

IL “CRIMINE” DELLA PERICOLOSITÀ SOCIALE: RIFLESSIONI DA UNA RIFORMA IN CORSO (*)

di Marta Bertolino

Abstract. *La questione del trattamento del reo pericoloso è da sempre al centro dell’attenzione del dibattito penalistico e attualmente è oggetto di una proposta di Disegno di legge delega (il DDL n. 2067) in discussione all’Assemblea del Senato. Lo scritto prende spunto da questo Disegno e dalle conclusioni offerte sul tema dagli Stati generali dell’esecuzione penale. Tavoli tematici. Tavolo 11-Misure di sicurezza, per svolgere in via preliminare alcune riflessioni che portano a dubitare della affidabilità scientifica della nozione di pericolosità sociale e che rilevano come essa sia in realtà strumentale alla costruzione di tipologie legali d’autore alle quali riservare un trattamento sanzionatorio differenziato, quanto a severità e a modalità. Nonostante ciò, le prognosi di recidiva permeano settori sempre più ampi del nostro ordinamento penale, caratterizzando non solo il fronte delle misure di sicurezza, ma anche quello delle pene. Lo studio esamina in particolare la questione della pericolosità sociale del soggetto non imputabile e parzialmente imputabile per infermità di mente, con alcune considerazioni anche a proposito di quello imputabile mentalmente disturbato, alla luce della disciplina proposta nel Disegno di legge delega, attraverso un confronto con quella suggerita dagli Stati generali e con soluzioni di disciplina già presenti in ordinamenti diversi dal nostro. Da questo confronto emergono indicazioni per l’abbandono della pericolosità sociale, quale criterio guida per la scelta del trattamento, a favore del bisogno di cura e di trattamento; per il superamento del sistema del doppio binario a favore di un sistema monistico, caratterizzato da un ampio spettro di possibili risposte sanzionatorie dai contenuti terapeutico-riabilitativi e per l’inadeguatezza del Disegno di legge delega a far sì che l’ambiziosa proposta di riforma possa effettivamente e compiutamente realizzarsi.*

SOMMARIO: 1. Pericolosità e tipo d’autore: quale riforma. – 2. Pericolosità e infermità di mente. – 3. Il fronte sanzionatorio (proposte e ordinamenti a confronto): a) dalla pericolosità al bisogno di trattamento; b) Reo infermo di mente, seminfermo di mente, disturbato psichico: dal controllo alla cura. – 4. Verso una vera riforma?

1. Pericolosità e tipo d’autore: quale riforma.

«Si abbia dunque il coraggio della coerenza e si cancelli questo concetto di pericolosità da un Codice che riposa, come su un fulcro, sull’ammissione della libertà»,

poiché chi «parla di pericolosità dimostra di non avere un concetto chiaro dell'azione volontaria»¹.

Con queste parole Padre Agostino Gemelli nel 1949 formulava le sue osservazioni, di carattere criminologico, sul Progetto preliminare del nuovo Codice penale che avrebbe dovuto sostituire quello del 1930. Queste considerazioni incisivamente critiche sono rimaste fino ad oggi inascoltate: ancora aperto è infatti il dibattito sulla pericolosità sociale e sul suo destino. Anzi, la pericolosità sociale dagli spazi ristretti e ben delimitati che il Codice Rocco le aveva riservato, si è col tempo insinuata fino ad occupare luoghi della pena che originariamente non le competevano.

A tale proposito emblematico è il richiamo alla circostanza aggravante dell'aver commesso il fatto trovandosi clandestinamente nel territorio nazionale (art. 61, n. 11 *bis*). Circostanza spazzata via dalla Corte costituzionale², che ha stigmatizzato in questi termini la scelta di introdurla da parte di un legislatore securitario: «Il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti "del tutto estranei al fatto-reato", introducendo così una responsabilità penale d'autore "in aperta violazione del principio di offensività [...]" (sentenza n. 354 del 2002)», poiché il trattamento più severo «non vale a considerare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore». E, ancora : « Comportamenti pregressi dei soggetti non possono giustificare normative penali che attribuiscano rilevanza – indipendentemente dalla necessità di salvaguardare altri interessi di rilievo costituzionale – ad una qualità personale e la trasformino, con la norma considerata discriminatoria, in un vero "segno distintivo" delle persone rientranti in una data categoria, da trattare in modo speciale e differenziato rispetto a tutti gli altri cittadini».

La Corte invoca anche l'art. 25, secondo comma, Cost., ricordando che esso «pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali».

Così operando la Consulta sembra dunque confermare la riserve di chi, come Padre Agostino Gemelli, criticava l'opzione a favore della categoria dommatica della pericolosità sociale anche nel panorama della pena e non solo in quello delle misure di sicurezza, e affermava che «se pericolosità viene intesa nel senso di previsione di azione che trova il suo fondamento in una anomalia della persona (psicopatia, o nevrosi) o anche in una semplice reazione abnorme a determinate condizioni, allora la diagnosi di pericolosità non può dar luogo che ad un intervento di carattere puramente

* *Testo della relazione al Workshop "Il controllo dell'autore pericoloso. Quale futuro per le misure di sicurezza?", organizzato da DiPLaP, Università degli Studi "Roma Tre", Roma, 7 ottobre 2016, in corso di pubblicazione nella Rivista italiana di Medicina legale e del Diritto in campo sanitario. Si ringraziano i Direttori per avere concesso la pubblicazione in Diritto penale contemporaneo.*

¹ A. GEMELLI, *Osservazioni di carattere criminologico*, in *Osservazioni intorno al "Progetto preliminare del codice penale, Libro I"-Luglio 1949*, Vita e Pensiero, Milano, 1950, p. 52.

² Corte cost. 249/2010.

amministrativo, ossia a misure di prevenzione o di cura che sono fondamentalmente di competenza psichiatrica o che comunque rientrano nelle disposizioni di difesa sociale, e non mai possono costituire motivo di valutazione agli effetti di colpire con la pena»³.

Ma, nonostante questa vigorosa denuncia, il “crimine della pericolosità sociale” sopravvive e prospera nel nostro ordinamento e sembra acquistare sempre più vitalità, tanto da costituire non solo il crimine che l’ordinamento penale compie nei confronti del delinquente, etichettandolo come soggetto pericoloso per la società, ma anche quello che, secondo le proposte di recenti orientamenti a favore di un modello di estrema anticipazione della difesa sociale, il delinquente compirebbe contro la società, e per il quale sarebbe necessario introdurre una nuova ipotesi di reato, che incrimina il reo per il solo fatto di essere pericoloso, così come è stato recentemente suggerito⁴.

Insomma, se la pericolosità sociale sembra ancora fortemente ancorata al fondale del sistema penale, la proposta di riforma attualmente in discussione in Italia⁵ può effettivamente offrire un valido antidoto contro vecchie e nuove derive involutive in tema di pericolosità sociale e un realistico percorso di superamento di quest’ultima? La proposta di introdurre una fattispecie di reato di “persistente, violenta pericolosità”, che viene da oltreoceano per un verso e quella più europea di un potenziamento delle misure di sicurezza, se non in alcuni casi di un ritorno a tali misure, in particolare per i soggetti imputabili per altro verso⁶ rendono più che mai attuale questo interrogativo e ineludibile una risposta, onde evitare che il delinquente pericoloso continui a rappresentare un tipo legale d’autore, al quale, in quanto tale, siano legittimamente applicabili specifiche misure specialpreventive anche sicuritarie e senza che vi sia una corrispondenza ad un tipo criminologico d’autore, che, essendo scientificamente verificata e dunque fondata, assicuri un trattamento adeguato alle reali condizioni del reo⁷. E, infatti, poiché le ricerche empiriche testimoniano un alto numero di falsi positivi, cioè di soggetti giudicati erroneamente pericolosi, circa 6,8 su 10 persone, si dovrebbe rinunciare a riconoscere rilevanza ai fini del sistema penale a qualsiasi classificazione di persistente pericolosità o di delinquente irrecuperabile per la mancanza di una base scientifica⁸.

Alla ricerca di una risposta, in primo luogo occorre prendere atto che al momento, e forse per la prima volta, sulla disciplina delle misure di sicurezza sembra

³ A. GEMELLI, *op. cit.*, p. 52.

⁴ Cfr. S. DIMOCK, *Criminalizing Dangerousness: How to Preventively Detain Dangerous Offenders*, in *Crim. Law and Philos.*, 2015, pp. 537 ss.

⁵ V. il Disegno di legge n. 2067, risultante dall’abbinamento con vari altri disegni di legge e in particolare derivante da quello della Camera n. 2798, approvato dalla Camera dei deputati il 23 settembre 2015, trasmesso al Senato il 24 settembre 2015, sottoposto all’esame della 2° Commissione permanente giustizia e attualmente in discussione all’Assemblea del Senato.

⁶ V. la Germania con la misura di sicurezza custodiale, la *Sicherungsverwahrung*, la Spagna con la libertà vigilata, la Francia con la *Rétention de sûreté* e la *Surveillance de sûreté*, l’Inghilterra con la *Indeterminate Imprisonment for Public Protection*, IPP.

⁷ Sul tipo criminologico d’autore v., da ultimo, F. MANTOVANI, *Il tipo criminologico d’autore nella dottrina contemporanea*, in *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale*, atti della Giornata di Studi penalistici in ricordo di ALESSANDRO ALBERTO CALVI, Cedam, Padova, 2013, pp. 33 ss.

⁸ Cfr. K. HÖFFLER, *Tätertypen im Strafrecht und in der Kriminologie*, in *ZStW*, 2015, pp. 1018 ss., spec. p. 1052

essersi aperto uno squarcio nel velo che il legislatore aveva su di essa steso, poiché proprio quest'ultimo sembra avere finalmente espresso la ferma volontà di una riforma, come emerge dal Disegno di legge richiamato. Da questa progettata riforma, che – come è noto – si intitola “Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all’ordinamento penitenziario per l’effettività rieducativa della pena” (ora dal titolo più breve “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario”), occorre dunque partire, incominciando con alcune preliminari osservazioni di ordine metodologico, che già gettano un’ombra sul suo successo futuro. Ancora una volta si tratta infatti di una proposta che rischia di rimanere inattuata, poiché a fronte degli ambiziosi obiettivi proclamati risulta carente quanto a rigore nel metodo e a mezzi concreti per realizzarli. Sotto quest'ultimo profilo, mi sembra sufficiente riportare le testuali e inequivocabili indicazioni contenute nell’art. 7, co. 2 del Disegno di legge e riproposte nell’art. 12, co. 2 del testo del DDL presentato dalla Commissione Giustizia del Senato e attualmente all’esame dell’Assemblea: «I decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, su proposta del Ministro della giustizia». Non solo, ma si ribadisce che nella relazione tecnica di accompagnamento dei relativi schemi si deve dare «conto della neutralità finanziaria dei medesimi».

