

## CAPITOLO I

### CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

SOMMARIO: 1. Pericolosità come *status* determinante le relazioni Stato/individuo. – 2. I diversi piani di rilevanza del giudizio di pericolosità. – 3. La pericolosità fondante. Misure di sicurezza e di prevenzione.

#### 1. *Pericolosità come status determinante le relazioni Stato/individuo*

Il diritto punitivo, ora e nel corso della sua storia<sup>1</sup>, si manifesta con due volti. Il primo, precipitato di un patto sociale originario, è riservato ai cittadini, ai soggetti comunque socializzati ed inclusi, ovvero ad una maggioranza non identificata di persone che rispettano le regole e si astengono dal compiere il male. Esso è severo ma mite, ispirato al bisogno di assicurare tutte le doverose garanzie e di orientare i propri effetti ad un progresso individuale di chi li subisce. L'altro, tetragono, intransigente, cinicamente privo di prospettive, è rivelato ai nemici<sup>2</sup>, alla minoranza deviante e disubbidiente, agli stranieri, agli estranei, dai quali difendere, anche sacrificando ogni principio e garanzia, lo Stato e la collettività al cui servizio il sistema repressivo si pone<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Ripercorre il processo di elaborazione, filosofica prima ancora che giuridica, che portò all'affermarsi nel nostro paese di un sistema punitivo parallelo per responsabilità e pericolosità, S. RICCIO, *Responsabilità e pericolosità nella dottrina e nel nuovo codice penale*, Napoli 1931, 16 e ss.

<sup>2</sup> La tematica del diritto penale del nemico rappresenta una delle costanti dell'analisi criminologica e penalistica. Per una ricostruzione compiuta dei temi AA.VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. DONINI, M. PAPA, Milano 2006.

<sup>3</sup> Che il diritto penale abbia due volti, uno per il nemico ed uno contrapposto per il cittadino, lo ha da tempo sottolineato G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrecht-*

Anche le sanzioni rispecchiano questa doppia identità: da un lato, per chi si riconosce nei fondamenti del vivere sociale<sup>4</sup>, la prospettiva è costituzionalmente segnata dal dovere di formulare un'offerta rieducativa, dall'altro, per chi è ostile allo Stato ed alle genti, la risposta si inasprisce, perde di prospettive, fino ad assumere i caratteri di strumento volto soltanto a rendere il nemico inoffensivo, allontanandolo, segregandolo, escludendolo<sup>5</sup>.

Il discrimine, ciò che determina l'uno o l'altro diverso destino, è, in larga parte, l'essere pericoloso<sup>6</sup>. Nei confronti di chi subisce lo

---

wissenschaft, 1985, 753 e G. JAKOBS, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht* 2004, 88. Nel nostro paese il tema è stato affrontato da M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.* 2006, 735, scrive: "È quindi possibile, se usciamo dalle consuete schematizzazioni che cercano di "unificare" il diritto penale sotto categorie accettabili e gradite, ma anche un po' addomesticate, accostare ai paradigmi dominanti del diritto penale come tutela di beni giuridici e come statuto di garanzie, e in particolare come garanzia dei consociati di fronte al potere dello Stato ("Magna Charta" del reo), un altro diritto penale, che tutela, anziché i beni, i cittadini nei confronti dei nemici, e che prima di assestarsi in forme e contenuti di giustizia (superiore a qualsiasi litigante), ha l'urgenza di vincere una lotta, a difesa dello Stato, delle istituzioni e dei singoli, contro coloro che hanno ingaggiato quella lotta". Dello stesso autore M. DONINI, *Diritto penale di lotta v. diritto penale del nemico*, in AA.VV., *Delitto politico, e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Bologna 2007, 138. Ritiene che la identificazione di due diversi volti del diritto penale implichi aporie A. PAGLIARO, *Diritto penale del nemico: una costruzione illogica e pericolosa*, in *Cass. pen.* 2010, 1460. Sempre con toni critici: F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, 470. In tema E. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. pen.* 2016, 181.

<sup>4</sup>Come si legge in G. MOSCONI, A. TOLLER, *Criminalità, pena e opinione pubblica. La ricerca in Europa*, in *Dei delitti e delle pene* 1998, 166, "La normalità non appare così definita in modo specifico ed esplicito, secondo un arco di proprietà coerenti e descrivibili, ma solo per contrapposizione ad un'indistinta e, in sé, contraddittoria definizione di devianza, che a questo punto si presenta come costruzione sociale necessitata".

<sup>5</sup>Si tratta di un modo di intendere la potestà punitiva che non ha, invero, alcunché di nuovo. Basterà pensare alle Corti straordinarie istituite, in molteplici occasioni, nel corso del secolo XIX per combattere carbonari, cospiratori, briganti: su tali temi C. LATINI, *Processare il nemico. Carboneria, dissenso politico e penale speciale nell'ottocento*, in *Quad. fior.* 2009, XXXVIII, 553 e ss.

<sup>6</sup>È noto come l'idea di porre ad oggetto dello studio scientifico non il delitto, ma piuttosto il delinquente può essere fatta risalire, nel nostro paese, al pensiero di E. FERRI, *Sociologia criminale*, 3°, Torino 1892, 45: "Essa è la conversione della scienza Dei delitti e delle pene da una dottrina espositiva di sillogismi, per sola

stigma, la richiesta di una maggiore severità sembra promanare “dal basso”, dalla generalità indistinta dei consociati, figlia di una diffusa percezione di insicurezza, non è chiaro quanto realmente fondata<sup>7</sup>. Talvolta esasperata da aggressioni crudeli e immotivate, ma pur sempre alimentata dal vento delle strumentalizzazioni mediatiche, la fiamma della richiesta collettiva di maggior sicurezza si propaga, avanzando allo Stato continue spinte ad elevare il livello della difesa e spesso indicando, in forza di pregiudizi, le categorie dei possibili aggressori<sup>8</sup>. Tutto sembra ispirato da una consapevole irrazionalità,

---

*forza di logica fantasia, in una scienza di osservazione positiva, che valendosi così dell'antropologia, della psicologia, della statistica criminale come del diritto penale e delle discipline carcerarie, diviene quella scienza sintetica che noi appunto chiamiamo sociologia criminale*”. La attribuzione della qualifica di delinquente pericoloso appare assumere ancora una particolare rilevanza nei confronti di soggetti malati di mente, autori di fatti criminosi. Lo si ricava agevolmente considerando il grado di interesse che la dottrina manifesta nei confronti di questa fenomenologia: S. ALEO, *Imputabilità e pericolosità sociale dell'individuo infermo di mente*, in *Rass. penit. crimin.* 2013, 9; G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale*, in *penalecontemporaneo.it*; M.T. COLLICA, *La riformata pericolosità sociale degli infermi non imputabili o semimputabili al vaglio della Corte Costituzionale: una novità da ridimensionare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2016, 416; G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale e promozione dei diritti fondamentali della persona malata di mente*, in *Dir. pen e proc.* 2015, 611; I. MERZAGORA, *Pericolosi per come si è; la (auspicata) chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari e la (discutibile) pericolosità sociale come intesa dal d.l. n. 54 del 31 marzo 2014*, in *Riv. it. med. leg.*, 359; T. PADOVANI, *La pericolosità sociale sotto il profilo giuridico*, in AA.VV., *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, a cura di F. FERRACUTI, XIII, Milano 1990, 313; E. PORCEDDU, *Accertamento della pericolosità sociale dell'infermo e del seminfermo di mente, ai fini dell'applicazione della misura di sicurezza personale detentiva all'esame della Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.* 2015, 4028; D. POTETTI, *La pericolosità sociale del malato di mente nell'art. 3 ter del d.l. n. 211 del 2011*, in *Cass. pen.* 2015, 3322.

<sup>7</sup>Infondata si deve ritenere quanto meno in riferimento alle statistiche penali che non segnalano, in genere, significativi incrementi degli indici di criminalità e che per talune materie, in particolari i reati offensivi della vita e della integrità fisica delle persone, sono in costante regresso. I dati disponibili non sono particolarmente aggiornati. Sul sito del Ministero della Giustizia si rinvencono quelli legati alle notizie di reato pervenute presso le procure del Tribunale che negli anni 2009/2012 non hanno subito alcun incremento.

