

PERICOLOSITÀ E GIUSTIZIA PENALE

IL CONTROLLO DELL'AUTORE IMPUTABILE PERICOLOSO NELLA PROSPETTIVA COMPARATA. LA RINASCITA DELLE MISURE DI SICUREZZA CUSTODIALI

Marco Pelissero



SOMMARIO: 1. I piani dell'analisi. – 2. L'autore pericoloso dinanzi ai legislatori nazionali: 2.1. I mutamenti nei modelli di controllo dell'autore pericoloso nell'ordinamento tedesco; 2.2. L'esportazione del modello tedesco in Svizzera; 2.3. La conversione della Francia al doppio binario. – 3. Le direttive comuni della politica penale della incapacitazione. – 4. L'autore pericoloso dinanzi agli organi di giustizia costituzionale: il caso della Germania e della Francia. – 5. L'autore pericoloso dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. – 6. La recente riforma tedesca della custodia di sicurezza. Parola d'ordine: sicurezza ad ogni costo!¹ – 7. Esigenze di prevenzione e garanzie individuali nuovamente di fronte al *Bundesverfassungsgesetz*. – 8. Controllo della pericolosità sociale e tutela della libertà personale in cerca di un difficile equilibrio.

1. I piani dell'analisi

«Il sistema delle misure di sicurezza mostra un volto obsoleto»¹; «la disciplina ancora vigente delle misure di sicurezza appare in realtà abbastanza obsoleta, una sorta di «ramo secco» che va eliminato»²; «di fatto il doppio binario è morto»³; sono solo alcune delle valutazioni espresse da autorevoli voci della dottrina italiana sul doppio binario. Voci non solo autorevoli, ma del tutto fondate alla luce della prassi applicativa che costi-

¹ D. PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2009, p. 614.

² G. FLANDACCI, *Diritto penale*, in G. FLANDACCI, G. CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 50.

³ G. DE VERO, *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2002, p. 90.

tuisce il banco di prova della efficacia del sistema sanzionatorio. Eppure, quando qualche anno fa inizuai ad interessarmi del destino delle misure di sicurezza nel nostro sistema, nella convinzione che fosse necessario il loro drastico ridimensionamento, mi colpì il fatto che il ramo secco che, culturalmente e forse anche pregiudizialmente, ero portato a tagliare, era tornato a germogliare in altri sistemi penali europei, dove il dibattito sviluppatosi in politica, dottrina e giurisprudenza non era casuale, ma rifletteva un rinnovato interesse per il controllo dell'autore pericoloso e, di conseguenza anche per le misure di sicurezza che di quel controllo costituiscono tradizionalmente lo strumento privilegiato.

La comparazione offre, quindi, un terreno fecondo per riflettere sulle strategie di controllo dell'autore pericoloso all'interno di un più ampio sviluppo preventivo del diritto penale; peraltro, proprio nel segno della comparazione si era sviluppata già alla fine dell'Ottocento la discussione sull'autore e sulle strategie preventive di intervento tra la sanzione criminale preventiva della scuola positiva italiana e la pena di scopo di Franz von Liszt.⁴ Queste riflessioni si erano anche tradotte in progetti di riforma del codice penale: nel progetto dello svizzero Stoos del 1893,⁵ primo esempio di codificazione del sistema a doppio binario; nel progetto Ferri del 1921, che si presentò come versione edulcorata delle ben più eversive soluzioni avanzate dalla scuola positiva in contrapposizione al retribuzionismo della scuola classica;⁶ infine il codice Rocco che costituì, con il suo sistema a doppio binario, un modello per altri Paesi europei (e non solo europei).⁷ La comparazione costituisce, quindi, l'*humus* nel quale si svil-

luppò sin dall'inizio la riflessione sulle strategie di controllo dell'autore pericoloso.

C'è un dato che accomuna la riflessione di ieri a quella di oggi: il timore per la pericolosità dell'autore, in particolare se autore imputabile. È soprattutto rispetto ai soggetti riconosciuti responsabili che l'efficientismo di soluzioni strategiche di controllo penale ha sollevato maggiori problemi di compatibilità con il sistema delle garanzie e con la sovrastruttura dogmatica. Se, infatti, per i soggetti non imputabili autori di reato, folli e alienati, il controllo della pericolosità sociale era comunque raggiunto attraverso forme di internamento al di fuori del sistema penale (semmari la discussione, pur dogmaticamente complessa, si pose nei termini di inclusione di tale controllo all'interno del sistema penale),⁸ per i soggetti imputabili, che già si trovavano all'interno del sistema penale, era necessario conciliare le funzioni della pena con la prevenzione della pericolosità.

In questi ultimi anni i sistemi penali europei hanno potenziato gli strumenti di prevenzione della recidiva degli autori imputabili in stretta connessione con lo sviluppo delle politiche penali sicuritarie, supportate da indirizzi criminologici che, nell'accentuare la diversità del criminale,⁹ hanno spostato l'attenzione dal disvalore del fatto alla percezione della pericolosità dell'autore. Nella società del rischio diventa "rischio sociale" non solo il reato, divenuto «dato incerto quando non addirittura di mera sorte»,¹⁰ ma anche l'autore: se nel primo caso l'accento è posto sul rischio di diventare autori di reato, nel secondo caso è il rischio di vittimizzazione a prevalere. Di qui il potenziamento delle strategie preventive attraverso

⁴ F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1905), traduzione e prefazione di A.A. Calvi, Milano, 1962.

⁵ Per un'ampia illustrazione di questo progetto v. H. LAMMASCH, *Der Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches*, in *ZStW*, 1895, p. 121 ss.; F. VON LISZT, *Die Forderungen der Kriminelpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches*, in *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Berlin, 1905, p. 75 ss.; F. GRISIGNI, *Il nuovo diritto criminale negli avamposti della Svizzera, Germania e Austria. Tentativo di una interpretazione sistematica del diritto informazione*, in *Sc. pos.*, 1911, I, p. 193 ss.

⁶ *Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti (Libro I). Relazione del Presidente Enrico Ferri approvata dalla Commissione*, Milano, 1921.

⁷ T.P. MARQUES, *La riforma penale fascista italiana: un modello internazionale*, in *Studi sulla questione criminale*, 2008, n. 1, p. 73 ss.

⁸ Considerata l'ampiezza della bibliografia, si rinvia solo ai principali lavori monografici: I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978; L. ITORAVANTI, *Le uigueriai psichiche nella giurisprudenza penale*, Padova, 1988; M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il rischio di male nel sistema penale italiano*, Milano, 1990; A. MUNNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle funzioni giuridiche alla 'terapia sociale'*, Torino, 1997; M. T. COLILLI-C.A., *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007; sia consentito altresì il rinvio a M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchia e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 79 ss.

⁹ D. GASKELL, *La cultura del controllo. Crimine e disordine sociale nel mondo contemporaneo* (2001), Milano, 2007, p. 240.

¹⁰ F. SCUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegittimità penale*, Bologna, 1990, p. 7.

la previsione di strumenti di controllo flessibile, allo stesso modo in cui è flessibile il presupposto che li legitima.

Il rinnovato interesse dei sistemi penali europei per l'autore del reato si è tradotto in una produzione normativa che ha messo in campo strumenti di controllo preventivo attraverso la strategia del doppio binario, più volte sottoposta al vaglio degli organi di giustizia costituzionale e della stessa Corte europea dei diritti dell'uomo la quale, ancora di recente, si è pronunciata sulla disciplina di alcune discusse misure di sicurezza introdotte in Germania.

Svilupperò l'analisi sugli strumenti di controllo dell'autore pericoloso da una triplice prospettiva, considerando innanzitutto l'autore pericoloso dinanzi ai legislatori nazionali per poi passare alle considerazioni espresse da due organi di giustizia costituzionale e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; sarà in tal modo possibile far emergere le linee comuni delle istanze preventive a livello di ordinamenti nazionali ed i limiti di garanzia posti dagli organi di giustizia costituzionale e sovranazionale.

2. L'autore pericoloso dinanzi ai legislatori nazionali:

2.1. I mutamenti nei modelli di controllo dell'autore pericoloso nell'ordinamento tedesco

La disciplina tedesca della prevenzione *post delictum* si colloca nel contesto di un sistema sanzionatorio dogmaticamente connotato dal doppio binario (*Zweispuriges System*), con penne rapportate alla colpevolezza, che funge da presupposto e limite delle istanze preventive, e misure di sicurezza con scopi di difesa sociale, che consentono limitazioni della libertà personale al di là dei confini segnati dalla colpevolezza, ma nel rispetto del principio di proporzionalità (§ 62 StGB).¹¹

¹¹ Su questo principio si vedano H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, p. 804; B.D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, Berlin-Heidelberg, 2006, p. 219; H. SCHOCK, *sub* § 62, in H.W. LAUHUTTE, R. RISSING-VAN SAAN, K. TIEMEYER (a cura di), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, III, Berlin, 2006, p. 276 ss. Fondamentale il lavoro monografico di A. DESSECKER, *Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Eine Untersuchung zum Maßregelrecht*, Berlin, 2004.

Sebbene, come noto, le misure di sicurezza abbiano fatto formalmente ingresso nell'ordinamento tedesco durante il regime nazionalsocialista con la "Legge contro i delinquenti abituati pericolosi e sulle misure di sicurezza e miglioramento" (*Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*) del 24 novembre 1933, la loro origine culturale va rinvenuta ben prima nell'indirizzo criminologico di Franz von Listz e nelle riflessioni di Exner,¹² che condizionarono già alcuni progetti di riforma del codice del 1871:¹³ siamo, dunque, ben lontani dalle aberrazioni della politica criminale e di alcune frange della dogmatica tedesca degli anni Trenta, anche se non v'è dubbio che il regime si avvantaggio di questi strumenti, assoggettando i "delinquenti abituati pericolosi" (*gefährliche Gewohnheitsverbrecher*) al consistente aumento delle pene previsto dal § 20a RStGB, alla quale fu affiancata la custodia di sicurezza (*Sicherungsverwahrung*), «*qualora la sicurezza pubblica lo richiedesse*» (*wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert*) (§ 42e RStGB), destinata a durare sino a che il suo scopo lo avesse richiesto (§42f RStGB) sulla base di un riesame triennale della pericolosità.

Questa riforma, non estranea agli influssi del codice Rocco da poco approvato, trovò ampio riscontro nella prassi, considerato che già a tre anni dalla sua introduzione la misura fu applicata a 3258 persone¹⁴ e costituì il primo banco di prova della politica nazionalsocialista dell'esclusione, in cui «l'uomo non è più persona, ma cosa, non è punito, ma "custodito"»,¹⁵ e che troverà successivamente gli epigoni nell'annientamento dei soggetti considerati "asociali" attraverso l'ordine di arresto preventivo della polizia (*vorbeugende Polizeihaft*), strumento flessibile di gestione della «soluzione finale della questione sociale».¹⁶ Non stupisce allora che già la legge del 1933 avesse previsto tra le misure di sicurezza e miglioramento (§ 42 K

¹² F. EXNER, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, Berlin, 1914.

¹³ Per l'analisi di questi progetti v. J. KINZIG, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand. Ergebnisse einer theoretischen und empirischen Bestandsaufnahme des Zustandes einer Maßregel*, Freiburg, 1996, p. 14 ss.

¹⁴ Dati tratti da T. BAXTSCHE, *Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme*, Baden-Baden, 2010, p. 32.

¹⁵ J. HELLMER, *Die Gewalttheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1935*, Berlin, 1961, p. 298.

¹⁶ H. KAMMEIER, *Maßregelvollzugrecht. Kommentar*, Berlin-New York, 1995, p. 16.

StGB) la castrazione (*Entmannung*) per gli autori recidivi di reati sessuali: fu l'inizio della deriva dello stragismo preventivo, che sarebbe culminata nella legge del 4 settembre 1941 con la definitiva neutralizzazione dei delinquenti pericolosi attraverso la pena di morte, applicabile anche retroattivamente,¹⁷ «se lo richiedono la tutela della comunità popolare o le necessità di giusta retribuzione» (§ 1); alla privazione della libertà personale fu privilegiata la neutralizzazione fisica dell'autore, meno costosa per un regime che aveva già da qualche anno cincicamente avviato il programma eugenetico (*T4 Aktiv*) per i malati di mente, gli altri destinatari storici delle misure di sicurezza.¹⁸

Dopo la caduta del regime, la custodia di sicurezza rimase nel codice penale del 1953, ma nell'ambito del rinnovato interesse per la riforma del sistema penale la riflessione sulle misure di sicurezza si sviluppò in una direzione opposta a quella della neutralizzazione: è infatti la prevenzione speciale positiva a fondare la proposta dell'*Alternativ-Entwurf* sugli istituti socio-terapici per gli autori imputabili affetti da disturbi della personalità sintomatici di tendenza a delinquere (*Einweisung in die sozialtherapeutische Anstalt*; § 69 AE).¹⁹ Questa proposta fu recepita dalla riforma del codice penale del 1969 con l'introduzione della misure di sicurezza del ricovero in un istituto socioterapico (*Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt*, § 65 StGB); si trattò, però, solo di un recepimento fitizio, in quanto questa disciplina non entrò mai in vigore, considerata l'inabilità dei *Länder* di apprestare le strutture necessarie, facendo naufragare quella che Zipf considerò la «decisione più coraggiosa e rischiosa della legge di riforma del diritto penale».²⁰ L'idea di fondo dell'istituto socioterapico è transitata nel 1998 dall'apparato delle misure di sicurezza a *modalità di esecuzione della pena* (§ 9 StVollzG) con la previsione per i detenuti con disturbo della persona-

ità del collocamento²¹ in specifici istituti o in separati reparti all'interno degli ordinari istituti penitenziari (alla fine degli anni novanta si contavano in Germania 900 posti in 21 istituti socioterapici); alla soluzione della misura (*Maßregelllösung*) si è preferita la soluzione dell'esecuzione penitenziaria (*Vollzugslösung*).²² Gli studi sui tassi di recidiva nei soggetti sottoposti al trattamento socioterapico mostrano una riduzione del tasso di recidiva di circa il 10-11%,²³ il che spiega la notevole diffusione di questi istituti: se al 31 marzo 1997 erano presenti solo 20 strutture con 888 detenuti, al 31 marzo 2005 erano più che raddoppiati, con 45 istituti e 1829 posti.²⁴

La storia degli istituti socioterapici in Germania segnala una linea di politica criminale favorevole all'abbandono della strada della misura di sicurezza a favore della ricerca, sul terreno della pena, della soluzione più idonea a tener conto delle esigenze terapeutiche dei soggetti riconosciuti capaci di intendere e di volere.

Al contempo, però, si è affiancata una diversa direttrice di politica criminale di potenziamento della prevenzione speciale negativa attraverso il ricorso alle misure di sicurezza, in particolare ampliando progressivamente le ipotesi di custodia di sicurezza (*Sicherungsverwahrung*), alla quale il legislatore tedesco mostra di non voler rinunciare, sebbene la forte incidenza di questa misura sulla libertà personale ne consigliasse un uso estremamente sussidiario quale «ultimo provvedimento di necessità della politica criminale» (*letzte Notmaßnahme der Kriminalpolitik*).²⁵ In effetti, considerando la prassi applicativa, non v'è dubbio che gli internati in custodia di sicurezza costituiscano una minima parte dei detenuti in Germania; tutta-

¹⁷ V. KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes "nullum crimen, nulla poena sine lege"*, Berlin, 1983, p. 31.

¹⁸ Sulla politica eugenetica del nazionalsocialismo, v. E. KLEE, *Dokumente zur Euthanasie*, Frankfurt am Main, 1997.

¹⁹ *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1969, p. 132. Sugli istituti socio terapici, v. l'ampia analisi di A. MANN, *Uniquitabilità*, cit., p. 115 ss.

²⁰ H. ZIPF, *Die Rechtsfolgen der Tat*, in C. ROXIN, W. STREE, H. ZIPF, H. JUNG, *Einführung in das neue Strafrecht*, München, 1975, pp. 91-92.

²¹ Per gli autori di reati sessuali la legge del 26 gennaio 1998 ha previsto il trasferimento obbligatorio negli istituti socioterapici. Sulla disciplina dell'esecuzione penitenziaria v. K. LAUBENTHAL, *Strafvollzug*, Berlin-Heidelberg-New York, 2007, p. 320 ss.; F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafumsetzung und ihre Grundlagen*, Stuttgart, p. 116 ss.; R. P. CALMISS, H. MÜLLER-DIEZ, *Strafvollzugsgesetz*, München, 2005, p. 121 ss.