Quanto all’altro profilo, relativo al rigore di metodo, come è stato condivisibilmente evidenziato, «il disegno di legge sembra si sia caricato di un significato politico forse non del tutto corrispondente alla reale portata dell’intervento riformatore. Esso è, infatti, lontano dall’avere un carattere sistematico: le varie modifiche sono tra loro decisamente eterogenee, dotate di un impatto anche molto differenziato»⁹, come emerge, d’altra parte, già dalla stessa intitolazione del disegno. Profilo, questo, dell’eterogeneità, che si è andato accentuando nel testo sottoposto all’Assemblea, poiché in esso è confluita anche la disciplina della prescrizione, originariamente nel DDL n. 1844 della Camera.

Non solo, ma si affida allo strumento della delega legislativa il compito di rivedere un settore fondamentale e qualificante del nostro sistema sanzionatorio, quello delle misure di sicurezza, senza precise direttive politico-criminali tali da guidare, da indirizzare le scelte future dell’esecutivo¹⁰ e senza nemmeno riservare alla riforma di questo settore, così anche ideologicamente significativo, un rilievo autonomo attraverso una intitolazione *ad hoc* almeno del Capo. Le indicazioni di disciplina sono infatti affastellate sotto il Titolo I, Modifiche al codice penale, nel Capo III, nella rubrica del quale non viene richiamato né il settore delle misure di sicurezza né quello dell’infermità di mente (probabilmente la disciplina del casellario giudiziario è sembrata più

⁹ F. PALAZZO, [La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi](#), in questa Rivista, 29 maggio 2016, p. 2.

¹⁰ V., anche, M. PELISSERO, [La politica penale delle interpolazioni. Osservazioni a margine del disegno di legge n. 2067 testo unificato](#), in questa Rivista, 30 maggio 2016, p. 7.

importante e significativa)¹¹. A ovviare a questa serie di lacune non mi sembra serva invocare i risultati e le conclusioni a cui è giunto il Tavolo 11° degli Stati generali dell'esecuzione penale, voluti dal Ministro della giustizia. Se pur preziosi per la ricchezza e completezza delle indicazioni, si tratta pur sempre di orientamenti politico-criminali che provengono da una fonte nemmeno sublegislativa e certamente non vincolante.

Si prospetta, dunque, ancora una volta il rischio di una delega in bianco. Esso appare meno preoccupante per il principio di legalità quando si tratta della disciplina dell'infermità, per la quale se l'art. 7 del disegno alla lett. b), come anche sostanzialmente il nuovo art. 12, lett. c)¹², sollecita genericamente la «revisione del rigido modello definitorio dell'infermità» a favore di «clausole aperte, in grado di attribuire rilevanza, in conformità ai consolidati approdi scientifici, ai disturbi della personalità», la prassi, come a breve si dirà, ha già consolidato le direttive di disciplina, che altrimenti continuerebbero a rimanere «opache», poiché l'unico criterio direttivo offerto di una definizione «aperta», fino a ricomprendere anche i disturbi di personalità, non sembra potersi considerare, come invece è stato sostenuto, già di per sé «sufficientemente chiaro»¹³.

Sicuramente preoccupante, dal punto di vista della sua natura in bianco nel confronto con la legalità, appare invece la delega a riguardo del settore sanzionatorio richiamato delle misure di sicurezza, dove si prospettano plurime soluzioni di disciplina¹⁴ anche a riguardo del soggetto infermo di mente che ha commesso un reato. A tale proposito si è giustamente osservato che sono «... incerti i margini della delega», che «presenta diversi profili, non convincenti, di conservazione dell'attuale assetto di disciplina»¹⁵.

2. Pericolosità e infermità di mente.

Nella classe di *genere* delinquente pericoloso, infatti, quella del delinquente infermo di mente, e di cui mi devo occupare, rappresenta per tradizione una *specie significativa*, accanto a quelle del delinquente per tendenza, abituale, dei recidivi e a quelle più moderne del delinquente sessuale, mafioso, dell'immigrato clandestino, del terrorista, in breve a quella del «nemico»¹⁶. Come è noto, nel tempo si è verificata una rottura dell'equazione soggetto malato di mente = soggetto pericoloso, quest'ultima

¹¹ «Deleghe al Governo per la riforma del regime di procedibilità per taluni reati, per il riordino di alcuni settori del codice penale e per la revisione della disciplina del casellario giudiziale».

¹² L'art. 12, lett. c) sul punto infermità recita: «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».

¹³ M. PELISSERO, *op. cit.*, p. 7.

¹⁴ Cfr. F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 2.

¹⁵ M. PELISSERO, *op. cit.*, p. 7.

¹⁶ In tema di diritto penale del nemico, v., da ultimo, F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. pen.*, 2016, p. 181 ss. e ivi la bibliografia.

conseguenza di quello che già Foucault definiva «la sintesi tra la pericolosità e la follia»¹⁷, grazie all'abrogazione delle presunzioni di pericolosità. La riconducibilità del reo alla categoria del soggetto pericoloso in quanto infermo di mente attualmente presuppone perciò uno specifico accertamento della concreta, soggettiva pericolosità sociale. L'appartenenza alla categoria del malato mentale anche nel sistema penale ha perso la sua valenza di indice naturale di pericolosità.

Cosa che invece ad esempio sembrava ancora perdurare ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione nei confronti dei soggetti sospettati di appartenere ad organizzazioni criminali di stampo mafioso, i c.d. indiziati di mafia, fino alla recente sentenza della Cassazione dell'11 febbraio 2014, n. 23641, che ha stabilito che anche per le misure di prevenzione personali va verificato il requisito dell'attualità della pericolosità nei confronti di tutte le categorie dei soggetti destinatari di esse¹⁸, non essendo ammissibili presunzioni di pericolosità¹⁹.

Se dunque oggi per qualsiasi tipo normativo d'autore riconducibile ad una astratta categoria di pericolosità occorre la formulazione del giudizio di pericolosità sociale, e se queste categorie d'autore hanno occupato spazi sempre più significativi anche ai fini delle pene e non solo delle misure di sicurezza, i giudizi prognostici hanno finito con l'assumere un ruolo fondamentale nella realtà del nostro sistema sanzionatorio.

Questa considerazione vale ancor di più a proposito dei giudizi di pericolosità connessi a quelli sulla capacità di intendere e di volere del soggetto affetto da un disturbo mentale, nel momento in cui da un concetto ristretto si è passati ad un concetto ampio, allargato della infermità di mente di cui agli artt. 88 e 89, tale da ricomprendere anche i disturbi di personalità, concetto allargato suggellato, come è noto, dalla decisione a Sezioni unite del 2005²⁰. Non si può quindi ritenere che il termine infermità degli articoli del codice rimandi ad un «rigido modello definitorio», come invece sostenuto nell'art. 7 del Disegno licenziato dalla Camera e come si ribadisce peraltro anche a proposito dell'art. 12 del testo proposto alla discussione dalla Commissione²¹ o ritenere che tale termine rappresenti un «rigido concetto»²². L'infermità dell'art. 88 è diventato ormai un elemento normativo che, come tutti gli elementi di tal genere, rinvia ad una diversa realtà, che in questo caso è di natura extragiuridica, costituita dal sapere specialistico psicopatologico. Questo sapere ha elaborato da tempo un concetto mobile, flessibile della malattia mentale, che viene intesa ormai comunemente come disturbo mentale e in quanto tale in grado di inglobare pacificamente anche i disturbi di personalità. Conseguentemente, come ha già fatto il legislatore in materia di errore sull'età della

¹⁷ M. FOUCAULT, *Lezione del 12 febbraio 1975*, in ID, *Gli anormali*, Feltrinelli, Milano, 2000, 179.

¹⁸ V. art. 4 d.lgs. n. 159 del 2011

¹⁹ Cfr., in proposito, F. MENDITTO, *L'attualità della pericolosità sociale va accertata, senza presunzioni, anche per gli indiziati di mafia. Osservazioni a margine di Cass. Pen., Sez. I, 11 febbraio 2014 (dep. 5 giugno 2014, n. 23641, Pres. Giordano, Rel. Magi, Ric. Mondini)*, in questa Rivista, 7 luglio 2016, pp. 1 ss.

²⁰ V. Cass. Sez. Un. 8 marzo 2005, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 7, p. 37 ss.

²¹ Così nella *Nota breve*, n. 126-agosto 2016, del Servizio Studi del Senato.

²² PALAZZO, *op. cit.*, p. 9.

persona offesa²³, l'intervento riformatore potrebbe semmai essere nel senso di una ratifica normativa di un diritto vivente ormai consolidato.

È allora sull'opportunità e in che termini di tale ratifica che si può invece ancora discutere, poiché il Disegno – come già anticipato – parla genericamente di «clausole aperte» o più sbrigativamente nella versione ultima di «clausole» *tout court*, che potrebbero quindi essere anche “chiuse”, come a breve vedremo essere stato proposto dagli Stati generali. Infatti, anche in questo campo si aprono diverse soluzioni di disciplina, per la scelta della quale, peraltro, non sembrano essere di grande aiuto nemmeno le proposte del Tavolo 11 degli Stati generali²⁴, che si limitano a ricalcare il principio di diritto delle Sezioni unite del 2005 di inclusione dei disturbi di personalità nel concetto di infermità, come emerge dalla Proposta 4. Tale Proposta viene però sintetizzata in una Direttiva che sembra quasi contraddire quella del Disegno di legge a favore del riconoscimento in via di principio dei disturbi di personalità come infermità. La Direttiva degli Stati generali dichiara che per «i c.d. gravi disturbi della personalità, si ritiene di doversi uniformare alla *guideline* secondo cui essi non rilevano ai fini dell'applicabilità degli artt. 88 e 89 c.p., fermo restando tuttavia che i medesimi devono assumere la connotazione di infermità giuridicamente rilevante allorché abbiano inciso in maniera significativa sul funzionamento dei meccanismi intellettivi e volitivi dell'autore di reato e il reato sia in connessione psicopatologica e funzionale con il disturbo grave»²⁵. Coerentemente con questa impostazione, a proposito della gravità del disturbo, si specifica che essa va riconosciuta ai soli disturbi psicotici e ai disturbi di personalità così gravi da determinare nel soggetto che ne è affetto «una situazione di assetto psichico incontrollabile e ingestibile tanto da integrare gli estremi di un vero e proprio scompenso psicotico»²⁶. Alla fine, per gli Stati generali le clausole aperte auspiccate nel Disegno di legge agli artt. 88 e 89 non dovrebbero dunque essere troppo aperte, se in realtà si sostiene un'interpretazione riduttiva del concetto di infermità mentale in termine di disturbo psicotico, dal quale andrebbero quindi escluse le personalità psicopatiche, le nevrosi e le altre anomalie caratteriali o alterazioni o disarmonie della personalità prive dei caratteri della gravità e del nesso eziologico. Questo perché – precisa la Relazione di accompagnamento delle proposte – «il sistema attuale sconta un eccesso di valutazioni di non imputabilità che dunque sarebbe auspicabile si riducessero» Sarebbe, questo, il fenomeno chiamato nella Relazione degli Stati generali dei «criptoimputabili»²⁷, cioè di quei soggetti che, pur non dovendo essere dichiarati non imputabili, vengono giudicati totalmente incapaci e in quanto tali sottoposti a una misura di sicurezza. Ma occorre riflettere sul fatto che esclusi dai giudizi di totale incapacità di intendere o di volere, in quanto non psicotici o comunque non affetti da uno scompenso psicotico, questi soggetti andrebbero a ingigantire il già vasto

²³ V. art. 609 *sexies*, il cui testo è stato modificato dalla l. n.172/2012 per adeguarlo a quanto stabilito dalla sentenza della Corte cost. n. 322/2007 e all'orientamento consolidato della successiva prassi.

