felice sintesi, come è stato autorevolmente sottolineato⁴¹, si rinviene invece nell'attuale assetto costituzionale. Per di più, le aporie sistematiche e le incertezze poste dal sistema delle misure di sicurezza - intrecciate problematicamente con diversi ambiti del sapere, da quello filosofico-giuridico⁴² a quello psichiatrico-forense⁴³, oltre che fortemente politicizzate⁴⁴, e

³⁹ Cfr., Alf. ROCCO, *Lavori preparatori*, cit., 245, per il quale «distinte dai semplici provvedimenti di polizia, i quali non sono connessi necessariamente al reato, e da altri mezzi amministrativi di prevenzione della criminalità diretti a combattere le cause generali della delinquenza, le misure di sicurezza non si confondono con le pene e tanto meno si sostituiscono ad esse, ed hanno, di regola, fini socialmente eliminativi, o curativi e terapeutici, o educativi e correttivi».

⁴⁰ Alf. ROCCO, *Lavori preparatori*, cit., 246, evidentemente riteneva che alcune persone fossero addirittura prive di umanità, al punto che affermava «Talora il risultato afflittivo della misura di sicurezza può non essere neppure avvertito da chi vi è sottoposto, come spesso avviene per gli infermi totali di mente»; e diversamente non poteva essere, atteso che, come lucidamente osservato da SBRICCOLI, *Il problema penale*, in *Storia del diritto penale e della giustizia, Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Tomo I, Milano, 2009, 691 «Il totalitarismo, lo Stato-persona e la sacralità della nazione, l'intolleranza verso le opposizioni, il maschilismo, l'idea fascista della famiglia, la religione di Stato, l'economia corporativa, l'ossessione per la purezza della stirpe trovarono la loro copertura penale in diversi titoli introdotti nel Codice, in omaggio al principio secondo cui il fascismo, "che non è agnostico e imbecille come lo stato liberale", impone con la forza, primo attributo dello Stato, la sua morale, la sua religione, la sua missione politica nel mondo, la sua funzione di giustizia sociale e infine il suo compito economico».

⁴¹ MOCCIA, *Il diritto penale fra essere e valore*, cit., 28 e 29, *ivi* nota 34.

⁴² La pena presuppone la libertà del volere, mentre la misura costituisce la reazione statale ad una pretesa tendenza deterministica a delinquere, tale da supporre nell'essere umano una compresenza di due persone (una libera e responsabile, l'altra determinata e pericolosa); in questi termini, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., 735; nello stesso senso (criticamente), NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana nell'esecuzione della pena*, in *Iustitia*, 1956, ora in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, 296.

⁴³ Appare doveroso segnalare la divergenza totale fra il mondo scientifico (U. FORNARI - R. ROSSO, *Disturbi di personalità e imputabilità*, in *Riv. sper. Freniatria*, 1988, p.1277 ss.), che è orientato a negare valore al D.S.M. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* - considerato inadatto ad affrontare le tematiche dell'imputabilità e della responsabilità, in quanto avente come scopo la mera codificazione delle condotte degli esseri umani in raggruppamenti numerici rappresentativi di categorie psichiatriche-, e la giustizia penale, che a quello attingerebbe (Cass., Sez. un., 08 marzo 2005) secondo cui, viceversa, «i "disturbi della personalità" possono costituire causa idonea ad escludere o grandemente scemare, in via autonoma e specifica, la capacità di intendere e di volere del soggetto agente ai fini degli articoli 88 e 89 c.p.».

