



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI
CASSINO E DEL LAZIO
MERIDIONALE

Dottorato di Ricerca in
Diritto, Educazione e Sviluppo

Tesi di Ricerca
in co-tutela con
Università degli Studi di Cassino e del Lazio
Meridionale

L'ACCERTAMENTO DELLA PERICOLOSITA' SOCIALE

SUPERVISORE:
Chiar.mo Prof. Alessandro Iazzetti

CANDIDATO:
Giuseppina Caterino

SUPERVISORE CO-TUTELA:
Chiar.mo Prof. Gianrico Ranaldi

Anno Accademico
2019/2020

Alla mia famiglia che mi ha sempre sostenuto ed appoggiato in questa avventura

INDICE

<i>Introduzione / Abstract Obiettivi e Modus Procedendi</i>	9
Capitolo I	11
LA POLITICA DEL DOPPIO BINARIO E L'EVOLUZIONE STORICA	11
1. Premessa. — Il sistema sanzionatorio italiano è stato oggetto di continua evoluzione a causa dei cambiamenti politico – culturali intercorsi nel tempo, i quali hanno comportato una diversa modulazione del concetto di sanzione.	11
Inizialmente la sanzione era concepita come uno strumento di carattere meramente afflittivo volta a compensare il male arrecato dal reo ad un singolo ed alla collettività.....	11
2. Le scelte storiche del sistema sanzionatorio nel Codice Rocco. — Il sistema sanzionatorio assunto all' interno del Codice penale vigente è frutto di un'ideologia storica ben precisa, ossia quella propria del fascismo, regime autoritario che voleva mostrare la propria forza e che poneva tra i suoi elementi di fondo anche e soprattutto la repressione, tenendo conto tuttavia delle istanze di matrice liberale.	12
3. Il cosiddetto doppio binario. — Il sistema del doppio binario, come sopra anticipato, concilia in sé due scelte di fondo la prima soddisfatta dalla pena, in senso stretto, ed inflitta sul presupposto della colpevolezza, la seconda invece soddisfatta dalla misura di sicurezza, comminata sulla base della pericolosità sociale del reo e finalizzata alla sua risocializzazione.	14
3.1 La giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Cedu. — Sulla base di quanto sopra esposto è bene evidenziare quale possibile sviluppo possa avere in Italia il sistema a doppio binario, sulla base di quanto emerso dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Edu.....	17
4. La prevenzione generale e speciale. — Come sopra anticipato il concetto di prevenzione generale accompagna da tempo lo studio della funzione nonché dello scopo della sanzione e viene prospettato in due differenti accezioni che verranno svolte qui di seguito.....	20
5. Rieducazione, retribuzione e ancoraggio costituzionale. — Come anticipato precedentemente il concetto di retribuzione costituisce uno dei tre elementi cardine riguardo la sanzione; tuttavia oggi in uno Stato di diritto, laico e pluralistico non è più possibile considerare la retribuzione come strumento di giustizia assoluta.	24
6. Il rapporto tra pena e misura di sicurezza: una questione complessa. — Per poter trattare in maniera adeguata della tematica relativa a pena e misura di sicurezza quali pilastri del doppio binario sanzionatorio, si inizierà dal primo dei due “binari” del sistema sanzionatorio ossia la pena.....	29
7. La pericolosità sociale: concetti introduttivi. — La nozione di pericolosità quale presupposto di carattere soggettivo, necessario per la comminazione di una misura di sicurezza, assurge ancora a oggi a tratteggio fondamentale del sistema sanzionatorio penalistico.....	34
7.1 L'evoluzione storica. — Come anticipato nel paragrafo precedente, il concetto di pericolosità sociale pur essendo frutto dell'elaborazione della scuola positiva, trova riconoscimento anche da parte della scuola classica secondo una diversa prospettazione.....	35
7.2 La concezione lombrosiana e la scuola positiva. — La nozione di pericolosità trova il suo più ampio riconoscimento ad opera della scuola positiva, quale corrente di pensiero che trae le proprie origini dal positivismo metodologico.	36
Capitolo II	48

1.1 Profili normativi della pericolosità sociale. — Al termine del predetto <i>excursus</i> di natura in parte storica ed in parte metodologica è bene prendere in considerazione la nozione normativa di pericolosità sociale.	48
1.2 L'accertamento della pericolosità sociale: le principali criticità. — Come anticipato nel paragrafo precedente, l'articolo 203 c.p. con l'inciso " <i>quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati</i> " afferma, chiaramente, che la pericolosità sociale viene considerata come probabilità che in futuro vengano commessi nuovi reati.	51
Il criterio di accertamento in esame, impegna quindi il giudice in un giudizio di prognosi colmo di incertezze, poiché sembrerebbe, in questo modo, dover "predire" il futuro comportamento criminale del reo.	51
1.3 Pericolosità sociale: un concetto in crisi?. — Sulla base di quanto affermato nel paragrafo precedente, è possibile sostenere che l'ordinamento positivo si trovi di fronte la crisi del concetto di pericolosità sociale.	51
2. Le principali tipologie di pericolosità sociale. — Il legislatore ha previsto alcuni tipi di legali di pericolosità sociale "specifici" fra cui il delinquente professionale, abituale e per tendenza.	55
2.1 Il delinquente abituale. — Il tipo legale di delinquente abituale è descritto dal legislatore sulla base della legge dell'esperienza, secondo cui la ripetizione di un comportamento, attenua sempre più i freni inibitori e rende perciò più facile la commissione dei reati.	56
2.2 Il delinquente professionale. — Ugualmente all'abitualità criminosa, la professionalità nel reato rientra fra le ipotesi di pericolosità sociale qualificata.	60
2.3 Il delinquente per tendenza. — La figura del delinquente per tendenza è prevista dall'articolo 108; anche detta norma è frutto del compromesso tra scuola positiva e scuola classica ed è strettamente connessa al concetto di pericolosità sociale; l'articolo prevede che: " <i>è dichiarato delinquente per tendenza chi, sebbene non recidivo o delinquente abituale o professionale, commette un delitto non colposo contro la vita o l'incolumità individuale, anche non preveduto dal capo primo del titolo dodicesimo del libro secondo di questo codice, il quale, per sé e unitamente alle circostanze indicate nel capoverso dell'art. 133, riveli una speciale inclinazione al delitto, che trovi sua causa nell'indole particolarmente malvagia del colpevole. La disposizione di questo articolo non si applica se l'inclinazione al delitto è originata dall'infermità preveduta dagli artt. 88 e 89.</i> "	62
3. Le disposizioni generali in tema di misure di sicurezza. — Come più volte affermato, grande "frutto" del compromesso tra la scuola classica e la scuola positiva è la previsione, all'interno dell'ordinamento giuridico-penale, del sistema del c.d. "doppio binario".	65
4. Misure di sicurezza vs. misure di prevenzione. — Per un'analisi più completa riguardo alla tematica considerata, non si può prescindere da un esame circa le misure di prevenzione e ad un loro confronto con la diversa natura delle misure di sicurezza.	69
5. Le misure di sicurezza personali: detentive e non detentive. — Tornando alle misure di sicurezza il codice le distingue in due categorie: personali e patrimoniali.	72
6. Le misure di sicurezza patrimoniali. — Per quanto concerne le misure di sicurezza patrimoniali, a livello generale la pericolosità sociale è finalizzata ad incidere sulla sfera patrimoniale del soggetto, costituendo un deterrente di tipo psicologico-coercitivo alla possibile commissione di nuovi reati, come accade con la cauzione di buona condotta disciplinata dagli articoli 237-239 c.p.; a livello più approfondito, eliminato il presupposto della pericolosità sociale, si viene a colpire "la cosa", ovvero i beni appartenenti al soggetto, come previsto in sede di confisca <i>ex</i> articolo 240 c.p.	73

7. Misure di sicurezza, loro durata e rapporti con la recidiva. — La ragione che ha condotto alla predisposizione delle misure di sicurezza è stata quella di assicurare la sicurezza sociale mediante “la separazione” dei soggetti giudicati, propriamente, socialmente pericolosi.....	78
Capitolo III.....	91
3. La partecipazione al processo dell'imputato. — Prima di addentrarsi nell'analisi dello spinoso tema dell'accertamento della pericolosità sociale durante il processo, è bene concentrare l'attenzione su di un aspetto quasi di natura preliminare ossia la partecipazione consapevole dell'imputato al processo.	95
4. L' applicazione provvisoria delle misure di sicurezza. — Un altro aspetto relativo alla procedura applicativa delle misure di sicurezza lo si rinviene nell'articolo 206 c.p.: “ <i>Durante l'istruzione o il giudizio, può disporsi che il minore di età, o l'infermo di mente, o l'ubriaco abituale, o la persona dedita all'uso di sostanze stupefacenti, o in stato di cronica intossicazione prodotta da alcool o da sostanze stupefacenti, siano provvisoriamente ricoverati in un riformatorio, o in un manicomio giudiziario, o in una casa di cura e di custodia.</i> ”; si tratta della applicazione c.d. provvisoria delle misure di sicurezza.	100
5. Accertamento giudiziale e pericolosità sociale. — Il concetto di pericolosità sociale, come sottolineato al capitolo primo, è uno dei più discussi ed equivoci in ambito penalistico e processual penalistico e ciò tanto che si consideri la prospettiva teorica quanto quella applicativa.	104
6. L'accertamento della pericolosità sociale e le circostanze indicate nell'articolo 133 c.p.— L' affermazione della pericolosità sociale si esprime con un provvedimento motivato: la sentenza del giudice di cognizione oppure con l'ordinanza di applicazione provvisoria.	108
6.1 Presupposti soggettivi e oggettivi. — E' bene ricordare che, per poter applicare una misura di sicurezza, elemento essenziale è che il destinatario della stessa venga riconosciuto come soggetto socialmente pericoloso.	112
6.2 Le eccezioni all'applicazione delle misure di sicurezza: il reato impossibile, l'istigazione e l'accordo criminoso non seguito. — Il principio fondamentale esposto al paragrafo che precede, patisce due eccezioni, disciplinate dalla legge in modo tassativo, invero, secondo quanto disposto all'articolo 202 comma secondo c.p.: “ <i>la legge penale determina i casi nei quali a persone socialmente pericolose possono essere applicate misure di sicurezza per un fatto non preveduto dalla legge come reato</i> ”.	113
7. L'abolizione delle presunzioni iuris et de iure: la legge Gozzini. — L'articolo 204, comma secondo c.p., prevedeva delle ipotesi di presunzione di pericolosità sociale <i>iuris et de iure</i>	116
8. Differenze tra imputabilità, semi – imputabilità e non imputabilità. — Per comprendere appieno la tematica relativa all' accertamento della pericolosità sociale è necessario analizzare tre concetti fondamentali, ossia quello di imputabilità, non imputabilità ed infine semi - imputabilità.	119
Capitolo IV.....	124
L'ACCERTAMENTO PERITALE TRA ESIGENZE DI TUTELA E PROFILI RETRIBUTIVI	124
1. La perizia ai sensi dell'articolo 220 c.p.p. — E' bene quindi ora prendere in considerazione la perizia, quale cuore dell'accertamento della pericolosità sociale; cercando dapprima di delinearne i tratti fondamentali e la natura giuridica, passando poi all' oggetto della perizia ed infine ai suoi termini di ammissibilità.....	124
1.1 L'apporto della psichiatria forense: la perizia psichiatrica. — Nell'ambito della psichiatria forense, per perizia si intende un “ <i>accertamento tecnico di natura psichiatrica volto a formulare un giudizio diagnostico-valutativo e prognostico che, per adulti e minori, ha lo scopo di “stabilire le condizioni di mente della persona (attiva o passiva) in riferimento ad una</i>	

<i>determinata fattispecie di reato (commesso o subito) e ad un preciso momento del suo iter giudiziario, in ogni stato e grado del procedimento”</i>	128
1.2 Il concetto di pericolosità sociale di tipo psichiatrico e suoi rapporti con la c.d. pericolosità situazionale. — Nel caso della perizia psichiatrica emerge chiaramente che il perito si pronuncerà rispetto alla pericolosità sociale derivata e quindi connessa all’ infermità mentale.	135
1.3 Gli inevitabili limiti della perizia. — Secondo quanto visto in precedenza, la validità della perizia sarebbe stata oggetto di molte contestazioni negli ultimi anni, soprattutto a causa dell’assenza di una metodologia consolidata nell’indagine compiuta dai periti forensi.	139
1.4 La validità “empirica” della perizia e suoi rapporti col substrato normativo.. — La pertinenza della tematica in esame rispetto a quella delle “sottigliezze empiriche” del diritto penale e del diritto processuale penale, richiede una precisazione di fondo.	142
2. I mezzi di prova differenti dalla perizia: alcuni cenni. — Ulteriore mezzo di prova, volto all’ accertamento della pericolosità sociale, oltre alla summenzionata perizia, è la consulenza tecnica.	145
3. Il giudizio del giudice: profili prognostico-probabilistici. — Benchè ogni giudizio prognostico in merito a quale possa essere in futuro l’agire individuale dell’autore di un crimine sia estremamente difficoltoso, si tratta di un compito cui non è dato sottrarsi.	146
4. Sentenza di condanna e sentenza di proscioglimento a confronto. — Come già detto in precedenza, le misure di sicurezza presuppongono un accertamento del giudice circa la pericolosità sociale del soggetto, talvolta non richiedendo la commissione di un fatto di reato in tutti i suoi elementi costitutivi.....	150
5. Pena e misure di sicurezza: loro applicazione congiunta. — A conclusione è bene considerare che, in sentenza il giudice potrà comminare non solo una misura di sicurezza ma anche una pena congiuntamente ad essa.	152
<i>Conclusioni.</i>	154
<i>RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI</i>	160

Introduzione / Abstract Obiettivi e Modus Procedendi.

L'obiettivo della presente tesi è stato quello di fornire una disamina del significato che assume ai giorni nostri la nozione di pericolosità sociale, intento che obbligatoriamente richiede un'analisi puntuale sui fattori che hanno concorso alla nascita, allo sviluppo storico e normativo dell'istituto nonché alla rivalutazione del concetto stesso ad opera delle neuroscienze, come evidenzieremo in questo lavoro.

Il modus procedendi di tale lavoro si è basato sulla consultazione puntuale e approfondita di tutte le fonti più autorevoli per analizzare al meglio le varie tematiche affrontate nel lavoro, sia in ambito dottrinario, sia normativo e giurisprudenziale.

Nell'ambito di tale disamina ho provveduto anche a prendere in considerazione il sistema del doppio binario, e le problematiche ad esso collegate, in relazione al costrutto di cui sopra e al suo accertamento in sede giudiziale e dibattimentale.

Nella nostra trattazione, ho altresì evidenziato come il termine "pericoloso" sia collegato ad un concetto di "soggettività" umana che trova le sue origini nel determinismo criminologico di matrice prettamente positivista.

Nel primo capitolo della tesi ho ampiamente argomentato come tale preconcetto, che identifica tale "pericolosità sociale" con la presunta inclinazione di un individuo a compiere azioni delittuose, che diventano pertanto, deterministicamente, si sia evoluto come strumento per dare contezza della prova della presenza nel soggetto di aspetti disfunzionali e deficitario.

Ho provveduto anche ad evidenziare come il concetto di pericolosità sociale sia stato riformulato, dal legislatore del 1930, sulla base di un sistema estremamente innovativo per l'epoca ossia quello del "doppio binario" suaccennato. Vedremo nella trattazione del presente lavoro come, in contrapposizione con le rigorose impostazioni positivistiche ma anche delle ingenti limitazioni classiche presenti nel vecchio codice Zanardelli, in tale quadro la nozione di criminalità sociale cominci ad assumere fisionomie del tutto nuove costituenti le fondamenta per quella che sarebbe diventata la moderna rappresentazione multifunzionale della pena nell'assetto processuale - penale.¹

Come ho evidenziato nel presente lavoro, ciò è in accordo con la contemporanea visione che il giurista ha dell'istituto, che non è più uno stigma imm modificabile e determinato da

¹ B. BOCCHINI, *L'accertamento della pericolosità (misure di prevenzione e sorveglianza e misure alternative alla detenzione)* cit., p. 578-579.

caratteristiche dalla dubbia scientificità, ma che costituisce l'elemento fondante per giungere ad un possibile giudizio prognostico sulla probabilità da parte del soggetto di commettere in futuro ulteriori azioni delittuose.

Ferma restando la notevole complessità del fenomeno in oggetto, nel secondo capitolo del presente lavoro ho cercato di fornire un'analisi approfondita dell'istituto giuridico della pericolosità sociale, dimostrando come esso sia uno strumento destinato ad incidere sull'applicazione di misure *ante, praeter o post delictum*. approfondendo anche le principali categorie tipologiche legali di pericolosità sociale, e dando conto anche delle varie misure di sicurezza applicabili in tali frangenti (sia di sicurezza che patrimoniali), cercando anche di fornire degli spunti non banali sull'adozione di tali misure e il problema della recidiva.

Nel terzo capitolo del presente lavoro ho approfondito la tematica principale oggetto del presente lavoro, ovvero l'accertamento della pericolosità sociale dell'imputato, analizzando sia gli aspetti teorici e le criticità insite nel processo stesso di valutazione di tale costrutto, quanto mai complesso e multiforme, sia gli orientamenti giurisprudenziali e il complesso iter dell'esame della personalità del soggetto ai fini della valutazione globale della sua condotta e della predisposizione dei trattamenti e delle misure più indicate per l'autore di reato socialmente pericoloso.

Nel quarto capitolo del presente lavoro ho invece approfondito l'accertamento peritale per la valutazione della pericolosità sociale dell'imputato, concentrandomi soprattutto sulla perizia psichiatrica e psicocriminologica, dando conto delle modalità stesse dell'intervento peritale e della validità fattuale ed empirica del medesimo (sempre nell'alveo del portato normativo e nella cornice del dibattito giuridico attuale sul tema) ai fini di un ausilio sostanziale all'attività prognostica del giudicato in sede penale.

LA POLITICA DEL DOPPIO BINARIO E L'EVOLUZIONE STORICA

1. Premessa. — Il sistema sanzionatorio italiano è stato oggetto di continua evoluzione a causa dei cambiamenti politico – culturali intercorsi nel tempo, i quali hanno comportato una diversa modulazione del concetto di sanzione.

Inizialmente la sanzione era concepita come uno strumento di carattere meramente afflittivo volta a compensare il male arrecato dal reo ad un singolo ed alla collettività.

Tutto il quadro delle sanzioni punitive era caratterizzato da un eccesso di crudeltà e spettacolarità; dominavano le pene corporali fra cui torture, sevizie fino ad arrivare alla pena di morte che ha avuto un ruolo preponderante sino all' epoca pre illuministica.²

La situazione iniziò a mutare con l'avvento dell' illuminismo che portò con sé anche il processo di modernizzazione di tutto il diritto penale; innanzitutto con la previsione del principio di legalità, la predeterminazione dei delitti e delle pene in stretta connessione e quali garanzia di salvaguardia dei diritti individuali di ciascuno; l' utilizzo del diritto penale e della sanzione come strumento di *extrema ratio* di tutela ed infine il principio di presunzione di innocenza sino a condanna definitiva.³

Tali principi non ebbero a confermarsi in maniera pura durante l'illuminismo, si deve infatti ricondurre la nascita del sistema sanzionatorio odierno alla convergenza operata dal legislatore degli anni '30 del secolo scorso Arturo Rocco, il quale riuscì a conciliare il contrasto nato due scuole di pensiero la scuola classica e quella positiva, dominanti durante l'800.

Ulteriori sviluppi si ebbero con l'avvento della Costituzione Repubblicana, la quale ha garantito sia dal punto di vista formale che sostanziale, i principi cardine del diritto penale e perciò anche del sistema sanzionatorio.

Intento di questo capitolo sarà quello di intraprendere inizialmente un breve percorso di carattere storico inerente il sistema del doppio binario sanzionatorio, trattando poi le scelte operate dal legislatore a cui seguirà un'attenta analisi delle stesse, con riguardo precipuamente al concetto di pericolosità sociale e alle misure di sicurezza oggetto della presente trattazione.

² G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2016, p. XVI ss.

³ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. XIX.

Prima di passare oltre è opportuno ricordare tre elementi fondamentali che stanno alla base del concetto di sanzione cioè quelli di: retribuzione, prevenzione generale e prevenzione speciale. In particolare l'idea di retribuzione è sempre stata concepita come motivo conduttore legato al concetto di sanzione intesa come strumento di compensazione del male provocato dal compimento dell'azione illecita e che comporta un ulteriore e contiguo concetto cioè quello di proporzione, della pena, alla gravità del male commesso.

Accanto a questo la sanzione svolge una duplice funzione, da un lato distogliere la generalità dei consociati dal compimento del reato, intendendosi così la prevenzione generale, e dall'altro la funzione di disincentivare il reo stesso dal compimento di un nuovo reato ed in questo senso si intende la prevenzione speciale.⁴

2. Le scelte storiche del sistema sanzionatorio nel Codice Rocco. — Il sistema sanzionatorio assunto all'interno del Codice penale vigente è frutto di un'ideologia storica ben precisa, ossia quella propria del fascismo, regime autoritario che voleva mostrare la propria forza e che poneva tra i suoi elementi di fondo anche e soprattutto la repressione, tenendo conto tuttavia delle istanze di matrice liberale.

Il legislatore del '30 raccoglie le influenze storiche formulando, per l'appunto, il sistema sanzionatorio attorno ai poli della prevenzione speciale e generale.⁵

Scelta che permise anche di conciliare un dibattito nato tra due scuole di pensiero fra loro contrapposte: la scuola classica e quella positiva.

E' alla scuola classica che si è soliti far risalire la nascita della moderna scienza del diritto penale italiano, maturata nella seconda metà dell'Ottocento ed avente come maggior esponente Francesco Carrara.⁶

Le teorizzazioni della suddetta scuola, che prende solo successivamente il nome di classica allo scopo di contrapporla a quella positiva, sviluppano sul piano della costruzione sistematica principi razionalistici e giusnaturalistici lasciando però spazio anche allo spiritualismo cattolico.

Dal punto di vista della teoria del reato, l'impostazione teorica in parola è volta a concepire un diritto penale giusto ed esente da arbitrii ed allo stesso tempo è diretta a delineare una

⁴ *Infra* § 3,4,5,6.

⁵ *Infra* § 5.

⁶ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, p. 213.

concezione giusnaturalistica del reato come “ente giuridico” che viola diritti contemplati in leggi assolute.

La considerazione del reato come “ente giuridico” pone le basi della teoria generale del reato nel senso moderno, così che l’illecito penale viene scientificamente studiato non come fenomeno empirico, naturalistico o sociale, ma come ente concettuale tale da assumere una sua specifica rilevanza.

In altre parole, in quanto ente giuridico il reato viene fatto consistere in un’azione umana che scaturisce dalla libera volontà di un soggetto moralmente responsabile o pienamente imputabile.

Oltre a questo, il binomio reato - ente giuridico induce a incentrare la valutazione penalistica sul singolo fatto delittuoso, assunto nella sua gravità obbiettiva commisurata all’ importanza del diritto offeso.

Secondo la scuola classica diventa irrilevante ogni valutazione inerente alla personalità del reo, portando alla constatazione che il diritto penale giudica fatti e non uomini.

Quanto alla teoria della pena, la scuola classica non esibisce un indirizzo unitario, tuttavia parte degli autori ritengono che, la concezione della pena più compatibile con la teoria del reato come ente giuridico, sia quella retribuzionistica.

Secondo il principale esponente della scuola classica, Francesco Carrara, all’ interno della concezione della pena deve esser tenuto distinto il piano della valutazione etica da quello della valutazione giuridica e il fine primario della pena è quello di ristabilire «*l’ordine esterno nella società*».⁷

Polo opposto alla suddetta scuola è la scuola positiva, sorta in Italia negli anni trenta del diciannovesimo secolo, portatrice di una corrente di pensiero che ha rivoluzionato il modo di concepire il reato e l’intero diritto penale ed i cui maggiori esponenti sono stati: Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo.

L’ aggettivo positiva evidenzia che si tratta di una corrente di pensiero la quale riceve ispirazione dalla più generale filosofia positiva.⁸

Secondo il pensiero della scuola positiva il reato non è più concepito come un ente concettuale avente una sua essenza giuridica e costruito secondo principi giusnaturalistici di ragione bensì

⁷ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, Lucca, 1871, p. 614.

⁸ Più ampiamente *infra* § 7.

come un fenomeno naturale, bio - psichico e sociale, frutto di un'azione reale di un uomo concreto, esposto alla contemporanea influenza di fattori fisici, antropologici e sociali.

L' uomo delinquente non è libero di scegliere tra il bene e il male, ma è determinato al delitto in forza di una legge di causalità naturale che lo costringe a compiere il reato.

In altri termini quindi se mentre da una parte la scuola classica difendeva la concezione retributiva della pena, sul presupposto dell'idea di libero arbitrio dall'altra la scuola positiva negava il libero arbitrio, prospettando un sistema di misure adatte al "tipo delinquente" ed aventi ora finalità terapeutiche, dirette ai delinquenti recuperabili, ora neutralizzanti, nei confronti dei delinquenti irrecuperabili.

Frutto di questa prospettiva fu la nascita dell'attuale sistema sanzionatorio penalistico c.d. doppio binario.

3. Il cosiddetto doppio binario. — Il sistema del doppio binario, come sopra anticipato, concilia in sé due scelte di fondo la prima soddisfatta dalla pena, in senso stretto, ed inflitta sul presupposto della colpevolezza, la seconda invece soddisfatta dalla misura di sicurezza, comminata sulla base della pericolosità sociale del reo e finalizzata alla sua risocializzazione.⁹

Le ragioni poste alla base di tale contrapposizione sono caratterizzate dalla diversa funzione che assumono rispettivamente la prevenzione generale e la prevenzione speciale.

La prevenzione generale viene *in toto* affidata alla pena; l'intimidazione derivante dalla minaccia e la funzione satisfattoria, che si pone anch' essa come prevenzione generale, in quanto la soddisfazione del sentimento pubblico dinnanzi al reato eviterebbe ritorsioni e rivalse da parte della collettività.

La prevenzione speciale invece è affidata alle misure di sicurezza dirette a neutralizzare la pericolosità sociale del reo.

La metafora del doppio binario sta ad indicare un sistema di sanzioni che corrono parallelamente, potendo trovare un punto di incontro in caso di applicazione congiunta per quanto riguarda soggetti pienamente o parzialmente imputabili e riconosciuti al contempo socialmente pericolosi¹⁰, così che i due binari si sovrappongono e la misura di sicurezza assieme alla pena

⁹ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit. p. 698.

¹⁰ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 2.

assolve al ruolo di «*complemento della pena nell'assolvimento della funzione di prevenzione speciale, negativa e positiva*». ¹¹

Tuttavia secondo parte della dottrina la vera essenza del sistema del doppio binario sarebbe quella di non esprimere soltanto la compresenza in uno stesso ordinamento di sanzioni penali di natura diversa, ma di indicare qualche cosa di più ossia la possibilità di applicare, ad un medesimo soggetto, che sia al tempo stesso

“imputabile” e “socialmente pericoloso”, tanto la pena quanto la misura di sicurezza. ¹²

L'applicabilità ad uno stesso soggetto sia di una pena che di una misura di sicurezza, aventi come presupposto necessario l'una la colpevolezza e conseguenzialmente la libertà del volere, l'altra l'inclinazione a delinquere e la correlata pericolosità sociale, comporterebbe l'idea di un uomo “*diviso in due parti*”: libero e responsabile per un verso, per ciò stesso assoggettabile a pena; determinato e pericoloso per un altro verso, quindi assoggettabile a misura di sicurezza. ¹³

Risultato di suddetta prospettazione è stato un sistema sanzionatorio incapace di concepire una sanzione unica in grado di assolvere a diverse funzioni (retribuzione, prevenzione generale, prevenzione speciale), come invece ha saputo proporre la *Zweckstrafe*¹⁴ di Franz von Liszt.

Nell'ottica dei redattori del codice penale, invece, retribuzione e prevenzione erano inconciliabili e per questo imponevano sanzioni diverse al loro servizio, diverse non solo nel nome e nella funzione, ma anche nelle regole di disciplina: da un lato, le pene retributive, determinate nella loro durata, in proporzione alla gravità del fatto ed alla colpevolezza del soggetto; dall'altro lato, le misure di sicurezza a contenuto preventivo e di difesa sociale, rapportate alla pericolosità del soggetto, ossia alla probabilità di commissione di nuovi reati, e di durata non predeterminata, ma destinate a permanere con il perdurare della pericolosità sociale, la cui persistenza o cessazione va accertata attraverso il riesame periodico della pericolosità.

Si tratta di un sistema massimamente flessibile, massimamente indeterminato, massimamente agerantista. ¹⁵

¹¹M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, cit., p. 210.

¹²G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 686.

¹³G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p.699.

¹⁴F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1905), Milano, 1962. *Zweckstrafe* concetto di pena c.d. di scopo che dovrebbe guardare anche al futuro e non solo al passato, come nel caso della pena retributiva; espressa da F.V. Liszt nel c.d. Programma di Marburgo

¹⁵ M. PELISSERO, *Il doppio binario nel sistema penale italiano*, in www.penalecontemporaneo.it.

Il sistema del doppio binario era dunque doppiamente vessatorio, specie laddove uno stesso soggetto fosse destinatario di entrambe le sanzioni, e si adeguasse alle esigenze di rigore della politica criminale del fascismo che mescolava severità delle pene, con un apparato flessibile di misure di sicurezza, indeterminate nel presupposto e nella durata.

Se non che, la disciplina originaria del codice Rocco entrò progressivamente in crisi con l'entrata in vigore della Costituzione.

Da tale crisi si ebbe l'emergere di due orientamenti: il primo proiettato soprattutto ad una prospettiva di riforma, la quale sollecitava l'unificazione della pena e della misura di sicurezza in un'unica sanzione, che fosse contemporaneamente in grado di assolvere le finalità dell'una e dell'altra misura.¹⁶

Il secondo orientamento, di natura applicativa e frutto soprattutto di elaborazione giurisprudenziale, sotto l'etichetta fungibilità di pene e misure tendeva a detrarre il periodo di privazione della libertà personale sofferta senza causa dall'ammontare della misura di sicurezza da applicarsi dopo la pena.¹⁷

In questa prospettiva, bisogna ricordare che la Costituzione, lungi dall'aver legittimato il sistema del cumulo di pene e misure di sicurezza nei confronti di un medesimo soggetto, ha implicitamente prefigurato un sistema monistico di sanzioni: ad un reato deve corrispondere una sanzione in senso rieducativo.

Contestualmente a quanto sopra esposto è possibile parlare di crisi del doppio binario sanzionatorio rispetto all'evoluzione della cultura giuridica italiana.

In primis si è assistito alla riduzione nel ricorso alle misure di sicurezza per effetto della abolizione delle presunzioni di pericolosità sociale, a causa di alcune sentenze della Corte costituzionale e dalla scelta definitiva del legislatore il quale nel 1986 statuí che le misure di sicurezza potessero essere applicate solo previo accertamento della pericolosità sociale.¹⁸

In secundis la rigida dicotomia di funzioni tra pene e misure di sicurezza si è affievolita: le pene hanno assunto funzioni proprie delle misure di sicurezza; le misure di sicurezza hanno assunto funzioni proprie delle pene. Questa perdita di specificità delle due sanzioni e la progressiva osmosi delle loro funzioni sono l'effetto di una serie di fattori che operano sul piano giuridico, culturale e della prassi applicativa.

¹⁶ G. DELITALA, *Sul progetto preliminare del primo libro del codice penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1950, p. 160.

¹⁷ E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, Milano, 1978, p. 172 ss.

¹⁸ Sul punto, meglio specificato, *infra*, cap. 2 § 6.

Dal punto di vista giuridico, la Costituzione menziona sia le pene che le misure di sicurezza, non per costituzionalizzare il doppio binario, ma per garantire anche alle misure di sicurezza la riserva di legge. Importa qui rilevare che la Costituzione prende espressamente posizione sulla funzione di prevenzione speciale delle pene¹⁹ dunque, la pena cessa di essere solo retribuzione e la prevenzione non è più solo elemento funzionale delle misure di sicurezza.

Rispetto al piano dottrinale nella prevalente dottrina italiana è progressivamente tramontata l'idea della pena retributiva nella consapevolezza che in uno Stato laico la pena non può che assolvere le funzioni di prevenzione generale e speciale.

A questa consapevolezza si accompagna il rilievo che le misure di sicurezza costituiscono il “ramo secco” del sistema sanzionatorio penale italiano, come confermano gli stessi progetti di riforma²⁰ della parte generale del codice penale italiano che, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, hanno costantemente riproposto la riduzione drastica del ricorso alle misure di sicurezza: queste vanno applicate ai soli soggetti non imputabili, mentre gli autori imputabili sono destinatari solo di pene e gli autori semi-imputabili vanno assoggettati ad un particolare percorso penitenziario che consenta di conciliare esigenze di difesa sociale con quelle di cura.²¹

Infine sul piano della prassi applicativa, l'idea che le misure di sicurezza abbiano uno scopo puramente preventivo che ne esclude il carattere afflittivo rappresenterebbe un'alterazione perché la privazione della libertà personale ha sempre una componente afflittiva che trova nella prassi applicativa un preciso riscontro. Le misure di sicurezza appaiono di fatto strumenti di neutralizzazione e di difesa sociale più che luoghi di rieducazione e riabilitazione.²²

3.1 La giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Cedu. — Sulla base di quanto sopra esposto è bene evidenziare quale possibile sviluppo possa avere in Italia il sistema a doppio binario, sulla base di quanto emerso dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Edu.

Innanzitutto la marginalità nel ricorrere a misure di sicurezza detentive per soggetti imputabili deve comunque far risultare i profili di divergenza rispetto a quanto imposto dalla CEDU e, di qui, con l'articolo 117 della Costituzione, norma che prescrive alle leggi italiane il rispetto delle norme convenzionali.

¹⁹ *Infra*, § 4.

²⁰ Progetti: Pagliaro, Grosso, Nordio, Pisapia.

²¹ M. PELLISSERO, *Il doppio binario nel sistema penale italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, p. 5.

²² M. PELLISSERO, *Il doppio binario nel sistema penale italiano*, in www.penalecontemporaneo.it.

Alla luce della giurisprudenza della Corte Edu²³ le misure di sicurezza, del tipo di quelle previste dal codice Rocco, di durata indeterminata in funzione di controllo della pericolosità sociale, espongono diversi aspetti di complessità dal punto di vista della tutela dei diritti individuali fondamentali, il cui rispetto deve essere garantito in misura almeno corrispondente al livello minimo di tutela previsto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il rispetto di tale insuperabile limite da parte della disciplina delle misure di sicurezza detentive rivolte a soggetti imputabili deve essere verificato e messo in relazione a due specifiche disposizioni della CEDU: primariamente con riguardo all'articolo 5, in cui vengono fissate le condizioni di legittimità della privazione della libertà personale ed in secondo luogo secondo quanto disposto all'articolo 7, che fissa il principio di legalità, principio cardine nel settore penale.

In particolare l'articolo 5 della Convenzione, affermando che « *Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza*», dichiara che la libertà personale è un diritto fondamentale dell'uomo e che come tale deve essere garantito ed assicurato ad ogni essere umano.

Il principio di libertà fulcro della tutela contenuta nella CEDU e disciplinato all'articolo 5 deve essere letto «*nella sua accezione, antica e classica, di libertà fisica*».²⁴

Oltre al diritto alla libertà, viene annoverato anche il diritto alla sicurezza: in questo contesto, al termine "sicurezza" va assegnato il significato di «*garanzia rispetto ad arbitrarie privazioni della libertà personale*».²⁵

Ciò posto, è consentito l'utilizzo delle misure di sicurezza in due situazioni ossia, in presenza di un *mental disease* (art. 5, lett. e): ed in tal caso si tratterà di misure di sicurezza per soggetti non imputabili e semi-imputabili; ed in presenza di una correlazione causale tra quanto stabilito nella sentenza di condanna e la misura privativa della libertà personale (art. 5, lett. a): in questa ipotesi sembrano legittimarsi le misure di sicurezza per i soggetti imputabili.

Il reato commesso andrà così a diventare parametro di applicazione della misura di sicurezza, ma anche limite alla necessità di prevenzione.

²³ Si vedano in particolare le pronunce: C. eur. dir. uomo, sent. 13 gennaio 2011, Kallweit c. Germania; Mateus c. Germania; Schummer c. Germania. Per un commento alle sentenze 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.penalecontemporaneo.it.

²⁴ M. PISANI, *Commento all'art 5*, in B. CONFORTI - S. BARTOLE - G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 117.

²⁵ M. PISANI, *Commento all'art. 5 cit.*, p. 117.

Questo sta ad indicare che il giudizio prognostico di pericolosità deve trovare la propria base nel reato commesso in un duplice senso: da un lato, una misura fortemente limitativa della libertà personale non può essere applicata che in relazione a reati di una certa gravità; dall'altro lato, la prognosi deve essere riferita a reati ugualmente gravi il cui rischio di commissione viene prospettato proprio dal reato commesso. In tal senso quindi è il principio di proporzione che deve essere promosso, anche nella prospettiva fatta propria dalla Corte Edu.

Al contempo, la Corte sostiene che, non è possibile giustificare l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva solo in ragione della funzione preventiva dalla stessa svolta, se poi di fatto la sua esecuzione non si differenzia da quella di una pena.

Proprio perché anche le misure di sicurezza hanno carattere afflittivo, a causa della loro durata indeterminata, diviene doveroso assicurare che la divergenza di funzioni tra pene e misure di sicurezza si traduca anche in differenti modalità esecutive, in modo tale da garantire il necessario sostegno riabilitativo e risocializzativo, atto a consentire al soggetto di interrompere quanto prima l'esecuzione della misura.

In considerazione di quanto sopra affermato, la disciplina delle misure di sicurezza nel sistema italiano appare inadeguata alla luce di quanto statuito dalla Corte Edu.²⁶

La Corte europea insiste nel dare importanza fondamentale al principio di proporzione, che impone di contenere il ricorso alle misure di sicurezza detentive poiché *ultima ratio* di controllo della pericolosità sociale nella politica criminale di uno Stato di diritto, in quanto ciò renderebbe lo stesso presupposto di applicazione delle misure di sicurezza in Italia eccessivamente ampio e indeterminato, invero, l'articolo 203 c.p. disciplina testualmente: *“Agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati. La qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate all' articolo 133.”*

Dal dettato normativa si profila un concetto generico di pericolosità sociale, inteso quale probabilità di commettere reati, quindi qualsiasi tipologia di reato.

Secondo la dottrina, al fine di mantenere validità del sistema del doppio binario, sembrerà necessario limitare l'applicazione delle misure di sicurezza custodiali attraverso due requisiti, fra cui la delimitazione dei reati-presupposto che giustificano l'applicazione della misura

²⁶ M. PELLISSERO, *Il doppio binario nel sistema penale italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, p. 12.

nonché la revisione della nozione di pericolosità sociale, delimitando così l'oggetto del giudizio prognostico a reati di particolare gravità.

Tenendo a mente che, il principio di proporzione impone ai giudici di delimitare l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva solo in presenza del rischio di commissione di gravi reati.²⁷

Effetto di tale disciplina è la rigidità dicotomica di funzioni tra pene e misure di sicurezza stabilita dal codice penale italiano del 1930 e che si scontra con il riconoscimento, anche da parte della Corte Edu, del carattere afflittivo di entrambe le sanzioni.

Quanto appena descritto contrasta anche con quanto ha affermato, con sent. del 18 luglio 2003 n. 253 ad opera della Corte costituzionale che, pronunciandosi in relazione alle misure di sicurezza per soggetti affetti di infermità mentale, ha statuito che tali misure devono essere finalizzate ad assicurare «*contemporaneamente...queste finalità, collegate e non scindibili*²⁸, *di cura e tutela dell'infermo e di contenimento della sua pericolosità sociale*».

«*Un sistema che rispondesse ad una sola di queste finalità e così a quella di controllo dell'infermo pericoloso, e non all'altra, non potrebbe ritenersi costituzionalmente ammissibile. Di più, le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente*».²⁹

4.La prevenzione generale e speciale. — Come sopra anticipato il concetto di prevenzione generale accompagna da tempo lo studio della funzione nonché dello scopo della sanzione e viene prospettato in due differenti accezioni che verranno svolte qui di seguito.

La prima riguarda la funzione general preventiva mediante intimidazione o prevenzione generale “negativa”.

Lo schema logico della funzione general preventiva mediante intimidazione è così articolato: la pena consiste in una “sofferenza”³⁰, minacciata dal legislatore nei confronti della generalità dei consociati come conseguenza necessaria dell'illecito a carico di chi lo abbia realizzato in concreto, così da dissuadere i consociati dalla commissione degli illeciti.

L'infrazione e l'esecuzione successive nei confronti del singolo soggetto autore dell'illecito rappresentano un momento necessario al fine di mantenere l'efficacia intimidatoria generale

²⁷ M. PELLISSERO, *Il doppio binario nel sistema penale italiano*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁸ C. cost., sent. 27 luglio n. 139, in *Giur. Cost.*, 1989.

²⁹ C. cost., sent. 18 luglio 2003 n. 253, in *Giur. Cost.*, 2003.

³⁰ G. INSOLERA, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2006, p. 350.

Sofferenza intesa come privazione o limitazione di diritti individuali.

alla minaccia della pena. Di fatto, se quest'ultima non venisse poi eseguita, col tempo la minaccia perderebbe di credibilità.³¹

Dunque, lo schema funzionale della prevenzione generale mediante intimidazione è costituito da due momenti: quello della minaccia, che è anteriore alla commissione dell'illecito e rivolto verso la generalità; e quello dell'irrogazione, che è successivo alla commissione dell'illecito e concerne il singolo autore del fatto criminoso. Il loro nesso è funzionalmente inscindibile.³²

Se non che le maggiori problematiche cui va incontro la prevenzione generale "negativa" o mediante intimidazione sono costituite dal rischio di una sua degenerazione e di un eccesso repressivo.

Di fatto, estremizzando la premessa di un funzionalismo punitivo affidato interamente all'efficacia dissuasiva della sanzione, è assai probabile la propensione ad "ottimizzare" quell'efficacia mediante un graduale innalzamento dell'afflittività punitiva: fino all'estremo di un vero e proprio terrorismo sanzionatorio in cui la pena capitale sia l'unica pena per tutte le violazioni.

In secondo luogo, la prevenzione generale "negativa", in quanto privilegia la funzione intimidativa della pena, espone il sistema ai condizionamenti e alle oscillazioni delle contingenze: l'incremento statistico-quantitativo di certe forme di criminalità e l'accentuarsi dell'"allarme sociale" non possono che provocare, in questa prospettiva, una risposta reattiva dell'ordinamento in termini di rafforzamento dell'afflittività nella persuasione che la maggiore forza intimidativa così sprigionata faccia diminuire il numero dei reati.³³

La rivalutazione della funzione general preventiva in tempi recenti si è posta su altre basi, tendendo ad andare oltre il mero meccanismo intimidativo, per esaltare invece componenti general preventive di tipo educativo, la prevenzione generale c.d. "positiva".

Più esattamente, pur continuando a ritenere la funzione della pena quale utilità proiettata sulla generalità sociale, si è mirato a mettere in luce altre possibili dinamiche dell'incidenza della stessa sulla generalità dei consociati.

Secondo la concezione in parola, il timore di poter andar soggetti ad una sanzione punitiva agirebbe, anche inconsapevolmente, da fattore che facilita in ciascuno di noi la formazione di una coscienza morale osservante i comandi della legge.

³¹ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, IV ed., Bologna, 2016, p. 15.

³² F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, cit., p.16.

³³ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, cit., p.17 ss.

Secondo quanto previsto dalla psicologia collettiva il diritto penale svolge dunque una funzione di socializzazione, allo stesso modo di istituzioni come la famiglia, la scuola.³⁴

L'effetto di ammonimento e di moralizzazione prodotto dalla minaccia della pena viene meno, se alla minaccia della sanzione non segue la sua effettiva applicazione nei casi di trasgressione del precetto penale: l'obiettivo della prevenzione generale risulterà tanto più raggiungibile quanto minori saranno le *chances* di impunità degli autori dei reati.³⁵

E' comunque indubbio che la funzione di orientamento culturale affidata alla pena non possa essere dogmaticamente generalizzata e data per scontata, ma è condizionata dalla presenza di alcune condizioni.

Per primo il fatto che esista una tendenziale convergenza tra disapprovazione sociale e disapprovazione legale.³⁶

Ulteriore punto riguarda un buon livello di credibilità del sistema penale complessivo, essendo da escludere che stimoli all'osservanza dei precetti, un sistema percepito come ingiusto ed inefficace.

Un cenno infine deve essere fatto ad una particolare variante della teoria della prevenzione generale positiva, in cui si prescinde totalmente da qualunque meccanismo di condizionamento psichico, negativo-intimidativo o positivo-educativo, dei singoli soggetti consociati.

La variante della prevenzione generale positiva prende più precisamente il nome di "prevenzione-integrazione", in quanto attribuisce alla pena una funzione di integrazione sociale.³⁷

La teoria della "prevenzione-integrazione", senza pretesa alcuna di ottenere dalla pena un effetto di condizionamento dell'agire umano individuale, dà per scontata la presenza nel sistema sociale dei comportamenti inosservanti e ad essi contrappone la pena come mezzo per riequilibrare e ristabilire quella fiducia istituzionale indispensabile all'integrazione e alla stabilità sociale.

³⁴ Sul punto, H.L. PACKER, *The Limits of Criminal Sanction*, Stanford, 1978, trad. it., in Id., *I limiti della sanzione penale*, Milano, 1978, p. 42 ss; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, IV ed., Padova, 2011, p. 687.

³⁵ G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su cifre nere e funzione generalpreventiva della pena*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1982, p.167 ss.

³⁶ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit. p 701; analogamente, P. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003, p. 685: "si deve ritenere che la più alta efficacia preventiva del sistema penale si ottenga dove le sanzioni corrispondano, nella legge, nella commisurazione giudiziale, nella effettiva esecuzione, al senso di giustizia dei consociati".

³⁷ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, cit., p.19.

Posto che il crimine suscita diffusi sentimenti di insicurezza, di reazione e anche di vendetta, l'“istituzione penale” assolve il compito di mantenere in equilibrio la società.

In questa prospettiva, il diritto penale si “de-personalizza” rispetto agli autori dei fatti criminosi, divenendo uno fra i tanti sistemi di integrazione sociale, i cui elementi strutturali sono interamente ispirati alla finalità sistemica di assicurare la fiducia istituzionale dei consociati, secondo moduli e schemi interamente tracciati dalle esigenze di integrazione e stabilità sociale. In definitiva, la pena e il sistema penale divengono una variabile dipendente dall'esigenza di fiducia, stabilità e integrazione del sistema istituzionale di coesistenza sociale. Sono, pertanto, evidenti i rischi di consegnare la fisionomia del diritto penale alla irrazionalità dei sentimenti di sicurezza sociale.³⁸

Accanto al concetto di prevenzione generale si accompagna quello di prevenzione speciale, la cui funzione è quella di impedire che chi si sia già reso responsabile della commissione di un reato non torni a delinquere in futuro. Tale obiettivo può essere perseguito mediante tecniche diverse.

La tecnica più elementare consiste nella neutralizzazione del soggetto potenzialmente pericoloso ottenuta grazie all'impiego della coercizione fisica; neutralizzazione che può esser raggiunta anche attraverso forme di interdizione giuridica che impediscano di svolgere attività che hanno occasionato la commissione del reato.

Altro modo tipico di operare della prevenzione si manifesta in forma di condizionamento della personalità del reo.

In particolare nei tempi moderni la prevenzione speciale assume a criterio guida la rieducazione concepita come risocializzazione ed è in quest'ottica che è stata interpretato il terzo comma dell'articolo 27 Cost.

In ispecie la prospettiva della risocializzazione risalta nella fase esecutiva della pena, che ne costituisce il suo sbocco naturale poiché è durante la fase di esecuzione della pena che si procede al trattamento individualizzato del colpevole.

L'idea rieducativa svolge un ruolo preponderante anche in sede di commisurazione giudiziale della pena, condizionando il giudice circa la scelta più adatta del tipo di sanzione per quel soggetto specifico.

³⁸ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, cit., p. 19.

Da ultimo si sottolinea, una tendenza dei tempi recenti, secondo cui l'ideologia della risocializzazione è entrata in crisi negli ultimi tempi tanto che molti autori parlano di "mito" della risocializzazione.³⁹

In questo senso sono state interpretate indagini statistiche, che comproverebbero che le possibilità di ricadere nel delitto permangono invariate, quale che sia il tipo di trattamento cui il reo sia stato sottoposto e persino se si sia fatto o meno ricorso a forme di trattamento.⁴⁰

Ciò posto, il fallimento di cui si parla riguarderebbe il trattamento inteso soprattutto nella accezione specifica della terapia della personalità; va però tenuto conto che l'ideologia della rieducazione può essere tradotta in atto attraverso tecniche che non necessariamente presuppongono un'adesione al modello medico.⁴¹

Concludendo si può sostenere che la riaffermazione della validità teorica e politico - criminale del finalismo rieducativo non deve indurre nell' equivoco che la rieducazione costituisca un fine in sé.

Il sistema penale di uno Stato democratico e pluralistico non può pretendere di trasformare il delinquente né in un "santo" né in un "onesto ragioniere", poiché la prevenzione speciale come risocializzazione costituisce soltanto una tecnica finalizzata all' obiettivo primario della protezione dei beni giuridici.⁴²

5. Rieducazione, retribuzione e ancoraggio costituzionale. — Come anticipato precedentemente il concetto di retribuzione costituisce uno dei tre elementi cardine riguardo la sanzione; tuttavia oggi in uno Stato di diritto, laico e pluralistico non è più possibile considerare la retribuzione come strumento di giustizia assoluta.⁴³

E' preferibile guardare piuttosto alla retribuzione non quale prospettiva di scopo della pena ma a qualcosa di diverso che presuppone come già risolto il problema del perché punire.

Di fatto l'idea retributiva implica l'idea di proporzione tra entità della sanzione e gravità dell'offesa arrecata, tra misura della pena e grado della colpevolezza.

³⁹ G. FORTI, *L' immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo sociale*, Milano, 2000, p. 142.

⁴⁰ Cfr. D. LIPTON – R. MARTINSON – J. WILKINS, *The effectiveness of Correctional Treatment: a Survey of Treatment Evaluation Studies*, New York, 1975.

⁴¹ E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, in *Riv.it. dir. proc .pen.*, 1979, p. 499 ss.

⁴² G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit. p. 721.

⁴³ Sul punto, L. EUSEBI, *Cristianesimo e retribuzione penale* in *Riv .it. dir. proc.*, 1997, p. 275.

Nello stesso tempo la proporzione fra fatto e sanzione consente che il reo avverta la pena come giusta e assuma un atteggiamento di maggiore disponibilità psicologica verso il processo rieducativo.⁴⁴

Oltre a quanto sopra affermato, il concetto di retribuzione si lega al discorso attorno al fondamento e alla funzione della sanzione.

Nella storia del diritto penale la sanzione punitiva non si è mai collocata in una dimensione esclusivamente utilitaristica.

Proprio il ruolo assolutamente decisivo assunto dalla persona umana ha sospinto la riflessione teorica verso la ricerca di un ulteriore fondamento e di una seconda dimensione, caratteristici della sanzione punitiva e idonei a salvaguardare la dignità della persona. All'utilitarismo della prevenzione generale si aggiunge così l'affermazione dell'idea retributiva a giustificazione della sanzione punitiva.

Venendo ora alle espressioni della dimensione retributiva della pena, è possibile distinguere due linee direttrici fondamentali, a seconda che la natura retributiva della pena si affermi su un piano prevalentemente oggettivo ovvero costituisca decisivo punto di emersione della persona del reo.

Una retribuzione di carattere oggettivo accompagna tutta la storia del diritto penale, ancorché con diversa intensità e soprattutto con diversità di premesse culturali e di contenuti giuridici.

Si suole parlare in proposito di retribuzione giuridica per sottolinearne la derivazione dall'interna logica della norma.

In questa prospettiva, la sanzione punitiva si giustifica infatti quale necessità logico-giuridica conseguente all'esternazione della volontà legislativa nel testo normativo.

Non esiste legge senza autorità; la sanzione è il mezzo per assicurare⁴⁵ l'autorità alla legge: la legge perderebbe dunque la sua autorità se potesse essere violata "impunemente", senza conseguenze negative.

La seconda linea di sviluppo dell'idea retributiva ha carattere soggettivo, nel senso che la persona umana del colpevole vi ha un ruolo centrale.

Si può sintetizzare al riguardo, affermando che la pena, non solo serve alla protezione degli interessi sociali mediante il condizionamento del comportamento dei consociati, ma è innanzitutto meritata dal soggetto colpevole autore della violazione.

⁴⁴ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit. p. 715 ss.

⁴⁵In Vocabolario Treccani 2018, voce sancire da *sacer* = rendere sacro, inviolabile; da cui *sanctio*

“Meritata”, nel senso che l’afflizione in cui consiste la pena, lungi dal negare per scopi sociali l’umanità e la dignità di cui è portatore il soggetto individuo, ne realizza il pieno riconoscimento nel rispetto della legge morale universale.

L’inflizione della pena al colpevole significa non già strumentalizzare il condannato ma operare il riconoscimento dell’umanità violata negli altri, attraverso l’espiazione della propria colpa, e così riassumere attraverso la pena la propria dignità.⁴⁶

Tuttavia il problema relativo al fondamento e alla funzione della pena viene a modularsi diversamente con l’entrata in vigore della Costituzione.

Il legislatore costituzionale prende esplicita posizione e statuisce all’ articolo 27 terzo comma che: “*Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*”.

Inizialmente nell’ interpretare tale disposizione si è cercato di sminuire la portata innovatività di grande civiltà delle medesima, andando ad intendere che la rieducazione non sia finalità precipua della pena ma solo suo eventuale scopo e che scopo principale della pena rimanga la retribuzione.⁴⁷

Tuttavia proprio il concetto di rieducazione non sembra prestarsi ad un’interpretazione che ne riconduca la portata entro i confini delle teorie tradizionalmente accolte sulla funzione della pena.

Il concetto di rieducazione in senso costituzionale esprime significati che rimandano anche, alla dimensione intersoggettiva: la rieducazione dice di più dell’emenda ed inclina verso il concetto di risocializzazione.⁴⁸

L’idea della prevenzione speciale mediante rieducazione, va però precisata nella sua portata e nei suoi limiti al fine di controbattere alle obiezioni che le sono state rivolte.⁴⁹

Non a caso all’ interno di una prospettiva teorica pur favorevole al principio di rieducazione, si è sostenuto che l’idea retributiva rappresenta un momento logico ineliminabile della pena. La retribuzione, lungi dal rappresentare un fine in sé, offrirebbe la garanzia che il diritto penale

⁴⁶ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, cit. p. 21 ss.

⁴⁷ B. PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, in *Riv.it. dir. pen.*, 1950, p. 593; M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, p.156.

⁴⁸ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit. p.701.

⁴⁹ Sul punto G. FIANDACA, *Commento all’ articolo 27, comma terzo*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, p. 222.

mantenga un nesso imprescindibile col fatto di reato ed in tal modo preservi la libertà del singolo da una illimitata possibilità di intervento statale.⁵⁰

La suddetta impostazione si rivela frutto di un approccio “idealistico”, ignaro della dimensione empirica dello stesso fenomeno retributivo. In realtà l’inserimento della rieducazione nella prospettiva del diritto penale del fatto è un dato desumibile dalla stessa normativa costituzionale. La rieducazione andrebbe perciò concepita in collegamento col disvalore espresso dal fatto di reato ed è conseguenza di un’interpretazione dell’articolo 27 comma terzo della Costituzione, come norma posta in relazione all’ articolo 25 comma secondo Costituzione.

Ne deriva che proprio dal combinato disposto degli articoli 25 comma secondo e 27 comma terzo Costituzione, il presupposto della stessa finalità rieducativa non può che esser costituito dalla commissione di un fatto socialmente dannoso da parte del soggetto da rieducare.⁵¹

Ciò posto sempre tenendo conto del principio di proporzione fra fatto e sanzione, il quale costituisce uno dei criteri - guida che presiedono lo Stato di diritto; ed è per questo che il principio in parola costituisce un parametro essenziale di qualsiasi teoria razionale e moderna sulla funzione della pena.⁵²

Sul punto è bene rilevare anche che dal lato della prevenzione generale, la minaccia di una pena eccessivamente severa o sproporzionata, può suscitare sentimenti di insofferenza nel potenziale trasgressore e alterare nei consociati la percezione di quella corretta scala di valori che dovrebbe riflettersi nel rapporto tra i singoli reati e sanzioni corrispondenti.⁵³

Inoltre con riguardo alla prevenzione speciale è bene anche ricordare le teorie della rieducazione e dell’espiazione, la quali si pongono una finalità di “miglioramento” della personalità del condannato. Rieducazione ed espiazione costituiscono le espressioni più significative della funzione di prevenzione speciale della pena. “Prevenzione” perché mirano al miglioramento della personalità del reo e si pongono così l’obbiettivo di ridurre la probabilità della commissione di futuri reati. “Speciale” perché sia la rieducazione che l’emenda hanno come destinatario il singolo soggetto condannato.⁵⁴

⁵⁰ F. BRICOLA, *Teoria generale*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1974, p. 82 ss.

⁵¹ A. ALESSANDRI, *Commentario della Costituzione*, in G. BRANCA - A. PIZZORUSSO, vol. V, Bologna 1975, p. 4.

⁵² F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p.164 ss.

⁵³ Sul punto T. PADOVANI, *L’utopia punitiva*, Milano, 1981, p. 262 ss.

⁵⁴ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, cit. p.33.

Nonostante la contiguità fra il concetto di rieducazione e di espiatione è indubbio dover riscontrare delle differenze.

Da una parte la concezione espiativa affonda le proprie radici in un terreno spiritualistico - religioso; in quest'ottica la sanzione punitiva ha un significato penitenziale, per cui il soggetto attraverso la sofferenza psico - fisica prodotta dal contenuto della pena può ottenere il risultato di un'interna rigenerazione morale.⁵⁵

Dall'altra invece la concezione rieducativa trae origine dal positivismo scientifico e dal solidarismo politico - sociale.

Secondo questa concezione l'intervento scientifico sulla personalità muove da un presupposto soggettivo costituito dalla pericolosità e punta ad un processo di riadattamento sociale del soggetto mediante una progressiva opera di rieducazione e di osservanza delle regole sociali accompagnata anche dall'esistenza di un impegno solidaristico dello Stato per offrire al reo l'opportunità di un reinserimento sociale.⁵⁶

Inoltre per quanto concerne la prevenzione speciale ispirata al modello della rieducazione è necessario sottolineare che un trattamento rieducativo correttamente inteso presuppone che il destinatario si renda consapevole del torto commesso, ed avverta come giusta e proporzionata la sanzione che gli viene inflitta.