²² A favore di questa soluzione si è espresso W. FRISCH, *Dogmatische Grundfragen der bedingten Entlassung und der Lockerungen des Vollzugs von Strafen und Maßregeln*, in *ZStW*, 1990, p. 382.

²³ F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., pp. 142-143.

²⁴ Dati riportati da B. D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, Berlin-Heidelberg, 2006, p. 229.

²⁵ H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 813.

via, pur nell'ambito di una applicazione contenuta, non può non esserne sin da ora segnalato il progressivo ampliamento, normativo e applicativo, che evidenzia l'attenzione del legislatore e della magistratura per questa misura. Nel tempo si sono stratificate tre forme di custodia di sicurezza, tutte sottratte al sistema vicariale nel rapporto con la pena, con chiara accentuazione del loro contenuto affittivo.

Quella primaria, per autori di reati con un pregresso percorso criminale, tipizzato dall'legislatore in relazione al numero di reati, alla loro tipologia ed al tempo di commissione (§ 66 StGB), viene disposta sulla base di una prognosi di pericolosità del soggetto (*Gefährlichkeit*) rispetto alla commissione di fatti di reato con grave pregiudizio fisico o morale per la vittima o di gravi danni economici a causa della tendenza del soggetto (*Hang*) a commettere reati.²⁶ Sino al 1998 era previsto che, in sede di prima applicazione, avesse una durata massima di dieci anni (in tal senso disponeva il § 67d, comma 1, primo periodo StGB nel testo riformato nel 1969).

A questa disciplina, ha fatto seguito il progressivo ampliamento dell'ambito della strategia preventiva sollecitata da gravi episodi di cronaca nera che hanno indotto il legislatore a rispondere alle esigenze di appagamento della sicurezza collettiva.²⁷ Così nel 1998 cade il limite massimo di durata previsto per la custodia primaria e la nuova disciplina viene applicata retroattivamente:²⁸ trattandosi non di pena, ma di misura di sicurezza, la Corte costituzionale tedesca ne sancisce la legittimità in conformità alla disciplina generale del § 2, comma 6 StGB che per le misure di sicurezza prevede l'applicazione della legge vigente al momento della decisione (tornerò su questo punto).²⁹

Attraverso due altre importanti riforme il legislatore è intervenuto per coprire le lacune di tutela nel controllo della pericolosità dell'autore lasciate scoperte dalla disciplina della custodia di sicurezza primaria, perché quest'ultima è applicabile solo a chi, al momento della condanna, sia stato ritenuto socialmente pericoloso, ma non a coloro che manifestino la loro pericolosità in un momento successivo alla condanna, durante l'esecuzione della pena.

Un primo *vulhus* alla contestualità tra sentenza di condanna e dichiarazione di pericolosità sociale è stato inferto nel 2002, prevedendo la possibilità di riservare, già nella sentenza di condanna, l'applicazione della custodia di sicurezza al termine dell'esecuzione della pena (*Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*; § 66a StGB), qualora al momento della sentenza non sia accettabile con sufficiente certezza (*mit hinreichender Sicherheit*) la pericolosità dell'autore per la collettività, sempre che durante l'esecuzione della pena (al più tardi sei mesi prima del termine in cui può essere concessa la sospensione della esecuzione della pena sotto condizione) sia possibile formulare un giudizio dal quale, «alla luce della valutazione complessiva del condannato, dei fatti commessi e dello sviluppo della sua personalità durante l'esecuzione della pena, risulti che sia da attendere la commissione di rilevanti fatti di reato, che procurano alla vittima gravi danni fisici o psichici».

Il § 66a StGB allentava il collegamento tra fatto, oggetto della sentenza di condanna e pericolosità, ma lasciava scoperti i casi in cui la pericolosità, non accertata né escludibile al momento della sentenza di condanna, emergesse solo durante l'esecuzione della pena. Per colmare questa lacuna si fecero parte attiva dapprima alcuni *Länder*³⁰ a ciò sollecitati da alcuni gravi fatti di cronaca:³¹ fondandosi sulla competenza nella prevenzione

²⁶ Su questo requisito v. A. DESSECKER, *Gefährlichkeit*, cit., p. 301; G. KAISER, *„Strafbeduft und Kriminologie unter einem Dach“ aus der Perspektive des Kriminologen*, in U. Sieber, H.J. Albrecht (a cura di), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, Berlin, 2006, p. 75.

²⁷ È questo il giudizio di C. PRITTWITZ, *Populismo e opportunismo nella politica criminale*, in G. Cocco (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziato in diritto penale*, Padova, 2005, p. 84 ss.

²⁸ *Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten* del 26 gennaio 1998.

²⁹ BVerfG 3 dicembre 1998, in *NSZ*, 1999, p. 156. Sulla base dello stesso argomento, il *Bundesverfassungsgericht* ha escluso che contrastasse con il principio di irretro-

³⁰ M. MARKWARDT, *Reformbedürftigkeit des Maßregelrechts*, in *Verfassungsrecht – Menschenrecht – Strafrecht. Kolloquium für W. Gottwitzer*, Berlin-New York, 2004, p. 125; P.A.

dei reati, i *Länder* avevano previsto l'applicabilità *ex post* della custodia di sicurezza ad autori particolarmente pericolosi in ragione di precedenti condanne per gravi reati lesivi dei beni dell'integrità fisica o della libertà sessuale. Si trattò di leggi dalla vita breve, perché le leggi approvate dai *Länder* del Bayern e Sachsen-Anhalt furono dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale per violazione della competenza federale in materia penale (Art. 74, comma 1, n. 1 GG).³²

Il legislatore, anche su sollecitazione dello stesso *Bundesverfassungsgericht*, introdusse nel codice penale la misura più invasiva che il sistema sanzionario tedesco conoscesse: la custodia di sicurezza postuma (*nachträgliche Sicherungsverwahrung*; § 66b StGB).

Eran originariamente previste tre tipologie di destinatari: *a)* i recidivi di gravi reati, con un ampliamento dei reati-presupposto rispetto a quanto previsto per la custodia primaria (più genericamente crimini contro la vita, l'incolumità personale, la libertà sessuale o i reati di rapina di cui ai §§ 250 e 251 StGB); *b)* gli autori primari di gravi reati a connotazione violenta o sessuale, condannati ad una pena non inferiore a cinque anni di reclusione; *c)* gli internati alla misura dell'ospedale psichiatrico, qualora all'atto della interruzione della misura risultino ancora pericolosi (si tratta ad evidenza di un raccordo tra le due misure di sicurezza che sottolinea la valenza terapeutica della prima e quella sicuritaria della seconda). La misura richiede altresì un presupposto soggettivo: la pericolosità dell'autore, non rilevata al momento della condanna, deve emergere da elementi nuovi nel corso dell'esecuzione (*neue Tatsachen*; c.d. *Novat*);³³ è necessario che, «dalla valutazione complessiva del condannato,

ALBRECHT, *Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft. Auf der Suche nach staatskritischen Absolutheitsregeln*, Berlin, 2010, p. 100 ss.

³² BVerfG 10 febbraio 2004, in *NJW*, 2004, p. 750.

³³ Questi elementi richiedono la presenza di cinque requisiti: fatti emersi dopo la sentenza di condanna, limitazione temporale (tra la sentenza di condanna ed il termine di esecuzione della pena), rilevanza del fatto, collegamento sintomatico con il reato commesso, aumento della pericolosità (v. ampiamente T. BARTSCH, *Sicherungsverwahrung*, cit., p. 82 ss.). Si rinvia a S. FOKKERS, *Die nachträgliche Sicherungsverwahrung in der Rechtsanwendung Eine Zwischenbilanz*, in *NSZ*, 2006, p. 429 ss. per l'analisi degli elementi da prendere in considerazione ai fini dell'ordine postumo di internamento (violazioni della disciplina interna, possesso o consumo di droga, condotte aggressive, abuso nell'esecuzione di misure alternative, disturbi della personalità emersi nel corso

dei fatti commessi ed altresì dello sviluppo della personalità durante l'esecuzione della pena, risultati che con alta probabilità commetterà rilevanti fatti di reato, che procurano alla vittima gravi danni fisici o psichici». Il legislatore ha, quindi, richiesto l'accertamento di una pericolosità qualificata in modo da consentire un'applicazione più stringente della custodia postuma e mantenere il carattere di strumento eccezionale di controllo dell'autore pericoloso; tuttavia, l'ordine di internamento può intervenire sino al termine ultimo di scadenza del fine pena, dunque teoricamente anche il giorno prima della cessazione della pena detentiva.

Si tratta di un ulteriore ampliamento del giudizio prognostico rispetto ai casi già contemplati dai §§ 66 e 66a StGB: nell'ipotesi «base» di custodia di sicurezza (§ 66) il giudice deve formulare una prognosi di pericolosità già al momento della condanna; nell'ipotesi prevista dal § 66a StGB il giudice, pur non escludendo la pericolosità al momento del fatto, non è in grado di accettare con sufficiente certezza che il soggetto sia pericoloso; invece, nel caso di applicazione a posteriori della custodia è sufficiente una prognosi di recidiva successiva alla sentenza di condanna, fondata su fatti emersi nel corso dell'esecuzione.

La *nachträgliche Sicherungsverwahrung* ha subito un ulteriore ampliamento nel 2007: considerato che l'accertamento dei c.d. *Novat* presuppone che i fatti emersi in sede di esecuzione non fossero conoscibili al momento della condanna, la misura non avrebbe potuto essere applicata qualora mancando al momento della condanna i presupposti normativi per l'applicazione dei §§ 66 e 66a StGB, fossero tuttavia già presenti gli elementi sintomatici della pericolosità. Il legislatore ha allora esteso l'applicazione della custodia postuma ai casi in cui la custodia non potesse essere ordinata al momento della condanna, consentendo al giudice di prendere in considerazione, ai fini del giudizio prognostico, anche gli elementi già conoscibili al momento della condanna.³⁴

In considerazione della forte incidenza sulla libertà personale dell'ordine di custodia postumo, il § 66b StGB richiede l'accertamento di una dell'esecuzione, acquisizione di nuove conoscenze scientifiche sullo stato psichico del detenuto, commissione di reati, rinuncia o interruzione di terapie).

³⁴ Gesetz zur Reform der Führungsaufgaben und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung del 17 aprile 2007.

pericolosità specifica che dovrebbe restringere la possibilità di una prognosi positiva: è richiesta, infatti, l'alta probabilità (*hohe Wahrscheinlichkeit*) di commissione di rilevanti fatti di reato con gravi danni fisici o mentali alla vittima. La formulazione del giudizio si presenta, quindi, estremamente problematica sia perché riferibile anche ad autori primari, sia perché desunta da elementi emersi solo nel corso dell'esecuzione della pena.³⁵ Indipendentemente dal numero di ordini di applicazione di questa misura, non si è a sufficienza riflettuto sugli effetti indiretti di questa disciplina sul piano della esecuzione penitenziaria: in considerazione dei reati presupposto che formalmente legitimano l'ordine di custodia, si stima che formalmente i possibili candidati alla applicazione della misura siano nell'ordine di 7000-10.000 detenuti, rispetto ai quali si impone l'accertamento del giudizio prognostico durante l'esecuzione della pena, gravata da obblighi particolarmente stringenti di osservazioni della personalità, da una prevedibile riduzione nella concessione dei permessi, da adempimenti burocratici, con un generalizzato appesantimento del clima carcerario.³⁶

A questo sviluppo normativo della custodia di sicurezza ha corrisposto un aumento degli ordini di internamento. Se le riforme del 1969 erano riuscite a garantire un'applicazione limitata della misura (nel 1961 gli internati erano 688, hanno raggiunto quota 902 nel 1966 e si sono drasticamente ridotti negli anni Settanta, per giungere a 190 nel 1987 e 182 nel 1990), a partire dalla fine degli anni Novanta si è assistito ad un notevole incremento: da 200 internati nel 1997, si è arrivati a 350 nel 2005, 375 nel 2006, 427 nel 2007, 448 nel 2008 e 491 nel 2009.³⁷ I numeri sono esigui in termini assoluti e relativi in rapporto al numero complessivo dei detenuti in Germania (0,8% dei 61.000), ma sono impressionanti se si considera che segnalano, nell'arco di poco più di dieci anni, un aumento del 140% degli ordini di custodia a fronte di un riscontro statistico di diminuzione generale dei reati che legitimano le diverse forme di custodia di

sicurezza: una *Renaissance der Sicherungsverwahrung*³⁸ che indica il progressivo spostamento verso una politica penale della difesa sociale chiaramente espressa nel § 129 StVollG, che considera le diverse forme di *Sicherungsverwahrung* uno strumento di limitazione della libertà personale «a tutela della collettività».³⁹

Questo sviluppo normativo è connotato da una forte dose di «populismo e politica simbolica»:⁴⁰ si consideri, infatti, che la custodia di sicurezza è potenzialmente applicabile anche ai condannati all'ergastolo;⁴¹ è dubbia la fondatezza criminologica della custodia di sicurezza postuma, in quanto non corrispondono alla realtà casi in cui la pericolosità dell'autore emerga solo in fase esecutiva;⁴² la proliferazione delle forme di *Sicherungsverwahrung* non era legittimata da un aumento dei reati-presupposto di questa misura.⁴³ Era ovvio che in questo clima non si sia riflettuto abbastanza sugli effetti negativi che il potenziamento di queste misure ha avuto sulla stessa esecuzione penitenziaria.

2.2. L'esportazione del modello tedesco in Svizzera

Il modello tedesco non è rimasto confinato in ambito nazionale, ma ha fatto scuola in altri ordinamenti, che hanno diversamente calibrato il rapporto tra prevenzione speciale positiva e negativa.

³⁸ M. SKIRL, *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung – vom Auslandmodell zur Modell-Maßregel*, in *ZStV* 2005, p. 324; P.A. ALBRECHT, *Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft*, cit., p. 98.

³⁹ J. FEEST, *sub* § 129, in J. FEEST (a cura di), *Kommentar zum Strafvollzugsgesetz*, Neu-wied, 2000, p. 775.

⁴⁰ A. KREUTZER, *Neuordnung*, cit., p. 122.

⁴¹ Questa possibilità, prevista da una riforma del 2002, non ha merito valore simbolico, ma costituisce una strumento per accettare il controllo penale: infatti, in caso di applicazione congiunta di ergastolo e custodia di sicurezza, si possono estendere le disposizioni relative alla custodia che, in caso di sospensione condizionale dell'esecuzione della *Sicherungsverwahrung*, prevedono l'applicazione della libertà vigilata (possibilità non prevista in caso di condanna all'ergastolo); v. T. BAKTSCH, *Sicherungsverwahrung*, cit., p. 66.

⁴² Critici sulla possibilità che nel corso dell'esecuzione emergano fatti nuovi che non fossero già riconoscibili al momento della condanna A. KREUTZER, T. BAKTSCH, *Recht und Vollzug der Sicherungsverwahrung. Diskussionsstand und Reformvorstellungen*, in *Forum Strafvollzug*, 2010, p. 133.

⁴³ A. KREUTZER, *Neuordnung*, cit., p. 123.

³⁵ T. ULLENBRUCH, *sub* § 66, in B. Heitsch-Heinegg, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 2/1, §§ 52-79b StGB, München, 2005, p. 489.

³⁶ A. KREUTZER, *Neuordnung der Sicherungsverwahrung. Fragmentarisch und fragwürdig trotz sinnvoller Ansätze*, in *SV* 2011, p. 124.

³⁷ Dati tratti da T. BAKTSCH, *Sicherungsverwahrung*, cit., p. 154.

Se allo svizzero Stoos siamo debitori della prima proposta di articolazione normativa del doppio binario, spetta sempre agli svizzeri l'adozione di un sistema di neutralizzazione radicale della pericolosità sociale. La riforma del codice penale svizzero, dopo un lungo e travagliato iter, vede la luce nel 2002, ma entra in vigore solo nel 2007 in piena espansione delle politiche penali sicuritarie. Il modello tedesco di potenziamento della custodia di sicurezza ha influenzato la riforma svizzera della misura dell'internamento (*Verwahrung*).