⁴⁴ Alf. ROCCO, *Lavori preparatori*, cit. 14: «Pensare che soltanto l'Italia possa estraniarsi da tale grandioso e universale movimento, e irrigidirsi in una posizione di astensionismo legislativo, significherebbe eludere le aspirazioni della generalità dei giuristi italiani, tenere ferma la legislazione in uno stadio arretrato, mettere il legislatore contro la scienza».

discutibili rispetto al principio di legalità (quanto meno nei corollari della tassatività, della determinatezza⁴⁵ e della irretroattività), all'imputabilità (per la disputa sul libero o servo arbitrio, oltre che sui criteri di accertamento della capacità di intendere e di volere) e al sistema sanzionatorio⁴⁶ (misure a tempo indeterminato, senza autonomia funzionale) - appaiono veramente numerosissime, tanto da poter essere appena accennate in questa sede. Basti considerare che, pur essendo accorpate in un unico gruppo di norme in ragione dei loro comuni presupposti applicativi di cui all'art.202 c.p., sono molto diverse le contraddizioni che le misure di sicurezza innescano in riferimento alla loro applicazione in 'aggiunta' alla pena, per l'imputabile o il semimputabile pericoloso, rispetto a quelle, pure numerose, che riguardano la loro applicazione in 'sostituzione' della pena per il non imputabile pericoloso, nonché infine, la loro applicazione "provvisoria".

In riferimento alle ipotesi di applicazione della misura in aggiunta alla pena, la migliore dottrina, in un solco già autorevolmente tracciato⁴⁷, ne ha ribadito i limiti rispetto ai sistemi penali che assegnano una funzione di prevenzione speciale già alla pena, asserendo che «il doppio binario di pene e misure di sicurezza viene reso problematico dalla pena di scopo»⁴⁸; l'ordinamento italiano, a partire dal 1948, si è andato emancipando dalla concezione retributiva della pena⁴⁹, presente nel sistema delineato dal codice Rocco, ancorandosi all'art. 27, co. 3, della Costituzione⁵⁰. Condivisibilmente, si è affermato che «se

⁴⁵ Criticano il dato per cui gli elementi elencati dall'art. 133 c.p., da cui si trae il convincimento in ordine alla pericolosità sociale del reo, siano gli stessi che si utilizzano per la quantificazione della pena, DE MARSICO, *Diritto penale, Parte generale*, Napoli, 1935, 595 e DELITALA, *Criteri direttivi del nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1933, ora in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 225; cfr. sul punto FIANDACA, MUSCO, *Op. loc. cit.*

⁴⁶ Sotto il profilo della effettività della sanzione, si critica duramente la identità di contenuto (afflittivo) fra pena e misura di sicurezza a fronte della diversità di obiettivi teoricamente perseguiti, cfr. ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1933, ora in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p.225; confronta in proposito FIANDACA, MUSCO, *Op. loc. cit.*

⁴⁷ F. von LISZT, *Die Forderungen der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs*, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, II. Band*, Berlin, 1905, 122, su cui si tornerà di qui a poco.

⁴⁸ ROXIN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, in *ZStW*, 1969, 613.

⁴⁹ Cfr. di recente, PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 368.

⁵⁰ Il predetto rilievo, nella dottrina italiana, è stato messo in luce da MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, cit., 272 e 273 per il quale «è priva di giustificazione l'applicazione di una misura di sicurezza che è di fatto una forma speciale di pena ed è parimenti privo di giustificazione un sistema che si risolve nell'assegnare alla misura di sicurezza una funzione di pena straordinaria, da aggiungersi alla pena *tout court*, perché la identità di contenuto afflittivo e rieducativo ne rende illegittima l'applicazione congiunta».