In altre parole la percezione della proporzione tra fatto e sanzione, avvertita come tale dal reo, costituisce una premessa ineliminabile dell'accettazione psicologica di un trattamento diretto a favorire nel condannato il recupero della capacità di apprezzare i valori tutelati dall'ordinamento.⁵⁷

A questo punto occorre prendere in considerazione il problema dei contenuti che la rieducazione deve assumere. Nel delineare il "volto" della rieducazione, bisogna operare un collegamento fra l'articolo 27 comma terzo della Costituzione e il complesso dei principi ispiratori del nostro sistema costituzionale.

Partendo dall'assunto secondo cui è necessario operare una distinzione tra la rieducazione quale generale obiettivo da perseguire e le tecniche che si rendono di volta in volta necessarie per ottenere il risultato.

⁵⁵ G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione* (in margine ad alcuni recenti convegni), in *Rass. penit. e crimin.*, 1982, p. 445.

⁵⁶ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, cit. p. 34.

⁵⁷ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, 1979, Padova, p.18 ss; C. cost., sent. 2 luglio del 1990 n.313, in *Giur cost.*, 1990.

L'idea di rieducazione come obiettivo da perseguire, allude al processo di riappropriazione, da parte del delinquente, dei valori fondamentali della convivenza: si tratta di una meta che permane identica, a prescindere dalle caratteristiche personali del destinatario della sanzione. Eppure lo strumento di rieducazione muterà, a seconda che si abbia a che fare con un emarginato oppure con un colto bianco.

Oltre a questo, perché il processo rieducativo possa aver corso senza tradursi in un'imposizione coercitiva nei confronti del destinatario, occorre che vi sia la disponibilità psicologica di quest'ultimo. Ed è appunto in questo senso che va colto l'autentico significato del verbo tendere impiegato dal legislatore al comma terzo dell'articolo 27 Costituzione.⁵⁸

La rieducazione non può essere coercitivamente imposta perché troverebbe un ostacolo nell'eventuale rifiuto opposto dal soggetto destinatario della sanzione.

A conclusione di questo si può aggiungere che l'idea rieducativa non è rimasta vuota ma è assunta criterio guida di una serie di interventi di riforma volti a rendere l'ordinamento più aderente al dettato costituzionale ed in particolare da quanto enunciato all'articolo 27 terzo comma.

Fra i predetti interventi si possono sicuramente ricordare, diversi istituti dell'ordinamento penitenziario fra cui le misure alternative alla detenzione e l'ideologia del trattamento rieducativo personalizzato; oltre a questo anche alcuni istituti propri del diritto penale come la sospensione condizionale della pena, le sanzioni sostitutive delle pene brevi ed infine la pena pecuniaria.

6. Il rapporto tra pena e misura di sicurezza: una questione complessa. — Per poter trattare in maniera adeguata della tematica relativa a pena e misura di sicurezza quali pilastri del doppio binario sanzionatorio, si inizierà dal primo dei due “binari” del sistema sanzionatorio ossia la pena.

Cominciando dall' assunto secondo cui il concetto di pena e quello di giustificazione, vanno tenuti distinti in quanto non sembra corretto dire che la pena possa essere giustificata quanto più il suo contrario.

E' invece corretto piuttosto parlare di funzione della pena, così intendendo che la pena abbia una funzione che è invece il *thema decidendum*.⁵⁹

⁵⁸ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p.706.

⁵⁹ G. COCCO - E. M. AMBROSETTI, *Manuale di diritto penale, Parte generale, Punibilità e pene*, Padova, 2012, p. 4ss.

Può essere quindi ora definita la pena come l'imposizione, conforme a legge, di privazioni o diminuzioni, della libertà, della *privacy*, o di altri beni giuridici della persona, o l'imposizione di speciali oneri, quando una persona venga riconosciuta dagli organi giurisdizionali, colpevole di reato, tipicamente individuato nella causazione di un danno a un innocente.⁶⁰

Tale definizione va racchiudendo tutti gli elementi caratterizzanti la pena quale atto conforme alla legge e perciò soddisfacente il principio di legalità imposto dall' articolo 25 Cost. e conforme al principio di irretroattività, principio di colpevolezza, personalità ed infine conforme al suo carattere di afflittività.

Senza pretese di esaustività verranno tratteggiati qui di seguito gli istituti fondamentali riguardanti le pene in senso stretto.

Il diritto positivo suole distinguere fra pene principali e pene accessorie, in particolare l'articolo 17 dispone che le pene principali stabilite per i delitti sono: la pena di morte, l'ergastolo, la reclusione e la multa.

Mentre le pene principali stabilite per le contravvenzioni sono, arresto e ammenda.

Venendo all' analisi delle singole pene è opportuno trattare inizialmente della pena di morte, soppressa mediante l. 10 agosto 1944 n.224 per i delitti del codice penale e poi con l. 10 agosto 1994 n.589 per gli illeciti previsti dalle leggi militari, è oggi assorbita nell' ergastolo.⁶¹

La soppressione della pena di morte ha trovato pieno riconoscimento nella Costituzione all' articolo 27 comma quarto, statuisce che "*Non è ammessa la pena di morte*".

Nell'ambito della scienza penalistica moderna, di fatto, si ritiene che la pena di morte costituisca dal punto di vista teorico un residuo di superate concezioni, come tali assolutamente incompatibili con le dimensioni costituzionali dello Stato di diritto e di un moderno diritto penale.⁶²

Dal punto di vista pratico, contrariamente all' opinione comune, la pena di morte si presenta come strumento inefficace di controllo della criminalità, come hanno dimostrato complesse e approfondite indagini empiriche.⁶³

Venendo poi all'ergastolo, che è la pena perpetua scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e dell'isolamento notturno; e il condannato può esser ammesso al lavoro all' aperto.

⁶⁰ G. COCCO - E. M. AMBROSETTI, *Manuale di diritto penale, Parte generale, Punibilità e pene*, cit., p. 6.

⁶¹ Sul punto, G. BETTIOL, *Pena di morte*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1967, p.751.

⁶² Sul punto, D. PULITANO', *Ergastolo e pena di morte. Le massime pene tra referendum e riforme*, in *Dem. dir.*, 1981 p.156 ss; G. FIANDACA, *Commento all' articolo 27 comma 4'*, cit., p. 346.

⁶³ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit. p. 238.

Particolarmente controverso è il problema della compatibilità dell'ergastolo con i principi Costituzionali ed in particolare il principio di rieducazione, espresso dal comma terzo dell'articolo 27.⁶⁴

La Corte costituzionale ha ritenuto legittimo l'ergastolo, in base alla motivazione che funzione della pena *“non è soltanto il riadattamento sociale dei delinquenti, ma pure la prevenzione generale, la difesa sociale, e la neutralizzazione a tempo indeterminato di determinati delinquenti”*.⁶⁵

E' bene sottolineare però che l'esigenza di una adesione al dettato Costituzionale da parte dell'ergastolo si risolve oggi nel fatto che la pena stessa è andata sempre più ridimensionandosi grazie ad all' introduzione della libertà condizionale, solo dopo che il condannato abbia scontato 26 anni di pena accompagnata dalla compresenza necessaria di un accertato ravvedimento da parte dello stesso.

Accanto a questo provvedimento vi è stata l'introduzione mediante gli artt. 14 e 18 della l. 10 Ottobre 1986 n.633 della possibile applicazione dei due istituti della semilibertà e della liberazione anticipata.⁶⁶

Passando poi alla reclusione, quale ultima pena detentiva prevista dal codice per i delitti, l'articolo 23 c.p. stabilisce che *“la pena della reclusione si estende da quindici a ventiquattro anni ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e dell'isolamento notturni. Il condannato alla reclusione, che ha scontato almeno un anno di pena, può esser ammesso al lavoro all' aperto”*.

La reclusione è la pena temporanea per i delitti.⁶⁷ I limiti, minimo e massimo come indicati, sono invalicabili solo per il giudice nella scelta della pena da irrogare in concreto. Il legislatore invece può fissare liberamente i suddetti limiti. L' esecuzione della reclusione è oggi disciplinata dalla l. 26 luglio 1975 n. 354. Da ultimo il codice prevede come pena pecuniaria per i delitti la multa⁶⁸ disciplinata all' articolo 24 c.p. e consiste nel pagamento di una somma di denaro entro un minimo ed un massimo previsti.

⁶⁴ *Supra*, § 5.

⁶⁵ C. cost., sent. 22 Novembre 1974, n. 264, in *Riv.it.dir. proc.*, p.262 con nota di P. PAVARINI, *La Corte Costituzionale di fronte al problema penitenziario: un primo approccio in tema di lavoro carcerario*.

⁶⁶ In particolare la legge consente che ai fini del computo dei vent' anni di pena espiata che fanno da presupposto all' ammissibilità al regime di semilibertà, possano venire sottratti 45 giorni per ogni semestre di pena scontata se il condannato partecipa all' opera di rieducazione. M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, p. 236.

⁶⁷ P. NUVOLONE, voce *Diritto - pena: pena (in generale)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p.793.

⁶⁸ E. DOLCINI, *Pene pecuniarie e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1972, p. 408.

Il pagamento può avvenire in relazione alle condizioni economiche del condannato in rate mensili. Se non viene eseguita per insolvibilità del condannato, la pena della multa si converte in una sanzione di conversione quale libertà controllata⁶⁹ o lavoro sostitutivo.⁷⁰

La multa è a sua volta, prevista in modo fisso o in modo proporzionale e deve essere adeguata alle condizioni economiche del condannato.

Per quanto riguarda poi le pene previste per le contravvenzioni il codice penale prevede, quale pena detentiva l'arresto mentre quale pena pecuniaria l'ammenda.

L'arresto è disciplinato dall'articolo 25 c.p. dispone che: *“la pena dell'arresto si estende da cinque giorni a tre anni, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati o in sezioni speciali degli stabilimenti di reclusione, con l'obbligo del lavoro e dell'isolamento notturno. Il condannato all'arresto può essere addetto a lavori anche diversi da quelli organizzati nello stabilimento, avuto riguardo alle sue attitudini e alle sue precedenti occupazioni.”*

Anche per l'arresto valgono le medesime considerazioni fatte per la reclusione.

La pena dell'ammenda che come disciplinato dall'articolo 26 c.p. consiste nel pagamento allo Stato di una somma compresa fra un minimo e un massimo previsti. La sua regolazione giuridica ricalca quella della multa, per ciò che riguarda il pagamento, la conversione e le forme.

Per completezza è bene ricordare anche la detenzione domiciliare e il lavoro di pubblica utilità come disciplinati rispettivamente dagli articoli 53 e 54 del d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 e quali pene principali di esclusiva competenza del giudice di pace.

Infine accanto alle principali il codice prevede le pene accessorie, sanzioni che per il loro carattere intrinseco mancano di un'efficienza tale per cui possano essere, per sé medesime, sufficienti a realizzare gli scopi intimidativi ed afflittivi della repressione. Di qui la necessità di comminarle sempre congiuntamente ad altre pene, rispetto alle quali esse sono complementari ed accessorie.

Per quanto concerne il secondo dei due “binari” del sistema sanzionatorio penale, ossia quello proprio delle misure di sicurezza, verrà svolto un breve accenno con esplicito rinvio a parti successive della presente trattazione.⁷¹

⁶⁹ La libertà controllata, introdotta con l. 24 novembre 1981 n. 689, è una misura sostitutiva alla delle pene detentive sino ad un anno, comportante una serie di obblighi specifici a carico del condannato. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2012, p. 543 ss.

⁷⁰ Il lavoro sostitutivo consiste nella prestazione di un'attività non retribuita, a favore della collettività, da effettuarsi presso lo Stato, regioni, province, comuni, o presso enti, organizzazioni o corpi di assistenza.

⁷¹ *Infra* § 9; cap. 3, § 6.

Il diritto penale moderno presenta, accanto al tradizionale strumento sanzionatorio costituito dalla pena, un'ulteriore categoria di sanzione penale, destinata a convivere ed integrare il sistema tradizionale delle pene nei casi in cui queste non siano applicabili o, pur essendo applicabili, non siano ritenute sufficienti a prevenire nuovi reati: tale categoria è rappresentata dalle misure di sicurezza.

Le suddette vengono intese come provvedimenti atti a riadattare il delinquente alla vita libera sociale, con l'intento di promuoverne l'educazione o, in base al bisogno concreto, la cura, ponendolo nelle condizioni di non poter più nuocere.⁷²

A conclusione di questo paragrafo è d' uopo sottolineare i caratteri distinti delle misure di sicurezza e delle pene.

Le misure di sicurezza detentive quali sanzioni ulteriori e contrapposte alla pena postulano su un piano logico e concettuale, prima ancora che legislativo, una distinzione delle due categorie di sanzioni da un punto di vista sostanziale (in contrasto, peraltro, con quanto sostenuto dai Positivisti, i quali, ancorati ad un sistema monistico, auspicavano la sostituzione della pena con la misura di sicurezza, non la loro sovrapposizione).⁷³

Come Pelissero afferma “*la distinzione tra pene e misure di sicurezza nasce sul piano delle funzioni loro riconosciute*”⁷⁴: mentre le pene volgono sostanzialmente il loro sguardo al passato, in quanto volte alla punizione ed al rimprovero ad un individuo per un fatto commesso ed hanno quindi una preminente funzione retributiva; le misure di sicurezza, mirano al futuro, in quanto volte a prevenire una ricaduta del soggetto verso la commissione di reati futuri ed a neutralizzare la pericolosità sociale, alla quale è necessaria una difesa sociale, dimostrando una funzione esclusivamente preventiva.

Ciò posto quindi misure di sicurezza e pene differiscono dal punto di vista del loro fondamento logico, mentre le prime trovano il loro fondamento nella pericolosità sociale dell'individuo, che si legittima in quanto il bene della difesa sociale va assicurato con rigore, le seconde invece trovano la loro ragion d'essere nella responsabilità morale e nella colpevolezza del soggetto al fatto commesso.

Oltre a quanto sopra riportato varia anche il parametro di commisurazione della sanzione da applicare nel caso concreto: parametro che per la pena è costituito da indici come la gravità del fatto e la colpa morale; mentre la misura di sicurezza è ancorata alla personalità del reo.

⁷² F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Milano, 2003, p. 806.

⁷³ F. GRISPIGNI, *Corso di diritto penale, secondo il nuovo codice*, Padova, 1931, p. 113.

⁷⁴ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, cit. p. 316.

Da queste differenze, inoltre, discendono due corollari che caratterizzano la disciplina delle misure di sicurezza, ma che hanno un riflesso sul piano sostanziale: in primo luogo, l'indeterminatezza della durata che contraddistingue le misure di sicurezza, fortemente contrapposta alla determinatezza della pena, sia nella natura che nel *quantum*, e stabilita *a priori* dal legislatore, in ossequio al principio di legalità.

In secondo luogo, la tendenziale modificabilità delle misure di sicurezza⁷⁵ in base al percorso e all'evoluzione che la personalità dell'individuo subisce nel tempo.

In effetti, la misura di sicurezza è soggetta a modifiche e cambiamenti in corso d'opera, potendo essere sostituita dalla misura più adatta alla nuova situazione, così come richiesto dalle nuove esigenze di trattamento.

7. La pericolosità sociale: concetti introduttivi. — La nozione di pericolosità quale presupposto di carattere soggettivo, necessario per la comminazione di una misura di sicurezza, assume ancora a oggi a tratteggio fondamentale del sistema sanzionatorio penalistico.

È bene quindi comprendere inizialmente le radici del suo fondamento, per poi proseguire con l'analisi della stessa.

Il concetto di pericolosità è in sé un concetto generico, potenzialmente carico di una pluralità di significati e perciò virtualmente polifunzionale, ecco perché si comprende che la sua utilizzazione nel diritto penale sia abbastanza risalente nel tempo.⁷⁶

Nel diritto romano ad esempio vigeva la seguente distinzione, da una parte le pene eliminative e dall'altra quelle retributive; facendo così cogliere una differenza fra i concetti di pericolosità e di colpevolezza.⁷⁷

Le pene retributive, per l'appunto, erano rivolte a soggetti in cui era possibile individuare la colpevolezza, predisponendo una sanzione proporzionata al male compiuto.

Le pene eliminative invece, con fine diverso rispetto alle prime, erano volte a disincentivare il soggetto a commettere reati e allo stesso tempo a intimidire la collettività.⁷⁸

In aggiunta, in quanto nozione nella sostanza vicina a quella del senso comune, la pericolosità si presta a fungere da etichetta che canalizza un bisogno di rassicurazione nei confronti di

⁷⁵Sul punto in modo più esteso *infra* cap. 3, § 2.

⁷⁶ S. MANACORDA, *Pericolosità sociale e infermità psichica: dalle presunzioni legali alle prospettive di superamento*, in *Questione giustizia*, 1987, p. 697 ss.

⁷⁷ C. GOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, p.41ss.

⁷⁸ C. GOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., p. 43.

gruppi di persone percepite come socialmente minacciose; infatti in epoca preilluministica il concetto di pericolosità è stato alla base della legge sul vagabondaggio e la mendicizia.⁷⁹

Tuttavia un vero e proprio fondamento del concetto di pericolosità sociale deve ricondursi all'elaborazione operata nel corso dell'800 da parte della scuola classica e di quella positiva.

Quanto alla prima scuola, essa formulò una nozione di pericolosità sociale concentrandosi non tanto sulla personalità del soggetto quanto sulla gravità del reato.

Cambiamento in contro tendenza si ebbe ad opera della scuola positiva, in particolare grazie a Cesare Lombroso⁸⁰ il quale spostò tutto il contrappeso della nozione di pericolosità sociale sulla personalità del reo, sui tratti psicologici, ambientali, concentrandosi così non più sul reato ma sulla persona.⁸¹

7.1 L'evoluzione storica. — Come anticipato nel paragrafo precedente, il concetto di pericolosità sociale pur essendo frutto dell'elaborazione della scuola positiva, trova riconoscimento anche da parte della scuola classica secondo una diversa prospettiva.

La scuola classica ha innanzitutto il merito di aver elaborato teorie⁸² postulate del c.d. "libero arbitrio", ossia dell'uomo libero nella scelta delle proprie azioni, e sulla conseguente responsabilità morale del soggetto quale fondamento del diritto penale.⁸³

In altri termini secondo la scuola classica, ogni soggetto essendo capace di intendere e di volere, ha la possibilità di scegliere se compiere un'azione e nel momento in cui sceglie di violare una norma penale ed arrecare un pregiudizio a suoi consimili, assume una responsabilità morale, intesa come rimproverabilità del male cagionato.

Nasce così la teoria retributiva della pena, sulla quale ci si è già ampiamente soffermati.⁸⁴

Gli studi affrontati dalla scuola classica, rappresentano una conquista intangibile della civiltà giuridica ed un punto di partenza per ogni altro progresso scientifico avutosi successivamente.

Nonostante questo, come sostenuto dalla dottrina, la concezione promossa dalla scuola classica

⁷⁹ D'altronde, il medesimo concetto generico di pericolosità rappresenta la base di quelle posizioni del diritto penale che nei primi dell'Ottocento si interessavano al modello "preventivo": Bentham, di fatto, nell'individuare il fine della pena nell'intimidazione, guarda alla pericolosità del reo non solo come pericolo di ricaduta nel reato, ma anche come pericolo che altri individui possano essere indotti a delinquere influenzati dal cattivo esempio di già ha delinquito. A. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna 1980, p. 38.

⁸⁰ *Infra* § 7.2

⁸¹ A. MICONI TONELLI, voce *Pericolosità sociale*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1989, p. 2

⁸² *Supra* § 4.

⁸³ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 563; A. MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, I, Padova, 2007, p. 123.

⁸⁴ *Supra* § 5.

presenta alcuni limiti, ravvisabili *in primis* nel fatto che venisse esclusa ogni valutazione riguardo la personalità del soggetto agente, ciò comportando che reo e diritto penale venissero confinati in una sfera astratta lontana dalla realtà fenomenica, individuale e sociale.⁸⁵

Oltre a questo la scuola classica, anche per paura di ammettere variazioni personali nella graduazione della responsabilità penale e nell'individualizzazione della pena, non considerava che, innegabilmente, l'agire umano è condizionato da fattori alieni alla volontà del singolo.

In secundis limite della scuola classica è stato quello di non aver rivolto attenzione al problema del recupero del reo nella fase di esecuzione della pena.

In altre parole il reato viene considerato quale fatto riferito esclusivamente al passato, non come qualcosa che possa essere proiettato anche al futuro; il reo è considerato come autore del reato commesso, senza possibilità di tener conto di una sua eventuale recidiva.

Considerando, quindi, la teoria classica, ciascun individuo può diventare *homo poenalis* e la *commissio delicti* si prospetta quale conseguenza di una mancanza, propria della ragione.⁸⁶

7.2 La concezione lombrosiana e la scuola positiva. — La nozione di pericolosità trova il suo più ampio riconoscimento ad opera della scuola positiva, quale corrente di pensiero che trae le proprie origini dal positivismo metodologico.

In particolare il positivismo viene definito come un complesso orientamento filosofico, sorto in Francia nella prima metà del XIX secolo e poi diffusosi in tutta Europa assumendo caratteristiche diverse in base alle differenti tradizioni di pensiero operanti nei vari contesti nazionali; è caratterizzato, in generale, dal rifiuto della speculazione metafisica», attribuendo la funzione di fornire i contenuti e i metodi della conoscenza alle scienze empiriche, riservando alla filosofia il compito di raccogliere, sistematizzare e generalizzare le leggi naturali scoperte dalle scienze («positive», in contrapposizione alla metafisica e alla teologia) sulla base dell'esame obiettivo dei fatti empirici; ne discende quindi un atteggiamento empiristico e scientifico che si traduce in una visione ottimistica della storia umana, destinata a un costante progresso civile e sociale.⁸⁷

Il predetto orientamento è oggetto di specificazione, di fatti, è possibile parlare di positivismo, logico e giuridico meglio definito positivismo giuridico; teoria del diritto ottocentesca, e

⁸⁵ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 556.

⁸⁶ A. CERETTI, *Homo poenalis, homo criminalis*, in L. PICOTTI - F. ZANUSO (a cura di), *L'antropologia di Cesare Lombroso: dall'Ottocento al dibattito filosofico-penale contemporaneo*, Atti del Convegno internazionale svoltosi in occasione del primo centenario della morte presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Verona (16-17 ottobre 2009), Napoli, 2011, p.117

⁸⁷ Voce *Positivismo*, in Enc. Treccani, 2018.

comunque priva di specifici rapporti con il positivismo filosofico e con quello logico, che, in opposizione al giusnaturalismo, rescinde ogni rapporto di principio del diritto con la morale, identificandolo piuttosto con le norme poste dalla volontà politica del legislatore, e comunque effettivamente vigenti nella comunità sociale.

La scuola positiva, frutto dell'orientamento positivistico, si poneva in contrapposizione alla scuola classica.

La nascita e la diffusione della scuola positiva si deve, primariamente a tre cause determinanti fra cui, l'affermarsi del metodo di indagine induttivo-sperimentale, la necessità di garantire le esigenze di difesa sociale ed infine l'inefficienza del sistema penale ottocentesco per la riduzione del crimine.⁸⁸

Necessità della scuola positiva, quindi, era quella di dare al diritto penale, già maturo dal lato formale, per merito della scuola classica, una base di deduzioni ed analisi antropologiche e sociologiche.⁸⁹

“Fondatore” della Scuola Positiva fu Cesare Lombroso⁹⁰ che nel 1876 pubblicò la prima edizione della sua opera “L'uomo delinquente” in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza e alle discipline carcerarie”.⁹¹

Ciò posto, tornando più genericamente alla scuola positiva si sottolinea che l'opera lombrosiana, si colloca tra quelle che possono definirsi fra i più importanti cambiamenti di direzione, nella storia del pensiero penalistico, indipendentemente dalla validità, più o meno durevole delle soluzioni prospettate per i singoli problemi; con Lombroso, infatti, si assiste ad un cambiamento risolutivo nella valutazione del problema penale, il quale viene esaminato nel fatto concreto del delitto, considerato come fenomeno naturale e sociale, come un fatto umano individuale, indice rivelatore di una personalità socialmente pericolosa.⁹²

⁸⁸A. MIGNONE, *Le scienze sociali e politiche in Italia nell'età del positivismo*, in *Dir. pen. XXI secolo*, 2011, p. 220.

⁸⁹ Sul punto cfr. E. FLORIAN, *Il metodo positivo nella scienza del diritto penale*, in *Scuola Positiva*, VI, I, 1926, p. 3.

⁹⁰ Marco Ezechia Lombroso, che successivamente cambiò nome in Cesare (Verona, 6 novembre 1835 – Torino, 19 ottobre 1909), è stato un medico, antropologo, criminologo e giurista italiano, di origine ebraica, considerato pioniere e “padre” della moderna criminologia. Esponente del Positivismo scientifico, è stato uno dei pionieri degli studi sulla criminalità, fondando l'antropologia criminale. Il suo lavoro è stato fortemente influenzato dalla fisiognomica, dal darwinismo sociale e dalla frenologia.

⁹¹G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit. p. XXV.

⁹² A. MIGNONE, *Le scienze sociali*, cit., p. 230; P. NUVOLONE, *Lombroso e il diritto penale*, in *Giust. pen.*, 1977, I, p.1.

La legge non è ritenuta, come lo era precedentemente, misura assoluta della normalità; qualunque soggetto può comportarsi conformemente ad essa ma essere, allo stesso tempo, socialmente pericoloso e bisognoso di controllo.⁹³

Il rivoluzionario approccio di Lombroso si manifesta nella filosofia positivista, la quale, come accennato in precedenza, ritiene il sapere scientifico conseguenza dell'apprendimento fenomenico e dell'esperienza, entrambi regolati dal principio di causalità;⁹⁴ secondo la concezione in parola, infatti, ogni fenomeno della vita individuale e sociale, compresa la delinquenza, può essere spiegato in base al rapporto causa-effetto.

Prendendo le mosse da tale assunto, è bene ricordare che i positivisti considerano quale fondamento del diritto penale la pericolosità sociale del soggetto e la concezione difensiva della sanzione penale⁹⁵ e non più quindi la responsabilità etica derivante dal libero arbitrio dell'agente⁹⁶; secondo la scuola positiva, in altre parole, il delitto è il prodotto non già di una scelta libera e responsabile del soggetto, ma di un triplice ordine di cause: antropologiche, fisiche e sociali che riguardano il delinquente.⁹⁷

Dunque, secondo tale l'indirizzo criminologico, risulta anomalo e futile punire chi delinque perché ineluttabilmente spinto da forze che agiscono dentro e fuori di lui, mentre risulta vantaggioso, per la società, isolare i delinquenti mediante misure utilitaristiche di difesa sociale, volte a prevenire ulteriori manifestazioni criminose, e procedere, nei limiti del possibile, al loro reinserimento sociale.

Secondo la scuola positiva invero, è più corretto parlare di responsabilità sociale o legale anziché di responsabilità morale del reo, di modo che la sanzione debba essere intesa non come una punizione per una colpa volontaria, ma come reazione fisica della società ad un'azione che ha turbato l'ordine sociale; scopo dei provvedimenti repressivi deve essere la difesa sociale. Conseguenza di tale concezione fu quella dell'individualizzazione della pena rispetto ai delinquenti, cui applicarla.⁹⁸

⁹³A. CERETTI, *Homo poenalis, homo criminalis*, cit., p. 117.

⁹⁴F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 556.

⁹⁵F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 557. E. FLORIAN, *Il metodo positivo*, cit., p. 4.

⁹⁶ Per meglio comprendere tale concetto si sottolinea che secondo la scuola classica ogni individuo, capace di intendere e di volere, ha la facoltà di scegliere le proprie azioni e, perciò, nel tempo in cui decide, liberamente, di violare una norma penale provoca del male ai consociati e per questa ragione assume una sua responsabilità morale, concepita, per questa ragione quale rimproverabilità per il male causato. P. NUVOLONE, *Lombroso e il diritto penale*, cit., p. 10.

⁹⁷A. MIGNONE, *Le scienze sociali*, cit. p. 271.

⁹⁸E. FLORIAN, *Il metodo positivo*, cit. p.321; a opinione del quale con la scuola positiva "si insinuava la convinzione che la difesa sociale contro il delitto debba attuarsi con idonei provvedimenti, attribuiti alla

Nonostante gli indubbi limiti, la scuola positiva ebbe anche diversi meriti e fra questi quello di aver messo al centro il problema della personalità del delinquente, tenendo conto oltretutto della realtà sociale e individuale in cui è inserito.

Scopi conseguiti non solo mediante l'introduzione, accanto al concetto tradizionale di prevenzione generale, delle idee innovatrici di prevenzione speciale e di risocializzazione del delinquente, ma anche attraverso la teorizzazione di misure criminali dissimili dalla pena e conformabili alla personalità del delinquente; misure che, secondo la scuola positiva, non devono avere una durata determinata, non devono essere proporzionate alla gravità del fatto, ma alla pericolosità del reo e, riguardo all'applicazione, devono mutare di forma per adeguarsi alla personalità delle diverse tipologie di delinquente e devono poter essere modificabili al venir meno della pericolosità sociale dello stesso.

Tuttavia la teoria giuridica attribuibile alla scuola positiva, presenta anche grandi limiti.

Al riguardo, *in primis*, si sottolinea che la suddetta scuola collegando il reato al suo autore e, soprattutto, incentrando il diritto penale precipuamente, se non esclusivamente, sulla pericolosità sociale del delinquente e su tipologie criminologiche di autori, pare rimettere in discussione le garanzie costituzionali di legalità e certezza del diritto; a ciò si aggiunga che la scuola positiva, assegnando centralità, nel diritto penale, alla categoria della pericolosità sociale, in sostituzione a quella della colpevolezza per il fatto, incorre nell'inconveniente di scontrarsi con il principio del *nulla poena sine delicto*.⁹⁹

Tutto questo avvalorato dal fatto che tale concezione prevede anche la possibilità di irrogare sanzioni penali anche a soggetti per così dire non delinquenti ma ritenuti socialmente pericolosi.

Prendendo poi in considerazione il pensiero di Lombroso, quale "padre" della scuola positiva, è bene premettere che la sua figura, è stata di frequente frutto di semplificazioni ed è stata cristallizzata in una posizione stereotipata che non rende giustizia alla complessità dei suoi scritti e delle sue teorie.¹⁰⁰ Tuttavia è possibile affermare che Lombroso ha cercato, con i suoi studi, di fornire una spiegazione alla "genesì" del delitto, spingendosi sino ad asserire che

giurisdizione penale, in confronto anche ai delinquenti pazzi, anormali ed in genere non imputabili nelle forme tradizionali".

⁹⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 554.

¹⁰⁰ U. GATTI - A. VERDE, *Cesare Lombroso: una revisione critica*, in L. PICOTTI - F. ZANUSO (a cura di), *L'antropologia di Cesare Lombroso: dall'Ottocento al dibattito filosofico-penale contemporaneo, Atti del Convegno internazionale svoltosi in occasione del primo centenario della morte presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Verona (16-17 ottobre 2009)*, Napoli, 2011, p. 92.

taluni individui presenterebbero una costituzione biopsichica anomala che li predisporrebbe naturalmente al delitto. Per questo motivo Lombroso analizzò il problema della delinquenza prendendo le mosse dall'indagine antropologica, operando, quindi, attraverso un metodo induttivo, basato sull'osservazione dei fenomeni empirici della realtà e sull'analisi degli accadimenti¹⁰¹.

Indipendentemente dall'esattezza della teoria in esame, a Lombroso deve essere conferito il merito di aver fornito un contributo di rilevante importanza, nel trasferire il dibattito riguardo al delitto dal piano filosofico e religioso, a quello scientifico; ad esso, infatti, si deve la diffusione di un approccio scientifico per lo studio della delinquenza, la cui considerazione, ancora oggi, è influenzata da valenze di natura politica ed emotiva, lontane da quella razionalità alla quale i positivisti del secolo scorso si richiamavano.¹⁰²

Lombroso si occupò dello studio della devianza¹⁰³ ed in particolare della "normalità", quale parametro essenziale ai fini della valutazione della devianza stessa. Ad esso, ancora, si deve, l'inserimento sistematico dei metodi antropologici in psichiatria e nel diritto penale, i quali gli permisero di teorizzare un ampliamento dell'oggetto della scienza penale, che non dovendosi occupare unicamente del reato come "ente giuridico", doveva contemplare l'uomo delinquente e le connesse esigenze di sicurezza sociale.

Questa argomentazione viene convalidata dal fatto che, dopo essere diventato primario del reparto di malattie mentali al Sant'Eufemia di Pavia nel 1866, Lombroso si occupò, mediante verifiche e studi diretti, dell'analisi di delinquenti e dei loro crani.¹⁰⁴ A tale proposito si ricorda che nel dicembre del 1870, nel corso dell'analisi del cranio di un contadino calabrese, tale Villeda,¹⁰⁵ Lombroso individuò, a suo dire, un'anomalia anatomica: una fossetta cerebellare mediana al posto di una cresta, che ritenne "*riprodurre esattamente le condizioni del cervello nel quinto mese dell'età fetale e nei roditori adulti.*"¹⁰⁶

¹⁰¹ L. PICOTTI, *Cesare Lombroso: un'introduzione all'impatto del suo pensiero sulla teoria del diritto penale*, in L. PICOTTI - F. ZANUSO (a cura di), *L'antropologia di Cesare Lombroso: dall'Ottocento al dibattito filosofico-penale contemporaneo, Atti del Convegno internazionale svoltosi in occasione del primo centenario della morte presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Verona (16-17 ottobre 2009)*, 2011, p. 116.

¹⁰² U. GATTI - A. VERDE, *Cesare Lombroso: una revisione critica*, cit., p. 75.

¹⁰³ Intesa come complesso di comportamenti disfunzionali alle regole del vivere sociale.

¹⁰⁴ D. FRIGESSI, *La scienza della devianza*, in D. FRIGESSI - F. GIACANELLI - L. MANGONI (a cura di), *Cesare Lombroso, Delitto, genio, follia*. Scritti scelti, Torino, 1995, p. 346.

¹⁰⁵ Definito da Lombroso come un brigante.

¹⁰⁶ C. LOMBROSO, *Della fossetta cerebellare mediana in un criminale*, in *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, II, 1872, p. 1058.

L'esempio del brigante Villella è di rilevante interesse per la teoria lombrosiana, perché portò Lombroso a reputare il soggetto che ha delinquito “*una varietà infelice dell'uomo.*”¹⁰⁷

Si può quindi affermare che Lombroso reputò il delinquente una categoria umana inferiore rispetto al resto delle persone, della quale i soggetti entrano a far parte sin dalla nascita.

Questa teoria trova riscontro nello scritto “L'Uomo delinquente”, nel quale l'illustre studioso, mettendo a confronto i criminali con i pazzi, arriva a ritenere che la devianza non è innata, e solo raramente è di origine atavica, poiché “*gran parte dei pazzi non nascono, ma diventano tali*”, la delinquenza ha i segni caratteristici dell'atavismo poiché nel delinquente, nato diverso, emergono i caratteri del selvaggio, dell'uomo primitivo.¹⁰⁸

In rapporto alla delinquenza, quindi, Lombroso afferma, primariamente, la teoria dell'atavismo¹⁰⁹ quale indice di naturalità e innatismo del delitto. Secondo lo stesso, elementi caratteristici dell'atavismo ed in particolare della categoria dei criminali sono, il costante utilizzo nell'uso dei tatuaggi e della parlata “furfantesca”.¹¹⁰

Proseguendo nell'analisi, è bene evidenziare che Lombroso, per delineare il criminale, plasma la figura del c.d. “delinquente nato”, di cui sottolinea la cultura, il comportamento e le abitudini; per questo motivo è possibile affermare che Lombroso, riesce a superare la tesi della semplice interruzione dello sviluppo, rilevata nel brigante Villella.¹¹¹

Peraltro la più grande innovazione della teoria lombrosiana, si riscontra nel fatto di aver collegato l'atavismo alla figura del “delinquente nato”, in un'epoca storica in cui la teoria atavica era già stata oggetto di ricerche psichiatriche e antropologiche quale possibile causa della degenerazione della specie e della formazione di tipi anomali.¹¹²

Ciò detto, però, è bene puntualizzare che non è esatto individuare, negli studi di Lombroso, un unico tipo antropologico-criminale di delinquente¹¹³, poiché lo studioso non è mai riuscito né a tratteggiare un unico tipo criminale né è riuscito ad arrivare ad una vera e propria linearità di

¹⁰⁷ C. LOMBROSO, *Della fossetta cerebellare mediana*, cit., p. 1060.

¹⁰⁸ La somiglianza con il selvaggio viene riscontrata nella poca sensibilità al dolore e nell'assenza di sensibilità morale, alla quale si accompagnano l'instabilità e la violenza delle passioni, l'assenza di rimorso, la concezione della giustizia come vendetta. Secondo Lombroso stesso il regresso ai costumi selvaggi trova convalida anche nel frequentissimo uso dei tatuaggi, i quali vengono indicati come “nuovi caratteri anatomico-legali” che possono aiutare il medico legale nella sua opera di riconoscimento. C. LOMBROSO, *Della fossetta cerebellare mediana*, cit., p. 1065.

¹⁰⁹ Atavismo, che sta ad indicare regressione, arretratezza.

¹¹⁰ C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente* cit., p. 54.

¹¹¹ D. FRIGESSI, *La scienza della devianza*, in D. FRIGESSI - F. GIACANELLI - L. MANGONI, *Cesare Lombroso, Delitto, genio, follia. Scritti scelti*, Torino, 1995, p. 346.

¹¹² D. FRIGESSI, *Cesare Lombroso* cit., p. 109.

¹¹³ Questa circostanza fu modificata da Ferri, il quale si dedicò a ricavare dai diversi tipi delinquenziali esposti da Lombroso, una classificazione.

categorie.¹¹⁴ Lombroso invero, all' interno della premessa alla terza edizione dell' Uomo delinquente, anticipa di essersi dedicato allo studio, delle deviazioni che costituiscono quello che prende il nome di tipo.¹¹⁵

Questo a dimostrazione dell'insussistenza, nell'opera lombrosiana, di una regola assoluta relativa al criminale; effettivamente, il tipo lombrosiano di delinquente si realizza come una tensione ideale tra i determinismi esternati dalla particolarità dell'individuo concreto, e resi tali da taluni segni fisici, psichici e morali, e la media statistica delle anomalie rilevate in una certa popolazione.¹¹⁶”

Infine, va sottolineato che è possibile riscontrare, all' interno delle diverse edizioni dell'Uomo delinquente, il proliferare di differenti tipologie delinquenziali, prova della mancanza di una legge universale del delinquente e dell' impossibilità di rinvenire una loro matrice comune; per questo motivo Lombroso, nelle edizioni della sua opera, per descrivere la pluralità di fattori causali riscontrati durante i suoi studi, aumenta vistosamente le “tipologie” di delinquenti rendendo, così, meno incisiva la tesi determinista iniziale.¹¹⁷

L' opera lombrosiana ebbe sicuramente il merito di concorrere al superamento della chiusura della scienza giuridica classica, riuscendo a fornire gli strumenti critici per contrastare ogni primazia assoluta della norma positiva, vista, a quel tempo, quale oggetto esclusivo della scienza penale.¹¹⁸

La “svolta lombrosiana”, ha quindi portato alcuni innegabili vantaggi nell'ambito della scienza penale: *in primis* è riuscita a teorizzare una “scienza penale integrata”, in grado di creare un dialogo fra conoscenze, elaborazioni giuridiche e osservazioni ed indagini empiriche¹¹⁹; *in secundis*, ha fatto palese la necessità di articolare le risposte sanzionatorie e trattamentali, a seconda della diversità dei comportamenti “anormali o devianti” differenziando pene o misure trattamentali e facendo quindi riferimento oltre che alle esigenze securitarie della collettività anche alla persona del destinatario.¹²⁰

¹¹⁴ D.VELO DALBRENTA, *L'idealtipo lombrosiano di delinquente*, in L. PICOTTI - F. ZANUSO (a cura di), *L'antropologia di Cesare Lombroso: dall'Ottocento al dibattito filosofico-penale contemporaneo, Atti del Convegno internazionale svoltosi in occasione del primo centenario della morte presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Verona (16-17 ottobre 2009)*, Napoli, 2011, p. 47.

¹¹⁵ C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie. Delinquente-nato e pazzo morale*, Torino, 1884, p. XIII.

¹¹⁶ D. VELO DALBRENTA, *L'idealtipo lombrosiano di delinquente* cit., p. 50.

¹¹⁷ L. PICOTTI, *Cesare Lombroso* cit., p.71.

¹¹⁸ L. PICOTTI, *Cesare Lombroso* cit., p.73.

¹¹⁹ Più ampiamente, P. NUVOLONE, *Natura e storia nella scienza del diritto penale*, in P. NUVOLONE, *Trent'anni di diritto e procedura penale, Opera Omnia*, I, Padova, 1969, p. 190 ss.

¹²⁰ Sul punto più ampiamente L. PICOTTI, *Cesare Lombroso*, cit., p. 73.

Lombroso tentò quindi di svincolarsi dal concetto di sanzione alla responsabilità morale, concentrandosi sulla difesa sociale; tentò anche di liberarsi del concetto di libero arbitrio, rivolgendo l'attenzione alla pericolosità del delinquente, da valutare tenendo conto del grado di partecipazione psichica al delitto e delle ragioni poste alla base del medesimo.

L' intento di Lombroso, di fatto, era stato quello di riuscire a teorizzare un nuovo "trattamento criminale", incentrato su misure di difesa sociale, capaci non tanto di trovare una "cura"¹²¹ al delitto già commesso ma piuttosto di "prevenirlo".

Questo differente modo di concepire il diritto penale, al di fuori di ogni forma di schema essenzialmente retributivo, dimostra la mancata adesione di Lombroso alla concezione classica del disvalore soggettivo dell'azione e, quindi, in ultima analisi, della colpevolezza intesa come disobbedienza moralmente riprovevole della norma penale.

Lombroso, in sostanza, ha teorizzato una forma di responsabilità oggettiva, nell'interesse della difesa sociale, indipendente dalla reale colpa del delinquente; una sorta di responsabilità senza colpa.¹²²

Il nuovo sistema giuridico formulato da Lombroso, quindi, era caratterizzato da norme basate non sulla pena, ma su una serie di misure di difesa sociale, non correlate al concetto di colpa.¹²³

Ciò non significa che Lombroso non riconoscesse, entro certi limiti, l'efficacia deterrente della pena come afflizione in uno schema di prevenzione, ma significa che ritenne la pena non un castigo per una disobbedienza colpevole, ma esclusivamente uno strumento per operare nel mondo delle cause naturali del delitto.¹²⁴

In sostanza quindi obiettivo principe di Lombroso era quello di introdurre un nuovo approccio al problema delinquenza, capace di sorvegliare ed arginare i comportamenti criminosi attraverso la prevenzione, anche attraverso l'integrazione sociale dei delinquenti, e non attraverso la repressione.

Ciò posto, pare necessario analizzare il contenuto del concetto di prevenzione nel pensiero di Lombroso: anzitutto una prevenzione in senso generale, da attuare attraverso i c.d. "sostitutivi

¹²¹ C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, 1876, cit. p. 202.

¹²² P. NUVOLONE, *Lombroso e il diritto penale*, in *Gius. pen.*, 1977, p. 4.

¹²³ A riguardo P. NUVOLONE, *Lombroso e il diritto penale*, cit., p. 3; P. NUVOLONE, *Natura e storia della scienza del diritto penale*, in P. NUVOLONE, *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Opera Omnia, I, Padova, 1969, p. 195, 204.

¹²⁴ Sul punto P. NUVOLONE, *Lombroso e il diritto penale* cit., p. 3, il quale esplicita che, nel pensiero lombrosiano, come in quello di altri rappresentanti della scuola positiva, il concetto di pena-afflizione non è scomparso completamente, al contrario infatti si ritrova anche con valutazioni severamente repressive.

penali”;¹²⁵ secondariamente, una prevenzione speciale di carattere negativo, da porre in essere attraverso la segregazione, anche perpetua dei criminali,¹²⁶ senza rifiutare, se pure in via di eccezione, la loro eliminazione fisica, e cioè la pena di morte.¹²⁷ Il diritto penale lombrosiano, quindi, si dimostra, nei confronti dei delinquenti classificati come pericolosi, non indulgente ed estremamente sensibile alle esigenze securitarie della collettività; il delinquente non può essere rimesso in libertà fin quando perdura la sua “temibilità”.

L’opera di Lombroso, inoltre, appare caratterizzata da un sistema penitenziario formulato per grandi classi tipologiche; scarsa attenzione, infatti, è rivolta alla personalità del singolo. Ciò inevitabilmente portò Lombroso stesso alla teorizzazione di un sistema giuridico penale non articolato e spesso sfociante in misure di sicurezza perpetue; l’esigenza del riesame della personalità del reo, infatti, è ancora lontana nel tempo.

A conclusione della suddetta analisi e per meglio comprendere il ruolo rilevante che la teoria lombrosiana ha avuto nell’evoluzione della scienza penale è necessario evidenziare come, con l’avvento di detta teoria, la persona del “reo”, intesa non come singolo individuo ma come individuo-tipo, è entrata nella dogmatica penalista. Essa si delinea non già come persona autrice di un determinato reato in un preciso momento storico, ma come possibile autrice di futuri reati, nei confronti della quale la società non deve applicare la pena adeguata all’offesa, ma prendere misure preventive idonee ad evitare le recidive.¹²⁸

Quanto appena detto appare il contributo più rilevante che Lombroso sia riuscito a fornire ai fini dell’evoluzione della legislazione penale; come dimostrato dall’acquisizione, nella stessa, dei concetti di “pericolosità”, di “capacità a delinquere”, di “misure di sicurezza” e di “misure di prevenzione”. Tuttavia, come già anticipato, è possibile rilevare limiti all’ interno delle teorie lombrosiane ed in particolare vi rientra quello di aver estremizzato le idee in esse contenute e le sue intuizioni. In particolare, a Lombroso si rivolge la critica di esser passato, precocemente e frettolosamente, dalla fase di formulazione generale delle ipotesi a quella di generalizzazione.

¹²⁵ I sostitutivi penali ossia istituzioni psichiatriche e criminologiche a margine della giustizia, con compiti di sorveglianza e prevenzione dei comportamenti “devianti”. P. NUVOLONE, *Lombroso e il diritto penale*, cit., p.3.

¹²⁶ Lombroso si dimostra a favore delle misure restrittive della libertà personale, la cui durata dovrebbe essere pensata in funzione preventiva per eliminare il pericolo di recidive. C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente* cit., p. 54.

¹²⁷ P. NUVOLONE, *Lombroso e il diritto penale* cit., p. 3.

¹²⁸ P. NUVOLONE, *Lombroso e il diritto penale*, cit., p. 6.

Parte della dottrina, infatti, evidenzia che nella teoria lombrosiana “*sembra che la fase dell’induzione*”¹²⁹ sia sostituita da un convulso affastellamento di dati.¹³⁰”

In altri termini, Lombroso non è sempre riuscito dimostrare la correttezza delle proprie ipotesi, in quanto alla raccolta di dati non faceva seguire, la verifica sperimentale degli stessi.

A ciò si aggiunga che, spesso, lo studioso ha trasportato materiali e dati da un contesto all’altro, generando ulteriori incoerenze e confusione; in particolare, ciò accade quando si tratta di far derivare suggerimenti di politica criminale dalle teorie elaborate e dai dati accumulati.¹³¹

Parte della dottrina, peraltro, ha affermato che non tutti i dati biologici posti da Lombroso alla base delle sue teorie sarebbero veritieri. In particolare si è fatto l’esempio del celebre caso dell’anomalia anatomica del contadino calabrese Vilella che aveva portato Lombroso a sostenere la sussistenza, in alcuni individui, di “*regressioni mostruose che avvicinano l’uomo ad animali inferiori*”.¹³² In letteratura, infatti, non è mancato chi ha affermato che il resoconto dell’autopsia del suddetto soggetto sarebbe colmo di contraddizioni riguardanti: le date, la forma del cranio ed i delitti commessi; alcuni azzardano a sostenere che il caso Vilella potrebbe addirittura essere stato inventato da Lombroso al fine di dimostrare a tutti i costi le proprie ipotesi.¹³³

Per concludere, tuttavia, non si può non evidenziare che le critiche illustrate in questo paragrafo riguardano principalmente, se non esclusivamente, l’approccio metodologico di Lombroso più che le sue intuizioni, alcune delle quali appaiono rilevanti e dimostrabili empiricamente.¹³⁴

7.3 Le neuroscienze e la rivalutazione del pensiero lombrosiano. — Negli ultimi anni è stata riscontrata una rinnovata attenzione per le radici biogenetiche dell’agire umano la quale ha trovato alimento nello sviluppo delle neuroscienze, che studiano il comportamento del cervello in tempo reale grazie a sofisticate tecniche di osservazione c.d. di *brain imaging*, osservandone l’andamento dell’irrigazione ematica e le variazioni biochimiche ed elettriche neurocorticali.¹³⁵

¹²⁹ Ossia la verifica sperimentale delle ipotesi.

¹³⁰ U. GATTI - A. VERDE, *Cesare Lombroso: una revisione critica*, cit., p. 78.

¹³¹ Più ampiamente U. GATTI - A. VERDE, *Cesare Lombroso: una revisione critica* cit., p. 84 ss.

¹³² C. LOMBROSO, *Della fossetta cerebellare* cit., p. 1060 ss.

¹³³ U. GATTI - A. VERDE, *Cesare Lombroso: una revisione critica* cit., p. 79.

¹³⁴ Talune recenti conclusioni scientifiche, di fatto, parrebbero dimostrare le intuizioni di Lombroso. Più ampiamente § successivo.

¹³⁵ P. MARTUCCI, *All’inizio era il male: determinismo biologico e destino nella criminologia di Cesare Lombroso*, in *Rass. it. crim.*, 2013, p. 53.

In ambito penalistico assumono particolare rilievo le indagini condotte sui difetti neurologici¹³⁶ in rapporto alla propensione all'aggressività e quelle sull'azione di determinate sostanze, neurotrasmettitori e neuromodulatori, che influenzano l'attività psichica del sistema limbico cerebrale e specialmente dell'amigdala, attraverso meccanismi bioelettrici, biochimici e neuroormonali che possono indurre o inibire agiti aggressivi.

Per quanto concerne le prime, il comportamento violento è stato associato a disfunzioni o lesioni nei lobi frontali e temporali, i cui esiti sono stati ampiamente documentati e che talvolta possono condurre a manifestazioni di discontrollo emotivo-comportamentale, determinate da un ridotto controllo degli impulsi ma anche da una sorta di deficit nella capacità di apprendere le norme sociali/morali. Le due zone di corteccia prefrontale,¹³⁷ sono state definite “*i veri direttori d'orchestra del nostro agire*”.¹³⁸

Riguardo all'azione dei neurotrasmettitori e dei neuromodulatori, è stato scoperto che squilibri di queste sostanze sono presenti in molti disturbi psichici significativi, fra i quali ansia, depressione, irritabilità, eccitazione e nelle conseguenti manifestazioni comportamentali.

Alcuni studi, ad esempio, hanno dimostrato che un basso livello di serotonina viene associato a caratteristiche impulsivo-aggressive in pazienti afflitti dai cosiddetti “disturbi di personalità”. In taluni soggetti, di fatto, la presenza di tratti violenti e dissociali verrebbe collegata alle particolari caratteristiche del loro sistema neurofisiologico.¹³⁹ Andando oltre le valenze che le neuroscienze possono o potranno avere nell'ambito della stretta interpretazione della criminogenesi in casi specifici e di possibili applicazioni trattamentali, la loro portata appare di rilevante importanza nell'ambito valutativo ed esplicativo del comportamento umano in generale e perciò anche di quello criminale o comunque deviante: di fatto gli studi sulla funzione sociale dei lobi frontali del cervello, ossia quello che viene definito il “cervello sociale”, stanno determinando la nascita di una “neuroscienza sociale”.¹⁴⁰ Inevitabilmente, la problematica in esame ha finito per investire il problema della natura della volontà e della stessa libertà dell'agire umano, suscitando vivaci discussioni fra filosofi e neuroscienziati.¹⁴¹

¹³⁶ Ricontrati durante lo sviluppo o acquisiti più tardi. A. BIANCHI, Neuroscienze e diritto: spiegare di più per comprendere meglio, in A. BIANCHI - G. GULOTTA - G. SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009, XIII, p. 321.

¹³⁷ lobo destro e lobo sinistro.

¹³⁸ A. CERETTI - L. NATALI, *Cosmologie violente. Percorsi di vite criminali*, Milano, 2009, p. 67.

¹³⁹ I. MERZAGORA BETSOS - G. PONTI, *Compendio di criminologia*, Milano, 2008, p. 219.

¹⁴⁰ P. MARTUCCI, *Neuroscienze e processo penale. Profili applicativi e giurisprudenziali*, Roma, 2015, p. 30.

¹⁴¹ I. MERZAGORA BETSOS, *De servo arbitrio, ovvero: le neuroscienze ci libereranno dal pesante fardello della libertà*, in *Rass. it. crim.*, 2011, p. 1, 7, 17.

Pertanto è emersa l'idea che lo stesso libero arbitrio sia probabilmente un'illusione soggettiva. Senza pretese di esaustività è bene precisare che, il dibattito in questione, investe l'interpretazione dei risultati di talune ricerche che ad opinione degli scienziati, definiti deterministi *hard* o neuroriduzionisti, considerano il libero arbitrio ed il suo carattere illusorio, in particolare secondo i predetti "la mente non sta "fuori" dal cervello ma è una sua creazione". In particolare come afferma Jill Bolte Taylor "ogni cosa di cui facciamo esperienza è un prodotto delle nostre cellule e dei circuiti che le collegano [...] tutti i miei pensieri non sono altro che effimere reazioni fisiologiche."¹⁴²

Quanto suddetto peraltro non escluderebbe uno spazio di libertà residuale, nel senso di potere frenare o alterare un comportamento prima che esso abbia conseguenze nefaste; pertanto sarebbe questa la base del "libero arbitrio neuroscientifico", i cui processi andrebbero tutti ricercati "dentro" il cervello.¹⁴³ Tale "sentimento" o "illusione" sarebbe probabilmente da concepire quale conseguenza di un adattamento evolutivo, diretto ai fini della sopravvivenza della specie.

Tornando all'ambito più strettamente penalistico, è corretto sottolineare che le implicazioni derivanti dalle ipotesi neuroscientifiche sono rilevanti anche per gli studiosi di criminologia, molti dei quali hanno, negli ultimi anni, riportato il valore dei momenti di libertà dell'individuo nella lettura dei percorsi di devianza.

In questo senso quindi è possibile sostenere che la richiamata visione neo darwiniana in qualche modo paradossalmente recupera il materialismo della prima criminologia positivista, con il suo modello biodeterminista delle azioni umane ed il conseguente rifiuto della triade responsabilità-colpa-retribuzione, in favore di un meccanismo di pura difesa sociale nei confronti dei delinquenti pericolosi, in ragione della loro natura piuttosto che della loro volontà.

Per concludere quindi è possibile affermare che, gli studi lombrosiani sono stati a lungo considerati fra i più efficaci, se non i più efficaci, precursori della natura biologicamente determinata dell'*homo criminalis*.

¹⁴² J. BOLTE TAYLOR, *My Stroke of Insight*, Usa, 2008; trad. it. *La scoperta del giardino della mente*, Milano, 2009, p. 172.

¹⁴³ M. COSTA, *Lombroso e le neuroscienze*. In *Cesare Lombroso cento anni dopo*, Torino, 2009, p. 361.

Capitolo II

LA PERICOLOSITA' SOCIALE : PROFILI NORMATIVI E CARATTERISTICHE DELL'ISTITUTO

1.1 Profili normativi della pericolosità sociale. — Al termine del predetto *excursus* di natura in parte storica ed in parte metodologica è bene prendere in considerazione la nozione normativa di pericolosità sociale.

La categoria della pericolosità sociale è stata recepita dal legislatore del '30 secondo l'elaborazione maturata nell'ambito del positivismo criminologico di fine ottocento ed essendo considerata presupposto soggettivo per l'applicazione di una misura di sicurezza, viene a consistere *“nella probabilità che un soggetto, a causa delle sue caratteristiche psichiche e/o dell'influenza esercitata dall' ambiente, commetta in futuro fatti di reato”*.¹⁴⁴

Così intensa la categoria della pericolosità sociale si discosta notevolmente dal concetto di colpevolezza, la quale presuppone una sufficiente signoria del soggetto sulle proprie azioni; infatti la pericolosità sociale dimostra l'attitudine dell'individuo a delinquere in modo obbligato.¹⁴⁵

Quanto sopra detto viene confermato dall' articolo 203 c.p. il quale disciplina che: *“Agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente, [vale a dire un reato o un quasi-reato, quest'ultimo previsto espressamente nelle due ipotesi di cui agli artt. 49 e 115], quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati”*.

Dalla lettura della norma si evince che il legislatore ha posto l'accento sulla probabilità della commissione di nuovi reati, non essendo sufficiente la mera possibilità di commetterne in futuro.

La pericolosità sociale inerisce quindi alla probabilità che il soggetto commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati, della stessa o di indole diversa; non è sufficiente, quindi, che il soggetto tenga o si possa prevedere che continui a tenere una condotta immorale, o in alternativa irregolare, ma penalmente lecita.¹⁴⁶

¹⁴⁴ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 825.

¹⁴⁵ C.FIORE - S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, Torino, 2016, p. 700.

¹⁴⁶ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, III, V ed. agg. da P. NUVOLONE - G. D. PISAPIA, Torino, 1981, p. 261.

Detta probabilità non si identifica con il semplice sospetto, perché questo è fondato su un giudizio prevalentemente soggettivo mentre la probabilità è indotta da elementi esterni, accertati e controllabili.¹⁴⁷

In merito, la Cassazione con sentenza 5 giugno 1990 n.9572¹⁴⁸ ha precisato che la pericolosità sociale altro non è che una qualità, un modo di essere del soggetto, da cui si deduce la probabilità che egli commetta nuovi reati; secondo la tesi in oggetto, la pericolosità si presenta come uno *status*, una prerogativa, o più esattamente, come quella nota caratterizzante in modo del tutto indipendente quel soggetto che, anche al di fuori del fatto di reato, storicamente determinato, manifesti nella sua personalità qualità tali da far ritenere non solo possibile, ma molto probabile per l'avvenire la sua ricaduta nel reato.¹⁴⁹

Vi sono stati però anche autori, che hanno definito la pericolosità facendo riferimento non solo alle condizioni soggettive ma anche a quelle oggettive, *“sotto l'azione delle quali è probabile che un individuo commetta un fatto socialmente dannoso o pericoloso”*.¹⁵⁰

E' bene sottolineare che la nozione di pericolosità sociale deve essere distinta da quella di capacità criminale, che è presente sempre, in maniera differente a seconda del caso, proprio per il fatto che il soggetto ha già commesso il reato.