Tale misura, riservata ad autori imputabili con recidiva qualificata, era già presente nella versione originaria del codice penale nel 1937, anche se trovava scarso riscontro nella prassi applicativa, peraltro limitata agli autori di reati di gravità medio-bassa.⁴⁴ A partire dagli anni Novanta si assiste ad una inversione di tendenza nell'applicazione delle misure di sicurezza custodiali (la misura terapeutica stazionaria e l'internamento di sicurezza), in termini quantitativi, con un aumento di 2,5 volte del numero degli internati (da 83 a 218), e in termini qualitativi, con il mutamento della tipologia dei destinatari (dagli autori di reati contro il patrimonio agli autori di reati violenti o di natura sessuale).⁴⁵ La prassi veniva così ad anticipare le scelte della riforma del 2002 sull'internamento: il nuovo art. 64 SchwStGB prevede che la *Verwahrung* sia applicabile anche ad autori primari, ma con una delimitazione dei reati-presupposto (reati di assassinio, omicidio intenzionale, lesione personale grave, violenza carnale, rapina, presa d'ostaggio, incendio, esposizione a pericolo della vita altrui) e con l'accertamento di una pericolosità specifica (si richiede un pericolo di grave pregiudizio per l'integrità fisica, psichica o sessuale della vittima, che delimita l'ambito dei possibili destinatari della misura agli autori di reati sessuali o violenti⁴⁶).

Il fatto che la *Verwahrung* conviva con la misura dell'ospedale psichiatrico e che sia applicabile solo in caso di soggetti non trattabili, ne accentua la funzione di difesa sociale, confermata dalla esclusione del principio di vica-

rità⁴⁷ (l'internamento viene infatti eseguito successivamente alla pena detentiva, sempre che il giudice accerti il persistere del pericolo di recidiva).

Tuttavia anche la Svizzera si è scontrata con la realtà degli elevati costi di gestione necessari per garantire una effettiva implementazione del programma trattamentale attraverso strutture e personale specializzati (psichiatri, psicologi, educatori, assistenti sociali);⁴⁸ il fatto che oggi l'internamento di sicurezza sia eseguito negli ordinari istituti penitenziari segnala il parziale fallimento della prospettiva di prevenzione speciale positiva.

L'ansia sicuritaria impressa nel modello tedesco si riversa anche nel sistema penale svizzero che recepisce l'internamento in custodia postumo (*nachträgliche Verwahrung*), applicabile «se durante l'esecuzione della pena decentriva, sulla base di nuovi fatti o mezzi di prova, risulta che le condizioni per un interramento sono adempiute e sussistevano già al momento della condanna, senza che il giudice ne potesse essere a conoscenza» (art. 65, comma 2 SchwStGB).

L'apoteosi del modello custodialistico è raggiunta da una norma costituzionale che ha previsto l'internamento a vita, su impulso di una legge di iniziativa popolare proposta dall'associazione *Selbsthilfegruppe Licht der Hoffnung*, dal titolo eloquente: «Internamento a vita per crimini sessuomani o violenti estremamente pericolosi e refrattari alla terapia».⁴⁹ Così, con il placet dello strumento di democrazia diretta, è stato introdotto nella Costituzione federale l'art. 123a, che prevede una forma di interramento particolarmente afflitiva nei confronti dei criminali sessuomani o violenti: «considerato il forte rischio di ricaduta, il criminale sessuomane o violento che nelle perizie necessarie alla formulazione della sentenza è stato definito estremamente pericoloso e classificato come refrattario alla terapia deve essere internato a vita. Liberazioni anticipate e permessi di libera uscita sono esclusi».

L'internamento a vita si rivolge a soggetti, anche autori primari, che

⁴⁴ J. Künzli, *Die Sicherungsverwahrung*, cit., p. 494.

⁴⁵ Si vedano i dati pubblicati dall'Ufficio federale di statistica, comunicato del 1 novembre 2007, in <http://www.statistica.admin.ch>.

⁴⁶ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen*, Bern, 2006, p. 340.

⁴⁷ Ampiamente G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II*, cit., pp. 58 ss.; H. WIRRECHTIGER, *Das Massnahmenrecht der Expertenkommission – Verbesserte Hilfe für die Täter und verbesserte Schutz für die Allgemeinheit*, in *ZStR*, 1994, p. 408.

⁴⁸ J. P. WEBER, *Zur Verhältnismässigkeit der Sicherungsverwahrung. Ausblick auf die künftige Anwendung von Art. 64 EStGB*, in *ZStR*, 2002, p. 407.

⁴⁹ Alla votazione ha partecipato il 46% della popolazione, di cui il 56,2% si è espresso a favore e il 48,3% contro.

presentano disturbi psicopatici della personalità, connotati da condotte violente e manie sessuali e dalla refrattività alle terapie. Qualora i periti, che per maggiori esigenze di garanzia devono essere almeno due e reciprocamente indipendenti (art. 123a, comma 3 Cost. federale), accertino l'elevata pericolosità del soggetto, l'internamento è obbligatorio ed a vita, con esclusione dai benefici penitenziari, che anche nell'ordinamento svizzero sono parte integrante dell'esecuzione penale. Non è esclusa la possibilità che l'internato riaccquisti la libertà, ma gli spazi sono talmente esigui da risultare di fatto inesistenti: «è possibile redigere nuove perizie solo qualora nuove conoscenze scientifiche permettano di dimostrare che il criminale può essere curato e dunque non rappresenta più alcun pericolo per la collettività. Se sulla base di queste nuove perizie è posta fine all'internamento, la responsabilità per una ricaduta è assunta dall'autorità che ha posto fine all'internamento» (art. 123 a, comma 2 Cost. federale).

Sebbene nel dare attuazione a questa forma di internamento (v. il testo dell'art. 64 c SchwStGB, come modificato dalla legge 21 dicembre 2007, entrata in vigore il 1° agosto 2008) il legislatore abbia smussato alcune rigidità della norma che rendevano di fatto impossibile la cessazione della misura (condizionata solo alla acquisizione di nuove scoperte scientifiche capaci di neutralizzare la pericolosità del soggetto),⁵⁰ non v'è dubbio che il modello svizzero costituisca una forma estrema di incapacitazione della pericolosità dell'autore sempre meno persona e sempre più fonte di pericolo.

Nulla di nuovo: nel clima di panico penale, ci troviamo di fronte alla ridezione della vecchia figura del delinquente nato, temperata solo dalla fiducia che la scienza sarà un giorno capace di incidere sulla struttura personale dell'internato, che sino ad allora sembra sia destinato a perpetrare il male.

2.3. *La conversione della Francia al doppio binario*

Anche la Francia non si è sottratta al fascino del controllo dell'autore pericoloso con l'introduzione di un sistema sanzionatorio a doppio binario di cui non c'erano tracce nella versione originaria del codice penale.⁵¹

Già a partire dalla fine degli anni Novanta, il legislatore francese ha approvato una serie di riforme finalizzate al controllo degli autori pericolosi, sviluppando a fianco del diritto penale della repressione il diritto penale della pericolosità criminale: la l. 17 giugno 1998, n. 468 ha introdotto l'Istituto del *suivi socio-judiciaire* (art. 131-36-1 ss. *Code Pénal*), applicabile sia come pena principale che in aggiunta ad una pena detentiva, consistente in *«mesures de surveillance et assistance destinées à prévenir la récidive»*, con una durata massima di venti anni in relazione al reato presupposto (reati di violenza ed abuso sessuale, specie nei confronti di minori, e di pedopornografia). La misura, che contempla anche la possibilità della sotroposizione a sorveglianza elettronica mobile (art. 131-36-12 c.p.), prevede una serie di obblighi (tra cui il divieto di trovarsi in luoghi abitualmente frequentati da minori o di frequentare specifiche categorie di persone, specie minori, ovvero di svolgere attività professionali o di volontariato che implicano un contatto abituale con minori), la cui trasgressione è sanzionata penalmente (artt. 132-44, 132-45, 131-36-2 c.p.).

Il *suivi socio-judiciaire* prevede anche *mesures d'assistance* per favorire il reinserimento sociale del condannato (art. 131-36-4 c. p.) e nel 2007 l'istituto è stato arricchito con l'ingiunzione di cura (*suivi socio-judiciaire renforcé*: art. 131-26-4 c.p.) nei confronti di soggetti capaci di intendere e volere, ma con disturbi della personalità o con problemi di dipendenza da alcol o sostanze stupefacenti (la sottoposizione alla cura presuppone il consenso del condannato, mancando il quale la pena viene eseguita). La durata della misura è temporalmente definita dal giudice, anche se i termini massimi possono essere molto elevati (dieci, venti e in alcuni casi anche trent'anni, in relazione al reato-presupposto). Si tratta di una sanzione complessa che presenta elementi sanzionatori e trattamentali.

Una seconda riforma (l. 9 marzo 2004, n. 204), con una più marcata finalità preventiva, ha previsto l'istituzione di un registro giudiziario nazionale automatizzato degli autori di reati sessuali o violenti (*Fichier judiciaire National automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes – FIJAIS*), che consente di imporre, *à titre de mesure de sûreté* (art. 706-53-5 *Code Proc. Pénal*), alle persone ivi iscritte una serie di prescrizioni (tra cui la giustificazione periodica dell'indirizzo di residenza e della sue variazione: art. 706-51-3 ss. c.p.p.), la cui violazione è sanzionata penalmente con la reclusione

⁵⁰ Sia consentito il rinvio a M.-PELISERO, *Pericolosità sociale*, cit., p. 271 ss.

⁵¹ Sullo sviluppo della disciplina in Francia v. M. PELISERO, *Pericolosità sociale*, cit., p. 278 ss.

(art. 706-53-5, ultimo comma c.p.p.). L'istituto presenta natura duplice di misura di sicurezza e di misura cautelare, in quanto l'iscrizione nel registro non presuppone necessariamente una sentenza di condanna definitiva. La permanenza del nome nel registro può raggiungere i trent'anni, il che implica anche l'estensione dei relativi obblighi di comunicazione per tutta la durata dell'iscrizione.

Nel 2005 la legge n. 1459 ha inserito nel codice di procedura penale la *surveillance judiciaire* nei confronti delle persone condannate ad una pena privativa della libertà personale superiore a dieci anni per un crimine o un delitto: in tal caso il giudice dell'esecuzione o il Procuratore della Repubblica possono ordinare, a titolo di misura di sicurezza ed al solo fine di prevenire la recidiva, che dopo l'esecuzione della pena il condannato sia sottoposto a sorveglianza giudiziaria per un certo lasso di tempo (indicato dall'art. 723-29 c.p.p.⁵²) con l'imposizione di prescrizioni analoghe a quelle dei *suivi socio-giudiziari* (art. 723-33 c.p.p.).

Con queste misure la politica criminale della prevenzione della pericolosità si era mantenuta nei limiti del controllo in libertà (salvo la criminalizzazione secondaria in caso di trasgressione delle prescrizioni imposte) con un bilanciamento tra istanze di tutela della collettività e limitazioni della libertà personale fondate su meri giudizi prognostici. Nel 2008 nel sistema penale francese ha fatto ingresso il modello preventivo custodiale che prende a modello la disciplina tedesca della *Sicherungsverwahrung* anche per l'allarme sociale di fronte alla commissione di gravi reati a danno di minori.⁵³

La 1. 25 febbraio 2008, n. 174 (recentemente integrata dalla legge 10 marzo 2010, n. 242), oltre a modificare profondamente la disciplina della dichiarazione di irresponsabilità penale per disturbo di mente, introduce nel codice di procedura penale, nel libro IV titolo XIX *De la procédure applicable aux infractions sexuelles et de la protection des mineurs victimes*, un capitolo III (intitolato *De la rétention de sûreté et de la surveillance de sûreté*) che si inserisce

nella politica criminale di potenziamento degli strumenti di prevenzione *post délitum* nei confronti degli autori ritenuti pericolosi.⁵⁴

L'art. 706-53-13 c.p.p. prevede che a titolo eccezionale possa essere applicata la *rétention de sûreté*, con assegnazione ad un *centre socio-médico-judiciaire de sûreté*, ai condannati a penne non inferiori a quindici anni, per reati connotati da violenza o da abusi sessuali (con particolare attenzione alle vittime minori); l'internamento in custodia presuppone l'accertamento, al termine della esecuzione della pena, della «particolare pericolosità caratterizzata da una probabilità molto elevata di recidiva, in quanto il soggetto soffre di un disturbo grave della personalità» (*trouble grave de la personnalité*). Questo accertamento è effettuato al termine dell'esecuzione della pena, ma «la custodia di sicurezza non può essere comunque eseguita se la Corte d'assise non abbia espressamente previsto nella sentenza di condanna che la persona possa essere oggetto, a fine pena, di un riesame della sua situazione in vista di una eventuale custodia di sicurezza»; in tal modo il legislatore ha agganciato la valutazione del giudice dell'esecuzione a quella del giudice di merito, nel senso che la misura di sicurezza va sempre riportata ad una pericolosità che trovi fondamento e ragion d'essere nel reato-presupposto, a differenza di quanto prevede la disciplina tedesca della *nachträchliche Sicherungsverwahrung*, che è fondata su elementi emersi in fase esecutiva dopo la sentenza di condanna.

Almeno un anno prima del termine della pena, spetta ad una *Commission multidisciplinaire des mesures de sûreté*, prevista dall'art. 763-10 c.p.p., accettare la pericolosità del detenuto e, in caso di esito positivo, disporre l'applicazione della misura custodiale, solo se le misure del controllo socio-giudiziario o della sorveglianza giudiziaria appaiono insufficienti per prevenire l'elevato rischio di recidiva specifica (art. 706-53-14 c.p.p.).⁵⁵

⁵² L'art. 723-29 prevede «une durée qui ne peut excéder celle correspondant au crédit de réduction de peine ou aux réductions de peines supplémentaires dont elle a bénéficié et qui n'ont pas fait l'objet d'une décision de retrait».

⁵³ Su questi diversi fattori v. J. PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux*, in *Reueil Dalloz*, 2008, pp. 1000-1001.

⁵⁴ Su questa legge v. M. HERZOG-EVANS, *La loi n. 2008-174 du 25 février 2008 sur la mise à mort des «principes continus» de notre droit*, in *AJ Penal*, 2008, p. 161; P.M. BANZOULOU, *La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles: le PSEM et la rétention de sûreté*, *ibid.*, p. 171 ss.; J.L. SENON, *Psychiatrie et justice: de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté*, *ibid.*, p. 176 ss.; J. LEBROIS-HAPPE, *Rétention de sûreté vs Unterbringung in die Sicherungsverwahrung: les enseignements d'une comparaison franco-allemande*, *ibid.*, p. 209 ss.; E. SENNA, *Primeras reflexiones sur les adaptations du régime de sûreté des condamnés criminels dangereux*, *ibid.*, p. 223 ss.

⁵⁵ La diversità tra l'organo giurisdizionale che pronuncia la condanna per il reato-

Il legislatore ha prestato attenzione a garantire che la limitazione della libertà personale rispettasse i principi di proporzionalità, richiedendo un pericolo di recidiva specifica riferita agli stessi reati che fungono da presupposto di applicazione della custodia di sicurezza, e di sussidiarietà, in quanto la misura è applicabile solo in casi eccezionali, come previsto dalla legge, quando altri strumenti di controllo in libertà non appaiono sufficienti. Il legislatore ha al contempo previsto prescrizioni a contenuto trattamentale, offrendo all'internato un supporto medico, sociale e psicologico in grado di assicurare quanto prima la cessazione della misura (art. 706-53-13, ultimo comma c.p.p.). La durata della misura non è predeterminata, ma la sua prosecuzione è subordinata al meccanismo di riesame annuale della pericolosità.

Accanto alla misura custodiale, la riforma del 2008 ha previsto un'nuova misura non privativa della libertà personale, la *surveillance de sûreté*, un sorta di *demi-mesure*, come è stata autorevolmente definita,⁵⁶ che può sostituire o affiancare la misura custodiale, con un sistema flessibile che consente, qualora il sorvegliato presenti nuovi sintomi di particolare pericolosità, di riprendere l'esecuzione della misura custodiale.⁵⁷

3. Le direttive comuni della politica penale della incapacitazione

I sistemi penali analizzati mostrano, pur nella diversità delle rispettive discipline, direttive di politica penale unitarie.

In primo luogo, il potenziamento degli strumenti di prevenzione della criminalità non passa (o non passa solo) attraverso l'aggravamento della presupposto e quello che ordina la *réention de sûreté* è apparso di difficile compatibilità con l'art. 5 lett. a) CEDU che, nella interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, impone l'accertamento di un nesso causale tra i fatti oggetto della condanna e la misura privativa della libertà personale: J.P. CÉRÉ, *La réention de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *AJ penal*, 2008, p. 219 ss.; J. LEBOIS-HAPPE, *Réention de sûreté et Unterbringung in die Sicherungsverwahrung*, cit., p. 218.