²⁴ Cfr. *Stati generali dell'esecuzione penale. Tavoli tematici, Tavolo 11-Misure di sicurezza*, p. 9.

²⁵ V. *Stati generali dell'Esecuzione penale*, cit. aggiornamento del 10 febbraio 2016, p. 3.

²⁶ *Stati generali dell'Esecuzione penale*, cit., p. 9.

²⁷ *Stati generali dell'Esecuzione penale*, cit., p. 16.

numero dei rei condannati affetti da un disturbo psichico, rei che l'esperienza americana ha ormai segnalato come un allarmante problema sociale e per i quali il carcere continua a rappresentare la soluzione obbligatoria, che accoglie sì, ma non cura.

Al di là delle indicazioni degli Stati generali, quella del Disegno di legge a favore di clausole aperte rimane talmente generica da far sì che la scelta di disciplina ricada totalmente sul futuro riformatore, delegato senza vincoli predeterminati legislativamente a optare fra le possibili e molteplici soluzioni di disciplina, e in particolare fra le seguenti che in questa sede si possono solo elencare:

a) quella a favore di clausole veramente aperte, come ad esempio nel codice penale spagnolo dove si parla di qualsiasi anomalia (*cualquier anomalía*) o alterazione psichica (*alteración psíquica*), tale da compromettere la capacità di comprendere l'illiceità del fatto o di comportarsi in conformità a questa consapevolezza (art. 20.1); o in quello francese che all'art. 122-1 rimanda ai concetti di «*trouble psychique ou neuropsychique*». In tal senso anche i diversi progetti di riforma del nostro codice, in particolare il Progetto Grosso, che richiama concetti quali «infermità o altra grave anomalia», quest'ultimo sostituito nella versione definitiva con quello di «altro grave disturbo della personalità»²⁸, con il rischio però di esporsi al rimprovero di indeterminatezza della fattispecie, come è successo con il concetto di infermità di cui agli artt. 88 e 89 c.p.;

b) quella che opta per una disciplina che offre degli indici in base ai quali sia possibile determinare i contorni del campo operativo delle cause di esclusione dell'imputabilità per infermità mentale, attraverso una specificazione dei diversi disturbi. Questa soluzione, che già prospettavo come la precedente nel 1990, è accolta nel codice penale tedesco, che ai par. 20 e 21 elenca la tipologia di disturbi psichici che possono rilevare penalmente;

c) quella che rinuncia all'elencazione specifica e nello stesso tempo si sottrae alla critica di eccessiva indeterminatezza è la soluzione di disciplina del codice penale norvegese (art. 44), che utilizza una clausola "chiusa", per rinviare ad un concetto di disturbo strettamente medico: a quello di psicosi o meglio di soggetto psicotico e a quello stato di incoscienza, o meglio di soggetto incosciente. Per la diagnosi di esso occorrono inizialmente due esperti, le cui conclusioni sono poi sottoposte alla valutazione della Commissione sulla Medicina forense e infine il parere viene valutato dal collegio giudicante, che per lo più lo accetta. Questo modello del riferimento espresso ad una precisa terminologia psichiatrica per l'individuazione del disturbo in grado di escludere l'imputabilità viene definito medico²⁹. Quella di psicosi o di incoscienza è tuttavia una terminologia clinico-psichiatrica fortemente restrittiva delle potenziali cause, come lo è la proposta degli Stati generali che sembrerebbe quindi avvicinarsi alla soluzione norvegese.

Un'apertura viene invece offerta dalla disciplina norvegese a proposito della semimputabilità, che si differenzia da quella appena descritta non sotto il profilo

²⁸ Cfr. M. BERTOLINO, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 860 ss., ove suggerivo il termine «altro grave disturbo mentale o altro grave disturbo psichico».

²⁹ Così M. MOORE, *The Quest for a Responsibility Test: Norwegian Insanity Law After Breivik*, in *Crim. Law and Philos.*, 2015, 9, pp. 645 ss.

quantitativo, come nel nostro codice, ma *qualitativo*, in relazione cioè alla tipologia del disturbo, che viene identificato in una «seria malattia mentale che comporta una notevole riduzione della capacità di una realistica valutazione del contesto relazionale e sociale che circonda il soggetto, che non è però psicotico» (art. 56)³⁰.

d) di opposto orientamento la soluzione offerta dal modello c.d. giuridico, cioè di rinuncia a qualsiasi aggancio empirico offerto dal sapere competente a favore di un concetto esclusivamente giuridico-normativo di disturbo psichico. Chi segue questa impostazione ritiene che, ad imporla sia la necessità di un'applicazione intelligente della legge, in quanto in grado di perseguire i suoi obiettivi. Perché ciò si realizzi, le espressioni normative per contrassegnare le cause psichiche di esclusione dell'imputabilità non potrebbero automaticamente assumere significati che appartengono ad espressioni che servono per scopi differenti in contesti diversi da quelli del diritto penale³¹. Ma il rischio di questa impostazione è la rinuncia ad un diritto penale integrato, per un diritto penale con una sua esoterica psicopatologia.

3. Il fronte sanzionatorio (proposte e ordinamenti a confronto): a) dalla pericolosità al bisogno di trattamento; b) Reo infermo di mente, seminfermo di mente, disturbato psichico: dal controllo alla cura.

Passando al fronte sanzionatorio, del controllo, due sono le questioni da affrontare: a) quella del ruolo da riconoscere ancora alla pericolosità sociale; b) quella della tipologia di sistema sanzionatorio e della tipologia di intervento che si vuole riservare per il soggetto infermo di mente totalmente o parzialmente non imputabile ma anche per quello pienamente imputabile. Nel Disegno di legge richiamato entrambe le questioni sono trattate. Sembrerebbe dunque ormai arrivato il momento in cui il legislatore, abbandonato lo stato di latitanza, affronta direttamente i problemi, per la risoluzione dei quali, fino ad ora, se non con rare, recenti eccezioni³², si era affidato a soluzioni in via laterale, confidando in particolare sull'operosità della Corte costituzionale. Come è stato infatti osservato, a «consuntivo di un quarantennio di giurisprudenza costituzionale, si poteva sostenere, paradossalmente, che gli illuminati interventi con cui erano stati espunti dall'ordinamento irrazionali ed anacronostici istituti per la comminazione e l'esecuzione dell'internamento in manicomio criminale (nel frattempo rinominato ospedale psichiatrico giudiziario), avevano anche distolto l'attenzione dalla intrinseca frizione tra la stessa sopravvivenza della misura di sicurezza detentiva e gli artt. 13, 25, 27 e 32 Cost.»³³.

³⁰ Cfr. ancora M. MOORE, *op. cit.*, p. 647.

³¹ Per tali considerazioni, v. M. MOORE, *op. cit.*, p. 648.

³² In particolare quella del superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario, v. l. 81/2014 di conversione del d.l. 31 marzo 2014, n. 52, recante "Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari".

³³ D. PICCIONE, *Politica delle libertà costituzionali e soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 5164.

Se proprio alle luce dell'attuale proposta di modifica il legislatore sembra essere uscito dall'immobilismo che lo caratterizzava, occorre tuttavia ribadire come su questioni così decisive per il futuro del nostro ordinamento penale il legislatore delegante si accontenta e rischiosamente, ancora una volta, «di una delega 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»³⁴.

a) In questi termini si presenta la questione della pericolosità dell'autore del reato: per quello imputabile, dall'originario art. 7 del Disegno di Delega non emerge una indicazione forte e precisa per il chiaro superamento del sistema del doppio binario e quindi della pericolosità sociale. Quanto al testo da ultimo riformato e in discussione, l'art. 12 sembra superare il sistema del doppio binario e abbandonare così la pericolosità sociale, ma solo in parte, poiché questo sistema, con il suo presupposto della pericolosità sociale, viene apertamente legittimato nei casi particolari a cui rinviava l'art. 7 e che ora vengono individuati in quelli dell'art. 407, co. 2, lett. a) c.p.p. Una soluzione, questa, che, se a prima vista può sembrare ragionevole, ancora una volta conferma la politica criminale post-moderna a favore di un diritto penale differenziato in ragione della particolare tipologia d'autore e della sua pericolosità, la quale ultima finisce con l'essere sempre più determinata dalla natura del fatto di reato, come esemplificativamente accade per i delinquenti sessuali.

Alla rinuncia al crimine della pericolosità sociale non sembra dunque si possa sperare in un prossimo futuro; con la conseguenza che anche per l'autore non imputabile o parzialmente imputabile, destinatario privilegiato di misure anche di controllo, dal Disegno non si possono cogliere segnali univoci che potrebbero indirizzare per un abbandono della pericolosità sociale come criterio guida ai fini del trattamento sanzionatorio.

Per questi soggetti infatti le *guidelines* dell'art. 7 sono: «previsione, nei casi di non imputabilità, di misure di cura o di controllo, determinate nel massimo e da applicare tenendo conto della necessità di cura; previsione, in caso di capacità ridotta, di un trattamento sanzionatorio finalizzato al superamento delle condizioni che hanno ridotto 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» (seconda parte dell'art. 7, lett. b).