La pericolosità sociale, per questo motivo, deve essere concepita in una relazione di specie a genere rispetto alla capacità criminale.

Se infatti la capacità criminale esprime la possibilità di commettere illeciti penali, invece la pericolosità, come affermato, equivale alla probabilità;¹⁵¹ in breve quindi il rapporto che intercorre tra capacità criminale e pericolosità sociale è il medesimo che si pone fra la possibilità e probabilità di commissione di un nuovo reato,¹⁵² poiché la semplice possibilità di

¹⁴⁷ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 261.

¹⁴⁸ Cass., sez., II, 5 giugno 1990, Aresu, in *Cass. Pen.*, 1990, II, p.150; la quale ha dichiarato che: *“La pericolosità è una qualità, un modo di essere del soggetto, da cui si deduce la probabilità che egli commetta nuovi reati. Essa si differenzia dalla capacità criminale, che esiste sempre in misura più o meno accentuata, per il fatto stesso che il soggetto ha già commesso il reato e costituisce quindi una attitudine soggettiva alla commissione dei reati stessi. La capacità criminale è quindi il genus e la pericolosità la species, poichè la prima è solo possibilità, mentre la seconda è probabilità di compiere illeciti penali. La pericolosità coincide solo con la dimensione prognostico – preventiva della capacità criminale ma non con quella etico – retributiva della medesima”*.

¹⁴⁹ A. MICONI TONELLI, voce *Pericolosità sociale* cit., p. 2; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, cit., p. 569, il quale ritiene che la pericolosità sia la notevole propensione di una persona a commettere un reato; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 261, il quale sostiene che il pericolo che riguarda il giudizio di pericolosità sociale: *“è uno stato soggettivo, e non una situazione obiettiva”*;

¹⁵⁰ B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, p. 47.

¹⁵¹ Cass., sez., II, 5 giugno 1990, Aresu, in *Cass. Pen.*, 1990, II, p. 160.

¹⁵² P. PITTARO, *Leggendo oggi la disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. XXI sec.*, X, 2, 2011 p. 360.

commissione di un nuovo reato non permette di formulare un giudizio di previsione sulla ripetizione di fatti antiggiuridici, diversamente dal caso in cui essa diventi probabilità.¹⁵³

Nonostante quanto appena affermato, vi sono stati autori che hanno affermato la tesi dell'equivalenza effettiva tra pericolosità sociale e capacità a delinquere.¹⁵⁴

Peraltro, nel vasto ambito della pericolosità sociale è possibile operare una distinzione tra pericolosità sociale comune o cognitiva, di cui al combinato disposto degli artt. 133, 203 c.p. e pericolosità sociale speciale o qualificata, da accertare solo nei confronti dei soggetti imputabili, appartenenti a specifiche categorie tipologiche di comportamenti criminali, con la conseguenza di applicare in aggiunta alla pena, la misura di sicurezza.¹⁵⁵

In queste specifiche categorie si riscontrano la pericolosità minorile, riformulata dall'articolo 37, secondo comma., d.P.R. 448/1988, la cui sussistenza deve essere verificata dal giudice mediante il "*concreto pericolo a che il ragazzo commetta nuovi delitti con le armi o altri mezzi di violenza personale o diretti contro la sicurezza collettiva o l'ordine costituzionale oppure gravi delitti di criminalità organizzata;*"¹⁵⁶ la pericolosità penitenziaria, prevista dall'articolo 14 bis ord. penit., quale presupposto per l'applicazione del regime di sorveglianza speciale, e con particolare riguardo la pericolosità esecutiva, relativa invece all'esecuzione della pena, quale presupposto per la concessione di benefici penitenziari, come, ad esempio nell'ipotesi dell'articolo 47, secondo comma, ord. penit., che disciplina l'ammissibilità dell'affidamento in prova al servizio sociale, nei casi in cui si assicuri la prevenzione del pericolo che il reo commetta altri reati.¹⁵⁷

Oggi la dottrina è pressochè concorde nel ritenere la pericolosità sociale quale risultato di un giudizio prognostico effettuato dal giudice circa la probabilità di ricaduta nel delitto.

Nel nostro ordinamento, quale base della prognosi, il giudice è tenuto *ex* articolo 203 c.p. ad utilizzare gli indici offerti dall' articolo 133 c.p.¹⁵⁸

¹⁵³ A. MICONI TONELLI, voce *Pericolosità sociale* cit., p. 4 ss.

¹⁵⁴ F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Milano, 1947, p. 170 ss., rispetto all' argomento in esame, i fatti ritenuti attinenti alla pericolosità sono solamente quelli che riguardano il vaglio della capacità a delinquere.

¹⁵⁵ V. MORMANDO, sub art. 203, in *Commentario al codice penale*, G. MARINI - M. LA MONICA, L. MAZZA (diretto da), Torino, 2002, p. 1101, che sottolinea, per di più, che un' ulteriore differenziazione potrebbe essere quella tra pericolosità soggettiva e oggettiva: la prima attiene al soggetto e legittima in via generale la sua assoggettabilità alle misure di sicurezza; la seconda, invece, si riferirebbe alla pericolosità, rispetto all'uso che ne può essere fatto, di determinate cose e giustificerebbe, per tal motivo, l'applicazione di sanzioni di sicurezza ablativa.

¹⁵⁶ Più ampiamente F. ZAVATARELLI, *Le misure di sicurezza per i minorenni*, in Cass. pen., I, 2004, p. 288 ss.

¹⁵⁷ Nel dettaglio delle classificazioni, A. CALABRIA, voce «*Pericolosità sociale*», in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 467, 468.

¹⁵⁸ *Infra* cap. 2 § 5.

1.2 L'accertamento della pericolosità sociale: le principali criticità. — Come anticipato nel paragrafo precedente, l'articolo 203 c.p. con l'inciso "*quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati*" afferma, chiaramente, che la pericolosità sociale viene considerata come probabilità che in futuro vengano commessi nuovi reati.

Il criterio di accertamento in esame, impegna quindi il giudice in un giudizio di prognosi colmo di incertezze, poiché sembrerebbe, in questo modo, dover "predire" il futuro comportamento criminale del reo.

Il problema a fondamento della prognosi criminale, ovverosia del giudizio finalizzato a comprendere se il reo commetterà o meno nuovi reati, si caratterizza per la sua evanescenza poiché si basa sostanzialmente su parametri intuitivi rimessi all'equo apprezzamento del giudice.¹⁵⁹ Di fatto la base su cui si fonda la valutazione del giudice, deve essere orientata dagli indici indicati all'articolo 133 c.p., che distingue criteri diretti a verificare la gravità del reato e criteri volti ad individuare la capacità a delinquere del reo.

I parametri contenuti nell' articolo 133 c.p. portano a sottolineare l'evanescenza del concetto di pericolosità sociale, poiché tendono a considerare maggiormente il soggetto rispetto al fatto di reato, portando a valutare la sua responsabilità non tanto per la commissione del fatto stesso quanto più per la condotta di vita.¹⁶⁰ Tali indici, fra cui: i precedenti penali e giudiziari del reo, il carattere del reo, la sua condotta di vita, le condizioni familiari e sociali, sembrano rievocare concetti propri del positivismo criminologico, i quali hanno orientato le scelte legislative del codice Rocco.¹⁶¹

Concludendo è possibile dunque affermare che il giudizio sulla pericolosità sociale risulta essere esclusivamente soggettivo e la prognosi riguardo la capacità a delinquere, essendo frutto dell'equo apprezzamento del giudice, sembrerebbe pressochè inaffidabile poiché non sorretta da sufficienti elementi di falsificabilità.

1.3 Pericolosità sociale: un concetto in crisi?. — Sulla base di quanto affermato nel paragrafo precedente, è possibile sostenere che l'ordinamento positivo si trovi di fronte la crisi del concetto di pericolosità sociale.

Preliminarmente è necessario chiarire cosa si intenda per crisi della pericolosità sociale, riferendosi per l'appunto, alla "categoria concettuale", al suo significato, alla sua attendibilità

¹⁵⁹ E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, cit., p. 191 ss; P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 631.

¹⁶⁰ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2008, p. 55 ss.

¹⁶¹ A. MANLIVERI, voce *Capacità a delinquere*, in *Enc. dir.* VI, Milano, 1960, p. 118.

scientifico e anche ai metodi del suo accertamento, non riferendosi invece al suo utilizzo legislativo poiché, sotto tale profilo, la pericolosità sociale sembra godere di ottima salute, giacché la sua presenza nella legislazione positiva, è stata ulteriormente ampliata da talune recenti scelte di politica-criminale.

Nonostante quanto appena affermato, si ravvisano oscillazioni tra posizioni storiche di chi, sulla base delle scienze antropologiche, ritiene di poter accertare, scientificamente, tale categoria utilizzando la perizia criminologica; e chi invece auspica per una radicale abolizione del concetto.

Posizione intermedia invece è sostenuta da chi ritiene che *“se in nome della pericolosità non è possibile rinunciare all’idea della responsabilità, non è neppure più possibile in nome della responsabilità rinunciare alla categoria della pericolosità”*.¹⁶² Secondo questa teoria, l’eliminazione della pericolosità sociale comporterebbe un pericolo per i vuoti di difesa sociale che si verrebbero a creare. Proprio a causa di siffatte motivazioni, non è possibile condividere l’idea che esista un delinquente pericolosamente innato, piuttosto che una pericolosità solo eventuale.

Il problema maggiormente rilevante riguardo al concetto di pericolosità sociale rimane quello relativo all’individuazione di una base di tipo scientifico nella capacità a delinquere del reo.¹⁶³

Di solito nel momento in cui il giudice ordina una perizia psichiatrica, la sua finalità è quella di determinare la sussistenza della capacità di intendere e di volere dell’imputato per permettergli di partecipare coscientemente al processo penale; stabilire, se al momento in cui è stato commesso il fatto, sussisteva tale capacità e per determinare infine la pericolosità sociale.

I profili maggiormente spinosi riguardano proprio il rapporto fra l’accertamento della pericolosità sociale e la perizia; di cui verrà dato un accenno in questa sede per rimandare più ampiamente a cap. 3 § 9 ss.

In primis viene contestato il fatto che un giudizio fondato sui fatti e di esclusiva spettanza del giudice, slitti, invece, in capo ad un perito ossia al medico, che così facendo diviene titolare di un potere normativo, in un contesto, che propriamente non gli appartiene.¹⁶⁴

¹⁶² F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., p. 679.

¹⁶³ T. PADOVANI, *La pericolosità sociale sotto il profilo giuridico*, in F. FERRACUTI, *Trattato di criminologia, Medicina Criminologica e Psichiatrica Forense*, vol. XIII, Milano, 1990, p. 318 ss; G. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, cit. p. 663 ss.

¹⁶⁴ G. PONTI - I. MERZAGORA BETSOS, *Psichiatria e giustizia*, Milano, 1993, in cui viene dichiarato che una parte della stessa psichiatria forense si è posta in modo rinunciatario, invitando a potersi esimere dal fornire al giudice simili pareri, al fine di prevenire passivi coinvolgimenti in un ruolo inadatto di legittimazione delle esigenze di controllo e di difesa sociale condivise dal sistema penale.

Non solo, oltre a quanto suddetto, come afferma autorevole dottrina “*mancherebbero, in particolare, procedure standardizzate, indispensabili per consentire quel controllo di affidabilità dall'esterno necessario per far assurgere la perizia psichiatrica al rango di prova scientifica*”.¹⁶⁵

Sulla base di queste considerazioni, valutare la pericolosità sociale, ponendo alla base di tale disamina solamente perizia psichiatrica, apparirebbe in un certo qual modo riduttivo.

Il moderno sapere scientifico, invero, pone alla base dei disturbi psichici varietà di fattori, non solo di natura biologica, ma anche di tipo extrabiologico, e quindi psicologici, situazionali, socioculturali e transculturali.¹⁶⁶

Probabilmente il problema più evidente della pericolosità sociale si riscontra nel fatto che essa è una categoria prettamente giuridica formulata sulla base dei presupposti indicati dagli articoli 203 e 133 c.p.

Per altro è necessario precisare, che la categoria della pericolosità sociale, concepita in psichiatria è, differente rispetto a quella intesa in senso giuridico. Per questo motivo, se il giudice per determinare la pericolosità sociale richiede una perizia psichiatrica, non di rado il perito incontrerà diverse difficoltà dovendo basare la propria analisi su categorie giuridiche e non cliniche.

In altri termini quindi non è possibile formulare previsioni se non di tipo statistico. In tal senso quindi gli indici disciplinati all'articolo 133 c.p. risulterebbero a tal fine inadeguati.

Invero molto studiosi fra cui ad esempio Ugo Fornari, sostengono l'assenza di un fondamento scientifico della pericolosità sociale quale prognosi criminale.

Per questo motivo Fornari ritiene, invece siano di rilevante importanza i fattori interni ed esterni atti a rilevare la categoria in esame da un punto non strettamente giuridico ma medico-psichiatrico.

Fra i fattori interni rientrerebbero quelli verificabili tramite una diagnosi e a titolo esemplificativo possono enumerarsi: la persistenza dei sintomi che si sono rivelati determinati per diagnosticare la malattia alla luce del reato; l'assenza di consapevolezza della malattia; il rifiuto o l'avversione per le terapie prescritte, idonee da un punto di vista medico ed infine l'eventuale progressione dei disturbi psicopatologici. I fattori esterni invece, certamente più importanti rispetto a quelli interni, denotano la capacità dell'individuo a risocializzare.

¹⁶⁵ M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile “pericoloso”*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 7 ss.

¹⁶⁶ U. FORNARI, *Temperamento, delitto e follia*, in *Riv .it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 521 ss.

Fra i suddetti vi rientrano: le caratteristiche dell'ambiente familiare e sociale di riferimento; l'esistenza e l'competenza dei servizi psichiatrici della zona in cui il soggetto si trova; la possibilità di reinserimento lavorativo; il grado di accettazione del rientro del soggetto nel contesto sociale di appartenenza ed infine le alternative di sistemazione logistica.¹⁶⁷

È perciò riscontrabile, a seguito delle predette osservazioni, la discrasia emergente, ai fini dell'accertamento della pericolosità sociale, fra i presupposti medico-scientifici e quelli giuridici.

Le maggiori difficoltà vengono rilevate dal giudice nel far coincidere le categorie medico-scientifiche a quelle giuridiche, ed esse sono evidenti ogni volta che, sottoposta a valutazione è l'imputabilità del soggetto tramite la perizia.

A tal proposito taluni specialisti propongono di abbandonare il riferimento alla capacità di intendere e di volere, per meglio evitare fuorvianti sconfinamenti nella metafisica, proponendo perciò di rinunciare a definire l'imputabilità in positivo, posto che questo consiste in un complesso di funzioni mentali impossibile da inquadrare in un paradigma di riferimento concretamente utilizzabile.¹⁶⁸

Tralasciando le considerazioni in materia di imputabilità,¹⁶⁹ ciò che risulta ancora di notevole complessità, è rilevare la sussistenza della pericolosità sociale mediante l'utilizzo della sola perizia psichiatrica.

Concludendo quindi, sulla scia delle precedenti considerazioni, il giudizio di pericolosità, appare largamente indeterminato e a dispetto di ciò, secondo alcuni, in giurisprudenza ne è stato fatto un utilizzo spropositato.¹⁷⁰ Oltre a quanto appena affermato possono essere riscontrati ulteriori profili critici di tale categoria, sicuramente nel fatto che la valutazione criminale, si fonda su fatti già accaduti e pienamente verificatisi, per identificare la possibilità di ricaduta nel reato rispetto a taluni eventi, che empiricamente si devono ancora verificare. In questo modo la pericolosità sociale diventa una "finzione giuridica".¹⁷¹

¹⁶⁷ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2018, p. 148 ss.

¹⁶⁸ M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, in www.penale.contemporaneo.it; V. ADREOLI, *La perizia psichiatrica*, in *Quaderni italiani di psichiatria*, XXI. p. 5, 11, 2005, il quale chiarisce che non c'è psichiatra al mondo che distingua nel paziente, da una parte, l'intendere e, dall'altra, il volere, per cui quando è chiamato per una perizia chiede sempre la riformulazione del quesito con un ampliamento della premessa che lo investa anche della valutazione della personalità del soggetto, tenuto conto delle condizioni ambientali in cui vive e in cui ha agito.

¹⁶⁹ A cui si rimanda più ampiamente in cap. 5 § 5.

¹⁷⁰ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, cit., p. 107 ss.

¹⁷¹ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione*, Padova, 2001, p. 201 ss.

Senza pretese di esaustività è bene considerare anche la posizione di chi sostiene il metodo c.d. per punti,¹⁷² ossia un criterio che ha come base gli studi di settore.

Il metodo in esame si fonda su un procedimento statistico con cui si cerca di calcolare, ponendo a fondamento un calcolo probabilistico, quale potrà essere il comportamento futuro del delinquente secondo esperienze comportamentali costanti.

Tuttavia, nel momento in cui si effettua una prognosi del comportamento umano, come nel caso della pericolosità sociale, non è sempre possibile arrivare ad unico risultato.

Quanto appena detto, si evince dal fatto che i comportamenti umani sono determinati da diverse variabili, fra cui quelle sociali, culturali, personali, per cui risulta arduo stabilire dati statistici di riferimento uguali per tutti.¹⁷³

Inoltre, il giudice, al fine di verificare la pericolosità, utilizzando tale sistema, dovrebbe servirsi di una *team* di esperti operanti in disparati ambiti (fra cui quello psichiatrico, psicologico, sociale e statistico), e ciò comporterebbe un aumento dei costi delle perizie.¹⁷⁴

Verosimilmente quindi, è questa la ragione per cui, nella pratica forense, ai fini della determinazione della pericolosità sociale, il giudizio venga unicamente demandato al giudice.¹⁷⁵

2. Le principali tipologie di pericolosità sociale. — Il legislatore ha previsto alcuni tipi di legali di pericolosità sociale “specifici” fra cui il delinquente professionale, abituale e per tendenza.¹⁷⁶

Questi tre tipi criminologici corrispondono, a soggetti imputabili ed al contempo pericolosi socialmente, nei loro confronti quindi la misura di sicurezza è applicabile in aggiunta alla pena. Nella originaria disciplina codicistica, le suddette forme di pericolosità sociale specifica erano, a seconda dei casi, presunte da legge oppure accertabili in concreto dal giudice. Precisando che, a seguito dell’emanazione della l. n. 663/86, anche la pericolosità sociale dei soggetti in questione deve essere accertata dal giudice.¹⁷⁷

¹⁷² E. MUSCO, *La misura di sicurezza*, cit., p. 193 s.; P. NUVOLONE, *L'accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione*, in AA.VV., *Pene e misure di sicurezza. Modificabilità e suoi limiti.*, Milano, 1962, p. 35 ss.

¹⁷³ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione*, cit., p. 121.

¹⁷⁴ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., p. 112.

¹⁷⁵ E. MUSCO, *La misura di sicurezza*, cit., p. 192 ss.; G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine controllo penale*, Milano, 2000, p. 20 ss.; L. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1993, p. 619 ss.

¹⁷⁶ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 829.

¹⁷⁷ La dichiarazione di abitualità, professionalità o tendenza a delinquere ha un effetto principale, ossia, l'applicazione di una misura di sicurezza e un aumento di pena, se del caso, connesso alla recidiva ed i seguenti effetti secondari: interdizione perpetua da pubblici uffici; inapplicabilità dell'amnistia e dell'indulto, se il decreto

Considerati dal punto di vista criminologico, tutti e tre i tipi di soggetti pericolosi summenzionati, risultano oggi anacronistici e discutibili.

2.1 Il delinquente abituale. — Il tipo legale di delinquente abituale è descritto dal legislatore sulla base della legge dell'esperienza, secondo cui la ripetizione di un comportamento, attenua sempre più i freni inibitori e rende perciò più facile la commissione dei reati.¹⁷⁸

In particolare il genere abitualità nel reato si distingue in due specie: abitualità presunta dalla legge abitualità ritenuta dal giudice¹⁷⁹, a sua volta suddivisibile in due sottospecie quali l'abitualità ritenuta dal giudice nei delitti e l'abitualità ritenuta dal giudice nelle contravvenzioni.

Requisito comune a tutte le suddette forme di abitualità è la presenza di un reo condannato per più reati, che si trovino in determinati rapporti tra loro; tuttavia la condanna per più reati non necessita di essere compresa in sentenze differenti, poiché a norma dell'articolo 107 c.p.: *“Le disposizioni relative alla dichiarazione di abitualità (...) nel reato si applicano anche se, per i vari reati, è pronunciata condanna con una sola sentenza”*.

Per la predetta dichiarazione, inoltre, si tiene conto anche delle condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena, ad eccezione delle ipotesi in cui tale causa estingua anche gli effetti penali.¹⁸⁰

Si precisa inoltre che le diverse norme stabilite in tema di abitualità nel reato indicano ulteriori requisiti, rispetto alla condanna per più reati, che operano da elementi di determinazione delle varie specie.¹⁸¹

Proseguendo riguardo al concetto di abitualità presunta dalla legge, la quale è disciplinata dall'articolo 102 c.p., secondo cui: *“È dichiarato delinquente abituale chi, dopo essere stato condannato alla reclusione in misura superiore complessivamente a cinque anni per tre delitti non colposi, della stessa indole, commessi entro dieci anni, e non contestualmente, riporta*

non dispone altrimenti; divieto di concessione della sospensione condizionale della pena e del perdono giudiziale; esclusione della prescrizione della pena per i delitti e raddoppio del termine di prescrizione delle pene per contravvenzioni; raddoppio del termine necessario per ottenere la riabilitazione. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, V ed., Molfetta, 2017, p. 1398.

¹⁷⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 830.

¹⁷⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*.

¹⁸⁰ Sul punto R. SESSO, *Abitualità nel reato*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, cit., p. 118, il quale afferma che ai fini dell'art. 106 c.p. intervengono solo quelle cause di estinzione del reato conciliabili con la sentenza di condanna (condanna condizionale).

¹⁸¹ R. SESSO, *Abitualità nel reato*, cit., p. 117, sottolinea che *il concetto di condanna implicito in tale requisito è da intendersi in relazione a sentenza con cui si applica la pena in senso stretto e non anche in relazione a sentenza con cui si applica la misura di sicurezza*”. L' autore, precisa perciò, che l'abitualità un è istituto applicabile solamente nei confronti dei rei imputabili ed in relazione a reati commessi da questi poiché soggetti imputabili.

un'altra condanna per un delitto, non colposo, della stessa indole, e commesso entro dieci anni successivi all'ultimo dei delitti precedenti”.

Dalla lettura della norma si evince che ai fini della dichiarazione di abitualità nel reato presunta dalla legge è necessario che il reo sia stato condannato per quattro delitti, tentati o consumati, non colposi, siano essi dolosi o preterintenzionali, tra i quali intercorra il seguente rapporto: deve trattarsi di delitti della stessa indole.¹⁸²

Detta nozione è ricavabile dall'articolo 101 c.p., a norma del quale: *“Agli effetti della legge penale, sono considerati reati della stessa indole non soltanto quelli che violano una stessa disposizione di legge, ma anche quelli che, pur essendo preveduti da disposizioni diverse di questo codice ovvero da leggi diverse, nondimeno, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono, presentano, nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni”*; tra i quattro reati non deve esservi rapporto di contestualità, cioè non deve trattarsi di delitti che diano luogo a concorso formale omogeneo o eterogeneo; i primi tre delitti devono essere commessi dal reo entro il termine di dieci anni ed il quarto delitto deve essere commesso entro il termine di ulteriori dieci anni, decorrenti dall'ultimo dei precedenti tre delitti.

A norma del secondo comma dell'art. 102 c.p. per la determinazione dei termini *“non si computa il tempo in cui il condannato ha scontato pene detentive o è stato sottoposto a misure di sicurezza detentive”*; per i primi tre delitti deve essere stata inflitta la pena della reclusione in misura complessivamente superiore a cinque anni. Al riguardo in giurisprudenza si è precisato che: *“In tema di valutazione dei precedenti per la dichiarazione di abitualità presunta, quando le condanne precedenti al nuovo delitto sono più di tre basta che la pena complessiva di oltre cinque anni di reclusione per delitti non colposi della stessa indole risulti da tutte le condanne e non da tre sole; l'espressione contenuta nell'art. 102 c.p. non indica infatti un numero fisso, ossia non minore né maggiore di tre, ma un numero minimo, cioè uguale o maggiore di tre”*.¹⁸³

In conclusione, stando alla lettura dell'articolo 102 c.p., il giudice per dichiarare l'abitualità nel reato dovrebbe semplicemente accertare i suddetti elementi, necessari e sufficienti, tassativamente individuati dal legislatore, senza procedere a nessun tipo di ulteriore valutazione; in realtà, però, a seguito dell'abrogazione dell'articolo 204 c.p. il giudice, ritenuti

¹⁸² R. SESSO, *Abitualità nel reato*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p.118, secondo cui per reati della stessa indole sono da considerare, quei reati che mostrano una stessa specifica capacità criminale dell'agente.

¹⁸³ Cass., sez. II., 11 maggio 1986, n. 8781, in *De jure*.

sussistenti i predetti elementi, deve procedere, al fine della dichiarazione di abitudine nel reato, all'accertamento in concreto della pericolosità sociale del colpevole.

Con riguardo poi alla nozione di abitudine ritenuta dal giudice, essa è disciplinata dall'articolo 103 c.p., per quanto concerne la sottospecie di abitudine ritenuta dal giudice nei delitti, mentre dall'articolo 104 c.p., per la sottospecie di abitudine ritenuta dal giudice nelle contravvenzioni. La tipologia di abitudine nel reato in parola, antecedentemente all'abrogazione dell'articolo 204 c.p., presentava importanti differenze rispetto alla specie dell'abitudine pronunciata ex articolo 102 c.p.; nelle ipotesi in esame, infatti, il giudice, al fine di ritenere sussistente, nel caso concreto, l'abitudine nel reato, non poteva limitarsi all'accertamento dell'esistenza delle condizioni, richieste dal legislatore, ma doveva compiere una ulteriore valutazione discrezionale, tesa ad accertare la dedizione al reato del colpevole.

L'articolo 103 c.p., infatti, stabilisce che: *“Fuori del caso indicato nell'articolo precedente, la dichiarazione di abitudine nel delitto è pronunciata anche contro chi, dopo essere stato condannato per due delitti non colposi, riporta un'altra condanna per delitto non colposo, se il giudice, tenuto conto della specie e gravità dei reati, del tempo entro il quale sono stati commessi, della condotta e del genere di vita del colpevole e delle altre circostanze indicate nel capoverso dell'art. 133, ritiene che il colpevole sia dedito al delitto”*. L'articolo 104 c.p., invece, stabilisce che: *“Chi, dopo essere stato condannato alla pena dell'arresto per tre contravvenzioni della stessa indole, riporta condanna per un'altra contravvenzione, anche della stessa indole, è dichiarato contravventore abituale, se il giudice, tenuto conto della specie e gravità dei reati, del tempo entro il quale sono stati commessi, della condotta e del genere di vita del colpevole e delle altre circostanze indicate nel capoverso dell'art. 133, ritiene che il colpevole sia dedito al reato”*.

Dalla lettura delle suddette norme si evince che la differenza sussistente tra le due sottospecie dell'abitudine ritenuta dal giudice riguarda esclusivamente gli elementi necessari, ma non sufficienti, che il giudice deve accertare prima di procedere alla ulteriore valutazione discrezionale richiesta dalla legge (condanna per tre delitti non colposi, nel primo caso, e condanna per quattro contravvenzioni della stessa indole punite con arresto, nel secondo caso); in entrambi i casi, infatti, il giudice, accertata la sussistenza degli elementi necessari ma non sufficienti, deve procedere ad un'indagine ulteriore volta all'accertamento della dedizione al reato del colpevole, basandosi su elementi comuni ad entrambe le norme citate.

I parametri su cui deve essere formulata la valutazione discrezionale del giudice sono quelli indicati nell'articolo 133 c.p. ossia quelli relativi alla pericolosità criminale; se è vero, infatti, che gli articoli 103 e 104 c.p. si riferiscono espressamente solo al capoverso dell'articolo 133 c.p. (capacità a delinquere) e anche vero che gli altri elementi, cui tali norme fanno riferimento (specie e gravità dei reati, tempo entro il quale sono stati commessi), ai fini della valutazione, si identificano sostanzialmente con quelli indicati dall'articolo 133, comma primo, c.p.¹⁸⁴

E' possibile affermare, quindi, sia l'articolo 103 c.p. che l'articolo 104 c.p. richiedono al giudice un giudizio prognostico di probabile ricaduta nel reato del reo.

Ciò detto, si sottolinea che la differenza sussistente tra l'articolo 102 c.p. e gli articoli 103 e 104 c.p. si è, poi, fortemente ridimensionata con l'emanazione della legge n. 663 del 10 ottobre 1986 (c.d. legge Gozzini) e la conseguente abrogazione dell'articolo 204 c.p.; infatti con tale fondamentale novità legislativa anche nel caso dell'articolo 102 c.p. l'abitualità nel reato può essere dichiarata previa verifica della concreta pericolosità sociale del colpevole.

Inoltre la declaratoria di abitualità nel delitto di cui all'articolo 103 c.p. , da cui deriva l'applicazione o la prosecuzione di una misura di sicurezza, può intervenire anche nei confronti di soggetti che si trovano in uno stato di espiazione di una pena detentiva, essendo, peraltro, necessaria una rigorosa verifica, da parte del Magistrato di sorveglianza, della pericolosità sociale del soggetto detenuto, anche tenendo conto della lontananza nel tempo della data di scadenza della pena detentiva.¹⁸⁵

Infine secondo una recentissima pronuncia della Suprema Corte, la declaratoria di abitualità nel delitto, da cui deriva l'applicazione o la prosecuzione di una misura di sicurezza, richiede la contemporanea sussistenza tanto dei presupposti indicati dall' articolo 102 c.p. quanto della attuale e concreta pericolosità sociale del soggetto, ai sensi degli articoli 133 e 203 dello stesso codice.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Più ampiamente R. SESSO, *Abitualità nel reato*, cit., p. 116; in tal senso l'elencazione fatta dall'art. 103 c.p. è da reputare tassativa.

¹⁸⁵ Cass., sez. I, 4 maggio 2016, n. 25217, in *C.e.d.*, 2016; In applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione di rigetto della richiesta di dichiarazione di delinquenza abituale, rilevando che la notevole lontananza nel tempo della scadenza del titolo esecutivo non consentiva - avuto riguardo alla personalità del condannato e alle emergenze concrete - di formulare un giudizio di attualità della pericolosità sociale

¹⁸⁶ Cass., sez. I, 17 settembre 2018, n. 49976, in *Dejure*, 2019. In particolare, fattispecie in cui la Corte ha dichiarato inammissibile, per mancata indicazione degli elementi da cui desumere la pericolosità sociale attuale del condannato, il ricorso del pubblico ministero contro la decisione di rigetto della richiesta di dichiarazione di delinquenza abituale, fondata sul rilievo che la notevole lontananza nel tempo della scadenza del titolo esecutivo non consentiva di formulare un giudizio di attualità della pericolosità sociale.

2.2 Il delinquente professionale. — Ugualmente all’abitualità criminosa, la professionalità nel reato rientra fra le ipotesi di pericolosità sociale qualificata.

Di fatto l’articolo 105 c.p. disciplina che: “*Chi, trovandosi nelle condizioni richieste per la dichiarazione di abitualità, riporta condanna per un altro reato, (...) qualora, avuto riguardo alla natura dei reati, alla condotta e al genere di vita del colpevole e alle altre circostanze indicate nel capoverso dell’art. 133, debba ritenersi che egli viva abitualmente, anche in parte soltanto, dei proventi del reato*”.

L’articolo summenzionato quindi, stabilisce che l’autore di un nuovo reato può essere dichiarato delinquente o contravventore professionale soltanto se si trovi già nelle condizioni di poter essere qualificato delinquente o contravventore abituale.¹⁸⁷

Da ciò ne viene che, quanto l’abitualità nel reato, tanto la professionalità può essere dichiarata solamente nei confronti di soggetti socialmente pericolosi; a seguito dell’abrogazione dell’articolo 204 c.p., infatti, non è consentito il permanere di uno *status* di delinquenza qualificata in caso di insussistenza di una concreta pericolosità sociale del colpevole.

In altre termini, potendo essere dichiarato delinquente o contravventore abituale unicamente un soggetto ritenuto, sulla base dell’articolo 133 c.p., socialmente pericoloso, ne consegue che la dichiarazione di professionalità nel reato, che contiene quella di abitualità, possa essere disposta, a sua volta, esclusivamente nei confronti di soggetti concretamente socialmente pericolosi.

I delinquenti o i contravventori professionali, peraltro, presentano una carica di pericolosità più intensa rispetto ai delinquenti o contravventori abituali, rilevabile non soltanto dal fatto che il delinquente professionale vive con i proventi del reato, condizione che aumenta il pericolo di recidiva destando maggiore allarme sociale, ma anche da una più insistita ripetizione di quest’ultimo nel reato.¹⁸⁸

Il giudizio di professionalità non deve essere necessariamente preceduto da una formale dichiarazione di abitualità, essendo infatti sufficiente che il soggetto, della cui professionalità si discute, abbia già al suo attivo i precedenti necessari e bastevoli per la dichiarazione di abitualità e potendo questi essere rilevati dallo stesso giudice che dichiara la professionalità.¹⁸⁹

¹⁸⁷ *Infra* §§ 8.1.

¹⁸⁸ M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in C.F. GROSSO -T. PADOVANI, *Trattato di diritto penale, Parte generale*, I, Milano, 2009, p. 210.

¹⁸⁹ F. COPPI, voce *Professionalità* (dir. pen.), in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p.1025, il quale precisa che, nei casi in cui è già stata eseguita la dichiarazione di abitualità il giudice, una volta chiamato a decidere riguardo la professionalità, si limiterà a recepirla e a valutare solamente se ricorrono i dati ulteriori necessari per la

Ciò detto, è opportuno precisare che il colpevole può essere dichiarato “professionale” solamente se commette un nuovo reato dopo aver commesso tutti quelli rispettivamente indicati negli articoli 102, 103 e 104 c.p.; pertanto, è necessaria la commissione un quinto delitto non colposo nel caso di cui agli articoli. 102 e 105 c.p., un quarto delitto non colposo in quella secondo gli articoli 103 e 105 c.p., una quinta contravvenzione in quella ex artt. 104 e 105 c.p.

A norma dell’articolo 106 c.p. vengono compresi all’ interno dei precedenti che risulta necessario valutare, agli effetti della dichiarazione di professionalità, anche “*le condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena*”, ad eccezione delle ipotesi in cui la causa estingua “*anche gli effetti penali*”.

Ulteriore condizione essenziale ai fini la dichiarazione di professionalità è costituita dal fatto che il reo viva abitualmente, anche se solamente in parte, con i proventi del reato.

La qualifica soggettiva quindi sussiste nel caso in cui il colpevole dimostri non una semplice dedizione al reato, ma addirittura che esso abbia fatto del reato una sua professione¹⁹⁰ o che, almeno, ricavi dai reati lo stretto necessario per la sua sussistenza.¹⁹¹

Detta condizione deve essere accertata dal giudice, caso per caso¹⁹², valutando la natura dei reati, la condotta e il genere di vita del colpevole e i successivi indici stabiliti nel capoverso dell’articolo 133 c.p. Perciò, non basta che il giudice abbia accertato la commissione di più reati determinati da motivi di lucro, poiché è necessario che la reiterazione dell’attività delittuosa venga a rappresentare un vero e proprio regime di vita.

Sul punto la cassazione penale con sentenza del 15 dicembre del 1969 n. 2483, ha stabilito che:

“la professionalità nel reato non può essere presunta sulla base delle condanne anteriori, ma

dichiarazione di professionalità. Nel caso contrario il giudice procederà autonomamente compiere tutti gli accertamenti ed i giudizi rispettivamente avanzati negli artt. 102, 103 e 104 c.p. prima di procedere alle ulteriori verifiche e valutazioni dettate dall’art. 105 c.p.

¹⁹⁰ Al riguardo S. RICCIO, voce *Abitualità e professionalità*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1943, p. 71 viene sottolineato che, il soggetto che commette il reato per passione o per altro motivo, anche se diverrà, mediante la ripetizione del delitto, un abituale, non sarà mai un professionale: la professionalità trova il suo carattere peculiare unicamente nella speciale direzione della volontà, ossia del vivere con i proventi del delitto.

¹⁹¹ F. COPPI, voce *Professionalità* cit., p. 1030

¹⁹² F. COPPI, voce *Professionalità* cit., p. 1024 ss., viene precisato che la nota più significativa della professionalità nel reato, non è stata rilevata tanto o quanto meno non soltanto, nella reiterata ripetizione di violazioni della legge penale; piuttosto nel fatto che il colpevole ha eletto il reato quasi a suo mestiere ed a fonte da cui ricavare i mezzi per vivere.

Il legislatore in tal senso ha escluso che l’affermazione di una così intima penetrazione dell’illecito nella vita e nel modo d’essere del reo possa essere lasciata a presunzioni e possa essere quindi dedotta da indici prefissati e validi per tutti indistintamente ed ha subordinato la relativa dichiarazione, oltre che alla rilevazione del compimento di un certo numero di violazioni della legge penale e di altri dati oggettivi, ed in particolare all’accertamento caso per caso dell’abitudine del colpevole di vivere con i proventi del reato.

è qualifica che si attribuisce quando risulti dimostrato che il delinquente abituale tragga fonte di guadagno pressoché continua dalla reiterazione delle sue azioni criminose. ¹⁹³”

A conclusione della seguente analisi si sottolinea che, a norma dell'articolo 109, comma secondo, c.p., *“la dichiarazione di abitudine o professionalità nel reato può essere pronunciata in ogni tempo, anche dopo l'esecuzione della pena”*; la stessa norma, però, precisa che se la dichiarazione di professionalità: *“è pronunciata dopo la sentenza di condanna, non si tiene conto della successiva condotta del colpevole e rimane ferma la pena inflitta”*.

2.3 Il delinquente per tendenza. — La figura del delinquente per tendenza è prevista dall'articolo 108; anche detta norma è frutto del compromesso tra scuola positiva e scuola classica ed è strettamente connessa al concetto di pericolosità sociale; l'articolo prevede che: *“è dichiarato delinquente per tendenza chi, sebbene non recidivo o delinquente abituale o professionale, commette un delitto non colposo contro la vita o l'incolumità individuale, anche non preveduto dal capo primo del titolo dodicesimo del libro secondo di questo codice, il quale, per sé e unitamente alle circostanze indicate nel capoverso dell'art. 133, riveli una speciale inclinazione al delitto, che trovi sua causa nell'indole particolarmente malvagia del colpevole. La disposizione di questo articolo non si applica se l'inclinazione al delitto è originata dall'infermità preveduta dagli artt. 88 e 89.”*

Prima di procedere all'analisi della norma e alla valutazione del ruolo che essa “gioca” oggi nel nostro Ordinamento, è necessario, però, precisare che la figura del delinquente per tendenza ha sicuramente avuto origine con la dottrina positivista.¹⁹⁴

Fra i diversi studiosi positivisti, Ferri, ad esempio, all'interno della sua classificazione criminale, da estrema rilevanza proprio al Delinquente nato o istintivo o per tendenza congenita; questo tipo di delinquente viene descritto come un individuo caratterizzato da una spropositata volontà nel delinquere e da una fragile energia d'inibizione, la quale si specifica nell'assenza di senso morale, che negli uomini comune, si pone quale maggiore forza di avversione dal delitto.

A tal proposito quindi, secondo Ferri, alla categoria in parola appartengono i delinquenti che presentano maggior grado di pericolosità.

¹⁹³ Cass, sez. II, 15 dicembre del 1989, n. 2483, in *Dejure*.

¹⁹⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 699.

Secondo lo studioso, infatti, la tendenza criminosa dei delinquenti nati può definirsi congenita e diverrebbe, “*conseguenza pressochè esclusiva del loro stato di anormalità fisio-psichica*”, le quali prospettano nella collettività il plausibile pericolo di recidiva.

¹⁹⁵Sempre secondo Ferri, un individuo può trascorrere la propria esistenza, senza aver mai delinquito, sempre che abbia la fortuna di vivere in un ambiente favorevole, “*ma cadrà nella delinquenza naturale appena le condizioni dell’ambiente per poco gli rendano difficile la lotta per la vita.*”¹⁹⁶”

Come anticipato precedentemente, la figura del delinquente nato si rinviene nella teoria di Cesare Lombroso¹⁹⁷, fondatore della scuola positiva e maestro dello stesso Ferri.

Lombroso definisce il delinquente nato come un soggetto determinato alla delinquenza dalla sua natura, affetto da pazzia morale - cioè non da difetto di facoltà intellettiva ma da assoluta assenza di senso morale - con base epiletticoide e fundamentalmente atavico.

Di detta categoria criminale effettua una completa descrizione biologica, psicologica, anatomica e funzionale, evidenziando: le abitudini, la cultura ed il comportamento che appartengono ai delinquenti che ne fanno parte.

In conclusione, per Lombroso il delinquente nato è “una varietà infelice dell’uomo”¹⁹⁸ e, per tal motivo, è un soggetto non recuperabile a causa dell’indissolubilità dei suoi istinti criminali.¹⁹⁹

Tuttavia vi sono stati autori, che hanno promosso la tesi contraria, vale a dire la derivazione della figura del delinquente per tendenza da quella del delinquente nato.

Prescindendo dalla suddetta discussione, è bene ricordare che il delinquente per tendenza di cui all’articolo 108 c.p. è un soggetto capace di intendere e di volere; la categoria criminale in esame, quindi, può comprendere esclusivamente i soggetti imputabili, dal momento che la tendenza a delinquere ammette solo l’amoralità del soggetto e la sua speciale pericolosità e malvagità.²⁰⁰

¹⁹⁵ La classificazione antropologica dei delinquenti prospettata è la seguente: il delinquente nato\per tendenza congenita; il delinquente abituale; il delinquente occasionale; il delinquente pazzo; il delinquente passionale. C. LOMBROSO, *L’uomo delinquente*, cit. p. 70

¹⁹⁶ E. FERRI, *Sociologia criminale I*, Torino, 1929, p. 187.

¹⁹⁷ Sul punto v. C. LOMBROSO, *L’uomo delinquente*, cit. p. 74.

¹⁹⁸ *Supra* § 7.2

¹⁹⁹ S. RICCIO, voce *Tendenza a delinquere*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1971, p. 1124 ss., il quale sottolinea che l’articolo 108 c.p. benchè influenzato dalle teorie della scuola positiva, ha un’accezione ed un contenuto autonomo. Non è perciò possibile confondere il delinquente per tendenza con il delinquente nato. Tale particolare categoria è sorta proprio per il bisogno di precisazione e per respingere la figura del delinquente nato.

²⁰⁰ S. RICCIO, voce *Tendenza a delinquere*, cit., p. 1124.

Tale assunto trova conferma nel dettato dell'articolo 108, comma secondo, c.p., nel quale è precisato che la tendenza a delinquere non deve conseguire a cause patologiche, di qualsiasi natura, che agiscano sulla capacità di intendere e di volere, togliendola in tutto o in parte; la suddetta disposizione normativa, in altri termini, esprime la pretesa legislativa secondo cui la particolare inclinazione al delitto, che trovi ragione nell'indole specialmente malvagia del colpevole, deve ritenersi affrancata da cause psicopatologiche tali da ricondurre il soggetto nell'ambito degli articoli 88 e 89 c.p..

Il tipo del delinquente per tendenza, quindi, non può identificarsi nel tipo del delinquente pazzo, descritto dal Ferri come un soggetto caratterizzato da infermità mentale e da atrofia del senso morale;²⁰¹ come già evidenziato, di fatto, il delinquente per tendenza è un soggetto privo di infermità mentale ed unicamente, caratterizzato da inclinazione al delitto per indole malvagia. Quanto fin qui esposto rappresenta uno dei punti di incontro tra scuola classica e scuola positiva: da un lato viene in un certo qual modo riproposta la figura del “delinquente nato” di Lombroso, nella prospettiva della “follia morale”; dall'altro viene introdotto questo tipo di delinquente all'interno degli imputabili, e cioè dei soggetti pienamente responsabili.²⁰²

Ciò permette anche di comprendere perché tale figura ha suscitato molti dubbi in dottrina e perché ha trovato scarsissima applicazione giurisprudenziale.

Detto ciò, si sottolinea che la dottrina descrive i delinquenti per tendenza come: *“delinquenti privi di ogni senso morale; i quali spesso delinquono senza adeguati motivi, solo per sfogare la loro libido delinquendi. Si tratta, in ogni caso, di delinquenti capaci di intendere e di volere, che, in relazione alla media comune dei delinquenti, presentano un grado eccezionale di capacità a delinquere.”*²⁰³

Pertanto, il tipo delinquente per tendenza viene descritto come un soggetto portato a delinquere sulla base di motivi prettamente interni; per questa ragione, sotto questo profilo, viene posto in antitesi rispetto al delinquente occasionale, nel quale risulta invece decisivo l'influsso criminogenetico dell'ambiente che lo circonda.

Per concludere sul punto, però, vale la pena precisare che secondo autorevoli scienziati, nella realtà naturale, non esiste una tipologia di delinquenti riconducibile a quella descritta nell'articolo 108 c.p.; al riguardo, ad esempio, Padre Agostino Gemelli precisa che: *“se per delinquente per tendenza si intende un soggetto che non è uno psicopatico, che non è un*

²⁰¹ E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 207.

²⁰² P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, p. 329.

²⁰³ G. BETTIOL, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 1966, p. 590.

degenerato, che non è un malato, che è insomma un soggetto la cui responsabilità non è tolta o non è scemata dalla malattia; se il delinquente non è il folle morale e nemmeno il delinquente nato; se il delinquente per tendenza si deve intendere colui la cui struttura psichica riveli una inclinazione naturale al delitto compiuto con malvagità di animo, (...), io debbo dire che in nessuno dei miei soggetti ho potuto dimostrare l'esistenza di questo tipo criminale”²⁰⁴

Proprio per questa ragione, parte della dottrina è giunta a sostenere che il delinquente per tendenza non rappresenti un tipo naturalistico, bensì un tipo normativo astratto.²⁰⁵

In conclusione vi è da precisare che proprio la frattura, progressivamente resasi evidente tra tipo normativo e tipo criminologico, ha allontanato la figura del delinquente per tendenza dalla sua concreta applicazione nelle aule giudiziarie.

3. Le disposizioni generali in tema di misure di sicurezza. — Come più volte affermato, grande “frutto” del compromesso tra la scuola classica e la scuola positiva è la previsione, all’interno dell’ordinamento giuridico-penale, del sistema del c.d. “doppio binario”.

Nell’ordinamento penale italiano, di fatto, è possibile comminare nei confronti del colpevole di un reato o dell’autore di un quasi-reato, anche in aggiunta alla pena, una misura di sicurezza, una volta verificata la sua concreta pericolosità sociale.²⁰⁶

Le misure di sicurezza sono dei provvedimenti di polizia con cui lo Stato persegue uno scopo di tutela preventiva, assoggettando determinate persone, imputabili o non imputabili, punibili o non punibili, alla privazione²⁰⁷ o alla restrizione della loro libertà personale²⁰⁸ o alla prestazione di una garanzia patrimoniale o alla confisca²⁰⁹, per causa della pericolosità sociale delle persone stesse²¹⁰ o delle cose che ebbero attinenza alla loro attività, pericolosità rivelata con la commissione di uno o più fatti che la legge contempla come reati o che dei reati hanno

²⁰⁴ A. GEMELLI, *Il delinquente per tendenza*, in *atti del primo congresso internazionale di criminologia*, I, Roma, 1935, p. 506 ss.

²⁰⁵ S. RICCIO, voce *Tendenza a delinquere*, cit., p. 1120, il quale dichiara che il tipo normativo deve essere dedotto dal tipo naturalistico e che, quindi, se non esiste il tipo naturalistico, il legislatore non può, andando oltre l’essenza e la dignità dell’uomo, plasmarne uno astratto. In altri termini, secondo l’autore, se la figura del delinquente per tendenza non può essere identificata nella realtà naturalistica, non può essere normativamente fissata.

²⁰⁶ Sul punto v. S. GILIBERTI, *Il sistema del doppio binario*, in P. PITTARO (a cura di), *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità*, Trieste, 2012, p. 11 ss.; A. MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, cit., p.205.

²⁰⁷ Quali: misure di sicurezza personali di carattere detentivo. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit. p. 1400.

²⁰⁸ Quali: misure di sicurezza personali di carattere non detentivo. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit. p. 1400.

²⁰⁹ Quali: misure di sicurezza patrimoniali.

²¹⁰ A. MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, cit., p. 209 ss.

qualche elemento (c.d. quasi-reato), e in previsione della probabilità di ulteriori manifestazioni della loro attività socialmente nociva.²¹¹

Il sistema delle misure di sicurezza è chiuso, di fatto sono previsti elenchi tassativi sia quello relativo alle diverse categorie di misure di sicurezza che quello dei soggetti che possono essere destinatari delle stesse.

Le misure di sicurezza, infatti, apportando limitazioni al diritto di libertà personale, garantito anche dalla Costituzione, non possono trovare disciplina al di fuori della legge, nel rispetto del principio di riserva di legge penale.

Tale affermazione trova pieno riscontro nell'articolo 199 c.p., il quale stabilisce che: *“Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti”*.

Ciò posto, si evidenzia che le misure di sicurezza possono essere distinte in due grandi categorie: quelle di carattere personale e quelle di carattere patrimoniale; le prime, poi, sono a loro volta distinguibili in misure di sicurezza detentive²¹² e misure di sicurezza non detentive.²¹³

Nel paragrafo in oggetto non ci si concentrerà sull'analisi specifica delle singole misure di sicurezza, che è rimandata al cap. 3 § 6 ss., ma sui principi posti alla base del sistema di prevenzione *post delictum*.

Inizialmente, pare corretto prendere in considerazione le disposizioni riguardanti l'applicazione spazio – temporale delle misure di sicurezza.

Le misure di sicurezza, nel territorio dello Stato, trovano applicazione personale universale, ossia si applicano, nei casi prescritti dalla legge, a tutti coloro che si trovano nel territorio italiano, siano essi cittadini, apolidi o stranieri.

Anche lo straniero, quindi, per fatti commessi in Italia, può essere sottoposto a misura di sicurezza, a condizione che si trovi nel territorio dello Stato.²¹⁴

²¹¹ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 232 s., il quale precisa che, le misure di sicurezza non hanno esattamente carattere di sanzione, in quanto non sono previste per rendere obbligatoria l'osservanza di un precetto, (...), non rappresentano un'adeguata risposta di giustizia ad un'attività illecita, piuttosto vengono previste tenendo a riferimento un pericolo sociale (...) il quale sarà accertato dal giudice.

²¹² Sono misure di sicurezza detentive: l'assegnazione a una colonia agricola o ad una casa di lavoro (artt. 216 e ss. c.p.); l'assegnazione a una casa di cura e di custodia (artt. 219 e ss. c.p.); il ricovero in un manicomio giudiziario (art. 222 c.p.); il ricovero in un riformatorio giudiziario (art. 223 e ss. c.p.). G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, cit. p. 1480.

²¹³ Sono misure di sicurezza non detentive: la libertà vigilata (artt. 228 e ss.); il divieto di soggiorno in uno o più Comuni o in una o più Province (art. 233 c.p.); il divieto di frequentare osterie e pubblici spacci di bevande alcoliche (art. 234 c.p.) l'espulsione dello straniero dallo Stato (art. 235 c.p.). G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, cit. p. 1480.

²¹⁴ Sul punto più ampiamente I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, p. 513, il quale, premettendo che al cittadino può essere comminata sempre una misura di sicurezza, anche nel caso

Rispetto un fatto commesso all'estero, da un cittadino o da uno straniero, l'articolo 201 c.p., disciplina che la legge italiana è applicata, anche riguardo alle misure di sicurezza, quando *“si procede o si rinnova il giudizio nello Stato”*.

L'applicazione e l'esecuzione delle misure di sicurezza è disciplinata dalle norme in vigore al tempo dell'applicazione stessa, salvo il caso in cui la legge in vigore al tempo dell'esecuzione sia diversa.

Ciò posto, si sottolinea che le misure di sicurezza, a prescindere dalle altre condizioni, *“possono essere applicate esclusivamente alle persone socialmente pericolose che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato” o come “quasi-reato”*.

In altri termini quindi, per ordinare una misura di sicurezza nei confronti dell'autore di un reato o di un quasi-reato è necessario che questi sia concretamente pericoloso per la società, senza che operi alcuna presunzione *iuris et de iure* (abrogazione dell'articolo 204 c.p. c.p. ex articolo 31 l. n. 663/1986²¹⁵); viceversa, in assenza di tale qualità soggettiva²¹⁶ non sarà possibile applicare alcuna misura di sicurezza, sebbene il colpevole o l'autore di un quasi-reato sia pericoloso verso se stesso. Come più volte sottolineato, agli effetti della legge penale *“è socialmente pericolosa la persona, anche non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente (reato o quasi-reato), quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati”*.

La suddetta definizione riguarda la c.d. pericolosità sociale semplice, intesa quale probabilità della perpetrazione di nuovi fatti preveduti dalla legge come reati, che anteriormente alla legge del 1986 si differenziava in pericolosità presunta dalla legge e pericolosità accertata dal giudice, e non la c.d. pericolosità sociale qualificata, la quale ultima sussiste quando la pericolosità è rivelata dall'abitudine o dalla professionalità nel reato, ovvero dalla tendenza a delinquere.²¹⁷

Ciò detto, per l'analisi della nozione normativa di pericolosità sociale e delle modalità di espletamento del giudizio prognostico di pericolosità sociale si rimanda.²¹⁸

in cui sia all'estero, sottolinea che, affinché sia eseguita la misura di sicurezza, si necessita della collaborazione dell'Autorità straniera, oppure si dovrà ricorrere all'estradizione.

²¹⁵ Sul punto più ampiamente cap. 2 § 6.

²¹⁶ Cass. sez. II, 5 giugno 1990, Aresu, in *Cass. pen.*, 1990, p. 150. II. ha dichiarato che *“la pericolosità sociale altro non è che una qualità, un modo di essere del soggetto, da cui si deduce la probabilità che egli commetta nuovi reati. Essa si differenzia dalla capacità criminale, che esiste sempre in maniera più o meno accentuata, per il fatto stesso che il soggetto ha già commesso il reato e costituisce quindi una attitudine soggettiva alla commissione dei reati stessi”*.

²¹⁷ Più ampiamente *infra* § 8.3.

²¹⁸ Cap. 2 § 5.

In questa sede, però, è d'uopo ribadire che il giudice, competente per il giudizio prognostico, deve accertare la qualità di persona socialmente pericolosa, secondo quanto disposto dall'articolo 203, comma secondo c.p., "*dalle circostanze indicate nell'art. 133 c.p.*" nonostante non sia vietato fondare il giudizio anche su altri elementi e deve comminare la misura di sicurezza nella sentenza di condanna o in alternativa in quella di proscioglimento, salve le ipotesi in cui le misure di sicurezza possano essere ordinate con provvedimento successivo e i casi di applicazione provvisoria.

Le misure di sicurezza personali si caratterizzano per una durata massima indeterminata e una durata minima determinata, differente a seconda della singola misura di sicurezza.²¹⁹

Ulteriori principi fondamentali vengono disciplinati all'articolo 209 c.p., rubricato "*Persona giudicata per più fatti*". Prima di passare all'analisi della norma è bene evidenziare che la stessa opera esclusivamente in relazione alle misure di sicurezza di carattere personale e non anche in relazione alle misure di sicurezza patrimoniali poiché l'articolo 236 c.p., si astiene dal richiamo dell'articolo 209 c.p.

Ciò premesso, si evidenzia che il primo comma di detta norma sancisce l'applicabilità, nei confronti del soggetto che abbia commesso anche in tempi diversi più fatti per i quali siano applicabili più misure di sicurezza della stessa specie, di una sola misura di sicurezza; in altre parole, in detto comma è sancito, in dipendenza della necessità di una valutazione unitaria della pericolosità sociale, il principio dell'unitarietà delle misure di sicurezza, cui fa eccezione il secondo comma della norma in oggetto, ossia il caso in cui per più fatti di reato siano applicabili misure di sicurezza di specie differente.

Per concludere, è bene ricordare anche che le misure di sicurezza, in quanto incidono in senso fortemente restrittivo sulla libertà personale del singolo, sono sottoposte come le pene al principio di legalità.

Ed invero a norma dell'articolo 199 c.p. "*Nessuno può esser sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dai casi dalla legge stessa preveduti*". Principio che viene ribadito anche dall'articolo 25 Cost., per il quale "*Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge*".

Il principio in parola garantisce dunque che ogni attività di applicazione delle misure di sicurezza riceva la sua legittimazione dalla legge, la quale deve determinare il tipo di misura applicabile ed elencare tassativamente i casi nei quali il giudice può adottarla.

²¹⁹ Più ampiamente cap. 1 § 13.

Secondo la sentenza della Corte costituzionale n. 157 del 1972²²⁰ il principio di legalità in materia di misure di sicurezza comporta inevitabilmente una “*completa, tassativa e non equivoca previsione legislativa delle ipotesi di applicabilità delle misure stesse*”.

E' necessario, però, precisare che la tassatività in questo campo va intesa in un'accezione necessariamente più elastica, e questo almeno per due ragioni: le fattispecie soggettive di pericolosità, poiché costituite da elementi sintomatici concernenti la personalità dell'individuo, sono riconducibili con minore precisione rispetto alla fattispecie incriminatrici; al contempo il giudizio prognostico sulla pericolosità, come precisato in precedenza, è per sua stessa natura connotato da confini incerti.

Ciò non toglie, che il legislatore sia tenuto ad indicare con sufficiente determinatezza gli elementi e i criteri alla cui stregua effettuare l'accertamento giudiziale di probabile ricaduta nel delitto.²²¹

4. Misure di sicurezza vs. misure di prevenzione. — Per un'analisi più completa riguardo alla tematica considerata, non si può prescindere da un esame circa le misure di prevenzione e ad un loro confronto con la diversa natura delle misure di sicurezza.

Partendo dall' assunto secondo cui la natura giuridica delle misure di sicurezza è stata oggetto di ampi dibattiti,²²² di fatto, ancora si discute se siano da ritenersi sanzioni giuridiche ed in questo senso la dottrina ritiene di poter rispondere in modo positivo, in quanto le misure di sicurezza presuppongono, come si è visto in precedenza, un fatto che si ponga in contrasto con l'ordinamento giuridico, così da presentarsi come risposta e reazione al fatto stesso.