<sup>8</sup>Viene a mente quanto scrive M. SBRICCOLI, *Il penale dei codici e la dialettica dei diritti*, in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti 1972-2007*, Milano 2009, 700 e ss. affrontando il tema della rilevanza che hanno assunto nella storia del diritto penale e delle istituzioni del nostro paese quelle che lui chiama “*le cinque emergenze*” della seconda metà del novecento: ordine pubblico, terrorismo, criminalità organizzata, corruzione, sentimento di insicurezza.

non differente da quella che rendeva tanto ambita la partecipazione ai supplizi secenteschi<sup>9</sup>.

Studiare il giudizio di pericolosità individuale<sup>10</sup>, nella sua identità, fatta di complesse manifestazioni, di criterio per modulare la risposta punitiva<sup>11</sup>, assume, in questa prospettiva, un significato essenziale, alla ricerca di una ragione che si sostituisca alla paura<sup>12</sup>. Se dall'essere pericolosi consegue un diverso destino, può essere utile tentare un'indagine che provi a svelare i meccanismi inespressi del giudizio, per confortarne o meno la plausibilità in funzione della natura degli effetti che ne derivano, che si condivi-

<sup>9</sup> L'età dello splendore dei supplizi è stata oggetto di una mirabile analisi da parte di M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino 2014, *passim*.

<sup>10</sup> Analizza il polimorfismo del giudizio di pericolosità M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario: vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 26 e ss.

<sup>11</sup> Così definisce la pericolosità P. MARCHETTI, *Le sentinelle del male. L'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*, in *Quad. fior.* 2009, XXXVIII, 1025.

<sup>12</sup> Per una indagine sull'evoluzione storica della nozione di individuo pericoloso nel contesto del diritto criminale cfr. M. FOUCAULT, *L'evoluzione della nozione di individuo pericoloso nella psichiatria legale del XIX secolo*, in *Archivio Foucault*, a cura di A. PANDOLFI, III, Milano 1997, 51 (*L'évolution de la notion d'«individu dangereux» dans la psychiatrie légale*, in *Déviance et Société* 1981, 403): tutto viene fatto risalire all'inizio del 1800, ed alla duttilità del ricorso alla psichiatria come strumento di igiene pubblica e di prevenzione dei pericoli per il corpo sociale. Sottolinea il filosofo francese come sin dall'inizio del XIX secolo la modulazione della risposta penale ruotasse, più che sul crimine, sulla persona del criminale “vale a dire su ciò che lo rendeva criminale, i suoi motivi, i suoi moventi, la sua volontà profonda, le sue tendenze, i suoi istinti” (la espressione è di P. MARCHETTI, *Le sentinelle del male*, cit., 1023). Sul lavoro di Foucault cfr. G. CAMPESI, *L'individuo pericoloso. Saperi criminologici e sistema penale nell'opera di Michel Foucault*, in *Mat. st. pens. giur.* 2007, 121. Come ricorda G.B. TRAVERSO, *Il giudizio di pericolosità ed il suo accertamento*, in *Riv. it. med. leg.* 1986, 1045, richiamando il pensiero del filosofo francese, l'avvento della psichiatria nel diritto penale si spiega all'interno del cambiamento avvenuto nei meccanismi di punizione e dei nuovi significati attribuiti alla pena. “Punire era divenuto, attraverso le nuove tecniche di controllo e di trasformazione dell'individuo, un insieme di procedure volta alla modificazione dei trasgressori; [...] era necessario... modellare la punizione sul delinquente stesso, per scoprire (e modificare) le sue motivazioni criminali, la sua volontà profonda, le sue tendenze, i suoi istinti”. Lo psichiatra divenne per questo “lo specialista dei motivi, ed egli verrà consultato soprattutto per apprezzare la razionalità del fatto reato, l'insieme dei rapporti che legano l'atto agli interessi, ai calcoli, alle inclinazioni, alle abitudini del soggetto, per indagare sull'integrazione dell'atto nella condotta globale ...”.

dano o meno gli istinti che ne alimentano il fuoco.

Nessun ordinamento, d'altra parte, pare abbastanza maturo da poter rinunciare al ricorso, per la graduazione della propria risposta repressiva e preventiva<sup>13</sup>, al sentimento di insicurezza determinato dal pericoloso<sup>14</sup>. Del resto, evitare un male attuando rimedi preventivi si propone come soluzione in linea di principio non irragionevole. La società del rischio incoraggia e pretende risposte preventive, economicamente più convenienti rispetto alla tutela repressiva. Poco importa che questo implichi che si confondano due realtà assolutamente differenti, come la prevenzione doverosa di un pericolo insito nelle cose e riconosciuto in chiave scientifica e quella avverso una persona, legata alla formulazione di una sorta di ipotesi, se non di una illazione, sostenuta da argomenti tutt'altro che obiettivi, come il carattere, le motivazioni, le condizioni di vita. Ma se la precauzione che suggerisce di incidere sulle cose pericolose (si pensi ad un processo di produzione industriale), alla ricerca di un loro nuovo equilibrio, si fonda su un giudizio affidabile quanto le regole predittive scientifiche che l'hanno ispirata e consente di conseguire uno stato meno pericoloso, quella che ambisce a porre rimedio alla pericolosità di una persona, seppure sia possibile affermarla in modo affidabile, vale soltanto, e nel migliore dei casi, a concedere più tempo, rinviando, attraverso misure segregative o neutralizzative, il confronto con un pericolo che, laddove subisce una qualche evoluzione, muta inasprendo, imponendo per il futuro inevitabili incrementi progressivi del rimedio, fino ad annichilire la stessa identità fisica della persona pericolosa.

Ma le ragioni di perplessità non finiscono qui: una azione volta ad anticipare un agire lesivo, ispirata dal timore implicito ad averne previsto l'avverarsi, assume una specifica utilità soltanto per chi teme, trascurando di considerare la fonte del timore come destinatario

---

<sup>13</sup> È opportuno ricordare come l'art. 20 del Progetto Ferri, prevedesse che la sanzione dovesse applicarsi al delinquente "secondo la sua pericolosità". Lo ricorda M. PELISSERO, *Dal progetto Ferri al codice penale del 1930*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2011, 315.

<sup>14</sup> Su tali aspetti D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, 547. Organizzare una convivenza pacifica, uscendo dal *bellum omnium contra omnes*, significa costruzione di un ordine giuridico, e il diritto implica la forza. "L'idea di sicurezza si presta a definire un interesse strumentale, un bisogno (o una pretesa) di tutela anticipata di interessi finali: la pretesa di interventi del diritto penale che non attendano la lesione dei beni tutelati, ma anticipino la soglia dell'incriminazione e delle punizioni nell'ottica della prevenzione dei pericoli".

di un intervento dai connotati positivi. Questi, anzi, è considerato come una sorta di corpo estraneo alla compagine sociale, nei confronti del quale non si persegue una maggiore integrazione ed inclusione (attraverso rimedi che incidano sulle strutture esistenziali<sup>15</sup>), ma piuttosto si attuano interventi che aggravano il disagio rispetto ai suoi bisogni, ne accentuano la divergenza e distanza dal vivere comunitario, determinando soltanto impedimenti rispetto ad ipotizzate scelte future.

## 2. I diversi piani di rilevanza del giudizio di pericolosità

In quanto tale, il giudizio di pericolosità personale implica il riconoscimento di un elevato grado di possibilità che con il proprio agire il soggetto possa determinare eventi avversi<sup>16</sup>. Di natura prognostica, esso si esprime traendo spunto da una conoscenza del passato e dello stato attuale, proiettandola verso il futuro, per ipotizzare che ne originino reiterazioni.

---

<sup>15</sup> Sull'importanza di una visione integrata della risposta al crimine come fenomeno, che privilegi, in quanto possibile, interventi volti ad includere e non a reprimere, A. BARATTA, M. PAVARINI, *La frontiera mobile della penalità nel sistema di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, 12 e ss.