la pena non persegue principalmente la compensazione della colpevolezza in chiave di retribuzione, ma piuttosto ha per scopo esclusivamente la prevenzione, tale criterio non può in alcun caso essere utile per distinguerla dalle misure di sicurezza che perseguono gli stessi scopi»⁵¹. D'altra parte, appare veramente difficile negare valore a questa considerazione soprattutto se si considera che essa, com'è noto, affonda le sue radici nell'idea di scopo del diritto penale⁵² (di protezione di quegli interessi che siano stati elevati a beni giuridici⁵³) che, come è stato felicemente osservato, ne determina giustificazione, criterio di misura e limite⁵⁴. Resta il fatto che, secondo autorevole dottrina⁵⁵, la vera differenza fra le due sanzioni risiede nello sganciamento della misura di sicurezza dalla colpevolezza e quindi nella sproporzione della sanzione rispetto al fatto. Questo tema, com'è noto, conduce verso uno dei problemi centrali delle misure di sicurezza che nel loro essere agganciate alla pericolosità sociale, travalicano - in un diritto penale del fatto vincolato ai principi di materialità ed offensività - i limiti di cui all'art. 3 Cost., generando la indeterminatezza della durata massima, o comunque un *surplus* di pena, in una logica di spiccata prevenzione speciale negativa. Questa è la ragione fondamentale per cui, solo ed esclusivamente in un impianto illiberale, risulta coerente che la sanzione massima perduri finché persista la pericolosità. Nel codice Rocco, l'art. 202, co. 1, c.p., stabilisce che anche la commissione di un unico fatto di reato o *ex art.* 202, co. 2, c.p., persino non preveduto dalla legge come reato (come nel caso del reato c.d. impossibile di cui all'art. 49 co. 2, o dell'accordo criminoso non eseguito *ex art.* 115 c.p.), in presenza della pericolosità sociale, possa determinare l'applicazione della misura di sicurezza. E lo stesso Alfredo Rocco non ne fa mistero: «è sufficiente, per l'applicazione delle misure di sicurezza, la pericolosità sociale delle persone che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato, o, eccezionalmente, fatti non costituenti reato ma denotanti sicuro indizio di pericolosità criminale» perché «bisogna avere riguardo all'indole del fatto»⁵⁶. Le misure di sicurezza necessitano di una ferma condanna e di una totale abolizione, come atto di riparazione della democrazia. Se nell'attuale assetto costituzionale (art. 27, co. 3) non si può rinunciare ad una concezione della pena ancorata alla prevenzione speciale positiva ed agganciata all'art. 3 Cost.,

⁵¹ ROXIN, *Op. cit.*, 613.

⁵² von LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, tr. it., Milano, 1962, 10 e 11.

⁵³ CALVI, in *Introduzione* a F. von LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., XI.

⁵⁴ CALVI, in *Introduzione*, cit., XI.

⁵⁵ ROXIN, *Op. cit.*, 614.

⁵⁶ Alf. ROCCO, *Lavori preparatori*, cit., 253.

nemmeno si può negare che la misura di sicurezza ancora oggi assecondi esigenze teoriche di prevenzione speciale negativa, oltre che assetti effettivi di forte intimidazione e dunque di prevenzione generale negativa.

In una prospettiva costituzionalmente orientata occorre, invece, porre al centro degli scopi del diritto penale e quindi del sistema sanzionatorio la protezione di beni giuridici nel rispetto della funzione di prevenzione speciale positiva delineata dall'art. 27, co. 3, Cost. In tale prospettiva, si dovrebbero finalizzare tutte le sanzioni, facendo in modo da contenere già al loro interno tempi e modalità per fronteggiare la pericolosità. Ciò non soltanto darebbe un criterio ragionevole di limite massimo della sanzione per l'imputabile (raggiunto il quale far cessare la restrizione); bensì, per il non imputabile, avrebbe come conseguenza che già nella fase genetica il giudice avrebbe indicazioni chiare circa la "scelta" fra l'internamento o l'applicazione di altre misure personali meno afflittive, il tipo di trattamento ecc. In tal modo, considerando prevalente non il profilo soggettivo e inaffidabile³⁷ della pericolosità sociale, ma aspetti oggettivi e concreti come la recidiva, o il livello di rilevanza del bene giuridico offeso (o di cui si teme concretamente l'offesa), messi a confronto con quello su cui incide la sanzione penale (artt. 2 e 13 Cost.), non solo vi sarebbe un coefficiente chiaro cui affidare le esigenze derivanti dall'art. 3 Cost. circa i termini massimi di restrizione, ma soprattutto, tutte le pene e le misure di sicurezza risulterebbero selezionate *ab origine* attraverso parametri affidabili e volti alla risocializzazione. I profili relativi alla peculiarità della personalità dell'imputabile, e tutti i profili soggettivi, andrebbero così assorbiti nella pena orientata alla prevenzione (art. 27, co. 3, Cost.) che assorbirebbe anche la sanzione per il non imputabile, e rileverebbero in chiave di differenziazione esclusivamente nel trattamento.