Oltre a quanto appena affermato, il fatto che la misura di sicurezza sia concepita quale provvedimento a carattere essenzialmente preventivo, a differenza della funzione tradizionalmente repressiva della pena, non esime dall'attribuirle ugualmente la qualifica di sanzione giuridica.²²³

Di diverso avviso è altra parte della dottrina, che ha della sanzione giuridica una concezione più ristretta.

Nonostante ciò, è bene ricordare che la legge non offre una nozione univoca di sanzione, la quale è stata tratta da processi di astrazione e generalizzazione: motivo per cui, nulla vieta di

²²⁰ C. cost. sent. 15 novembre 1972 n. 157, in *Giur cost.*, 1972.

²²¹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 822.

²²² G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Milano, 1942, p. 303 ss.; A. SANTORO, *Sulla natura criminale delle misure di sicurezza e sulla giurisdizionalità della loro esecuzione*, in *Scuola positiva*, 1970, p. 427.

²²³ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 806.

accogliere un concetto più ampio di sanzione che annoveri, quindi, anche le misure di sicurezza.

Per quanto riguarda l'origine, per molto tempo si è dubitato se le misure di sicurezza fossero da ricondurre nell'ambito del diritto amministrativo o del diritto penale.

Malgrado numerosi dibattiti, si ritiene che le misure di sicurezza siano di ricomprendere all'interno diritto penale, per due ordini di motivi: sia perché incluse e disciplinate dal codice penale, sia perché, quanto le pene, sono “*mezzi di lotta contro il reato*”.²²⁴

Quale motivo aggiuntivo, supporto alla tesi circa la natura penale delle misure di sicurezza, è di conferma il fine perseguito dalle stesse e comune alle pene, ossia quello di combattere e di cercare di neutralizzare la criminalità.

Ad oggi, l'importanza teorica relativa all'interrogativo riguardo al carattere giurisdizionale delle misure di sicurezza ed al loro novero all'interno del diritto amministrativo o penale è andata diminuendo progressivamente, poiché la dottrina ha senza dubbio riconosciuto il loro carattere giurisdizionale e la loro appartenenza al diritto penale.

Convalidano tale conclusione l'applicazione delle misure di sicurezza da parte dell'Autorità Giudiziaria, ma anche e soprattutto quella nota di imparzialità che distingue la giurisdizione, assente nell'esercizio dell'attività amministrativa.²²⁵

Sostenendo tali tesi, l'ascrivibilità delle misure di sicurezza alla materia penale è stata riconosciuta in modo unanime. Venendo poi ad un confronto con le misure di prevenzione, si può affermare che esse hanno carattere specialpreventivo e vengono considerate, secondo la tradizione, di natura formalmente amministrativa e volte ad evitare la commissione di reati da parte di determinate categorie di soggetti, considerati socialmente pericolosi.²²⁶

Diversamente dalle misure di sicurezza, le misure di prevenzione possono essere applicate a prescindere dalla commissione di un precedente reato, da qui infatti la qualificazione di misure *ante delictum*.

La ripartizione fra la prevenzione *ante delictum* e repressione-prevenzione penale in senso stretto, si è delineata soprattutto nel corso del secolo scorso, grazie all'influenza delle concezioni penalistiche di orientamento liberale.

²²⁴ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 807.

²²⁵ G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, cit., p. 354. Così intendendosi che le misure di sicurezza non possono essere distolte dalle garanzie giurisdizionali tipiche del penale sostanziale e processuale.

²²⁶ Sul punto, G. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi Petrocelli*, III, Milano, 1972, p. 1591; F. BRICOLA, *Forme di tutela “ante delictum” e profili costituzionali della prevenzione*, in AA. VV., *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, p. 29.

Come accennato nei paragrafi precedenti, nel diritto penale pre moderno venivano elevate a fattispecie di reato anche condotte sintomatiche di una condizione soggettiva di pericolosità, come il vagabondaggio e l'oziosità, pur in assenza di fattispecie obiettivamente lesive di beni giuridici; a partire dalla seconda metà dell'Ottocento le figure di pericolosità sociale connesse alle mere caratteristiche soggettive vengono espunte dai codici penali per esser trasferite in un autonomo diritto della prevenzione.

Da ciò ne viene che: le misure di prevenzione *ante delictum* hanno la funzione di arginare la pericolosità sociale di determinate categorie di individui, evitando così che la pericolosità possa sfociare nella commissione di concreti fatti delittuosi; al diritto penale in senso stretto spetta, invece, il compito di reprimere fatti delittuosi già commessi.

Nonostante l'apparente chiarezza nella distinzione, il sistema di prevenzione in esame ha vissuto e continua vivere una vicenda tormentata.

Le misure di prevenzione, quindi, non sono disposte nei confronti di un delinquente, il quale si è già mostrato "pericoloso"²²⁷ per il fatto stesso di aver commesso un reato, ma nei confronti di un soggetto innocente, ritenuto pericoloso.

In altre parole, mentre per l'applicazione, nei confronti di un soggetto, di una misura di sicurezza è necessario che esso abbia già manifestato una certa pericolosità sociale, attraverso la commissione di un reato o di un quasi-reato, intesa come probabilità di ricaduta nel reato, tale manifestazione non è necessaria per l'applicazione di una misura di prevenzione.

Come già detto, infatti, nelle misure di prevenzione la pericolosità, che è *ante delictum* o *sine delictum*, si identifica in una situazione soggettiva che prescinde dalla commissione di reati.²²⁸

E' invero pressochè unanime in dottrina l'opinione che, nonostante la loro denominazione formale di misure di prevenzione, le tradizionali misure c.d. personali non siano mai riuscite a sortire un effetto autenticamente preventivo/rieducativo; anzi di fatto sono state non di rado utilizzate come strumento di controllo sociale di tipo sostanzialmente repressivo.²²⁹

²²⁷ Il termine "pericolosità" viene utilizzato in senso atecnico, poiché, in realtà, la semplice commissione di un reato, non è prova della sussistenza della probabilità di ricaduta nel reato; il fatto che un soggetto abbia già commesso un reato, però, dimostra la sua capacità a delinquere e, quindi, un certo grado di possibilità che esso ricada nel reato. Pertanto, si ribadisce che per la predisposizione di una misura di sicurezza non è sufficiente la possibilità che il soggetto ricada nel reato, ma è necessaria la probabilità che ciò si verifichi. B. BOCCHINI, *L'accertamento della pericolosità* (misure di prevenzione e sorveglianza e misure alternative alla detenzione), in *La prova penale*, A. GAITO (diretto da), vol. I, Torino, 2008 p. 577.

²²⁸ P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, p. 482, il quale sottolinea che nelle misure di sicurezza, la pericolosità è *post delictum*, e va a coincidere ad una situazione soggettiva, di cui diviene componente sintomatica anche la commissione del reato, trattandosi di una probabilità di recidiva.

²²⁹ G. NEPPI MODONA - L. VIOLANTE, *Poteri dello Stato e sistema penale*, Torino, 1978, p. 491.

Da un lato il legislatore ha introdotto fattispecie di pericolosità che, in linea astratta, potevano a buon diritto rientrare nell' area teoricamente riservata alla prevenzione *ante delictum* in quanto incentrate su caratteristiche di personalità del soggetto sintomatiche di potenziale comportamento deviante.

Tuttavia in sede di tipizzazione concreta il legislatore ha finito col contemplare tipologie soggettive, come nel caso, di oziosi e vagabondi, di dubbia consistenza criminologica e dai contorni incerti, per cui la qualifica di pericolosità ha finito con l'essere fittiziamente ed ideologicamente sovrapposta a soggetti emarginati censurabili soltanto in base ad un giudizio di demerito sociale.

Dall' altro, non poche delle fattispecie preventive legislativamente previste si sono atteggiate a fattispecie indiziarie di sospetto, aventi una funzione di surrogato rispetto ad una repressione penale inattivabile per mancanza dei normali riscontri probatori.

Nonostante di dubbia legittimità, specie a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, il sistema della prevenzione è andato espandendosi all' interno dell'ordinamento penale, secondo la convinzione che un suo più ampio utilizzo potesse risultare efficace al fine di affrontare nuove forme di criminalità collettiva.

La disciplina delle misure di prevenzione è ricavabile da una serie di stratificazioni legislative dovute ad una pluridecennale tecnica novellistica.

In ogni caso comunque il testo normativo di riferimento rimane quello di cui alla legge 27 dicembre 1956, n. 1423.

5. Le misure di sicurezza personali: detentive e non detentive. — Tornando alle misure di sicurezza il codice le distingue in due categorie: personali e patrimoniali.

Nella prima categoria, a loro volta, si suddividono misure di sicurezza detentive, consistenti in una privazione della libertà pari a quella della pena detentiva, pur differenziandosi per la finalità di prevenzione speciale, e poi misure non detentive, consistenti in una limitazione dell'attività del soggetto pericoloso, tenuto a distanza da possibili incentivi di tipo criminale, oppure nell'allontanamento del medesimo dallo Stato, qualora straniero.²³⁰

²³⁰ In generale sulle misure di sicurezza detentive, E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*; NUVOLONE, voce «Misure di prevenzione e misure di sicurezza», in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 653 ss.; L. FORNARI, sub artt. 215-240, in *Commentario breve al codice penale*, F. STELLA - A. CRESPI - G. ZUCALÀ, Padova, 2003, p. 679 ss.

A titolo esemplificativo, poiché ci si soffermerà più ampiamente nel capitolo terzo § 6, le misure di sicurezza detentive sono: l'assegnazione ad una colonia agricola o casa di lavoro, l'esecuzione della misura in r.e.m.s.²³¹, ed infine il riformatorio giudiziario; mentre le non detentive sono: la libertà vigilata, il divieto di soggiorno, il divieto di frequentare osterie e pubblici spacci di bevande alcoliche ed infine l'espulsione e allontanamento dello straniero dallo Stato.

6. Le misure di sicurezza patrimoniali. — Per quanto concerne le misure di sicurezza patrimoniali, a livello generale la pericolosità sociale è finalizzata ad incidere sulla sfera patrimoniale del soggetto, costituendo un deterrente di tipo psicologico-coercitivo alla possibile commissione di nuovi reati, come accade con la cauzione di buona condotta disciplinata dagli articoli 237-239 c.p.; a livello più approfondito, eliminato il presupposto della pericolosità sociale, si viene a colpire “la cosa”, ovvero i beni appartenenti al soggetto, come previsto in sede di confisca *ex* articolo 240 c.p.

Osserva, infatti, autorevole dottrina che la biforcazione teleologica ed esecutiva in tema di misure di sicurezza reali rende dubbia ogni uniformità di disciplina, giungendo anche a posizioni radicali di esclusione della confisca dal novero del Titolo VIII, Libro I c.p.

Per ciò che concerne i principi generali le misure di sicurezza in oggetto sono subordinate al rispetto del principio di legalità *ex* articolo 199 c.p.; della successione di leggi nel tempo *ex* articolo 200, primo comma, c.p.; della territorialità *ex* articolo 201, primo comma c.p.; delle variegature applicative legate alla sentenza di condanna o di proscioglimento *ex* art. 205, primo comma, n. 3, c.p., ferma restando la competenza del giudice dell'esecuzione *ex* art. 676 c.p. in tema di confisca successiva alla sentenza.

Passando poi alla trattazione delle singole misure di sicurezza patrimoniali, fra queste vi rientrano la cauzione di buona condotta e la confisca. La cauzione di buona condotta, prevista dall' articolo 237 c.p., consiste nel deposito presso la Cassa delle ammende di una somma di denaro compresa fra un minimo ed un massimo ovvero nella prestazione di una garanzia mediante ipoteca o fideiussione solidale. Introdotta dal legislatore del '30²³², la misura in

²³¹ In precedenza per i soggetti non imputabili era previsto il ricovero in casa di cura e custodia e in ospedale psichiatrico giudiziario.

²³² Sul punto G. LOZZI, voce *Cauzione di buona condotta*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, p. 654. Qualche autore ha contestato l' appartenenza della cauzione di buona condotta alle misure di sicurezza patrimoniali, in base all' argomentazione che essa non ha carattere reale, ma tende ad influire attraverso una forma di coercizione psichica sulla volontà dell' individuo; è posta in alternativa con la libertà vigilata e cessa se la persona è colpita da infermità

oggetto serve da efficace strumento di prevenzione speciale, poiché la prospettiva di vedere andar persa la somma di denaro depositata dovrebbe agire da controstimolo alla realizzazione di nuovi fatti criminosi. Quanto detto dovrebbe valere in linea teorica; nella pratica la cauzione di buona condotta, per come è regolamentata, non è infatti, riuscita ad esercitare l'attesa efficacia deterrente.

Viene applicata ai liberati dalla casa di lavoro o dalla colonia agricola se il giudice non ordina la libertà vigilata, ai trasgressori degli obblighi della libertà vigilata, ai trasgressori del divieto di frequentare osterie e spacci di bevande alcoliche.

Nel caso in cui l'obbligo di buona condotta venisse adempiuto, la somma è restituita o ipotecata è cancellata e la fideiussione si estingue. Al contrario se l'obbligo dovesse essere trasgredito la somma è devoluta alla cassa delle ammende.

E' necessario infine precisare che la cauzione di buona condotta, quale misura di sicurezza prevista dal codice penale, si differenzia dalle altre forme di cauzione che perseguono scopi processuali ovvero di tipo civilistico. Per quanto concerne la confisca, disciplinata dall'articolo 240 c.p., essa è un provvedimento ablativo, consistente nell'espropriazione ad opera dello Stato di cose attinenti al reato o di per sé criminoze, utilizzato con diverse finalità.²³³

Autorevole dottrina, come già accennato, ha negato l'inquadramento dell'istituto nella categoria delle misure di sicurezza, in quanto carente il presupposto di applicazione generale della pericolosità sociale, per effetto restrittivo dell'articolo 236, terzo comma, c.p., limitato alla cauzione di buona condotta²³⁴. Per contro, l'opinione maggioritaria ritiene tale argomentazione non persuasiva se si valuti il parametro finalistico della confisca, che consiste nel prevenire la commissione di nuovi reati, attraverso l'ablazione a favore dello Stato di beni provenienti da attività criminoze, o comunque ad esse collegate.²³⁵

psichica e viene ricoverata in manicomio: col che la sottoposizione a cauzione di buona condotta è considerata come uno *status* personale volto a prevenire futuri reati: così P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione*, cit., p. 657ss.

²³³ Sul punto A. ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, p.39 ss.; TRAPANI, voce *Confisca* (diritto penale), in *Enc. Giur.*, VIII, Roma, 1988; L. FORNARI, sub *art. 240*, in *Commentario breve al codice penale*, F. STELLA - A. CRESPI - G. ZUCCALÀ, cit., p. 727 ss. Tale provvedimento si distingue dalla confisca dei beni, sanzione speciale disposta durante la resistenza per riottenere i beni sottratti durante il regime fascista, non collegabile all'attività delittuosa del reo; nonché dalla espropriazione per pubblica utilità, legata al preminente interesse pubblico sul bene, in vista di una futura utilizzazione dello stesso e dalla confisca amministrativa. Sul punto, cfr. O. MASSA, voce *Confisca* (diritto e procedura penale), in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 980 ss.

²³⁴ Tale orientamento è seguito da G. GRASSO, sub *art. 199-240*, in M. ROMANO- G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 2012, p. 521 ss.

²³⁵ In tal senso I. CARACCIOLI, *I problemi generali I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, p. 585 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 836 ss.

Si sottolinea a riguardo il concetto di pericolosità della cosa, intesa quale propensione a far delinquere nuovamente il reo, ove la cosa permanga nella sua disponibilità, sia quale strumento per commettere altri reati, sia quale provento da reato, atto ad incentivarne la commissione.²³⁶

Sovrapporre, tuttavia, il significato di pericolosità della cosa a quello di pericolosità sociale, più prettamente individuale, innesta un meccanismo sanzionatorio di più evidente connotazione punitivo - repressiva, in cui scompare la differenza tra pene e misure di sicurezza, rendendo la confisca una vera e propria pena, dai risvolti soggettivi inquietanti.

Se, invero, pericolosità sociale diventa sinonimo di pericolosità oggettiva, per cui qualunque cosa può diventare pericolosa in sé, viene meno lo stesso principio di responsabilità penale, risultando irrilevante ai fini applicativi della misura in considerazione.

Peraltro, la Consulta con sent. 20 gennaio del 1971 n. 8, ha risolto “*con otto righe di motivazione*” la questione di legittimità costituzionale dell’articolo 240 c.p. in relazione all’articolo 42, terzo comma, Cost., quando stabilisce l’indennizzo nei casi di espropriazione per pubblico interesse, dichiarando la difformità dei due istituti, in quanto la confisca si presenta come misura a carattere penale, comunque adottata in relazione alla pericolosità del reo e/o della cosa collegata al reato, mentre l’ablazione per pubblica utilità realizza la preminenza riconosciuta ad un interesse diverso da quello del proprietario, costituzionalmente garantito.²³⁷

Sono oggetto di confisca “*le cose che servono a commettere il reato*”, quindi effettivamente utilizzate dal reo, o le cose “*che furono destinate a commettere il reato*”, predisposte dal reo, dunque, ma non utilizzate, nonché le cose “*prodotto o profitto*” del reato, intese rispettivamente come risultato materiale dell’attività delittuosa o utilità economica, conseguente della stessa.²³⁸

La dottrina, in generale, ha affermato la necessità di un legame eziologico-causale ben definito tra cosa e reato. In ogni caso il bene da confiscare deve appartenere al soggetto, che abbia la titolarità del diritto di proprietà sul medesimo.²³⁹ La giurisprudenza di legittimità si è allontanata dalla dottrina più tradizionale al riguardo, ammettendo la confiscabilità dei beni, che rappresentano oggetto di diritti reali di garanzia o di godimento, nella credenza che al

²³⁶Cfr. sul punto per tutti L. FORNARI, sub *art. 240*, in *Commentario breve al codice penale*, F. STELLA - A. CRESPI - G. ZUCCALÀ, cit., p. 728.

²³⁷ Sul punto, C. Cost., 20 gennaio 1971, n. 8, in *Giur. cost.*, 1971, p. 50 ss., con nota di G. VASSALLI, *Confisca con indennizzo?*.

²³⁸ Così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit. p. 479.

²³⁹ Così A. ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, cit., p. 54. Per una dottrina più aperta ad estendere il concetto di appartenenza della titolarità ai diritti reali di garanzia o di godimento.

momento dell'esecuzione ablativa della confisca sia possibile tutelare anche l'interesse del terzo titolare dei diritti di cui sopra²⁴⁰.

Presupposto di applicazione delle misure in esame, è costituito da provvedimento definitivo del giudicante, attraverso cui si accerti la responsabilità penale del soggetto interessato, nella fattispecie, una sentenza penale di condanna, un decreto penale *ex artr.* 459, quarto comma., 460, secondo comma., c.p., una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex* articolo 444 c.p.p.²⁴¹, ammissibile però solo nei casi di confisca obbligatoria, oppure una sentenza di proscioglimento, nelle ipotesi di cui all'articolo 240, secondo comma. n. 2, c.p.²⁴² La confisca a norma dell' articolo 207 c.p ha durata perpetua, a sottolineare l'immanenza della pericolosità della cosa rispetto alla pericolosità dell'individuo, che resta tale finché permanga nel dominio del medesimo.²⁴³

Dalla lettura dell'articolo 240, primo e terzo comma., c.p., si evince la nota caratterizzante il provvedimento di confisca, ossia il fatto di essere essenzialmente facoltativa.

Tale carattere, evidenziato dall'uso del verbo servile *ad incipit* del dettato normativo, è subordinato al verificarsi di due condizioni, rappresentate dalla sentenza o decreto penale di condanna ai sensi del primo comma., articolo 240 c.p., e dalla non appartenenza della cosa a persona estranea al reato ai sensi del terzo comma., articolo 240 c.p., ferma restando l'irrelevanza di eventuali diritti reali di godimento o di garanzia vantati da terzi su beni altrui. Il giudice nell'esercizio della suddetta facoltà avrà, comunque, l'obbligo di motivare in ordine alla pericolosità della cosa.²⁴⁴

Secondo la giurisprudenza la confisca facoltativa può essere disposta anche d'ufficio, senza specifica richiesta del P.M. d'udienza, dal giudice della cognizione di 1° grado, il quale, con la sentenza di condanna o di assoluzione, può ben applicare le eventuali misure di sicurezza

²⁴⁰ In tema Cass., sez. III, 4 febbraio 2003, n. 14327, in *Riv. pen.*, 2003, III, p. 872, secondo cui in sede di patteggiamento, la confisca degli strumenti e dei materiali serviti a commettere il reato di abusiva duplicazione di opere tutelate dal diritto d'autore deve essere disposta obbligatoriamente dal giudice, in base alla speciale disposizione dell'articolo 171 *sexies*, l. 22 aprile 1941 n. 633, che deroga alla disciplina generale prevista all'art. 445, primo co., c.p.p., dove è previsto che la sentenza di patteggiamento può essere disposta solo nei limiti indicati all'art. 240, secondo comma., c.p.

²⁴¹ Circa la competenza del giudice preposto si veda Cass., sez. V, 5 novembre 2004, n. 5655, in *Guida dir.*, 2005, p. 12, 90, secondo cui è il G.I.P. l'organo competente a decidere in merito ad ogni questione relativa alla gestione e all'amministrazione delle cose sequestrate.

²⁴² Riguardo l'inammissibilità della revoca di confisca *ex art.* 12 *sexies*, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356, disposta con sentenza definitiva, da parte del giudice dell'esecuzione *ex art.* 676 c.p.p., cfr. Cass., sez. I, 20 gennaio 2004, n. 3877 in *Riv. pen.*, 2005, p. 29.

²⁴³ Sul punto, R. FUZIO, sub *art.* 240, in G. LATTANZI - E. LUPO (a cura di), *Codice penale*, p. 836 ss.

²⁴⁴ Cass., sez. I, 8 febbraio 2002, n. 10041, in *C.e.d.*

patrimoniali, trattandosi di pronunzie necessariamente consequenziali al *thema decidendum*”.²⁴⁵

Il concetto di “estraneità” è stato interpretato diversamente in giurisprudenza, come mancanza di qualsiasi collegamento diretto o indiretto con la consumazione del fatto reato, ovvero nell’assenza di qualsivoglia contributo di partecipazione o concorso²⁴⁶ o talora come mancato profitto da parte del terzo di qualsivoglia vantaggio o utilità, privilegiando da ultimo tale posizione alla luce della “*precisa connotazione funzionalistica della confisca.*”²⁴⁷

In tema di confisca facoltativa, la giurisprudenza ha affermato che il principio di cui all’articolo 240, primo comma c.p., secondo cui il giudice può ordinare la confisca delle cose che servono a commettere il reato, non deve essere inteso nel senso dell’intrinseca pericolosità dell’oggetto da confiscare; nel qual caso opera la confisca obbligatoria ex articolo 240, secondo comma, c.p., “*bensi, nel senso che tale oggetto, ove lasciato nella disponibilità del condannato, potrebbe costituire per quest’ultimo un incentivo a commettere ulteriori reati ed è con riguardo a quest’ultimo che il giudice deve fornire adeguata motivazione*”²⁴⁸.

Al secondo comma, dell’articolo 240 c.p., sono contemplate le due ipotesi tassative di confisca obbligatoria, aventi ad oggetto al n. 1 le cose che costituiscono il prezzo del reato, ovvero il danaro o altre utilità economiche, conferite al reo per istigarne o determinarne la commissione di delitti; riguardanti il n. 2 le cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione è prevista dalla legge come reato, più propriamente definite come cose intrinsecamente criminose, come, ad esempio, armi, beni alimentari adulterati.²⁴⁹

A tal proposito viene operata una distinzione tra beni il cui possesso a norma dell’articolo 240, secondo comma, n. 2, c.p., si qualifichi sempre come fattispecie criminosa *ex lege*, costituendo le situazioni, in esame, ipotesi di divieto assoluto, e beni il cui possesso possa comunque essere autorizzato in via amministrativa, realizzando ipotesi di divieto relativo.²⁵⁰

Circa le possibili applicazioni della confisca obbligatoria la Cassazione ha dichiarato che, in tema di atto contrario ai doveri d’ufficio, anche il profitto derivato al corruttore dall’accordo corruttivo è assoggettato al disposto dell’articolo 240, secondo comma n. 1, il cui ambito risulta

²⁴⁵ Cass., sez. I, 19 maggio 2000, n. 7045, *C.e.d.*, p. 1926.

²⁴⁶ Cass., sez. un., 18 maggio 1994, n.9, in *Dejure*.

²⁴⁷ Cass., sez. II, 3 dicembre 2003, n. 838, in *Riv. pen.*, 2005, p. 235.

²⁴⁸ Sull’argomento, R. FUZIO, sub *art. 240*, in G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice penale*, cit., p. 848 ss.

²⁴⁹ Sul punto, per una distinzione sulle due manifestazioni del divieto, G. GRASSO, sub *artt. 199-240*, in M. ROMANO - G. GRASSO - T. PADOVANI, *Commentario*, III, cit., p. 533; A. ALESSANDRI, cit., p. 48.

²⁵⁰ Cass., sez. VI, 20 aprile 2003, n. 21941, in *Dejure*.

allargato dall'articolo 322 *ter* c.p., assumendo tra l'altro l'entità del prezzo pagato come parametro sussidiario di riferimento per la determinazione.²⁵¹

Tenendo conto, inoltre, della specifica forma di confisca obbligatoria disposta all'art. 644, sesto comma, c.p., nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta *ex* articolo 444 c.p.p., per il delitto di usura, avente ad oggetto il prezzo ed il profitto del reato, nonché somme, beni o utilità per importi pari al valore degli interessi o compensi usurari.

La giurisprudenza di legittimità, da ultimo, ha ritenuto possibile estendere la disciplina dell'articolo 322 *ter* c.p., in tema di confisca per equivalente alle ipotesi di cui all'articolo 640, secondo comma n. 1, c.p., "Truffa in danno allo Stato", all'articolo 640 *bis* c.p. Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche", all'articolo 640 *ter* c.p. "Truffa informatica aggravata."²⁵²

Sulle possibili applicazioni della confisca obbligatoria la Cassazione ha indicato come obbligatoria la confisca di apparecchi e congegni automatici, semiautomatici ed elettronici per il gioco d'azzardo, stante la loro intrinseca criminosità, derivante anche dalla disposizione speciale di cui all'art. 9, r.d. 18 giugno 1931, n. 773.²⁵³

Rispetto la nozione di appartenenza disciplinata dall' articolo 240, comma terzo, c.p., la giurisprudenza ha dichiarato che essa non può ridursi alla sola proprietà della cosa, suscettibile di confisca, ma deve estendersi ai diritti reali di garanzia, nonché al pegno e al pignoramento, poiché in tali casi si verifica comunque una indisponibilità dei beni da parte del proprietario ed il suo diretto assoggettamento alla disponibilità del titolare della garanzia per il soddisfacimento delle proprie ragioni creditorie.²⁵⁴

7. Misure di sicurezza, loro durata e rapporti con la recidiva. — La ragione che ha condotto alla predisposizione delle misure di sicurezza è stata quella di assicurare la sicurezza sociale mediante "la separazione" dei soggetti giudicati, propriamente, socialmente pericolosi.

Conformemente a tale ragione, il legislatore ha previsto per le misure di sicurezza una durata minima determinata ed una durata massima indeterminata; l'articolo 207, comma primo, c.p.,

²⁵¹ Cass., sez. V, 23 aprile 2001, n. 25378, in *C.e.d.*, p. 2374.

²⁵² Più ampiamente Cass., sez. III, 6 marzo 2003, n. 22930, in *Dejure*, Cass., sez. III, 3 aprile 2003, n. 25733, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3372, con nota a seguire di FURCHI, La confisca obbligatoria in materia di apparecchi relativi al *giuoco d'azzardo*.

²⁵³ Cass. pen., sez. I, 8 luglio 1991, n. 706, in *Giust. pen.*, 1991, II, p. 705.

²⁵⁴ Cass., sez. II, 7 marzo 2002, n. 2921, in *Giur. it.*, 2004, p. 1937 ss., con nota di DEBERNARDI, *Sui rapporti tra confisca e procedimento concorsuale*.

di fatti, disciplina che: “*Le misure di sicurezza non possono essere revocate se le persone ad esse sottoposte non hanno cessato di essere socialmente pericolose*”.

Precedentemente, la norma al secondo comma stabiliva il divieto di revoca delle misure una volta trascorso il termine minimo di durata stabilito dalla legge per ogni misura di sicurezza, se non attraverso la procedura straordinaria di cessazione della misura con decreto del Ministro di giustizia;²⁵⁵ detta disposizione, a seguito della sentenza 23 aprile 1974, n. 110 della Corte Costituzionale, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima al secondo comma dell'articolo 207 c.p., così, dotando il giudice di sorveglianza della possibilità di revocare le misure di sicurezza, anche antecedentemente il decorso del termine legale di durata minima di ciascuna misura.²⁵⁶ Detto secondo comma è stato, poi, abrogato dall'articolo 89 della l. 26 luglio 1975, n. 354, recante norme sull'ordinamento penitenziario.

La precedentemente disciplina implicava effetti vessatori nei confronti di tutti i destinatari delle misure dato che non lasciava spazio ad una verifica, prima della scadenza dei termini minimi di durata, della permanenza dello stato di pericolosità sociale del soggetto; in particolare, rispetto ai non soggetti imputabili, per i quali il sistema era previsto un sistema massimamente monistico, era possibile giungere ad una limitazione della libertà personale di durata superiore quella prevista per la pena che, per il medesimo fatto, avrebbe potuto subire un soggetto imputabile.

Riguardo invece ai soggetti imputabili o semi-imputabili ed al contempo pericolosi il doppio binario dimostrava, effetti di maggiore severità, poiché l'applicazione della misura obbligatoria, nella durata minima prefissata dal legislatore, gravava sul soggetto, operando sostanzialmente come pena aggiuntiva.²⁵⁷

La disciplina in esame è stata massimamente modificata a seguito dei suddetti interventi giurisprudenziali e legislativi. Pur riservando ai capitoli successivi un'analisi dettagliata delle singole misure di sicurezza, si sottolinea che, nel caso in cui non sia ancora trascorso il periodo di durata minimo, previsto dalla legge per la singola misura di sicurezza, il giudice “può” procedere ad un riesame della pericolosità sociale del soggetto ad essa sottoposto.²⁵⁸

²⁵⁵ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, cit., p. 33.

²⁵⁶ C. cost. sent. 23 aprile del 1974, n. 110, in *Giur. Cost.*, 1974; ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 207 comma terzo c.p., per contrasto con gli artt. 13 e 102 Cost., nella parte in cui attribuisce al Ministro di grazia e giustizia, anziché al giudice di sorveglianza, il potere di revocare le misure di sicurezza anche prima che sia decorso il tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge.

²⁵⁷ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 34.

²⁵⁸ A. MICONI TONELLI, voce *Pericolosità sociale*, cit., p. 8.

Una volta decorso il periodo, il giudice può procedere a riesaminare la pericolosità sociale del soggetto predetto. Qualora lo stesso si dimostrasse ancora socialmente pericoloso, il giudice potrà fissare un nuovo termine di riesame;²⁵⁹ questo termine aggiuntivo, non risulta però vincolante poiché nel caso in cui vi sia ragione di ritenere che il pericolo sia cessato, il giudice può, in ogni tempo, procedere a nuovi accertamenti.

E' possibile quindi affermare che, il termine di durata minima delle misure di sicurezza sia, previsto quale garanzia dei soggetti ad esse sottoposti.

Il termine minimo fissato dalla legge, di fatto, non può mai essere accresciuto *ab origine* dal giudice, dovendosi alla scadenza di detto termine procedere al riesame²⁶⁰ delle condizioni del soggetto sottoposto alla misura di sicurezza.

Soltanto al fine di verificare la persistenza della pericolosità sociale del soggetto, e qualora tale esame risulti sfavorevole, dovrà essere fissato un nuovo ulteriore termine.²⁶¹

Procedendo, in tal senso, si ovvia al fatto che soggetti, un tempo socialmente pericolosi, restino sottoposti a misure di sicurezza²⁶², nonostante il venir meno delle esigenze securitarie della collettività.

Per rendere il predetto obiettivo maggiormente realizzabile, il giudice di sorveglianza qualora riscontri, la permanenza dello *status* soggettivo di pericolosità sociale, deve fissare una nuova data, non vincolante; in tal senso la data può essere anticipata ma non postposta ai fini del giudizio di pericolosità sociale in parola.

Inoltre il tema della durata delle misure di sicurezza si lega a quello della possibile ricaduta nel reato ossia la recidiva.

La recidiva viene considerata un'espressione specifica di pericolosità sociale fondata, principalmente, su esigenze special-preventive, che si sostanzia nella previsione di un aumento di pena nell'ipotesi di ricaduta nel reato.

Il codice penale Rocco del 1930, così come del resto il suo predecessore, già prevedeva all'articolo 99 significativi aggravamenti di pena per il recidivo, obbligatori e sottratti alla valutazione discrezionale da parte del giudice.

La disciplina originaria sulla recidiva è stata poi modificata, in positivo, con l'articolo 9 del d.l. 99 del 1974, che l'ha trasformata da obbligatoria in facoltativa, permettendo di abbandonare

²⁵⁹ In argomento, M. PELLISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 194.

²⁶⁰ Più ampiamente cap. 3 §2.

²⁶¹ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit. p. 256.

²⁶² Poiché provvedimenti fortemente limitativi del diritto di libertà personale.

così la concezione sintomatico-presuntiva dell'istituto, per poi riaffacciarsi con la riforma cosiddetta *ex Cirielli*, riesumatrice della concezione sintomatico-presuntiva dell'istituto attraverso l'introduzione della recidiva obbligatoria prevista dall'articolo 99, comma quinto, c.p. e la previsione di un maggiore aumento di pena per le varie ipotesi di recidiva.²⁶³

La suddetta rivalutazione dell'istituto in questione pone il problema di come il legislatore finisca, in tal modo, per contraddire i principi propri di un moderno diritto penale del fatto, proponendo categorie concettuali tipiche di un "diritto penale d'autore".

Difatti, è tale un diritto penale che, a scapito della necessaria centralità del fatto di reato, prospetta una colpevolezza per il carattere del reo o per la sua condotta di vita, finendo per punire l'autore del reato non per quello che ha fatto, ma per quello che è che "si è lasciato diventare".²⁶⁴

Fra le innovazioni apportate dalla legge *ex Cirielli* è previsto che il nuovo delitto, rilevante al fine della diagnosticabilità della recidiva, debba essere necessariamente non colposo, peraltro anche le contravvenzioni non rilevano ai fini della recidiva.²⁶⁵

In generale, l'articolo 99 c.p. stabilisce che il recidivo possa essere sottoposto ad un aumento di un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo.

L'aumento è fino alla metà se si tratta di recidiva aggravata specifica, di recidiva aggravata infraquinquennale, o di recidiva aggravata.

Se si tratta di un soggetto già recidivo che commette ulteriore reato ossia in presenza di recidiva reiterata l'aumento è della metà stabilito in modo secco, se la recidiva reiterata concorre con altre circostanze stabilite dal comma secondi dell'articolo 99 c.p., allora l'aumento sarà addirittura di due terzi. La disciplina della recidiva introdotta dalla predetta legge ha fatto sorgere, da subito, problemi interpretativi legati, soprattutto all'intrinseco carattere ambivalente costituito dal connubio di colpevolezza e capacità criminale.

Nella giurisprudenza sono ravvisabili due diverse concezioni della recidiva: una "formale", normalmente espressa attraverso la qualifica della recidiva come *status* soggettivo, secondo la

²⁶³ M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 250.

²⁶⁴ Per contro, un diritto penale del fatto rispettoso del principio di colpevolezza, non può espandere il riferimento alla personalità dell'agente oltre i limiti di immediata e diretta rilevanza per la valutazione del fatto concreto. La problematica relativa alla fisionomia stessa del diritto penale è stata affrontata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 249 del 2010, avente ad oggetto l'articolo 61, n. 11 *bis*, c.p., articolo introdotto dal d.l. 23.5.2008, n. 92, disciplinante l'aggravante speciale della clandestinità. Secondo la Consulta la qualità di immigrato "irregolare" tende a diventare uno stigma, un "tipo d'autore" assoggettato, per questa sua qualità, ad un trattamento sanzionatorio più severo.

²⁶⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 453.

quale la recidiva è tendenzialmente produttiva di effetti sulla base del mero dato formale della commissione del nuovo reato dopo una precedente condanna passata in giudicato; una concezione “sostanziale”, espressa attraverso la valorizzazione della qualificazione della recidiva come circostanza del reato, secondo la quale la recidiva è tendenzialmente produttiva di effetti anche indiretti solo se il giudice ne accerti i presupposti e la dichiari, verificando non solo l’esistenza del presupposto formale costituito dalla previa condanna, ma anche, nel caso di recidiva facoltativa, del presupposto sostanziale costituito dalla maggiore colpevolezza e dalla maggiore pericolosità del reo.²⁶⁶

Il rinvio operato dal comma quinto dell’articolo 99 c.p. all’articolo 407, c.p.p. comporta che nel caso in cui venga commesso uno dei delitti di cui al catalogo di reati *ex* articolo 407 c.p.p., il P.M. sarà obbligato a contestare la recidiva e il giudice dovrà obbligatoriamente applicarla.²⁶⁷

In questo senso si riscontra, nella pratica, una presunzione *iuris et de iure* circa la pericolosità sociale da parte del soggetto che venga a trovarsi in tale condizione.

La legge *ex* Cirielli inoltre, introducendo l’ultimo comma dell’articolo 69 c.p., ha stabilito il divieto di prevalenza delle circostanze qualora si proceda a carico di un soggetto già recidivo, cioè recidivo reiterato *ex* articolo 99, comma quarto, c.p., oppure a carico di persona imputata per i reati di cui agli artt. 111, 112, comma primo, n. 4, c.p. Pertanto, dopo l’entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, il principale problema interpretativo affrontato dalla giurisprudenza è stato quello della natura della recidiva reiterata e della sua incidenza sul giudizio di valenza ai sensi dell’articolo 69, comma quarto, c.p.

L’orientamento seguito dalla Corte di Cassazione riconosce alla stessa il carattere facoltativo, ossia discrezionale nell’*an* e vincolata nel *quantum*, salvo il caso in cui essa diventa obbligatoria nell’*an*, ai sensi dell’articolo 99, comma quinto, c.p., essendo il nuovo delitto compreso nell’elenco di cui all’articolo 407, comma 2, lett. a), c.p.p.²⁶⁸

²⁶⁶ La giurisprudenza in materia di recidiva non sempre risulta lineare e coerente proprio in ragione della diversità interpretativa della stessa che sottende l’adesione all’una o all’altra concezione. In realtà, si tratta di un’alternativa alquanto risalente, riscontrabile addirittura in epoca anteriore alla riforma del 1974, quando la recidiva era sempre obbligatoria. Sul punto G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁶⁷ Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, Calibè, in www.penalecontemporaneo.it

²⁶⁸ Sulla recidiva obbligatoria v. Cass., sez. IV, 30 giugno 2009, n. 2666 del 2009, in *Dejure*, 2010; Cass., sez. II, 5 dicembre 2007, n. 46243, in *C.e.d.*, 2008; Quanto ai criteri che il giudice deve applicare nell’esercizio del potere discrezionale che è alla base del riconoscimento della recidiva facoltativa, essi sono costantemente individuati nella maggiore colpevolezza del fatto e nella maggiore pericolosità dell’autore del reato, il che comporta per il giudice un corrispondente obbligo motivazionale. Anche su detto punto la giurisprudenza, però, non appare univoca. al riguardo.

In definitiva, la limitazione del giudizio di valenza di cui all'articolo 69, comma quarto, c.p., va intesa nel senso che le circostanze attenuanti non possono essere dichiarate prevalenti sulle aggravanti nel caso in cui ricorrano gli estremi della recidiva reiterata *ex* articolo 99, comma quarto c.p. o perché il giudice riconosce la recidiva facoltativa, ritenendone sussistenti i presupposti formali e sostanziali, o perché la recidiva è obbligatoria e quindi deve essere dichiarata dal giudice per essere il nuovo delitto ricompreso nella previsione dell'articolo 407, comma 2, lett. a), c.p.p. Al di fuori di queste ipotesi il giudizio di valenza non è soggetto ad alcuna limitazione.²⁶⁹

La recidiva, allorché comporta un aumento di pena superiore ad un terzo, viene considerata “circostanza ad effetto speciale”.²⁷⁰ L'assunto di cui all'articolo 69, comma quarto, c.p., vale anche qualora si tratti di recidiva obbligatoria *ex* articolo 99, comma quinto, c.p.²⁷¹

Alla disposizione contenuta nell'articolo 69, comma quarto, c.p., si è pure accostata la normativa innovata dell'articolo 81, comma quarto, c.p. che, in tema di reato continuato, introduce l'obbligo per il giudice di applicare un aumento minimo di pena, pari ad un terzo, nei confronti dei soggetti recidivi reiterati.²⁷² La Corte costituzionale, con alcune pronunce di illegittimità, ha recepito il “malcontento” relativo all'applicazione di rigidi automatismi sanzionatori, permettendo così la realizzazione di nuove conquiste nella battaglia contro il “divieto di prevalenza” sancito dall'articolo 69, comma quarto, c.p.²⁷³

La Consulta, invero, *in primis* ha censurato l'articolo 69, comma primo, c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'articolo 73, comma quinto, d.P.R. n. 309 del 1990 sulla recidiva di cui all'articolo 99, comma quarto, c.p.²⁷⁴

²⁶⁹ Cass., sez. V, 30 gennaio 2009, n. 13658, Maggiani, Rv. 243600: “Il divieto di prevalenza, nel giudizio di comparazione, delle circostanze attenuanti nel caso di recidiva reiterata di cui all'articolo 99, comma quarto, c.p., opera soltanto se il giudice in concreto ritenga di disporre l'aumento di pena per la recidiva, oltre che nel caso in cui la recidiva reiterata sia obbligatoria per essere il nuovo delitto compreso nell'elencazione di cui all'articolo 407, comma secondo, lett. a), c.p.p.

²⁷⁰ In tal senso Cass., sez. un., 24 maggio 2011, n. 20798, in www.penalecontemporaneo.it, commento di G.L. GATTA.

²⁷¹ Cass., sez. II, 16 giugno 2009, n. 26517, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁷² G. CIVELLO, *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p.: due nuove conquiste nella battaglia contro il “divieto di prevalenza”*, in *Arch. Pen.*, n. 2, 2014, p. 2 ss.

²⁷³ S. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: “tre colpi e sei fuori”?*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, p. 53 ss.; G. FLORA, *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1325 ss.

²⁷⁴ C. cost., sent., 15 novembre 2012, n. 251, in Trattasi del cosiddetto “fatto di lieve entità”, in quanto si precluderebbe al giudice di adeguare la risposta sanzionatoria al caso di specie, imponendo una sanzione palesemente sproporzionata, dunque avvertita come ingiusta dal condannato.

Nella predetta pronuncia la Corte costituzionale ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale, con riferimento al parametro dell'articolo 3 Cost., valutando le specifiche cornici edittali previste dai commi primo e quinto dell'articolo 73, d.P.R. n. 309 del 1990, ossia rispettivamente la reclusione da sei a vent'anni e la reclusione da uno a sei anni, cornici che, peraltro, risultano presidiare due nuclei criminologici e di tipicità distinti ed eterogenei.

La Consulta ha, al riguardo, evidenziato l'abnorme enfaticizzazione delle componenti soggettive o d'autore riconducibili al meccanismo della recidiva reiterata, a scapito delle componenti oggettive del reato. La Corte costituzionale, con una decisione definita di "illegittimità parziale interpretativa" ha pertanto assunto un approccio cosiddetto "individualizzante" adottato con sentenza n. 251 del 2012.²⁷⁵ Attraverso detta sentenza, la Corte costituzionale si è spinta "oltre" e ha censurato direttamente il cuore dell'automatismo congegnato dalla legge *ex Cirielli* – seppur limitatamente alla fattispecie di cui all'articolo 73, comma quinto, d.P.R. n. 309 del 1990 – ritenendolo manifestamente irragionevole poiché, a fronte di condotte di "minima offensività penale" indirizza l'individuazione della pena concreta verso un'abnorme enfaticizzazione delle componenti soggettive riconducibili alla recidiva reiterata.

La Consulta ha precisato, altresì, che *"i due aspetti della colpevolezza e della pericolosità pur essendo pertinenti al reato, non possono assumere, nel processo di individualizzazione della pena, una rilevanza tale da renderli comparativamente prevalenti rispetto al fatto oggettivo"*.

Successivamente, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'articolo 648, comma secondo, e 609 *bis*, comma terzo, c.p., sulla recidiva di cui all'articolo 99, comma quarto, c.p.

Con particolare riferimento alla disposizione dell'articolo 69, comma quarto, c.p., quindi, il diritto vivente ha manifestato, fin dal principio dell'entrata in vigore della legge *ex Cirielli*, una spiccata insofferenza nei confronti del divieto di prevalenza citato, poiché lo stesso, con una sorta di automatismo applicativo, è stato volto a limitare, in maniera forse eccessiva, la discrezionalità del giudice nella commisurazione del trattamento sanzionatorio.

Detto atteggiamento di dissenso e di scontento ha indotto, molto presto, anche la giurisprudenza di merito e di legittimità, a mitigare l'eccessivo rigore dell'articolo 69, comma quarto c.p.

Nello specifico, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno ritenuto, pur in presenza della rituale contestazione della recidiva reiterata ad opera del P.M., la possibilità per il giudice di escluderne in concreto l'applicazione, salvo i casi previsti *ex* articolo 99, comma quinto, c.p.,

²⁷⁵ G. CIVIELLO, *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p.*, cit., p. 7.

evitando così non solo l'aumento notevole di pena di cui all'articolo 99, comma quarto, c.p. ma anche "neutralizzando" la recidiva ad ogni altro effetto, compreso il divieto di prevalenza ex articolo 69, comma quarto, c.p.²⁷⁶

Con la predetta pronuncia la Suprema Corte ha ribadito la natura facoltativa e discrezionale della recidiva semplice, aggravata e reiterata considerata più aderente ai principi costituzionali in tema di ragionevolezza, proporzione, personalizzazione e funzione rieducativa della risposta sanzionatoria.²⁷⁷ Secondo detta pronuncia, nell'ipotesi di recidiva reiterata, pertanto, il giudice dovrebbe rinvenire, nel caso concreto, elementi o circostanze tali da giustificare la "disapplicazione" della predetta recidiva reiterata, pur regolarmente contestata dall'accusa.

Qualora, invece, tali circostanze non fossero emerse nell'ipotesi concreta, il vincolo del divieto di prevalenza si dovrebbe applicare alla commisurazione sanzionatoria, impedendo l'estromissione della recidiva reiterata e del suo regime sostanziale e processuale.²⁷⁸ In principio la dottrina ha disquisito sul fatto se la disciplina dettata dall'articolo 99, comma quinto, c.p. si riferisse a tutte le figure di recidiva o piuttosto, riferita solo alla recidiva reiterata.²⁷⁹ A quest'ultimo riguardo, la giurisprudenza di legittimità ha affrontato il quesito se a ciascuna delle forme di recidiva, corrisponda una figura di recidiva obbligatoria. Il quesito ha trovato risposta positiva come si evince dalle pronunce della Suprema Corte.²⁸⁰

La struttura dell'articolo 99 c.p. come riformato dalla legge ex Cirielli prevede, in alcuni casi, degli aumenti di pena determinati in misura fissa non graduabile da parte del giudice, con buona pace della discrezionalità tecnica e del libero convincimento del giudice.²⁸¹

Per qualche tempo la nuova fisionomia della recidiva ha retto, sia pure attraverso una logica paradossale di disattivazione delle preclusioni imposte dal legislatore, attraverso il

²⁷⁶ Al riguardo, Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, in *C.e.d.* In tale pronuncia la Suprema Corte ha avuto modo di motivare come segue: "La praticabilità di un'opzione ermeneutica nel senso dell'avvenuta reintroduzione legislativa di rigidi meccanismi presuntivi (con ricadute come si è detto, non solo sull'aumento della pena ma su vari altri effetti commisurativi riconnessi alla recidiva), con la conseguente elisione del potere discrezionale del giudice di apprezzare, in termini di riprovevolezza della condotta e pericolosità del suo autore, il reale significato del dato meramente oggettivo costituito dalla ripetizione dei delitti, è stata esclusa dalla prevalente giurisprudenza di legittimità fin dalle prime pronunce in argomento".

²⁷⁷ Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, in *C.e.d.*

²⁷⁸ Corte cost., 14 giugno 2007, n. 192, in *Giur. Cost.*, 2008.

²⁷⁹ Cass., sez. V, 3 luglio 2014, ord. n. 37443, in *C.e.d.*

²⁸⁰ Cass., sez. un., 24 febbraio 2011, n. 20798, in *Dejure*.

²⁸¹ G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, Voce per "Il libro dell'anno Treccani 2014", in www.penalecontemporaneo.it, p. 2.

meccanismo per il quale gli effetti cosiddetti “indiretti” della recidiva operano solo in caso di concreta “applicazione” della circostanza.²⁸²

Le pene comminate in base ai predetti “parametri” della recidiva, appaiono, nella prassi concreta, sproporzionate rispetto al fatto commesso, con effetti ancor più pesanti per i recidivi reiterati. Tale effetto dell’istituto crea delle problematiche in ordine al principio costituzionale di uguaglianza nella prospettiva della ragionevolezza poiché solo la possibilità di adattare il trattamento sanzionatorio alle caratteristiche dei casi concreti consente di differenziare la risposta punitiva riguardo a situazioni difformi.

Ratio di tale più severo regime sanzionatorio, fondato sulla maggior colpevolezza del soggetto, che torna a delinquere dopo una precedente sentenza di condanna, o sulla maggiore pericolosità dell’autore, di cui il reato risulta sintomo.²⁸³

La stessa Corte costituzionale ravvisa nella recidiva l’espressione “*della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità*” del soggetto.²⁸⁴

In questo caso si considera l’aumento di pena per il recidivo come conseguenza di una maggiore colpevolezza per il fatto commesso, per non essersi lasciato l’agente distogliere dalla commissione dello stesso nonostante la precedente condanna.²⁸⁵ Il fulcro della valutazione penalistica si è spostato dal fatto all’autore, con conseguente rottura dell’equilibrio che nell’ambito di un diritto penale costituzionalmente orientato dovrebbe intercorrere tra dimensione oggettiva e dimensione soggettiva dell’illecito penale.

Il recente intervento normativo non si è limitato ad un generale inasprimento dei trattamenti sanzionatori ma ha anche ampliato il ventaglio dei cosiddetti “effetti giuridici minori” della recidiva.²⁸⁶ Infatti, a quelli già previsti in materia di amnistia, oblazione, sospensione condizionale della pena, estinzione della stessa, perdono giudiziale, indulto, liberazione condizionale e riabilitazione, la riforma ha aggiunto gli effetti dell’istituto in esame su prescrizione, continuazione e bilanciamento delle circostanze. Inoltre, l’applicazione della nuova recidiva ai soli delitti non colposi ha accentuato il profilo retributivo della pena,

²⁸² Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, in *Cass. pen.* 2011, p. 2094, con nota di F. ROCCHI, *Il patteggiamento dei recidivi reiterati: un problema di “discrezionalità bifasica” o di politica legislativa?*

²⁸³ G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in www.penalecontemporaneo.it

²⁸⁴ C. cost. 14 giugno 2007, n. 192, in *Dir. pen. proc.* 2008, p. 327; dove, interrogandosi sulla facoltatività della recidiva, afferma che questa “*compporta un accertamento in concreto della particolare insensibilità e pericolosità sociale del soggetto*”.

²⁸⁵ F. VIGANO, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell’ordinamento italiano*, in M. PAVARINI, L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, Bologna, 2013, p. 48 ss.

²⁸⁶ V. L. PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida dir.*, n. 1, 2006, p. 61.

ridimensionandone la vocazione special - preventiva. L'intento, non così oscuro, è quello di differenziare il recidivo dal reo attraverso la riproposizione di un doppio binario o "corsia a parte" che prevede un trattamento mite per i cosiddetti "primari" e un trattamento rigido per i recidivi, reputati come una sorta di soggetti incorreggibili perché ritenuti, in maniera presuntiva e aprioristica, strutturalmente inclini alla commissione di reati.

Come osservato, nella recidiva obbligatoria, l'applicazione di una pena maggiore è automatica per tutti i nuovi reati compiuti appartenenti all'elenco di cui all'articolo 407, comma secondo, lettera a), c.p.p. Quest'ultimo elenco è tutt'ora oggetto di critiche per la non omogeneità rispetto all'entità della pena e per il fatto che casi di maggiore gravità rimangano esclusi dal regime di obbligatorietà. Più idonea sarebbe stata la scelta di un criterio basato sull'omogeneità del tipo di illecito, indice rivelatore di un'attitudine criminale in grado di giustificare il trattamento di maggiore rigore.

Lo speciale statuto del recidivo reiterato coinvolge anche il bilanciamento delle circostanze, riducendo il potere discrezionale del giudice nella concessione delle attenuanti e nel relativo giudizio di bilanciamento, al punto da annullarlo per effetto di veri e propri automatismi che minimizzano ogni valutazione della gravità del fatto e della personalità del reo. In tal caso, il legislatore presume che le eventuali aggravanti siano indice di una personalità talmente compromessa da impedire un'irrogazione di pena al di sotto di determinate soglie.²⁸⁷

La previsione di cospicui aumenti di pena per il recidivo possono essere spiegati solo come neutralizzazione della pericolosità mostrata dal suo autore. Accanto all'effetto relativo alla verosimile sproporzione della pena comminata, l'attuale disciplina della recidiva mostra sintomi di frizione anche con il principio di rieducazione della pena *ex* articolo 27, comma terzo, Cost.²⁸⁸ La necessaria finalizzazione rieducativa della pena deve attuarsi non solo riguardo alle modalità esecutive, ma anche mediante una corrispondenza tra il fatto e la misura della sanzione irrogata, dalla quale soltanto può scaturire una percezione sociale e individuale, in termini di giustizia, della punizione applicata. In definitiva, la recidiva considera il reo per "quello che è diventato" e per ciò solo meritevole di maggiore punizione, nonché quale responsabile dell'allarme sociale per il quale si invoca, da parte dei consociati, un più sicuro e incisivo apparato sanzionatorio. Tale visione del delinquente recidivo assume a monte la incorreggibilità del reo per il quale, evidentemente, il pregresso percorso rieducativo non ha

²⁸⁷ Cass., 28 giugno 2005, in Guida dir., n. 1, 2006, p. 59.

²⁸⁸ Sul tema, A. MELCHIONDA, La nuova disciplina della recidiva, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 181 ss.

sortito alcun effetto, o almeno non nel senso positivo di non ricaduta nel reato. Nel luglio del 2014, con una netta inversione di tendenza rispetto al passato, la Quinta Sezione della Corte di cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo 99, comma quinto, c.p. per contrasto con i principi di uguaglianza, di ragionevolezza e di proporzionalità della pena ex artt. 3 e 27, comma 3 Cost.²⁸⁹

La Corte, al riguardo, si è soffermata sul regime di obbligatorietà della recidiva in relazione a un elenco di delitti non colposi, di particolare gravità, elencati nell'articolo 407, comma secondo lett. a), c.p.p. L'articolo 99, comma quinto c.p. fa riferimento, come osservato, al discutibile automatismo basato sulla presunzione assoluta di più accentuata colpevolezza e maggiore pericolosità del reo, delineata dal legislatore con un altrettanto discutibile riferimento all'articolo 407, comma secondo, lett. a), c.p.p. Come precedentemente evidenziato, la recidiva obbligatoria di cui all'articolo 99 comma quinto c.p., rispetto alle altre categorie di cui ai quattro commi precedenti, non rappresenta una nuova forma di recidiva ma costituisce, piuttosto, una particolare qualificazione delle predette categorie, avente quindi la mera funzione di superare la facoltatività che le contraddistingue.

In realtà, vi sarebbero tante figure di recidiva obbligatoria quante sono le ipotesi di recidiva previste.²⁹⁰ A venire in rilievo nella pronuncia della Corte di Cassazione, è la commissione del cosiddetto "reato espressivo", ossia quello richiamato nel predetto "catalogo" ai fini dell'applicazione della recidiva obbligatoria che non implicherebbe necessariamente la corrispondenza col reato commesso in precedenza dal reo, denominato "fondante".²⁹¹ A parere della Suprema Corte, l'accertamento della significatività del nuovo episodio delittuoso, sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo, infatti, risulta totalmente estraneo alla disciplina della recidiva obbligatoria dettata dalla norma ex articolo 99 comma quinto c.p., poiché *"preclude al giudice l'accertamento della concreta significatività del nuovo episodio delittuoso, in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei precedenti e avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 c.p."*²⁹²

²⁸⁹ Cass., sez. V, 3 luglio 2014, ord. n. 37443, in www.penalecontemporaneo.it; tale ordinanza della Cassazione, segue a pronunce di segno opposto, che in passato hanno invece sempre dichiarato l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale relative all'unica ipotesi di recidiva obbligatoria introdotta nell'art. 99 c.p. in occasione dell'ultima riforma dell'istituto, dopo che la precedente riforma del 1974 aveva sostituito l'originario e generalizzato regime obbligatorio della recidiva con quello facoltativo.

²⁹⁰ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, cit., p. 506.

²⁹¹ Cass., sez. un., 24 febbraio 2011, n. 20798, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁹² C. cost., sent. 13 aprile 2010, n. 139, in *Giur. Cost.*, 2010.

Una preclusione questa che deriva da un automatismo basato su una presunzione assoluta di una più accentuata colpevolezza e di una maggiore pericolosità del reo delineata dal legislatore con riferimento ai delitti espressivi ricompresi nel catalogo di cui all'articolo 407, comma secondo, lett. a), c.p.p. Ebbene, secondo la Corte la norma di cui all'articolo 99, comma quinto, c.p., configurerebbe una presunzione irragionevole e pertanto è da ritenersi in contrasto con l'articolo 3 Cost., non rispondendo la norma ai dati di comune esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*.²⁹³

Gli effetti della recidiva, soprattutto se reiterata, non risparmiano neppure l'ambito di esecuzione della pena. Al riguardo, il d.l. 78 del 2013, conv. con modifica in legge n. 94 del 2013 ha previsto l'eliminazione di alcuni automatismi carcerari che impedivano l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione, ai condannati a cui era stata applicata la circostanza aggravante della recidiva reiterata di cui all'articolo 99, comma quarto, c.p.