<sup>16</sup> Sul giudizio di pericolosità R. BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2013, 715; M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *Arch. pen.* 2014, 459; A. CALABRIA, *Pericolosità sociale*, in *Dig. disc. pen. IX*, Torino 1995, 451; A. CAPUTO, *La pericolosità sociale: vecchie esigenze e nuove prospettive alla luce della l. 30 maggio 2014 n. 81*, Roma 2015; M. FIORENTINI, *La pesatura del cuore. Il giudizio di pericolosità sociale all'indomani della sentenza costituzionale n. 186 del 2015*, in *St. juris* 2016, 178; E. FLORIAN, *Note sulla pericolosità criminale*, in *Sc. pos.* 1927, 401; F. GRAMATICA, *Nozione dell'antisocialità*, in *Riv. dif. soc.* 1947, 1; F. GRISPIGNI, *La pericolosità criminale ed il valore sintomatico del reato*, in *Sc. pos.* 1920, 47; A. MARTUFI, *Nulla periculositas sine actione? Pericolosità sociale e materialità del fatto alla prova delle fattispecie di quasi reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2015, 818; P. MAZZA, *Pericolosità sociale ed illegalità*, Padova 2012; E. MUSCO, *Misure di sicurezza e pericolosità. Profili di riforma*, in AA.VV., *Problemi generali di diritto penale*, a cura di G. VASSALLI, Milano 1982, 173 e ss.; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., *passim*; B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova 1940; A. PROCACCINO, *Pericolosità (accertamento della)* in *Dig. disc. pen. Agg., II*, Torino 2005, 1051; S. RICCIO, *Responsabilità e pericolosità nella dottrina e nel codice penale*, Napoli 1931; F. TAGLIARINI, *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano 1983, 6; E.R. ZAFFARONI, *La pericolosità e i crimini di massa*, in *Crit. dir.* 2014, 4098.

Oltre che sul piano delle relazioni umane extragiuridiche, predizioni di tal fatta ispirano, in molti suoi modi di essere, la relazione tra potere punitivo statale e cittadino in molti suoi modi di essere<sup>17</sup>.

Limitandoci al piano della risposta sanzionatoria, la pericolosità rileva prima o a prescindere dalla commissione di un fatto di reato, sorreggendo l'applicazione di una misura di prevenzione; indi, nel procedimento per l'accertamento della responsabilità per il reato, legittimando e determinando i caratteri e la durata delle misure cautelari personali e selezionando i destinatari di determinati modelli procedurali (si pensi, come esempi, ai limiti posti al patteggiamento dall'art. 444 comma 1 *bis* c.p.p. ed all'impiego del decreto penale di condanna dall'art. 459 comma 5 c.p.p.); sul piano sostanziale assumendo i connotati di una circostanza aggravante personale, la recidiva, quindi interferendo con la commisurazione in senso stretto e lato, per giungere successivamente all'inflizione, insieme o in alternativa alla pena, di misure di sicurezza; infine, in sede di esecuzione, giustificando la immediata esecutività dell'ordine di carcerazione<sup>18</sup>, l'effettività della misura di sicurezza irrogata in giudizio e, in via generale, diversificando gli itinerari punitivi.

La eterogeneità e complessità degli effetti differenziali che si manifestano nelle relazioni di tipo punitivo tra Stato ed individuo, in funzione della sua pericolosità, porta questa ad assumere un ruolo da protagonista.

Ed è proprio questo il primo sintomo del problema: rispetto ad istituti fondati su presupposti talvolta inconciliabili (e basterà pensare alle misure di prevenzione rispetto alle pene), la cui funzionalità è diversamente orientata dal sistema giuridico positivo (la diversa prospettiva teleologica di pene e misure di sicurezza), il giudizio di peri-

---

<sup>17</sup> Invero, giudizi di pericolosità travalicano il confine del diritto punitivo in senso stretto, connotando gli esiti di numerose relazioni tra cittadino e amministrazione. Si pensi, solo per fare un esempio, al rilascio di porto d'armi, per il quale, in specifiche situazioni, il soggetto deve, a norma dell'art. 2 d.m. 4 dicembre 1991 n. 957600, dimostrare che *"l'esercizio delle attività connesse al rilascio del porto d'armi non è compromettente per la sicurezza propria o altrui"*. Molto più complesse le limitazioni che conseguono come effetto amministrativo dell'avvenuta inflizione di una misura di prevenzione personale.

<sup>18</sup> Come si legge in C. Cost. sent. n. 125 del 1 giugno 2016, *"l'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen., laddove pone il divieto della sospensione dell'esecuzione prevista dal comma 5 dello stesso articolo, si fonda su una «presunzione di pericolosità che concerne i condannati per i delitti compresi nel catalogo» indicato in tale lettera"*.

colosità si ripropone, in termini sostanzialmente indistinguibili, come fattore determinante il modo di essere della forza punitiva statuale, in guisa di presupposto fondante l'avverarsi di effetti tra di loro eterogenei<sup>19</sup>.

Di questa sua identità unitaria e "sincretistica", l'ordinamento giuridico sembra limitarsi a prendere atto, senza assumere la responsabilità di determinare, normativamente, quali siano i criteri valutativi che devono orientare, sulla base dei dati disponibili, la gestione della verifica. La pericolosità si mostra piuttosto come un dato ipostatizzato, del quale il sistema giuridico subisce l'impatto, la sublimazione di una quantità imprecisata di percezioni individuali, che si esprimono in previsioni, convinzioni precognite, di quello che sarà il comportamento futuro di chi ha dato determinata prova di sé, nel passato. E, del resto, anche nella selezione dei dati espressi dalla *communis opinio*, difetta sovente, la possibilità di tracciare un itinerario soddisfacente: chi sia pericoloso non lo si ricava alla luce di una indagine sociologica o antropologica rigorosa, ma immaginando di poter far riferimento ad un modello di comportamento *lato sensu* corrispondente ad una generica valutazione di convenienza sociale, rispetto al quale confrontare l'agire del soggetto. Il modello comportamentale ideale, sia esso ispirato al conformismo o all'obbedienza, come pure quello divergente, emergono però all'esito di un giudizio condizionato da fattori irriducibili ad una dimensione sufficientemente circoscritta.

Le categorie indiziate sono così frutto di una sedimentazione progressiva, che nel tempo si ripropone in modo inquietante; l'elenco è articolato: chi ha commesso un crimine, chi rifiuta le convenzioni socia-

---

<sup>19</sup> È utile segnalare un particolare istituto per il quale una condizione di pericolosità soggettiva giustifica la irrogazione di un quantum addizionale di pena. Si tratta dell'istituto di cui all'art. 94 c.p. La norma prevede che ove il fatto sia commesso da soggetto che versa in una condizione di ubriachezza o intossicazione da sostanze stupefacenti abituale, non solo lo stesso debba considerarsi imputabile, per quanto non capace di intendere e volere al momento del fatto, ma la pena debba essere aumentata. La condizione è descritta, sommariamente, dal comma 2 della disposizione, come dedizione all'uso di tali sostanze e frequenza nello stato di intossicazione. È evidente che la norma possa intendersi come circostanza aggravante solo nel caso in cui il fatto sia commesso in una condizione naturalistica di incapacità di intendere e di volere, pena dover ammettere che per ogni reato si possa indagare sui consumi voluttuari dell'imputato. Ciò posto, il *quid pluris* di sanzione conseguente alla dedizione, non può certo connettersi al fatto commesso, ma soltanto alla constatazione che la prassi esistenziale del suo autore è tale da esporlo ad ulteriori reiterazioni di comportamenti criminosi o comunque inappropriati. In altri termini, si punisce la sua dedizione perché da essa deriva una misura di pericolosità soggettiva.

li, il dipendente da sostanze psicotrope, il malato di mente, persone esposte a subculture riprovate, ma anche lo straniero, lo zingaro, l'apolide, la persona senza fissa dimora, chi rifiuta il lavoro, il fedele di "altre" religioni.