Per il non imputabile, poi, si è sottolineata l'esigenza che, per assolvere i compiti «costituzionalmente propri, la misura di sicurezza deve essere – per elementari ragioni di garanzia liberale – sempre determinata nel tempo: il suo massimo di durata deve essere predeterminato e non già affidato al momento in cui si chiude con successo il trattamento. Questo esito positivo può e deve essere preso in considerazione per diminuire semmai la durata della misura; se alla scadenza della durata non si è ancora ottenuto un risultato positivo, si provvederà al trattamento in forme e modi diversi ma all'interno della società, realizzando appieno il principio di solidarietà sociale, che non può certo

³⁷ Già da tempo, in altro progetto di riforma, considerato «Anacronistico (...) indeterminato e indeterminabile», cfr. MANNA, *Imputabilità, pericolosità e misure di sicurezza: verso quale riforma?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1326.

esaurirsi nel ricorso a strumenti privativi della libertà personale»⁵⁸.

La riforma prevista dalla legge n. 103 del 2017, stando ai criteri direttivi elaborati, e fatto salvo il tema della indeterminatezza della durata della misura di sicurezza, non pare farsi carico delle numerose aporie culturali, costituzionali e sistematiche, rilevate dalla dottrina.

3. Le r.e.m.s.

Successivamente all'entrata in vigore della legge n. 81 del 2014, fatta salva la chiusura degli o.p.g., non è accaduto quanto doveva. L'obiettivo del legislatore di ribaltare definitivamente la logica manicomiale mediante l'impiego dell'internamento solo come *extrema ratio*⁵⁹ non è stato raggiunto. Anzi, a causa dell'utilizzo di questo come *prima ratio*, si è arrivati al punto che alcune centinaia di persone sono in "lista di attesa" per l'ingresso nelle r.e.m.s.⁶⁰. E come se ciò non bastasse, il doveroso potenziamento delle strutture sanitarie sui territori - che pure avrebbe dovuto seguire alla riforma, attesa la necessità dell'avvio delle cure e dei progetti terapeutici individuali di tutti i ricoverati - non soltanto non si è avverato, ma addirittura, si è assistito ad una notevole riduzione delle risorse. In questo quadro così preoccupante, si inseriscono le innovazioni che il legislatore intendeva introdurre attraverso il disegno di legge 2067⁶¹, divenuto infine legge n. 103 del 2017⁶². Il Capo II, all'art.7 stabilisce: «revisione del rigido modello definitorio dell'infermità, mediante la previsione di clausole aperte, in grado di attribuire rilevanza, in conformità ai consolidati approdi scientifici, ai disturbi della personalità».

Ora, è noto che la Corte di cassazione, a sezioni unite, aveva già ritenuto che nel concetto di infermità mentale dovessero rientrare anche i disturbi della

⁵⁸ Testualmente MUSCO, *Le misure di sicurezza*, cit., 282.

⁵⁹ Cfr. l. 30 maggio 2014, n. 81, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 marzo 2014, n. 52, recante disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Gazz. Uff.*, n. 125 del 31 maggio 2014, art. 1, co. 1, lett. b): «Il giudice dispone nei confronti dell'infermo di mente e del seminfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale, il cui accertamento è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale. Allo stesso modo provvede il magistrato di sorveglianza quando interviene ai sensi dell'articolo 679 del codice di procedura penale. Non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali».