⁵⁶ J. PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français*, cit., p. 1005.

⁵⁷ Sulla flessibilità del regime di conversione delle misure, custodiale ed in libertà, v. M. HERZOG-EVANS, *La loi n. 2008-174 du 7 février 2008 ou la kise à mort des «principes carabinaires de notre droit*, cit., p. 164.

pena per il fatto commesso, ma ricorre alla previsione di nuove misure di sicurezza, in funzione di neutralizzazione della pericolosità del soggetto. Tutti i sistemi analizzati mostrano una tendenza espansiva dell'ambito di applicazione delle misure custodiali: evidentissima in Germania, è presente anche negli altri due sistemi analizzati, in Svizzera con la custodia a vita e in Francia, che non conosceva sino al 2008 misure custodiali. Si segnala un significativo potenziamento anche delle misure di controllo in libertà (analoghe alla nostra libertà vigilata), quali strumenti meno invasivi di controllo della pericolosità sociale, ma connotati da una disciplina flessibile che garantisce, in caso di violazione delle prescrizioni imposte, la trasformazione della misura in libertà nella misura custodiale. Si assiste, specie nella disciplina tedesca e svizzera della *nachträgliche Sicherungswahrung*, allo scollamento della misura dal reato-presupposto e la sua direzione esclusivamente sull'autore: è davvero ancora diritto penale del fatto o non siamo già nel campo del diritto penale d'autore?⁵⁸

Un secondo elemento che accomuna questi sistemi è costituito dalla individuazione dei destinatari delle misure di sicurezza, tipizzati secondo figure di pericolosità specifica sulla base di un duplice presupposto: oggettivamente, le misure sono destinate ad autori di reati di reati gravi, qualitativamente limitati a fatti che comportano gravi aggressioni a beni personali tramite violenza o violazione della libertà di autodeterminazione sessuale; questi stessi reati costituiscono anche l'oggetto del giudizio prognostico, in modo da assicurare omogeneità tra reati-presupposto e reati-attesi; soggettivamente, è necessario che il fatto commesso sia espressione di un disturbo della personalità, che non escluda la capacità di intendere e volere dell'autore, applicandosi altrimenti le specifiche misure terapeutiche previste dai diversi sistemi per i soggetti privi di capacità o con capacità ridotta. Assistiamo, cioè, alla patologizzazione dell'autore imputabile al fine di garantire un controllo preventivo anche rispetto ai soggetti imputabili: ad essere quindi sempre più evanescente è la distinzione tra soggetti imputabili e non imputabili.⁵⁹

⁵⁸ C. LUDERSEN, *Die ewige Versuchung des Täterstrafrechts. Das Verhalten im Strafvollzug als Voraussetzung für vorbehaltene oder nachträgliche Sicherungsverwahrung*, in *KJ*, 2006, p. 361 ss.; A. KREUZER, *Neuordnung*, cit., p. 124.

⁵⁹ In una prospettiva diversa si colloca G. FREUND, *Gefahren und Gefährlichkeiten im*

Ora, però, mi preme evidenziare che la patologizzazione dell'autore imputabile consente l'estensione del controllo preventivo anche agli autori primari. La pericolosità non è più necessariamente indiziata dalla "carriera" criminale del soggetto, ma si fonda sul disturbo della personalità. Questa estensione della sfera dei destinatari della misura custodiale si traduce in una più elevata fallibilità della predizione in ordine al comportamento futuro, con un aumento delle prognosi false.⁶⁰

Nelle nuove misure di sicurezza il disturbo della personalità fonda la pericolosità sociale, ma la funzione di tali misure sembra essere più di difesa sociale che di supporto terapeutico: prevale il controllo della pericolosità, mentre la prevenzione speciale positiva interviene come fattore di determinazione delle concrete modalità esecutive, che peraltro presentano nella prassi profili molto deficitari, sui quali come vedremo si è sofferto sia la Corte europea dei diritti dell'uomo che la Corte costituzionale tedesca (v. *postea* §§ 5 e 7). Il potenziamento della funzione di difesa sociale è desumibile da diversi elementi: dalla permanenza nel sistema penale di misure a contenuto terapeutico (ospedale psichiatrico o misure ambulatoriali); dall'applicazione delle misure custodiali anche ad autori primari (con una considerevole estensione del loro ambito di applicazione); dalla disapplicazione del principio di vicarietà tra pene e misure di sicurezza; dalla previsione di un sistema flessibile di conversione tra misure custodiali e misure in libertà, arricchite da prescrizioni la cui trasgressione diventa motivo per ripristinare l'iniziale misura privativa della libertà personale.

Anche i presupposti per la cessazione della misura si muovono nella stessa logica, in quanto alla assenza di limiti massimi di durata si affianca

Straf- und Maßregelrecht, in *Gd*, 2010, p. 201, il quale fonda la giustificazione delle misure di sicurezza sul fatto che «l'autore si pone contro l'ordinamento che anche per lui è molto più vantaggioso dello stato di natura, nel quale non c'è alcuna tutela contro l'arbitrio del più forte. Un essere razionale non può certo volerlo». L'autore del reato presenta allora una sorta di deficit di responsabilità (*Verantwortlichkeitsdefizit*) che fonda il giudizio di pericolosità. Si tratta di una posizione non dissimile da quella assunta da G. JAKOBS, *Feindstrafrecht. Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechthitzeit*, in *HRSS*, 2006, n. 8-9, pp. 289 e 294) nel giustificare il *Feindstrafrecht*, di cui (non a caso) le misure di sicurezza sono una delle forme di manifestazione.

⁶⁰ Sul rischio di prognosi falsa in relazione agli autori di reati sessuali, v. W. STERFEN, *Mehrfach- und Intensitätsläter aus der Sicht der Polizei*, in R. Egg (a cura di), *Gefährliche Straftäter. Eine Problemgruppe der Kriminalpolitik?*, Wiesbaden, 2005, p. 29.

la difficoltà di interrompere la misura custodiale: talvolta è la stessa disciplina normativa a limitare a casi eccezionali la possibilità di cessazione della misura (ad es. nella *lebenslängliche Verwahrung* in Svizzera); in altri casi tale possibilità è fortemente limitata dalla difficoltà di formulare una prognosi negativa di pericolosità, considerato che nei giudizi prognostici emerge sempre il c.d. falso negativo, ossia la non attendibilità del giudizio prognostico a seguito della commissione di un reato, mentre è molto difficile che possa emergere il falso positivo, ossia la fallacia del giudizio di pericolosità.⁶¹

Un ultimo elemento che accomuna le politiche criminali di potenziamento delle misure di sicurezza risiede nei *motivi*, perché nei tre sistemi analizzati il fattore scatenante è costituito da *gravi episodi di cronaca* che, sull'onda emotiva della empatia identificazione con la vittima, hanno indotto il legislatore ad approvare i nuovi interventi al fine di soddisfare le richieste di maggior sicurezza: anche su questo versante si fanno sentire gli effetti delle politiche penali sicuritarie, tanto più delegittimati quanto più all'espansione di misure fortemente incisive sulla libertà personale non corrisponde un aumento dei tassi di criminalità alla quale tali misure si applicano.⁶²

Più in generale, però, il controllo dell'autore pericoloso riflette gli orientamenti preventivi del diritto penale della modernità. L'ampliamento del ricorso allo strumento penale ha mostrato in questi ultimi anni una forte tendenza alla anticipazione del controllo penale⁶³ che rischia di spostare la struttura della fattispecie dal diritto penale del fatto al diritto penale d'autore. Il potenziamento delle misure di sicurezza ben si colloca

⁶¹ È stata condotta una indagine empirica sul tasso di recidiva di un gruppo di detenuti, inizialmente proposti per l'applicazione della *Sicherungsverwahrung*, poi rigettata dal giudice; nell'arco dei tre anni successivi alla liberazione, su 77 detenuti, 10 hanno riportato una nuova condanna a pena pecuniaria, 5 una condanna a pena detentiva sospesa, 12 una condanna a pena detentiva non sospesa (ed in tre di questi casi è stata anche ordinata l'applicazione della custodia di sicurezza), mentre 50 non hanno commesso alcun reato: questi dati segnalano la sopravvalutazione del giudizio peritale di pericolosità: v. M. ALEX, T. FELTES, *Nächtliche Sicherungsverwahrung – Anmerkungen zur aktuellen Diskussion*, in *Forum Straffolzug*, 2010, pp. 160-161.

⁶² A. KREUTZER, *Neuordnung*, cit., p. 123.

⁶³ Su queste tendenze v. U. SIEBER, *Grenzen des Strafrechts*, in *ZSW*, 2007, p. 27 ss.

in questa tendenza che riflette, sul terreno degli strumenti sanzionatori, una reazione dell'ordinamento penale rivolta a prevenire future condotte dell'autore piuttosto che punire fatti commessi.

4. L'autore pericoloso dinanzi agli organi di giustizia costituzionale: il caso della Germania e della Francia

In Francia e Germania gli organi di giustizia costituzionale si sono pronunciati sulla legittimità di queste misure con argomenti solo in parte coincidenti che consentono di effettuare un interessante raffronto sui limiti di legittimazione degli strumenti di controllo dell'autore pericoloso alla luce delle garanzie costituzionali.

Innanzitutto, entrambe le Corte legittimano la previsione di misure preventive custodiali *post delictum* e *post haenam*, ma la privazione della libertà personale, ben oltre i limiti fissati dalla colpevolezza, si giustifica solo a condizione di rispettare la proporzionalità e la sussidiarietà del controllo penale: una stretta proporzione rapportata alla gravità dei reati commessi e ad un giudizio prognostico di recidiva specifica; la sussidiarietà rispetto a strumenti di controllo meno invasivi.

Il *Bundesverfassungsgericht* ha confermato la legittimità delle progressive estensioni della custodia di sicurezza.

Lo ha fatto nel 2004, in relazione alla abolizione del limite massimo di durata, argomentando che non si tratta di una pena, ma di una misura di sicurezza «necessaria in ragione della persistente pericolosità del soggetto»; non è quindi il principio di colpevolezza, ma quello di proporzione a fungere da limite alle istanze preventive: ne consegue che misure indeterminate non pongono problemi se sono assoggettate ad un meccanismo di riesame, che imponga l'accertamento di presupposti sempre più stringenti quanto più perdura l'esecuzione della misura.⁶⁴

Il richiamo al sistema del doppio binario, con distinte funzioni di penne e misure di sicurezza, è anche alla base di una successiva pronuncia del

2009, in considerazione del fatto che la garanzia della irretroattività prevista dall'art. 103 GG è «limitata alle misure statali che costituiscono una grave reazione di disapprovazione ad una condotta antigiuridica e colpevole, minacciando un male che serve a retribuire la colpevolezza», mentre «la custodia di sicurezza costituisce una misura preventiva, il cui scopo non consiste nel punire il torto commesso, ma nel tutelare la collettività dall'autore».⁶⁵

Lo ha fatto ancor più chiaramente nel 2006 in relazione alla discussa custodia di sicurezza postuma:⁶⁶ in conformità al principio di proporzionalità, espressamente enunciato per le misure di sicurezza al § 62 StGB, l'applicazione ed il mantenimento di una misura fortemente restrittiva delle libertà personali si giustifica nei limiti della sussistenza e persistenza di una pericolosità qualificata: «come mezzo a tutela della vita, della incolumità e della libertà dei cittadini, il legislatore può, nel rispetto del principio di proporzionalità, privare della libertà personale colui dal quale ci si può aspettare una aggressione a tali beni giuridici». E sempre in relazione a questa misura di sicurezza la Corte costituzionale tedesca ribadisce la distinzione di funzioni tra penne e misure di sicurezza in modo tale da giustificare la divergenza di disciplina sulla successione di leggi penali nel tempo.⁶⁷

Anche il *Conseil constitutionnel* francese, in sede di vaglio preventivo della legittimità costituzionale della riforma del 2008, ha confermato l'impianto della riforma, sul presupposto che «la rétention de sûreté n'est ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition»⁶⁸: la natura giuridica consente di giustificare misure di durata non predeterminata, rapportata alla pericolosità dell'autore. Tuttavia, considerato che si tratta di una misura che incide sulla libertà personale, la sua applicazione deve essere contenuta nei limiti strettamente necessari al fine di conciliare — scrive la Corte — «d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnel-

⁶⁴ BVerfG 5 febbraio 2004, in *NJW*, 2004, p. 739. Su questa sentenza v. R. RIS-SING-VAN SAAN, J. PEGLAU, *sub* § 66b, in H.W. Lauhütte, R. Kissing-Van Saan, K. Tiedemann (a cura di), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar III*, Berlin, 2006, p. 526; C. LAUE, *Die Sicherungsverordnung auf dem europäischen Prüfstand*, in *JR*, 2010, p. 199.

⁶⁵ BVerfG 5 agosto 2009, in *NJW*, 2010, p. 1514.

⁶⁶ BVerfG 23 agosto 2006, n. 226. Uno stralcio della sentenza è pubblicato in *MSZ*, 2007, p. 87 ss.

⁶⁷ BVerfG 5 agosto 2009, cit.

⁶⁸ Decisione del 21 febbraio 2008, n. 562, punto 6 motivazione.

le et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties», con la conseguenza che «des atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivis». ⁶⁹ Ad avviso del *Conseil constitutionnel* i principi fondamentali di adeguatezza, nécessité e proporzionalità della limitazione della libertà personale sono rispettati dalla riforma del 2008 che prevede misure applicabili, «à titre exceptionnel», «aux seules personnes particulièrement dangereuses parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité»⁷⁰ e con una incidenza progressivamente crescente sulla libertà personale in relazione alla pericolosità dell'autore,⁷¹ così da assicurare l'applicazione della misura custodiale nei soli casi «de stricte nécessité».⁷²

C'è un ulteriore argomento sui limiti di legittimità della prevenzione *post delictum* comune ai due organi di giustizia costituzionale: il fatto che la disciplina abbia patologizzato i destinatari delle misure custodiali impone di prestare particolare attenzione alle condizioni personali degli internati, ai quali vanno garantiti idonei supporti psicologici e terapeutici all'interno di un percorso riabilitativo finalizzato ad agevolare l'interruzione della misura.⁷³ A mio avviso, l'insistenza sui profili della prevenzione speciale positiva, tanto più necessaria in presenza di periodi lunghi di privazione della libertà personale, è ben distante dall'approccio della disciplina svizzera della *Verzehrung*, connotata da una neutralizzazione pressoché definitiva dell'autore, con scarsissime possibilità di interruzione.

Sebbene i due organi di giustizia costituzionale sanciscano la legittimità della disciplina della custodia di sicurezza presente nei rispettivi ordinamenti, escludono che la disciplina possa essere improntata alla pura logica della neutralizzazione con marginalizzazione delle esigenze di assistenza

e supporto terapeutico del singolo interno; questo profilo si accentua proprio in ragione della patologizzazione che caratterizza i destinatari, riconosciuti imputabili, delle nuove misure di sicurezza custodiali. Purtroppo lo stato di fatto della custodia di sicurezza non corrisponde sempre a quello teorico indicato dal legislatore e prospettato dalla Corte. In Germania, ad esempio, l'esecuzione avviene in sezioni speciali all'interno dei normali istituti penitenziari.⁷⁴ Nel 2007 il Commissario per i diritti umani presso il Consiglio d'Europa, preoccupato per l'incremento nell'applicazione della *Sicherungsverwahrung*, ha sollecitato l'adozione di adeguati trattamenti medici e psicoterapeutici, mentre la Commissione europea per la prevenzione della tortura, evidenziando che gli internati visitati si presentavano completamente demotivati, ha richiesto cambiamenti nelle modalità di esecuzione della misura.

Dalla sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sulla legittimità della *nachträgliche Sicherungsverwahrung* emerge un ulteriore profilo: la Corte teme che la valutazione sulla pericolosità del soggetto si fondi su un *giudizio pragmstico sempre più sganciato dai fatti oggetto della sentenza di condanna*⁷⁵ e sempre più fondato sui c.d. *Naz* emersi nel corso della esecuzione della pena. Per quanto la Corte costituzionale tedesca cerchi di mantenere fermo il ruolo fondamentale di garanzia del fatto oggetto della sentenza di condanna (*Aulafatal*),⁷⁶ non v'è dubbio che la nuova custodia di sicurezza appaia più una misura rapportata a comportamenti che di per sé non intergrano fatti costitutivi di reato che una reazione rispetto al fatto.⁷⁷ Quanto più si lega la misura ai fatti emersi in corso di esecuzione della pena, tanto più la misura presenta i connotati delle prevenzione *ante delictum*, dove la condanna si riduce a semplice occasione per ordinare l'applicazione di un provvedimento preventivo.⁷⁸ In tal modo, però, si scardina il principio fondamentale di garanzia che fonda sul reato commesso la prognosi di pericolosità.⁷⁹

Le argumentazioni delle due Corte non mettono in discussione il siste-

⁶⁹ BVerfG 5.8.2009, cit., punto 13 motivazione. Osservazioni critiche di M. HEGE-ZOG-EVANS, *La loi n. 2008-174 du 17 février 2008 ou la kise à mort des «principes cardinaux de notre droit*, cit., p. 163.