Le *guidelines* dell'art. 12 del testo all'esame dell'Assemblea ricalcano quelle dell'art. 7 con alcune modifiche. Più precisamente:

- la denominazione «misure di cura o di controllo» diventa «misure terapeutiche e di controllo», divenendo quindi quelle di controllo irrinunciabili; ma soprattutto ai fini di una migliore specificazione della disciplina, anche con riferimento ai non imputabili si assume espressamente la pericolosità quale presupposto irrinunciabile della misura, pur coniugato ora con quello della necessità di cura. Ma entrambe le denominazioni risultano ambigue, perché non offrono al futuro legislatore chiarezza su quale dovrà

³⁴ F. PALAZZO, *op. cit.*, pp. 8 s.

essere l'obiettivo della nuova disciplina, come invece chiedono da tempo gli psichiatri forensi. Poiché «la Psichiatria non può vicariare bisogni sociali che non le appartengono», è necessario «sapere ... se si cura per tutelare la salute di un malato o se si è chiamati a curare per evitare che il paziente compia nuovi reati. Perché sono cose diverse»³⁵.

- quanto ai semimputabili l'art. 12 sembra invece fare un notevole passo in avanti rispetto alla precedente formulazione, poiché espressamente prevede «l'abolizione del sistema del doppio binario» a favore di un trattamento più mirato sulle condizioni del soggetto, ma, come nell'art. 7, il ricorso a trattamenti terapeutici o riabilitativi così come l'accesso a misure alternativa, di cui tuttavia non si precisa la necessità di prescrizioni terapeutiche, non solo sono previsti in termini non obbligatori, ma devono essere bilanciati con «le esigenze di prevenzione a tutela della collettività». Insomma, per i casi di imputabilità ridotta si fa riferimento a un non ben definito trattamento sanzionatorio che tenga conto delle esigenze particolari del reo e a trattamenti terapeutici o riabilitativi, il tutto temperato dalle esigenze di difesa sociale.

Per i casi di non imputabilità il riferimento è dunque alle misure dettate da esigenze di cura o/e di controllo, senza peraltro alcuna direttiva chiara sui presupposti di applicazione delle stesse se non quello della pericolosità, e senza peraltro alcuna precisazione sul rapporto intercorrente fra le due esigenze: simmetrico, complementare, gerarchico? Un chiarimento sarebbe stato necessario, se si considera per un verso l'assoluta genericità del Disegno sulla tipologia del futuro sistema sanzionatorio, a proposito del quale si usano espressioni quali: «revisione della disciplina delle misure di sicurezza rivisitazione del regime del cosiddetto "doppio binario"», per altro verso il permanere di aperture alla pericolosità sociale, assicurate per gli imputabili dall'indicazione di far «salva la necessità in casi particolari della miglior tutela della collettività» ovvero dal riferimento alle tipologie d'autore dell'art. 407 c.p.p.; per i semimputabili da quella di far «salve le esigenze di prevenzione a tutela della collettività». E i dubbi sono stati sollevati dalla dottrina già con riferimento alla versione originaria del DDL n. 2067. Ci si è domandati «se debba essere mantenuta la pericolosità sociale, nella versione attuale o ridefinita, o se vada sostituita dal bisogno di trattamento»³⁶. Con la conseguenza che con specifico riferimento ai non imputabili l'alternatività fra cura e controllo, ma lo stesso vale a proposito della versione riformata, dove si prevede la congiunzione della cura con il controllo, completata dalla previsione espressa della revoca della misura quando venga meno la pericolosità sociale, non solo si pone in contrasto con quanto affermato a suo tempo dalla Corte costituzionale³⁷ a favore della preminenza delle finalità di cura e tutela dell'infermo di mente su quella di tutela della collettività, ma anche lascia al legislatore delegato importanti decisioni di politica criminale che segneranno il volto del nostro futuro sistema sanzionatorio: se quello del controllo, della repressione ovvero quello del recupero, della

³⁵ R. CATANESI, *Superare l'equivoco*, Relazione alla Camera dei Deputati sulla questione abolizione delle misure di sicurezza e della cancellazione della pericolosità sociale, 13 marzo 2013, in www.salutementale.it.

³⁶ M. PELISSERO, *op. cit.*, p. 7

³⁷ Corte cost. n. 253/2003.

risocializzazione. In breve, aperta rimane ancora l'opzione a favore della pericolosità sociale, mentre l'accento posto sulla necessità di cura non basta a contemperare questo rischio.

Se all'esecutivo ancora una volta viene data carta bianca, non rimane che sperare che esso tenga conto delle sollecitazioni di una parte della dottrina e delle proposte di riforma a favore del bisogno di cura come presupposto e criterio guida per il trattamento del non imputabile.

Quanto alle prime vorrei solo ricordare che è dal 1990 che sostengo che la strada da percorrere debba essere quella che individua nel bisogno di cura e di trattamento il vero presupposto per modulare la risposta statuale al reato commesso da persona con disturbi mentali. In particolare a proposito della non imputabilità per vizio di mente, affermavo che presupposto fondamentale in base al quale orientare la risposta sanzionatoria avrebbe dovuto essere non più lo «stato di inimputabilità e la pericolosità, ma il *bisogno reale di trattamento*: la necessità e opportunità di trattamento medico in ragione dello stato mentale del soggetto, garantendo così trattamenti conformi al senso di umanità e orientati alla risocializzazione del soggetto, (garantendo così) trattamenti cioè conformi dello stato mentale del reo, secondo quanto disposto dall'art. 27, co. 3° co. Cost.»³⁸.

Accedere a quest'ordine di idee non significa, tuttavia, obliterare il fronte delle garanzie, e già richiamavo l'attenzione sull'importanza del rispetto del principio di proporzionalità della misura, onde combattere il rischio di «facili manipolazioni per soddisfare istanze di difesa sociale»³⁹. Istanze a cui autorevole dottrina da tempo opponeva le «obiezioni ideologiche contro la misura di sicurezza e contro una prevenzione speciale o una "difesa sociale" che rendono l'uomo strumento di fini che ne trascendono l'individualità e ne sacrificano la dignità etica»⁴⁰.

Ribadivo questa posizione ancora nel 2001, in occasione di un commento al Progetto preliminare di riforma della parte generale del Codice penale, presentato dalla Commissione ministeriale presieduta da Grosso⁴¹. In questo Progetto, come anche in quello della Commissione Nordio, non si rinunciava alla pericolosità sociale, quale presupposto di applicazione di una misura, pur accanto a quello di cura. È solo nel Progetto della Commissione Pisapia del 2007 che il bisogno di cura prevale su quello di controllo sociale espresso dalla pericolosità sociale, che non viene più menzionata fra i criteri finalistici della misura dell'art. 21, lett. g). In questo articolo si stabilisce che le misure, pur chiamate ancora di cura e di controllo, sono applicate determinate nel massimo (tenendo conto della pena in concreto, cioè di quella che si applicherebbe all'autore se fosse imputabile, che non può essere superata) e «in base alle necessità della cura». E giustamente, poiché – come avevo già chiarito – la non menzione del criterio finalistico del controllo, non significa che le considerazioni sulla pericolosità, più o meno

³⁸ M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 679

³⁹ M. BERTOLINO, *L'imputabilità*, cit., p. 680.

⁴⁰ G. VASSALLI, *A prima lettura. L'abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, in *Giur. cost.*, 1982, I, pp. 1216.

⁴¹ M. BERTOLINO, *Fughe in avanti*, cit., pp. 868 ss.

qualificata, del soggetto sarebbero comunque bandite dall'orizzonte della decisione sul trattamento degli autori non imputabili. Di esse, infatti, si potrebbe, anzi si dovrebbe, tenere conto «al pari di qualsiasi altro elemento funzionale al giudizio circa il se, il modo e il *quantum* dell'intervento trattamentale»⁴². È infatti «evidente – come la stessa Corte costituzionale già nel 1982 affermava con riferimento ai soggetti non imputabili per infermità mentale – che la ... risocializzazione dipende dalla guarigione o quanto meno dal miglioramento delle loro condizioni psichiche»⁴³.

Una conferma in tal senso viene anche da recente dottrina costituzionalistica, che afferma che «il giudizio di pericolosità sociale dovrebbe essere concentrato sulle condizioni di patologia psichiatrica dell'infermo e, sulla base di queste, condurre alle alternative terapeutiche più idonee»⁴⁴. Stando così le cose, nessun dubbio potrebbe quindi permanere circa la competenza del perito in proposito, dato che si tratterebbe di formulare la prognosi di trattamento, di fornire cioè indicazioni utili sul tipo di intervento più idoneo al caso concreto⁴⁵. Questo punto di vista sembra emergere nella Proposta 4 degli Stati generali, allorché si riconosce che spetta ai periti «il compito di pronunciarsi in punto necessità di cura a elevata o attenuata intensità terapeutica con un quesito del tipo: “in caso di accertato vizio totale di mente, dicano se ... sia da considerare persona che presenta, allo stato, necessità di cura a elevata o attenuata intensità terapeutica e valutino presenza e persistenza di rischio psicopatologico in atto, precisandone i rispettivi indicatori clinici; propongano, se richiesti, il luogo e le modalità di esecuzione del relativo programma terapeutico”»⁴⁶. È evidente che per l'attuazione di tutto ciò, come vedremo, diventa indispensabile poter disporre di un ricco arsenale di possibili soluzioni.

Che quella della cura sia una prospettiva in grado di accogliere e soddisfare anche quella della prevenzione e del controllo sembra d'altra parte trovare conferma anche là dove gli Stati generali affermano «l'esigenza di mettere al centro del sistema la persona del paziente psichiatrico giudiziario ed il primato della sua cura, nella consapevolezza che la cura è la migliore forma e tecnica di controllo»⁴⁷, anche se poi – come si vedrà – da questa affermazione non conseguono delle proposte che ne rispecchiano a pieno i contenuti, a partire dalla denominazione delle misure per i soggetti inimputabili nei termini di “Misure giudiziarie di cura e controllo”⁴⁸. Al di là di questa osservazione, sulla quale si ritornerà, la posizione degli Stati generali, secondo la dottrina sembrerebbe essere a favore del superamento della pericolosità sociale, di cui si ammette apertamente lo stato di crisi. Si legge infatti che la «categoria della pericolosità sociale, così come è conosciuta dal nostro ordinamento penale, appare in profonda crisi. È opportuno, quindi, che essa cessi di assommare in sé caratteristiche ibride ed

⁴² M. BERTOLINO, *Fughe in avanti*, cit., p. 870.