⁶⁰ Cfr. *Relazione sullo stato di attuazione delle iniziative per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (aggiornata al 30 giugno 2016)*, in www.senato.it.

⁶¹ Primo commento, in PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge a.s. 2067 e connessi*, cit.

⁶² Pubblicata in G.U. n. 154 del 4 luglio 2017, in www.gazzettaufficiale.it.

personalità⁶³. Ciononostante, non può sottacersi che il disturbo di personalità, rilevante ai fini dell'infermità di mente, si struttura intorno ad un paradigma eccessivamente incerto già nel suo campo scientifico di riferimento. Basti pensare che il DSM-5 (Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali) lo definisce come «un modello di esperienza interiore e di comportamento che devia marcatamente dalle aspettative relative alla cultura dell'individuo»⁶⁴. A ciò si aggiunga come, a sua volta, la Cassazione sia pervenuta ad una definizione dei disturbi mentali secondo cui essi «vengono ricondotti a disarmonie dell'apparato psichico in cui le fantasie inconscie raggiungono un tale potere che la realtà psicologica diventa, per il soggetto, più significativa della realtà esterna, e, quando questa realtà esterna inconscia prevale sul mondo reale, si manifesta la malattia mentale»⁶⁵. Il timore che ne segue, non attiene – evidentemente – alla possibilità di un proscioglimento non del tutto convincente, quanto alla possibilità che con criteri così incerti⁶⁶, in uno con la estemporaneità della prognosi di pericolosità, possano giustificarsi applicazioni di misure di sicurezza e lunghissime restrizioni della libertà personale. Inoltre, un emendamento⁶⁷ all'impianto originario ha stabilito che «tenuto

⁶³ Cfr. Cass., Sez. un., 8 marzo 2005, n. 9163, Raso, in *Riv. pen.*, 2006, 827: «In tema di imputabilità, ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, anche i “disturbi della personalità”, che non sempre sono inquadrabili nel ristretto novero delle malattie mentali, possono rientrare nel concetto di “infermità”, purché siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere o di volere, escludendola o scemandola grandemente, e a condizione che sussista un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale. Ne consegue che nessun rilievo, ai fini dell'imputabilità, deve essere dato ad altre anomalie caratteriali o alterazioni e disarmonie della personalità che non presentino i caratteri sopra indicati, nonché agli stati emotivi e passionali, salvo che questi ultimi non si inseriscano, eccezionalmente, in un quadro più ampio di “infermità”»; da ultimo, v. anche Cass., Sez. II, 13 ottobre 2016, n. 44659, in *Dir. e giust.*, 2016, 25 ottobre, laddove si è annullata una decisione di merito al fine di verificare se il vizio del gioco di azzardo potesse comportare la diminuzione del vizio parziale di mente in relazione al reato di sequestro di persona a scopo di estorsione commesso da persona continuamente compulsata dall'esigenza di trovare denaro per continuare a giocare, nonostante i debiti già accumulati.

⁶⁴ Per tacere del fatto che le tabelle del D.S.M. 5, *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, Milano, 2015, p.109, comprendono diversi disturbi di personalità, quali il disturbo “Paranoide”, “Schizoide”, “Schizotipico”, “Antisociale”, “Borderline”, “Istrionico”, “Narcisistico”, “Evitante”, “Dipendente”, “Ossessivo-Compulsivo”, fino alla inquietante classificazione del Disturbo di personalità “senza specificazione”.

⁶⁵ Cfr. Cass., Sez. un., 8 marzo 2005, Raso, n. 9163, cit., punto 7.2.