⁷⁰ BVerfG 5.8.2009, cit., punto 16 motivazione.

⁷¹ BVerfG 5.8.2009, cit., punto 17 motivazione.

⁷² Y. MAYACQ, *La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n. 2008-562 du 21 février 2008*, in *Revue Dalloz*, 2008, n. 20, p. 1363.

⁷³ BVerfG 5 febbraio 2004, BVR 2029/01, in *NJW*, 2004, p. 739; sul punto v. DESSECKER, *Gefährlichkeit*, cit., p. 205; G. KAISER, «*Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*» aus der Perspektive des Kriminologen, cit., p. 81; T. BARTSCH, *Sicherungsverwahrung*, cit., p. 44 ss.

⁷⁴ K.M. BOHM, *Offenbach und Strafvollzug: Neue Wege zum Schutz vor gefährlichen Gewalt- und Sexualstraftätern*, in *ZRP*, 2007, p. 42 ss.

⁷⁵ R.P. CALIASSI, H. MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsgesetz*, cit., p. 738.

⁷⁶ BVerfG 5 febbraio 2004, cit., punto 19 motivazione.

⁷⁷ BVerfG 10 febbraio 2004, cit., 758.

⁷⁸ B.D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., p. 293.

⁷⁹ C. LÜDERESSEN, *Die ewige Versuchung*, cit., p. 362.

ma del doppio binario in quanto tale, né la legittimità di misure di dura-
ta non predeterminata applicate a soggetti imputabili: la pericolosità del
soggetto, dunque, giustifica un controllo del soggetto ben al di là dei limiti
in cui tale pericolosità si manifesta nel fatto. La funzione di prevenzione
speciale negativa della pena non basta a soddisfare le esigenze di tutela
della collettività che possono essere assicurate attraverso misure comple-
mentari alla pena.⁸⁰ La proporzione diventa, dunque, l'unico criterio di
limitazione delle istanze preventive: un confine estremamente mobile, se
solo si considera che, sinora, ha consentito di giustificare misure fortemen-
te limitative della libertà personale.

Ciò che differenzia, invece, i due organi di giustizia costituzionale è
il diverso significato riconosciuto alla libertà personale sul piano della le-
galità. Il *Bundesverfassungsgericht* si trincera dietro la diversità di funzioni e
di natura giuridica tra pene e misure di sicurezza per giustificare l'appli-
cazione retroattiva dell'abolizione, nel 1998, del limite massimo di dieci
anni di durata della custodia di sicurezza. È la rigidità della dogmatica del
doppio binario a prevalere sul rispetto della garanzia della irretroattività,
che costituisce principio logico dello Stato di diritto. La rigidità ed apodit-
ticità delle argomentazioni della Corte costituzionale tedesca, che declina
la legalità penale in ragione della natura giuridica della sanzione (pena o
misura di sicurezza), potrebbe apparire inconciliabile con l'apertura del
codice penale tedesco al principio di vicarietà, che al contrario si fonda
sulla fungibilità tra pene e misure di sicurezza quali forme omogenee di li-
mitazione della libertà personale. Peraltro, anche il principio di vicarietà è
accolto in quel sistema in modo parziale: in caso di applicazione congiun-
ta di pene e misure di sicurezza, come nel caso della misura del ricovero
in istituto di disintossicazione (*Unterbringung in einer Entziehungsanstalt*; § 64
StGB), il tempo trascorso in esecuzione della misura di sicurezza è solo
parzialmente scomputato da quello della pena;⁸¹ la spada di Damocle di
un residuo di pena, che potrà essere eseguito o sospeso, segnala che anche
nella disciplina tedesca della vicarietà le istanze preventive prevalgono su
quelle di garanzia.

Nelle argomentazioni della Corte costituzionale tedesca la gabbia del
formalismo dogmatico si presta ad essere strumento delle politiche di pre-
venzione: ma, d'altra parte, per riacciarrmi agli iniziali accenni storici,
l'affermazione del diritto penale come *Magna Charta* del reo spetta a Franz
von Liszt, il cui sistema sanzionatorio non può certo darsi improntato al
massimo del garantismo.

Va, invece, riconosciuto in questo caso alla cultura giuridica francese
il vantaggio di non essere ingabbiata dalle maglie della dogmatica, spesso
artificiosa, della dottrina tedesca. A differenza del *Bundesverfassungsgericht*,
il *Conseil constitutionnel* dichiara l'illegittimità dell'art. 131 n. 174 del 2008
che disponeva l'applicazione retroattiva delle nuove misure. A differenza
di altri sistemi normativi, nei quali il sistema del doppio binario si affianca
ad una diversa disciplina sulla retroattività delle pene e delle misure di
sicurezza, il codice penale francese, tradizionalmente privo di misure di
sicurezza, conosce solo l'irretroattività delle pene. Il *Conseil constitutionnel*
è intervenuto sul punto, dichiarando incostituzionale l'applicazione re-
troattiva della nuova disciplina: sebbene, infatti, consideri la *rétention de
sûreté* «ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition»,
l'applicazione retroattiva della nuova legge è illegittima perché vanifica la
ratio di garanzia del principio di legalità in ragione della incidenza delle
nuove misure sulla libertà personale. Si tratta di una importante breccia
alle tradizionali impostazioni sulla retroattività delle misure di sicurezza
personal, sulle quali dovrebbe riflettere anche il legislatore italiano, specie
alla luce dell'interpretazione in chiave sostanziale data dalla giurispruden-
za della Corte europea dei diritti dell'uomo della nozione di «pena» di cui
all'art. 7 CEDU.⁸² Peraltro, la garanzia prevista per la misura privativa
della libertà personale non viene estesa alla *surveillance de sûreté*, che è di
immediata applicazione, in quanto prevede solo un controllo in libertà:
si tratta di una soluzione che vanifica la ratio di garanzia del principio di
irretroattività, in quanto non considera a sufficienza il contenuto punitivo
di una misura che limita comunque la libertà personale; a ciò si aggiunga
che la violazione delle prescrizioni impartite con la misura non custodiale

⁸⁰ Nello stesso senso v. G. FREUND, *Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf- und Maßregelungsrecht*, in *GA*, 2010, p. 202.

⁸¹ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., p. 251 ss.

⁸² Sulle posizioni della dottrina e della giurisprudenza sulla retroattività delle mi-
sure di sicurezza, v. per tutti, M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario siste-
matico del codice penale*, III, Milano, 2010, p. 458 ss.

può comportare l'applicazione della *rétention de sûreté*. Di fatto, dunque, il nuovo regime di controllo custodiale può essere applicato anche in relazione a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge.⁸³

5. L'autore pericoloso dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo

L'autore pericoloso è stato oggetto di attenzione anche da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo che è intervenuta proprio in relazione alla discussa misura della custodia di sicurezza tedesca: nel 2009 in relazione alla applicazione retroattiva dell'abolizione della durata massima della custodia,⁸⁴ il 13 gennaio 2011 con tre decisioni che si sono nuovamente pronunciate sullo stesso profilo⁸⁵ e, nella stessa data, in un'altra pronuncia che si è espressa in relazione all'applicazione della custodia di sicurezza postuma prevista dalla legge bavarese per i detenuti, refrattari alle terapie e dei quali sia emersa la pericolosità solo in fase esecutiva.⁸⁶ Le considerazioni sviluppate dalla quinta sezione della Corte europea consentono

⁸³ J. LEROIS-HAPPE, *Rétention de sûreté vs Unterbringung in die Sicherungsverwahrung*, cit., p. 217.

⁸⁴ C. eur. dir. uomo, Sez. V, 17 dicembre 2009, M. c. Germania (n. 19359/04), in *Cass. pen.*, 2010, 3275 (solo massima), con nota di F. ROCCHI e in *SIV*, 2010, p. 181 s.

⁸⁵ Sulla pronuncia, v. J. KINZIG, *Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M gegen Deutschland*, in *NJW*, 2010, p. 233 ss.; H. POLLAKINE, *Europäische Rechtssicherheit gegen Deutsches Sicherheitsrecht? Zur EGMR-Entscheidung in Sachen nachträgliche Verlängerung der Sicherungsverwahrung*, in *Krif*, 2010, p. 255 ss.; G. LAUE, *Die Sicherungsverwahrung auf dem europäischen Prüfstand*, in *JR*, 2010, p. 200 ss.; H.E. MÜLLER, *Die Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention*, in *SIV*, 2010, p. 207 ss.; R. ESSER, K. GAEDE, M. TSAMBUKKIS, *Übersicht zur Rechtsprechung des EGMR in den Jahren 2008 bis Mitte 2010 – Teil I*, in *NSZ*, 2011, p. 79. G. FREUND, *Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf- und Migrationsrecht*, cit., p. 206 ss.; J. LEROIS-HAPPE, *Première confondation de la détention de sûreté à la Convention européenne des droits de l'homme: l'arrêt M. c/ Allemagne du 17 décembre 2009*, in *Afj Penal*, 2010, p. 129 ss.

⁸⁶ C. eur. dir. uomo, 13 gennaio 2011, ric. n. 17792/07, Kallweit c. Germania; ric. n. 20008/07, Marcus c. Germania, ric. n. 27360/04 e 42225/07, Schummer c. Germania. Per un commento alle sentenze v. G. ABBADESSA, *Tre sentenze sulla "custodia di sicurezza" (Sicherungsverwahrung) nell'ordinamento tedesco, e sull'obbligo dello Stato di adeguarsi ai giudicati della Corte, in *www.penalcontemporaneo.it**

di definire le condizioni minime di legittimità del controllo dell'autore pericoloso.

Come noto, la Corte non considera di per sé in contrasto con la CEDU sanzioni di durata indeterminata, purché l'indeterminatezza non si traduca in carattere assoluto di perpetuità;⁸⁷ è in ogni caso necessario che in fase esecutiva siano assicurati idonei supporti interdisciplinari a sostegno dell'internato al fine di salvaguardare la sua dignità e garantirgli un percorso che assicuri possibilità effettive di riacquistare la libertà. Dunque non è in discussione la custodia di sicurezza in sé, ma è necessario che siano garantite specifiche modalità esecutive.⁸⁸

Il rispetto della Convenzione nella disciplina delle misure di sicurezza personali detentive va verificato anzitutto alla luce dell'art. 5 CEDU che fissa le condizioni di legittimazione della limitazione della libertà personale e che, in quanto tali, sono da interpretare in senso restrittivo.⁸⁹

Innanziutto, una misura custodiale in funzione di prevenzione della pericolosità sociale non può essere giustificata *ex art. 5 lett. c*) CEDU, che consente privazioni della libertà personale per prevenire il pericolo solo di reati sufficientemente concreti, in relazione al tempo di commissione ed alle vittime potenziali, sempre che la persona arrestata o detenuta sia condotta al più presto davanti ad un giudice: non può pertanto essere giustificata una misura custodiale applicata in relazione al generico pericolo di commissione di reati, per quanto gravi questi possano essere.

Una misura come la custodia di sicurezza, applicata per ragioni di tutela della sicurezza collettiva, non può nemmeno essere legittimata dall'art. 5 lett. e) CEDU, che consente di limitare la libertà personale di una persona «capace di diffondere una malattia, di un pazzo, di un alienato, di un tossicomane o di un vagabondo»: nel caso specifico, la Corte ha rilevato che il soggetto non soffriva di un disordine mentale, né

⁸⁷ G. MANNOZZI, *D diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale all'aspetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in V. Manes, V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 355 ss.

⁸⁸ C. BOHM, *Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, in *Forum Strafvollzug*, 2010, p. 157.

⁸⁹ Si veda in particolare C. eur. dir. uomo, 17 dicembre 2009, cit., punti da 90 a 104 motivazione, nonché le sentenze citate alla nota 85.

l'applicazione della misura era stata disposta per ragioni terapeutiche che avrebbero giustificato l'applicazione della misura dell'ospedale psichiatrico. Dalla motivazione della sentenza del 2009 si ricava un principio importante: la logica della mera difesa sociale non può di per sé legitimare interventi limitativi della libertà personale che si fondono solo su giudizi prognostici di pericolosità sociale.

L'unica norma in grado di legittimare la custodia di sicurezza è costituita dall'art. 5 lett. a) che consente la detenzione «dopo una condanna da parte di un tribunale competente», secondo la giurisprudenza della Corte europea, è necessario che tra i fatti oggetto della condanna e la misura pratica della libertà personale sussista un nesso causale.⁹⁰ La disciplina della custodia di sicurezza, però, in due casi non ha rispettato questo requisito: quando è stata applicata retroattivamente la disciplina più sfavorevole che ha abolito il limite massimo di dieci anni di durata della custodia;⁹¹ quando la *nachträgliche Sicherungsverwahrung* prevista dalla legge bavarese è stata applicata in ragione della pericolosità fondata su elementi nuovi emersi solo in fase di esecuzione della pena detentiva.⁹² Gli argomenti della Corte europea pongono l'accento sulla funzione di garanzia svolta dal fatto reato-oggetto di condanna nella disciplina delle misure di sicurezza: il reato-presupposto costituisce non solo condizione di applicazione della misura, ma anche limite alle istanze punitive dello Stato. Ne consegue, pertanto, che viola l'art. 5 lett. a) CEDU qualsiasi misura di sicurezza applicata al termine dell'esecuzione della pena e principalmente in ragione di fatti emersi solo dopo la sentenza di condanna, come è accaduto nelle varie ipotesi di custodia di sicurezza postuma previste, dapprima, dalle leggi di alcuni *Länder* e, successivamente, dal § 66b StGB.

Ancor più incisivi sono gli argomenti sviluppati dalla Corte europea nel 2009 e ribaditi nel 2011 in relazione alla retroattività della legge tedesca che aveva abolito il termine di durata massima di dieci anni. La Corte, richiamandosi alla nota interpretazione in chiave sostanziale della pena, ha superato lo scudo formale, dietro al quale si era trincerato il *Bundesverfassungsgericht* per salvare la retroattività della disciplina, ed ha qualificato

la custodia di sicurezza come pena in senso sostanziale, coperta in quanto tale dalle garanzie dell'art. 7 della Convenzione. Sono fondamentali gli indici invocati dalla Corte a sostegno della sua conclusione: a) la competenza spetta al giudice penale e la misura viene ordinata a seguito di una sentenza di condanna per un reato; b) la gravità della sanzione, in ragione della durata indeterminata e della difficoltà di accettare la cessazione della pericolosità criminale (questi elementi la rendono più affittiva delle stesse pene comminate per i reati-presupposto);⁹³ c) le modalità esecutive, di fatto non differenziate da quelle delle pene;⁹⁴ mentre l'indeterminazione della durata di queste ultime richiederebbe il potenziamento dei supporti psicologici a favore dell'internato per garantirgli effettive possibilità di riacquistare la libertà (in Germania, invece, l'internamento in custodia di sicurezza viene eseguito negli ordinari istituti penitenziari o in sezioni speciali con un trattamento ed un supporto non dissimile da quello offerto ai detenuti dell'ordinario circuito penitenziario);⁹⁵ d) le funzioni: il doppio binario, che dovrebbe giustificarsi in forza della diversità teleologica delle sanzioni, sconta una parziale sovrapposizione di scopi tra pene e misure di sicurezza, perché sarebbe mistificatorio escludere che la durata indeterminata della *Sicherungsverwahrung* applicata a soggetti imputabili non possieda anche una funzione deterrente.

Per la Corte, dunque, la custodia di sicurezza costituisce una pena aggiuntiva e la sua applicazione retroattiva viola l'art. 7 CEDU, perché non sono garantiti i requisiti della accessibilità e della prevedibilità, al momento del fatto, degli effetti della propria condotta.