Nello specifico, sono stati abrogati i commi 1.1 e 1 bis dell'articolo. 47 *ter*, e 50 bis, ord. penit.²⁹⁴

Pertanto, relativamente alla fase esecutiva, con il d. l. 78 del 2013, per la prima volta, il legislatore fa un passo indietro, smantellando, seppur parzialmente, il sistema di preclusioni legate, in questo caso, all'istituto della recidiva.²⁹⁵Altra modifica importante è rappresentata dalla soppressione del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione delle condanne a pena detentiva di cui all'articolo 656, comma quinto, c.p.p., che era stabilito appunto nei confronti dei recidivi reiterati. Tale scelta di carattere generale è stata dettata dalla constatazione della scarsa significatività, in termini di difesa sociale, della presunzione assoluta di pericolosità a carico della categoria dei condannati recidivi. Una novità, quindi, da considerare in termini di indubbia positività, nell'auspicio che possa costituire l'esordio di una significativa inversione di tendenza, in grado di ricostituire la crepa creatasi a seguito del contrasto provocato verso i principi costituzionali.

Si auspica, altresì, la produzione conseguente di effetti sul piano concreto relativamente al decremento dell'importante entità numerica dei condannati plurirecidivi detenuti nelle carceri italiane.

²⁹³ G.L. GATTA, La Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 27, comma terzo, Cost., 29 settembre 2014, *in* www.penalecontemporaneo.it.

²⁹⁴ A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale, I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Torino, 2014, p. 95. La disposizione abrogata prevedeva, infatti, limiti rispetto all'accesso alla semilibertà e una preclusione radicale rispetto alla detenzione domiciliare surrogatoria dell'affidamento in prova al servizio sociale.

²⁹⁵ Relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione del d.l. 78 del 2013, a.s. 896, *in* www.senato.it.

L'ACCERTAMENTO DELLA PERICOLOSITA' SOCIALE DELL'IMPUTATO

1. Concetti introduttivi. — Come già affermato nel capitolo che precede, la pericolosità assurge a tratto fondamentale nonché presupposto di natura soggettiva per l'applicazione delle misure di sicurezza.

Per questo motivo la trattazione del presente capitolo, si occuperà di svolgere un'analisi, quanto più accurata possibile, in merito all'accertamento della stessa in seno al processo.

Verrà perciò seguito un "viaggio" di natura ideale che inizierà trattando del rapporto fra pericolosità sociale e misure cautelari e della loro possibile applicazione, quale fase iniziale di un percorso processuale. Passando poi alla valutazione circa la capacità dell'imputato di partecipare consapevolmente al processo.

Successivamente ci si occuperà del rapporto relativo all'accertamento della pericolosità durante il processo ed in special modo ne verranno sottolineati i profili di criticità che essa pone in sede giudiziaria.

Ciò posto, cercando di rilevare preliminarmente le incongruenze intercorrenti fra di essa e la norma di cui all'articolo 133 c.p., sottolineando le problematiche inerenti la perizia ed i suoi limiti. Tenendo sempre conto però dell'apporto fondamentale delle scienze nel processo ed in special modo dell'ausilio procurato della psichiatria forense.

Concludendo quindi con doveroso sguardo al giudizio prognostico del giudice ed infine ai possibili esiti al termine delle sue valutazioni e perciò alla fine del processo.

2. Pericolosità sociale e misure cautelari: un rapporto complesso. — La nozione di pericolosità sociale diviene rilevante anche e soprattutto durante il processo, ciò in particolare in sede di accertamento della stessa.

Il tema in esame inerisce sia la fase del procedimento che quella del processo e ciò in relazione alla possibile applicazione delle misure cautelari. Le misure cautelari, disciplinate agli articoli 272 ss. c.p.p., sono provvedimenti di differente tipologia utilizzate dalla Autorità giudiziaria, sia durante le indagini preliminari sia durante il processo.¹

¹ F. CAPRIOLI, *Pericolosità e processo penale*, in M. PAVARINI - L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, Bologna, 2013, p. 22-23.

Le predette possono comportare effettivi restrittivi della libertà personale, se misure personali, oppure effettivi limitativi nella disponibilità di beni, se misure a carattere reale.

La *ratio* delle misure in oggetto è insita nel fatto che il tempo utile alla conclusione del processo possa mettere a repentaglio lo svolgimento della attività giudiziaria, compromettendone lo svolgimento e il risultato.²

Le suddette, come già sottolineato, si suddividono in misure cautelari personali e misure cautelari reali.

In questa sede, ci si dedicherà prettamente all'analisi delle misure cautelari personali in quanto tematica inerente la pericolosità sociale. E' bene innanzitutto precisare che le misure cautelari personali, si distinguono in misure cautelari coercitive e misure cautelari interdittive, le quali consistono nella limitazione della libertà personale.

Le misure in questione possono essere applicate dal giudice, come anticipato precedentemente, sia nella fase delle indagini preliminari che in quella prettamente processuale e la loro imposizione è vincolata dall' assenza di una qualunque causa estintiva del reato o causa estintiva della pena, di giustificazione o di non punibilità.

A norma dell'articolo 272 c.p.p. anche le misure di cautelari quanto le sanzioni, sono sottoposte al principio di legalità, invero l'articolo summenzionato disciplina espressamente che: *“Le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo”*.

Oltre a quanto appena affermato, secondo quanto disposto dall' articolo 273 c.p.p., assurge a presupposto essenziale di natura applicativa, il *fumus commissi delicti* ovvero la necessità che rispetto all' ipotesi di reato sussistano gravi indizi di colpevolezza.³

Tuttavia la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza diviene condizione necessaria ma non sufficiente perché le libertà della persona possano essere limitate per fini di giustizia.⁴

Affinchè un bene tendenzialmente inviolabile come la libertà personale venga compresso non è sufficiente il *fumus* di responsabilità penale ma si richiede la necessaria presenza di esigenze cautelari.

² M. SERRAINO, *Tutela cautelare e salvaguardia dei diritti della persona*, in A. GABOARDI - A. GARGANI - G. MORGANTE - A. PRESOTTO - M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, Torino, 2013, p. 199 ss.

³ S. QUATTROCOLO, *Aporie e presunzioni nei criteri selettivi della tutela cautelare personale. Verso il crepuscolo del giudizio di proporzionalità e adeguatezza*, in A. GABOARDI - A. GARGANI - G. MORGANTE - A. PRESOTTO - M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere, Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, p. 217 ss.

⁴ P. CORSO, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *Procedurale penale*, Torino, 2017, p. 366.

Di qui il configurarsi di tre *pericula libertatis* in presenza dei quali il codice consente limitazioni alle libertà della persona con gravi indizi a carico.⁵

L' articolo 274 c.p.p. disciplina tre situazioni di esigenza cautelare, fra le quali, il pericolo di inquinamento delle prove (lett. a), sempre che si tratti di pericolo concreto e attuale; il pericolo di fuga dell'imputato, l'imputato si è dato alla fuga o vi è concreto pericolo che egli si dia alla fuga, sempre che il giudice ritenga che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione (lett. b); ed infine la pericolosità sociale (lett. c), cioè il concreto pericolo che il soggetto indagato commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale oppure delitti di criminalità organizzata, oppure della stessa specie di quello per il quale si procede.

In tal caso può essere irrogata la custodia cautelare solamente se la pena massima prevista per il reato è uguale o superiore a quattro anni.

Ai nostri fini, è bene concentrare l'attenzione alla lettera c) dell' art. 274 c.p.p. che stabilisce che: le misure cautelari sono disposte: *“quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni nonché per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'articolo 7 della legge 2 maggio 1974, n. 195, e successive modificazioni. Le situazioni di concreto e attuale pericolo, anche in relazione alla personalità dell'imputato, non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede”*.

Dal dettato normativo si desume che il terzo *periculum libertatis*, individuato a livello legislativo, è definito da esigenze di tutela della collettività connesse alla pericolosità sociale del soggetto.⁶

⁵ P. CORSO, *Le misure cautelari*, in AA. VV., *Procedurale penale*, cit., p. 367.

⁶ F. CAPRIOLI, *Pericolosità e processo penale*, cit., p. 35; ma anche, Cass., sez. II, 17 maggio 2019, n. 27272, in *Dejure*, 2019.

La Cassazione infatti con sentenza n. 11511 del 9 marzo 2017 precisa espressamente che, " *il requisito dell'attualità del pericolo di reiterazione del reato, "... non richiede la previsione di una specifica occasione per delinquere, ma una valutazione prognostica fondata su elementi concreti, idonei a dar conto della effettività del pericolo di concretizzazione dei rischi che la misura cautelare è chiamata a realizzare*".⁷

Il legislatore, invero, richiama apertamente il concreto pericolo della reiterazione di gravi delitti, questi ultimi sono da identificare in relazione alla natura dell'interesse offeso dalla condotta criminosa e all'apprezzamento della gravità della fattispecie effettuato dal legislatore con la previsione della pena.

Per disporre una misura cautelare, pertanto, il giudice è chiamato a compiere un giudizio prognostico di pericolosità sociale che tenga conto tanto di elementi obiettivi, quali ad esempio le specifiche modalità e circostanze di fatto, quanto di elementi soggettivi, come la personalità dell'indagato o dell'imputato, anche se questi ultimi devono essere desunti tenendo conto di circostanze di fatto.⁸

In altre termini, l'articolo in esame si riferisce, anche se non formalmente, al dettato dell'articolo 133 c.p., norma cardine per determinare la qualità di persona socialmente pericolosa.⁹

Tuttavia è opportuno precisare che l'accertamento della pericolosità sociale richiesto per la disposizione di una misura cautelare è in parte differente da quello descritto dall'articolo 203 c.p.

Questo in base al fatto che, mentre la norma di diritto penale sostanziale fa genericamente riferimento alla probabile commissione di nuovi fatti di reato, la norma processual-penalistica richiede la probabile commissione di gravi delitti, tassativamente individuati, fra i quali ad esempio, i delitti commessi con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale; i delitti diretti contro l'ordine costituzionale; i delitti di criminalità organizzata; i delitti della stessa specie di quello per cui si procede puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni.

Ciò evidenzia che per la disposizione di una misura cautelare, che sulla base di quanto stabilito dall'articolo 275 c.p.p. deve essere idonea a garantire le esigenze cautelari, è necessario che l'indagato o l'imputato manifesti una pericolosità sociale qualificata; come già detto, di fatto,

⁷ Cass., sez. II, 9 marzo 2017, n. 11511, in *De jure*.

⁸ G. GAROFOLI, *Diritto processuale penale*, Milano, 2017, p. 300. Come ad esempio, i comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali.

⁹ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 210.

il descritto giudizio prognostico deve concretarsi nella dichiarazione di una concreta probabilità di commissione di taluno dei delitti indicati nel suddetto articolo 274 c.p.p.¹⁰

Per quanto concerne i criteri di scelta delle misure, il giudice considererà l' idoneità di ciascuna rispetto alle differenti esigenze cautelari da soddisfare, come stabilito dal comma primo dell' articolo 275 c.p.p.

Inoltre, sempre in tema di applicazione della misura, devono essere osservati due principi indicati nei commi secondo e terzo dello stesso articolo, ossia il principio di adeguatezza, secondo il quale la misura della custodia cautelare in carcere deve essere irrogata solo come *extrema ratio*, ossia solamente nel caso in cui le altre risultino inadeguate, ponendo a fondamento di tale scelta la ragione per cui si ritengano inadeguate misure cautelari meno afflittive.

Oltre a il principio predetto per l' irrogazione della misura è necessario rispettare anche il principio di proporzionalità, a ragion del quale la misura applicata deve essere proporzionata alla entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata.

3. La partecipazione al processo dell'imputato. — Prima di addentrarsi nell' analisi dello spinoso tema dell' accertamento della pericolosità sociale durante il processo, è bene concentrare l' attenzione su di un aspetto quasi di natura preliminare ossia la partecipazione consapevole dell' imputato al processo.

L' imputato, quale parte essenziale del procedimento penale, deve poter partecipare coscientemente alla celebrazione del processo, stante il suo irrinunciabile diritto di difesa ed inoltre per far sì che il processo si svolga con le garanzie del sistema accusatorio delineato dalla Costituzione, è necessario perciò che lo stesso possa stare in giudizio, con il patrocinio di un difensore.¹¹

In caso contrario gli viene data la possibilità di scegliere, liberamente, di non prendervi parte, facendosi assistere da un difensore nominato di fiducia, o nominato d' ufficio dal giudice.¹²

Affinché ciò avvenga, il giudice procede alla *vocatio in ius* secondo quanto disposto dal terzo comma dell' articolo 552 c.p.p. rubricato Decreto di citazione a giudizio: “*il decreto di citazione è notificato all' imputato, al suo difensore e alla parte offesa almeno sessanta giorni*

¹⁰ F. CAPRIOLI, *Pericolosità e processo penale*, cit. p. 40.

¹¹ V. GREVI, *Misure cautelari*, in G. CONSO - V. GREVI - M BARGIS., *Compendio di procedura penale*, Padova, 2017, p. 400 ss.

¹² V. GREVI, *Misure cautelari*, in G. CONSO - V. GREVI - M BARGIS., *Compendio di procedura penale*, Padova, 2017, p. 400 ss.

prima della data fissata per l'udienza di comparizione. Nei casi di urgenza, di cui deve essere data motivazione, il termine è ridotto a quarantacinque giorni”.

La partecipazione dell'imputato all'udienza è necessaria non solo, come già detto, per sostenere il proprio diritto di difesa, ma anche per una molteplicità di altre ragioni fra le quali possono enumerarsi: l'aver piena contezza dello svolgimento processuale, per rendere dichiarazioni c.d. spontanee al giudice, in ordine ai fatti di causa, ed ancora perché le altre parti processuali possano chiedere l'esame dell'imputato, ossia che questo venga interrogato in aula, trattando la sua dichiarazione come una “prova”, per giungere alla decisione finale.

Chiarita quindi l'importanza della presenza dell'imputato al processo è bene ora sottolineare che cosa implica tale presenza, o meglio la sua consapevolezza al processo.

Preliminarmente è necessario precisare che il codice opera una distinzione teorica fra capacità d'intendere e di volere,¹³ e capacità di stare in giudizio.

La prima denota la totale presenza delle facoltà mentali al momento del compimento del fatto di reato, ciò rispetto a quanto stabilito dall'articolo 88 c.p.¹⁴

La seconda, rappresentata l'attitudine ad esercitare, durante il corso del procedimento, tutti i poteri correlati alla qualità di imputato¹⁵, al fine di assicurare il diritto di autodifesa “*sul ritenuto presupposto dell'insufficienza della sola difesa tecnica*”.¹⁶

A tal riguardo, la disciplina vigente ha sancito che l'infermità sia essenziale nell'ottica processuale, quando impedisce la “cosciente partecipazione” dell'imputato al processo.

Nel disegno originario del codice di procedura penale, l'incapacità doveva essere sopravvenuta al fatto, per differenziarsi dal vizio totale di mente al momento della commissione del reato.

La Corte costituzionale, invero, con sentenza 20 luglio 1992, n. 340 aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 70 c.p.p. nella parte in cui dettava che l'incapacità processuale dovesse manifestarsi in un momento successivo al fatto di reato.¹⁷

La Corte aveva, per questo motivo, reputato incapace di stare in giudizio chi fosse inadatto a parteciparvi consapevolmente, a prescindere dal manifestarsi dell'infermità.¹⁸

¹³ Più ampiamente sul concetto di capacità di intendere e di volere cap. 5 § 3.

¹⁴ In argomento, P. MOSCARINI, *La verifica dell'infermità mentale nell'accertamento giudiziario penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 985 ss.

¹⁵ G. CONSO, *Capacità processuale penale*, in *Enc. dir.*, IV ed., Milano, 1960, p. 140.

¹⁶ C. LORE' - P. MOSCARINI, *La valutazione relativa alla incapacità processuale dell'imputato per infermità di mente*, in *Riv. it. medicina legale*, 1999, p. 375 ss.

¹⁷ C. cost. sent., 20 luglio 1992, n.240, in *Giur. Cost.*, 1993.

¹⁸ C. cost., sent. 20 luglio 1992, n. 340, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2737, con osservazione di M.G. AIMONETTO, *Sospensione del processo penale per infermità di mente dell'imputato*, p. 2744.

Vi è da precisare che l'incapacità processuale congloba in sé sia caratteri di natura patologica che la mancanza di fattori tali da portar alla sentenza di proscioglimento.¹⁹

Per tal ragione, *“se non deve essere pronunciata sentenza proscioglimento oppure sentenza di non luogo a procedere, e vi è motivo di credere che l'imputato non sia in grado di partecipare coscientemente al processo, il giudice, se occorre, dispone anche d'ufficio perizia, ai sensi dell'art. 70, comma 1, c.p.p., con le forme previste per il dibattimento, anche laddove ci si trovi in una fase anteriore.”*²⁰

Dalla lettura della disposizione in esame è possibile desumere che il giudice possa ordinare anche la mera acquisizione di documenti adatti a suffragare l'incapacità, e ciò per evitare un inutile dispendio di energie, dinnanzi a tentativi di simulare un'infermità inesistente da parte dell'imputato.

In taluni casi tuttavia la perizia si dimostra inutile, poichè il *deficit* è riconoscibile a colpo d'occhio ed è possibile desumerlo da manifestazioni evidenti, riscontrabili secondo la comune esperienza pure in assenza di specifiche conoscenze mediche; oppure nel caso in cui sia stata espletata precedentemente una perizia per verificare l'imputabilità oppure ancora nel caso in cui vi sia stato un progresso ricovero in apposita struttura.²¹

Nell'ipotesi contraria, in cui il giudice valuti indispensabile effettuare perizia, durante il tempo necessario per gli accertamenti, non si verifica una sospensione del processo.

Nei casi in cui venga appurata l'incapacità reversibile dell'imputato, il giudice potrà procedere alla sospensione del processo, dopodichè sarà possibile procedere ad una verifica periodica delle condizioni dell'accusato; ciò per assicurare una ripresa del giudizio, quando il soggetto avrà recuperato le condizioni di capacità.

La normativa in esame è stata oggetto di recenti modifiche, ad opera della legge 23 giugno 2017 n. 103 la quale assoggetta, appunto, l'operatività del procedimento sospensivo all'accertamento della reversibilità dell'infermità.

E' bene però considerare che, prima del predetto intervento legislativo, la problematica in questione era stata sottoposta svariate volte all'attenzione della Corte costituzionale.

Senza pretese di esaustività si sottolineano in particolare due pronunce, la prima del 2013 e la seconda del 2015, entrambe prodromiche rispetto la l. 23 giugno 2017 n. 103.

¹⁹ E. TOMASSINI, *Imputato*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, p. 3003.

²⁰ Cass., sez. I, 8 luglio 2010, Coraci, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2308.

²¹ R.E. KOSTORIS, *sub art. 70 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, I, Torino, 1989, p. 350; M.G. AIMONETTO, *L'incapacità*, cit. p. 122.

In entrambe le situazioni, la norma posta al vaglio di legittimità costituzionale è stata l'articolo 159 c.p., avente ad oggetto la sospensione del corso della prescrizione.

Innanzitutto con la sentenza del 14 febbraio 2013 n. 23²², la Corte costituzionale, torna nuovamente ad occuparsi del tema dei c.d. "eterni giudicabili", questione che era già stata oggetto di un dibattito ventennale, svoltosi tra gli anni '90 e 2000. Nella decisione in esame sono stati portati all'attenzione del legislatore alcuni spunti di riflessione.

Il primo riguarda il caso in cui la previsione concernente l'incapacità irreversibile dovesse rivelarsi infondata, antecedentemente il decorrere dei termini prescrizionali; viene data così la possibilità di concludere il procedimento mediante una dichiarazione di improcedibilità con possibilità di revoca.

Il secondo riguarda invece la previsione di una quantità predefinita di accertamenti ai sensi dell'articolo 72 c.p.p.

A seguito della summenzionata pronuncia costituzionale si sono registrate prese di posizione assai critiche nei confronti della pronuncia n. 23 del 2013; la decisione in questione, di fatto, costituisce "una decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata"²³ cui, tuttavia, deve riconoscersi "un'efficacia persuasiva assai limitata".²⁴ Tra i diversi spunti di riflessione, è stato inoltre suggerito di "*svincolare la sospensione del processo dalla sospensione della prescrizione in presenza di un impedimento irreversibile dell'imputato*".²⁵

L'articolo 159 primo comma c.p., di fatto, disciplinava che fosse possibile sospendere il decorrere del termine di prescrizione del reato sino al momento in cui non fosse intervenuta la revoca dell'ordinanza di sospensione del procedimento. La disciplina in esame, così facendo, avrebbe garantito il diritto di difesa personale dell'imputato e la sua cosciente partecipazione al processo, andando però a porsi in contrasto con il principio di ragionevole durata del processo.

Perciò con sentenza²⁶ 25 marzo 2015 n. 45, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo 159, comma primo, c.p. nella parte in cui non escludeva la sospensione del termine di prescrizione del reato, all'esito dell'accertata incapacità irreversibile dell'imputato.

²² C. cost., sent. 14 febbraio 2013, n. 23, in *Giur. cost.*, 2013, p. 370; G. LEO, *Il problema dell'incapace «eternamente giudicabile»: un severo monito della Corte costituzionale al legislatore*, in www.penalecontemporaneo.it.

²³ R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007, p. 88.

²⁴ R. PINARDI, *L'inammissibilità di una questione fondata tra moniti al legislatore e mancata tutela del principio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 379.

²⁵ O. MAZZA, *L'irragionevole limbo processuale, degli "eterni giudicabili"*, in *Giur. Cost.*, 2013, p. 387.

²⁶ C. cost., sent. 25 marzo 2015, n. 45, in *Giur. Cost.*, 2015.

Così facendo, è stato possibile eliminare una delle diverse fragilità che intaccano il sistema, in particolare quella che riguardava i summenzionati “eterni giudicabili”, mediante una soluzione temporanea e solo in parte soddisfacente.²⁷

La Corte costituzionale, invero, riferendosi alla precedente sentenza del 2013, ha sottolineato l'impossibilità di sostituirsi al legislatore e inoltre di operare una scelta più opportuna.

Il sindacato della corte costituzionale, ha eliminato solamente l'effetto sospensivo della prescrizione una volta che si sia proceduto all' accertamento dell'infermità irreversibile dell'imputato.

Rimanevano dunque le incongruenze della disciplina nei confronti degli imputati di reati imprescrittibili, mediante la sottoposizione a periodici accertamenti sulla capacità processuale sino alla morte.

Parimenti, nei casi di reato prescrivibile, l'imputato non sarebbe sfuggito alla sorte di perenne giudicabile nel caso in cui fosse stato dichiarato il suo *status* di incapace irreversibile solo al termine del procedimento.

In questo senso è possibile ritenere la sentenza n. 45 del 2015, come già in parte detto, prodromica all' inserimento del nuovo articolo 72 *bis* c.p.p., ha raccolto così le istanze di quanti avevano sottolineato nel tempo le criticità della indefinita sospensione del procedimento per incapacità processuale dell'imputato.²⁸

Venendo poi alle novità apportate dalla legge 103/2017, essa comporta una precisazione di rilevante importanza, superando così l'ordinanza 21 ottobre 2013, n. 243 della Corte costituzionale secondo cui, le sole infermità fisiche irreversibili, tali da pregiudicare la possibilità di comprendere e di essere parte attiva del procedimento, possono ricollegarsi alla disciplina degli accertamenti e alla sospensione delle attività procedurali.²⁹

Ciò detto, secondo quanto disciplinato dall' articolo 72 c.p.p, primo comma *“Allo scadere del sesto mese dalla pronuncia dell'ordinanza di sospensione del procedimento, o anche prima quando ne ravvisi l'esigenza, il giudice dispone ulteriori accertamenti peritali sullo stato di*

²⁷G. ROMEO, *Gli “eterni giudicabili”*: di nuovo alla Consulta il problema della sospensione del processo e della prescrizione nei casi di incapacità irreversibile esclusa da infermità mentale irreversibile, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁸M. DANIELE, *Il proscioglimento per prescrizione dei non più “eterni giudicabili”*. La sorte degli imputati affetti da incapacità processuale irreversibile dopo la sentenza 45/2015 della Corte costituzionale, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁹C. cost., ord. 21 ottobre 2013, n. 243, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1405; su tale decisione, G. LEO, *La Consulta sulla disciplina dell'impedimento a comparire, di durata non determinabile, che discenda da patologie fisiche dell'imputato*, in www.penalecontemporaneo.it.

mente dell'imputato [312 ss. c.p.p.]. Analogamente provvede a ogni successiva scadenza di sei mesi, qualora il procedimento non abbia ripreso il suo corso. La sospensione è revocata con ordinanza non appena risulti che lo stato mentale dell'imputato ne consente la cosciente partecipazione al procedimento ovvero che nei confronti dell'imputato deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere.”

Allo stesso modo il giudice provvederà a ogni successiva scadenza di sei mesi, nel caso in cui il procedimento non abbia ripreso il suo corso.

Tramite il provvedimento di sospensione, il giudice nomina un curatore speciale dell'imputato, incaricando, di norma, il rappresentante legale. Il curatore, in questo caso può richiedere l'assunzione di prove, può assistere agli atti disposti sull'imputato, può proporre ricorso per cassazione avverso l'ordinanza di sospensione.³⁰

La sospensione, per di più, non preclude la possibilità di assumere prove, tenendo conto delle condizioni stabilite dal secondo comma dell'articolo 70 c.p.p.³¹

La disciplina summenzionata è basata principalmente sulla differenza tra capacità reversibile e irreversibile, così andando a modificare, in primo luogo, l'art. 71 c.p.p. ed introducendo inoltre il nuovo art. 72-bis c.p.p.

Il dispositivo dell'articolo 72 bis c.p.p. disciplina espressamente che: *“Se, a seguito degli accertamenti previsti dall'articolo 70, risulta che lo stato mentale dell'imputato è tale da impedire la cosciente partecipazione al procedimento e che tale stato è irreversibile, il giudice, revocata l'eventuale ordinanza di sospensione del procedimento, pronuncia sentenza di non luogo a procedere o sentenza di non doversi procedere, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca”.*

In altre parole quindi, l'improcedibilità per incapacità a stare in giudizio, può essere stabilita solamente a seguito di una diagnosi di irreversibilità dello *status*.

In questo modo verrà escluso che sia necessario attendere il decorso della prescrizione del reato per l'operatività dell'effetto estintivo, con conseguente beneficio anche per gli imputati di delitti imprescrittibili.

4. L' applicazione provvisoria delle misure di sicurezza. — Un altro aspetto relativo alla procedura applicativa delle misure di sicurezza lo si rinviene nell'articolo 206 c.p.: *“Durante l'*

³⁰ R.E. KOSTORIS, sub art. 70 c.p.p., cit., p. 355.

³¹ M. STELLIN, *Imputato, Quadro essenziale*, in A. SCALFATI (a cura di), *Atti della difesa nel processo penale*, I, Torino, 2016, p. 176.

istruzione o il giudizio, può disporsi che il minore di età, o l'infermo di mente, o l'ubriaco abituale, o la persona dedita all'uso di sostanze stupefacenti, o in stato di cronica intossicazione prodotta da alcool o da sostanze stupefacenti, siano provvisoriamente ricoverati in un riformatorio, o in un manicomio giudiziario, o in una casa di cura e di custodia."; si tratta della applicazione c.d. provvisoria delle misure di sicurezza.

Preliminarmente appare necessario precisare che tale disposizione è stata oggetto di diverse perplessità relative alla sua legittimità costituzionale.

Ciò sulla base del fatto che, secondo quanto disposto dalla norma, si addiverrebbe alla possibile applicazione di una misura di sicurezza, sulla base di un giudizio anticipato di colpevolezza dell'imputato, ossia durante "*l'istruzione o il giudizio*", violando così il disposto dell'articolo 27 secondo comma Cost.³²

A tal riguardo, la giurisprudenza costituzionale aveva equiparato le misure di sicurezza personali e misure cautelari personali, poiché in entrambe le ipotesi l'imputato viene privato della libertà personale prima della sentenza di condanna.³³

Di diverso parere, era la dottrina, la quale aveva espresso numerose riserve riguardo la sovrapposizione dei due istituti; così rimarcando come le misure di sicurezza, in quanto espressione dell'esecuzione anticipata della sanzione definitiva legata allo stato di pericolosità dell'indagato, fossero ontologicamente e teleologicamente differenti dalla custodia cautelare, quali queste invece presupposto strumentale dello svolgimento del processo.³⁴

Al contrario mentre veniva dichiarata l'illegittimità costituzionale con sentenza³⁵ del 15 marzo 1996, n. 71, dell'articolo 310, terzo comma., c.p.p., oggi abrogato, nella parte in cui disciplinava che le misure di sicurezza potessero essere provvisoriamente prescritte dal giudice istruttore anche prima dell'interrogatorio dell'imputato o dell'emissione del mandato, malgrado l'espressa violazione dell'art. 27 secondo comma cost., il codice di procedura penale ne rinnovava le funzioni, come conseguenza di quanto disposto dall'articolo 206 c.p.³⁶

Parimenti non è mutato il combinato disposto degli artt. 206 c.p., 312, 313 c.p.p., in forza dei presupposti applicativi dei gravi indizi di commissione del fatto, che si riferiscono in perfetto

³² Così stabilisce il comma secondo dell'art. 27 Cost.: "*L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*".

³³ Più ampiamente, Corte cost. del 23 aprile 1987, n. 148, in *Giur. Cost.* 1987, p. 992 ss.

³⁴ E. MUSCO, *Applicazione provvisoria di una misura di sicurezza e sua impugnabilità*, in *Giur. it.*, 1969, II, p. 444 ss.

³⁵ C. cost. del 15 marzo 1996, n. 71, in *Giur. Cost.*, 1996.

³⁶ E. AMODIO, sub artt. 312-313, in E. AMODIO - O. DOMINIONI (a cura di), *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, III, 2, Milano, 1990, p. 222.

accordo normo-sintattico ai gravi indizi di colpevolezza di cui all'articolo 273, primo comma, c.p.p.; la mancanza di una delle situazioni previste dall'articolo 273, secondo comma, c.p.p.; l'accertamento in concreto della pericolosità sociale.³⁷

Per quanto attiene i profili procedurali, le misure di sicurezza possono essere applicate in via provvisoria in qualunque stato e grado del procedimento, anche contestualmente alla pronuncia della sentenza dibattimentale; come per le misure cautelari, sono soggette a richiesta di riesame, di appello e di ricorso per cassazione a norma degli articoli 309, 310, 311 c.p.p.; sono, inoltre, destinate a permanere finché duri lo stato di pericolosità sociale dell'indagato, non essendo previsto un limite massimo di durata.³⁸ Il carattere provvisorio delle misure concerne solamente i reati per i quali potrebbe essere applicata in via definitiva sentenza di condanna o di proscioglimento, benché non indicato espressamente dalla legge.³⁹

Secondo quanto disposto dal comma secondo dell'articolo 206 c.p., la provvisorietà viene meno quando il giudice, accertata la cessazione dello stato di pericolosità sociale, revoca l'ordine. Tenendo conto di un ulteriore profilo il testo di un'altra norma ossia dell'articolo 211 c.p. non lascia residuare margini d' esegesi: le misure di sicurezza, quando sono aggiunte a pena detentiva sono eseguite dopo che la sentenza di condanna è divenuta irrevocabile.⁴⁰

L' esecuzione delle misure di sicurezza, che siano state inflitte con la pronuncia, soggiace al criterio generale dell'irrevocabilità: la forza esecutiva della pronuncia che riconosca la pericolosità sociale dell'imputato, a prescindere dall' accertamento della colpevolezza e dell'imputabilità del medesimo, dipende dall' irrevocabilità, in forza del generale principio espresso dall' articolo 650 comma primo c.p.p e dell'eventuale espiazione della pena principale.⁴¹

Le previsioni degli articoli 312 e 313 c.p.p. legittimano il giudice ad applicare, su richiesta della parte pubblica e in ogni stato e grado del procedimento, una misura all' imputato socialmente pericoloso che si trovi nelle condizioni di cui all' articolo 206 c.p. a condizione che sussistano gravi indizi di commissione del fatto sotto il profilo materiale.⁴²

³⁷ G. GRASSO, sub *art. 205*, in M. ROMANO – G. GRASSO – T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 2012, p. 411 ss.

³⁸ E. AMODIO, sub *artt. 312-313*, cit., p. 218 ss.

³⁹ G. GRASSO, sub *art. 205*, cit., p. 411.

⁴⁰ G. GRASSO, sub *art. 211 c.p.*, in M. ROMANO – G. GRASSO – T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 1994, p. 431 ss.

⁴¹ E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, in G. UBERTIS – G. P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XLI.1, Milano, 2012, p. 258.

⁴² E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit. p. 259.

Inoltre il provvedimento che dispone la provvisoria applicazione delle misure di sicurezza è adottabile durante l'intero arco del procedimento.

Va quindi verificato, se si debba o meno distinguere, l'anticipata esecuzione delle misure di sicurezza contemplate in sentenza, rispetto alla provvisoria esecuzione delle medesime, quando non sia condizionata dal sindacato di merito.

Deve inoltre riconoscersi come qualsiasi meccanismo che determini la previa esecutività della disposizione della sentenza, concernente la pericolosità sociale sia destinato a confliggere, in maniera inevitabile, con la presunzione di non colpevolezza, regola di trattamento posta a salvaguardia dell'indebita assimilazione imputato\condannato a fini sanzionatori.⁴³

Di contro, l'applicazione provvisoria di misure volta a tutelare il soggetto socialmente pericoloso e a prevenire la commissione di ulteriori fatti di reato assume una connotazione diversa, compatibile con la lettura prospettata dell'articolo 27 comma secondo Cost. in quanto costituisca il frutto di uno specifico sindacato giurisdizionale circa la sussistenza dei presupposti di legge e non celi la surrettizia elusione del divieto di dar corso al momento espiativo delle sanzioni criminali.⁴⁴

La provvisoria esecutività, quando assuma i contorni del procedimento incidentale e dipenda da un supplemento di giurisdizionalità pensato *ad hoc*, deputato a verificare la sussistenza dei presupposti e delle finalità richieste dalla legge processuale, non scalfisce lo *status* dell'accusato, cui non è imposto un vero e proprio trattamento.

Oltre alle suddette pronunce di incostituzionalità, l'articolo 206 c.p. è stato oggetto di successivi interventi.

Per l'appunto la Corte costituzionale ha pronunciato l'illegittimità costituzionale dell'articolo in questione al suo primo comma, poiché prevedeva la possibilità di disporre il ricovero provvisorio anche per i minori in un ospedale psichiatrico giudiziario; allo stesso modo con riguardo all'articolo 222, ai commi primo e secondo c.p., nella parte in cui prevede l'applicazione anche ai minori della misura di sicurezza di cui sopra e dell'articolo 222 comma quarto c.p., ciò in violazione degli artt. 2, 3, 27, 31 Cost.⁴⁵

In un secondo momento la Corte ha dichiarato, con riferimento agli articoli 3, 13 Cost., non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 206, 222 primo comma c.p., e degli articoli 312, 313 c.p.p., dal momento che non prevedevano l'applicazione provvisoria del

⁴³ E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit. p. 259.

⁴⁴ R. ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, Milano, 2000, p. 147.

⁴⁵ C. cost., 24 luglio 1998, n. 324, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2355 ss.

ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, qualora il P.M. ne avesse fatto richiesta, in caso di accertata infermità di mente dell'imputato, che fosse anche socialmente pericoloso, ritenendo le ordinanze di rimessione viziate da erronei presupposti interpretativi, sia con riferimento alla ritenuta vincolatività della richiesta di applicazione provvisoria della misura da parte del P.M., sia alla mancanza di identità di presupposti tra l'istituto prefigurato all'articolo 73 c.p.p. e quello relativo alle misure applicate in via provvisoria.⁴⁶

Da ultimo la Suprema Corte ha stabilito l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli articoli 3, 24 Cost., dell'articolo 206 c.p., nella parte in cui non consente al giudice di disporre, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una misura di sicurezza non detentiva, prevista dalla legge, idonea ad assicurare alla persona inferma di mente cure adeguate e a contenere la sua pericolosità sociale, ritenendo quanto segue: *“l'automatismo di una misura segregante e totale come il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, imposta pur quando essa appaia in concreto inadatta”*, dannosa ai fini del necessario equilibrio ed in manifesta violazione delle esigenze essenziali di protezione dei diritti delle persone.

Così facendo, sono state ribadite le argomentazioni, già svolte con la sent. 253/2003, e sottolineato il diniego del principio di ragionevolezza ed il diritto alla salute, nel momento in cui il giudice applichi provvisoriamente la misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico, poiché *“sarebbe irragionevole precludere allo stesso l'applicazione in via provvisoria di una misura non detentiva consentita invece in via definitiva”*.⁴⁷

5. Accertamento giudiziale e pericolosità sociale. — Il concetto di pericolosità sociale, come sottolineato al capitolo primo, è uno dei più discussi ed equivoci in ambito penalistico e processual penalistico e ciò tanto che si consideri la prospettiva teorica quanto quella applicativa. Tale concetto strettamente connesso a quello di pericolo si potrebbe sinteticamente definire come *“l'insieme delle condizioni per le quali la cosa o la persona diventa probabile causa del verificarsi di un danno. Il pericolo esprime l'esistenza della probabilità, la pericolosità il riferimento di essa a ciò che la pone in essere”*.⁴⁸

Occorre quindi soffermarsi riguardo la valenza da assegnare all'aggettivo “sociale” affiancato al termine pericolosità.

⁴⁶ C. Cost., sent. 11 giugno 1999, n. 228, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2063 ss.

⁴⁷ C. Cost., sent. 17 novembre 2004, n. 367, in *Dir. pen. proc.*, 2005, con nota di F. NUZZO. *La declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 206 c.p. conferma l'esigenza della revisione del sistema di misure di sicurezza*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 747.

⁴⁸ B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, p.35.

Stando al dettato normativo la locuzione pericolosità sociale si ritrova all' interno degli articoli 203 ss. mentre in altre sedi la legislazione parla genericamente di pericolosità sociale.

Come già ampiamente sottolineato al cap. 1 § 7, la nozione di pericolosità sociale accolta nella codificazione del 1930, è frutto del compromesso fra la matrice giuspositivistica e l'impostazione classica, e così anche nell' ambito delle opzioni riguardanti la definizione e la scelta delle diverse categorie di pericolosità.

Di qui autorevole dottrina, ha ritenuto classificare due tipi di pericolosità, quella generica o semplice e quella specifica o qualificata.⁴⁹

La pericolosità generica è disciplinata attraverso il combinato disposto degli artt. 202 e 203 c.p. agli affetti di quali, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non impunibile, la quale ha commesso un fatto previsto dalla legge come reato, salve le ipotesi gli articoli 49 e 115 c.p.⁵⁰, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati.

La qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell' articolo 133 c.p.

Al contrario la pericolosità specifica⁵¹ è disciplinata nel capo IV libro II c.p., attraverso le tre categorie dell'abitudine, professionalità nel reato e tendenza a delinquere.

Tornando al dettato dell'articolo 203 c.p. è possibile affermare che la pericolosità sociale *post delictum* è caratterizzata dalla genericità in quanto si fa riferimento al presupposto della commissione di qualsiasi fatto di reato o quasi reato, alla irrilevanza della imputabilità o della punibilità del soggetto e alla possibilità di futura commissione di qualunque nuovo reato.⁵²

A seguito di questa doverosa premessa, è bene prendere in considerazione l'accertamento giudiziale della pericolosità sociale, il quale si suddivide in due momenti, da una parte quello relativo all' analisi della personalità dell'individuo, con accertamento delle qualità indizianti, da cui dedurre la probabile commissione di nuovi reati e dall'altra quello della prognosi criminale, cioè il giudizio sul futuro criminale del soggetto, effettuato sulla base di tali qualità.

⁴⁹ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, III, Torino, 1985, p. 249.

⁵⁰ Più ampiamente § 5.2

⁵¹ *Supra* cap. 1 § 8.

⁵² Cass., I sez., 17 maggio 1990, Fabian, in *C.e.d.*, n.184329. Anche se a proposito della non punibilità si è osservato che l'articolo 203 c.p. costituisca, pressochè norma programmatica dal momento che il codice penale non contiene misure di sicurezza per soggetti non punibili.

Il sistema in oggetto, rifacendosi ad un modello medico, proprio di un approccio di tipo psichiatrico, racchiude in sé un momento di “diagnosi”,⁵³ in cui si valuta la responsabilità dell'imputato e si commisura la pena in base ad essa; ed un momento di “prognosi”,⁵⁴ giustificato da motivi di sicurezza sociale, in cui viene determinata la misura di sicurezza maggiormente adatta al fine di evitare l'eventuale possibilità che il reo commetta nuovi reati. Al fine di compiere il suddetto giudizio sia in dottrina che in giurisprudenza sono stati riscontrati tentativi atti individuare, qualità soggettive indizianti di pericolosità: in base agli elementi previsti dall' articolo 133⁵⁵ primo comma, il giudice potrà formulare un giudizio circa la particolare crudeltà del delinquente o riguardo la sua sensibilità entro termini normali, oppure ancora se ritiene si un delinquente che cede facilmente al delitto o se vi cede perché spinto da grandi prospettive, o infine se si tratti di un delinquente passionale.

Tuttavia ai fini della prognosi criminale rilevano maggiormente gli elementi di cui al secondo comma, per cui sono considerate qualità indizianti di pericolosità sociale, ad esempio: circa i motivi a delinquere,⁵⁶ la predisposizione a seguire impulsi sproporzionati rispetto al mezzo criminoso usato e al di fuori di particolari situazioni ambientali determinanti; per quanto concerne il carattere del reo, rileverà l'essere incline a superare le normali inibizioni sociali per aggressività o per incapacità a resistere alle suggestioni esterne; con riguardo alle condizioni di vita, si guarderà all' incapacità psichica a svincolarsi da un ambiente criminogeno; ed infine per ciò che concerne i precedenti penali⁵⁷ e la condotta antecedente o susseguente al reato⁵⁸, la tendenza a commettere reati della stessa indole o aventi motivazioni analoghe.

⁵³ Intesa quale processo di analisi dell'individuo che riconduce un insieme di fenomeni all'interno di una categoria di disturbi. F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale e processo penale*, cit., p. 21.

⁵⁴ Qui intesa come decorso clinico del disturbo.

⁵⁵ Analisi dell'articolo 133 c.p. *infra* § 5.

⁵⁶ Rispetto al movente, la valutazione si incentra, sia sulla tipologia dei motivi (e si distingue, al riguardo, tra la socialità o l'antisocialità del movente), sia in ordine alla loro intensità ed al loro radicamento nel reo. A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017, p. 49 ss.

⁵⁷ Con riferimento a tale criterio assumono rilievo non soltanto le condanne penali ma anche i reati amnistiati e quelli prescritti, nonché i precedenti giudiziari civili rilevanti (come ad esempio, una sentenza di fallimento, in relazione ad un'imputazione per truffa). La condotta e la vita del reo antecedenti al reato, comprendono il tenore di vita attuale e di quella passata (ad es. l'eventuale dedizione al vagabondaggio, all'alcool o agli stupefacenti), nonché la verifica dell'eventuale carriera di studi e militare. A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, cit. p. 60.

⁵⁸ Tale requisito è particolarmente importante per la valutazione dell'indole del reo. Ad esempio un comportamento di lucida indifferenza e di compiacimento segnalano un'inclinazione criminale particolarmente rilevante, così come la condotta processuale che denoti ostinazione o insensibilità per la vittima e per i complici. Al contrario il pentimento immediato, la titubanza ed una condotta processuale collaborativa sono indici sintomatici di un'inclinazione criminale non così salda anche in chiave prognostica sulla possibilità/probabilità della reiterazione del crimine. A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, cit. p. 61ss.

Ne viene che generalmente il giudizio di pericolosità diverrà maggiormente negativo, nel caso in cui il reato commesso appaia come evento isolato rispetto ad un percorso di vita in contrasto con esso, così come quando la condotta contemporanea e susseguente al reato ne contraddica i motivi e sia in antitesi con essi.⁵⁹

Rispetto poi a quanto disposto dalla giurisprudenza è possibile rilevare che anch'essa non sia riuscita a fornire strumenti certi atti a delimitare il concetto di pericolosità sociale e del suo conseguente accertamento.

Invero, la stessa Corte di cassazione con sentenza del 25 maggio 1992 n. 2356, ha affermato che la pericolosità sociale può essere *“desunta da situazioni che giustificano sospetti o presunzioni, purché gli uni e le altre appaiano fondate su elementi obiettivi e su fatti specifici ed accertati”*, quali ad esempio la frequentazione di pregiudicati, l'omertà, l'assenza di stabilità lavorativa, ecc.⁶⁰

Ulteriori decisioni giurisprudenziali esortano a considerare lo stato di tossicodipendenza⁶¹; con sentenza⁶² del 22 marzo 1989 n. 5133 la corte ha ritenuto che *“ai fini della prognosi di pericolosità sociale, hanno rilevanza anche la natura e la gravità dei fatti-reato sicché il giudice non è tenuto a prendere in considerazione soltanto le emergenze di natura medico-psichiatrica, ma può attribuire rilievo a qualsiasi elemento ritenuto utile ai fini dell'accertamento”*.

A conclusione, ciò che rileva quale problema principe, come è stato precisato da Fornari è che: *“il riconoscimento della struttura probabilistica della pericolosità porta da sempre con sé enormi dubbi sul rispetto del principio di determinatezza ... l'accettazione del concetto di pericolosità postula infatti “a monte” una risposta soddisfacente ad una questione non meno scabrosa, relativa alla stessa ammissibilità politico-criminale del ricorso a un presupposto a struttura probabilistica in funzione della privazione della libertà personale”*.⁶³

In altri termini, un giudizio che comporta profonde conseguenze sulla libertà personale, non può essere lasciato al metodo intuitivo⁶⁴ che sembra dominare nella prassi; né d'altra parte sembra

⁵⁹ A. CALABRIA, *Sul problema dell'accertamento della pericolosità sociale*, in *Riv. it. proc. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 763 ss.

⁶⁰ Cass., sez. I, 25 maggio 1992, n.2356, in *De jure*.

⁶¹ *Infra* capitolo 4.

⁶² Cass. sez. III, 22 marzo 1989, n.5133, in *De jure*.

⁶³ L. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Riv. it. dir.e proc. pen.*, 1993, p. 569.

⁶⁴ Il metodo intuitivo non costituisce un metodo scientifico, essendo basato sul comune modo di pensare e sull'esperienza professionale e di vita maturata dal giudice, e quindi su atteggiamenti personali largamente variabili,

possibile rintracciare alcun metodo di accertamento atto a garantire un'esecuzione almeno uniforme delle prognosi di pericolosità.

6. L'accertamento della pericolosità sociale e le circostanze indicate nell'articolo 133 c.p.—

L'affermazione della pericolosità sociale si esprime con un provvedimento motivato: la sentenza del giudice di cognizione oppure con l'ordinanza di applicazione provvisoria.

Invero, il provvedimento giurisdizionale preliminare all'irrogazione e concreta esecuzione della misura, come si è detto, ha un compito di accertamento, cui consegue la dichiarazione di pericolosità individuale e quindi anche un compito sanzionatorio.

In particolare il giudizio di pericolosità, non presuppone il confronto del magistrato con una verità obbiettiva transitata da prove, documentali o dichiarative, ma piuttosto diventa l'estrapolazione di un'inferenza logica di quanto provato.⁶⁵

Ciò posto la sussistenza della pericolosità deve essere valutata dal giudice secondo quanto stabilito dall'articolo 203 c.p. il quale al secondo comma testualmente disciplina che: *“La qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell'articolo 133”*.

Da ciò ne viene che l'unico riferimento utilizzabile come parametro utile di valutazione e di accertamento della prognosi criminale è il richiamo all'articolo 133 e dunque ai parametri di valutazione della gravità del reato per gli effetti di commisurazione della pena.⁶⁶

Preliminarmente, è bene analizzare quanto previsto dall'articolo 133 c.p., il quale rubricato gravità del reato: valutazione agli effetti della pena, stabilisce testualmente che: *“Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente (art. 132 c.p.), il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta: 1. dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2. dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3. dalla intensità del dolo o dal grado della colpa.*

Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1. dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2. dai precedenti penali e giudiziari e, in genere,

suscettibili di influenze emotive e pertanto sottratti ad un procedimento di verificabilità. A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, cit. p. 100.

⁶⁵ L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Napoli, 1985, p. 105.

⁶⁶ F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale e processo penale*, cit., p. 30.

dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3. dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4. dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.”

Prendendo quindi in considerazione la norma è possibile desumere che, nell' esercizio del suo potere discrezionale il giudice deve tenere conto di due diversi parametri: la gravità del reato, di cui al primo comma, e la capacità a delinquere, di cui al secondo comma, che devono essere desunti dagli indici riportati specificatamente dalla norma in esame.⁶⁷

Per quanto concerne gli indici fattuali indicati al primo comma, essi hanno riguardo la gravità del reato considerato nelle rispettive componenti materiale e psicologica: ragion per cui nella prima fase del complesso *iter* commisurativo predomina la valutazione di tutti gli aspetti capaci di incidere sul disvalore della condotta e dell'evento, nonchè sulla natura e l'intensità dell'elemento soggettivo.⁶⁸ Il disvalore dell'azione può desumersi in via analogica da quelle circostanze di fatto, che il legislatore stesso valuta, rispettivamente, come aggravanti o attenuanti.⁶⁹ La gravità del danno o del pericolo si valuta assumendo a punto di riferimento l'offesa tipica.

Quanto al grado del pericolo, va osservato che il pericolo concreto sarà sempre più grave di quello astratto; in particolare nel pericolo concreto, il pericolo stesso presenterà un disvalore più accentuato quanto maggiore risulti l'entità della probabile lesione ovvero il grado di probabilità della sua verifica. Il giudice è tenuto a prendere in considerazione anche l'intensità del dolo, rispetto al grado di adesione volontaristica dell'agente al fatto criminoso⁷⁰, della complessità del processo deliberativo⁷¹, ed inoltre del grado di consapevolezza del disvalore penale del fatto. Per quanto concerne invece il grado della colpa, possono essere sottolineate il livello di previsione⁷² o di prevedibilità⁷³, dell'evento criminoso e il grado di esigibilità del modello comportamentale dovuto dall'agente.

⁶⁷ B. BOCCHINI, *L'accertamento della pericolosità (misure di prevenzione e sorveglianza e misure alternative alla detenzione)*, in *La prova penale, Trattato* (diretto da) A. GAITO, vol. I, *Il sistema della prova*, cap. XVI, Torino, 2008, p. 765 ss.

⁶⁸ T. PADOVANI, *La pericolosità sociale sotto il profilo giuridico*, in F. FERRACUTI (a cura di), *Trattato di criminologia, Medicina Criminologica e Psichiatrica Forense*, vol. XIII, Milano, 1990, p. 239.

⁶⁹ P. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, p. 504.

⁷⁰ Distinguendosi, in tal caso, tra dolo intenzionale e dolo eventuale.

⁷¹ Che permette di distinguere tra dolo d'impeto, nel quale la decisione di commettere il reato sorge improvvisa e viene immediatamente eseguita, e dolo di proposito, nel quale un consistente lasso temporale intercorre tra la formulazione del proposito e la sua attuazione, e dolo di premeditazione, che figura come circostanza aggravante nell'omicidio e nelle lesioni personali. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, IV ed., Bologna, 2016, p. 270.

⁷² Da intendersi quale colpa cosciente. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2012, p. 303.

⁷³ Qui invece colpa incosciente.

Il riferimento alla gravità del reato va però integrato con la valutazione della capacità a delinquere, ossia di un indice ulteriore che amplia lo spettro dei criteri “fattuali”, volto ad estendere la valutazione giudiziale dal fatto oggettivo alla personalità del reo.

Venendo poi alla valutazione dell’ indice della capacità a delinquere sono stati riscontrati differenti orientamenti; secondo taluni autori la capacità a delinquere viene va riferita al passato, consistendo così in una sorta di “ *attitudine al reato commesso*”, mentre altri autori tendono a “ *proiettarla al futuro*” identificandola con l’ attitudine a commettere nuovi fatti delittuosi e per questo motivo si avvicina così alla nozione di pericolosità quale presupposto per l’ applicazione di una misure di sicurezza.⁷⁴

Proseguendo si ritrovano anche i motivi a delinquere, che vengono comunemente definiti come la causa psichica, lo stimolo che induce il soggetto a delinquere: nel linguaggio psicologico, si tratta di un’ inclinazione affettiva, un impulso, un istinto. La psicoanalisi sostiene che il motivo dell’ azione può anche essere inconscio perché ignoto allo stesso agente.

Ancora il carattere del reo, che gli psicologi tendono a concepire il carattere come il termine di transizione tra fattori endogeni ed esogeni che contribuiscono a creare la personalità.

Il risultato dell’ opposizione uomo e realtà esterna, quale il carattere andrebbe perciò a rappresentare una struttura di autocontrollo e uno strumento di orientamento dell’ individuo nella scelta tra diverse possibilità di azione: per cui quanto più salda è la struttura caratteriale di un individuo, tanto più riuscirà a governare le inclinazioni del temperamento e le pulsioni dell’ istinto.⁷⁵

Quanto infine agli ultimi tre indici fattuali si annoverano: la vita e la condotta del reo antecedenti al reato e la condotta antecedente, contemporanea o susseguente al reato.

La valutazione diretta alla quantificazione della pena da irrogare può quindi prende in considerazione condotte e situazioni diverse da quelle strettamente inerenti al reato.

Inoltre, viene fatto riferimento anche a generiche manifestazioni di devianza, quale ad esempio l’ alcolismo, i precedenti giudiziari, fra cui quelli di interdizione o inabilitazione, dichiarazioni di fallimento, e pure il riferimento sarà ad eventuali precedenti penali.⁷⁶

Da ultimo vengono considerate le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo, per esemplificare si potrebbe guardare ad una lunga esitazione prima del delitto, come indice di

⁷⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, p. 421.

⁷⁵ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2009, p. 761.

⁷⁶ B. BOCCHINI, *L’ accertamento della pericolosità*, p. 800.

una minor riprovevolezza dell'agire criminoso, oppure ad un atteggiamento notevolmente cinico nella perpetrazione di un delitto contro la persona.

E' bene sottolineare che proprio con riguardo al secondo comma dell'articolo 133 c.p. la tematica della pericolosità sociale si intreccia con quella della commisurazione della pena.

Non solo infatti il comma in oggetto, è frutto del compromesso raggiunto, fra la scuola classica quella positiva ma anche perché il giudice effettua la prognosi di reiterazione criminosa, esclusivamente sulla scorta degli atti risultanti dall' esito del processo e del suo libero apprezzamento, similmente a quanto avviene all' esito del processo in sede di applicazione della pena.

Il legislatore, nel formare l'elenco dei fattori di commisurazione, ha cercato di non trascurare alcun aspetto significativo⁷⁷, nè attinente alla struttura del reato, nè attinente all' indagine sul suo autore⁷⁸: ovvero l'intera *dualitas et substantia delicti*.⁷⁹

Gli elementi del primo comma dell'articolo 133 c.p., come noto, richiamano la gravità del reato, mentre il secondo la capacità a delinquere.

Il richiamo che la norma opera ad una visione olistica della vicenda del reato rappresenta uno dei principali ostacoli ad un'affidabile utilizzabilità dei fattori di commisurazione, intendendosi con tale espressione la possibilità di condivisione degli esiti del giudizio.

Tuttavia, unico punto che ha di recente sottolineato anche la Corte di cassazione, con sentenza⁸⁰ n. 43631 del 21 settembre 2017, è riassunto nelle seguenti affermazioni: *“giovà ribadire, al riguardo, un consolidato e condivisibile orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui ai fini della applicabilità delle misure di sicurezza personali, la pericolosità sociale - stante la sua correlazione con le circostanze indicate nell'art. 133, c.p. non può essere confusa con la pericolosità valutata esclusivamente sul piano psichiatrico in riferimento alla natura ed alla evoluzione dello stato patologico del soggetto, sicché la valutazione indicata dall'art. 203, c.p., costituisce compito esclusivo del giudice, il quale non può abdicarvi in favore di altri soggetti né rinunciarvi, pur dovendo tener conto dei dati relativi alle condizioni mentali dell'imputato ed alle implicazioni comportamentali eventualmente indicate dal perito.*

⁷⁷ D. PULITANO', *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 559.

⁷⁸ F. BRICOLA, *Commento art. 25 commi 2 e 3 Cost.*, in *AA.VV., Commentario della Costituzione*, (a cura di) G. BRANCA, Bologna, 1981, p. 269.

⁷⁹ M. PIFFERI, *Accidentalia delicti e criteri di commisurazione della pena. Una lettura storica delle circostanze del reato*, (a cura di) R. BARTOLI - M. PIFFERI, Milano, 2016, p. 9.

⁸⁰ C. cost. sent. 21 settembre 2017 n. 43631, in *Giur. Cost.*, 2017.

*In questa prospettiva la prognosi di pericolosità sociale non può limitarsi all'esame delle sole emergenze di natura medico-psichiatrica, ma implica la verifica globale delle circostanze indicate dall'art. 133, c.p., espressamente richiamato dall'art. 203, c.p., fra cui la gravità del reato commesso e la personalità del soggetto, così da approdare ad un giudizio di pericolosità quanto più possibile esaustivo e completo.*⁸¹

Il richiamo operato dal secondo comma del citato art. 203, c.p., alle "circostanze indicate nell'art. 133" del medesimo codice, impone, pertanto, al giudice di effettuare la prognosi di pericolosità sociale necessaria per l'applicazione delle misure di sicurezza, utilizzando come parametri gli stessi indici da prendere in considerazione ai fini della determinazione dell'entità del trattamento sanzionatorio, escludendo che tale valutazione possa essere fondata esclusivamente sulle risultanze medico-psichiatriche, senza tuttavia imporre al giudice di desumere la pericolosità sociale necessariamente dalla contemporanea presenza di tutti i parametri previsti dal citato art. 133, c.p., essendo sufficiente che la relativa valutazione si fondi su di uno solo di essi, ritenuto di valore assorbente".

In altre parole la Corte, invita a porre l'attenzione sul fatto che l'accertamento della pericolosità sociale giuridica, non debba esser confuso con l'accertamento di pericolosità psichiatrica.

Inoltre l'accertamento in oggetto, deve esser operato esclusivamente dal giudice quale organo deputato a tale funzione, ai fini dell'applicazione della sanzione, in ispecie della misura di sicurezza.

Perciò la prognosi di pericolosità sociale non può e non deve limitarsi alla valutazione delle istanze di natura medica ma deve proiettarsi ad una verifica che comprenda in sé il vaglio degli indici offerti dall' articolo 133 c.p., e ciò al fine di ottenere un accertamento quanto più globale del fatto.

6.1 Presupposti soggettivi e oggettivi.— E' bene ricordare che, per poter applicare una misura di sicurezza, elemento essenziale è che il destinatario della stessa venga riconosciuto come soggetto socialmente pericoloso.