⁴³ Corte cost. n. 139/1982.

⁴⁴ D. PICCIONE, *op. cit.*, p. 5174.

⁴⁵ V. già M. BERTOLINO, *L'imputabilità*, cit., p. 679, nota n. 139.

⁴⁶ *Stati generali dell'esecuzione penale*, cit., p. 9.

⁴⁷ *Stati generali dell'esecuzione penale*, p. 13.

⁴⁸ A favore della previsione congiunta delle esigenze di cura e di controllo, v. PELISSERO, *op. cit.*, p. 10.

ambivalenti, legate alla diagnosi psichiatrica e ad una aleatoria prognosi sull'eventuale esigenza di neutralizzare il soggetto reo, sovrapponendo confusamente il concetto di pericolosità psichiatrica con quello di pericolosità giudiziaria»⁴⁹.

Tuttavia, occorre osservare in primo luogo come, diversamente dall'art. 7 e conformemente all'art. 12, per gli Stati generali le esigenze di controllo sono viste come irrinunciabili, dato che esse non sono indicate alternativamente ma congiuntamente a quelle di cura, con le quali si devono quindi coniugare. Non solo, ma il livello di intervento viene dettato dalla gravità del fatto, che costituisce per tradizione la bussola del giudizio di pericolosità sociale, come confermato anche ultimamente dalla giurisprudenza, che per la valutazione del concreto pericolo di reiterazione dell'attività criminosa privilegia il criterio della molteplicità dei fatti commessi, in quanto tale molteplicità, «considerata alla luce delle modalità della condotta concretamente tenuta, può essere indice sintomatico di una personalità proclive al delitto, indipendentemente dall'attualità di detta condotta e quindi anche nel caso in cui essa sia risalente nel tempo»⁵⁰.

La proposta degli Stati generali sembra privilegiare la prospettiva del reato presupposto, allorché suggerisce di distinguere tra livelli differenti di intervento a seconda della gravità del fatto, che finisce così con l'assumere il ruolo di protagonista a scapito di quello della cura. Ma, se, da un lato, il fatto con la sua gravità garantisce la proporzionalità della risposta, dall'altro non è detto che ne garantisca anche l'idoneità ai fini del particolare bisogno di cura del soggetto, nonostante il requisito del nesso eziologico fra reato e infermità mentale. Insomma, non mi sembra che si possa affermare che nella proposta degli Stati generali vi sia un superamento della pericolosità sociale nemmeno nei confronti dei soggetti non imputabili. Anzi, sotto altra nomenclatura essa viene mantenuta al fine di svolgere il compito determinante di prima selezione della tipologia di intervento.

Passando a considerare la situazione dei soggetti a cui viene riconosciuto un vizio parziale di mente, se unanimemente si afferma la necessità costituzionale di una riforma a favore di un sistema unificato, in cui non sia più possibile la doppia imposizione sanzionatoria della pena e della misura di sicurezza, molte incertezze pervadono invece

⁴⁹ *Stati generali dell'esecuzione penale*, cit., p. 16; v., anche, D. PICCIONE, *op. cit.*, p. 5167 s. sulla natura spuria del concetto di pericolosità sociale, «che è misto perché prognostico e diagnostico» e sulla sua pervasività; 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, p. 441, per la quale «il riferimento al "controllo", nelle intenzioni dei proponenti, assume valore non tanto in un'ottica di difesa sociale, bensì in quella di protezione e di tutela primaria del soggetto dalle stesse alterazioni psichiche più gravi», anche se, quando si tratta di applicare le misure coercitive per i reati più gravi, non si può ritenere completato il processo di superamento.

⁵⁰ Trib. Bologna, 15 maggio 2015, in *Arch. pen.* 2015, 1, con nota critica di A. GAITO, *Disorientamenti in tema di attualità del pericolo di reiterazione*, attualità che il Tribunale non ritiene di dover prendere in considerazione ai fini della irrogazione di una misura cautelare personale, nonostante la l. 16 aprile 2015, n. 47 abbia modificato l'art. 274, co. 1, lett. c, c.p.p., prevedendo quali criteri di valutazione del pericolo di reiterazione di reati non solo la concretezza ma anche l'attualità del pericolo e nonostante la richiamata sentenza della Cassazione dell'11 febbraio 2014 che, anche in tema di misure di prevenzione, rifiuta qualsiasi giudizio presuntivo di pericolosità (v. *retro* nel testo).

il dibattito sui contenuti di tale sistema: a) sostituzione della pena con una misura (di sicurezza) trattamentale; b) sospensione della pena, con obblighi e prescrizioni trattamentali; c) conformazione dell'esecuzione penitenziaria agli scopi terapeutico-riabilitativi in ragione delle caratteristiche del caso concreto; d) introduzione di tutti e tre i meccanismi, che possono quindi anche non essere necessariamente alternativi tra loro⁵¹. Un dibattito che si protrae da anni, se ancora nel 1990 scrivevo che solo una ampia gamma di possibili sanzioni, un'ampia elasticità nella scelta di esse da parte del giudice, più un forte contenuto terapeutico, riabilitativo di esse e l'impostazione rigidamente monistica del sistema sanzionatorio in cui «ad un reato deve corrispondere una sola sanzione orientata in senso rieducativo» rappresentano anche nelle ipotesi di capacità ridotta «l'orientamento vincente», in grado di garantire «un intervento il più possibile individualizzato»⁵². Se il problema della semi-imputabilità si risolve dunque in quello del suo trattamento, anche quello della pericolosità sociale perde di rilevanza autonoma per il suo confluire in quello del bisogno di trattamento, che – come per i soggetti affetti da un vizio totale di mente – deve guidare la decisione sul tipo, sui contenuti (terapeutico-riabilitativi) e sulle modalità della sanzione, la cui natura, di pena o di misura, in un sistema monistico-unificato perderebbe di rilievo sostanziale. La proposta di DDL all'ordine del giorno dell'Assemblea del Senato, come già anticipato, sembra essere in sintonia con questa prospettiva, poiché dà un'indicazione vincolante di superamento del sistema del doppio binario. Forse, sono state illuminanti le conclusioni degli Stati generali a favore di un deciso sistema monistico. Dalla Relazione di accompagnamento si colgono infatti, fra le altre, la seguente importante indicazione a riguardo della disciplina dei soggetti semimputabili: La «previsione di un trattamento a sanzione unica dei soggetti semimputabili con l'introduzione di una misura di affidamento terapeutico esperibile in relazione a pene tendenzialmente fino a sei anni di reclusione»⁵³.

Questa prospettiva “terapeutica” andrebbe assunta anche quando si tratta di giudicare un autore di reato psichicamente disturbato, ma non al punto da sostenere il riconoscimento di un vizio totale o parziale di mente⁵⁴. Nell'attuale panorama dei soggetti imputabili, l'autore affetto da un disturbo psichico rappresenta ormai una categoria significativa, la cui specificità non può essere ignorata se si considera che essa contrassegna ormai un nuovo tipo d'autore: quello con disturbi psichici, in particolare disturbi della personalità, e fra questi soprattutto quelli antisociali, che attualmente sembrano assumere rilevanza in funzione dell'applicazione di una misura di sicurezza di natura securitaria⁵⁵. E infatti non si può ignorare che il rischio del superamento del sistema del doppio binario è di lasciare alle pene il compito di soddisfare anche le istanze di controllo della pericolosità sociale, con la prevedibile conseguenza di un incremento

⁵¹ Cfr. F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 10.

⁵² M. BERTOLINO, *L'imputabilità*, pp. 672 ss.

⁵³ *Relazione di accompagnamento*, cit., p. 12.

⁵⁴ Cfr. M. BERTOLINO, *L'imputabilità*, cit., p. 684; M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 459 ss.

⁵⁵ Così HÖFFLER, *op. cit.*, p. 1040.

della penalità. È, verosimilmente, soprattutto questa la ragione alla base di quegli orientamenti che ritengono non consigliabile una riforma radicale nel senso della eliminazione delle misure di sicurezza per un sistema assolutamente monistico, osservando che negli ordinamenti dove questo modello sanzionatorio è già presente si registra in media l'infrazione di pene detentive più severe⁵⁶. D'altra parte, la stessa legge delega del Disegno, nella sua versione originaria, sembrava seguire questo consiglio, dato che nemmeno in punto di capacità ridotta risultava precludere alla futura riforma il sistema del doppio binario, di cui semplicemente e in via generale si chiedeva una generica rivisitazione, come in parte si è già anticipato.

b) Passando alla seconda questione della tipologia di sistema e di intervento, a proposito dei soggetti non imputabili per infermità di mente la stessa Relazione di accompagnamento delle conclusioni degli Stati generali sollecita «.... la riformulazione, in chiave sia di tipizzazione normativa che di elasticità giudiziale, della nuova disciplina delle misure di cura e controllo a carattere obbligatorio e non coercitivo, con previsione di una varia ed articolata modularità dei suoi contenuti prescrittivi e terapeutici e delle sue forme esecutive, sia domiciliari che comunitarie, legislativamente legittimate in ossequio al principio di tassatività, e con l'attribuzione al giudice di un ampio ventaglio di opzioni praticabili, secondo un paradigma di discrezionalità giudiziale informata e controllata, in funzione di attuazione dei fondamentali principi di *extrema ratio* e dell'individualizzazione ed adeguatezza del trattamento sanitario e sanzionatorio»⁵⁷

Anche queste indicazioni evidenziano – come affermava la Consulta – che il «problema umano e sociale del trattamento da riservare ai prosciolti per infermità psichica non può essere risolto in termini formali e nominalistici – di etichetta verrebbe fatto di dire – ma impone l'adozione di misure concretamente idonee alla cura e non soltanto alla custodia di quei soggetti medesimi ...»⁵⁸. Posizione – come è noto – ribadita nel 2003⁵⁹, allorché la Consulta afferma la necessità di una misura di sicurezza che rappresenti il giusto equilibrio fra finalità di cura e istanze di controllo della pericolosità sociale, perché un sistema che rispondesse ad una sola di queste finalità, e precipuamente a quella di controllo dell'infermo "pericoloso", e non all'altra, non potrebbe ritenersi costituzionalmente ammissibile. In sintonia con queste affermazioni sembrerebbe essere il Disegno di legge delega, dove – come si è già anticipato – si possono tuttavia cogliere solo generiche opzioni a favore di misure «da applicare tenendo conto della necessità di cura», ma nello stesso tempo anche opzioni a favore di misure di controllo, poiché tali misure vengono definite «di cura o di controllo» ovvero «terapeutiche e di controllo». Se per un verso la disgiuntiva lasciava di fatto al legislatore delegato il compito di risolvere «il rapporto tra funzione di cura e di controllo che costituisce, invece, un punto nevralgico della condizione di legittimazione dell'apparato

⁵⁶ Cfr., J. KASPAR, *Die Zukunft der Zweispurigkeit nach den Urteilen von Bundesverfassungsgericht und EGMR*, in *ZStW*, 2015, pp. 654 ss., spec. p. 687 s, e ivi la bibliografia.