È interessante notare come gli argomenti addotti dalla Corte europea

⁹³ Il caso che ha dato origine alla pronuncia del 2009 riguardava una condanna pronunciata nel 1986 dalla Corte di Marburg, per tentato omicidio e rapina alla pena di cinque anni di reclusione con l'ordine di sottoposizione alla custodia di sicurezza che è durata ben più della pena detentiva inflitta. Su questa sentenza v. ampiamente E. ROCCHI, *La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza detentiva tedesca della Sicherungsverwahrung e i suoi riflessi sul sistema del 'doppio binario' italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3276 ss.

⁹⁴ H. E. MÜLLER, *Die Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention*, cit., p. 210.

⁹⁵ Sulla necessità che i singoli *Länder* potenzino l'esecuzione della misura in chiave di supporto psico-terapeutico e finalizzato alla risocializzazione, v. A. KREUTZER, T. BARTSCH, *Zu einer neuen Strukturierung des Sicherungsverwahrungsrechts*, in *G4*, 2008, p. 655 ss.

⁹⁰ Sul punto v. J. KINZIG, *Das Recht*, cit., p. 236.

⁹¹ C. eur. dir. uomo, 17 dicembre 2009, cit.

⁹² C. eur. dir. uomo, 134 dicembre 2011, ric. n. 6587/04, cit.

siano analoghi a quelli sviluppati dalla dottrina più attenta a ricercare la truffa delle etichette ed il mancato rispetto delle garanzie personali in presenza di misure che, pur formalmente distinte dalle pene, possono di fatto presentare un contenuto più afflitivo.⁹⁶ La sostanziale assimilazione tra le due specie di sanzioni rende incompatibile con la Convenzione europea, così come interpretata dall'organo di giustizia europea, un sistema a doppio binario destinato a soggetti imputabili con rigida distinzione tra pene e misure di sicurezza, perché la distinzione tra le due sanzioni si appanna sia in termini di incidenza sulla libertà personale sia in relazione alla funzione:⁹⁷ le misure di sicurezza non presentano un minor grado di afflittività e deterrenza rispetto alla pena; anche le pene, abbandonata la prospettiva retributiva, assolvono ad una funzione preventiva. Il doppio binario si traduce, quindi, in uno strumento di aggravamento della risposta sanzionatoria al di là dei limiti della colpevolezza, in funzione di controllo della pericolosità sociale, senza che il principio di proporzionalità a costituire un argine alle istanze preventive, se non nei casi estremi di manifesta sproporzione. Un sistema a doppio binario sarebbe legittimo solo se, in fase esecutiva, si convertisse di fatto in un sistema monistico, ossia se il legislatore fosse in grado di differenziare le due sanzioni sul piano esecutivo e sempre che il rapporto tra le stesse fosse retto dal principio di vicarietà, con la possibilità di scomputare il periodo trascorso in esecuzione della misura di sicurezza dalla pena applicata congiuntamente.

6. La recente riforma tedesca della custodia di sicurezza. **Parola d'ordine: sicurezza ad ogni costo!**

Di fronte della bocciatura della disciplina tedesca della *Sicherungserwahrung* da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'opinione pubblica tedesca è stata attraversata dal panico sicuritario: *Ein Mann macht Angst* è il titolo di un ampio resoconto della *Süddeutsche Zeitung*⁹⁸ sulle ore trascorse da un gruppo di poliziotti a controllare Hans Peter W., liberato, dopo

trent'anni trascorsi in custodia di sicurezza, per effetto della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2009: da un lato, l'obbligo di dare esecuzione alla sentenza dei giudici di Strasburgo liberando gli internati in custodia (circa 80),⁹⁹ dall'altro pesanti costi finanziari per garantire il controllo di questi soggetti attraverso le forze di polizia (20 poliziotti per ogni soggetto: una stima di 50.000 euro a settimana).

In parte si è trattato di reazioni sproporzionate, considerato che le indagini empiriche dimostrano una sproporzione per eccesso del giudizio pericolosità.¹⁰⁰ Anche la giurisprudenza tedesca ha mostrato orientamenti divergenti in ordine al riconoscimento degli effetti diretti della pronuncia della Corte europea sulle decisioni da assumere rispetto ai soggetti in custodia, privilegiando la tutela ora della libertà personale ora della collettività.¹⁰¹

La giurisprudenza tedesca si è spacciata sulla interpretazione della clausola di riserva contenuta nel § 2, comma 6 StGB che, per le misure di miglioramento e sicurezza, dispone l'applicazione della legge vigente al tempo della decisione, salvo che la legge disponga altrimenti. La quarta sezione del *Bundesgerichtshof* aveva sostenuto l'efficacia immediata della pronuncia dei giudici di Strasburgo sulla irretroattività dell'abbattimento del limite massimo di dieci anni della custodia di sicurezza, considerando le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte europea, una fonte legale capace di deroga alla disciplina generale prevista dal § 2, comma 6 StGB; i giudici hanno, quindi, applicato il principio di interpretazione conforme alle norme della CEDU.¹⁰² In senso difforme, si è invece espressa la quinta sezione del *Bundesgerichtshof* che ha escluso che nella nozione di legge, di cui alla clausola di riserva contenuta nel § 2, comma 6 StGB, possa essere inclusa la Convenzione europea, in quanto contrasta con la

⁹⁶ Sul dibattito in dottrina v. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., p. 315 ss.

⁹⁷ F. ROCCHI, *La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza definita tedesca della Sicherungserwahrung e i suoi riflessi sul sistema del 'doppio binario' italiano*, cit., p. 3295 s.

⁹⁸ J.P. BURGARD, *Ein Mann macht Angst*, in *Süddeutsche Zeitung*, 9 dicembre 2010, p. 3.

⁹⁹ H. POLLAHNE, *Europäische Rechtssicherheit gegen Deutsches Sicherheitsrecht?* cit., p. 267. Sulle reazione dell'opinione pubblica alla sentenza della Corte europea v. M. ALEX, T. FELTES, *Nachträgliche Sicherungserwahrung*, cit., p. 159 ss.

¹⁰⁰ M. ALEX, T. FELTES, *Nachträgliche Sicherungserwahrung*, cit.

¹⁰¹ Su questi orientamenti v. A. GREGOR, *Herausforderung Sicherungserwahrung Wie die Praxis mit der Entscheidung des EGMR (M. gegen Deutschland) umgehen kann*, in *NSZ*, 2010, p. 676 ss.; A. KREUZER, *Neuordnung*, cit., p. 126.

¹⁰² BGH 12 maggio 2010, in *NSZ* 2010, p. 567. Conf. BGH 18 gennaio 2011, in *NSZ* 2011, 139; BGH 17 febbraio 2011, in *NSZ* 2011, p. 139.

scelta a suo tempo fatta dal legislatore di differenziare la disciplina generale della successione di leggi penali tra pene e misure di sicurezza; la sentenza della Corte europea imporrebbbe piuttosto di valorizzare il principio di proporzionalità in funzione di una interpretazione restrittiva della disciplina della custodia di sicurezza, che deve essere interrotta trascorso il decimo anno, «salvo che, in considerazione di circostanze personali o di comportamenti dell'internato, sussista un pericolo elevato di commissione di gravi reati violenti o sessuali».¹⁰³

Era però tempo anche di rimeditare più in generale la disciplina della custodia di sicurezza postuma che aveva sollevato diversi dubbi di legittimità costituzionale e di compatibilità con le garanzie della Convenzione europea, come evidenziava il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo per ingiusta detenzione in relazione alla limitazione della libertà personale sofferta in esecuzione della *nachträgliche Sicherungsverwahrung* prevista dalla legge bavarese.¹⁰⁴ Anche la dottorina, pur compatta nella critica alla pluralità delle forme di custodia di sicurezza, ha proposto soluzioni diverse volte a semplificare l'assetto normativo, sollecitando chi il ricorso alla sola custodia di sicurezza postuma,¹⁰⁵ chi alla sola custodia primaria,¹⁰⁶ chi alla dichiarazione di riserva di custodia.¹⁰⁷ Il legislatore è corso ai ripari, approvando il 22 dicembre 2010 una legge di riforma del diritto della custodia di sicurezza (*Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung*), entrata in vigore il 1 gennaio 2011.

La legge di riforma si ispira a due linee di politica criminale: tutelare la collettività dai soggetti pericolosi e garantire i diritti degli internati. Questo duplice scopo è stato perseguito attraverso l'abolizione della custodia di sicurezza postuma con il contemporaneo rafforzamento e la delimitazione delle altre due forme di custodia di sicurezza.¹⁰⁸

Anzitutto, la custodia primaria vede limitata la tipologia dei reati presuppuesto ai reati più gravi, escludendo i reati offensivi di soli interessi patrimoniali (delitti contro la vita, l'incolumità personale, l'autodeterminazione sessuale, la libertà personale, rapina aggravata, delitti di estorsione, delitti di comune pericolo: v. nuovo § 66 StGB).¹⁰⁹ È stata però estesa da cinque a quindici anni l'arco temporale entro il quale devono essere stati commessi i reati da considerare agli effetti dell'ordine di custodia (c.d. *Rückfallverjährung*): questa estensione amplia la base del giudizio prognostico, che è stato comunque limitato al rischio di commissione di reati gravi che comportino rilevanti danni personali e morali alla vittima.

È stata al contempo *ampliata* la *riserva di custodia di sicurezza* al momento della condanna,¹¹⁰ applicabile anche agli autori primari (possibilità sino a quel momento prevista solo per la custodia di sicurezza postuma). Non basta più che, al momento della sentenza, «non sia accettabile con sufficiente sicurezza» la pericolosità dell'autore, ma si richiede un accertamento in termini di «probabilità che dalla valutazione complessiva della personalità dell'autore e dei fatti commessi risulti che il soggetto è pericoloso per la collettività a causa della tendenza a commettere reati gravi, specie quelli che procurano alla vittima gravi danni fisici o psichici» (§ 66a, comma 1, n. 3 in combinato disposto con il § 66, comma 1, n. 4 StGB). L'accertamento definitivo dello stato di pericolosità, che aveva come limite ultimo sei mesi prima della cessazione della pena detentiva, potrà essere compiuto sino al termine ultimo di esecuzione della pena, analogamente a quanto era previsto per la discussa *nachträgliche Sicherungsverwahrung*.

È chiaro che questo ampliamento dell'ordine con riserva della custodia di sicurezza utilizza elementi di disciplina propri della custodia di sicurezza postuma. Ciò spiega perché siano stati sollevati dubbi sulla compatibilità della nuova disciplina con l'art. 5 lett. a) CEDU: c'è il rischio che l'ordine finale di applicazione della misura dipenda, più che dalla

¹⁰³ BGH 9 novembre 2010, in *NSiZ*, 2010, p. 149.

¹⁰⁴ S. BEUKELMANN, *Nachträgliche Sicherungsverwahrung für Altenfälle. Bestandsaufnahme*, in *NJW-Spezial*, 2011, 4, p. 120.

¹⁰⁵ FREUND, *Gefahren und Gefährlichkeit im Straf- und Maßregelrecht. Wieder die Einstufigkeit im Denken und Handeln*, in *GA*, 2010, p. 194 ss.

¹⁰⁶ Kinzig nelle considerazioni espresse nella audizione degli esperti da parte del Ministero della giustizia (riferimenti in A. KREUZER, *Neuordnung*, cit., p. 127, nt. 39).

¹⁰⁷ A. KREUZER, T. BARTSCH, *Zu einer neuen Strukturierung*, cit., p. 655 ss.

¹⁰⁸ Per un commento alla riforma v. J. KINZIG, *Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung*.

¹⁰⁹ Favorevole ad una ulteriore riduzione della tipologia dei reati-presupposto A. KREUZER, *Neuordnung*, cit., p. 126.

¹¹⁰ Si veda M. KOLLER, *Neuordnung der Sicherungsverwahrung*, in *DRiZ*, 2011, p. 129.

pericolosità manifestata dal soggetto nella commissione dei reati (o del reato) presupposto, dal comportamento del detenuto durante l'esecuzione della pena, venendo a mancare quel nesso causale tra condanna e titolo della limitazione della libertà personale che la Corte europea pone alla base dell'rispetto dell'art. 5, lett. a) CEDU.

La terza direttrice di intervento si è tradotta nella drastica contrazione della custodia di sicurezza postuma, che può essere ordinata solo nei casi in cui debba essere interrotta l'esecuzione della misura dell'ospedale psichiatrico, a seguito di riacquisizione dello stato di capacità, o sia ancora da eseguire tutta o parte della pena detentiva nei confronti di un internato semi-imputabile (nuovo § 66b StGB) e permanga lo stato di pericolosità del soggetto.

Altre due direttive di riforma sono state finalizzate a colmare le lacune di tutela della collettività derivate dalla liberazione degli internati per effetto della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Da un lato, è stata rafforzata la disciplina della libertà vigilata, prevedendone l'applicabilità anche a tempo indeterminato (in presenza di reati gravi contro la vita, l'incolumità fisica o la libertà personale) e con l'ausilio del braccialetto elettronico (nuovo § 68b, n. 12 StGB).¹¹¹ Dall'altro lato, nel timore che il controllo in libertà non garantisca una adeguata difesa della collettività dagli effetti della sentenza della Corte europea del 2009, è stata prevista una nuova forma di internamento terapeutico degli autori di reato violenti con disturbo psichico (*Therapieunterbringungsgesetz* – ThUG, introdotta dall'art. 5 della legge di riforma).

L'internamento richiede la sussistenza di tre presupposti (§ 1 ThUG): a) la diagnosi di un disturbo psichico (*psychische Störung*); b) una prognosi positiva la quale, sulla base di una valutazione complessiva della personalità del soggetto, della precedente condotta di vita e dei suoi rapporti personali, accerti che l'autore, a causa del disturbo psichico, procurerà con alta probabilità offese gravi alla vita, alla incolumità personale, alla libertà personale o alla altrui autodeterminazione sessuale (si richiede, dunque, un nesso causale tra disturbo e pericolosità sociale); c) necessità del ricovero a tutela della collettività, in quanto non è possibile intervenire

con strumenti meno invasivi, come la libertà vigilata. La sua applicazione è attribuita alla competenza del giudice civile, il che ne accentua la natura preventiva.

Il § 2 della ThUG richiede che la misura sia eseguita in strutture chiusse, distinte dagli ordinari istituti penitenziari, dotate di adeguati supporti medico-terapeutico individualizzati al fine di rendere quanto più breve possibile la durata del ricovero. Attraverso gli strumenti riabilitativo-terapeutici, il legislatore tedesco vuole evitare le possibili obiezioni della Corte europea sulle modalità esecutive della custodia di sicurezza.

Non è chiaro se questo nuovo strumento, finalizzato a colmare le falliche aperite dalla Corte europea nel controllo dell'autore pericoloso, abbia natura penale e sia quindi di competenza della legislazione federale, o sia piuttosto solo una misura a carattere preventivo, attribuita alla giurisdizione civile e di competenza dei singoli *Länder*. È certa tuttavia l'intenzione del legislatore di intervenire per colmare tali lacune, garantendo al contempo le garanzie dell'art. 5 lett. e) CEDU.

Lo sforzo del legislatore per riportare il sistema ad un livello di controllo dell'autore pericoloso analogo a quello precedente alla sentenza della Corte europea passa attraverso la costruzione di una disciplina capace di resistere alle obiezioni mosse alla disciplina pregressa: alla abolizione di alcune forme di custodia di sicurezza si è affiancata l'estensione di altre, con il rischio che l'effetto dei vasi comunicanti non riesca a contenere il numero degli internati;¹¹² per far fronte alla pericolosità attuale degli internati rilasciati in libertà è stata prevista una nuova forma di internamento terapeutico che presuppone l'accertamento di un disturbo psichico sintomatico della pericolosità.

C'è da chiedersi, tuttavia, se la nuova disciplina sia davvero rispettosa dei limiti che la Convenzione europea impone ai provvedimenti restrittivi della libertà personale. Davvero la nuova legge sull'internamento terapeutico non è misura penale? I dubbi possono sorgere alla luce dei criteri sostanziali seguiti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: perché l'internamento a tutela della collettività, in quanto non è possibile intervenire

¹¹¹ Cfr. A. BRAUNEISEN, *Die elektronische Überwachung des Aufenthaltsortes als neues Instrument der Führungsaufsicht*, in *SV*, 2011, p. 311.