Oltre al suddetto presupposto di natura strettamente soggettiva, viene in rilievo un ulteriore presupposto, di natura oggettiva, parimenti fondamentale ai fini pratici: la commissione di un fatto previsto dalla legge come reato.⁸²

⁸¹ Cass., sez. I, 7 gennaio 2010, n. 4094, in *De jure* ; Cass., sez. I, 20 settembre 1996, n. 8996, in *Cass. pen.*, 1996.

⁸² G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale.*, cit., p. 800 ss.

Così infatti stabilisce l'articolo 202 c.p. *“Le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose, che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato. La legge penale determina i casi nei quali a persone socialmente pericolose possono essere applicate misure di sicurezza per un fatto non preveduto dalla legge come reato”*.

Il legislatore così facendo ha inteso subordinare l'applicabilità della misura alla previa commissione di una condotta penalmente rilevante, quale *condicio sine qua non*.

Presa in considerazione l'evidente funzione “specialpreventiva” delle misure di sicurezza, la quale pone le proprie radici nella pericolosità del soggetto, intesa come attitudine a delinquere in un futuro, viene in luce una semplice obiezione: proprio in un'ottica di prevenzione, le misure in oggetto dovrebbero interessare non tanto i reati già commessi, quanto quelli che è probabile vengano commessi in futuro.⁸³

Procedendo in tal senso quindi, per poter applicare una misura di sicurezza, il presupposto logico della previa commissione di un reato dovrebbe ritenersi superfluo.

A ragion del vero, non possono però essere trascurate le esigenze garantistiche, che il legislatore del '30 ha ritenuto dover bilanciare con i profili prevenzionistici.⁸⁴

Di fatto è già stato sottolineato il carattere afflittivo delle misure di sicurezza, le quali al pari delle pene, incidono sulla libertà individuale del singolo.

Questa consapevolezza, ha spinto il legislatore ad agire in modo cauto, preoccupandosi prevalentemente degli eventuali arbitri connessi all'accertamento giudiziale della pericolosità sociale.

In altri termini, si è ritenuto necessario affiancare il concetto di pericolosità sociale ad un ulteriore presupposto, ossia il pregresso reato, che possa servire da *“indice obiettivamente visibile, da sintomo sufficientemente rivelatore della pericolosità del soggetto”*.⁸⁵

6.2 Le eccezioni all'applicazione delle misure di sicurezza: il reato impossibile, l'istigazione e l'accordo criminoso non seguito. — Il principio fondamentale esposto al paragrafo che precede, patisce due eccezioni, disciplinate dalla legge in modo tassativo, invero, secondo quanto disposto all'articolo 202 comma secondo c.p.: *“la legge penale determina i casi nei quali*

⁸³ V. MASTRONARDI, *Manuale per operatori criminologici e psicopatologi forensi*, Napoli, 2001, IV ed., p. 140.

⁸⁴ R. PAGANO - D. BORTOLETTI, *La pericolosità sociale*, Milano, 1982, p. 30.

⁸⁵ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale.*, cit., p. 823.

a persone socialmente pericolose possono essere applicate misure di sicurezza per un fatto non preveduto dalla legge come reato”.

In altre parole, il giudice può disporre una misura di sicurezza sia nell’ipotesi di *reato impossibile*, che nel caso di *accordo criminoso non eseguito o istigazione a commettere un delitto*, se *l’istigazione non viene accolta*.

Trattasi delle ipotesi denominate dalla dottrina come “quasi-reato”, ossia quelle ipotesi in cui manchi un reato vero e proprio, integro nelle sue componenti, e si sia in presenza di un’azione che, pur non avendo le caratteristiche complete di un reato, “*si manifesta in modo talmente prossimo al reato da permettere di riconoscere in essa un indizio sicuro di pericolosità sociale*”⁸⁶

In particolare si tratta dell’ipotesi di reato impossibile di cui all’ articolo 49 c.p. il quale testualmente disciplina che: “*Non è punibile chi commette un fatto non costituente reato, nella supposizione erronea che esso costituisca reato. La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell’azione o per l’inesistenza dell’oggetto di essa, è impossibile l’evento dannoso o pericoloso [c.p. 56]. Nei casi preveduti dalle disposizioni precedenti, se concorrono nel fatto gli elementi costitutivi di un reato diverso, si applica la pena stabilita per il reato effettivamente commesso. Nel caso indicato nel primo capoverso, il giudice può ordinare che l’imputato prosciolto sia sottoposto a misura di sicurezza”.*

Ed il secondo caso concerne invece l’*accordo criminoso non eseguito o istigazione a commettere un delitto*, se *l’istigazione non viene accolta* di cui all’ articolo 115 c.p. testualmente recita che: “*Salvo che la legge disponga altrimenti, qualora due o più persone si accordino allo scopo di commettere un reato, e questo non sia commesso, nessuna di esse è punibile per il solo fatto dell’accordo. Nondimeno, nel caso di accordo per commettere un delitto, il giudice può applicare una misura di sicurezza. Le stesse disposizioni si applicano nel caso di istigazione a commettere un reato, se la istigazione è stata accolta, ma il reato non è stato commesso. Qualora la istigazione non sia stata accolta, e si sia trattato d’istigazione a un delitto, l’istigatore può essere sottoposto a misura di sicurezza”.*

⁸⁶ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale.*, cit., p. 825.

Vi è da rilevare un profilo di criticità poiché, le suddette eccezioni, attraggono entro il sistema delle misure di sicurezza delle fattispecie tradizionalmente ritenute di mera “pericolosità soggettiva”.⁸⁷

A ben vedere, la dottrina maggioritaria ha ritenuto conferire agli elementi obiettivi di tali fattispecie una valenza esclusivamente sintomatica, finendo per concentrare l'accertamento della pericolosità attorno alle qualità soggettive indizianti il pericolo di futura commissione di un reato.⁸⁸

Di fatto secondo l'impostazione tradizionale, nei quasi reati l'applicazione della misura di sicurezza troverebbe la propria *ratio* nella semplice manifestazione di un'intenzione criminosa⁸⁹, sintomo dell'attitudine del soggetto a commettere, in futuro, fatti suscettibili di integrare fattispecie di reato.⁹⁰

La dottrina aveva, invece, sollevato legittime perplessità circa il richiamo dei casi di quasi reato ai fini l'applicazione delle suddette misure, caldeggiando un'espressa violazione del dettato costituzionale relativo all'articolo 25 terzo comma Cost., tenendo conto della imprescindibilità della commissione del fatto di reato dall'ipotesi di cui al primo comma dell'articolo 202 c.p.⁹¹

Le fattispecie di quasi reato, pur non integrando alcuna fattispecie tipica, conservano gli stessi caratteri dell'*iter* criminoso, così palesando sintomi certi di pericolosità sociale.⁹²

E' bene, quindi, prendere in considerazione, accanto alla “*fattispecie che ne condiziona l'applicazione*”, i parametri di cui all'articolo 202 c.p., ossia quegli elementi indizianti che caratterizzano la pericolosità sociale.

Il criterio in esame acquisisce particolare rilievo al comma secondo dell'articolo 202 c.p., laddove si prevede la determinazione dei casi in cui la misura di sicurezza viene ad essere applicata anche in presenza di un fatto non preveduto dalla legge come reato.⁹³

A ragione il testo normativo prevede, nell' ipotesi di un quasi reato, della volontarietà del comportamento e della sussistenza della pericolosità sociale da verificarsi sulla base dei

⁸⁷ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 319

⁸⁸ F. BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in *Scritti di diritto penale - Dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio*, Milano, 1997, p. 871 ss.

⁸⁹ G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, p. 364-365 anche con riferimento alle ipotesi di cui all'art. 115 c.p.

⁹⁰ G. DALL'OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Milano, 1985, p. 80.

⁹¹ G. GRASSO, sub *art.199-240*, cit., p. 397; per un profilo contrario CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, p. 300 ss.

⁹² C. PELUSO, voce “*Misure di sicurezza*”, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 150.

⁹³ A. CALABRIA, sub *artt. 199-214*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2011, p. 965.

parametri di cui all'articolo 133 c.p., la disposizione della libertà vigilata di cui all' articolo 229 c.p.

7. L'abolizione delle presunzioni *iuris et de iure*: la legge Gozzini. — L'articolo 204, comma secondo c.p., prevedeva delle ipotesi di presunzione di pericolosità sociale *iuris et de iure*.

Per l'appunto, si trattava di ipotesi di presunzione assoluta, ossia non superabile mediante prova contraria, le quali prescrivevano al giudice l'applicazione delle misure di sicurezza, nei confronti di determinati soggetti, a prescindere dall'accertamento della loro concreta pericolosità sociale.⁹⁴

Così facendo, le presunzioni limitavano, in forza della certezza formale dell'accertamento, il diritto del destinatario alla certezza sostanziale dell'accertamento dei fattori costitutivi della pericolosità.⁹⁵

Il predetto orientamento legislativo si mostrava così in contraddizione con gli assunti di base del concetto di pericolosità sociale⁹⁶ e con i principi costituzionali.

Prima di affrontare l'analisi di tale problematica, è bene enumerare talune delle svariate ipotesi di pericolosità sociale presunta, le quali riguardavano, ad esempio, i prosciolti per infermità psichica, per intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti o per sordomutismo nelle ipotesi descritte dall'articoli 222 c.p; i condannati ad una pena diminuita, per delitto non colposo, a cagione di infermità psichica o di cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti o di sordomutismo nelle ipotesi descritte dall'articolo 219 c.p.; i delinquenti abituali; i delinquenti professionali; i delinquenti per tendenza; i condannati alla reclusione di qualsiasi durata, per delitto doloso, preterintenzionale o colposo, commesso in stato di ubriachezza, qualora questa sia abituale, o commesso sotto l'azione di sostanze stupefacenti, all'uso delle quali siano dediti; i condannati, senza distinzione, alla pena delle reclusione per non meno di dieci anni.⁹⁷

Sicché la presunzione in oggetto, si basava sul presupposto che, eccezion fatta delle ipotesi di c.d. quasi reato⁹⁸, il soggetto, imputabile o non, avesse compiuto un fatto di reato, questo in

⁹⁴ M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁹⁵ F. TAGLIARINI, voce *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 1983, p. 25.

⁹⁶ P. PITTARO, *Leggendo oggi la disciplina delle misure di sicurezza*, Padova, 2010, p.363.

⁹⁷ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, P. NUVOLONE (a cura di), Torino, 1986, p. 251.

⁹⁸ Le ipotesi di reato impossibile e di accordo e l'istigazione non seguiti dalla commissione del reato, sono le uniche due situazioni in cui è stata prevista la possibilità di non applicare la pena ma per le quali permane invece quella di applicare la misura di sicurezza.

un'ipotetica previsione, prescindendo così dalle tendenze estreme del positivismo che richiedevano un giudizio di pericolosità svincolato da tale presupposto.⁹⁹

Per tanto la presunzione in esame, non operava se il fatto commesso, per quanto pericoloso o comunque contrario agli interessi della collettività, non fosse previsto come reato.¹⁰⁰

In dottrina, rispetto ai suddetti casi di pericolosità, è stato sottolineato che *“si mostravano in modo incoerente perché si ponevano contro l'idea stessa di pericolosità, che è tale in quanto viene accertata.”*¹⁰¹

Quanto appena precisato è stato ribadito anche in giurisprudenza, ne sono l'esempio, le sentenze del 27 luglio 1982 n. 139 e la sentenza del 15 luglio 1983 n. 249 della Corte costituzionale.

Entrambe le decisioni hanno statuito la parziale illegittimità degli articoli 222 primo comma, e dell'articolo 219 primo comma c.p.

La dichiarazione di incostituzionalità verteva sul fatto che entrambe le norme non subordinavano al previo accertamento, da parte del giudice della cognizione o della esecuzione, della persistente pericolosità sociale, derivante dalla infermità medesima, ai fini dell'applicazione della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e di quella del ricovero in una casa di cura e di custodia.

E' bene inoltre precisare che la predetta disciplina della pericolosità presunta, prima della sua abrogazione, si mostrava, sia per la dottrina che per la giurisprudenza, fra i temi maggiormente oggetto di dibattito.

Di fatto la tematica in esame, era stato oggetto di molteplici questioni di legittimità costituzionale, sollevate dai giudici di merito, i quali rilevavano sovente che le fattispecie di pericolosità presunta non rispondevano più alla realtà, con la malaugurata conseguenza di sottoporre a misure limitative della libertà personale soggetti che non erano più pericolosi.

Così facendo quindi i casi di pericolosità presunta si mostravano in contrasto con i principi costituzionali di legalità e di colpevolezza.

Rispetto a quanto disciplinato dall' articolo 204 c.p., invero, le misure di sicurezza venivano applicate a persone definite in modo astratto come pericolose, seppur concretamente potessero non essere tali¹⁰².

⁹⁹ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., p. 113.

¹⁰⁰ MANZINI, *Trattato cit.*, p. 250;

¹⁰¹ A. MICONI TONELLI, voce *Pericolosità sociale*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, p. 6.

¹⁰² A. MICONI TONELLI, voce *Pericolosità sociale cit.*, p. 8.

Tuttavia la legge stessa poneva un rimedio a tale presunzione assoluta, richiedendo una volta che fosse trascorso un certo periodo di tempo dalla commissione del fatto o dalla data della sentenza, l'accertamento in concreto della pericolosità.¹⁰³

A seguito di questa doverosa premessa, è bene ricordare che legge 10 ottobre 1985, n. 633 c.d. legge Gozzini, ha comportato l'abrogazione dell'articolo 204 c.p. Di modo che tutte le misure di sicurezza personali, oggi, possano essere applicate, solo dopo il concreto accertamento della pericolosità sociale dell'autore del fatto di reato.¹⁰⁴

Le summenzionate sentenze della Corte Costituzionale n. 139\1982 e 249\1983, alle quali si aggiunge in particolare la sentenza n. 1 del 20 gennaio 1971¹⁰⁵, sono state prodromiche all'emanazione della c.d. legge Gozzini; poiché tramite le stesse, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che stabilivano le presunzioni di pericolosità, rispetto al prosciolto per infermità mentale (art. 222, comma 1, c.p.), per il semi-infermo di mente (art. 219, comma 1, c.p.) e per il minore non imputabile (art. 224, comma 2, c.p.).¹⁰⁶

Il legislatore penale, così facendo, ha rinunciato in modo definitivo a previsioni generalizzate, ancorate a fattori in larga misura differenti fra loro, i quali al contrario presuppongono un accertamento reale e per quanto possibile "tangibile".

Eppure vi è da precisare che la legge n. 663\1986 non ha eliminato la possibilità di dichiarare la pericolosità sociale, dei soggetti facenti parte delle categorie dei delinquenti abituali, professionali o per tendenza, ma ha solamente escluso l'obbligatorietà dell'applicazione, nei loro confronti, delle misure di sicurezza rendendo così necessario, a tal fine, uno specifico accertamento di pericolosità sociale da parte del giudice, pur nel fermo rispetto del principio di legalità.¹⁰⁷ Inoltre il criterio di presunzione di pericolosità, era stato vivacemente criticato sin dall'emanazione del codice Rocco, così da aver condotto anche ad una pronuncia di incostituzionalità dell'articolo 204 c.p., per contrasto con l'articolo 13 Cost., successivamente dichiarata infondata dalla Corte Costituzionale con la sentenza del 10 marzo 1966 n. 19.

Di fatto, la Corte costituzionale aveva dichiarato che: *"la presunzione legale di pericolosità stabilita dall'art. 204 c.p. non si pone in contrasto con l'art. 13 Cost. poiché la presunzione*

¹⁰³ MANZINI, *Trattato cit.*, p. 251.

¹⁰⁴ S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, p. 861.

¹⁰⁵ Corte cost., sent. 20 gennaio 1971, n. 1', in *Giur. Cost.*, 1971.

¹⁰⁶ G. LEO, *Gli stati differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in www.penalecontemporaneo.it

¹⁰⁷ M. CANEPA - G. CONSO - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 1987, p. 284.

in questione, si definisce rispetto all' utilizzo di comuni esperienze alle quali il codice attribuisce il significato di far ritenere probabile o temibile un futuro comportamento criminale, e ciò avviene con atto della autorità giudiziaria". A conclusione quindi è possibile affermare che, l'abrogazione delle presunzioni *iuris et de iure* di pericolosità presunta era certamente necessaria e improrogabile, poiché, se pur in astratto possano salvaguardare l'esigenza di sicurezza sociale, in concreto rischiano di sconfinare in aberranti automatismi che alterano profondamente la *ratio* delle norme dettate in tema di pericolosità sociale.

8. Differenze tra imputabilità, semi – imputabilità e non imputabilità. — Per comprendere appieno la tematica relativa all' accertamento della pericolosità sociale è necessario analizzare tre concetti fondamentali, ossia quello di imputabilità, non imputabilità ed infine semi - imputabilità.

Cominciando dal primo, è bene precisare che l'imputabilità come categoria penalistica ha alla base lo stretto rapporto con la colpevolezza.

La norma codicistica dedicata all' imputabilità è l'articolo 85 c.p., il quale determina i criteri di imputabilità dell'illecito e la conseguente punibilità del soggetto.¹⁰⁸

La norma testualmente disciplina che *“nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile”. E'imputabile chi ha la capacità di intendere e volere”.*

La colpevolezza presuppone quindi che il soggetto, al momento della commissione dell'illecito, sia munito congiuntamente della capacità di intendere e di volere e qualora ne risulti privo, non potrà essere considerato imputabile e quindi punibile, nonostante il suo comportamento integri una fattispecie di reato.¹⁰⁹ Ne viene che, il nesso imputabilità – colpevolezza si fa più rilevante quanto più venga rimarcata la componente di rimprovero o disapprovazione del soggetto per aver commesso un fatto, che si sarebbe dovuto astenere dal commettere.

La disapprovazione o il rimprovero in questione, sarebbero chiaramente insensati se fossero indirizzati ad un soggetto privo della capacità di agire ed in un certo qual mondo quindi anche estraneo alla minaccia della sanzione punitiva.¹¹⁰

¹⁰⁸ D. PULITANO', *La disciplina dell'imputabilità*, in *Leg.pen.*, 2006, p. 300.

¹⁰⁹ M.T. COLLICA, *Il reo imputabile*, in G. DE VERO (a cura di) *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, Torino, 2010, p. 221.

¹¹⁰ A. MANNA, *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, in *Leg pen.*, 2006, p.220

Per questo motivo il fondamento del concetto di imputabilità è maggiormente rinvenibile sul terreno delle funzioni della pena; di fatto se la minaccia della sanzione punitiva deve esercitare la sua efficacia general-preventiva, distogliendo i potenziali rei dal ricadere nuovamente nella commissione di un reato, presupposto necessario è che tali soggetti siano psicologicamente “disposti” a lasciarsi motivare dalla minaccia stessa.¹¹¹

In tal senso quindi, essendo l'esecuzione della pena nei confronti del singolo reo, tesa alla rieducazione ed al recupero dello stesso, la c.d. funzione di prevenzione speciale¹¹² della pena, è necessario che tale soggetto sia capace di cogliere il significato del trattamento punitivo comminatogli.

Venendo al punto è possibile affermare che la c.d. “motivabilità normativa”, non è ravvisabile in maniera uguale in tutti gli individui, come ad esempio, i soggetti immaturi, i minori fino ad una certa età, o le persone inferme di mente, sono a tutt'oggi da considerare incapaci di subire la coazione psicologica della pena alla stessa maniera in cui l'avvertono, rispettivamente, gli adulti o i soggetti mentalmente sani.

Anche se negli ultimi anni si è assistito all'emersione di tendenze culturali, e dottrinali, di segno inverso le quali hanno reso più problematica ed incerta la distinzione tra soggetti “imputabili” e soggetti “inimputabili”.

Chiarito quindi il concetto di imputabilità, seppur per sommi capi, è bene ora porre l'attenzione sulle problematiche che riguardano il non imputabile.

A norma dell'articolo 88 c.p. viene definito non imputabile il soggetto che “(…), nel momento in cui ha commesso il fatto, era per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere e di volere”.

Occorre quindi precisare che cosa si intenda per infermità, intesa quale alterazione della mente, dipendente da causa fisica o psichica, sussistente al momento del fatto e rilevante in ordine al fatto commesso, nonchè tale da incidere concretamente sulla capacità d'intendere o volere del soggetto. Qualsiasi altra anomalia, non dipendente da infermità, riguarda soltanto la sfera della personalità e del carattere del soggetto ed è, pertanto, inidonea a determinare infermità mentale, come nel caso della c.d. pazzia morale, ovvero l'assoluta mancanza di moralità dovuta a ragioni costituzionali del soggetto, non patologiche.¹¹³

¹¹¹G FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit. p. 324, in cui il concetto di c.d. “motivabilità normativa”¹¹¹, ossia attitudine a recepire l'appello della norma penale.

¹¹² *Supra* cap. 1 § 5.

¹¹³ T. BANDINI - B. GUALCO, *Imputabilità e misure di sicurezza. Riflessioni clinico-criminologiche*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. MANNA (a cura di), Padova, 2002, p. 43.

Ne viene che il non imputabile non sarà assoggettabile a pena qualora, nel predetto stato, commetta un fatto preveduto dalla legge come reato.

Per procedere nell'analisi in oggetto, è necessario distinguere: l'arco temporale coincidente con la durata del processo, che lo vede imputato da quello successivo ad esso.

Di fatto soltanto una volta terminato il processo, il reo malato di mente al *tempus commissi delicti*, potrà essere ritenuto socialmente non pericoloso.¹¹⁴

Invero, non intercorre, durante il processo, alcuna distinzione tra la posizione del non imputabile munito di *fumus* di pericolosità e quella del non imputabile che non manifesti più il predetto *fumus*.

In un momento successivo al processo, invece, le categorie di soggetti socialmente pericolosi e non, sono trattate in maniera nettamente differente.

Prima di procedere nell'analisi delle predette tematiche è bene sottolineare che il fatto illecito del non imputabile, pur essendo lesivo di un interesse giuridico garantito, non è anche antiprecettivo.

E' quindi possibile affermare, la certa non assoggettabilità a pena del predetto soggetto, pertanto il non imputabile, non può dirsi per ragioni di ordine formale e sostanziale, capace di agire dolosamente o colposamente.¹¹⁵

Nondimeno il soggetto non imputabile può essere ritenuto, a seguito di giudizio prognostico, socialmente pericoloso e perciò assoggettabile a misura di sicurezza.

A seguito del predetto intervento normativo, volto ad eliminare le forme di pericolosità sociale presunta, può tuttavia accadere che un soggetto non imputabile venga ritenuto socialmente non pericoloso e, quindi, non venga assoggettato a misura di sicurezza.

Tale profilo si dimostra valido, anche se potrebbe diventare un male qualora il soggetto, una volta tornato in libertà, risulti concretamente socialmente pericoloso commettendo nuovi fatti preveduti dalla legge come reato.¹¹⁶

¹¹⁴ Al *tempus commissi delicti* si può desumere che il reo malato di mente sia socialmente pericoloso.

Questo perché lo stesso ha manifestato, in modo oggettivo, la sua pericolosità sociale mediante la propria condotta penalmente rilevante.

La suddetta condizione soggettiva, tuttavia, non può essere desunta al termine del processo, perciò, al momento della disposizione dell'eventuale misura di sicurezza poiché ciò equivarrebbe a sostenere il perdurare della malattia mentale in capo all'autore del reato. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., p. 132.

¹¹⁵ F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961, p. 119.

¹¹⁶ Più specificatamente il c.d. falso negativo, che si distingue dal c.d. falso positivo, che si ha nel caso in cui una persona valutata pericolosa venga privata della libertà, nonostante non presenti alcun rischio; questo perché riesce ad emergere in seguito alla commissione del reato, mentre il secondo non è normalmente falsificabile. Più ampiamente M. PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., p. 113.

In giurisprudenza, infatti è stato sostenuto che l'accertamento tecnico, in materia di pericolosità sociale, può solamente fornire l'immagine "di una realtà in atto, ovvero di una tendenza, senza, peraltro, che il perito possa dire e il giudice sapere quali i futuri sviluppi della personalità di un individuo¹¹⁷"; in altri termini quindi, a parere della giurisprudenza, il suddetto accertamento di pericolosità sociale non può mai condurre a conclusioni certe, ma solo conclusioni probabili.

Il giudizio di pericolosità sociale, inoltre, dal momento che si presta ad essere tipicamente soggettivo, si oppone a qualsiasi classificazione delle varie forme in cui la stessa si manifesta; ne viene che qualsiasi giudizio in tale ambito, soprattutto di non pericolosità, potrebbe essere smentito.

Come affermato in precedenza, il reo totalmente infermo di mente, ritenuto socialmente non pericoloso, non sarà assoggettato né a pena né, tantomeno, a misura di sicurezza.

Sarà perciò rimesso in libertà e quindi sarà restituito alle medesime condizioni ambientali e soggettive che, verosimilmente, hanno contribuito a determinare o ad aggravare, in lui, il precario stato di salute mentale.¹¹⁸

Tuttavia le problematiche in oggetto, hanno subito un parziale ridimensionamento a seguito dell'emanazione delle sentenze n. 253 del 2003 e n. 367 del 2004 della Corte Costituzionale.¹¹⁹

Stando a quanto disposto è stato previsto che il giudice possa disporre, in luogo della misura custodiale, ossia il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario (oggi r.e.m.s), la più flessibile misura della libertà vigilata, valorizzata da prescrizioni a contenuto terapeutico.

Questo permetterà al giudice, nei casi in cui sia dubbia la pericolosità sociale dell'infermo, di evitare da una parte di ricorrere a una misura fortemente restrittiva della libertà personale come quella di cui all'articolo 222 c.p. e dall'altra di rimettere il soggetto in libertà, con conseguenti problemi sia per la società che per l'infermo stesso.¹²⁰

¹¹⁷ Trib. Camerino, 30 gennaio 1985, in *Foro it.*, 1985, p. 123.

¹¹⁸ L. FIORAVANTI, *Le infermità psichiche nella giurisprudenza penale*, Padova, 1988, p.142 ss.

¹¹⁹ C. cost. 18 luglio 2003, n. 253, in *Giur. Cost.*; C. cost. 26 novembre 2004, n. 367, in *Giur. Cost.*

¹²⁰ Ne viene che, anche nelle ipotesi di pericolosità non conclamata, parrebbe corretto ordinare, nei confronti dell'infermo di mente autore di un fatto previsto come reato, la misura di sicurezza della libertà vigilata, corroborata da prescrizioni di ordine terapeutico.

Misure che da una parte andrebbero a garantire esigenze di sicurezza sociale e dall'altra esigenze medico-assistenziali dell'infermo. I MERZAGORA BETSOS, *Imputabilità e pericolosità sociale: un punto di vista criminologico*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. MANNA (a cura di), Padova, 2002. p.81.

La suddetta misura di sicurezza, di fatto, viene spesso utilizzata piuttosto come provvedimento in grado di conciliare le esigenze terapeutiche dell'infermo con quelle di controllo della pericolosità sociale dello stesso, che come "provvedimento di controllo", secondo quanto stabilito dall'impostazione legislativa originaria del legislatore. I MERZAGORA BETSOS, *Imputabilità e pericolosità sociale: un punto di vista criminologico*, cit. p. 84. Più ampiamente sulla libertà vigilata cap. 3 § 7.4.

Infine quanto al soggetto semi imputabile, è colui che, secondo quanto disposto dall' articolo 89 c.p. “... *nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità d'intendere o di volere, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita.*”

Pertanto il soggetto semi imputabile, non andrà esente da pena, poiché la sua imputabilità non è esclusa bensì solo diminuita, ma avrà diritto esclusivamente ad una riduzione della pena.

Ne viene che a dispetto del soggetto non imputabile, quindi, il soggetto parzialmente capace di intendere e di volere sarà sottoposto a pena.

Tuttavia la posizione delle due categorie di soggetti è accomunata per quanto attiene alla prevenzione *post delictum*.

Di fatto anche al semi imputabile potrà essere applicata una misura di sicurezza, previa verifica della sua concreta pericolosità sociale.

Questo in ragione del fatto che le misure di sicurezza, non solo sono state previste per integrare il sistema tradizionale delle pene, nel caso in cui le queste non risultino applicabili, ma anche nel caso in cui non siano considerate sufficienti a garantire le esigenze securitarie della collettività.

Stando quindi alla definizione tradizionale, infatti, alle misure di sicurezza può essere riconosciuta la funzione rieducativa sociale del reo e la funzione preventiva.

La dottrina più moderna, tuttavia, ritiene che non si possa più differenziare tra misure di sicurezza e pene, facendo riferimento allo scopo delle prime e delle seconde.¹²¹

¹²¹ Trib. Camerino, 30 gennaio 1985, in *Foro it.*, 1985, p. 127.

Capitolo IV

L'ACCERTAMENTO PERITALE TRA ESIGENZE DI TUTELA E PROFILI RETRIBUTIVI

1. La perizia ai sensi dell'articolo 220 c.p.p. — E' bene quindi ora prendere in considerazione la perizia, quale cuore dell'accertamento della pericolosità sociale; cercando dapprima di delinearne i tratti fondamentali e la natura giuridica, passando poi all' oggetto della perizia ed infine ai suoi termini di ammissibilità.

La perizia ha la duplice natura di mezzo di prova e di mezzo di valutazione della prova, disciplinata all' articolo 220 c.p.p. il quale testualmente dispone che: *“la perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche. Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche”*.

Il codice di procedura penale del 1930, antecedente a quello attualmente in vigore, ha ampliato notevolmente l'ambito di applicabilità della perizia. Di fatto, il codice di procedura penale del 1930, all'articolo 314, primo comma, disponeva che: *“quando sia necessaria un'indagine che richieda particolari cognizioni di determinate scienze o arti, il giudice può disporre la perizia”*. La formula appena riportata, lasciava al giudice la semplice facoltà di disporre la perizia.¹²²

Il legislatore del codice attuale del 1988 ha compiuto un'inversione di tendenza lasciando al giudice una discrezionalità vincolata nell'ammissione della perizia. Sulla base di quanto appena affermato, si desume che il codice di rito attualmente vigente, all' articolo 220 primo comma c.p.p., il quale recita che *“la perizia è ammessa”*¹²³, limita il potere discrezionale del giudice al solo accertamento del presupposto di ammissibilità.¹²⁴ Confrontando gli incisi di entrambe le norme si comprende che, il primo “quando sia necessaria”, alludeva al concetto di

¹²² V. MORMILE, *La rilevanza probatoria della perizia nel processo penale*, Napoli, 2013, p. 12; P. CORSO, *Periti e perizia*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 89.

¹²³ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 783.

¹²⁴ O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Strumenti scientifico tecnici, nuovi o controversi e di elevata utilizzazione*, Milano, 2005, p. 52 viene sostenuto che *“la fattispecie ammissiva della prova peritale è costruita nei termini logici della discrezionalità vincolata”*, così rapportandosi a quanto stabilito da F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, p. 160.

inevitabilità, mentre quello della versione attuale “quando occorre” equivale a “tutte le volte che si tratti di (...)”.¹²⁵

L’ “occorrenza” di un’indagine specialistica affranca l’istituto in esame da una situazione di necessità, prevedendo così, che il giudice disponga perizia quando, pur potendo fruire di altri mezzi di prova, sia opportuno avvalersi di specifiche competenze scientifiche, tecniche o artistiche.¹²⁶

La predetta estensione è dovuta, da una parte alla progressiva estensione ad opera dell’ordinamento circa l’utilizzo della scienza nel processo mentre dall’ altra in forza di taluni aspetti innovativi del codice del 1988, pressochè ispirato ad un modello accusatorio.

Per l’appunto la perizia, come ogni mezzo di prova, è lasciata all’iniziativa delle parti, dal momento che anche le nozioni tecnico scientifiche necessarie per il processo devono poter formare oggetto di contraddittorio.¹²⁷

Venendo quindi alla natura dell’istituto in questione, si può notare che la formale collocazione della perizia è al Libro III, Titolo II concernente i mezzi di prova.

Un orientamento differente è andato oltre rispetto alla concezione della perizia come mezzo per valutare elementi di prova già acquisiti, sostenendo che essa possa essere utilizzata anche per consentire l’acquisizione di nuovi dati conoscitivi così per l’appunto riportandola fra i mezzi di prova.¹²⁸

Rispetto invece la tassatività dell’accertamento mediante perizia, dottrina e giurisprudenza prospettano soluzioni differenti.

Secondo taluni autori¹²⁹, stando all’evoluzione storico normativa dell’istituto stesso, esso ne confermerebbe l’obbligatorietà.

Il giudice quindi avrebbe solo un potere di valutazione discrezionale, riguardo all’esistenza o meno del presupposto di necessità richiesto dal codice.¹³⁰

Per tanto, la perizia si dimostrerebbe come obbligatoria quando il giudice abbia verificato la presenza di un determinato tema di prova, per il cui accertamento si necessiti della conoscenza

¹²⁵ O. DOMINIONI, *Le prove*, in AA. VV., *Manuale di procedura penale*, Bologna, 2008, p. 250.

¹²⁶ O. DOMINIONI, *I mezzi di prova*, in AA. VV., *Procedura penale*, Torino, 2017, p. 286.

¹²⁷ A. GAITO, *La prova penale*, Milano, 2008, p. 593

¹²⁸ P. FERRUA - E. MARZADURI - G. SPANGHER, *La prova penale*, Torino, 2013, p. 404; F. CAPRIOLI, *La scienza “cattiva maestra”: le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 3523.

¹²⁹ P. TONINI, *Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, p. 364.

¹³⁰ R. ADORNO, sub *art. 220*, in A. GIARDA - G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010, p. 2167.

di regole tecniche caratterizzate dalla “specialità” e quindi che letteralmente vadano “oltre il patrimonio, culturale e di esperienza” del giudice.¹³¹

In tal senso perciò, è possibile ritenere la sua esclusione solamente nei casi in cui non occorra, ossia quando risulti vietata, oppure manifestamente superflua od irrilevante; ciò a norma dell'articolo 190, primo comma c.p.p.¹³²

Dall' altra parte, la giurisprudenza di legittimità reputa che la scelta di utilizzare la perizia sia lasciata alla discrezionalità del giudice pertanto l'eventuale richiesta di parte non vincola il giudice, ma gli impone soltanto di pronunciarsi sull'istanza.¹³³

Per l'appunto, la Corte di cassazione con sentenza 7 luglio 2003, n. 34089, ha dichiarato che :
“la perizia è un mezzo di prova essenzialmente discrezionale, essendo rimessa al giudice di merito, anche in presenza di pareri tecnici e documenti medici prodotti dalla difesa, la valutazione della necessità di disporre indagini specifiche; pertanto, non è sindacabile in sede di legittimità, se sorretto da adeguata motivazione, il convincimento espresso da quel giudice circa l'esistenza di elementi tali da escludere la situazione che l'accertamento peritale richiesto dovrebbe dimostrare”.¹³⁴

Quanto poi all' oggetto della perizia, esso è regolamentato dall' articolo 220 c.p.p, rispetto al quale la stessa è ammessa *“quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni”*. L' odierna formulazione estende, rispetto alla precedente, i diversi tipi di attività che possono essere espletati dal perito, rientrandovi così, le indagini, l'acquisizione di dati o le valutazioni. Cosicché il perito potrà esser incaricato da una parte, di accertare mediante specifiche competenze, fatti non accertabili in modo diverso e così compiendo un' attività avente natura direttamente probatoria; dall' altra di valutare fatti già accertati o dati già acquisiti nel processo, per il tramite dell' indicazione dei criteri di analisi o mediante l'effettuazione di un esame tecnico-scientifico, atti a consentirne una valutazione adeguata.¹³⁵

Riguardo poi l'ammissibilità della perizia, essa è passibile tramite richiesta di parte.

¹³¹ R. BALASSO, *La perizia e la consulenza tecnica d'ufficio e di parte: nei procedimenti civili, nei procedimenti penali, nei procedimenti amministrativi e contabili*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 28.

¹³²C. FANUELE, *Gli accertamenti peritali strumentali all'accertamento giudiziale: modalità esplicative e rapporto con la decisione finale*, in M. MONTAGNA, *il processo penale. La giustizia penale differenziata. Vol III: gli accertamenti complementari*, Torino, 2011, p. 903; Allo stesso modo, più ampiamente, A. SCALFATI, *Perizia*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1997, p. 3.

¹³³ M. CONTE - R. LO FORTI, *Gli accertamenti tecnici nel processo penale*, Milano, 2006, p. 3.

¹³⁴ Cass., sez. VI, 7 luglio 2003, n. 34089, in *Cass. Pen.* 2004, p. 4164.

¹³⁵ P. FERRUA - E. MARZADURI - G. SPANGHER, *La prova penale*, cit. p. 413.

Anche se in deroga a quanto disposto del primo comma, primo periodo, dell'articolo 190 c.p.p., l'articolo 224, primo comma, dispone che la perizia possa essere ordinata anche d'ufficio dal giudice.

Inoltre, sia durante il corso delle indagini preliminari che nell'udienza preliminare¹³⁶, l'accertamento è disposto dal giudice soltanto a richiesta di parte, nelle forme disciplinate per l'incidente probatorio.

Il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini, secondo quanto previsto all'articolo 392 c.p.p., possono chiedere al giudice che si proceda in tal senso in due situazioni: se la prova attiene ad una persona, una cosa o un luogo il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile articolo 392, primo comma, lett. f; oppure articolo 392, secondo comma nel caso in cui la perizia sia di complessità tale che, se disposta durante il dibattimento, ne provocherebbe una sospensione per un tempo superiore a sessanta giorni.¹³⁷

Detto ciò la perizia può essere disposta ai fini dell'accertamento della capacità processuale dell'imputato ovvero per stabilire la capacità di partecipare coscientemente al processo, l'accertamento di sei mesi in sei mesi in caso di sospensione del processo per incapacità dell'imputato, ed ancora ai fini della diposizione di misure cautelari da ultimo ai fini dell'accertamento volto a stabilire l'esistenza del vizio di mente totale o parziale al momento del fatto attuale e la pericolosità sociale.

E' possibile così prendere atto delle fasi in cui la perizia si inserisce, operando una distinzione tra la fase cognitiva e quella esecutiva.¹³⁸

Nel corso della fase cognitiva il codice di rito ammette tre tipi di accertamento: la consulenza tecnica¹³⁹ di parte del pubblico ministero di cui agli articoli 359 e 360 c.p.p., la perizia disposta dal giudice per le indagini preliminari di cui agli articoli 392 e 398 c.p.p. e infine la perizia dibattimentale a norma dell'articolo 508 c.p.p.

La prima occasione processualmente utile, in cui può manifestarsi il bisogno di svolgere una perizia psichiatrica, è quello delle indagini preliminari. Ed in particolare durante la predetta fase il P.M. può, a norma dell'articolo 359 c.p.p., nominare e avvalersi di consulenti tecnici che non possono rifiutare la loro opera.

¹³⁶ C. cost., sent. 15 luglio 2003, n. 249, in *Giur. Cost.*, 2003.

¹³⁷ R. BALASSO, *La perizia e la consulenza tecnica d'ufficio e di parte: nei procedimenti civili, nei procedimenti penali, nei procedimenti amministrativi e contabili*.cit., p.162.

¹³⁸ *Infra* capitolo 3 § 9.

¹³⁹ *Infra* § 10.

1.1 L'apporto della psichiatria forense: la perizia psichiatrica. — Nell'ambito della psichiatria forense, per perizia si intende un *“accertamento tecnico di natura psichiatrica volto a formulare un giudizio diagnostico-valutativo e prognostico che, per adulti e minori, ha lo scopo di “stabilire le condizioni di mente della persona (attiva o passiva) in riferimento ad una determinata fattispecie di reato (commesso o subito) e ad un preciso momento del suo iter giudiziario, in ogni stato e grado del procedimento”*.¹⁴⁰

Il tema dell'imputabilità, che rientra nel complesso tema della colpevolezza e quindi dell'elemento soggettivo del reato, recepisce formalmente l'idea di persona moralmente cosciente e responsabile nel compimento delle proprie azioni.

Il dibattito della dottrina, non solo giuridica e sociologica ma anche medica, filosofica e politica intorno al tema dell'imputabilità è risalente nel tempo.

L'esperienza finora maturata tende a dimostrare come non sia sufficiente proporre classificazioni o catalogazioni in merito, ma sia importante, invece, adottare un modello di scienze umane che possa contemplare la persona umana nella sua unitarietà e irripetibilità, osservando le sue singolari manifestazioni vitali e le specifiche modalità di declinazione nel mondo.¹⁴¹

Le perplessità maggiormente manifestate in dottrina riguardano le basi scientifiche su cui si fondano i casi di non imputabilità previsti dal codice. Secondo taluni, il codice non farebbe altro che riflettere precise scelte di politica criminale, creando delle “finzioni giuridiche”, in alcuni casi apertamente smentite dalla stessa scienza psichiatrica.¹⁴²

Dietro un'espressione così apparentemente immediata come quella di capacità di intendere e di volere si cela lo scontro tra due visioni: la teoria del libero arbitrio o indeterminismo che sostiene la libertà di scelta e la capacità di autodeterminazione della persona da un lato; la teoria determinista dall'altro lato, che invece sostiene la determinazione aprioristica di ogni azione umana, necessitata e prodotta da cause incontrollabili dall'uomo, legate, per lo più, a fattori biologici, psicologici o sociali.

Il determinismo a cui si fa riferimento non è quello fisico bensì quello psicologico, nonostante non possa essere concepita una volontà senza causa, una volontà senza motivi.

¹⁴⁰ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2018, p. 96.

¹⁴¹ U. FORNARI - S. CODA, *Imputabilità e pericolosità sociale: nuove prospettive nella valutazione forense, Relazione tenuta al Convegno di Studi “Verso un Codice Penale modello per l'Europa”, Foggia, 10-11 novembre 2000*, Padova, 2002, p. 265.

¹⁴² D. DAWAN, *I nuovi confini dell'imputabilità nel processo penale*, Milano, 2006, p. 2 ss.

Di fronte a questi ultimi, infatti, la volontà umana non soggiace in modo fatale perché l'uomo ha la facoltà di discernere e di selezionare, non recependo e metabolizzando in modo passivo rispetto ai motivi ma reagendo in modo diverso a seconda di un motivo piuttosto che di un altro.¹⁴³

Inoltre, il concetto di normalità, secondo i più avanzati studi psicologici, risulta palesemente evanescente e aleatorio. Il dibattito attuale sull'imputabilità riguarda la scelta se continuare lo scontro tra deterministi e indeterministi oppure se andare oltre e riconoscere alla libertà di intendere e di volere il valore di postulato della ragion pratica e, pertanto, considerare l'imputabilità un semplice parametro della convivenza tra persone a cui viene attribuita pari dignità di soggetti.¹⁴⁴

Il modello di accertamento adottato in Italia per indagare la capacità di intendere e di volere è quello psicopatologico-normativo o misto che prevede un doppio accertamento: il primo di carattere clinico per accertare la sussistenza della patologia, il secondo, tendente ad accertare, sulla base del primo, il grado di incidenza del disturbo mentale, al momento della commissione del fatto di reato, sulla capacità di intendere e di volere del reo.

In pratica, tale modello traccia dei confini ben precisi: alla scienza psichiatrica spetta il compito di individuare i requisiti biopsicologici in presenza dei quali il soggetto può dirsi capace; alla scienza giuridica spetta, invece, la fissazione della rilevanza dei dati clinici, valutando gli obiettivi di tutela perseguiti dalla legge.¹⁴⁵

L'accertamento peritale si può esprimere con incarico singolo o collegiale e sotto diverse forme.¹⁴⁶

La perizia che viene disposta nella fase di cognizione, nei confronti dell'autore di reato, ha la finalità di *“stabilire l'eventuale esistenza di un vizio totale o parziale di mente nell'indagato o nell'imputato al momento del fatto”*, secondo quanto stabilito dagli articoli 88 e 89 c.p.

In particolare, l'articolo 220 c.p.p. stabilisce che *“la perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche. Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la*

¹⁴³ I. MERZARORA BETSOS, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, Milano, 2012, p. 49.

¹⁴⁴ I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, cit., pp. 159 ss.

¹⁴⁵ M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale italiano*, Milano, 1990, p. 32.

¹⁴⁶ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 96 - 97.

professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche".

Nella stessa fase di cognizione, oltre all'accertamento sopra indicato, possono essere disposti anche altri accertamenti sempre in riferimento all'autore di reato.

In sostanza l'accertamento peritale si dispone ogni qualvolta il Giudice impegnato ad accertare la responsabilità penale di un soggetto in merito ad un avvenuto fatto reato, riscontra la presenza di specifici "indicatori di allarme" oppure la sussistenza di condizioni che rendono necessaria una valutazione da parte di uno specialista in materia psichiatrica.

Lo psichiatra ha poi facoltà, laddove non disposto sin dall'inizio dal Giudice di avvalersi di altri specialisti in materia clinica, psicodiagnostica o strumentale.¹⁴⁷

In merito agli accertamenti disposti sull'autore di reato, indagato o imputato, tre sono sostanzialmente le questioni poste ad oggetto dell'accertamento peritale: la presenza di un'infermità da cui scaturisce la determinazione del cosiddetto "vizio di mente di natura totale o parziale tale da escludere o grandemente scemare la capacità di intendere e di volere"; nel caso in cui si riscontri la presenza di un vizio di mente deve essere accertata, altresì, la presenza e la persistenza della pericolosità sociale psichiatrica. Inoltre, viene stabilito se le condizioni di mente possedute dall'indagato o dall'imputato gli consentano di partecipare coscientemente al processo a suo carico. L'articolo 85 c.p. impone, quale presupposto per l'accertamento della responsabilità penale, la sussistenza nel reo di uno *status* personale, di un modo d'essere denominato imputabilità e qualificato come capacità d'intendere ossia di rendersi conto del rilievo sociale delle proprie azioni e di volere ossia di autodeterminarsi liberamente nel fare quanto si ritiene opportuno dover fare.

L'integrità dello stato di mente del soggetto autore di reato, da stabilirsi "al momento del fatto reato", è dunque vincolata all'esistenza delle due predette distinte facoltà.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Secondo Fornari tali indicatori di allarme di natura "obiettiva" o "soggettiva", sono la notizia diretta o indiretta della presenza di disturbi mentali, di cui accertare l'incidenza sul fatto reato; ossia la presenza di quadro di scompenso psichico in atto, da inquadrarsi o meno nella storia psichiatrica del soggetto; il verificarsi di uno scompenso psichico durante la custodia cautelare o l'esecuzione della condanna o l'applicazione di una misura di sicurezza non psichiatrica; l'incongruenza e la bizzarria del comportamento oggetto dell'indagine; la gravità e/o l'efferatezza del fatto reato; l'appartenenza ad una classe sociale che, con pregiudizi e preconcetti, si ritiene immune da condotte criminali; un comportamento non conforme tenuto dal soggetto in presenza di recidiva o durante indagine durante gli accertamenti di polizia giudiziaria o del magistrato. V. al riguardo U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 103.

¹⁴⁸ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 137.

Quindi la piena imputabilità di un soggetto, ovvero la piena responsabilità penale al cospetto di un fatto rubricato nel nostro ordinamento legislativo in qualità di reato, richiama al pieno possesso di facoltà cognitive, logiche e di interazione dell'individuo con la realtà che consentano al soggetto di capire e valutare adeguatamente i motivi delle proprie azioni nonché le conseguenze che esse avranno nella realtà circostante, così da orientare in senso cosciente e coerente il proprio comportamento.¹⁴⁹

Nel momento in cui anche solo una delle capacità di intendere e di volere viene ad essere esclusa o sia ritenuta come “grandemente scemata”, l'imputabilità del soggetto è messa in discussione.¹⁵⁰ La valutazione dell'imputabilità, per un soggetto cui venga riscontrato un vizio di mente, implica la necessità che l'esperto incaricato di effettuare tale valutazione adotti un ben preciso percorso diagnostico-operativo che contempla tre fasi.¹⁵¹

La prima fase è di tipo “classificatorio” e risulta utile per identificare quali disturbi mentali possano influire sull'infermità, ossia quali categorie cliniche assumano significato giuridico nel limitare grandemente o nell'escludere quella coscienza di comprensione e quella capacità di autodeterminazione che sostanziano la capacità di intendere e di volere.

Solitamente, in questa prima fase viene adottato un criterio nosografico che ha lo scopo di circoscrivere, tra la pluralità dei disturbi mentali che sono oggetto della diagnostica psichiatrica, solo quei quadri psichici che possano assumere valore di infermità.

Nello specifico, vengono indicate, per convenzione, le condizioni in cui è in atto un evidente scompenso patologico psichico oppure risulta in atto un deterioramento consistente indotto da disturbo mentale organico; oppure risulta presente una sensibile destrutturazione della personalità cagionata da schizofrenia; infine nel caso in cui insista un disturbo grave di personalità in cui siano documentabili episodi di scompensi di tipo *borderline* o di origine psicotica.¹⁵²

Al riguardo, si può notare come la sentenza del 25 gennaio 2005 n. 9163, delle Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione annoveri tra le infermità mentali anche i disturbi della personalità.¹⁵³

¹⁴⁹ A. CAZZANIGA, *Criteriologia medico-forense*, Pavia, 1969, p. 100; anche A. CAZZANIGA - C. M. CATTABENI - R. LUVONI, *Compendio di medicina legale e delle assicurazioni*, XII ed., Torino, 2006, p. 132.

¹⁵⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 644 ss.

¹⁵¹ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 139, 143.

¹⁵² U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 150, 162.

¹⁵³ Cass., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, in *C.e.d.s.*; econdo cui: “anche i disturbi della personalità, come quelli da nevrosi e psicopatie, possono costituire causa idonea ad escludere o scemare grandemente, in via autonoma e specifica, la capacità di intendere e di volere di un soggetto agente ai fini degli artt. 88 e 89 c.p., sempre che siano

Detta sentenza pone termine ad annose controversie interpretative che vedevano contrapporsi il “modello nosografico” ed il “modello giuridico”: il primo volto ad intendere l’infermità in stretto ancoraggio a categorie di patologia mentale nosograficamente descritte, e dove dunque i disturbi di personalità non trovavano spazio; ed il secondo volto ad intendere in modo più ampio l’infermità, ovvero non solo nei limitati confini della “malattia” bensì in quelli più ampi di “non sanità”.¹⁵⁴

Integrando ed al contempo superando il modello nosografico, si ammette che anche i disturbi di personalità possono costituire infermità nella misura tale da pregiudicare totalmente o grandemente il funzionamento delle capacità intellettive e volitive del soggetto.

Tali disturbi devono essere idonei “*a determinare una situazione di assetto psichico incontrollabile ed ingestibile che, incolpevolmente, rende l’agente incapace di esercitare il dovuto controllo dei propri atti*”. A definire “grave” un disturbo di personalità non è dunque sufficiente il modello nosografico ma deve essere utilizzata

anche una diagnosi di struttura, di organizzazione e di funzionamento, così da contemplare la rilevanza dell’assetto *borderline* che influisce sulle strutture cognitive.¹⁵⁵

La seconda fase del predetto percorso metodologico riguarda l’attribuzione ai disturbi patologici psichici di una manifestazione sintomatica riconducibile alla tipologia e qualità del fatto di reato.

In altre parole, un’attribuzione di valenza secondo un criterio psicopatologico, ciò vuol dire attribuire al reato un valore di malattia, cioè intendere il reato nella fenomenologia sintomatica propria del disturbo. Questo secondo passaggio è dunque volto a stabilire un nesso eziologico significativo tra il disturbo psicopatologico, il suo funzionamento ed il reato.

In tal senso, il percorso di comprensione psicopatologica consentirà di svincolarsi dall’ammissione di infermità posta in modo esclusivo verso alcuni quadri clinici, e di guardare solo a quelli in cui il funzionamento psichico ha determinato in modo diretto una compromissione delle capacità di intendere e di volere.

di consistenza, rilevanza, gravità e intensità tali da concretamente incidere sulla stessa; per converso, non assumono rilievo ai fini della imputabilità le altre “anomalie caratteriali” e gli “stati emotivi e passionali”, che non rivestano i suddetti connotati di incisività sulla capacità di autodeterminazione del soggetto agente; è inoltre necessario che tra il disturbo mentale ed il fatto di reato sussista un nesso eziologico, che consenta di ritenere il secondo causalmente determinato dal primo”.

¹⁵⁴ M.T. COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, cit. p. 40.

¹⁵⁵ Va infatti precisato che oltre la diagnosi descrittivo-sintomatologica formulata sulla base del DSM IV, sono possibili anche altri tipi di diagnosi: la diagnosi “di sede” tendente all’individuazione della struttura nervosa alterata che provoca il sintomo e la diagnosi “funzionale” volta ad esplorare la personalità globale del soggetto per indicare le conseguenze di un certo disturbo. U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 141 ss.

La terza fase, infine, implica una valutazione che permetta di stabilire la qualità ed il grado con le quali il disturbo mentale si sia costituito in una compromissione totale o parziale di ciò che sostanzia l'imputabilità.

Per risolvere la necessità di produrre un giudizio qualitativo e quantitativo da applicare al vizio di mente, l'esperto potrebbe avvalersi della valutazione dell'integrità delle "aree funzionali dell'Io", che esprimono la capacità di rispondere in modo adeguato e funzionale alla molteplicità delle stimolazioni che provengono dall'interazione Io – ambiente.¹⁵⁶

In sostanza, partendo dall'assunto che nel vizio di mente la compromissione delle funzionalità dell'Io si traduce in disordini comportamentali che possono precedere, accompagnare o seguire il fatto di reato, la valutazione della qualità e del grado del vizio di mente si può specificare in modo differente.

Si riscontrerà "un vizio parziale di mente" nei casi in cui lo scompensamento del funzionamento patologico psichico rimanga limitato, consentendo l'adozione di un comportamento ancora sufficientemente organizzato, pianificato e lucido; si riscontrerà, invece, "un vizio totale di mente" nei casi in cui vi sia un grave scompensamento del funzionamento patologico psichico, ed il comportamento divenga disorganizzato, bizzarro, privo di progettazione e pianificazione.

Effettuate le suddette valutazioni, l'esperto potrà essere quindi in grado di orientare il giudice sulla presenza di un vizio di mente che in modo parziale o totale si riflette sulla compromissione delle capacità sottese ad adeguati processi logici e di pianificazione comportamentale, e quest'ultimo accogliendo i criteri proposti li tradurrà in termini di non imputabilità e dunque di non punibilità giuridica.

Il vizio parziale di mente comporta la riduzione di un terzo della pena, il vizio totale di mente l'esenzione completa dalla pena. Accertata la presenza di un vizio di mente, l'esperto avrà poi compito di rispondere al secondo quesito, relativo all'accertamento della pericolosità sociale. L'attestazione della presenza e persistenza di pericolosità sociale comporta, come osservato, l'applicazione delle misure di sicurezza.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Esse sono: le "funzioni cognitive", relative alla percezione formale delle situazioni, interne o esterne al soggetto, in quanto tali; le "funzioni organizzative", ovvero l'analisi, la comprensione e l'attribuzione di significato alle stesse; le "funzioni previsionali", ovvero l'analisi, la critica ed il giudizio nella valutazione delle possibili conseguenze delle risposte che possono essere emesse; le "funzioni decisionali", che contemplano la scelta tra adeguamento, evitamento o rifiuto della situazione - stimolo, e dunque la decisione di agire o di non agire; le "funzioni esecutive", ovvero l'emissione della risposta scelta in virtù dell'obiettivo che si vuole o si può raggiungere, pianificando il proprio comportamento in senso organizzato o disorganizzato, o mediato dalla logica o dalle componenti emotive. U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit. p. 148.

¹⁵⁷ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit. p. 148.

Il comma secondo dello stesso articolo 203 c.p., richiama le circostanze indicate nell'articolo 133 c.p. per desumere "*le qualità di persona socialmente pericolosa*".

Conseguenza di quanto sopra, diviene il fatto che l'applicazione della sanzione è commisurata ad un evento di reato già avvenuto, il quale assume valore non solo in senso retributivo bensì anche prognostico, essendo nel contempo sintomo e rischio di una probabile futura recidiva.

La valutazione della pericolosità¹⁵⁸ si sostanzia dunque nell'incontro di fattori indiziari e fattori di inferenza probabilistica: laddove infatti si considerassero solo i primi, potrebbe essere esclusivamente emesso un giudizio di tipo diagnostico sulla responsabilità, basandosi sull'accertamento della presenza e sulla conseguente valutazione di dati di fatto conosciuti o comunque conoscibili.

Viceversa, pronunciarsi sulla pericolosità vuol dire anche emettere un giudizio di tipo prognostico, orientato al futuro, la cui valutazione implica l'analisi di un dato ignoto, che è la futura condotta del reo.

Tutto si concentra perciò in quella "capacità a delinquere" che, integrando elementi che di volta in volta assumono un valore oggettivo o soggettivo, sostanzia il rapporto tra crimine e criminale.

La discrezionalità della valutazione consiste, pertanto, nel riconoscere qualità "differenziali" nel carattere del reo ed in ciò che egli specificatamente persegue con la sua condotta, rispetto ad altri autori di reato. Non si ha applicazione delle misure di sicurezza laddove un malato di mente non venga riconosciuto come pericoloso: in tali casi egli viene a tutti gli effetti prosciolto ai fini giudiziari, ed il monitoraggio dell'evoluzione del suo stato psicopatologico viene tutt'al più affidato ai servizi psichiatrici territoriali.

La valutazione del vizio di mente ne stabilisce i connotati rispetto "al momento del fatto di reato". Ciò la differenzia dalla valutazione sulla pericolosità sociale che viene effettuata in "tempi diversi": la stessa, infatti, deve essere "presente e persistente" all'atto dello stesso accertamento peritale. Tale sbilanciamento è riconducibile al meccanismo del doppio binario che assume la pericolosità alla stregua di una caratteristica accessoria piuttosto che obbligatoria dell'autore di reato strettamente collegata ad uno stato di permanenza che deve pertanto persistere nel momento del riesame¹⁵⁹ della pericolosità *ex* articolo 208 c.p.

¹⁵⁸ *Infra* § 11.

¹⁵⁹ Più ampiamente *Infra* cap. 3 § 3.

1.2 Il concetto di pericolosità sociale di tipo psichiatrico e suoi rapporti con la c.d. pericolosità situazionale.

— Nel caso della perizia psichiatrica emerge chiaramente che il perito si pronuncerà rispetto alla pericolosità sociale derivata e quindi connessa all' infermità mentale.

Lo stesso dovrà rispondere ai quesiti, solamente nei casi in cui abbia ravvisato un quadro di patologia mentale tale da costituire vizio totale o parziale.

In questo senso quindi, gli esperti dovranno tenere distinta la nozione di pericolosità sociale psichiatrica da quella di pericolosità sociale giuridica.

Mentre la prima viene identificata dalla necessità attuale di cure e di assistenza specialistica, in regime di trattamento sanitario obbligatorio giudiziario o di libertà vigilata; la seconda invece, ossia la pericolosità sociale giuridica, si impernia su di un accertamento, di tipo prognostico, di unica competenza del magistrato.