⁵⁷ *Relazione di accompagnamento*, cit., p. 13.

⁵⁸ Corte cost. n. 139 cit.

⁵⁹ Corte cost. n. 253/2003.

preventivo *post delictum* per i soggetti non imputabili»⁶⁰ e senza che venissero fornite precisazioni sulle possibili tipologie di misure e sui loro contenuti, la congiunzione rende il legame fra le due esigenze rigido e indissolubile, con gravi rischi di contaminazione del controllo sulla cura. A tale proposito, permettetemi di richiamare ancora una volta quanto sostenevo già nel 1990 circa la necessità di un sistema di intervento non solo orientato al bisogno di cura ma, in quanto tale, ricco di proposte trattamentali. Ritenevo, e ancora ritengo, infatti che «la vera partita finisce con l'essere giocata sul terreno delle sanzioni»⁶¹, sottolineando proprio a proposito del giudizio di imputabilità che «il problema dell'«arsenale» delle sanzioni disponibili diventa una questione fondamentale»⁶². L'attuale nostro sistema sanzionatorio, in particolare fino alla riforma del 2014, che ha sancito il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario, non consente decisioni sanzionatorie in grado di conciliare le esigenze di segno opposto di prevenzione dei reati e di tutela della collettività e quelle orientate all'interesse del singolo. Ciò che un sistema penale dovrebbe invece garantire al giudice, quando si tratta di giudicare un soggetto affetto da un disturbo mentale, ancora scrivevo, è «una previsione sufficientemente articolata delle possibili conseguenze sanzionatorie, all'interno della quale scegliere quella più «idonea» al caso in esame ...»⁶³. E che questa sia l'esigenza fondamentale, dalla cui attuazione dipende la sopravvivenza di un sistema orientato al recupero, emerge anche da una recente vicenda giudiziaria, che riflette emblematicamente i limiti del nostro ordinamento penale, carente di un complesso di misure, mirato, integrato, gradualistico e coordinato per i soggetti autori di un reato infermi di mente e di quelli comunque psichicamente disturbati.

Una carenza alla quale il Tribunale di Milano ha cercato di rimediare attingendo al catalogo delle misure di prevenzione per far fronte alla ancora attuale pericolosità di recidiva per reati a sfondo sessuale di un soggetto che aveva ormai scontato la pena, ma non vinto le sue pulsioni patologiche. Per aiutare il soggetto a vincere queste pulsioni e conseguentemente per combattere il pericolo di una sua reiterazione nel reato i giudici hanno pensato alla misura della sorveglianza speciale di P.S. Essa è sembrata quella che meglio si prestava allo scopo di un'ingiunzione terapeutica post-scarcerazione, che garantisse un trattamento adeguato alle condizioni della persona, e che è stato possibile applicare grazie al consenso del destinatario stesso della misura⁶⁴.

A queste soluzioni porta la lunga latitanza del nostro legislatore, al quale peraltro nel corso degli anni non sono mancate indicazioni sui possibili percorsi di riforma. Così, ad esempio, nell'ottica di un sistema fortemente differenziato e articolato si presentano diverse possibili alternative, senza escludere quella di un affidamento del prosciolti per infermità mentale al servizio sanitario nazionale. Occorre peraltro rilevare come l'ostacolo più grosso a siffatta soluzione sia rappresentato dalla inadeguatezza di tale

⁶⁰ M. PELISSERO, *op. cit.*, p. 9.

⁶¹ M. BERTOLINO, *L'imputabilità*, cit., pp. 627 s.

⁶² M. BERTOLINO, *L'imputabilità*, cit., pp. 629 s.

⁶³ V., ancora, M. BERTOLINO, *L'imputabilità*, p. 666 ss.

⁶⁴ V. Trib. Milano 19-4-2016, est. Dott. Roia.

sistema⁶⁵. Ad un modello totalmente extrapenalistico, di procedura amministrativa, si è ispirata la Francia⁶⁶, almeno fino al 2008, anno in cui si deve registrare un'involuzione securitaria, poiché viene riconosciuta anche alla giurisdizione penale, in particolare al fine di ridurre i tempi di attuazione della misura la possibilità di decidere d'ufficio la ospedalizzazione psichiatrica del prosciolto per infermità mentale. Questa possibilità è confermata nel 2011 nei termini di «ospedalizzazione senza consenso» e poi nel 2013, e si affianca a quella della ospedalizzazione senza consenso su decisione amministrativa già esistente; si introducono, inoltre, anche altre misure c.d. di sicurezza di natura interdittiva per il prosciolto per malattia mentale, come ad es. il divieto di incontrare la vittima o di frequentare determinati luoghi, la durata del quale può arrivare anche a 20 anni. La dottrina francese è molto critica su questi sviluppi della politica criminale e parla di una penalizzazione della follia⁶⁷.

La possibilità di un superamento della giurisdizione penale a favore di una procedura amministrativa o civile è stata presa in considerazione anche da recente dottrina, che si è occupata della riforma in corso. Questa dottrina ha osservato che se la misura di sicurezza sembra rimanere l'unica risposta possibile nel Disegno di legge, lo stesso avrebbe potuto entrare «nell'ordine di idee – decisamente innovativo rispetto all'esistente – di sottrarre almeno una parte di questi soggetti all'area del diritto penale per avviarli ad un circuito extrapenalistico puramente terapeutico od educativo», concludendo che «non sarebbe improprio ipotizzare il circuito extrapenalistico almeno per gli autori di reati di più modesta gravità»⁶⁸. Tuttavia, l'esperienza involutiva in Francia e la vicenda autoctona del superamento degli OPG con le REMS non sembrano deporre a favore di questo percorso alternativo. In particolare, quest'ultima vicenda ha ampiamente dimostrato come in Italia un circuito veramente alternativo a quello penale non sia di facile e immediata realizzazione, richiedendo tempo, esperienza e investimenti finanziari, se a giugno 2016 si può affermare che gli OPG sono «solo formalmente chiusi» e che il perdurare dell'internamento in simili istituzioni implica una grave violazione della libertà personale dei soggetti internati⁶⁹.

⁶⁵ Per una soluzione in tal senso, v., già, M. BERTOLINO, *L'imputabilità*, cit., p. 679, nota n. 136.

⁶⁶ Ma v. anche la Spagna, dove l'art. 101 del cod. pen., che prevede l'internamento in un ospedale psichiatrico, viene interpretato come possibilità di ricovero anche in strutture ospedaliere psichiatriche del servizio sanitario nazionale; l'Inghilterra, con gli ospedali psichiatrico-forensi che fanno parte del servizio sanitario nazionale e che dipendono quindi dal Ministero della sanità e non da quello della giustizia. Per una sintesi comparata degli ultimi sviluppi della politica criminale di alcuni Stati europei relativa ai soggetti pericolosi, affetti da un disturbo psichico imputabili e non imputabili, cfr., R. EDWORTHY-S. SAMPSON-B. VÖLLM, *Inpatient forensic-psychiatric care: Legal frameworks and service provision in three European countries*, in *Int. J. Law Psych.*, 47, 2016, pp.18 ss.; G. STEFANOPOULOU, *Der Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern in Europa*, in *ZIS*, 7-8, 2013, pp.350 ss.; B. VÖLLM, *Umgang mit gefährlichen Straftätern in England und Wales. Gesetzliche Grundlagen und Probleme in der Praxis*, in *Forens. Psychiatr. Psychol. Kriminol*, 7, 2013, 84 ss.

⁶⁷ V., da ultimo, A. BOURRAT-GUEGUEN, *L'aménagement de la procédure pénale à l'égard de l'auteur d'une infraction atteint des troubles mentaux*, in *Droit pénal*, 2015, études 4, p. 9.

⁶⁸ F. PALAZZO, op. cit., p. 10.

⁶⁹ G. MELANI, [*Tutela della libertà personale degli internati: «attraverso la cruna dell'ago»*](#), in questa Rivista, 5 giugno 2016, p. 7.

D'altra parte, un'opzione legislativa a favore di interventi non penali e alternativa al sistema delle misure di sicurezza detentive era già rintracciabile nel nostro ordinamento penale nei confronti dell'imputato affetto da disturbi psichici. L'art. 286 c.p.p. stabilisce infatti che se il soggetto da sottoporre a misura cautelare soffre di un'infermità di mente da escluderne o diminuirne la capacità di intendere e di volere, il giudice può disporre il ricovero provvisorio della persona in una idonea struttura del servizio psichiatrico ospedaliero, con l'unico limite dato non tanto da una generica pericolosità sociale ma da quella specifica rappresentata dal pericolo di fuga, per la prevenzione del quale il giudice può adottare i provvedimenti necessari⁷⁰. Ma anche volendo rimanere nel territorio del diritto penale, vi si apre un ventaglio di misure di sicurezza, con contenuti specifici per le diverse situazioni. A tale proposito questo quello che già nel 1990 proponevo. Nel caso di scelta a favore della non imputabilità segnalavo la necessità di una profonda riforma dell'OPG a partire dalle sue modalità di esecuzione, anche attraverso l'introduzione di trattamenti *open-door*, in semilibertà o in condizioni di *day-hospital*, soluzioni, queste, in grado di rappresentare anche autonome misure. In tale ottica, sottolineavo la necessità di affiancare alla misura più estrema una serie di autonome misure di intervento, graduato, nella sfera di libertà del soggetto prosciolto per infermità, che avrebbero potuto essere dall'*accoglienza in un istituto di terapia sociale* al *trattamento ambulatoriale* fino alla *decisione di proscioglimento con prescrizione* di periodici controlli psichiatrici per un certo lasso di tempo nel caso in cui non sussistono i presupposti per applicare una vera e propria misura di sicurezza. «*Il proscioglimento con prescrizione di controllo psichiatrico-psicologico*, affermavo, potrebbe rivelarsi particolarmente adatto a quelle ipotesi nella quali il riconoscimento dello stato di inimputabilità è dovuto a un disturbo mentale del tutto transitorio, atipico e non patologico e la cui sussistenza è da ricondurre al solo momento del fatto-reato, come nel caso delle c.d. reazioni a corto circuito o dei disturbi dissociativi, quali gli stati di amnesia psicogena»⁷¹. Limiti garantistici invalicabili di tutte queste misure avrebbero dovuto essere: la predeterminazione nella durata al momento della loro irrogazione; la chiara definizione normativa delle modalità di esecuzione di esse; il riconoscimento con una normativa specifica dei diritti fondamentali della persona e della loro inviolabilità anche nei confronti del soggetto totalmente o parzialmente infermo di mente sottoposto a misura di sicurezza.