Sono queste le categorie alle quali appartengono i singoli rispetto ai quali viene giustificata un'indagine volta alla ricerca nel loro passato di segni convincenti del loro futuro.

L'affermazione della pericolosità, peraltro, non sembra aver bisogno di particolari dimostrazioni proprio perché priva di qualsiasi verificabilità e falsificabilità sul piano scientifico.

La conseguenza, alla luce del diritto vivente, è che il riconoscimento di essa avviene, nel migliore dei casi, sulla base di un giudizio formulato in base all'*id quod plerumque accidit*, criterio rivendicato come valido dalla stessa Consulta<sup>20</sup>, mentre, nell'ipotesi peggiore, esso risulta affidato ad una mera intuizione, se non, addirittura, ad una "sensazione" dell'organo giudicante.

La consistenza degli effetti che conseguono dall'essere o non essere ritenuti pericolosi, però, suggerisce che si persegua, nei limiti del possibile, una qualche approssimazione verso la fondatezza di un giudizio per quanto difficile da esperire. L'idea non è quella di avvicinarsi al giudizio di pericolosità di uno stato di natura, di una condizione delle cose<sup>21</sup>; questo appare plausibile, perché porta a formulare un'ipotesi legittimata dall'esistenza di conoscenze scientifiche che originano dallo studio e dalla conoscenza degli sviluppi (negativi) di analoghe situazioni nel passato; il grado di reiterazione, *coeteris paribus*, di determinate conseguenze avverse in presenza di una condizione nota, sostiene l'ipotesi che anche in futuro la di-

---

<sup>20</sup> Si veda sul punto C. Cost. sent. n. 225 del 20 giugno 2008, ove si legge: "La giurisprudenza di questa Corte ha da tempo chiarito in qual modo si atteggi, a tale riguardo, la ripartizione di competenze tra giudice costituzionale e giudice ordinario (sentenze n. 265 del 2005, n. 263 e 519 del 2000, n. 360 del 1995). Spetta, in specie, alla Corte – tramite lo strumento del sindacato di legittimità – procedere alla verifica dell'offensività «in astratto», acclarando se la fattispecie delineata dal legislatore esprima un reale contenuto offensivo; esigenza che, nell'ipotesi del ricorso al modello del reato di pericolo, presuppone che la valutazione legislativa di pericolosità del fatto incriminato non risulti irrazionale e arbitraria, ma risponda all'*id quod plerumque accidit* (tra le altre, sentenza n. 333 del 1991)". Più di recente, sul delitto di coltivazione domestica di piante da cui estrarre sostanze stupefacenti, C. Cost., sent. n. 109 del 20 maggio 2016.

<sup>21</sup> Inevitabile rinviare, su questo specifico tema, a F. ANTOLISEI, *Sul concetto di pericolo*, in Sc. pos. 1914, 32. Per la dottrina moderna F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano 1994, *passim*.

namica di premesse e conseguenze debba avere (secondo un criterio di costanza o, più spesso, di probabilità statistica) la medesima evoluzione; in altri termini: in presenza di determinati equilibri di forze, la evoluzione dinamica verso un risultato di danno è affermata come probabile non solo perché così è avvenuto in passato, ma, e soprattutto, perché non sono mutate le conoscenze in merito al modo di operare di quelle medesime forze.

Elaborando il passato di una persona, invece, non può ricavarsi, in nessun caso una regola scientifica predittiva e ciò a meno di non ridare lustro alle fosche prospettazioni dell'antropologismo fisiologico di Lombroso<sup>22</sup>. La previsione di quello che sarà il comportamento umano non può contare su alcuna conoscenza deterministica, non ha proprie regole verificate sperimentalmente, dovendo fare i conti con troppe variabili e, prima di ogni altra, con la libertà del singolo di determinarsi ogni volta in modo diverso ed originale sia pure di fronte ad un medesimo stimolo esterno.

Pur dovendo scontare il limite insuperabile della irripetibilità di ogni scelta comportamentale, quello che pare doveroso pretendere dall'ordinamento giuridico (che alla pericolosità attribuisce un significato tanto pregnante) è che esso si faccia carico di definire i limiti dell'indagine semiologica, identificando quali siano i comportamenti passati e presenti da prendere in considerazione (ed escludendone altri, come la razza, il sesso, la religione) e che fornisca indicazioni in ordine al segno, positivo o negativo, che deve attribuirsi ad ogni sintomo. L'alternativa è lasciare adito alla sensibilità individuale di chi giudica, sia nella selezione di quello che può assumere significato che nella attribuzione ad ogni segno di un valore prognostico negativo o positivo. Questo, in una società ormai palesemente multiculturale, non può mai essere consentito.

Come detto, anche immaginando adempiuto tale primario compito, resta la difficoltà intrinseca ad un giudizio prognostico che ambisce ad esprimere la fisionomia di quello che, almeno secondo un criterio di probabilità, sarà l'agire futuro di un individuo<sup>23</sup> a fronte di

---

<sup>22</sup> Appare interessante ricordare gli indici fisiognomici di pericolosità biologica elencati da C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza e alle discipline carcerarie*, I, 5°, Torino 1896, 286 e ss., legati alla fisionomia e alla sue anomalie, al peso e alla statura, alle dimensioni del cranio e alle sue anomalie, al mancino, alla presenza di tatuaggi. Come scrive E. PESINA, *Il diritto penale in Italia*, Napoli 1906, 182, già nel corso del "II Congresso di Antropologia tenuto a Parigi, il tipo criminale del Lombroso fu vittoriosamente combattuto da tutti i più accreditati naturalisti ed antropologi e dagli stessi fautori del positivismo innovatore".

<sup>23</sup> Che la pericolosità sociale funzionale alla irrogazione delle misure di sicu-

condizioni, stimoli, motivazioni in larga misura affidate a scenari non facilmente preventivabili.

Se, come è ovvio che sia, ogni comportamento passato è avvenuto in virtù di una singolarità, rappresentata dall'interazione tra una soggettività individuale irripetibile e l'insieme dei fattori condizionanti esterni contingenti<sup>24</sup>, immaginare quale possa essere in futuro la riproposizione di analoghi sviluppi appare assai arduo, dovendo confrontarsi con un livello di incertezza pressoché insuperabile.

### 3. *La pericolosità fondante. Misure di sicurezza e misure di prevenzione*

Oggetto di questa indagine è il modo di atteggiarsi del giudizio di pericolosità individuale come presupposto applicativo di due strumenti *lato sensu* sanzionatori: le misure di prevenzione e le misure di sicurezza personali<sup>25</sup>. In entrambi i casi, sia la irrogazione che, quindi, l'effettiva attualizzazione dei contenuti delle misure, come tali incidenti a diverso titolo su una parte maggiore o minore del patrimonio di libertà e di facoltà dell'interessato, presuppongono che il soggetto destinato a subirle sia pericoloso. Di più: il perdurare stesso della misura presuppone il perdurare della pericolosità, per cui al cessare di quest'ultima cessa l'esecuzione della prima.

Misure di prevenzione e misure di sicurezza sono strumenti che caratterizzano da molto tempo il nostro sistema ed ambiscono ad apparire altro rispetto alla pena, perché non retributive di una colpevolezza, ma finalizzate esclusivamente a “contenere la pericolosità sociale dell'interessato”<sup>26</sup>.

Sia le une che le altre hanno contenuti punitivi aggressivi dei

---

rezza dovesse intendersi come un giudizio rigorosamente limitato alla persona pericolosa lo sostenne T. GALIMBERTI, *Pericolosità sociale e criminale*, Milano 1937, 3 e ss.

<sup>24</sup> Non si tratta certo di una affermazione nuova. Come ricorda E. PESSINA, *Il diritto penale*, cit., 175, citando J. STUART MILL, *Système de logique déductive et inductive*, in <http://pages.infn.it/sociojmt>, “Il volere è sempre determinato dai motivi e questi sono fatti psicologici legati tra loro dal vincolo della causalità”.