¹¹² Cfr. A. BRAUNEISEN, *Die elektronische Überwachung des Aufenthaltsortes als neues Instrument der Führungsaufsicht*, in *SV*, 2011, p. 311.

ternamento segue comunque alla commissione di un reato e si applica ai soggetti che già erano destinatari della custodia di sicurezza. In senso contrario depone l'attribuzione al giudice civile della competenza ad ordinare il ricovero; la limitazione della libertà personale, che presuppone l'accertamento di un disturbo psichico, potrebbe essere giustificata ex art. 5 lett. e) CEDU, che la consente per «*persons of unsound mind*», anche se la nozione di *psychische Störung*, che non richiede di per sé una riduzione della capacità di intendere e volere, appare indeterminata.¹¹³ Mi chiedo, allora, per quale ragione non fosse sufficiente intervenire sulla disciplina del ricovero in ospedale psichiatrico, tanto più che la Germania, a differenza dell'Italia, conserva gli ospedali psichiatrici civili attribuiti alla competenza legislativa dei singoli *Länder*.¹¹⁴

7. Esigenze di prevenzione e garanzie individuali nuovamente di fronte al *Bundesverfassungsgericht*

La riforma tedesca corre il rischio di riproporre un ennesimo *Eitkettenschwindel*¹¹⁵ di cui, peraltro, è comunitata la storia delle misure di sicurezza. La nuova disciplina ha già sollevato dubbi di legittimità costituzionale alla luce delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo.¹¹⁶ Soprattutto, però, la riforma del dicembre 2010 presenta la specificità di non avere effetto retroattivo, perché è applicabile esclusivamente «se il reato o almeno uno dei reati, la cui commissione consente l'ordine o la riserva di custodia di sicurezza, sia stato commesso dopo il 31 dicembre 2010» (si veda l'art. 316 e EGStGB delle disposizioni introduttive al codice penale introdotto dall'art. 4 della legge di riforma):¹¹⁷ ciò significa che per i fatti commessi prima della entrata in vigore della nuova legge continua ad applicarsi la disciplina pregressa, più sfavorevole, delle varie forme di

Sicherungsverwahrung, in via primaria, con riserva o in fase esecutiva,¹¹⁸ con tutta la problematica compatibilità con la Costituzione tedesca e, soprattutto, con la CEDU.¹¹⁹

Non stupisce, pertanto, che siano state sollevate quattro questioni di legittimità costituzionale alle quali il *Bundesverfassungsgericht* ha risposto con una sentenza dal contenuto compromesso: pur dichiarando l'illegittimità della disciplina della custodia di sicurezza, ne ha mantenuto la vigenza in via transitoria (sino al 31 maggio 2013) in attesa della riforma legislativa, dettando al legislatore i criteri direttivi della riforma.¹²⁰ Si tratta di una sentenza importante che tocca i profili più caratterizzanti dell'istituto: la retroattività della disciplina più sfavorevole; la legittimità dell'ordine postumo di internamento; le modalità esecutive della misura.

È necessario ripercorrerne le argomentazioni più salienti al fine di far emergere i profili che, a mio avviso, rendono la soluzione data non soddisfacente a contemporaneare sicurezza collettiva e garanzie individuali.

I ricorrenti contestavano la legittimità dell'applicazione retroattiva della disciplina più severa seguita all'abbattimento del limite massimo di durata della custodia, prospettando una estensione a questa misura di sicurezza della garanzia della irretroattività della legge penale (art. 103 *Grundgesetz*), in conformità all'art. 7 CEDU come interpretato dalla Corte europea nella sentenza del 2009.

La Corte rigetta la questione, sviluppando alcune fondamentali riflessioni in relazione al rapporto tra CEDU e diritto nazionale. Sostiene, infatti, che la Convenzione, avendo rango di legge ordinaria (il legislatore tedesco vi ha dato attuazione con legge del 7 agosto 1952), non può di per sé costituire parametro per la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge; piuttosto ribadisce l'orientamento costante della giurisprudenza costituzionale secondo il quale la CEDU e la giurisprudenza della Corte europea costituiscono «strumento di interpretazione per determinare il contenuto e l'ampiezza dei diritti fondamentali e dei principi dello Stato di diritto, nella misura in cui non determinano una limitazione o una riduzione dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione – un

¹¹³ A. KREUZER, *Neuordnung*, cit., p. 131.

¹¹⁴ Pone l'interrogativo sulla effettiva competenza federale in relazione alla legge sull'internamento terapeutico, M. KOLLER, *Neuordnung*, cit., p. 132.

¹¹⁵ A. KREUZER, *Neuordnung*, cit., p. 131.

¹¹⁶ In BVerfG, 31 gennaio 2011, n. 94 la Corte non è entrata nel merito della disciplina, in quanto è stato dichiarato inammissibile il ricorso.

¹¹⁷ M. KOLLER, *Neuordnung*, cit., p. 128.

¹¹⁸ A. KREUZER, *Neuordnung*, cit., p. 125.

¹¹⁹ S. KÖNIG, *Die Sicherungsverwahrung vor dem BVerfG*, in SV, 2011, p. 1.

¹²⁰ BVerfG 4 maggio 2011, in EuGRJ, 2011, p. 297 ss.

risultato non voluto dalla stessa Convenzione (art. 53 CEDU)».¹²¹ Si riconosce così alla giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, in quanto «una interpretazione delle norme costituzionali in conformità alla Convenzione è espressione di una nozione di sovranità che non solo non ostacola la costituzione e lo sviluppo di rapporti inter- e sovranaziali, ma li presuppone e li auspica. Su queste basi la Costituzione, cui spetta l'ultima parola, non si contrappone al dialogo internazionale ed europeo tra le Corti, bensì ne rappresenta il fondamento normativo».¹²² Ne consegue che l'art. 1, comma 2 GG, il quale riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, non può di per sé costituire la porta di ingresso per assicurare rango costituzionale alle garanzie convenzionali, ma queste diventano un parametro di interpretazione dei diritti costituzionali per assicurare loro uno standard minimo di tutela. Al contempo, però, è necessario che l'interpretazione delle norme della CEDU tenga conto del contesto nazionale nel quale tali garanzie si inseriscono, perché la Corte europea lascia liberi gli Stati nella scelta dei mezzi idonei a dare attuazione ai suoi principi.¹²³

Si tratta, ad evidenza, di una interpretazione riduttiva degli effetti della CEDU sulle norme nazionali, diversa da quella – ben più incisiva in termini di efficacia – sviluppata dalla Corte costituzionale italiana che riconosce alle garanzie convenzionali, come interpretate dalla Corte europea, la funzione di norme interposte per il giudizio di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 117 Cost.¹²⁴ Questa *capitis diminutio* della CEDU nei suoi rapporti con le norme costituzionali e nazionali interne consente al *Bundesverfassungsgericht* di escludere la necessità di trasporre schematicamente le garanzie convenzionali nel testo costituzionale. La Corte tedesca propone un *modello circolare* che, da un lato, richiede che l'interpretazione conforme assicuri un'ampia tutela ai diritti fondamentali, non limitabile

dalle norme costituzionali interne, e dall'altro lato impone di calare la giurisprudenza della Corte europea nel contesto dei singoli sistemi nazionali dogmaticamente differenziati: in questa prospettiva, si valorizza il principio di proporzionalità quale principio fondamentale del sistema delle garanzie costituzionali e strumento per la mediazione dei valori fissati dalla Corte europea.

Queste considerazioni di carattere generale consentono alla Corte costituzionale di optare per un recepimento morbido dei principi convenzionali: viene, infatti, dichiarata l'incostituzionalità della disciplina sulla custodia di sicurezza postuma e sull'applicazione retroattiva della caduta del termine massimo decentrale (§§ 66b, comma 2 e 67d, comma 3 StGB), ma non si esclude in generale l'applicabilità ai soggetti imputabili di misure di sicurezza detentive applicate congiuntamente alla pena. Vediamo più precisamente attraverso quali passaggi argomentativi.

Innanzitutto, i due menzionati profili di disciplina contrastano con il principio di proporzionalità per più di una ragione. In primis, una misura preventiva così fortemente limitativa della libertà personale può essere ammessa «solo se, sotto stretta osservanza del principio di proporzionalità, impone la tutela di beni giuridici di rango elevato»,¹²⁵ sempre che siano assicurate idonee garanzie sostanziali e processuali e si provveda a differenziare le modalità esecutive di penne e misure di sicurezza nella prospettiva di valorizzare i principi fissati dall'art. 7 CEDU. Considerato che questa misura incide pesantemente sulla libertà individuale, di cui la persona viene privata «sulla base di una prognosi di pericolosità», «la custodia di sicurezza si giustifica solo allorquando il legislatore, nel disciplinaria, considera adeguatamente il particolare carattere invasivo della misura e si preoccupa di evitare l'infilzazione di sofferenze ulteriori alla imprescindibile privazione della libertà personale. Per soddisfare tale esigenza è necessario che le modalità esecutive siano orientate a far riacquistare la libertà e siano connotate da supporti terapeutici, in modo da rendere chiaro sia al destinatario che alla collettività il carattere esclusivamente preventivo della misura».¹²⁶

La Corte sottolinea in modo particolare l'imprescindibile obbligo di

¹²¹ *Ibidem*, punto 88 motivazione.

¹²² *Ibidem*, punto 89 motivazione.

¹²³ *Ibidem*, punto 92 motivazione.

¹²⁴ Corte cost. 22 ottobre 2007, n. 348 e 349, e da ultimo v. Corte cost. 4 aprile 2011, n. 113. V. D. TEG, *L'ordinamento costituzionale italiano e il 'sistema' CEDU: accordi e disaccordi*, in V. Manes, V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione*, cit., p. 193 ss. Sulle differenze tra le posizioni degli organi di giustizia costituzionale in Italia e Germania, v. ALESSANDRA DI MARTINO, *Ancora sull'efficacia della CEDU nel diritto interno: il VBerfG e la "detenzione di sicurezza"*, in *www.dirittoicomparati.it*.

¹²⁵ BVerfG, 4 maggio 2011, cit., punto 98 motivazione.

¹²⁶ *Ibidem*, punto 101 motivazione.

differenziare sul piano dell'esecuzione le pene dalle misure di sicurezza (c.d. *Abstandsgebot*), potenziando gli strumenti terapeutici al fine di contenere la pericolosità dell'internato e, al contempo, ridurre entro la stretta necessità la durata della privazione della libertà personale. La differenziazione in fase esecutiva si impone in ragione della diversità di legittimazione costituzionale e di scopi tra le due sanzioni. Sul piano della loro legittimazione, le pene si fondono sul principio di colpevolezza e, quindi, sulla commissione di un illecito rimproverabile, che presuppone «una visione costituzionale dell'uomo come soggetto capace di autodeterminazione»; nelle pene «il principio di colpevolezza, quale criterio regolatore della commisurazione della pena, limita la durata della pena detentiva entro una misura proporzionata alla colpevolezza per il fatto», così che la colpevolezza funge da fondamento e limite della pena. Le misure di miglioramento e sicurezza, invece, si giustificano in forza del principio dell'interesse prevalente (*Prinzip des überwiegenden Interesses*), consistente nella tutela alla sicurezza della collettività. Quanto allo *scopo*, le pene hanno finalità repressivo-retributiva, mentre le misure di miglioramento e sicurezza sono finalizzate a difendere i consociati da coloro che manifestano una elevata pericolosità in ragione di loro pregressi comportamenti.¹²⁷

Queste differenze teoriche, che sono come noto alla base dell'originaria legittimazione del sistema penale al doppio binario, comportano che l'esecuzione delle misure di miglioramento e sicurezza debba cessare, «quando gli interessi alla tutela della collettività non prevalgono più sul diritto alla libertà dell'internato. Ciò comporta che lo Stato sia obbligato a predisporre, sin dall'inizio, modalità esecutive al fine di eliminare, per quanto possibile, la pericolosità del destinatario della custodia»;¹²⁸ ogni limitazione della libertà personale si giustifica solo nei limiti in cui sia indispensabile per ridurre la pericolosità del soggetto, al quale va comunque sempre garantita la prospettiva di riacquistare la libertà. Sul punto, i principi affermati dalla Corte costituzionale tedesca sono in completa sintonia con la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo che nel 2009 aveva sottolineato con particolare vigore la necessità di intervenire sulle modalità esecutive della custodia di sicurezza.

¹²⁷ *Ibidem*, punti 104-105 motivazione.

¹²⁸ *Ibidem*, punto 107 motivazione.

L'obbligo di differenziare le modalità esecutive di pene e di misure di sicurezza si rivolge a tutti i poteri dello Stato, ma *in primis* al legislatore, al quale il *Bundesverfassungsgericht* indica i criteri direttivi ai quali dovrà attenersi il legislatore in sede di riforma:¹²⁹ a) la necessità che la *Sicherungsverwaltung* costituisca misura di *ultima ratio*, applicabile solo qualora, a tutela della collettività, non siano sufficienti altre misure meno invasive e sempre che già nel corso dell'esecuzione della pena siano stati attivati tutti gli strumenti necessari per ridurre la pericolosità del condannato, in ispecie attraverso trattamenti psichiatrici e psico-terapeutici (principio di ultima ratio: *ultima-ratio Prinzip*); b) una analisi della personalità del destinatario della misura, in modo da far emergere i fattori individuali di pericolosità sociale e predisporre un piano di esecuzione individualizzato, intensivo e multidisciplinare, finalizzato a ridurre i fattori di rischio, contenere la pericolosità ed assicurare «una realistica prospettiva di riacquistare la libertà» (obbligo di individualizzazione e di intensificazione: *Individualisierungs- und Intensivierungsgebot*); c) l'obbligo di separare i condannati dagli internati attraverso strutture e reparti autonomi di esecuzione (obbligo di separazione: *Trennungsgesetz*); d) la concessione di misure alternative già durante l'esecuzione della pena, quale strumento indispensabile alla formulazione del giudizio prognostico, con la previsione di un ventaglio di misure rapportate alla pericolosità del soggetto, al quale possono essere negate solo nei casi di elevata pericolosità (dovere di minimizzazione: *Minimierungsgesetz*); e) assicurare agli internati un effettivo diritto azionabile ad una esecuzione improntata alla riduzione della pericolosità, garantendo i supporti necessari per l'esercizio di questo diritto (dovere di tutela giuridica e di aiuto: *Rechtsschutz- und Unterstützungsgebot*); f) una disciplina del riesame della pericolosità con cadenza annuale e sotto stretto controllo dell'autorità giudiziaria, che dovrà essere reso sempre più stringente, quanto più si prolunga la misura, sia nei presupposti che nelle cadenze di riesame (dovere di controllo: *Kontrollgebot*).

Ad avviso dei giudici tedeschi tali principi non sono implementati nella disciplina della *Sicherungsverwaltung*: le modalità esecutive della misura non privileggiano la finalità di prevenzione speciale positiva; anche durante l'esecuzione della pena si assiste ad una contrazione nella concessione di

¹²⁹ *Ibidem*, punti 111-118 motivazione.

benefici penitenziari ai detenuti, ai quali sia stata applicata la custodia di sicurezza congiuntamente alla pena; le leggi sulla esecuzione penitenziaria dei singoli *Länder*, che dal 2006 hanno in materia una competenza esclusiva, non dettano prescrizioni inidonee a garantire uno standard conforme alla Costituzione (l'affidamento ad istituti socio-terapici è obbligatorio solo in relazione agli autori di reati sessuali, mentre negli altri casi è lasciato alla discrezionalità del direttore dell'istituto penitenziario; non è garantita la separazione tra condannati ed internati; è previsto un termine di due anni per il riesame della pericolosità); insufficiente è il supporto terapeutico, garantito solo al 30% dei soggetti internati in custodia di sicurezza a fronte di una stima del 79% di custoditi che ne necessiterebbe; sono del tutto insufficienti i posti disponibili presso gli istituti socio-terapici (nel marzo del 2010 su 536 soggetti in custodia di sicurezza solo 83 erano stati assegnati a tali istituti); mancano adeguate forme di assistenza post- liberazione (strutture residenziali protette, terapie ambulatoriali); anche la riforma del 22 dicembre 2010 non risolve i problemi, in quanto non si applica ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore. Spetta pertanto alla legge federale fissare le norme procedurali e sul riesame della pericolosità e dettare i criteri direttivi a cui dovranno attenersi i singoli *Länder* nel legiferare sull'esecuzione di pene e misure di sicurezza.

Sin qui il ragionamento sviluppato dal *Bundesverfassungsgericht* è pienamente condivisibile. Meno convincente è invece il ragionamento sviluppato in relazione alla retroattività della disciplina più sfavorevole, perché qui la Corte argomenta in modo da ribadire, pur dopo le pronunce dei giudici di Strasburgo, le posizioni già espresse nel 2004 sulla retroattività *in favor rei* delle misure di sicurezza.