Quanto ai semimputabili, la scelta a favore di un sistema sanzionatorio rigorosamente monistico sarebbe l'unica che rispetta la dignità della persona. Il sistema potrebbe essere ancora binario (alternativo) sul piano normativo, nel senso che la pena e la misura di sicurezza dovrebbero essere applicate solo alternativamente e mai congiuntamente, ma monistico sul terreno applicativo e i cui contenuti dovrebbero comunque essere in grado di offrire un sistema realmente diversificato e articolato di sanzioni. Ma potrebbe anche essere un sistema monistico già a livello normativo, qualora si volesse rinunciare alla distinzione, che sarebbe puramente nominalistica, fra pene e

⁷⁰ Per questo richiamo, v. D. PICCIONE, *op. cit.*, p. 5175.

⁷¹ M. BERTOLINO, *L'imputabilità*, cit., pp. 677 ss..

misure di sicurezza e si arricchisse di contenuti terapeutico-riabilitativi la pena e la sua esecuzione. Verrebbe, così, meno anche la necessità di mantenere le categoria dei soggetti con capacità ridotta, risolvendosi in una questione di trattamento, come per i soggetti imputabili con disturbi mentali.

E veniamo, infine, a questa terza, attualmente emergente, categoria, quella appunto dei soggetti imputabili psichicamente disturbati, ma non al punto da giustificare un vizio di mente totale o parziale; si pensi in particolare agli psicopatici, ai nevrotici o in generale ai c.d. disadattati, ma anche alla categoria molto presente dei *sex-offenders*. Ebbene, anche questi rei sono stati oggetto di attenzione da parte del DDL n. 2067. In seguito ad un emendamento all'art.12 è stata aggiunta un'altra previsione di cui alla nuova lett. d) dal seguente tenore: «tenuto conto dell'effettivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e dell'assetto delle nuove residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), 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 peculiari esigenze di trattamento dei soggetti e nel pieno rispetto dell'articolo 32 della Costituzione»⁷².

Da una prima lettura di tale disposizione emerge incontestabilmente come il riconoscimento iniziale del ruolo del tutto residuale delle REMS e della loro vocazione trattamentale venga smentito da questa previsione, che, destinando ad esse una tipologia eterogenea di soggetti bisognosi di assistenza terapeutica, di fatto libera il

⁷² È stato peraltro da ultimo proposto un emendamento (DI BIASI e altri) per sostituire la lett. d) con la seguente: «d) nella prospettiva dell'effettivo e definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, introduzione di disposizioni volte a destinare alle residenze di esecuzione delle misure di sicurezza (REMS) le sole 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 e il conseguente bisogno di cure psichiatriche; esclusione dell'accesso alle REMS 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 ancora occorra accertare le relative condizioni psichiche; garanzia dell'effettiva idoneità delle sezioni degli istituti penitenziari ad assicurare i trattamenti terapeutici e riabilitativi, con riferimento alle peculiari esigenze individuali di ciascun soggetto e nel pieno rispetto degli articoli 27 e 32 della Costituzione; valorizzazione dell'istituto del piano terapeutico individuale per ciascun individuo sottoposto a misura di sicurezza anche non detentiva; sviluppo del principio di eccezionalità nella comminazione delle misure di sicurezza di carattere maggiormente afflittivo della libertà personale, con particolare riferimento alla previsione di un novero di fattispecie criminose di rilevante gravità per le quali sole ammettere le misure coercitive dell'infermo di mente non imputabile; introduzione di apposite disposizioni volte a garantire la continuità delle cure e dei processi di riabilitazione in chiave integrata da parte delle REMS e dei servizi territoriali che fanno capo ai Dipartimenti di salute mentale».

carcere da questo compito, svuotando così la pena dall'impegno di assicurare contenuti terapeutici-riabilitativi, proprio là dove essi sarebbero quanto mai necessari⁷³.

Per questi soggetti, come in generale per tutti i soggetti imputabili mentalmente disturbati ben diversi e molteplici dovrebbero essere invece i percorsi di recupero da proporre ad un futuro legislatore, che tengano conto delle particolari condizioni psichiche del reo, soprattutto quando si tratta di patologia mentale legata da un nesso eziologico al fatto di reato o che comunque ha favorito la realizzazione di quest'ultimo⁷⁴. È la funzione rieducativa della pena con le esigenze sottese al principio di colpevolezza a far ritenere che «non solo sia tollerabile, ma addirittura imposto sul piano costituzionale, un certo margine di elasticità quanto alla scelta tra tipi di sanzioni previste a livello normativo»⁷⁵.

L'esperienza anglosassone e americana offre un valido esempio. Ricordo solo l'importante soluzione americana del verdetto *colpevole ma mentalmente disturbato* ("guilty but mentally ill"), formula processuale che, anche se in realtà, nella scelta originaria, rappresenta un compromesso per consentire una risposta intermedia fra il verdetto di assoluzione per *insanity* e quello di condanna di natura penale anche nei confronti di coloro che non risultano chiaramente *insane*⁷⁶, potrebbe aprire la strada a una serie articolata e diversificata di risposte sanzionatorie, fra le quali il giudice avrebbe la possibilità di scegliere quella che ritiene più idonea nel caso concreto a soddisfare esigenze di cura, di controllo e in via residuale di prevenzione generale. L'arsenale delle possibili risposte sanzionatorie diventa dunque ampio, aggiungendosi anche soluzioni come gli *Hospital orders* (già presenti in Inghilterra); il *probation con prescrizione di trattamento*. Ma al giudice dovrebbe altresì essere consentito, se necessario ai fini del recupero, di attingere anche al catalogo delle soluzioni previste per i non imputabili⁷⁷.

Che il principio del trattamento debba avere un valore preminente rispetto a quello della punizione trova un'interessante conferma anche nella più recente esperienza americana delle *Problem Solving Courts*, che in questa sede può solo essere richiamata. Messo da parte il paradigma della maggior penalizzazione per la pericolosità, un nuovo concetto di giurisdizione si va affermando anche per i rei imputabili affetti da disturbo mentale, quello della c.d. *therapeutic jurisprudence*, e che potremmo tradurre con il termine *giustizia terapeutica*, affidata nel caso specifico alle *Mental Health Courts*. Queste Corti rappresentano l'idea che i soggetti il cui disturbo psichico è stato determinante per la commissione del reato e per i quali l'intervento trattamentale può rivelarsi fondamentale per il recupero e contro la recidiva,

⁷³ Cfr. PICCIONE, *Per superare l'infelice emendamento: antidoti per il legislatore*, in www.forumsalute.it, il quale osserva come le REMS seguendo questa proposta, finiscano per diventare «un'alternativa al trattamento penitenziario e con quest'ultimo» esse costituiscano «i due perni di un vero e proprio circuito detentivo».

⁷⁴ Cfr. R. A. SCHUG, *Understanding Mental Illness and Violence: Now Is the Time*, in *Violence and Gender*, 2016, 3,3, pp. 2 ss.

⁷⁵ F. BRICOLA, *Commento all'art. 25, II e III co. Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Branca, Pizzorusso (a cura di), Zanichelli, Bologna, 1981, p. 268.

⁷⁶ V., da ultimo, R. SCHUG, H. F. FRADELLA, *Mental Illness and Crime*, Sage, Los Angeles 2016, pp. 454 ss.)

⁷⁷ Cfr. M. BERTOLINO, *L'imputabilità*, cit., pp. 686 ss.

dovrebbero, in base ad una loro libera decisione, essere affidati per la cura al sistema di salute mentale piuttosto che affidati a quello penale per la punizione, in particolare se si considera che in carcere solo un terzo di questi soggetti beneficia di un trattamento. È chiaro, come la dottrina americana sottolinea, che il successo di queste Corti dipende dalla disponibilità di risorse sul territorio, in particolare di quelle di tipo riabilitativo e sanitario⁷⁸. Che questo possa costituire un percorso da seguire sembra essere confermato da studi empirici recenti relativi ai tassi di recidiva fra i soggetti affidati alle *Mental Health Courts*. Da questi studi emerge che dei soggetti che hanno completato il programma di recupero, il 60,4% non ricade nel reato a distanza di cinque o più anni. In generale, dunque, sembra che il tasso di recidiva dei soggetti “trattati” da queste Corti sia decisamente inferiore a quello degli altri condannati (39,6% contro 74,8%) e che, là dove si verifica una ricaduta nel reato, essa avviene a una distanza di tempo maggiore (17,15 mesi) rispetto a quella dei soggetti non trattati o che non hanno completato il trattamento che è invece di 12,27 mesi⁷⁹.

Anche secondo un diverso modello di intervento, occorrerebbe dare rilievo al disturbo psichico, per così dire “debole”, ma solo in sede di commisurazione della pena ai fini del riconoscimento comunque di un’attenuazione della pena e senza però che questo comporti una sovrapposizione con la categoria dei soggetti semimputabili, ovvero in sede di esecuzione della pena al fine di specifiche modalità di esecuzione della stessa. A favore del rilievo in sede di commisurazione si è pronunciata di recente la dottrina spagnola particolarmente critica sul mantenimento di un’aggravante per la recidiva, sulla categoria della pericolosità per i soggetti imputabili e sulle proposte di riforma del sistema penale spagnolo in senso repressivo, come emblematicamente testimoniato dalla reintroduzione della libertà vigilata, prevista dal 2010 per particolari tipologie d’autore (sessuali e terroristi), dal tentativo di introduzione della misura della *custodia de seguridad* anche in Spagna⁸⁰.