<sup>25</sup> Per un'analisi sull'evoluzione del ruolo conferito al giudizio di pericolosità nel sistema penale fascista e nazista, cfr. E. DE CRISTOFARO, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in *Quad. fior.*, XXXVI, t. II, 2007, 1031.

<sup>26</sup> L'espressione è contenuta in C. Cost. sent. n. 12 del 29 gennaio 2016.

beni della persona o del suo patrimonio (misure personali e patrimoniali). Le seconde, però, sembrano ispirate da un giudizio che ambisce ad essere autonomo da quello della pericolosità personale e, come tali, e per questo non saranno oggetto della nostra trattazione<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> La confisca, in particolare, ha assunto, nel tempo, il ruolo di vera protagonista della moderna politica criminale, manifestando la capacità di espandersi a nuovi sottosistemi. Essa è apprezzata per gli effetti che produce come strumento per reprimere una forma di criminalità altrimenti sfuggente, e per le conseguenze *redistributive* che le sono implicite. Difficile fornire indicazioni bibliografiche, sia pure limitatissime, data la ricchezza della produzione scientifica in materia. Ci limitiamo a fornire pochissime indicazioni, peraltro utili per allargare lo sguardo: A. ALESSANDRI, *Confisca*, (*Dir. pen.*), in *Dig. disc. pen.*, III, Torino 1989, 49; V. D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità «patrimoniale»*, AA.VV., *La giustizia penale patrimoniale*, a cura di A. BARGI, A. CISTERNA, Torino 2011, 125; L. FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale*, Padova, 2002; A. LAUDATI, *La tutela penale nei confronti della ricchezza mafiosa*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, a cura di F. CASSANO, Roma, 2009, p. 221; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001; A.M. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un'actio in rem*, in AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di L. MAZZA, F. VIGANÒ, Torino 2008, 138; E. NICOSIA, *La confisca, le confische*, Torino 2012; F. VERGINE, *Confisca*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IX, Torino 2016, 179.

## CAPITOLO II

# PERICOLOSITÀ E MISURE DI SICUREZZA PERSONALI. IL DIRADARSI DELLE REGOLE: ESSERE PERICOLOSI

SOMMARIO: 1. Prologo. – 2. Il ruolo attuale e futuro delle misure di sicurezza personali. – 3. La sanzione della pericolosità e le dovute garanzie. – 4. Misure di sicurezza e pericolosità soggettiva: un binomio non inscindibile. – 5. Le fattispecie di pericolosità. – 6. La introduzione delle misure di sicurezza nel codice Rocco. – 7. Il processo: i condizionamenti del rito. – 8. Il contraddittorio sulla pericolosità. – 9. La ripartizione delle competenze. – 9.1. Accertamento della pericolosità nel giudizio di cognizione. – 9.2. La prognosi nel giudizio di sorveglianza. – 10. Sintesi ed auspici.

### 1. *Prologo*

Nel maggio del 2006 un giovane ospite di una struttura psichiatrica residenziale (già autore, in minore età, di un omicidio) viene accompagnato all'esterno da un'operatrice sanitaria.

Senza alcun motivo noto, approfittando di una breve sosta, il giovane percuote la sua accompagnatrice facendole perdere i sensi, la spoglia per *“vedere come era fatta”*, poi la riveste e la colpisce reiteratamente al capo nell'intento di *“toglierle del male”*. Preleva quindi parte del materiale cerebrale fuoriuscito dalle ferite e lo usa per farne una croce sull'erba. Incisa una croce anche sul corpo (*“per farle andare via l'energia negativa ...”*) ed occultato il cadavere, l'omicida si spoglia e si lava e, quindi, prova a chiamare i Carabinieri (*“Volevo dire ai carabinieri che in cambio di cioccolata gli facevo trovare un morto”*) senza riuscire nell'intento. Per questo, non senza aver inutilmente cercato un bar per sorbire la cioccolata cui ambiva, si reca alla stazione dell'Arma, dove narra quanto accaduto<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La vicenda è tratta da un caso deciso da C. Ass. Cuneo, 20 giugno 2008, G., inedita.

Chiamato a rispondere delle proprie azioni, in sede di giudizio d'assise, si riconosce che il giovane aveva agito in condizioni di capacità di intendere e volere grandemente scemate ma non tali da escludere *in toto* la sua imputabilità. Il vizio parziale è stato posto in connessione ad una patologia riconosciuta di schizofrenia paranoide. Il caso è stato definito con sentenza di condanna a 24 anni di reclusione e ad un periodo minimo di tre anni in casa di cura e custodia, da eseguirsi prima della pena detentiva (ai sensi dell'art. 220 comma 2 c.p.), soluzione suggerita dalla chiara volontà di evitare che con il decorso del tempo insorgessero ostacoli rispetto alla verifica della pericolosità in concreto.

Su iniziativa della famiglia, nel corso dell'esecuzione penitenziaria l'omicida viene sottoposto ad accertamenti a più ampio spettro.

Sotto il profilo psichiatrico, si è avuta così conferma dell'esistenza di un "*Disturbo schizofrenico di tipo paranoide in comorbilità con disturbo di personalità antisociale e disturbo di personalità border line*"<sup>2</sup>, patologie che sono state ritenute avere "*natura cronica*" per cui "*non vi è riscontro di possibilità di guarigione sul piano clinico*". Da indagini neuroscientifiche, eseguite per la prima volta, sono emersi fattori

---

<sup>2</sup>Le parole sono tratte dalla relazione di parte redatta nell'interesse dell'autore del fatto, dal prof. Pietro Pietrini. Si tratta, come noto, di uno dei massimi studiosi mondiali delle neuroscienze, in merito alle quali ha pubblicato numerose opere; solo per fornire una prima indicazione bibliografica cfr. P. PIETRINI, G. ROTA, *Il comportamento umano tra geni e cervello: alcune considerazioni sullo stato attuale delle conoscenze neuroscientifiche*, in AA.VV., *Diritto Penale e Neuroetica*, a cura di O. DI GIOVINE, Padova 2013, 11; P. PIETRINI, V. BAMBINI, *Homo Ferox: The contribution of functional brain studies to understanding the neural bases of aggressive and criminal behavior*, in *Int J Law Psychiatry* 2009, 259. Come si legge in S. PELLEGRINI, P. PIETRINI, *Siamo davvero liberi? Il comportamento tra geni e cervello*, in *Sistemi intelligenti*, 2010, 281, il fondamento tra aggressività e patrimonio genetico potrebbe risalire ai criteri selettivi evuzionistici dell'uomo: "*Da un po' di tempo, tuttavia, si è fatta strada l'ipotesi che anche fattori genetici possano giocare un qualche ruolo nel comportamento criminale, agendo in particolare su alcuni aspetti di esso, quali l'aggressività. Il comportamento aggressivo, infatti, sebbene non favorisca di per sé l'aggregazione sociale, può essere considerato un tratto vantaggioso da un punto di vista evolutivo, dal momento che rappresenta un importante predittore di successo in ambiente competitivo*".

Sulle complesse implicazioni dell'avvento delle neuroscienze sul palcoscenico del diritto penale cfr. M. BERTOLINO, *Imputabilità: scienze, neuroscienze e diritto penale*, in AA.VV., *Il diritto nelle neuroscienze, Non siamo i nostri cervelli*, a cura di L. PALLAZZANI, R. ZANNOTTI, Torino 2013, 143; A. CORDA, *Ricostruzioni dogmatiche e dinamiche probatorie: l'imputabilità penale tra colpevolezza ed affermative defenses*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2015, 238; C. GRANDI, *Sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2014, 1249.

genetici di vulnerabilità: “*vari alleli che [...] conferiscono un significativo aumento del rischio di sviluppo di comportamento impulsivo ed aggressivo*”. Le conclusioni sono che l’omicida possieda “*un profilo genetico raro, che include tutte le varianti principali che sono state associate ad un aumento significativo di comportamento impulsivo e aggressivo*” tra i quali il noto MAOA low, l’allele S di 5HTTLPR, l’allele MET del COMT rs 4680 e l’allele C del DRD4 rs 1800955.