Per di più, la pericolosità sociale psichiatrica deve essere graduata in “elevata” e “attenuata” dal perito e non dal giudice.

Fornari per altro sostiene che sia necessario, ai fini del giudizio di pericolosità sociale, procedere analizzando un serie di indicatori interni ed esterni, relativi al soggetto.

Fra i primi rientrano ad esempio: la presenza e persistenza di una sintomatologia psicotica florida¹⁶⁰; l'assente consapevolezza di malattia; la non accettazione delle terapie prescritte; e ancora la mancata o inadeguata risposta a quelle praticate; ed infine la presenza di segni di disorganizzazione cognitiva¹⁶¹ e di impoverimento ideo-affettivo¹⁶² e psico-motorio che impediscono un compenso in tempi ragionevoli.

Fra gli indicatori esterni rientrano a titolo esemplificativo: le caratteristiche dell'ambiente sociale e familiare di appartenenza; l'esistenza ed adeguatezza dei servizi psichiatrici di zona, accompagnata a dalla disponibilità e capacità di formulare progetti terapeutico; la possibilità di (re)inserimento lavorativo o di soluzioni alternative.

¹⁶⁰ La sintomatologia psicotica florida viene ricondotta all' interno delle malattie mentali, fra le quali si annoverano, per altro, con il il nome generico di “malattie mentali” o “psicosi” o “disturbi psicotici” o anche “disturbi psichiatrici” o di “malattie mentali” o “psicosi” o “disturbi psicotici” o anche “disturbi psichiatrici”. Si tratta di un insieme eterogeneo di patologie che comportano un insieme di segni e sintomi che compromettono significativamente il modo di pensare, la sfera emotiva, ed anche le relazioni sociali. La più conosciuta di queste malattie mentali è la schizofrenia. G. PONTI – I. MERZAGORA BETSOS, *Compendio di criminologia*, Milano, 2008, p. 121.

¹⁶¹ Disorganizzazione cognitiva o meglio detta disorganizzazione del pensiero, che si riscontra quale sintomo di psicosi. In particolare potrà ravvisarsi un discorso disorganizzato o sconnesso, oppure una riduzione nella quantità di elaborazione o produzione mentale. F. GILBERTI – R. ROSSI, *Manuale di psichiatria*, Milano, 2012, p. 67.

¹⁶² Ulteriore possibile sintomo di psicosi, l'impoverimento ideo - affettivo si caratterizza perché si manifesta con sintomi come l'apatia e l'antisocialità.

Infine quanto all' insieme dei fattori volti ad individuare la pericolosità sociale psichiatrica vi rientreranno: l'assenza o attenuazione della sintomatologia psicotica florida; il ripristino di una sufficiente consapevolezza di malattia; il recupero di capacità di analisi, di critica e di giudizio adeguate; e da ultimo la possibilità di ottenere da parte del paziente interventi terapeutici, compresi quelli farmacologici e buona *compliance* alle terapie.¹⁶³

Inoltre vi è da aggiungere che l'attenzione verso i fattori relazionali e "di contesto", ha dato vita a quella che viene definita "pericolosità situazionale".

I predetti fattori avrebbero valenza "situazionale" sia per i soggetti imputabili che per quelli non imputabili anche se "agirebbero" in maniera differente sulla struttura di personalità del soggetto considerato a seconda che alla base vi sia un disturbo psichico o meno.

Sicuramente, risulta discriminante nella valutazione della pericolosità dell'infermo di mente anche il fattore socio-ambientale. Non solo quindi, la cura farmacologica, ma anche il supporto esterno adeguato al tipo di soggetto.

Pertanto, per un efficace percorso sanzionatorio terapeutico-riabilitativo dell'autore di reato non imputabile si dovrebbe prendere in considerazione l'adeguatezza del contesto socio-familiare, ossia la concreta possibilità di accoglienza del territorio di appartenenza, l'idoneità della eventuale presa in carico della famiglia rispettando la funzionalità delle relazioni e dinamiche interne, la presenza di risorse personali e materiali in grado di supportare il soggetto.

In tal caso, i connotati di tipo medico sono destinati a rimanere marginali avallandosi sempre di più la tesi che riconosce alla pericolosità esclusivamente natura normativa, come tale di sola pertinenza dei giudici.¹⁶⁴

Ci si domanda allora quale ruolo debba ricoprire l'esperto, il perito, nell'indagine della pericolosità sociale e, più in generale, quale modello sanzionatorio meriti maggiore condivisione. Una parte della dottrina, ritiene che il perito, psichiatra o psicologo, dovrebbe limitarsi ad accertare il disturbo mentale, astenendosi completamente dal valutare l'eventuale sussistenza dell'imputabilità.¹⁶⁵

In questo modo al perito è richiesto solo un apprezzamento di elementi tecnici ed oggettivi, tenendosi separato l'aspetto meramente cognitivo, rimesso a costui, da quello valutativo, devoluto al giudice, cui solo spetterebbe l'indagine sulla capacità di autodeterminazione del

¹⁶³ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2018, p. 144.

¹⁶⁴ M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso" del reato*, cit., p. 289.

¹⁶⁵ M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso" del reato*, cit., p. 289.

soggetto e sulla pericolosità sociale, posta l'impossibilità al momento di fornire una prova empirica.

D'altro canto, l'apporto degli esperti è considerato ancora molto utile, soprattutto in relazione alla seconda fase del giudizio di imputabilità, sia pure nell'ottica di una revisione dei contenuti della perizia. Tale contributo è considerato utile in riferimento al trattamento sanzionatorio degli autori di reato non imputabili e per l'individuazione della pericolosità sociale, quale presupposto per l'applicazione delle misure di sicurezza.

Sulla base delle considerazioni svolte, l'individuazione della tipologia del disturbo psichico, ma soprattutto l'esame della sua gravità e intensità, può avere dei riflessi inevitabili anche sulla indicazione del grado di compromissione della capacità di intendere e di volere, come pure sulla pericolosità sociale dell'agente.

Considerato che il concetto di pericolosità sociale non può essere sinonimo di malattia mentale, per le ragioni che sono state ampiamente esposte, di conseguenza anche il senso e l'utilità delle misure di sicurezza dovrebbe essere ridimensionato.

Semmai potrebbe parlarsi di metodi di cura, reclusivi e non reclusivi, dove i primi, come l'esperienza ha dimostrato, nell'applicazione generalizzata, si sono rivelati del tutto fallimentari. La cura "reclusiva" andrebbe prevista solo in ipotesi di agiti molto aggressivi, auto ed eterodiretti, soprattutto per il bene del paziente. Pertanto anche il contenimento di un paziente psichiatrico difficile dovrebbe avvenire non all'interno di strutture carcerarie ma nell'ambito di comunità terapeutiche dove risulti esclusivo il fine di cura del soggetto.

Il controllo sul paziente diventa così non uno strumento di repressione ma una componente della relazione d'aiuto, calibrata in funzione delle esigenze del soggetto, da disporre, pertanto, solo in casi particolari e non in maniera indiscriminata.

Un conto è considerare il controllo come una forma di tutela del paziente, diverso è presumere che il controllo sia l'unico mezzo per contrastare la recidiva, come finora è avvenuto. La cura, se impostata in maniera efficace, conduce sicuramente al contrasto della recidiva.¹⁶⁶

In questo scenario la pericolosità sociale non può più essere contemplata perché riguarda una componente evanescente, indimostrabile, non afferente l'individuo in sé ma relativa, piuttosto, ad un bisogno insito nella società.

¹⁶⁶ C. cost., sent. 18 luglio 2003 n. 253, in *Giur. Cost.* ha aperto un primo varco verso le alternative alla tradizionale forma di cura reclusiva degli o.p.g., dichiarando che le esigenze di difesa sociale e il trattamento del soggetto non imputabile vanno considerati cumulativamente, come finalità "collegate e non scindibili". Al controllo freddo e artificioso va sostituito il controllo che cura e che nutre.

Il progetto “Pisapia”,¹⁶⁷ di riforma del codice penale, non a caso, ha proposto l’abbandono del concetto di pericolosità sociale e la sua sostituzione con quello di “bisogno di controllo o di cura”.¹⁶⁸

L’intervento penale, in questo modo, sarebbe chiamato a rispondere più che ad istanze di difesa sociale, davanti al pericolo di recidiva, ad esigenze terapeutico- riabilitative, *ex* articolo 32 Cost.¹⁶⁹

Volendo non rinunciare alla pericolosità sociale come presupposto delle misure di sicurezza, sarebbe, d’altro canto opportuno ridefinire il concetto con un aggancio fatto soprattutto in riferimento ai dati oggettivi, basati sulla tipologia dei reati commessi o sull’entità della pena per gli stessi prevista.

Solo in aggiunta, quando ciò venga ritenuto necessario, si potrebbe fare anche riferimento ad elementi sintomatici che consentano ulteriormente di supportare la suddetta forma di pericolosità con una base empirica di riferimento.

I fattori “situazionali”, piuttosto che essere presi in considerazione per formulare una prognosi circa la pericolosità sociale, dato che si tratta sempre di fattori incerti, dovrebbero piuttosto essere valutati agli esclusivi fini sanzionatori, nel rispetto del principio rieducativo della pena *ex* articolo 27, comma tezo, Cost.

Tale modalità consentirebbe di stabilire la misura terapeutico-riabilitativa più adeguata in base ad un calcolo che tenga conto sia di dati oggettivi, anche se ipotetici, sia di indici di rischio di tipo “soggettivo” come la suscettibilità al trattamento del sofferente psichico, le conseguenze rispetto alla famiglia e al contesto ambientale.

La tipologia di reato e le modalità agite per consumarlo costituiscono il sintomo principale di pericolosità.

Rispetto al non imputabile, la pericolosità dovrebbe essere valutata tenendo conto soprattutto di questo fattore oggettivo.

La pericolosità o meno dei malati psichici potrà essere dedotta sulla base di “indici di rischio”.

Il malato psichico pericoloso dovrà essere assegnato ad una struttura terapeutico - riabilitativa “protetta” e contenitiva. Quanto meglio funziona il sistema assistenziale e sanitario, tanto più è destinato a ridimensionarsi l’ambito della giustizia penale.

¹⁶⁷ M. RONCO - B. ROMANO (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, 2012, p. 1157-1158.

¹⁶⁸ Favorevole all’adozione del “reale bisogno di trattamento”, in sostituzione della pericolosità sociale, M. BERTOLINO, *L’imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale italiano*, cit., p. 668 ss.

¹⁶⁹ Contro questa soluzione, Pelissero lamenta il pericolo di uno snaturamento dei compiti del diritto penale che rischia, così, di medicalizzare il suo intervento. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 179.

La predetta soluzione appare la più congeniale considerato che, attualmente, nel processo di cognizione si dà poco spazio a valutazioni “reali” sulla personalità del soggetto e sulle circostanze indicate nell’articolo 133 c.p., per cui ci si orienta prevalentemente sull’accertamento dei fatti e sull’acquisizione di una diagnosi psichiatrica della malattia, considerando impliciti gli altri aspetti.

La nozione di pericolosità sociale situazionale ha avuto importanti effetti in psichiatria e nell’evoluzione della disciplina delle misure di sicurezza.

In ambito psichiatrico ha condotto al superamento della logica manicomiale, perché il rischio che un malato mentale commetta reati non è in molti casi superiore a quello che interessa un soggetto “sano” ed è sempre condizionato dal contesto nel quale questi vive per cui diventa determinante la capacità del sistema sanitario di prendere in carico il soggetto attraverso programmi terapeutici individualizzati extracustodiali. In ambito penale, la nozione di pericolosità sociale situazionale è alla base delle pronunce della Corte costituzionale che nel 2003 e 2004¹⁷⁰ hanno imposto il principio di sussidiarietà dell’o.p.g. rispetto alla libertà vigilata terapeutica che va privilegiata come misura di controllo del rischio di recidiva.¹⁷¹

È importante che gli esperti abbiano una specifica formazione, imparino ad adottare una procedura standardizzata, confrontabile, ripetibile e comprensibile dal giudice, accettando di rivedere eventualmente la propria formazione e impostazione, nonché di sottostare alle regole processuali.

I giudici, d’altro canto, devono essere disponibili ad acquisire conoscenze nuove, estranee al sapere giuridico tradizionale, ma indispensabili per consentire il vaglio giudiziale di alcune questioni.

Al riguardo, trova sempre maggior seguito l’invito rivolto ai giudici a dedicarsi maggiormente alla loro formazione con particolare attenzione allo studio degli aspetti epistemologici e metodologici delle scienze moderne, così da poter comprendere il linguaggio e le categorie concettuali degli esperti per orientarsi nei giudizi.

1.3 Gli inevitabili limiti della perizia. — Secondo quanto visto in precedenza, la validità della perizia sarebbe stata oggetto di molte contestazioni negli ultimi anni, soprattutto a causa dell’assenza di una metodologia consolidata nell’indagine compiuta dai periti forensi.

¹⁷⁰ C. cost., sent. 18 luglio 2003 n. 253, in *Giur. Cost.*

¹⁷¹ M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 2014, p. 924.

Ciò che viene segnalato è la mancanza di procedure standardizzate, volte a permettere un controllo di affidabilità dall'esterno atto a far assurgere la perizia psichiatrica al rango di prova scientifica.¹⁷² In particolare si rileva che ad essere maggiormente problematica è la tecnica di accertamento.

Anche se, negli ultimi tempi è stato sottolineato lo sforzo di dettare canoni più rigorosi, concordi rispetto alle istanze provenienti dalla dottrina specialistica moderna e rispettosi dei rilevanti criteri provenienti dalla sentenza Daubert, destinati a valutare l'affidabilità delle prove.¹⁷³

Con riguardo, ad esempio, alla diagnosi del disturbo mentale, non molto tempo addietro convivevano nella psichiatria e di conseguenza nella giurisprudenza diversi paradigmi monocausali,¹⁷⁴ mentre nel momento odierno prevale un modello multifattoriale di tipo bio-psicosociale ovvero quello che viene definito paradigma integrato.

Di fatto la scienza moderna, così facendo pone a fondamento dei disturbi psichici una multifomità di fattori, non solo di tipo biologico, ma anche di tipo extrabiologico, e dunque psicologici, situazionali, socioculturali e transculturali.¹⁷⁵

Nondimeno diviene una prospettiva consolidata anche in giurisprudenza dalla sentenza dell'8 marzo 2005, n. 9163¹⁷⁶ delle sezioni unite della Corte di cassazione, la quale ha riscontrato la possibile rilevanza anche dei disturbi atipici come causa di esclusione o di limitazione dell'imputabilità.

Riguardo la diagnosi del disturbo, sono diverse le sentenze che dispongono di fare riferimento ai moderni manuali diagnostici, come il DSM IV, che ne assicurano un'analisi descrittiva basata sui sintomi.¹⁷⁷

¹⁷² C. BRUSCO, *La prova scientifica nel processo penale*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), Padova, 2007, p. 33.

¹⁷³ La questione in esame, inerisce ad un'problema di maggior portata, ossia quello di fare arrivare nel processo solo prove valide a livello scientifico; problematica che da diverso tempo è stata presa in considerazione dalla giurisprudenza nordamericana, ha elaborato alcuni criteri di validità scientifica con i quali si sono rapportati anche i giuristi italiani. Al proposito si fa riferimento ai parametri indicati nella sentenza Daubert del 1993, i quali esigono verifiche di tipo empirico, un controllo da parte della comunità scientifica, non di meno la corretta indicazione del tasso di errore e, in via complementare, un' accettazione generalizzata della comunità scientifica; ciò in relazione anche al contributo degli esperti, e pertanto anche degli psichiatri forensi, così da fondare il giudizio su ipotesi dotate del maggior grado di affidabilità scientifica. F. CENTONZE, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi della personalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 266; M.T. COLLICA, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1182.

¹⁷⁴ M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 190 ss.

¹⁷⁵ U. FORNARI, *Temperamento, delitto e follia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 521 ss.

¹⁷⁶ M. BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. proc. pen.*, 2005, p. 853.

¹⁷⁷ Tale indicazione è altrettanto contenuta nella citata sentenza C. cost. sent. 8 marzo 2005, n. 9113, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 419. La Corte, in questa sede, qualifica il DSM come il "più moderno e diffuso manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali" e precisa inoltre che il "riferimento per la riconducibilità classificatoria del disturbo".

E' bene comunque precisare che la possibilità di svolgimento di altre tipologie di diagnosi, fra le tante quella di sede, volta alla individuazione della struttura nervosa alterata che provoca il sintomo e quella funzionale, diretta ad esplorare la personalità globale del soggetto per indicare le conseguenze di un certo disturbo, si dimostrano ai fini forensi ancora più utili di una diagnosi meramente descrittiva.¹⁷⁸

Basandosi quindi sulle moderne acquisizioni della scienza psichiatrica, gli esperti sembrerebbero così in grado di garantire ai giudici, almeno nella prima fase del giudizio di imputabilità, un supporto dotato di validità scientifica.¹⁷⁹

Di più incerto fondamento si dimostrerebbe piuttosto la seconda fase relativa alla verifica dell'incidenza del disturbo sulla capacità di intendere e di volere del soggetto agente.

Secondo taluni autori, questo dovrebbe costituire un accertamento di esclusiva competenza del giudice¹⁸⁰, anche se le indicazioni provenienti da diversi studi sono tese all'ausilio degli esperti parimenti per questa tipologia di indagine.

Ciò che si rileva piuttosto sono le resistenze manifestate da diversi esperti rispetto ad un loro coinvolgimento in tale ambito; resistenze relative alla tipologia di domande da cui questi vengono investiti dal giudice.

Partendo dall'assunto, secondo cui l'apporto delle scienze psicopatologiche in ambito forense dovrebbe concernere nozioni e conoscenze, che i periti psichiatri sostengono di poter affermare con una buona base empirica di supporto.

Ne verrebbe che, nella sostanza dei fatti, non sarebbe possibile chiedere agli esperti quali siano i processi volitivi e decisionali del soggetto infermo autore di reato, eccettuata fatta del volersi accontentare di valutazioni indimostrabili e come tali ascientifiche.¹⁸¹

Di rilevante importanza è quindi domandare chiaramente al perito di compiere una valutazione globale della personalità del soggetto (c.d. profilo personologico)¹⁸²; cosa che può emergere

¹⁷⁸ Sui limiti dell'impiego del solo DSM per la diagnosi della malattia mentale, tra i tanti, M. LANG -L. FIORINO, *Il futuro dei disturbi di personalità nel DSM IV*, in M. BERTOLINO- I. MERZAGORA BETSOS (a cura di) *Crimini, criminali e malattia mentale. Scienze giuridico-penali e scienze empirico-sociali a confronto*, Atti del Convegno di Milano, 11-12 maggio 2006, Bruylant, 2007, p. 107 ss.

¹⁷⁹ M.T. COLLICA, *La crisi del concetto dell'autore non imputabile "pericoloso"*, in www.penalecontemporaneo.it

¹⁸⁰ G. PONTI, *La perizia sull'imputabilità*, in G. GULOTTA (a cura di), *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Milano, 1987, p. 603.

¹⁸¹ A tal riguardo il progetto Grosso, quale progetto preliminare di riforma del codice penale, parte generale; porta a rinunciare ad una definizione positiva dell'imputabilità, limitandosi a dettare le cause che la escludono o la scemano.

¹⁸² S. CODA, *Dinamica di un omicidio: il contributo della psicologa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 369 ss.

linearmente dall'anamnesi e dallo studio psicologico retrospettivo dell'imputato¹⁸³, senza che ciò si ponga in contrasto, peraltro, con il divieto di perizia psicologica, dato come "pacificamente" per acquisito.¹⁸⁴

Da ultimo si deve precisare la necessità di un'indagine sui "motivi" che hanno spinto il soggetto a delinquere ed inoltre di un'analisi con una valutazione retrospettiva della dinamica del reato, concernente come detto precedentemente, i rapporti tra autore e vittima, il grado di consapevolezza dell'imputato, il suo comportamento precedente ed antecedente il fatto, ma anche la sua percezione rispetto al significato degli atti commessi ed alla possibilità di prevederne le conseguenze.

Tutto ciò avvalorato dalla necessità di riprodurre correttamente la criminodinamica e la criminogenetica del reato accompagnata da una base empirica di supporto,¹⁸⁵ tenendo conto anche del nesso causale tra il tipo di malessere e il reato commesso, così come richiesto dalla predetta sentenza Raso.¹⁸⁶

1.4 La validità "empirica" della perizia e suoi rapporti col substrato normativo. — La pertinenza della tematica in esame rispetto a quella delle "sottigliezze empiriche" del diritto penale e del diritto processuale penale, richiede una precisazione di fondo.

Preliminarmente appare corretto definire cosa si intenda per sottigliezza empirica, e lo si chiarirà qui seguito, per il tramite della seguente affermazione, secondo cui sono presenti : *"dei punti in cui la "crosta" normativa del sistema penale è così "sottile" da potersi "rompere" in qualsiasi momento o comunque da far presentire l'esistenza di sorgenti e giacimenti da cui in qualsiasi momento potrebbero esplodere zampilli di esperienza capaci di inondare e vivificare le costruzioni concettuali edificate dal giurista"*.¹⁸⁷

In altre parole la sottigliezza empirica¹⁸⁸ può essere definita guardandola da due diversi ma complementari punti di vista, da un a parte come "qualità di ciò che è sottile" e dall'altra come "acume nel cogliere il bisogno di conoscenze empiriche da parte degli operatori del diritto".

¹⁸³M. MANCIA, *Personalità negativa, colpa e responsabilità*, in G. FERRANDO- G. VISENTINI (a cura di), *Follia e diritto*, Torino, 2003, p.

¹⁸⁴ U. FORNARI, *Trattato*, cit., p. 114;

¹⁸⁵ F. CARRIERI - R. CATANESI, *La perizia psichiatrica sull'autore di reato: evoluzione storia e problemi attuali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 30; M.E. MAGRIN - C. BRUNO, *Malvagi o malati? Valutare la libertà umana in azione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3867 s.

¹⁸⁶ Cass., sez. un., 8 marzo 2005, n. 9163, in *De jure*.

¹⁸⁷ G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale.*, Milano, 2000, p. 103.

¹⁸⁸ G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, cit., p. 178.

Partendo dal primo punto di vista, si comprende come la realtà normativa si manifesti come una realtà solida, quasi come una sfera continentale, viceversa se si prende in considerazione la realtà empirica, invece, ci si trova di fronte a qualcosa di “liquido” e non facilmente dominabile.

Sottigliezza quindi secondo questa prima accezione sta ad indicare che lo strato normativo, molto compatto ha come degli strati più sottili, nei quali quello normativo permette di intravedere la liquidità dei fatti con maggiore evidenza e lo strato sottile si riscontra in differenti ambiti del diritto processualpenalistico.

Rispetto la secondo accezione invece, la sottigliezza viene concepita come capacità del giurista a tutti i livelli, di rendersi conto dell'impossibilità di poter procedere nella propria analisi utilizzando il solo strato normativo, dovendo piuttosto avvedersi di dover andare oltre e avvertire il bisogno della conoscenza dell'utilizzo delle scienze empiriche.

Inoltre fra le diverse sottigliezze sono riscontrabili, principi cardine del diritto penale, fra cui il principio di offensività, quello di sussidiarietà, etc., sui quali, poco ci si soffermerà poiché risulta di maggior rilievo, la trattazione della perizia quale sottigliezza empirica in rapporto al diritto processuale penale.

Come sottolineato nei paragrafi precedenti, è quanto mai possibile comprendere che il ricorso a perizie e consulenze tecniche, dimostri chiaramente, l'evidente insufficienza delle competenze giuridiche e la necessità del contributo delle scienze empiriche.

La necessità data dall' apporto di competenze diverse da quelle specificamente giuridiche si dimostra stabile e costante rispetto solo ai caratteri della generalità e dell'astrattezza del dato positivo vigente.

Si tratta in questo caso di una prospettiva in parte diversa da quella strettamente processuale e maggiormente legata all' ambito normativo.

Invero la “sottigliezza”, non viene rimarcata tanto dalla complessità del fatto da accertare in sede giudiziaria, quanto più “la “crosta” normativa” è resa particolarmente “sottile” dalle scelte operate dal legislatore, protagonista indiscusso della storia del diritto.

Il legislatore, infatti, ha provveduto ad indicare i casi nei quali la perizia non può essere disposta, disciplinando al secondo comma dell'articolo 220 c.p.p. e così confermando le scelte operate dal legislatore del '30 che, non sono ammesse indagini relative alle caratteristiche psicologiche attinenti alla personalità, al carattere, alla probabilità di recidiva, salvo quanto previsto ai fini

dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza; tale elemento pertanto, fa salvi i contributi della psicologia, della criminologia o delle scienze affini in sede esecutiva.

Di fatto, secondo quanto disciplinato dagli artt. 1 e 13 della l. 26 luglio 1975 n.354, una volta intervenuto l'accertamento del fatto, si determina il trattamento più adeguato ai particolari bisogni del condannato o dell'internato sulla base dell'osservazione scientifica della personalità.

In questo senso quindi, la possibilità di espletare indagini peritali sulle qualità psichiche dell'autore di reato indipendentemente da cause patologiche è stata esclusa nella fase istruttoria ed in quella processuale.

La stessa è ammessa solamente ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, lasciando così lo studio psicologico della personalità dell'autore di reato soltanto ad un momento successivo, rispetto alla definizione della sua colpevolezza e quello conseguente la determinazione della sanzione penale da comminare.

Inoltre è bene sottolineare che, la perizia sia di tipo psicologico che quella criminologica, è consentita nell'ambito delle attività del Tribunale e di quello della magistratura di sorveglianza in materia di esecuzione della pena o della misura di sicurezza.

Invece, costituendo un'eccezione rispetto i casi suddetti, può essere richiesta dal pubblico ministero e dal giudice nel processo penale minorile, i quali possono infatti incaricare gli esperti di condurre indagini sulla personalità del minore.

Per altro secondo l'opinione della dottrina, il c.d. divieto di perizia criminologica e psicologica nel processo, si comporterebbe da argine necessario volto ad impedire un'eccessiva intrusione delle scienze all'interno dello stesso.

Lo stesso Cordero infatti, già riguardo i limiti della vecchia perizia *ex art. 314 c.p.p.*, sosteneva che: *“qualcuno depreca tali imputandoli a fobie antiscientiste nonché alla mitologia del giudice onnisciente, ma tutto sommato, risultano alquanto ragionevoli; più che in una gratuita avversione curialesca alla scienza il pericolo sta nel baccanale dei sodiantis scienziati, (...) cosa capiterebbe quando fosse ammessa una expertise psicocriminologica”*.¹⁸⁹

Allo stesso modo, seppur un po' più distante nel tempo, dichiarava Mantovani: *“(...) per non lasciare il giudizio di pericolosità dei soggetti imputabili all'intuizionismo e soggettivismo del giudice; si rilevano altresì i pericoli di persistenti carenze e limiti delle scienze dell'uomo*

¹⁸⁹ F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, p. 347.

*nei giudizi criminogenitici e predittivi, l' impreparazione di certe nuove leve di cultori e la non disponibilità (...) di strutture e mezzi necessari per tali giudizi”.*¹⁹⁰

Di fronte a questa diffidenza nei confronti della possibilità di inserire all' interno del processo scienze poco chiare dal punto di vista metodologico, si riscontra tuttavia un problema di fondo. Emerge con chiarezza la necessità di dover ammettere con cautela discipline diverse da quelle giuridiche, anche se si deve tener conto delle conseguenze che l' assenza di queste competenze comporti sul piano della decisione giudiziale.

Di fatto questo emerge, quale momento, di estrema problematicità all' interno della tematica della perizia

2. I mezzi di prova differenti dalla perizia: alcuni cenni. — Ulteriore mezzo di prova, volto all' accertamento della pericolosità sociale, oltre alla summenzionata perizia, è la consulenza tecnica.

Secondo quanto stabilito dall' articolo 225 c.p.p., quando il giudice dispone una perizia, pubblico ministero e parti private possono farsi assistere da consulenti tecnici, in numero non superiore, per ciascuna parte, a quello dei periti.¹⁹¹

La facoltà attribuita al pubblico ministero, nel caso di indagini che comportino specificità di ordine tecnico, di nominare propri consulenti, sostiene la realizzazione di un concreto dialogo processuale tra le parti, stabilendo così un rapporto simmetrico tra consulenti tecnici dell' accusa e consulenti tecnici delle parti private.¹⁹²

Quanto all' oggetto della consulenza tecnica, esso è lo stesso della perizia, di fatto l' attività del consulente tecnico può realizzarsi sia nella raccolta di dati e nell' accertamento di fatti non altrimenti accertabili, se non per il tramite di determinate cognizioni specialistiche che nella valutazione dei fatti già appurati.¹⁹³

Secondo quanto disciplinato dall' articolo 230 c.p.p., le attività dei consulenti tecnici possono esplicarsi al momento del conferimento al perito dell' incarico, mediante la presentazione al

¹⁹⁰ F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale*, Padova, 1988, p.670.

¹⁹¹ La facoltà lasciata alle parti di poter nominare propri consulenti tecnici e parimenti quella di esporre il proprio parere al giudice, anche per il tramite memorie, sono sottoposte alle disposizioni generali in materia di prove, nella fattispecie alla disciplina dell' art. 190 c.p.p. sul diritto alla prova.

Ne viene che che anche la consulenza, poiché non è prevista l' ammissibilità d' ufficio, è ammessa solo a richiesta di parte. Cass. pen., sez. I, 23 aprile 1998, Santagati, in *C.e.d.* n. 210761.

¹⁹² V.MORMILE, *La rilevanza probatoria della perizia nel processo penale*, Napoli, 2013, p. 102.

¹⁹³ P. FERRUA, E. MARZADURI, G. SPANGHER, *La prova penale* cit., p. 351.

giudice di richieste, osservazioni e riserve, delle quali è fatta menzione nel verbale oppure nel corso delle operazioni peritali.

Per altro, vi è una previsione di un dialogo diretto tra periti e consulenti tecnici.

I consulenti, invero, possono prendere parte alle operazioni peritali, suggerendo all'esperto specifiche indagini e così anche elaborando osservazioni e riserve, delle quali deve essere data contezza nella relazione.

Così facendo si dispone un confronto dialettico tra diverse prospettive di indagine,¹⁹⁴ uno scambio di saperi tra periti e consulenti tecnici, messi a confronto su un piano di parità, “*quali protagonisti dell'assistenza tecnico-processuale delle parti*”.¹⁹⁵

In special modo, nel caso di accertamenti di natura prettamente tecnica o scientifica, il pubblico ministero, nella fase delle indagini preliminari, può richiedere l'esecuzione di una consulenza tecnica.

Invero, ciò è disposto da quanto previsto all' articolo 359 c.p.p., infatti, “*Il pubblico ministero, quando procede ad accertamenti, rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici e ad ogni altra operazione tecnica per cui sono necessarie specifiche competenze, può nominare e avvalersi di consulenti, che non possono rifiutare la loro opera*”.

3. Il giudizio del giudice: profili prognostico-probabilistici. — Benchè ogni giudizio prognostico in merito a quale possa essere in futuro l'agire individuale dell'autore di un crimine sia estremamente difficoltoso, si tratta di un compito cui non è dato sottrarsi.¹⁹⁶

Di fatto il giudizio volto all' adozione di misure di sicurezza presuppone un duplice passaggio: primariamente si tratta di identificare gli elementi strutturali che consentono di inquadrare il caso concreto in una fattispecie di sicurezza.

Secondariamente, nei confronti del “soggetto attivo” individuale di quella fattispecie deve essere espresso un giudizio di pericolosità,¹⁹⁷ i cui contenuti non sono altro che la percezione, come già detto, della probabilità che questo compia in futuro fatti di reato.

¹⁹⁴ G. FRIGO, *Il consulente tecnico della difesa nel nuovo processo penale*, in *Cass. pen.* 1988, p. 2178

¹⁹⁵ V. MORMILE, *La rilevanza probatoria della perizia nel processo penale*, cit., p. 103.

¹⁹⁶ D. POTETTI, *La pericolosità sociale del malato di mente nell' art. 3ter del d.l.n. 211 del 2011*, in *Cass. pen.* 2015 p. 3322.

¹⁹⁷ A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, in AA.VV., *Itinerari di diritto penale*, Torino, 2017, p. 153.

In questo senso quindi, il meccanismo bifasico suddetto, non si discosta molto da quello dell'imputazione del giudizio di responsabilità, cui ai fini della condanna della pena, deve far seguito l'accertamento che l'imputato ha commesso un fatto tipico, antigiuridico e colpevole. Ai fini della formulazione del giudizio in oggetto, sarà bene quindi procedere alla formulazione di una procedura schematizzabile che sia suscettibile di impiego al momento del giudizio individuale di pericolosità sociale.¹⁹⁸

In primis quindi è necessario considerare quali possano essere le fonti di conoscenza necessarie per apprestarsi ad un giudizio di pericolosità e quali siano di analisi di essi funzionali alla prognosi.

Sarà perciò necessario determinare, ciò che deve essere conosciuto, attraverso gli strumenti di indagine del processo, ciò che deve essere conosciuto nei limiti del possibile ossia i diversi criteri di valutazione dei dati.

Dal punto di vista del piano conoscitivo, occorrerà al giudice, conoscere il passato ed in particolare le condizioni individuali dell'autore, in chiave retrospettiva e cioè al momento di compimento del fatto; intese in senso lato anche: età, salute, predisposizione genetica, dipendenze, cultura, *status* sociale.

Oltre a questo sarà necessario conoscere: le relazioni sociali al momento del fatto, quali ad esempio ambiente sociale e familiare e frequentazioni abituali; i caratteri identificativi del reato commesso; le circostanze concomitanti allo stesso, ovvero l'insieme dei fattori ambientali ed umani nei quali è venuto ad essere; l'effetto che queste circostanze hanno prodotto nel processo di formazione e della conoscenza e della volontà del reo.

Diverrà inoltre necessario, rispetto al momento presente, che il giudice venga a conoscenza delle condizioni individuali dell'autore del reato e delle sue relazioni sociali, alla luce dell'evoluzione che esse hanno avuto nel tempo che separa dalla commissione del fatto.

Così da poter determinare se aver acquisito lo *status* di imputato abbia avuto il senso di apportare modificazioni apprezzabili alla condizione al momento del fatto.

L'insieme di tali elementi, relativi a due diverse fasi dell'esperienza esistenziale del potenziale pericoloso, fornisce il substrato cognitivo del giudizio su cui il giudice elaborerà la sua prognosi.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Il tentativo di dettare una procedimentalizzazione dell'accertamento della pericolosità, può essere fatto risalire alle origini dell'emersione di tale concetto nella realtà giuridica. G. SABATINI, *La pericolosità criminale come stato subiettivo criminoso*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1921, p. 253.

¹⁹⁹ I. GALLIANI - C. CIPOLLI - S. LUBERTO, *Contributo alla ricerca di criteri empirici per la valutazione della pericolosità sociale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, p. 97.

Ai fini perciò di una proiezione al futuro di questi dati, essi devono esser colti prioritariamente nella loro dimensione dinamica ovvero come una realtà in evoluzione, assegnando ad ogni effetto di essa un segno positivo o negativo.

Il tal senso assumerà quindi portata significativa: il grado di evoluzione del soggetto quanto alle condizioni individuali e sociali, dal momento della commissione del fatto a quello del giudizio; il grado di evoluzione del soggetto quanto alle condizioni individuali e sociali, dal momento della commissione del fatto a quello del giudizio; la valutazione del segno di tale evoluzione da intendere come espressione di un processo di integrazione positivo o di integrazione sociale o ancora come il recupero della consapevolezza dei valori; la ponderazione delle interazione dinamica tra fattori esteriori dell' agire e scelte comportamentali tenute,²⁰⁰ ovvero il fatto criminoso commesso, volta comprendere se ed in che misura il soggetto potesse esprimere scelte divergenti da quella tenuta.

Un ultimo elemento sembra inoltre indispensabile ossia quello della determinazione predittiva nel tempo.

In altri termini, la probabilità che il soggetto possa compiere nuovamente fatti di reato, sarà universalmente proporzionale alla distanza nel tempo fra il momento in cui si colloca la formulazione della prognosi e quello in cui si dovrà verificarne l'affidabilità.

Una prognosi di pericolosità a mesi o a settimane, dunque potrebbe risultare più affidabile di una prognosi che si proietta in un futuro lontano.

Emerge con chiarezza che si tratta di un enorme complesso di dati carattere anamnestico e diagnostico e di un impegnativo sforzo di carattere "prognostico".

Infine, si accenna alle modalità in astratto del giudizio di pericolosità sociale.

Il giudizio di pericolosità sociale può svilupparsi secondo tre diversi protocolli ²⁰¹: un metodo scientifico/clinico, metodo statistico o un metodo probabilistico - induttivo.

quanto al primo, ossia quello clinico- scientifico ²⁰² trova la propria principale fonte di elaborazione nel contesto della semiologia medica.

Gli autori ricostruiscono la metodica suggerendo un'indagine secondo un iter preciso, che prevede la raccolta dei dati anamnestici o socio ambientali per procedere a vere e proprie valutazioni.

²⁰⁰ A. MANNA, *Disturbi della personalità e rapporto di causa con il reato*, in M. BERTOLINO - I. MERZAGORA BETOS (a cura di), *Crimini, criminali e malattia mentale*, Bruxelles, 2007, p. 33.

²⁰¹ T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014, p. 78ss.

²⁰² G. CANEPA, *L'esame psicodiagnostico nei giudizi medico-legali di accertamento e revisione delle pericolosità sociale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 607.

La sua plausibile trasposizione ai fini di un giudizio individuale di pericolosità presuppone, implicitamente, un assunto tutt' altro che dimostrato ovvero che il fatto criminoso sia sintomo di una patologia comportamentale.²⁰³

Il metodo statistico, fondato su valutazioni probabilistiche, è stato, per anni, a fondamento delle abrogate presunzioni di pericolosità.

Se quello clinico ha come proprio sostegno la relativa prossimità tra disordini mentali e disordini comportamentali, il metodo statistico appare proficuamente utilizzabile solo laddove, come ovvio, sia preceduto dalla raccolta ed elaborazione di dati, nel caso funzionali ad elaborare tabelle precise sulle relazioni tra condizione personale e commissione di un fatto di reato e tra precedenti condanne e recidiva, anche in funzione della natura e dei connotati concretamente assunti dalla sanzione irrogata.

Infine il metodo probabilistico – intuitivo si tratta in sostanza, di fare affidamento sul c.d. teorema di Bayes,²⁰⁴ fondando una ricerca della probabilità delle cause in condizioni di incertezza.

Esso, infatti, implica l'utilizzo degli elementi tratti dalla valutazione probabilistica, come tali non risolutivi, alla luce di dati che non possono alimentarsi sulla base dei medesimi dati anamnestici, elaborati secondo l'esperienza di maturata dal giudice, sulla cultura, le sue convinzioni etiche, religiose, politiche.

Come tale, questo metodo di accertamento, ancor più dei primi due non può essere verificabile scientificamente. Non di meno, proprio questo sembra essere il criterio metodologico imposto nel nostro ordinamento e dalla normativa vigente.

Emerge allora la sostanziale “armonia” interna del sistema delle sanzioni.

Se le misure di sicurezza sono sanzioni di un fatto criminoso ed appartengono allo stesso *genus* della pena, esse come la pena, dipendono nella loro determina da un'intuizione del giudice:

²⁰³ Gli autori ripropongono le dinamiche processuali di un proprio caso, ricostruendo il metodo seguito: analisi degli atti giudiziari e della documentazione clinica, nonché di altri pareri tecnici; colloqui clinici; colloqui con i familiari; psicodiagnosi mediante somministrazione di reattivi menali; riesame critico della diagnosi; diagnosi originale e infine valutazione psichiatrico forense del caso S. CODA - U FORNARI, *La perizia psichiatrica come mezzo di prova*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001. p 771.

²⁰⁴ Come noto, si tratta di uno strumento impiegato nel contesto del diritto penale, soprattutto sul piano della verifica del nesso causale. C.E. PALIERO, *Causalità e probabilità tra diritto penale e medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.* 2015, p.1507: “*Si tratta di uno schema di causalità che non prevede spiegazioni dell'evento basate su leggi scientifiche, cioè su regolarità consolidate e formalizzate, ma su valutazioni prognostico-probabilistiche, cioè su rapporti antecedente-sussequente imperniati su una caratteristica, per così dire, intrinseca, disposizionale, e cioè sull' idoneità quasi-fisica dell'antecedente a produrre il sussequente*”.

nel giudizio commisurativo, questa si forma apprezzando prima di tutto la gravità del reato e attribuendo un ruolo primario al giudizio di colpevolezza.²⁰⁵

Nel giudizio di pericolosità, tutto si proietta in un futuro prossimo, per poter inferire dai medesimi dati significativi, una prognosi sulla persona.

E' possibile quindi concludere sottolineando che, nella valutazione di pericolosità sociale si procede trasformando la conoscenza del passato in un sintomo.

L'indagine affidata ad un giudice, è legittimata dal diritto e sorretta da conoscenze che questi trae dalla comune esperienza; essa come tale, è condizionata sul piano della attendibilità scientifica e, ulteriormente, dal grado di disaffezione rispetto alle conseguenze del riconoscimento della pericolosità.²⁰⁶

Perciò il giudice, dichiarando o negando la pericolosità sociale non ha dunque una dignità fondata su un sapere elitario ma piuttosto quella derivata dalla ragionevolezza del metodo.

Affidare il destino ad un'interpretazione del senso comune è però esercizio pericoloso quando entrano in gioco valori fondamentali.

Neppure condividendo, l'affermazione di Calamandrei, per la quale *“il giudice è il diritto fatto uomo”* sembra permesso accontentarsi della sola garanzia della natura giurisdizionale dell'accertamento.²⁰⁷

4. Sentenza di condanna e sentenza di proscioglimento a confronto. — Come già detto in precedenza, le misure di sicurezza presuppongono un accertamento del giudice circa la pericolosità sociale del soggetto, talvolta non richiedendo la commissione di un fatto di reato in tutti i suoi elementi costitutivi.²⁰⁸

Ai fini della applicazione delle misure di sicurezza, è richiesto necessariamente un accurato vaglio di merito relativo alla sussistenza dei presupposti; ciò implica che il pubblico ministero, ad esempio, non possa richiedere l'applicazione di una misura di sicurezza tramite la richiesta di archiviazione, avendo quest'ultima natura meramente procedimentale.

Di fatto l'articolo 205 c.p. rubricato: “provvedimenti del giudice” dichiara testualmente che:

²⁰⁵ Esso pure implica l'impiego di regola inferenziali e di massime di esperienza: come ribadisce la Cass., sez. I, n. 12832 del 16 marzo 2017, in *De jure*, p. 12813.

²⁰⁶ C.E PALIERO, *L' economia della pena, un work in progress*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005. p. 1372; il quale formula come prima ragione fondante il primo postulato di un articolato ragionamento, che nel diritto penale. *“nessuna scelta e nessuna decisione (...) nè individuale, nè istituzionale o del sistema, è una scelta completamente spiegabile in termini economici”*.

²⁰⁷ P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1959, p. 11.

²⁰⁸ In specie le ipotesi viste di “quasi reato”.

“Le misure di sicurezza sono ordinate dal giudice nella stessa sentenza di condanna o di proscioglimento. Possono essere ordinate con provvedimento successivo: nel caso di condanna, durante l’esecuzione della pena o durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all’esecuzione della pena; nel caso di proscioglimento, qualora la qualità di persona socialmente pericolosa sia presunta e non sia decorso un tempo corrispondente alla durata minima della relativa misura di sicurezza; in ogni tempo, nei casi stabiliti dalla legge”.

In altri termini quindi, stando al disposto del primo comma il giudice disporrà la misura di sicurezza direttamente con la sentenza di condanna di cui all’ articolo 533 c.p.p., oppure in quella di proscioglimento di cui all’ articolo 658 c.p.p.

In taluni casi le misure in oggetto, possono essere comminate tramite “provvedimento successivo”, da intendersi questo con riferimento a casi particolari cui all’ articolo 679 c.p.p. Senza pretese di esaustività, poiché se ne rimanda la trattazione al cap. 3 § 2, i provvedimenti in questione possono essere ordinati in un momento successivo al dibattimento di primo grado, ovvero durante l’esecuzione di una pena o durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all’esecuzione della pena; oppure in caso di proscioglimento, quando non sia decorsa la durata minima prevista per le misure di sicurezza; ed infine, in ogni tempo nelle ipotesi previste dalla legge, come ad esempio, perciò che concerne le misure di sicurezza patrimoniali, ordinate a norma dell’ articolo 236 c.p. secondo comma e nei casi che coinvolgano delinquenti abituali o per tendenza.

Giudice competente, in questo caso, è il magistrato di sorveglianza, con unica eccezione per la confisca, ordinata dal giudice dell’esecuzione, fermo restando l’accertamento della pericolosità sociale.²⁰⁹

Secondo quanto previsto dalla Cassazione con sentenza²¹⁰ n. 4823 del 14 gennaio 1993 *“le misure di sicurezza debbono essere ordinate dallo stesso giudice che ha emesso la sentenza di condanna o di proscioglimento contestualmente alla stessa, salvo che nei casi tassativamente indicati dalla legge, tra i quali non figurano le ipotesi dei cosiddetti quasi reati; ciò per l’evidente ragione che le condizioni di pericolosità che il reato o il quasi reato manifesta possono essere oggetto di una valutazione complessa ed immediata solo attraverso una sentenza. Tale sistema non è stato in alcun modo innovato dall’art. 679 c.p.p., il quale non ha inciso sulla normativa relativa alla competenza ad ordinare la misura di sicurezza”.*

²⁰⁹ G. GRASSO, sub art. 205, cit., p. 409.

²¹⁰ Cass., sez. I, n. 4823 del 14 gennaio 1993, in *De jure*.

5. Pena e misure di sicurezza: loro applicazione congiunta. — A conclusione è bene considerare che, in sentenza il giudice potrà comminare non solo una misura di sicurezza ma anche una pena congiuntamente ad essa.

Il tema in questione è stato, per di più, oggetto di recente riforma ad opera della l. n 103\2017, la quale si è preoccupata di intervenire sulle misure di sicurezza personali nei confronti delle categorie di soggetti imputabili, semi – imputabili e non imputabili.

Il criterio direttivo che ha guidato la riforma, è proteso non all’eliminazione, da più parti in dottrina da tempo auspicata, bensì a un considerevole ridimensionamento del sistema del doppio binario a vantaggio di misure a carattere riabilitativo e terapeutico ed inoltre del minor sacrificio possibile della libertà personale, fatto salvo il contemperamento con le esigenze di prevenzione e tutela della collettività.

La legge delega, di cui all’ articolo 1, comma 16, lett. c, distingue le posizioni dei soggetti imputabili, semi-imputabili e non imputabili.

Per quanto concerne i soggetti imputabili il regime del doppio binario, ossia applicazione congiunta di pene e misure di sicurezza personali, viene limitato solamente ai delitti previsti dall’articolo 407, comma 2, lett. a c.p.p.

Il nuovo regime comporta perciò una novità di rilevante importanza, che da una parte, in relazione alle misure di sicurezza detentive come, la casa di lavoro e colonia agricola, impedisce la duplicazione di fatto della pena detentiva dall’altra invece, comporterebbe un’aggiunta, rispetto al regime giuridico differenziato per gli autori dei reati richiamati dalla predetta disposizione.

Vi è da precisare che la legge fa generico riferimento alle misure di sicurezza personali, potendosi così includere anche la libertà vigilata.

Anche se sembrerebbe corretto che il legislatore delegato valuti la scelta di limitare, agli autori dei predetti gravi reati, le misure di sicurezza detentive, scelta che giustificherebbe necessità di difesa sociale e si dimostrerebbe compatibile con il criterio del “minor sacrificio possibile della libertà personale”, esplicitato dal legislatore.

Per quanto riguardo poi la categoria dei soggetti semi-imputabili è stata prevista, nei loro confronti, l’abolizione del sistema del doppio binario, introducendo inoltre la possibilità di un “*trattamento sanzionatorio finalizzato al superamento delle condizioni che hanno diminuito la capacità dell’agente*”, anche mediante il ricorso a trattamenti terapeutici o

riabilitativi e l'accesso a misure alternative, contemperando sempre le esigenze di tutela della sicurezza pubblica.

Così facendo la riforma invita il legislatore, a proseguire sulla strada della sanitarizzazione delle misure per i semi-imputabili, già aperta per il tramite del superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e delle case di cura e di custodia che oggi hanno il volto delle residenze per l'esecuzione²¹¹ delle misure di sicurezza.

Infine per quanto concerne i soggetti non imputabili, sono state previste misure terapeutiche e di controllo ispirate all'esigenza primaria della cura, all'interno di strutture a ciò deputate, non comprese all'interno del circuito carcerario.

²¹¹ *Infra* più ampiamente cap. 5

Conclusioni.

A conclusione di questo percorso pare opportuno soffermarsi su taluni aspetti relativi alla prevenzione criminale o *post delictum*.

Come già detto in precedenza, detta prevenzione è attuata, nel nostro ordinamento, mediante l'applicazione di misure di sicurezza nei confronti dei soggetti socialmente pericolosi.²¹²

In altre parole, per poter disporre una misura di sicurezza nei confronti di un soggetto imputabile, semi-imputabile o non imputabile autore di reato, è necessario che questi sia ritenuto, a seguito di accertamento giudiziale, socialmente pericoloso.

Per il predetto accertamento il giudice deve ricorrere ad un giudizio prognostico, circa la probabilità di ricaduta nel reato, ossia la recidiva, tenuto conto, a norma dell'articolo 203 c.p., delle circostanze indicate nell'articolo 133 c.p. e senza che operi alcuna presunzione di pericolosità *iuris et de iure*.

Il giudizio di pericolosità sociale, quindi come ampiamente precisato ai capitoli che precedono, è rimesso al giudice, il quale ha come unico vincolo quello di rifarsi alle circostanze indicate nell'articolo 133 c.p.

Ciò posto, tralasciando quelli che sono i problemi riguardanti l'aggancio dello *status* di persona socialmente pericolosa ai criteri di commisurazione della pena, quel che preme evidenziare è che, in concreto al giudice venga lasciato un' ampio margine di discrezionalità, tale che spesso il giudizio di pericolosità sociale si riduce al ricorso del c.d. criterio induttivo, secondo il quale la ricostruzione della personalità del soggetto e la prognosi di recidiva vengono affidate alla personale attitudine, del giudice, a conoscere gli uomini e alla sua esperienza, con frequenti risultati che si mostrano arbitrari.

Il predetto rischio non può essere accettato da un ordinamento civile perciò, la soluzione al problema non potrà essere la radicale eliminazione dall'ordinamento penale della categoria della pericolosità sociale e del correlato giudizio prognostico di pericolosità sociale, pare opportuno quindi interrogarsi in che modo rendere maggiormente attendibile il descritto giudizio.²¹³

²¹² C.F. GROSSO, *Per un nuovo codice penale, II, Relazione della commissione Grosso* (1999), Padova, 2000, p.77 ss.

²¹³ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 344.

Al riguardo pare corretto precisare che: essendo il giudizio di pericolosità sociale di tipo prognostico non si potrà mai giungere a conclusioni certe, anche alla luce del fatto che le forme in cui può manifestarsi la pericolosità sociale di un soggetto non sono tipizzabili.

Oltre a quanto appena sottolineato, il giudizio di pericolosità sociale essendo diretto all'accertamento non di una realtà statica ma dinamica, ossia in continua evoluzione nel tempo, contribuisce a rendere ancor più incerto il predetto giudizio, in quanto il reo ritenuto socialmente non pericoloso con la sentenza che accerta la commissione di un reato potrebbe divenirlo dopo, e viceversa.²¹⁴

Ci si chiede dunque, come rendere maggiormente attendibile e, nei limiti del possibile, confinante con la certezza il giudizio di pericolosità sociale.

Per rispondere a quanto appena detto risulta necessario evidenziare che, verosimilmente, il giudice essendo chiamato all'effettuazione di un giudizio prognostico di pericolosità sociale per evitare di cadere in errore, o per diminuire le possibilità che ciò accada, dovrebbe poter nominare consulenti che lo affianchino in detto giudizio.

Invero secondo quanto disposto dall' articolo 220 c.p.p., *“Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e, in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche”*.

L'articolo in questione al secondo comma, ribadisce, almeno per la fase della cognizione, il divieto della perizia criminologica fatta eccezione per le ipotesi in cui la pericolosità sociale sia collegata ad un'infermità psichica²¹⁵, posto dall'articolo 314 c.p.p. abrogato²¹⁶; detta scelta legislativa non si pone in linea con il potenziamento dei giudizi prognostici, che si è avuta a seguito dell'eliminazione dal codice sostanziale delle fattispecie presuntive di pericolosità, al quale sarebbe dovuto corrispondere un adeguamento, nel “nuovo” codice di rito, circa il supporto per la formazione di tali giudizi.²¹⁷

Nella fattispecie, il dettato dell'articolo 220 c.p.p. è criticabile poiché se una perizia criminologica, psicologica o psichiatrica è ammissibile ai fini dell'esecuzione della misura, a

²¹⁴ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 346.

²¹⁵ G. PONTI, *Criminologia e processo penale*, in AA.VV., *L'investigazione scientifica e criminologica nel processo penale, Atti del Convegno di studi tenutosi a Padova nel 1989*, p.112 ss.

²¹⁶ G. GRASSO, *sub art. 203 c.p.*, in M. ROMANO - G. GRASSO - T. PADOVANI (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2012, p. 496 ss.

²¹⁷ L. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 628.

maggior ragione dovrebbe esserlo nel giudizio di pericolosità sociale che, come noto, rappresenta il presupposto per la disposizione di una qualsiasi misura di sicurezza.²¹⁸

In altri termini, non appare chiara la scelta legislativa di ammettere i contributi della psicologia, della criminologia e delle discipline affini solo al fine di rendere più adeguata, ai particolari bisogni del destinatario, l'esecuzione delle misure di sicurezza, se in concreto viene negato il possibile contributo di dette discipline nella fase più rilevante, ossia quella di diagnosi e prognosi di pericolosità sociale.

Un errore in tale fase sarebbe fatale; nessuna misura di sicurezza, infatti, sarebbe applicabile al soggetto erroneamente ritenuto socialmente non pericoloso.

Non è possibile negare, però, che l'articolo 220 c.p.p. abbia comunque superato parzialmente il divieto disposto dell'articolo 314 c.p.p. abrogato ammettendo che le prognosi inerenti l'inizio e il proseguimento dell'esecuzione della misura possano essere suffragate da un'indagine peritale.²¹⁹

Quanto appena affermato permette al giudice, in tale fase giudiziale, una migliore valutazione della pericolosità sociale e, quindi, rende maggiormente concreta la possibilità di revocare misure di sicurezza disposte nella fase di cognizione.

Ciò posto, si evidenzia, inoltre, che la scelta legislativa di non ammettere la perizia durante la fase di cognizione non è condivisibile anche alla luce del fatto che, a norma dell'articolo 194, comma primo c.p.p., al testimone è data la possibilità di deporre sulla moralità dell'imputato se *“si tratti di fatti specifici, idonei a qualificarne la personalità in relazione al reato e alla pericolosità sociale”*.²²⁰

Altra incongruenza è rilevabile nella circostanza per cui l'articolo 236, comma primo, c.p.p. permette al giudice l'acquisizione della documentazione esistente presso gli uffici del servizio sociale degli enti pubblici e presso gli uffici di sorveglianza, la quale, in base al combinato disposto di numerose disposizioni può rendere di fatto un parere criminologico.²²¹

Detto ciò, si sottolinea che la rilevanza della perizia psicologica e criminologica è riscontrabile anche dal dettato normativo dell'articolo 133 c.p., richiamato dall'articolo 203 c.p.

²¹⁸ M. DONINI, *La sintassi del rapporto fatto/autore nel «progetto Grosso»*, in *Crit. dir.*, 2001, p. 281.

²¹⁹ M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente*, Milano, 1990, p. 486.

²²⁰ R. ADORNO, *sub. art. 220 c.p.p.*, in A. GIARDA - G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, Milano, 2016, p. 2179.

²²¹ F. SAPONARO, *L'esame della personalità del reo nel processo penale*, Bari, 1997, p.178.

Invero come sostenuto dalla dottrina²²², ai fini dell'espletamento del giudizio di pericolosità sociale il legislatore detta dei criteri normativi di riferimento, ossia quelli disciplinati dall'articolo 133 c.p., pur non facendo ricorso alle scienze sociali, è altresì vero che tra detti criteri è annoverato il "carattere del reo", per la valutazione del quale il giudice è chiamato a far riferimento alla personalità dell'agente in rapporto al reato; la presente valutazione presuppone conoscenze scientifiche che non sono, verosimilmente, possedute dai giudici, bensì dai periti esperti in materia.

Nella materia in esame, difatti, assumono fondamentale rilevanza le c.d. scienze ausiliarie, nelle quali, parebbe corretto ricercare la soluzione alla problematica in oggetto.

La pericolosità sociale, come evidenziato dagli svariati temi emersi nell'arco di questa trattazione, è un tema di carattere interdisciplinare, poiché il suo studio necessita di una serie di approfondimenti di carattere antropologico, sociologico, psichiatrico e psicologico.

Quanto suddetto trova conferma nel fatto che gli studi degli esponenti della scuola positiva, alla quale peraltro si deve la creazione della categoria della pericolosità sociale, sono ampiamente caratterizzati da valutazioni di ordine criminologico, sociologico nonché psichiatrico.

In altri termini, se si vuole rendere maggiormente attendibile il giudizio di pericolosità sociale pare corretto ispirarsi all'interdisciplinarietà del passato; ciò che si intende è che, verosimilmente, il giurista non possiede gli strumenti per risolvere il problema in oggetto e, quindi, dovrà necessariamente ricorrere all'ausilio di psichiatri, psicologi e neuroscienziati.

E' vero, forse, che, ad oggi, dette scienze appaiono inidonee a garantire la "certezza" di detto giudizio, ma altresì vero che si tratta di scienze "giovani", bisognose di "crescere".

Sarà possibile giungere ad un giudizio di pericolosità sociale che conduca a risultati confinanti con la certezza solamente quando dette scienze raggiungeranno una maturità tale da poter affiancare adeguatamente il giudice, e più in generale i giuristi, nell'effettuazione dello stesso.

Ci si chiede quindi cosa fare nel frattempo e la risposta a tale questione appare ardua anche dopo un approfondito studio del tema della pericolosità sociale.

Talune indicazioni seppur non pienamente risolutive possono essere proposte.

In primo luogo pare corretto attribuire grande rilevanza a quegli elementi obiettivi che possono essere indice di pericolosità sociale: quali ad esempio, i precedenti giudiziari; la condotta e la

²²² A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione, Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997, p.67.

vita del reo antecedenti al reato; la condotta contemporanea o susseguente al reato ed inoltre le sue condizioni di vita ma anche e soprattutto alla valutazione del fatto di reato.