⁶⁶ Basti dire che in altro orientamento (Cass., Sez. I, 16 aprile 2014, V.M., n. 23295, V.M., in *Mass. Uff.*) si è detto che «In tema di imputabilità, esula dalla nozione di infermità mentale il gruppo delle cosiddette abnormità psichiche, come nevrosi d'ansia o reazioni a corto circuito, che hanno natura transitoria e non sono indicative di uno stato morboso, inteso come ragionevole alterazione della capacità di intendere e di volere, sicché non in grado di incidere sull'imputabilità del soggetto che ne è portatore». Già in precedenza su questo orientamento v. Cass., Sez. VI, 05 giugno 2007, Cirillo, in *Mass. Uff.*, n., 236697.

⁶⁷ Cfr., emendamento Mussini, 13.10000, al co. 1, della lettera *b-bis* in www.senato.it.

conto dell'effettivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e dell'assetto delle nuove REMS, previsione della destinazione alle residenze di esecuzione delle misure di sicurezza (Rems) prioritariamente delle persone per le quali sia stato accertato in via definitiva lo stato di infermità al momento della commissione del fatto, da cui derivi il giudizio di pericolosità sociale, nonché dei soggetti per i quali l'infermità di mente sia sopravvenuta durante l'esecuzione della pena, degli imputati sottoposti a misure di sicurezza provvisoria e di tutti coloro per i quali occorra accertare le relative condizioni psichiche, qualora le sezioni degli istituti penitenziari alle quali sono destinati non siano idonee, di fatto, a garantire i trattamenti terapeutico-riabilitativi, con riferimento alle peculiari esigenze di trattamento dei soggetti e nel pieno rispetto dell'articolo 32 della Cost.». Ove mai tali modifiche normative dovessero entrare in vigore, le r.e.m.s. si troverebbero ad ospitare non soltanto le persone sottoposte a misura di sicurezza definitiva o provvisoria, ma anche gli imputati e condannati la cui infermità psichica sia sopravvenuta al compimento del reato di cui all'art. 148 c.p., oltre che tutti coloro che si trovano nelle sezioni speciali c.d. "articolazioni" previste dagli artt. 111 co. 5 e 7 e 112 del "Regolamento sull'ordinamento penitenziario e le misure privative e limitative della libertà" di cui al D.P.R. 30 giugno 2000 n. 230, quindi sottoposti al regime dell'art. 65 ord. penit.

A questo quadro già allarmante, si aggiunga che circa il 65% dei detenuti nelle carceri italiane convive con un disturbo della personalità, una percentuale da 6 a 13 volte superiore rispetto a quella che si riscontra normalmente (5-10%)⁶⁸. Pertanto, la riforma dovrebbe avere l'effetto di rendere collocabili in r.e.m.s. circa 30.000 persone⁶⁹, a fronte di una loro capienza massima di circa 600 pazienti. Per quanto ci si sforzi di rinvenire aspetti positivi nel citato emendamento, appare chiaro che trattasi di proposte formulate senza alcun rapporto con la complessa problematicità, giuridica e fattuale⁷⁰, dei temi fin qui accennati. Aspetti e problemi di cui il legislatore dovrebbe avere consapevolezza piena, allo scopo di poter procedere a modifiche ragionevoli dell'assetto attuale.

Viceversa, l'idea di realizzare un unico grande contenitore, in cui riversare

⁶⁸ Cfr., www.confbasaglia.org.

⁶⁹ Al 31 dicembre 2017, i dati del ministero della giustizia (in www.ministerodellagiustizia.it) indicano la presenza nelle carceri italiane di 57.608 uomini e 2.421 donne.

⁷⁰ Solo presso la casa circondariale di Napoli Poggioreale, nel momento in cui si licenzia questo breve scritto, in violazione della legge, risultano detenute nove persone che, in quanto sottoposte a misure di sicurezza, dovrebbero essere invece internate nelle R.E.M.S., o riportate sui territori, mediante progetti terapeutici riabilitativi individuali.

tutti problemi di cui si è detto, sembra voler riprodurre la stessa logica manicomiale degli anni Cinquanta.