Ad avviso della Corte tedesca il principio di affidamento, che sta alla base della garanzia della irretroattività della legge penale, va bilanciato, attraverso il principio di proporzionalità, con l'esigenza di tutelare beni giuridici costituzionali di rango elevato: se, da un lato, la *Sicherungsverwahrung* comporta una grave compressione della libertà personale, che ne impone modalità esecutive di tipo terapeutico-riabilitativo, dall'altro lato, però, va considerato che questa misura ha come presupposto il pericolo elevato di commissione di gravi reati a connotazione violenta o sessuale. Ora, il bilanciamento tra questi contrapposti interessi deve tener conto del raf-

forzamento, per effetto della CEDU, della *ratio* del principio di irretroattività della legge penale; tuttavia, poiché nella sentenza del 17 dicembre 2009, la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva fondato la violazione dell'art. 7 CEDU da parte della disciplina sulla retroattività della disciplina più sfavorevole in forza della sostanziale identità tra pena detentiva e custodia di sicurezza nel sistema tedesco, i giudici tedeschi ne traggono la convinzione che, una volta riformata la disciplina dell'esecuzione della custodia di sicurezza, anche la garanzia costituzionale della irretroattività della legge penale si possa porre in termini differenti per pene e misure di sicurezza. Per garantire il rispetto delle garanzie della Convenzione europea, non è necessario «equiparare pienamente l'interpretazione dell'art. 103, comma 2 GG a quella dell'art. 7 CEDU»: se è vero che la nozione di pena ai sensi dell'art. 7 CEDU va interpretata in modo «autonomo», secondo la costante giurisprudenza della Corte europea, allora anche la nozione di pena nell'interpretazione dell'art. 103 GG va intesa in modo autonomo, ossia alla luce delle considerazioni sviluppate dal *Bundesverfassungsgericht* che nel 2004 aveva escluso che la retroattività della disposizioni meno favorevoli in tema di custodia di sicurezza violassero la garanzia costituzionale della irretroattività della legge penale.¹³⁰

I giudici tedeschi ritengono in tal modo di riuscire a conciliare i rilievi della Corte europea dei diritti dell'uomo con la propria tradizionale impostazione sul doppio binario: si tratta, a ben vedere, di una composizione che si chiude con un saldo negativo a scapito delle esigenze di garanzia che sottostanno alla interpretazione sostanzialistica dell'art. 7 CEDU costantemente proposta dai giudici di Strasburgo.¹³¹ A me pare che la Costituzionalità tedesca, nell'ammettere la retroattività della disciplina più sfavorevole delle misure di sicurezza, non consideri adeguatamente la forte incidenza della *Sicherungsverwahrung* sulla sfera di libertà individuale, o meglio ritiene che, in forza del principio di proporzionalità, questo profondo possa essere compensato da una complessiva revisione dell'esecuzione

¹³⁰ *Ibidem*, punti 140 a 142 motivazione.

¹³¹ V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legittimità nella materna penale*, in V. Manes, V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione*, cit., p. 74 s.; N. MAZZAGUVA, *L'interpretazione evoluta del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, *iv*, p. 411 s.

della misura in chiave terapeutico-riabilitativa, finalizzata a garantire al soggetto la possibilità di riacquistare lo *status libertatis*. Prevale ancora una volta la logica del doppio binario e la differenza di scopi tra pene e misure di sicurezza.

La Corte costituzionale tedesca concorda, invece, con la Corte europea sui limiti di compatibilità della disciplina della custodia di sicurezza con l'art. 5 CEDU che fissa le condizioni per una legittima privazione della libertà personale: il parametro in grado di giustificare la misura è costituito dall'art. 5, comma 1, lett. e) che consente limitazioni della libertà personale in presenza di un «*unsound mind*», ossia «un disturbo psichico accettabile in modo affidabile» e persistente, nel quale possono essere fatti rientrare i disturbi dissociativi della personalità (non basterebbe, invece, la presenza di un semplice comportamento deviante).¹³² Attraverso questa norma la limitazione della libertà personale non è più rapportata «ad una condotta tenuta in passato ed alla relativa sentenza di condanna, ma...ad uno stato attuale (ossia: ad un disturbo psichico e alla connessa pericolosità per la collettività».¹³³ Ed è proprio in relazione al tipo di disturbo, che giustifica la privazione della libertà personale, che va rapportato il tipo di struttura alla quale il soggetto va assegnato.¹³⁴

In conclusione, il *Bundesverfassungsgericht* ritiene che rispetti il principio di proporzionalità sia l'applicazione retroattiva della disciplina più sfavorevole della custodia di sicurezza sia la protrazione della privazione della libertà personale una volta decorso il termine della pena (come nel caso dell'ordine postumo di internamento), a condizione che si tratti di casi eccezionali caratterizzati dalla prevalenza dell'interesse pubblico alla sicurezza. Il sacrificio della libertà personale appare alla Corte proporzionale sempre che sussistano determinati presupposti per ordinare la misura e specifiche modalità esecutive: quanto ai presupposti, la Corte richiede che il soggetto da custodire, sia affetto da un disturbo psichico e che, in ragione della personalità e della pregressa condotta, presenti una elevata pericolosità sociale in ordine alla commissione di gravi reati di aggressione violenta o sessuale; quanto alle modalità esecutive è necessario un trat-

tamento differenziato rispetto alle pene, con una marcata connotazione terapeutico-riabilitativa.¹³⁵

Il mancato rispetto di questi principi nella disciplina attuale della custodia di sicurezza fonda la dichiarazione di incostituzionalità dell'attuale disciplina: nella misura in cui la custodia di sicurezza si applica anche a soggetti che non manifestano una elevata pericolosità sociale e nella misura in cui la prassi concreta di esecuzione della custodia non si differenzia da quella delle pene, la retroattività della disciplina più sfavorevole viola la garanzia dell'art. 7 CEDU e non si giustifica la protrazione della privazione della libertà personale.

Ad avviso dei giudici tedeschi, non è possibile optare per la soluzione meno drastica dell'interpretazione conforme della vigente disciplina tedesca alle garanzie della CEDU, in quanto il rispetto degli standard convenzionali richiede un ampio intervento di riforma della custodia di sicurezza o il ricorso a forme di internamento terapeutico sul modello di quella proposta dal *Therapienunterbringungsgesetz* del 2010.

Il *Bundesverfassungsgericht* esclude anche che sia possibile interpretare in conformità alle garanzie dell'art. 7 CEDU anche il § 2, comma 6 StGB che, per le misure di sicurezza, prevede l'applicazione della legge vigente al momento dell'esecuzione, salvo che la legge disponga altrimenti: il termine «legge» contenuto nella clausola di riserva non è in grado di comprendere la Convenzione europea. A riguardo, la Corte sostiene che il legislatore, avendo riformato il codice penale del 1969, quindi in epoca successiva alla legge del 1952 che ratificò la Convenzione europea, non aveva sin dall'inizio ravvisato un contrasto tra l'indicata disposizione codicistica e l'art. 7 CEDU; peraltro, considerato che per i giudici di Karlsruhe la Convenzione non è immediatamente applicabile nell'ordinamento interno e che le sentenze definitive della Corte europea vincolano gli Stati contraenti solo in relazione allo specifico caso oggetto di ricorso, viene lasciata al giudice nazionale libertà nella interpretazione delle norme convenzionali.¹³⁶ La Corte ribadisce anche in questi ultimi passaggi l'atteggiamento refrattario ad una più forte incidenza sul sistema penale nazionale dei principi della CEDU come interpretati dalla giurisprudenza della Corte europea.

¹³² BVerfG 4 maggio 2011, cit., punti 151 a 153 motivazione.

¹³³ *Ibidem*, punto 154 motivazione.

¹³⁴ *Ibidem*, punto 155 motivazione.

¹³⁵ *Ibidem*, punto 156 motivazione.

¹³⁶ *Ibidem*, punto 164 motivazione.

La Corte, peraltro, salva in via transitoria l'attuale disciplina della custodia di sicurezza, avvalendosi della possibilità riconosciuta dal *Bundesverfassungserichtsgesetz* di posticipare gli effetti della incostituzionalità di una legge, qualora l'immediata declaratoria produca maggior disordine normativo. Nel caso specifico la pronuncia di incostituzionalità «priverebbe la custodia di sicurezza di fondamento giuridico e sarebbe distorta la capacità di funzionare del vigente sistema a doppio binario: tutti gli inter-

nati in custodia di sicurezza dovrebbero essere immediatamente liberali, il che porrebbe ai giudici, alla amministrazione e alla polizia problemi difficilmente risolvibili».¹³⁷ La Corte ha così fissato al 31 maggio 2013 il termine finale di validità dell'attuale normativa, dando modo al legislatore (federale e dei *Länder*) di adeguare il sistema normativo ai principi di diritto fissati dalla Corte, considerando la legge di riforma del 2010 come disciplina transitoria in attesa del riassetto del sistema. Sin da subito, però, la Corte sollecita una interpretazione restrittiva della disciplina vigente in conformità al principio di stretta proporzionalità, che impone di limitare a casi eccezionali l'applicazione della custodia, intervenendo in particolare sul momento del giudizio prognostico: ciò significa limitare la legittimità degli ordinî di custodia solo qualora «da elementi concreti riferiti alla persona o alla sua condotta si desuma il pericolo di commissione di reati a comotazione violenta o sessuale».¹³⁸

Non si può non rilevare come la soluzione prospettata dal *Bundesverfassungsgericht*, per quanto apprezzabile nel richiamare il legislatore al rispetto di fondamentali garanzie per i destinatari della misura più severa di cui l'ordinamento tedesco dispone, si collochi nel suo complesso all'interno delle direttive di politica criminale che in questi anni hanno visto accrescere le esigenze di tutela della collettività rispetto a quelle delle garanzie individuali. La Corte non ha voluto superare il sistema del doppio binario, ma ha preferito garantire al sistema penale il ricorso ad uno strumento di controllo della pericolosità sociale estremamente invasivo, pur ponendo una serie rigida di argini al futuro legislatore. Si aprirà una non facile stagione di riforme a livello federale e dei singoli *Länder*, perché l'attuazione dei principi indicati dalla Corte richiederà un massiccio investimento di

risorse economiche per garantire un adeguato standard di supporto socio-terapico che valga a compensare la limitazione della libertà personale che la custodia arreca. Il legislatore sa che, se non sarà in grado di tradurre i principi fissati sulla carta nella realtà della prassi dell'esecuzione delle penne e delle misure di sicurezza, anche il sistema che andrà a configurare, magari perfetto sulla carta nel fissare norme e principi, sarà privo di legittimazione, se riproporrà ancora una volta una truffa delle etichette.

8. Controllo della pericolosità sociale e tutela della libertà personale alla ricerca di un difficile equilibrio

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha interessato l'ordinamento tedesco evidenzia una direttrice di politica criminale chiaramente improntata ad evitare possibili spazi vuoti di tutela della collettività ed anche l'ultima pronuncia della Corte costituzionale non sembra allentarsi da questo tracciato. Lo strumento utilizzato è la patologizzazione dell'autore del reato,¹³⁹ anche se pienamente imputabile, e con la patologizzazione riemerge il connubio, difficile da estirpare, tra malattia e pericolosità; di qui l'attivazione di strumenti terapeutici di intervento sul disturbo psichico in funzione di annullare o minimizzare il rischio di commissione di reati. L'incertezza del presupposto prognostico, di cui la psichiatria ha evidenziato le difficoltà di accertamento, garantisce la flessibilità degli strumenti di controllo: la pericolosità sociale ed il connesso apparato di misure di sicurezza nascondono pericoli per le garanzie dei consociati.

Con la riscoperta del potenziale di incapacitazione delle nuove misure di sicurezza in Paesi come la Germania, la Francia e la Svizzera riemerge l'idea di una nuova responsabilità legale che richiede misure di durata indeterminata che rischiano, di fatto, di trasformarsi in misure perpetue che degradano i loro destinatari a soggetti non trattabili, non migliorabili.¹⁴⁰ E la pericolosità dell'autore, fondato sul disturbo psichico, più che la sua

¹³⁹ Sulla tendenza in atto alla patologizzazione dell'autore, v. P.A. ALBRECHT, *Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft*, cit., p. 99.

¹⁴⁰ G. STRATENWERTH, *Die Rechtfertigung freiheitsbeschränkender sichernder Massnahmen*, in *ZStR* 1988, p. 107; M. HERZOG-EVANS, *La loi n. 2008-174 du 1er mars 2008 au la kiosque mort des «principes cardinaux» de notre droit*, cit., pp. 164-165.

¹³⁷ *Ibidem*, punto 169 motivazione.

¹³⁸ *Ibidem*, punto 172 motivazione.

maggior o minore capacità di autodeterminazione, a diventare elemento discretivo del trattamento sanzionatorio custodale; è la conseguente psichiatriizzazione della sanzione penale¹⁴¹ ad alterare profondamente un equilibrio già delicato tra istanze di controllo della giustizia penale e funzioni della psichiatria.¹⁴² Anche l'aumento delle misure in libertà, attorno forme di vigilanza più o meno invasiva che possono essere protratte indefinitamente, rischia di affiancare al controllo custodiale un ulteriore controllo esterno, prodromico ad una sorta di *bigbrotherisation* del controllo penale.¹⁴³

Ci troviamo di fronte ad un neopositivismo,¹⁴⁴ ma con una differenza fondamentale tra le riflessioni sull'autore pericoloso a fine Ottocento e quelle di oggi: allora fu la "scoperta" dell'autore pericoloso a sollecitare la denuncia della inefficacia di una pena improntata ad un rigido retribuzionismo; oggi, abbandonata la prospettiva retributiva ed accolta la funzione preventiva della pena, è la "riscoperta" dell'autore pericoloso ad essere sollecitata da un clima culturale di sicuritarismo che amplifica la paura per l'autore e distorce gli strumenti di intervento in nome di una sicurezza sbandierata come diritto alla sicurezza a qualsiasi costo. La progressiva estensione delle varie forme di custodia di sicurezza suona come un segnale d'allarme rispetto a derive che privilegiano un diritto penale d'autore¹⁴⁵ che, in forma pura, nemmeno i suoi più fervidi sostenitori riuscirono a tradurre in concrete propostioni normative. Il legislatore mostra «il volto spietato della neutralizzazione degli incorreggibili»,¹⁴⁶ mentre sinora sono stati gli organi di giustizia costituzionale (non sempre) e di giustizia

europea a fissare i limiti di rispetto delle minime garanzie individuali anche, e soprattutto, per l'uomo che fa paura.

Oggi, alla luce della interazione tra sistemi penali nazionali e giustizia europea, queste garanzie costituiscono già parte integrante del sistema penale. Forse, qualora il legislatore in sede di riforma del sistema sanzionatorio facesse proprie queste garanzie minime, potrebbe apparire più tollerabile mantenere il ramo secco delle misure di sicurezza per i soggetti imputabili, purché la prevenzione speciale positiva prevalga sulla logica della neutralizzazione ed il ricorso a misure di forte incidenza sulla libertà personale costituisca davvero l'estremo rimedio della politica criminale preventiva. Anche così, però, credo che né l'uomo nero farà meno paura né che ci sentiremo più protetti. In compenso, però, il rischio di questa nuova politica criminale è «la perdita di quella certezza che sinora dà la sentenza: che di più non potrà accadere».¹⁴⁷

¹⁴¹ Y. MAAUD, *La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n. 2008-562 du 21 février 2008*, cit., p. 1366.

¹⁴² G. FANDACA, *L'imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in *Leg. Pen.*, 2006, p. 258. Non è un caso che l'associazione degli avvocati tedeschi abbia evidenziato il fatto che la disciplina della *Sicherungsvorahnung* sposa la responsabilità sulle decisioni dal giudice ai periti (v. A. KREUTZER, *Néanmoins*, cit., p. 125 e nt. 25).

¹⁴³ A. GIUDICELLI, *L'irresponsabilité penale des malades mentaux face à l'hypothèse du droit pénal post-moderne*, in *RDP*, 2007, pp. 773 e 788.

¹⁴⁴ A. GIUDICELLI, *L'irresponsabilité penale des malades mentaux face à l'hypothèse du droit pénal post-moderne*, cit., p. 787.

¹⁴⁵ C. LÜDERSSEN, *Die ewige Versuchung*, cit., p. 366.

¹⁴⁶ D. PULITANO, *Politica criminale*, in *Erc. dir.*, XXXIV, 1985, p. 87.

¹⁴⁷ C. LÜDERSSEN, *Die ewige Versuchung*, cit., p. 267.