Secondariamente, si dovrà cercare di evitare che il giudizio di pericolosità sociale si trasformi in una mera valutazione di tipo induttivo; per far sarà bene attribuire allo stesso un connotato scientifico e, quindi, permettere sin da principio al giudice, chiamato all'espletamento del giudizio di pericolosità sociale, di usufruire dell'ausilio di esperti nella materia.²²³

Nonostante quanto appena detto, nell'ambito del giudizio di pericolosità sociale alcuni importanti miglioramenti sono stati già effettuati, sia grazie a puntuali interventi della Corte Costituzionale, sia grazie a riforme legislative; quali, ad esempio, l'eliminazione di tutte le forme di pericolosità presunta o l'attualizzazione del giudizio di pericolosità sociale al momento di esecuzione della misura di sicurezza disposta.

I predetti interventi e l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale il quale, con la norma contenuta nell'articolo 679, ha generalizzato per tutte le misure di sicurezza, eccezion fatta per la confisca, l'obbligo di accertare in concreto, al momento dell'esecuzione della misura stessa, la pericolosità sociale, esame da effettuarsi con procedimento avanti al magistrato di sorveglianza; così facendo si è accentuato il garantismo non solo procedurale ma anche sostanziale.

Concludendo quindi, si evidenzia che la teoria esposta non vuole rappresentare una "scusante" per il giudice, e più in generale, per i giuristi in caso di errata valutazione di pericolosità sociale, ma più semplicemente un riconoscimento dell'importanza delle scienze ausiliarie, già teorizzata, per altri ambiti, da autorevole dottrina.²²⁴

E' ora necessario analizzare il sistema delle misure di sicurezza ed, in particolare, le concrete modalità di esecuzione delle stesse.

Come evidenziato durante l'arco di questo elaborato, troppo spesso le misure di sicurezza hanno, concretamente, modalità di esecuzione che le avvicinano, se non sovrappongono, alle pene.²²⁵

Quanto appena affermato, non è accettabile poiché le misure di sicurezza dovrebbero avere funzioni differenti dalle pene; le prime, infatti, dovrebbero essere caratterizzate, oltre che dalla funzione preventiva, da una spiccata funzione rieducativa, la quale, di fatto, è spesso venuta a mancare.

²²³ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, cit. p., 110 ss.

²²⁴ A. CENTONZE, *L'inquadramento dei disturbi mentali atipici, La capacità giuridica penale e l'accertamento della pericolosità sociale dell'imputato*, in *Rass. penit. e crim.*, 2011, p. 62.

²²⁵ A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, cit., p. 227.

Primariamente pare corretto ritenere che un'efficace funzione rieducativa possa essere garantita con l'applicazione di misure di sicurezza proporzionate, oltre che al tipo di prognosi criminale, anche al grado di disvalore del fatto compiuto.

La gravità del fatto di reato, oltre che le modalità con cui esso è compiuto, infatti, sono indice di pericolosità sociale; più il fatto è grave se accertata maggiore sarà la pericolosità sociale.

Appare corretto, quindi, ritenere che il giudice debba ricorrere a quella misura di sicurezza che, nel rispetto delle esigenze di sicurezza della collettività, garantisca parimenti una migliore rieducazione del soggetto avendo riguardo anche delle necessità terapeutiche del medesimo.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ADORNO R., sub art. 220, a cura di GIARDA A. – SPANGHER G., *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010
- ADREOLI V., *La perizia psichiatrica*, in *Quaderni italiani di psichiatria*, XXI, 2005, p. 5, 11
- AIMONETTO M.G., *L'incapacità dell'imputato per infermità di mente*, Milano, 1992
- ALEO S., *Diritto Penale. Parte generale*, Padova, 2010
- ALESSANDRI A., *Commentario della Costituzione*, in BRANCA G. – PIZZORUSSO A., vol. V, Bologna, 1975
- ALESSANDRI A., voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, p.39
- AMATO G. – G. FIDELBO, *La disciplina penale degli stupefacenti*, Milano, 1994
- AMATO G., *Al giudice di pace per le misure interdittive*, in *Guida dir.*, 2006, p. 12, 97
- AMATO G., *Commento all'art. 275 c.p.p.*, a cura di AMODIO E.– DOMINIONI O., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, III, II, Milano, 1990, p. 43
- AMATO G., *Commento alla legge 21 febbraio 2006, n. 49*, in *Guida dir.*, 2006, p. 79
- AMATO G., *Droga e attività di polizia*, Roma, 1992
- AMATO G., *Stupefacenti. Teoria e pratica*, Roma, 2006
- AMBROSINI G., *La riforma della legge sugli stupefacenti*, Torino, 1991
- AMERICAN PSYCHTRIC ASSOCIATION, D.S.M. V, *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, Milano, 2015
- AMISANO M., *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, Torino, 2005
- AMODIO E., sub artt. 312-313, a cura di AMODIO E. - DOMINIONI O., *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, III, Milano, 1990, p. 222
- ANDREOLI V., *Anatomia degli Ospedali psichiatrici giudiziari italiani*, a cura di ANDREOLI V., Roma, 2002
- ANDREOLI V., *Un secolo di follia. Il Novecento fra terapia della parola e dei farmaci*, Milano, 1991
- ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., a cura di GROSSO C.E., Milano, 2016
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2000,
- ARDITA S.- DEGLI INNOCENTI L. – FALDI F., *Diritto penitenziario*, Roma, 2016, p.158
- BABINI V.P., *Liberi tutti. Manicomi e psichiatri in Italia: una storia del Novecento*, Bologna, 2009
- BALASSO R., *La perizia e la consulenza tecnica d'ufficio e di parte: nei procedimenti civili, nei procedimenti penali, nei procedimenti amministrativi e contabili*, Santarcangelo di Romagna, 2014

- BALBI G., *Infermità di mente ed imputabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, p. 857
- BANDINI T. – GUALCO B., *Imputabilità e misure di sicurezza. Riflessioni clinico-criminologiche*, Padova 2002
- BANDINI T.– GATTI U., *Psichiatria e giustizia. Riflessioni critiche sull'imputabilità del malato di mente*, 1985, p. 123
- BARGIACCHI C., *Esecuzione della pena e relazioni familiari. Aspetti giuridici e sociologici*, in www.altrodiritto.it.
- BARGIS M., *Impugnazioni*, a cura di CONSO G.- GREVI C. - BARGIS G., *Compendio di procedura penale*, Torino, 2016, p. 700
- BASAGLIA F., *L'istituzione negata. Rapporto di un ospedale psichiatrico*, Torino, 1968
- BECKER H.S., *Outsiders-studies in the sociology of deviance*, New York, 1966
- BECONI A. – FERRANNINI L., *Problemi di applicazione alle misure alternative alla detenzione del tossicodipendente*, in *Ques. giust.*, 1986
- BERTACCINI D., *Punizione e trattamento: ragioni e limiti del binomio custodia-cura nei confronti dei tossicodipendenti*, in AA.VV, *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, Torino, 2013, p. 254
- BERTOLINO M., *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, a cura di Id, *Verso un codice penale modello per l'Europa, Imputabilità e misure di sicurezza*, Padova, 2002
- BERTOLINO M., *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in GROSSO C.F. - PADOVANI T., *Trattato di diritto penale, Parte generale*, I, Milano, 2009, p. 210.
- BERTOLINO M., *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale italiano*, Milano, 1990
- BERTOLINO M., *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. proc. pen.*, 2005, p. 853
- BERTOLINO M., *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Riv. it. dir. e proc .pen.*, 1981, p. 190
ss
- BETTIOL G., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 1966
- BETTIOL G., *Pena di morte*, in *Riv. it. dir.e proc. pen.*, 1967, p.751
- BIANCHI A., *Neuroscienze e diritto: spiegare di più per comprendere meglio*, in BIANCHI A. - GULOTTA G. - SARTORI G. a cura di, *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009, XIII, p. 321
- BOCCHINI B., *L'accertamento della pericolosità (misure di prevenzione e sorveglianza e misure alternative alla detenzione)*, in *La prova penale, Trattato diretto da GAITO A.*, vol. I, *Il sistema della prova*, Torino, 2008
- BOLTE TAYLOR J., *My Stroke of Insight*, Usa, 2008; trad. it. *La scoperta del giardino della mente*, Milano, 2009
- BORTONE G., *Semimputabilità e sistema del doppio binario*, in *Ind. pen.*, 1998
- BORZACCHIELLO A., *Alle origini del manicomio criminale, Introduzione*, a cura di PUGLIESE G.– GIORGINI G., *Mi firmo per tutti, Dai manicomi criminali agli ospedali psichiatrici giudiziari. Un'inchiesta e una proposta*, Roma, 1997, p. 70
- BOSI S.- MAISTO F., *Questioni attuali dopo la chiusura degli Opg*, in www.questionegiustizia.it, 2017

- BRICOLA F., *Commento art. 25 commi 2 e 3 Cost.*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA G., Bologna, 1981, p. 269.
- BRICOLA F., *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961
- BRICOLA F., *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in AA. VV., *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, p. 29
- BRICOLA F., *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in *Scritti di diritto penale - Dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio*, Milano, 1997
- BRICOLA F., *Teoria generale*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1974, p. 82 ss
- BRUNETTI C.- ZICCONI M., *Manuale di diritto penitenziario*, prefazione di SCIAUDONE G., Piacenza, 2004
- BRUNETTI C.– SAPIA C., *Psicologia penitenziaria*, Napoli, 2007, p. 254
- BRUSCO C., *La prova scientifica nel processo penale*, in DE CATALDO NEUBURGER L. a cura di, Padova, 2007, p. 33.
- CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale, Parte generale*, V ed. Padova, 2012.
- CALABRIA A., sub artt. 199-214, a cura di T. PADOVANI, *Codice penale*, Milano, 2011
- CALABRIA A., *Sul problema dell'accertamento della pericolosità sociale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990
- CALABRIA A., voce «Pericolosità sociale», in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 467, 468
- CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1959
- CALAMIA A. M., *Ammissione ed allontanamento degli stranieri*, Milano, 1980, p. 587
- CALCATERRA A., *La riforma delle misure di sicurezza e il necessario ripensamento del percorso di cura*, in *Quest. giust.*, 2015, n. 2.
- CANEPA G., *L' esame psicodiagnostico nei giudizi medico-legali di accertamento e revisione delle pericolosità sociale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 607
- CANEPA M. – MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario, Le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Milano, 2010, p. 240.
- CANEPA M.- CONSO G. – MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 1987, p. 284
- CANESTRARI S. - CORNACCHIA L.- DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, p. 861
- CANEVELLI P., *Le novità della legge Simeone in tema di condanna a pena detentiva e misure alternative: l'analisi delle singole norme*, in *Dir. pen. proc.*, 1998
- CANOSA R., *Storia del manicomio in Italia dall'Unità d'Italia ad oggi*, Milano, 1979
- CAPRIOLI F.- VICOLI D., *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011
- CAPRIOLI F., *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 3523.
- CAPRIOLI F., *Pericolosità e processo penale*, a cura di PAVARINI M.- STORTONI L., *Pericolosità e giustizia penale*, Bologna, 2013, p. 22-23.
- CAPRIOLI F., *Pericolosità sociale e processo penale*, cit., p. 21.
- CAPUTO A., *Le misure di sicurezza dell'espulsione dello straniero e dell'allontanamento del cittadino comunitario*, in AA. VV. S. LORUSSO a cura di, *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2008, p. 298

- CARACCIOLI I., *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, p. 79.
- CARDILE F., *La riformulazione degli illeciti amministrativi*, a cura di INSOLERA G., *La disciplina penale degli stupefacenti*, Milano, 2008, p. 160
- CARLI R.- PANICCIA R. M., *La cultura dei servizi di salute mentale in Italia. Dai malati psichiatrici alla nuova utenza: l'evoluzione della domanda di aiuto e delle dinamiche di rapporto*, Milano, 2011, p. 36
- CARNEVALE A. - DI TILLIO A., *Medicina e carcere*, Milano, 2006, p. 240
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, Lucca, 1871, p. 614.
- CARRIERI F.- CATANESI R., *La perizia psichiatrica sull' autore di reato: evoluzione storia e problemi attuali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 30
- CARRIERI F., *Criminologia difesa sociale e psichiatria forense*, Bari, 2000
- CASAGRANDE D.- TORESINI L.- VENTURINI E., *Il folle reato, il rapporto tra la responsabilità dello psichiatra e la imputabilità del paziente*, Milano, 2010, p. 143
- CASCONE C., *Colpevolezza, imputabilità e neuroscienze cognitive*, Salerno, 2016
- CATANESI R.- FERRANNINI L. – PELOSO P.F., *La contenzione fisica in psichiatria*, Milano, 2006, p. 54
- CAZZANIGA A.- CATTABENI C. M. –LUVONI R – ZOJA, R., *Alcol e sostanze stupefacenti, Compendio di medicina legale e delle assicurazioni*, XIII ed., Torino, 2015, p. 259
- CAZZANIGA A.- CATTABENI C. M. –LUVONI R., *Compendio di medicina legale e delle assicurazioni*, 12° ed., Torino, 2006, p. 132
- CAZZANIGA A., *Criteriologia medico-forense*, Pavia, 1969
- CECCONI S. – DEL GIUDICE G. – GONNELLA P.- D'ANZA VITO, *StopOpg, D.d.L. Giustizia (articolo 12 comma 1 lettera d) S 2067*, riapre stagione Ospedali Psichiatrici Giudiziari, in www.slegalosubito.com.
- CENTONZE A., *L'esecuzione della pena del tossicodipendente*, a cura di ARDITA S., *Esecuzione penale e tossicodipendenza*, Milano, 2006, p. 175
- CENTONZE A., *L'inquadramento dei disturbi mentali atipici, La capacità giuridica penale e l'accertamento della pericolosità sociale dell'imputato*, in *Rass. penit. e crim.*, 2011, p. 62.
- CENTONZE F., *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi della personalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 266
- CERESA M. – GASTALDO G., *Esecuzione*, in CONSO G. - GREVI V. – BARGIS M., *Compendio di procedura penale*, Padova, 2016, p. 1120
- CERETTI A. - NATALI L., *Cosmologie violente. Percorsi di vite criminali*, Milano, 2009, p. 67
- CERETTI A., *Homo poenalis, homo criminalis*, a cura di L. PICOTTI - F. ZANUSO, *L'antropologia di Cesare Lombroso: dall'Ottocento al dibattito filosofico-penale contemporaneo, Atti del Convegno internazionale svoltosi in occasione del primo centenario della morte presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Verona (16-17 ottobre 2009)*, Napoli, 2011
- CHIOLA G., *L'odissea giuridica dei folli rei. Dagli ospedali giuridici psichiatrici alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza: fra controllo e cura*, Napoli, 2017
- CIANI G., *Esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali*, in LATTANZI G.- LUPO E., *Codice di procedura penale*, in *Rass. giuris. dott.*, Milano, 2016, Vol. VIII, p. 138

- CIMINO L., *Il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari: un'analisi critica*, in *Riv. crim. vittimologia e sicurezza*, VIII, n. 2, 2014
- CIVELLO G., *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p.: due nuove conquiste nella battaglia contro il "divieto di prevalenza"*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2014, p. 2 ss
- COCCO G. - AMBROSETTI E. M., *Manuale di diritto penale, Parte generale, Punibilità e pene*, Padova, 2012, p. 4ss.
- CODA S. - FORNARI U., *La perizia psichiatrica come mezzo di prova*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 771.
- CODA S., *Dinamica di un omicidio: il contributo della psicologa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 369 ss.
- COLLICA M.T., *Anche "i disturbi della personalità" sono infermità mentale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 420 ss.
- COLLICA M.T., *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1170.
- COLLICA M.T., *Il reo imputabile*, in *Leg. pen., Il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di DE VERO G. Torino, 2010, p. 432
- COLLICA M.T., *La crisi del concetto dell' autore non imputabile "pericoloso"*, in www.penalecontemporaneo.it
- COLLICA M.T., *Verso la chiusura degli O.p.g.: una svolta (ancora) soloannunciata?*, in *Leg. pen.*, 2014, p. 274 ss
- COLLICA M.T., *Vizio di mente: nozione, accertamento, prospettive*, Torino, 2007
- COMUCCI P., *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, a cura di PRESUTTI A., *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, p. 3.
- consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 168
- CONSO G., *Capacità processuale penale*, in *Enc. dir.*, IV ed., Milano, 1960, p. 140
- CONTE M. - LO FORTI R., *Gli accertamenti tecnici nel processo penale*, Milano, 2006, p. 3
- COPPI F., voce *Professionalità* (dir. pen.), in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 1024 ss
- CORBETTA S., *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?*, a cura di SCALFATI A., *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, p. 53 ss.;
- CORBI F., *L'affidamento in prova con finalità terapeutiche: uno nuovo sostituto della pena detentiva*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, p. 1147
- CORBI F., *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992
- CORDERO F., *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986
- CORDERO F., *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956
- CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2012
- CORDI' L., *L'espulsione dello straniero. Diritto penale sostanziale e processuale*, Milano, 2011
- CORLEONE F., *Relazione semestrale sull'attività svolta dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, 19 Febbraio - 19 Agosto 2016, in www.penalecontemporaneo.it
- CORSO P., *Le misure cautelari*, in *AA.VV., Procedurale penale*, Torino, 2017, p. 366
- CORSO P., *Periti e perizia*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 89

- COSENTINO N. – GIANNETTO A., *Sui folli-rei: una ricerca comparata*, in *Rass. it. crim.*, 2009, n. 3, p. 526
- COSTA M., *Lombroso e le neuroscienze. In Cesare Lombroso cento anni dopo*, Torino, 2009
- CRESPI A., voce *Imputabilità* (diritto penale), in *Enc. dir.*, Milano, 1970, XX, p. 766
- CRESPI A., voce *Imputabilità*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, p. 776
- CUPELLI C., *La responsabilità penale dello psichiatra. Sui rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari*, Napoli, 2013
- CUPELLI R., *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi*, D'ONOFRIO M.- SARTORI M., *Le misure alternative alla detenzione*, Milano, 2004
- DAGA L., *L'evoluzione normativa e la situazione penitenziaria dopo la riforma del 1986*, in *Quaderni del Consiglio superiore della magistratura*, 1995, n. 80, pp. 76
- DAGA L., *O.p.g: Il sistema penale e sistema sanitario*, in *Rass. penit.*, 1982
- DALIA A.A. – FERRAIOLI A., *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2015, p. 946
- DALL'OSSO G., *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Milano, 1985
- DANIELE M., *Il proscioglimento per prescrizione dei non più "eterni giudicabili". La sorte degli imputati affetti da incapacità processuale irreversibile dopo la sentenza 45/2015 della Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it.
- DAWAN D., *I nuovi confini dell'imputabilità nel processo penale*, Milano, 2006
- DE MATTEIS L., sub art. 85 c.p., in LATTANZI G.- LUPO E., *Codice penale*, in *Rass. Giuris. e dottr.*, Milano, 2015, p. 3
- DEL ZANNA M. – GRANATI O. – SCARPA F., *Il confine tra cura e custodia dopo la chiusura dell'O.P.G., Relazione al Convegno "la salute mentale nella nuova sanità pubblica: il passato nel nostro futuro?"*, Monteriggioni, 2015
- DELITALA G., *Sul progetto preliminare del primo libro del codice penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1950, p. 160
- DELL' AQUILA D.S., *Se non ti importa il colore degli occhi. Inchiesta sui manicomi giudiziari*, Napoli, 2009
- DELLA BELLA A., *Emergenza carceri e sistema penale, I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Torino, 2014
- DELLA CASA F. – GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario, commentato*, Padova, 2015, p.1342
- DELLA CASA F., *Art. 1 L. 165/1998, Esecuzione e misure alternative*, in *Leg. Pen.*, 1999, p. 764
- DELLA CASA F., *Basta con gli O.P.G. La rimozione di un "fossile vivente" quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. it. dir.e proc. pen.*, Milano, 2013, p. 30
- DI GENNARO G. – BONOMO M. – BREDA R., *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1987, p. 543
- DI GENNARO G.- LA GRECA G., *La droga, traffico, abusi, controlli*, Milano, 1992, p. 324;
- DI NICOLA P., *La chiusura degli Opg: un'occasione mancata*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it
- DI NINNI A., *L'intervento per la salute mentale dalle lezioni del corso di Epidemiologia psichiatrica per gli psicologi*, Bologna, 2004

- DODARO G., *Ambiguità e resistenze nel superamento degli Opg in regione Lombardia: verso l'istituzionalizzazione ospedaliera del malato di mente autore di reato*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1388
- DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, 1979, Padova
- DOLCINI E., *La rieducazione del condannato tre mito e realtà*, in *Riv.it. dir. proc .pen.*, 1979, p. 499 ss.
- DOLCINI E., *Pene pecuniarie e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1972, p. 408
- DOLCINI E., *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero della lungimiranza del costituente*, in *Rass. penit. e crim.*, 2006, n.2-3, p. 69
- DOMINIONI O., *I mezzi di prova*, in AA. VV., *Procedura penale*, Torino, 2017, p. 286
- DOMINIONI O., *La prova penale scientifica. Strumenti scientifico tecnici, nuovi o controversi e di elevata utilizzazione*, Milano, 2005
- DOMINIONI O., *Le prove*, in AA. VV., *Manuale di procedura penale*, Bologna, 2008, p. 250
- DONINI M., *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 735
- DONINI M., *La sintassi del rapporto fatto/autore nel «progetto Grosso»*, in *Crit. dir.*, 2001, p. 281
- DUBOLINO P.- BAGLIONE T.- BARTOLINI F., *Il nuovo codice di procedura penale illustrato per articolo*, Piacenza, 1990
- EUSEBI L., *Cristianesimo e retribuzione penale* in *Riv .it. dir. proc.*, 1997, p. 275
- FADDA M. L., *Misure di sicurezza e detenuto psichiatrico nella fase dell'esecuzione*, in *Rass. penit. e crim.*, 2013, n. 2, p. 36
- FANUELE C., *Gli accertamenti peritali strumentali all'accertamento giudiziale: modalità esplicative e rapporto con la decisione finale*, in MONTAGNA M., *il processo penale. La giustizia penale differenziata. Vol III: gli accertamenti complementari*, Torino, 2011, p. 903
- FARGNOLI B., *Droga e tossicodipendenza*, Milano, 1990
- FARINA COSCIONI M.A., *Matti in libertà. L'inganno della legge Basaglia*, Roma, 2011
- FASSONE A., *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna 1980
- FASSONE E., *Commento all'art 4 bis d.L 22/4/1985, n. 144*, in *Leg. Pen.*, 1986, p. 45
- FASSONE E., *Le misure alternative alla detenzione. La riforma penitenziaria*, Napoli, 1987
- FELISETTI D., *Atti Parlamentari. Camera dei deputati. IX legislatura. Discussioni in www.camera.it*.
- FERIOLI V., *Contenzione: aspetti clinici, giuridici e psicodinamici*, in *Psichiatria e Psicoterapia*, 2013
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989
- FERRI E., *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928
- FERRI E., *Sociologia criminale I*, Torino, 1929
- FERRUA P. - MARZADURI E.- SPANGHER G., *La prova penale*, Torino, 2013, p. 404
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2009, p. 761
- FIANDACA G., *Commento all' articolo 27, comma terzo*, a cura di BRANCA G., *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, p. 222

- FILIPPI L.- SPANGHER G. – CORTESI M.F., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2016, p. 300 ss
- FILIPPI L., *Il processo di sicurezza*, in *Trattato di procedura penale*, VII, Torino, 2009
- FIORAVANTI L., *Le infermità psichiche nella giurisprudenza penale*, Padova, 1988
- IORE C. – IORE S., *Diritto penale, Parte generale*, Torino, 2016, p. 700
- FIORENTIN F., *Al vaglio di costituzionalità i parametri di accertamento della pericolosità sociale dei mentally ill offenders*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 3, p. 10
- FIORENTIN F., *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione, Normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2013
- FIORENTIN F., *La valutazione giurisprudenziale della pericolosità sociale ai fini dell'applicazione delle misure di sicurezza*, 2009, in www.ristretti.it.
- FIORI A.- BUZZI F., *Problemi vecchi e nuovi della professione psichiatrica, riflessioni medico-legali alla luce della sentenza della Cass. pen. n. 10795/2008*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, p. 1342
- FLORA G., *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1325
- FLORIAN E., *Il metodo positivo nella scienza del diritto penale*, in *Scuola Positiva*, VI, I, 1926
- FORNACE P., *Magistratura di sorveglianza e pubblico ministero nel processo di sorveglianza con particolare riferimento alla disciplina di cui all'articolo 47 terzo e quarto comma dell'Ordinamento penitenziario*, in *La magistratura di sorveglianza*, in *Quad. CSM*, 1995, n. 80, p. 612
- FORNARI L., *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 1993, p. 569
- FORNARI L., sub art. 240, in *Commentario breve al codice penale*, STELLA F.- CRESPI A. – ZUCCALÀ G., Padova, 2003
- FORNARI U.- CODA S., *Imputabilità e pericolosità sociale: nuove prospettive nella valutazione forense, Relazione tenuta al Convegno di Studi "Verso un Codice Penale modello per l'Europa", Foggia, 10-11 novembre 2000*, Padova, 2002, p. 265
- FORNARI U., *Irresistibile impulso e responsabilità penale: aspetti normativi*, in *Riv. sperim. freniatr.*, vol. CXII, n. 1, 1988, p. 43-85
- FORNARI U., *Temperamento, delitto e follia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 521 ss
- FORNARI U., *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2018
- FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale.*, Milano, 2000
- FORTI G., *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, a cura di DOLCINI E. - PALIERO C.E., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, p. 283 ss
- FORTI G., *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su cifre nere e funzione generalpreventiva della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p.167
- FOUCAULT M., *Il manicomio illimitato*, in *Follia e Psichiatria*, a cura di BERTANI M. – ROVATTI A., Milano, 1994
- FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1993

- FRIGESSI D., *La scienza della devianza*, a cura di FRIGESSI D.- GIACANELLI F.- MANGONI L., *Cesare Lombroso, Delitto, genio, follia*. Scritti scelti, Torino, 1995, p. 346
- FRIGO G., *Il consulente tecnico della difesa nel nuovo processo penale*, in *Cass. pen.* 1988, p. 2178
- FRUDA' L., *Alternative al carcere. Percorsi, attori e reti sociali nell'esecuzione penale esterna: un approfondimento della ricerca applicata*, Milano, 2006
- FUSI A., *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 2013
- FUZIO R., sub art. 240, a cura di LATTANZI G - LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 2015, p. 836
- GABRIELI F.B., *Gli istituti generali del codice penale*, Roma, 1936
- GAETA P. – MACCHIA A., *L'appello*, a cura di SPANGHER G., *Trattato di procedura penale*, vol. V, Torino, 2009, p. 554
- GAITO A. – RINALDI G. *L'esecuzione penale*, Milano, 2016, p. 301
- GAITO A., *La prova penale*, Milano, 2008
- GALGANI B., *Riflessioni sul regime intertemporale nella disciplina dell'esecuzione: legge Simeone e ordini di carcerazione*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 102.
- GALLIANI I. - CIPOLLI C.- LUBERTO S., *Contributo alla ricerca di criteri empirici per la valutazione della pericolosità sociale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, p. 97
- GALLO M., *Appunti di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2014
- GAMBERINI A. – INSOLERA G., *Uno sguardo d'insieme alla nuova normativa*, a cura di INSOLERA G., *La disciplina penale degli stupefacenti*, Milano, 2008, 11
- GAROFOLI G., *Diritto processuale penale*, Milano, 2017
- GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale*, V ed., Molfetta, 2017
- GATTA G. L., *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima*, in www.penalecontemporaneo.it.
- GATTA G. L., *La Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 27, comma terzo, Cost.*, 29 settembre 2014, in www.penalecontemporaneo.it
- GATTA G.L., *Modifiche in tema di espulsione od allontanamento dello straniero dallo Stato*, in AA.VV., *“Decreto sicurezza”*: tutte le novità, 2008, p. 50
- GATTI U. – VERDE A., *Cesare Lombroso: una revisione critica*, a cura di PICOTTIL. - ZANUSO F., *L'antropologia di Cesare Lombroso: dall'Ottocento al dibattito filosofico-penale contemporaneo*, *Atti del Convegno internazionale svoltosi in occasione del primo centenario della morte presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Verona (16-17 ottobre 2009)*, Napoli, 2011, p. 92
- GEMELLI A., *Il delinquente per tendenza*, in *atti del primo congresso internazionale di criminologia*, I, Roma, 1935
- GIAMBRUNO S., *Lineamenti di diritto processuale minorile*, Milano, 2004
- GILBERTI F. – ROSSI R., *Manuale di psichiatria*, Milano, 2012, p. 67
- GILIBERTI S., *Il sistema del doppio binario*, a cura di PITTARO P., *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità*, Trieste, 2012, p. 11 ss
- GIUNTA F.B. – MARZADURI E., *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, Milano, 2015

- GIUSTI G., *Trattato di medicina legale e scienze affini*, IV, *Genetica, psichiatria forense e criminologia, medicina del lavoro*, Padova, 2009
- GOFFMAN E.A., *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, 1968
- GOFFREDI C., *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970
- GRASSO G. - ROMANO M. - PADOVANI T., *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2012
- GRASSO G., *L'affidamento in prova del tossicodipendente e alcolodipendente*, a cura di FIORENTIN F., *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012, p. 333.
- GRASSO G., sub art 211 c.p., a cura di ROMANO M. – GRASSO G.– PADOVANI T., *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 1994, p. 431
- GRASSO G., sub art. 203 c.p., a cura di ROMANO M.- GRASSO G. – PADOVANI T., *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2012, p. 496
- GRASSO G., sub art. 205, a cura di ROMANO M. – GRASSO G. - PADOVANI T., *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 2012, p. 411
- GRASSO G., sub art. 233, a cura di ROMANO M. – GRASSO G. - PADOVANI T., *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 2012
- GRASSO G., sub artt. 199-240, a cura di ROMANO M. – GRASSO G. - PADOVANI T., *Commentario sistematico al codice penale*, III, Milano, 2012, p. 442
- GRECO O.– CATANESI R., *Malattia mentale e giustizia penale. La pericolosità dell'infermo di mente nel sistema penale italiano*, Milano, 1988, p. 35
- GREVI G., *L'ordinamento penitenziario fra riforma ed emergenza*, Padova, 1994
- GREVI V. - GIOSTRA G. - DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario: commento articolo per articolo*, Padova, 2011, p. 527
- GREVI V., *Misure cautelari*, in CONSO G. - GREVI V.- BARGIS M., *Compendio di procedura penale*, Padova, 2017, p. 400 ss
- GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale, secondo il nuovo codice*, Padova, 1931, p. 113
- GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, I, Milano, 1947
- GROSSO C.F., *Per un nuovo codice penale, II, Relazione della commissione Grosso (1999)*, Padova, 2000
- GUAZZALOCA B. – PAVARINI M., *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004, p. 95
- GUAZZALOCA R., *L'esecuzione della pena del tossicodipendente*, a cura di INSOLERA G., *Le sostanze stupefacenti*, Torino, 2007, p. 6
- GUERRI D., voce *Misure di sicurezza* (dir. pen.), in *Guida dir.*, vol. IX, 2007, p. 300
- GULLOTTA G., *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico civile, penale, minorile*, Milano, 2006
- HESTER S. – ENGLIN P., *Sociology of Crime*, Londra, 1992, p.42
- HUDOLIN V. – A. CIULLINI – G. GORLITO, *L'approccio ecologico sociale ai problemi alcolcorrelati e complessi*, Trento, 2015, p. 111
- HUDOLIN V., *Manuale di alcologia*, Trento, 2015
- IASEVOLI C., *Il diritto al trattamento rieducativo e i profili processuali dell'affidamento in prova in casi particolari, dopo le c.d. leggi svuotacarceri*, in LICATA F. – RECCHIONE S. –

- RUSSO N., *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione. Legislazione e orientamenti delle Corti superiori*, Torino, 2015, p. 544
- INSOLERA G., in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2006, p. 350
- INTRONA F., *Tossicodipendenza, alcool-dipendenza e misure alternative alla detenzione*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, p. 991-998
- JANELLI E., *La cosa giudicata*, in *Le impugnazioni, Giurisprudenza sistematica e di diritto processuale penale*, in CHIAVARIO M.– MARZADURI E., diretto da, Torino, 2005, p. 650
- JELLINEK E.M., *The disease concept of alcoholism*, New Haven, 1960
- KOSTORIS R., *Linee di continuità e prospettive di razionalizzazione nella nuova disciplina del procedimento di sorveglianza*, in GREVI V., *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, p. 570
- KOSTORIS R.E., sub art. 70 c.p.p., in CHIAVARIO M. coordinato da, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, I, Torino, 1989, p. 350
- LA GRECA G., *Il processo penale minorile*, in *Dir. & Giust.*, 1988, p. 169
- LANG M. – FIORINO L., *Il futuro dei disturbi di personalità nel DSM IV*, a cura di BERTOLINO M.- MERZAGORA BETSOS I., *Crimini, criminali e malattia mentale. Scienze giuridico-penali e scienze empirico-sociali a confronto*, Atti del Convegno di Milano, 11-12 maggio 2006, Bruylant, 2007, p. 107
- LATTANZI G. – LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2010
- LEO G., *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, Voce per “Il libro dell’anno Treccani 2014”, in www.penalecontemporaneo.it
- LEO G., *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in www.penalecontemporaneo.it
- LEONARDI F., *Le misure alternative alla detenzione carceraria tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rass. penit. e crim.*, Anno XI, n. 2/Maggio-Agosto 2007, Roma, p. 18
- LIPTON D. – MARTINSON R. – WILKINS J., *The effectiveness of Correctional Treatment: a Survey of Treatment Evaluation Studies*, New York, 1975
- LOMBROSO C., *Della fossetta cerebellare mediana in un criminale*, in *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, II, 1872
- LOMBROSO C., *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie. Delinquente-nato e pazzo morale*, Torino, 1884
- LOMBROSO C., *La proposta di legge sui manicomi criminali*, in *Archivio di psichiatria*, 1881, p.184, in COLAO F., *Un' “esistenza mezza legale mezza no”. Il manicomio giudiziario nell'Italia liberale*, Macerata, 2011, p. 445
- LOMBROSO C., *Sull'istituzione dei manicomi criminali in Italia*, in *Rendiconti del Regio Istituto Lombardo di scienze*, 1872, Vol. V, p. 72
- LORE' C. – MOSCARINI P., *La valutazione relativa alla incapacità processuale dell'imputato per infermità di mente*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, p. 375 ss
- LOZZI G., voce *Cauzione di buona condotta*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960
- MAGRIN M. E. – BRUNO C., *Malvagi o malati? Valutare la libertà umana in azione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3867

- MAISTO F., *Criminale (è il) manicomio*, in *Sestante*, 2015, n. 1, p. 6
- MAMBRUCCHI K., *Procedimento di sorveglianza*, in *Dig. disc. pen.*, III agg., Torino, 2005, p. 1140
- MANACORDA A., *Il manicomio giudiziario: alcune note per la comprensione dei problemi attuali*, in *Foro it.*, Vol. 104, n. 3, marzo 1981, p. 67
- MANACORDA S., *Pericolosità sociale e infermità psichica: dalle presunzioni legali alle prospettive di superamento*, in *Quest. giust.*, 1987, p. 697
- MANCIA M., *Personalità negativa, colpa e responsabilità*, a cura di FERRANDO G. - VISENTINI G., *Follia e diritto*, Torino, 2003
- MANCUSO E. M., *Il giudicato nel processo penale*, in UBERTIS G. – VOENA G.P. diretto da, *Trattato di procedura penale*, XLI.1, Milano, 2012, p. 258
- MANES V., *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, in AA. VV., *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, p. 101
- MANGIONE A., *La misura di prevenzione*, Padova, 2001, p. 201 ss
- MANLIVERI A., voce *Capacità a delinquere*, in *Enc. dir. VI*, Milano, 1960, p. 118
- MANNA A., *Corso di diritto penale, Parte generale*, II, Padova, 2008
- MANNA A., *Diritto penale e psichiatria di fronte alla malattia mentale*, in *Rass. it. crim.*, 2000, p. 327 ss
- MANNA A., *Disturbi della personalità e rapporto di causa con il reato*, a cura di BERTOLINO M. - MERZAGORA BETOS I., *Crimini, criminali e malattia mentale*, Bruxelles, 2007, p. 33
- MANNA A., *Il trattamento sanzionatorio del malato di mente autore di reato e le prospettive di riforma*, in *Rass. crim.*, 1994,
- MANNA A., *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione, Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997
- MANNA A., *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 2006, p.220
- MANNA A., *La nuova disciplina in tema di stupefacenti ed i principi costituzionali in materia penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 830
- MANOELLI B., *La Magistratura di Sorveglianza*, in www.altrodiritto.it.
- MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, IV ed., Padova, 2016
- MANTOVANI F., *Manuale di diritto penale*, Padova, 1988
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V ed. aggiornata da NUVOLONE P. -PISAPIA G.D., Torino, 1985
- MARAZZITI M., *O.d.g. in assemblea*, in www.camera.it.
- MARGARA A., *Manicomio giudiziario e legge 180*, in *Fogli d'informazione*, 2008, 5-6, p.117
- MARINI G., voce *Imputabilità*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1992, VI, p. 253
- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2012, p. 303.
- MARTINI A., *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, in AA.V., *Itinerari di diritto penale*, Torino, 2017, p. 153
- MARTINI A., sub *art. 219*, a cura di PADOVANI T., *Codice penale*, Milano, p. 1050
- MARTINI A., sub *artt. 215-222*, a cura di PADOVANI T., *Codice penale*, Milano, 2017, p. 900

- MARTUCCI P. – CORSA R., *Scienza e diritto in lotta. Origini del manicomio criminale nella psichiatria positivista del tardo Ottocento*, in *Studi sulla questione criminale*, I, n. 3, 2006, p. 82
- MARTUCCI P., *All'inizio era il male: determinismo biologico e destino nella criminologia di Cesare Lombroso*, in *Rass. it. crim.*, 2013, p. 53
- MARTUCCI P., *Neuroscienze e processo penale. Profili applicativi e giurisprudenziali*, Roma, 2015
- MASSA O., voce *Confisca* (diritto e procedura penale), in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 980
- MASSIGNAN L.- CARUCCI G., *Aspetti di prevenzione*, in AA.VV *Alcolismo, clinica e terapia*, Milano, 1979, p. 15 ss
- MASTRONARDI V., *Manuale per operatori criminologici e psicopatologi forensi*, IV ed Napoli, 2001
- MAZZA O., *L'irragionevole limbo processuale, degli "eterni giudicabili"*, in *Giur. Cost.*, 2013, p. 387
- MAZZA P., *Pericolosità sociale e legalità*, Padova, 2012
- MAZZANTI E., voce *Espulsione dello straniero*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 914
- MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 181
- MENEGATTO M. – ZAMPERINI A., *Coercizione e disagio psichico. La contenzione tra dignità e sicurezza*, Roma, 2017
- MERZAGORA BETSOS I., *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, Milano, 2012, p. 159
- MERZAGORA BETSOS I., *De servo arbitrio, ovvero: le neuroscienze ci libereranno dal pesante fardello della libertà*, in *Rass. it. crim.*, 2011, p. 1, 7, 17
- MERZAGORA BETSOS I., *Imputabilità, pericolosità sociale e capacità di partecipare al processo*, a cura di GIUSTI G., *Trattato di medicina legale*, Padova, 2009, p. 149
- MICONI TONELLI A., voce *Pericolosità sociale*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1989, p. 2
- MIGNONE A., *Le scienze sociali e politiche in Italia nell'età del positivismo*, in *Dir. pen. XXI secolo*, 2011, p. 220
- MILITELLO M., *Imputabilità, infermità di mente e disturbi della personalità nella evoluzione giurisprudenziale*, in *Dir. e formazione*, XII, 2005, pp. 1601, 1608
- MONACO L., *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Napoli, 1985
- MORELLI G., *L'affidamento in prova al servizio sociale tra certezza della pena e finalità rieducativa* in *Giur. mer.*, 1, 1995, p. 103
- MORMANDO V., sub art. 203, in *Commentario al codice penale*, diretto da MARINI G. - LA MONICA M., MAZZA L., Torino, 2002
- MORMILE V., *La rilevanza probatoria della perizia nel processo penale*, Napoli, 2013
- MORRONE A., *Il trattamento penitenziario e le alternative alla detenzione*, Padova, 2003
- MOSCARINI P., *La verifica dell'infermità mentale nell' accertamento giudiziario penale*, in *Dir. pen. e proc.*, VIII, 2017, pp. 985, 995
- MUSACCHIO V., *Le alternative alla detenzione del sistema penale italiano: profili teorici pratici*, in *Gius. pen*, II, 2002, p. 348

- MUSCO E., *Applicazione provvisoria di una misura di sicurezza e sua impugnabilità*, in *Giur. it.*, 1969, II, p. 444 ss
- MUSCO E., *La misura di sicurezza detentiva*, Milano, 1978, p. 172 ss
- MUSCO E., voce *Misura di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Milano 1997, p. 773
- NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2010
- NASCIMBENE B., *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988
- NEPPI MODONA G. – VIOLANTE L., *Poteri dello Stato e sistema penale*, Torino, 1978, p. 49
- NEPPI MODONA G., *Il reato impossibile*, Milano, 1965, p. 364, 365
- NEPPI MODONA G., *Premessa al commento al d.L 22 aprile 1985 n. 144* (convertito in l. 21 giugno 1985 n. 297), in *Leg. Pen.*, 1986, p. 19
- NICOLSON D., *The Morbid Psychology of Criminals*, in *Journal of Mental Science*, vol. XXIII, 1877
- NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975
- NUVOLONE P., *L'accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione*, in AA.VV., *Pene e misure di sicurezza. Modificabilità e suoi limiti.*, Milano, 1962, p. 35
- NUVOLONE P., *Lombroso e il diritto penale*, in *Giust. pen.*, 1977, I, p.1
- NUVOLONE P., *Natura e storia nella scienza del diritto penale*, in NUVOLONE P., *Trent'anni di diritto e procedura penale, Opera Omnia*, I, Padova, 1969, p. 190 ss.
- NUVOLONE P., voce «*Misure di prevenzione e misure di sicurezza*», in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 653 ss
- NUVOLONE P., voce *Diritto - pena: pena (in generale)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p.793.
- NUZZO F., *L'appello nel processo penale*, Milano, 2008
- ORLANDI R., *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, Milano, 2000, p. 147
- PACKER H.L., *The Limits of Criminal Sanction*, Stanford, 1978, trad. it., in ID., *I limiti della sanzione penale*, Milano, 1978, p. 42 ss
- PADOVANI T., *Il carcere fra storia e ragione*, in www.rassegnapenitenziaria.it, p. 14
- PADOVANI T., *L'Ospedale psichiatrico giudiziario e la tutela costituzionale della salute*, in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di BUSNELLI F. D. - BRECCIA U., Milano, 1978, p. 323
- PADOVANI T., *L'utopia punitiva*, Milano, 1981
- PADOVANI T., *La pericolosità sociale sotto il profilo giuridico*, in FERRACUTI F., *Trattato di criminologia, Medicina Criminologica e Psichiatria Forense*, vol. XIII, Milano, 1990, p. 318 ss
- PADOVANI T., *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014, p. 78ss.
- PAGANO R. – BORTOLETTI D., *La pericolosità sociale*, Milano, 1982, p. 30
- PAGLIARO P., *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2016, p.44.
- PALAZZO F., *Esecuzione progressiva e benefici penitenziari*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano 2002, p. 159
- PALAZZO F., *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge a.s. 2067 e connessi*, in www.penalecontemporaneo.it.

- PALERMO D., *Il carcere tra utopia e quotidiano*, a cura di CAVALLO M., *Punire perché. L'esperienza punitiva in famiglia, a scuola, in istituto, in tribunale, in carcere: profili giuridici e psicologici*, Milano, 1993, p. 275
- PALIERO C.E., *Causalità e probabilità tra diritto penale e medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.* 2015
- PALIERO C.E., *L'economia della pena, un work in progress*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005. p. 1372
- PALMA A., *Disciplina dell'immigrazione contrasto della clandestinità*, in AA. VV., a cura di GIUNTA F. B. – MARZADURI E., *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, Milano, 2010
- PANEBIANCO G., *Il minore reo*, in AA. VV. *La giustizia penale minorile. Formazione, devianza, diritto e processo*, Milano, 2012, p. 144
- PANEBIANCO G., *Il sistema penale minorile*, Torino, 2012
- PANTOZZI G., *Storia delle idee e delle leggi psichiatriche*, Centro studi Erickson, Milano, 1994
- PAPPALARDO F., *Psichiatria, diritto e controllo sociale*, Trieste, 2009
- PARIENTE F. - VERUCCI M. – MARCHETTI M., *La pericolosità sociale da vizio di mente*, vol. IV, a cura di G. GIUSTI, *Trattato di medicina legale e scienze affini*, Padova, 2009, p. 682
- PAVARINI M. – GUAZZALOCA B., *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004
- PAVARINI M., *Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell'ossessione correzionale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1986, n. 2
- PELISSERO M., *Il controllo dell'Autore imputabile pericoloso, nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in www.penalecontemporaneo.it
- PELISSERO M., *Il definitivo superamento degli Opg nel tempo della crisi*, in *Dir. pen e proc.*, 2012, n. 2, p. 1022
- PELISSERO M., *Il doppio binario nel sistema penale italiano*, in www.penalecontemporaneo.it
- PELISSERO M., *La pericolosità sociale categoria imprescindibile o rinunciabile?*, in AA. VV. *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, Torino, 2013, p. 237
- PELISSERO M., *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 2014, p. 924.
- PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario, Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 131
- PELLEGRINI P., in AA. VV, *L'utopia della realtà: riflessioni sui percorsi oltre l'Opg*, in *Sestante*, 2015, n. 1, p. 22
- PELLEGRINI P., *Per una psichiatria senza ospedali psichiatrici giudiziari giudiziari*, Milano, 2015
- PELUSO C., *Prescrizioni imposte con la sorveglianza speciale e con la libertà vigilata: solo profili di costituzionalità?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, p. 165
- PELUSO C., voce "Misure di sicurezza", in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 150
- PEPINO L., *Droga e legge. Tossicodipendenza, prevenzione e repressione*, Milano, 1991, p. 95
- PETROCELLI B., *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940
- PETROCELLI B., *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, in *Riv.it. dir. pen.*, 1950, p. 593

- PICCIONE D., *Rischi di Regressione e antidoti per il legislatore (per mantenere coerente il percorso di umanizzazione del reo che soffre di disturbo mentale)*, in *Relazione semestrale sull'attività svolta dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, 2016, in www.penalecontemporaneo.it.
- PICOTTI L., *Cesare Lombroso: un'introduzione all'impatto del suo pensiero sulla teoria del diritto penale*, a cura di PICOTTI L.- ZANUSO F., *L'antropologia di Cesare Lombroso: dall'Ottocento al dibattito filosofico-penale contemporaneo*, Atti del Convegno internazionale svoltosi in occasione del primo centenario della morte presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Verona (16-17 ottobre 2009), 2011, p. 116
- PIFFERI M., *Accidentalità delicti e criteri di commisurazione della pena. Una lettura storica delle circostanze del reato*, a cura di BARTOLI R.- PIFFERI M., Milano, 2016, p. 9
- PINARDI R., *L'inammissibilità di una questione fondata tra moniti al legislatore e mancata tutela del principio di costituzionalità*, in *Giur cost.*, 2013, p. 379
- PINARDI R., *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007
- PISANI M., *Commento all'art 5*, in CONFORTI B. – BARTOLE S. – RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 117.
- PISTORELLI V.L., *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida dir.*, n. 1, 2006, p. 61
- PITTARO P., *Leggendo oggi la disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. XXI sec.*, X, 2, 2011 p. 360.
- PIVETTI M. – ROSSI A., *Testo Unico delle leggi in materia di stupefacenti. Un'analisi critica*, Milano, 1991, p. 214
- PLOURDE C. – BROCHU S., *Drugs in prison: a break in the pathway, Substance, use & Misuse*, Ottawa, 2015
- PONTI G. - MERZAGORA BETSOS I., *Compendio di criminologia*, Milano, 2008, p. 121.
- PONTI G.- MERZAGORA BETSOS I., *Psichiatria e giustizia*, Milano, 1993
- PONTI G., *Compendio di criminologia*, IV ed., Milano, 1999
- PONTI G., *Criminologia e processo penale*, in AA.VV., *L'investigazione scientifica e criminologica nel processo penale*, Atti del Convegno di studi tenutosi a Padova nel 1989, p.112 ss
- PONTI G., *La perizia sull'imputabilità*, a cura di GULOTTA G., *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Milano, 1987, p. 603
- PONTI G., *Responsabilità e psichiatria. Il ruolo della psichiatria nel processo penale*, in *Rass. crim.*, 1984, p. 177
- POTETTI D., *La pericolosità sociale del malato di mente nell' art. 3ter del d.l.n. 211 del 2011*, in *Cass. pen.* 2015 p. 3322
- PRESUTTI A., *Affidamento in prova al servizio sociale e affidamento con finalità terapeutiche*, a cura di GREVI V., *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma*, Padova, 1988, p. 191
- PRESUTTI A., *Commento all'art. 94 t.u. 309/1990*, in V. GREVI - G. GIOSTRA - F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2015, p. 435
- PRESUTTI A., *Le misure alternative alla detenzione, Le nuove figure. I presupposti, le procedure e le revoche*, in *Incontro sul tema: la legge 27.5.1998, n. 165*, Frascati, 1998, pp. 7 ss

- PULITANO' D., *L'imputabilità come problema giuridico*, in AA.VV., *Curare e punire. Problemi e innovazioni nei rapporti tra psichiatria e giustizia penale*, Milano, 1988, p. 89
- PULITANO' D., *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 559
- PULITANO'D., *Ergastolo e pena di morte. Le massime pene tra referendum e riforme*, in *Dem. dir.*, 1981 p.156 ss
- PULITANO'D., *La disciplina dell'imputabilità*, in *Leg.pen.*, 2006, p. 243
- PULVIRENTI A., *Il giudizio e le impugnazioni*, in AA. VV. *La giustizia penale minorile. Formazione, devianza, diritto e processo*, cit. p. 427
- QUATTROCOLO S., *Aporie e presunzioni nei criteri selettivi della tutela cautelare personale. Verso il crepuscolo del giudizio di proporzionalità e adeguatezza*, in AA. VV., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere, Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, p. 217 ss
- R. TUCCI, *L'esecuzione penale nei confronti dei soggetti tossicodipendenti: l'emergere di un paradigma*, in www.altrodiritto.it.
- RABAGLIATTI G., *Manicomi*, in *Noviss. dig.*, vol. X, Torino, 1957, p. 177
- RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, VI ed., Torino, 2017
- Relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione del d.l. 78 del 2013, a.s. 896, in www.senato.it.
- Relazione semestrale del Commissario unico per il superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari, CORLEONE F., 2017, p. 32, in www.stopopg.it
- Relazione sullo stato di attuazione delle iniziative per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in www.senato.it.
- Requisiti strutturali elencati all'allegato A del decreto ministeriale del 1° Ottobre 2012*, in www.giustizia.it
- RICARDI A.- PANZARASA M., sub art. 216 c.p., in E. DOLCINI - G. MARINUCCI, *Codice penale commentato*, III, Milanofiori, 2011, p. 2264
- RICARDI A.- VIZZARDI M., sub art. 234 c.p., cit. p. 2376
- RICARDI A.- VIZZARDI, M. sub art. 228 c.p., a cura di DOLCINI E.- MARINUCCI G., *Codice penale commentato*, Milano, 2006, p. 2335
- RICCIO S., voce *Abitualità e professionalità*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1943
- RICCIO S., voce *Tendenza a delinquere*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1971, p. 1124 ss
- RICCIOTTI R., *La giustizia penale minorile*, Padova, 2007
- RIVERA LLANO A., *Persona imputabilità ermeneutica*, Torino, 2014
- RODRIGUEZ G., *Ddl Giustizia. È allarme Rems. L'appello dei senatori Pd e Mdp: "Non farle diventare nuovi Opg". 'Rischio' fiducia al Senato*, in www.quotidianosanita.it.
- ROMANI C. A. – SAURGNANI I., *L'ospedale psichiatrico giudiziario oggi, tra ideologie e prassi*, in *Rass. it. crim.*, vol. 12, 2001, p. 500
- ROMEO G., *Gli "eterni giudicabili": di nuovo alla Consulta il problema della sospensione del processo e della prescrizione nei casi di incapacità irreversibile esclusa da infermità mentale irreversibile*, in www.penalecontemporaneo.it.
- RONCO M.- ROMANO B. a cura di, *Codice penale commentato*, Torino, 2012

- RUARO M., *La Magistratura di Sorveglianza*, diretto da UBERTIS G. – VOENA G.P., *Trattato di procedura penale*, vol. XLIII, Torino, 2009, p. 22
- RUSSO G., *Il manicomio giudiziario come luogo di trattamento per detenuti difficili*, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, p. 928.
- RUSSO I., sub artt. 228, in PADOVANI T., *Codice penale*, cit. p. 1003.
- SABATINI G., *La pericolosità criminale come stato subiettivo criminoso*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1921, p. 253
- SACCOMANNO M.- BOSONE D., 20 luglio 2011, *Documento XXII bis* n. 4, p. 3, 4
- SALVINI A.- RAVASIO A. - DA ROS T., *Psicologia clinica giuridica*, Firenze-Milano, 2008, p. 17
- SANCHEZ S., *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società industriali. Quaderni di diritto penale comparato internazionale ed europeo*, Milano, 2004
- SANTORO A., *Sulla natura criminale delle misure di sicurezza e sulla giurisdizionalità della loro esecuzione*, in *Scuola positiva*, 1970
- SANTORO E., *Carcere e società liberale*, Torino, 2004
- SAPONARO F., *L'esame della personalità del reo nel processo penale*, Bari, 1997
- SAPORITO F., *Su gl'incorreggibili e il loro governo razionale: nota di psicologia criminale*, Aversa, 1908
- SAVONA U., *Analisi comparata delle politiche contro l'abuso di droga*, a cura di DE CATALDO NEUBURGER L., *Il sistema droga. La costruzione sociale della tossicodipendenza*, Padova, 1993, p. 100
- SCAGLIONE A., *L'applicazione delle misure di sicurezza*, a cura di ZAPPALÀ V., *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, II ed., Torino, 2015, p. 425
- SCALFATI A., *Perizia*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1997
- SCARPA F., *Dopo l'Ospedale Psichiatrico Giudiziario*, in *Sestante*, 2015, n. 1, p. 36
- SCARTABELLATI A., *L'umanità inutile. La questione della follia in Italia tra fine Ottocento e inizio Novecento e il caso del Manicomio Provinciale di Cremona*, Milano, 2001
- SCHIAFFO F., *Le funzioni latenti del sistema penale: l'ospedale psichiatrico giudiziario*, in *Crit. dir.*, 2012, 270 ss
- SCIVOLETTO C., *La disciplina sugli stupefacenti e le misure amministrative. Profili di analisi normativa e giurisprudenziale*, a cura di PRINA F., *Consumo di droghe e sanzioni amministrative. Un bilancio sull'applicazione dell'art. 75 del D.P.R. 309/1990*, Milano, 2011, p. 50
- SECCI M., voce *Libertà vigilata*, in *Enc. Dir.*, XXIV, 1974, p. 584
- SERRA C., *Alcolismo, tossicodipendenza e criminalità*, II ed., 2006, p. 18
- SERRA C., voce *Bevande alcoliche*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1999, p. 314
- SERRAINO M., *Tutela cautelare e salvaguardia dei diritti della persona*, a cura di GABOARDI A. - GARGANI A.- MORGANTE G. - PRESOTTO A.- SERRAINO M., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, Torino, 2013, p. 199 ss
- SESSO R., *Abitualità nel reato*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p.118
- SICLARI B., *Applicazione e esecuzione delle misure di sicurezza personali*, Milano, 1977, p. 240

- SIMONETTI G., *L'ospedale psichiatrico giudiziario: aspetti normativi e sociologici*, in www.altrodiritto.it.
- SPASARI M., *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966
- STARACE F. – BACCARI F. – MUNGAI F., *La salute mentale in Italia. Analisi delle strutture e delle attività dei Dipartimenti di Salute Mentale*, in www.siep.it
- STELLIN M., *Imputato, Quadro essenziale*, a cura di SCALFATI A., *Atti della difesa nel processo penale*, I, Torino, 2016, p. 176
- STEVENS A. - TRACE M.- BEWLEY D. -TAYLOR D., *Reducing drug-related crime: an overview of the global evidence, Report 5, The Beckley Foundation Drug Policy Programme*, Regno Unito, 2005
- STOCCO R., *L'affidamento in prova al servizio sociale*, in FLORA G., *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, Milano, 1987, p. 199
- TAGLIARINI F., voce *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 1983, p. 25
- TAMBRONI R., *Relazione al Congresso della Società Freniatria italiana*, in *Riv. sperim. freniat.*, 1902, pp. 143
- TANZI E., *Psichiatria forense*, Milano, 1911
- TOMASSINI E., *Imputato*, diretto da CASSESE S., *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, p. 3003
- TONINI P., *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, p. 364
- TONINI P., *Le impugnazioni*, in ID, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2017
- TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2016
- TRAPANI M., voce *Confisca* (diritto penale), in *Enc. Giur.*, VIII, Roma, 1988
- TRONCONE P., *Manuale di diritto penitenziario*, 2015, Torino
- TUCCI R., *L'affidamento in casi particolari (terapeutico)*, in www.altrodiritto.it
- TUCCI R., *Riflessioni sulla natura dell'affidamento in prova ai servizi sociali a seguito di una recente sentenza delle Sezioni Unite*, in *Rass. penit. e crim.*, 2003, p. 106
- TUFANO V., *Legge Simeone e sospensione della esecuzione: primi passi in un nuovo accidentato percorso interpretativo*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3167 ss.
- UGOLINI P.- CILENTO A.- COSTI D., *Editoriale*, in *Sestante*, 2015, n. 1, p. 1
- VALVO G., *Il Definitivo superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari: la delicata attuazione dell'art. 3 Ter D. L. 211/2011*, in www.penalecontemporaneo.it
- VASSALLI G., *Il dibattito sulla rieducazione* (in margine ad alcuni recenti convegni), in *Rass. penit. e crimin.*, 1982, p. 445.
- VASSALLI G., *La potestà punitiva*, Milano, 1942
- VASSALLI G., *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi Petrocelli*, III, Milano, 1972
- ZAVATARELLI F., *Le misure di sicurezza per i minorenni*, in *Cass. pen.*, I, 2004, p. 288 ss