Sulla base di questi elementi sarebbe stato possibile concludere che il soggetto non era capace di intendere, in quanto sottoposto a stimoli determinati da allucinazioni psicotiche, e non era capace di volere, in quanto la condizione genetica diagnosticata rendeva impossibile allo stesso resistere all’impulso aggressivo determinato dagli stimoli di cui si è detto.

La decisione di affermare la capacità di intendere e di volere, pur considerandola grandemente scemata, funzionale a consentire la irrogazione della pena detentiva massima conseguente all’avvenuto riconoscimento dell’attenuante di cui all’art. 89 c.p., deve trovare una spiegazione diversa da quella legata ad una piana applicazione dei principi in materia di imputabilità<sup>3</sup>. Formulando un’ipotesi, plausibile, prosciogliere l’imputato per vizio totale di mente e poi affidarlo alle sorti mutevoli della misura di sicurezza personale detentiva, deve essere apparso al Collegio giudicante un azzardo: per l’imputato, destinato ad essere proiettato nel mondo delle misure di sicurezza, la cui durata è incerta, ed i cui contenuti non meno afflittivi e aggressivi di quella della pena detentiva (soprattutto prima della chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari); per la collettività, cui lo stesso avrebbe potuto essere restituito, in un tempo non preventivabile, sulla base di una diagnosi psichiatrica, come tale affidata ai sacerdoti di un’altra scienza e per questo considerata non sufficientemente attendibile.

Non è irragionevole ipotizzare che le ragioni sottese alla decisione che la Corte giudicante, percorrendo una strada giuridicamente non condivisibile, ha voluto assumere, altro non siano che la ricerca di una risposta al crimine più affidabile nella prospettiva di assicurare una prevenzione di lunga durata del pericolo che il giovane avrebbe potuto rappresentare per la incolumità di terze persone. Il carcere, associato alla contenzione chimica che in esso può esperirsi, non risolve, però, i problemi. La giovane età dell’imputato lascia intravedere un futuro tutt’altro che rasserenante: la restituzione alla vita libera

---

<sup>3</sup> Sulle aporie dell’attuale sistema “punitivo” del non imputabile cfr. A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle finzioni giuridiche alla terapia sociale*, Torino 1987, *passim*.

di un individuo che ha, nel tempo, perduto del tutto la propria capacità di interagire con gli altri<sup>4</sup>.

## 2. Il ruolo attuale e futuro delle misure di sicurezza personali

Nella sua origine latina, il termine pericolo evoca il concetto di probabilità che si avveri un evento negativo (così nel significato del termine *periculum* come prova, tentativo, esperimento). La percezione di tale possibilità, la nozione che il male possa avverarsi, induce la paura, che vive una relazione simbiotica con la sua premessa.

La razionalità maggiore o minore della previsione esperita, ovvero della fonte di conoscenza che esprime la potenzialità del male futuro, riverbera sul grado stesso della paura: si teme meno ciò che si comprende di più, e viceversa. Dell'irrazionale, dell'agire sconnesso ad ogni comprensibile motivazione, come di quanto non appartiene al mondo della scienza, si ha dunque un timore massimo.

Le misure di sicurezza personali sembrano concepite per operare in questi spazi, laddove il ricorso alla pena come contraltare della colpevolezza risulti insufficiente o del tutto inadeguato, rispetto a qualsiasi prospettiva preventiva, e si imponga di adottare un rimedio della pericolosità.

Al centro dell'attenzione si pone allora l'analisi del modo di sviluppo del giudizio preliminare alla loro irrogazione, per verificarne la efficacia a consentire conclusioni in punto di pericolosità che siano realmente predittive e affidabili sul piano scientifico, e quella dell'efficienza del rimedio, rappresentato dalla misura di sicurezza, rispetto al male diagnosticato<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup>Il criterio di approccio a temi come quello proposto è riconducibile alla c.d. analisi economica del diritto, ovvero quella disciplina che “*studia l'efficienza delle norme giuridiche, prevedendone gli effetti sul comportamento dei consociati*”: così P. SORBELLO, *Politica criminale ed osservanza delle regole. Riflessioni su limiti e possibilità di conversione al razionale dei comportamenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2016, 1914. Che l'analisi di un sistema giuridico presupponga verifiche empiriche “*che tengano conto [...] della valutazione in termini di costo-beneficio in capo a chi intende violare il precetto*” lo afferma E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano 2004, 3.

<sup>5</sup>Specificamente sulle dinamiche del giudizio di pericolosità sociale cfr.: AA.VV., *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di M. PAVARINI, L. STORTONI, Bologna 2013; R. BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata*, cit., 715; M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale*, cit., 459; A. CALABRIA, *Pericolosità sociale*, cit., 451; U. CONTI, *Diritto penale e suoi limiti naturali. (concet-*

Si tratta di ricostruire, in primo luogo, il complesso degli elementi normativamente determinati che concorrono a definire il contesto dei soggetti destinatari del giudizio, fino a formare quelle che possiamo chiamare fattispecie di sicurezza, per poi stabilire se ed in che misura la verifica della pericolosità, per le basi conoscitive su cui si sviluppa, possa esprimersi in termini di razionalità falsificabile.

Il giudizio di pericolosità sociale, funzionale all'irrogazione delle misure di sicurezza personali, prelude alla instaurazione di un regime esecutivo ricco di contenuti afflittivi e che incide sulla libertà personale di chi lo subisce: si tratta di un connotato comunemente condiviso dall'intero strumentario punitivo riconducibile alla classe<sup>6</sup>, sia

---

to della "pericolosità criminale"), Cagliari, 1912; G. DELL'OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Milano 1985; E. FERRI, *Funzione giuridica del criterio di pericolosità criminale*, in *Sc. pos.* 1926, I, 433; E. FLORIAN, *Note sulla pericolosità criminale*, in *Sc. pos.* 1927, 407; I. MERZAGORA BETSOS, *Imputabilità e pericolosità sociale: un punto di vista criminologico e psicopatologico forense*, AA.VV., *Verso un codice penale modello per l'Europa. Imputabilità e misure di sicurezza*, a cura di A. MANNA, Padova, 2002, p. 104; T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa 2014; ID., *fatto e pericolosità*, in AA.VV., *Pericolosità e giustizia penale*, cit., 117; ID., *La pericolosità sociale sotto il profilo giuridico*, cit., 313; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., *passim*; S. RANIERI, *La pericolosità sociale nel codice penale vigente*, Milano 1933, *passim*; G. SABATINI, *La pericolosità criminale come stato subiettivo criminoso*, in *Sc. pos.* 1921, 253; F. TAGLIARINI, *Pericolosità*, cit., 9.

<sup>6</sup>Per fornire alcune indicazioni bibliografiche sul tema, invero assai studiato, delle misure di sicurezza: AA.VV., *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova 1962; F. ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. pen.* 1933, 120; G. BATTAGLINI, *La natura giuridica delle misure di sicurezza*, in *Riv. dir. penit.* 1930, 1290; A. BERNARDI, *Il fattore culturale nel sistema penale*, Torino 2010; G. BETTIOL, *Aspetti etico politici delle misure di sicurezza*, in *Jus* 1941, 557; M. BOSCARRELLI, *Appunti critici in materia di misura di sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1964, 34; F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano 1961; A. CALABRIA, *Sul problema dell'accertamento della pericolosità sociale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, 762; I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano 1970; G.A. DE FRANCESCO, *Le misure di sicurezza*, in AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale, Codice penale, Parte generale, III, 1°*, Torino 1984, 1459; E. FERRI, *Pene e misure di sicurezza*, in *Studi sulla criminalità*, Torino 1926, 666; L. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1993, 569; R.A. FROSALI, *Natura amministrativa delle misure di sicurezza giurisdizionali*, in AA.VV., *Scritti in memoria di G. Zanobini*, V, Milano 1965, 233; G. GUARNERI, *Misure di sicurezza (dir. pen. comune)* in *Nss. dig. it.*, X, Torino 1964, 789; A. MOLARI, *Il problema della unificazione di pene e misure di sicurezza nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1964, 56; E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, Milano 1982; P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano 1976, 632; T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit.; C. PELUSO, *Misure di sicurezza*

che si considerino le misure di sicurezza che presuppongono l'interamento del sottoposto (e per questo definite normativamente detentive), posto che esse non diversamente dalla pena carceraria lo privano essenzialmente della libertà di locomozione, sia che si considerino quelle non detentive (che producono una limitazioni di facoltà e modalità di vita come tali espressione della libertà individuale). Afflittive, invero, sono altresì la gran parte delle misure di sicurezza patrimoniali, incidendo esse, con effetti ablativi, sul patrimonio del condannato, privandolo di beni strumentali all'affermazione della sua personalità. La sola ipotesi che rivela un connotato esclusivamente preventivo, seppur negativo, e, quindi, non afflittivo/punitivo, è la confisca obbligatoria preveduta dall'art. 240 comma 2 n. 2 c.p., inerendo la stessa beni che *a priori* non avrebbero dovuto e quindi potuto far parte del patrimonio del prevenuto, sia pure inteso in senso personalistico e funzionale.