In un’ottica opposta di attenzione ad aprire spazi di recupero degli autori di reato imputabili, la cui pericolosità è da associare a situazioni personali particolari, come la presenza di un’anomalia psichica, di pulsioni sessuali abnormi, di disturbi delle personalità, si propone una terza via, alternativa a quella di un sistema dualista, in particolare estremo, e a quella di un sistema di aggravamento per la recidiva. Si propone l’attenuante c.d. analogica (v. art. 21, co. 6 c.p.) in ragione di particolari condizioni del soggetto che incidono sulle sue facoltà psichiche e dunque sulla sua colpevolezza, ma non al punto da portare ad un riconoscimento della semi-imputabilità per compromissione della capacità intellettuale e volitiva. Nei confronti di questi soggetti, al confine fra la imputabilità e la semimputabilità, infatti, i tradizionali limiti del concetto di imputabilità non valgono più e andrebbero quindi rivisti, mentre ai fini del recupero il ricorso esclusivo alla pena è del tutto inadeguato. La soluzione potrebbe venire allora

⁷⁸ V., fra gli studi più recenti, L. E. A. WALKER et al., *Best Practices for the Mentally Ill in the Criminal Justice System*, Springer, Heidelberg, 2016, pp. 19 ss.,

⁷⁹ Cfr. B. RAY, *Long-term recidivism of mental health court defendants*, in *Int. J. Law Psych.*, 2014, 37, pp. 448 ss.

⁸⁰ Cfr. M. V. CARUSO FONTÁN, *El Delincuente imputable y peligroso. Cuestiones de política criminal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 159 ss. e ivi la bibliografia.

dalla introduzione di una specifica circostanza attenuante in ragione della presenza nel soggetto di una anomalia mentale che non compromette le sue capacità intellettive e volitive, come tipicamente si verifica nei soggetti psicopatici. Anche per questi soggetti, la cui capacità di autodeterminazione non sarebbe compromessa, si propone dunque l'applicazione di un sistema sanzionatorio vicariale (come quello per i semimputabili), in cui il riconoscimento di una minor colpevolezza per causa patologica attraverso l'attenuazione della pena consentirebbe l'applicazione di una misura di sicurezza in funzione di una rafforzata prevenzione speciale "curativa". Solo così, sul presupposto di una patologia si potrebbe ancora giustificare la presenza delle misure di sicurezza nel sistema penale, la cui espansione denuncia comunque un'inaccettabile soggettivizzazione del diritto penale in violazione delle garanzie costituzionali.

In controtendenza a queste soluzioni che valorizzano le condizioni soggettive dell'autore del reato quale criterio preponderante per la decisione sull'*an* della responsabilità penale, si pone la prospettiva più radicale per la quale l'imputabilità non rappresenta lo spartiacque fra soggetti penalmente responsabili e soggetti che non lo sono e le pene sono solo "*Rechtsfolgen*", orientate al trattamento dell'autore del reato. Intendo riferirmi all'esperienza della Svezia, il cui diritto penale fin dal 1965 prevede che la presenza nel soggetto al momento del fatto di un grave disturbo psichico (che comprende stati psicotici, ritardi cerebrali, gravi stati depressivi, neurosi e disturbi della personalità o delle pulsioni gravi, schizofrenia) possa essere presa in considerazione ai soli fini della decisione circa la tipologia sanzionatoria da applicare (da quella pecuniaria alla reclusione, dal trattamento psichiatrico al ricovero in un istituto psichiatrico o di cura) e ai fini della concreta commisurazione della sanzione. In particolare, la reclusione non è applicabile solo se il soggetto al momento del fatto non era in grado di capirne il significato di disvalore o di conformarsi a tale comprensione a causa del grave disturbo psichico, mentre solo in ipotesi del tutto eccezionali il Tribunale può anche rinunciare alla sanzione, quando ritiene che nessuna di quelle a disposizione risulti conforme al caso in esame. Tuttavia, con l'affermarsi anche in quel paese di una politica criminale neoclassicista, questo sistema è stato da qualche anno messo in discussione da coloro che, contestando l'ideologia del trattamento per un ritorno alla pena come rimprovero di colpevolezza, invocano anche un ritorno all'imputabilità come fondamento della responsabilità penale e della punibilità⁸¹.

4. Verso una vera riforma?

Non rimane che sperare che qualche idea il legislatore delegato possa trarre, se non da queste esperienze più radicali, almeno dai lavori degli Stati generali. Ma pongono effettivamente le basi per un cambiamento sostanziale e non puramente nominalistico gli Stati generali, allorché adottano l'espressione «Misure giudiziarie di cura e di controllo» in sostituzione di quello tradizionale di «Misure di sicurezza» per

⁸¹ Cfr. G. STEFANOPOULOU, *Der Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern in Europa*, cit., pp. 352 ss.

contrassegnare la nuove misure per i soggetti affetti da un vizio totale di mente, come sostiene alcuna dottrina⁸²? Sembrerebbe di sì. Nonostante infatti non si rinunci al riferimento alle esigenze di controllo per contrassegnare le misure per i non imputabili, a) si sostiene un sistema orientato comunque al principio della *extrema ratio* della detenzione, in strutture che dovrebbero assumere la nuova denominazione di Servizio psichiatrico per pazienti giudiziali, al posto di quella attuale di Residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS); b) si privilegiano misure non coercitive a contenuto terapeutico più o meno alto da applicarsi secondo uno stretto criterio di gradualità, di progressione che va dalla misura meno coercitiva e a contenuto terapeutico attenuato a quella altamente terapeutica anche di natura coercitiva nei casi estremi (si parla esemplificativamente di una misura "residenziale" in una comunità ad alta intensità terapeutica; di una misura "territoriale" o "domiciliare" con prescrizioni meno restrittive); c) si sottolinea la necessità di «offrire al giudice della cognizione e al magistrato di sorveglianza un ventaglio ampio di misure da adottare», onde garantire, sentiti anche i servizi di salute mentale competenti, la previsione di programmi il più possibile aderenti e adeguati alla patologia psichiatrica dell'individuo, alle sue condizioni personali, sociali ed individuali; d) si evidenzia altresì la irrinunciabilità di un articolato sistema di limiti di durata delle misure e l'importanza per il successo del sistema di poter contare su un personale adeguatamente formato. Solo se si rispetteranno queste condizioni si potrà arrivare ad una riforma in grado di offrire «un ventaglio di soluzioni flessibile e capace di adattarsi alle esigenze individuali»⁸³. A tale scopo diventa fondamentale, però, come rileva attenta dottrina, la disponibilità sul territorio di servizi psichiatrici «in grado di offrire flessibilità operativa, di predisporre programmi terapeutici personalizzati, di garantire risposte riabilitative mediante una vicinanza con il territorio non ostacolata dalla gestione dei grandi numeri dell'assistenza»⁸⁴.

Sullo sfondo della proposta tuttavia continua ad aleggiare lo spettro della pericolosità sociale⁸⁵, anche se ora esso deve fare i conti con il principio del «minor sacrificio possibile della libertà personale»; con quello della cura, anche se nei termini di alternatività ovvero di contemperamento con quello del controllo; con quello infine della predeterminazione legislativa dei limiti di durata della misura di qualsiasi genere essa sia, secondo le seppure scarse indicazioni dell'art. 7 del Disegno di legge delega n. 2067 e dell'art. 12 della versione ultima. Così scarse da non orientare in alcun modo nemmeno su quale possa essere il criterio da adottare per la migliore attuazione del principio di proporzionalità della misura di sicurezza. Anche in questa materia sono prospettabili diverse soluzioni di disciplina, e, benché per una di esse il legislatore moderno abbia già

⁸² Per un cambio di prospettiva radicale e non puramente nominalistico, v. M. T. COLLICA, *op. cit.*, p. 441.

⁸³ *Stati generali dell'esecuzione penale. Tavoli tematici*, cit., pp. 16 ss.

⁸⁴ D. PICCIONE, *op. cit.*, p. 5170: «Il funzionamento dei centri di salute mentale lungo le ventiquattro ore e la sperimentazione delle microaree di tutela della salute mentale ... sono i modelli cui guardare per superare le incognite di nuovi e opprimenti custodialismi, prevenendoli con un'offerta di servizi sociali adeguata e innovativa» (citazione da p. 5176).

⁸⁵ Cfr. M. T. COLLICA, *op. cit.*, p. 443.

mostrato una preferenza, forse dettata più dalla fretta che dalla convinzione⁸⁶, rimane ancora l'alternativa di fondo, una volta messa da parte quella fra reato commesso e pericolosità del soggetto, tra la previsione della durata «in rapporto alla tipologia dei reati ovvero alla tipologia della misura»⁸⁷ 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, fissando nel massimo edittale il tetto insuperabile, ovvero alla pena che concretamente avrebbe potuto essere applicata al reo qualora fosse stato giudicato imputabile. D'altra parte, secondo la dottrina costituzionalista, il miglior antidoto contro facili prognosi di pericolosità sarebbe da individuare proprio negli stretti limiti di durata, imposti normativamente per l'esecuzione dell'internamento, accanto ad una limitata capienza delle REMS, poiché essi «retroagirebbero in maniera incisiva sulle decisioni della magistratura (sia giudicante che di sorveglianza), inducendola verosimilmente ad orientare, secondo il principio dell'*extrema ratio*, la prognosi di pericolosità»⁸⁸.

Sul successo o meno di questa impegnativa riforma non è possibile fare previsioni. Essa parte comunque già affetta dalla carenza strutturale costituita dalle genericità e povertà della delega, a cui nemmeno le modifiche proposte dalla Commissione sembrano in grado di porvi un efficace rimedio. Permane dunque il rischio, come attenta dottrina ha evidenziato, di «risultati insoddisfacenti nonostante le migliori buone intenzioni». Conseguentemente, si è fatto notare come «sarebbe stata più opportuna una apposita legge di delegazione più meditata e più ampia». Insomma, si contesta un'eccessiva timidezza riformatrice del delegante con conseguente «conferimento ... di uno spazio di eccessiva discrezionalità» al delegato «in un settore in cui sono in gioco scelte di fondo e di principio, sulle quali sarebbe più consona la presa di posizione del legislatore parlamentare»⁸⁹. Ma un dato è certo: a una impegnativa riforma avrebbe dovuto corrispondere una impegnativa previsione finanziaria, di cui mi sembra non ci siano le premesse nel Disegno, e anche l'ultimo insuccesso, quello della misura dei braccialetti elettronici rimasta sostanzialmente disapplicata per mancanza di disponibilità degli strumenti di controllo, non è servito da monito⁹⁰. Come al solito, la nostra classe politica pensa di poter fare “le nozze con i fichi secchi”.

⁸⁶ V. l. n. 81/2014 di conversione del d.l. n. 52/2014.

⁸⁷ Cfr. F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁸ D. PICCIONE, *Politica delle libertà*, cit., p. 5173.

⁸⁹ F. PALAZZO, *op. cit.*, pp. 10 s.

⁹⁰ V., su questa vicenda, [Cass. Sez. Un. 28-4-2016, n. 20769](#), con commento di GUERINI, in *questa Rivista*, 24 giugno 2016.