Questa elementare constatazione giustifica l'indagine, in un ordinamento che non sembra ancora pronto ad abbandonare quello che venne chiamato doppio binario sanzionatorio: da un lato responsabilità colpevole, che corre in parallelo alla pena, dall'altro pericolosità sociale, compagna di strada delle misure di sicurezza. Nonostante che il sistema concepito dal Codice Rocco appaia ora profondamente trasformato, la soluzione di concepire la possibilità che ad un unico fatto di reato consegua una duplice sanzione e quindi il meccanismo del doppio binario sembra lungi dal tramontare.

La conclusione trova conferme sia dall'analisi delle riforme già intervenute che considerando quelle che potrebbero intervenire a breve, tutte certamente ispirate all'esigenza di elidere le maggiori asprezze ereditate dalla normativa novecentesca ma nel complesso reticenti ad esprimere quella che, in sostanza, poteva essere una mera una mera rinuncia.

Eppure, non mancavano le suggestioni, prima tra tutte quella offerta dall'articolato per la riscrittura della Parte generale del Codice penale redatto dalla Commissione per la riforma del codice penale

---

(*profili sostanziali*), in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino 1994, 145; M. PISANI, *La valutazione unitaria della pericolosità criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1957, 90; AR. ROCCO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in ID., *Scritti giuridici*, Roma 1933, 725; B. SICLARI, *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza personali*, Milano 1977; D.SPURI, *Della natura giuridica delle misure di sicurezza*, in *Cass. pen.* 2012, 3417; F. TAGLIARINI, *Pericolosità*, cit., 6; G. VASSALLI, *L'abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, in *Giur. cost.* 1982, 1202.

presieduta da C.F. Grosso<sup>7</sup>. L'ipotesi formulata<sup>8</sup> era di ridurre il tutto a misure (definite *misure di sicurezza e riabilitative*: art. 96), destinate a soggetti non imputabili, in una logica di *extrema ratio*, e nel solo caso in cui si ritenga necessario il ricorso alla coercizione personale. Questa, peraltro, si limitava ad un ricovero coattivo in strutture (preferibilmente "*facenti parte del normale circuito assistenziale*": art. 97 comma 4) con finalità terapeutiche o di disintossicazione o all'obbligo di partecipare a trattamenti curativi esterni e volti a rispondere "*ad un bisogno di trattamento e di controllo, determinato dal persistere delle condizioni di incapacità che hanno dato causa al delitto*". Quanto alla confisca, questa era ascritta al catalogo delle pene<sup>9</sup>.

Le più recenti riforme in materia hanno, invece, avuto un respiro molto più limitato. A norma dell'art. 207 c.p., le misure di sicurezza non potevano essere revocate se il sottoposto non avesse cessato di essere pericoloso. In ogni caso (commi 2 e 3) solo il Ministro della Giustizia poteva disporre la revoca prima della scadenza del termine minimo di durata<sup>10</sup>. Le idee ispiratrici erano che si trattasse di una

---

<sup>7</sup> Il testo, depositato il 26 maggio 2001, è reperibile in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>8</sup> Sul tema dell'imputabilità nel progetto Grosso cfr. M.T. COLLICA, *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel Progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2002, 879.

<sup>9</sup> Devono ricordarsi i contributi offerti dalle altre Commissioni che nel corso degli ultimi trent'anni si sono inutilmente affaticate nella prospettiva di formulare una nuova stesura del codice penale. L'articolato della Commissione presieduta dal Prof. A. Pagliaro, depositato il 25 ottobre 1991 e reperibile sempre sul sito del Ministero, dopo aver previsto che la pericolosità potesse ritenersi solo in caso di non imputabilità (escludendo qualsiasi presunzione) elencava le Misure di sicurezza all'art. 48. Quelle di carattere detentivo erano il ricovero in una struttura psichiatrica o terapeutica (possibilmente civile) alternative al trattamento sanitario in libertà sorvegliata. L'elaborato prodotto dalla Commissione Nordio, che è stato meramente consegnato al Ministro Castelli (ed è rinvenibile in [psicologiaforense.it](http://psicologiaforense.it)), parlava invece, agli artt. 121 e ss., di *Misure di controllo cura e sostegno rieducativo*, tra le quali spiccava il ricovero in una struttura giudiziaria di controllo con finalità terapeutiche o di riabilitazione. Il disegno di legge delega approvato dalla Commissione Pisapia, depositato il 27 luglio 2006 (rinvenibile sul sito del Ministero) prevede, sinteticamente, all'art. 21 che ai soggetti non imputabili potessero riservarsi "*misure di cura e di controllo*" consistenti nel ricovero in strutture terapeutiche o per la disintossicazione, nella libertà vigilata (con o senza trattamento terapeutico), nell'affidamento ai servizi sociali o in una attività lavorativa in favore della collettività. Nel complesso, tutti i progetti rinunciavano alle misure di sicurezza per imputabili, acconsentendo piuttosto all'esigenza di prevedere apposite strutture per la cura di autori di fatti di reato particolarmente gravi.

<sup>10</sup> Il comma 3 dell'art. 207 c.p. e la singolare regola che conferiva al Ministro il potere di revoca anticipata, sono stati cancellati dal sistema penale dapprima da C. Cost. sent. n. 110 del 23 aprile 1974 e, quindi, ad opera dell'art. art. 89 della l. 354/1975. Il giudizio della Consulta si è concentrato sull'aspetto della natura non

misura di carattere “curativo” (per il quale si fondava il parallelismo con la durata della pericolosità), e che questa solo in via eccezionale potesse considerarsi risolta prima della scadenza del termine minimo: ne derivava una sorta di presunzione di durata della pericolosità, indifferenziata a seconda della fattispecie di sicurezza di riferimento. Alla scadenza del termine, poi, secondo il disposto dell’art. 208 c.p., risultava doveroso procedere ad una verifica in concreto della pericolosità, con la possibile fissazione di un nuovo termine per un ulteriore esame, laddove il giudizio fosse negativo. Nel decorso del nuovo termine, peraltro, era sempre possibile procedere alla revoca, previo nuovo accertamento da disporre “*quando vi sia ragione di ritenere che il pericolo sia cessato*”. In potenza, reiterazione dopo reiterazione, le misure potevano assumere una durata indefinita. Si deve all’art. 1 comma 1 *quater* del d.l. 52/2014, convertito con modificazioni in l. 81/2014, la previsione che la durata massima di una misura di sicurezza detentiva (sia essa applicata in via provvisoria o definitiva) non possa eccedere la durata massima della pena edittale per il reato commesso determinata ai sensi dell’art. 278 c.p.p.; ove si tratti di un delitto punito coll’ergastolo, la disposizione non si applica e, quindi, viene meno qualsiasi limite di durata.

Escluso che la nuova regola abbia il senso di esprimere una sorta di presunzione di efficace esperimento della misura di sicurezza, in funzione della sua durata nel tempo, essa non può avere altro significato che quello di riaffermare il principio fondamentale per cui nessuno può essere punito (sia pure con la peculiare sanzione rappresentata da una misura di sicurezza) se non in misura corrispondente al fatto. Decorso il termine massimo di durata della misura, predefinito per legge in corrispondenza al *quantum* (non trascurabile) della pena massima edittale per il reato commesso, non resta altro da fare che dichiarare l’impotenza del sistema penale, per restituire cura e custodia del soggetto alle istituzioni civili.

L’assetto normativo frutto della riforma del 2014 deve, certamente, essere salutato come espressione di civiltà giuridica<sup>11</sup>, ponendo

---

giurisdizionale dell’organo deputato a decidere. Ai sensi dell’art. 27 della l. 87/1953, la declaratoria si è estesa al capo 2 dell’art. 207, fino ad assumere il senso di una attribuzione al giudice del potere di revoca anticipata: “*Ne deriva che spetta al giudice il potere di revoca delle misure di sicurezza – ove sia accertata la cessazione dello stato di pericolosità (art. 207, comma primo, c.p.) – anche prima che sia decorso il tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge*”.

<sup>11</sup>La norma richiamata è stata sottoposta al vaglio della Consulta da parte di chi sottolineava l’assurdità di prevedere un termine di durata massima che prescindesse dalla pericolosità individuale. Si legge in C. Cost. sent. n. 22 del 26 gennaio 2017 co-

chiari confini al potere dello Stato di difendersi punendo anche laddove la sanzione ambisca ad assumere la forma di un “trattamento” mediante internamento in funzione della pericolosità individuale. Non di meno, essa si espone ad alcune critiche. In primo luogo, se l’esigenza da perseguire era quella di predeterminare la durata massima della misura di sicurezza, non è chiara la ragione che per la quale si sia ritenuto di limitare il principio alle misure di sicurezza detentive, escludendo in tal modo che un termine massimo debba essere predeterminato per legge anche per la libertà vigilata, che pure incide sensibilmente sulle facoltà del sottoposto. In secondo luogo, la scelta di ancorare il termine di durata dell’internamento alla misura massima della pena detentiva prevista per il reato commesso (calcolata considerando l’aggravante di cui al n. 5 dell’art. 61 c.p. e quelle autonome e ad effetto speciale), può configurare una “corrispondenza” invero inappropriata. La misura edittale della pena è (o dovrebbe essere) determinata in una prospettiva proporzionalistica rispetto alla misura della offesa oggettiva. Benché il rinvio ad essa operato dall’art. 1 comma 1 *quater* del d.l. 52/2014 persegua scopi di garanzia, esso, non di meno, può rivelarsi sintomo di una sottaciuta natura “retributiva” anche delle misure di sicurezza<sup>12</sup>: la gravità edittale del reato commesso, già significativa nella determinazione legislativa del c.d. periodo minimo di durata (sempre, ovviamente, nella permanenza della pericolosità), concorre ora a determinare anche il massimo protrarsi dell’internamento. In sostanza, il principio di proporzionalità nel contesto delle misure di sicurezza appare ancora solo parzialmente attuato ed in termini ambigui: sarebbe in tal senso certamente più opportuno che si perseguisse lo scopo, determinando auto-

---

me, ad avviso della Corte, la norma impugnata sia “*diretta a evitare i cosiddetti ergastoli bianchi, cui può dar luogo la permanenza a tempo indeterminato in strutture detentive per l’esecuzione delle misure di sicurezza, e pone così fine a situazioni in cui per l’infermità mentale, anche nel caso di commissione di reati di modesta gravità, persone senza supporti familiari o sociali rimanevano perennemente private della loro libertà in un contesto di natura penale*”. È utile ricordare come la Consulta si sia sottratta ad una decisione pur constatando che la “*situazione sottoposta da giudice rimettente all’attenzione della Corte desta effettivamente preoccupazione, per la mancanza sul territorio di strutture idonee a soddisfare le esigenze di cura e controllo delle persone socialmente pericolose rimesse in libertà*”, negando la ammissibilità della questione.

<sup>12</sup> G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale, I fondamenti*, 2°, Torino 2011, 385 sottolinea come anche per i soggetti non imputabili “*l’elemento soggettivo venga [...] a giocare il ruolo di un nesso fondamentale di collegamento tra la situazione di incapacità e le caratteristiche del fatto commesso*” per cui il dolo e la colpa assumeranno il ruolo di “*fattori caratterizzanti l’episodio criminoso come pure quali elementi sintomatici per inferirne eventualmente la pericolosità dell’autore*”.

mamente la durata massima delle stesse, senza ulteriori richiami alla gravità del reato commesso<sup>13</sup>.

Che non sia ancora arrivato il tempo per affidare alla storia le misure di sicurezza ed il sistema del doppio binario emerge, infine, dalla recentissima riforma Orlando (dal nome del Ministro che ne ha patrocinato l'approvazione)<sup>14</sup>: l'art. 1 comma 16 conferisce delega al Governo ad adottare, entro un anno dall'entrata in vigore della legge, un decreto legislativo "per la modifica della disciplina [...] delle misure di sicurezza personali", secondo principi e criteri direttivi indicati (invero in modo sommario<sup>15</sup>) dalle lett. c) e d) del medesimo comma.

La prima indicazione attiene ai profili applicativi della materia: il nuovo sistema, dovrà così informarsi a:

---

<sup>13</sup> Sulla assoluta necessità di prevedere un termine di durata massima delle misure di sicurezza in ossequio al principio di proporzionalità cfr. M. BERTOLINO, *Il «crimine» della pericolosità sociale: riflessioni da un riforma in corso*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1371 e ss. Osserva l'A. (testo su *dejure on line*) affrontando il tema alla luce della riforma del 2014 e delle prospettive *de jure condendo*: "Anche in questa materia sono prospettabili diverse soluzioni di disciplina, e, benché per una di esse il legislatore moderno abbia già mostrato una preferenza, forse dettata più dalla fretta che dalla convinzione, rimane ancora l'alternativa di fondo, una volta messa da parte quella tra reato commesso e pericolosità del soggetto, tra la previsione della durata «in rapporto alla tipologia dei reati ovvero alla tipologia della misura», e, se si optasse per quella dei reati, l'alternativa tra durata da rapportarsi alla pena astrattamente comminata, come ha scelto il legislatore della riforma del 2014 [...] ovvero alla pena che concretamente avrebbe potuto essere applicata al reo qualora fosse stato giudicato imputabile".

<sup>14</sup> Al momento della redazione di questo testo, il d.d.l. 4368, *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*, frutto dell'unificazione in Senato (che ne ha approvato il testo il 15 marzo 2017) di numerose altre iniziative legislative di varia origine (ed in particolare del d.d.l. 2067, già passato al vaglio della Camera) è stato definitivamente approvato dalla Camera dei Deputati il 14 giugno 2017. La legge non è ancora stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale. Per un'analisi della riforma cfr. M. BERTOLINO, *Il crimine della pericolosità*, cit., *passim*; G.L. GATTA, *Riforma Orlando: la delega in materia di misure di sicurezza personali. Verso un ridimensionamento del sistema del doppio binario*, in *penalecontemporaneo.it*; F.C. PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro. Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in *penalecontemporaneo.it*, 52; M. PELISSERO, *La politica penale delle interpolazioni. Osservazioni a margine del disegno di legge 2067 testo unificato*, in *penalecontemporaneo.it*, 61; F. SCHIAFFO, *Psicopatologia della legislazione per il superamento degli OPG: un raccapricciante acting out nella c.d. Riforma Orlando*, in *penalecontemporaneo.it*.

<sup>15</sup> Sottolinea la mancanza di precisione dei criteri direttivi M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, 66. Scrive F.C. PALAZZO, *op. ult. cit.*, 58: "Si tratta all'evidenza di una delega decisamente indeterminata, che individua degli obiettivi di massima sicuramente condivisibili senza però riuscire a dare criteri direttivi in ordine alla disciplina e lasciando aperte non poche opzioni di fondo".