

Annaelena Mencarelli

*Le misure di sicurezza detentive al vaglio della  
Corte europea dei diritti dell'uomo*

SOMMARIO: 1. La valorizzazione della difesa sociale (anche) a discapito del diritto alla salute del singolo. – 2. La *Sicherungsverwahrung* nel sistema sanzionatorio tedesco del doppio binario. – 2.1. La *Sicherungsverwahrung* innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Il caso *M. v. Germany* – 2.1.1. Il contrasto della *Sicherungsverwahrung* con l'art. 5 § 1 lett. a) CEDU: da un diritto penale del fatto a un diritto penale dell'autore. – 2.1.2. La violazione dell'art. 7 CEDU e il concetto di pena in senso sostanziale. – 2.1.3. La nuova serie di pronunce della Corte di Strasburgo sulla *Sicherungsverwahrung* – 2.2. La riforma della custodia di sicurezza del 2010 e le resistenze del *Bundesverfassungsgericht* nel controllo dell'autore pericoloso. – 3. Le esigenze di difesa sociale in un sistema a base "monistica". L'esperienza francese. – 3.1. Il *Conseil Constitutionnel* sull'irretroattività delle misure introdotte dalla riforma del 2008. – 3.2. Il caso *Berland v. France* e il rispetto dell'art. 7 CEDU nell'applicazione retroattiva delle nuove misure introdotte dalla riforma del 2008 nei confronti dell'autore non imputabile. – 4. Considerazioni conclusive: il doppio binario nel giusto bilanciamento tra "cura" e "custodia" del reo.

1. *La valorizzazione della difesa sociale (anche) a discapito del diritto alla salute del singolo*

Alcune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle misure di sicurezza detentive previste nei sistemi penali tedesco e francese offrono uno spunto per riflettere sul nuovo diritto penale della modernità, segnato com'è da una complessiva tendenza a cercare nel diritto uno strumento di anticipazione e prevenzione del rischio, in tutti i casi in cui la priorità diviene non tanto quella di reagire a fatti commessi, ma la necessità di prevenire la commissione di futuri reati<sup>1</sup>. Una tendenza, questa, che riporta al

<sup>1</sup> «Il diritto penale moderno è un diritto penale della messa in pericolo. Ma il concetto di pericolo provoca il dissolversi dei criteri di valutazione della colpevolezza. Colpevolezza e pericolosità non si possono più distinguere chiaramente già in virtù del fatto che il legislatore pone in primo piano la pericolosità del fatto, mentre per le misure di sicurezza dovrebbe essere decisiva la pericolosità dell'autore. Il moderno diritto penale

centro del sistema sanzionatorio il delinquente pericoloso, con un quanto mai critico scivolamento verso quel diritto penale d'autore tipico dei regimi totalitari. L'agente pericoloso, imputabile o non imputabile che sia, assume quasi uno *status* dal quale difficilmente riesce a liberarsi.

Sul versante della pena detentiva, il nostro Paese ha già subito la significativa condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo, quando la sentenza *Torreggiani* ha svelato la condizione disumana e degradante cui erano sottoposti i detenuti negli ordinari istituti penitenziari<sup>2</sup>. Un'analogha sorte non ha riguardato gli ospedali psichiatrici giudiziari, che da luoghi di esecuzione di una misura di sicurezza volta a contenere la pericolosità sociale di soggetti affetti da infermità psichica sono divenuti nel corso degli anni una sorta di "discarica sociale" diretta a relegare entro mura impermeabili rispetto all'ambiente circostante individui dei quali la società preferiva non farsi carico<sup>3</sup>.

Se si volge lo sguardo alla situazione d'oltralpe diviene forse più agevole comprendere le ragioni delle difficoltà incontrate in Italia nel percorso volto al "superamento" degli ospedali psichiatrici giudiziari: si tratta, in effetti, di misure che certamente non rappresentano una peculiarità italiana e, anzi, è piuttosto frequente imbattersi, nel contesto europeo, in soluzioni caratterizzate da una sostanziale prevalenza delle istanze di difesa sociale

---

sanziona interessi preventivi dello Stato, e cioè interessi di direzione e pianificazione. E ciò rende sempre più difficile delimitare la pena da interventi di altro genere»: K. VOLK, *L'imputabilità e le misure di sicurezza nell'ordinamento tedesco*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, a cura di A. Manna, Padova, 2002, 149-150. Sulle nuove esigenze della società del rischio in cui è la logica preventiva a prevalere, vedi ampiamente M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008.

<sup>2</sup> Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani and Others v. Italy*, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, in *Penalecontemporaneo.it*, 9 gennaio 2013, con nota di F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*. Per un'accurata riflessione sull'impatto della sentenza *Torreggiani* nel nostro ordinamento e sul senso della pena carceraria, si veda AA. VV., *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, a cura di M. Ruotolo, Napoli, 2014.

<sup>3</sup> Sono questi i risultati allarmanti delle ispezioni avviate dalla Commissione Marino prima della chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari. Cfr. *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari della Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio sanitario nazionale*, Atti parlamentari, Senato della Repubblica, XVI legisl., doc. XXII-bis n. 4, in [www.senato.it](http://www.senato.it) (ultimo accesso 12.04.2017). Quello che è stato definito dall'ex Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano come un "estremo orrore", in cui l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" ha visto la sua più grande sconfitta, è ben evidenziato da A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2015, 1357.

rispetto alle esigenze di cura del singolo.

Da una parte il riferimento è a un sistema sanzionatorio tradizionalmente a doppio binario, qual è quello tedesco<sup>4</sup>, stigmatizzato dalla Corte europea nel momento in cui, non apprestando misure idonee a garantire la cura e la riabilitazione di soggetti reclusi in applicazione della *Sicherungsverwahrung* in quanto considerati altamente pericolosi, confonde finalità che dovrebbero rimanere ben distinte, tanto da indurre l'organo sovranazionale a rinvenire una violazione dell'art. 7 CEDU nell'applicazione di una misura di sicurezza che nella sostanza viene ad assumere i connotati di una vera e propria pena.

Dall'altra parte si colloca l'ordinamento giuridico francese, noto tradizionalmente per la sua impronta "monistica", in cui tutte le funzioni della sanzione vengono assorbite da una pena unitariamente considerata<sup>5</sup>, ma che ha introdotto nel corso degli anni misure dirette specificamente a prevenire la pericolosità sociale, perdendo quella sua "impermeabilità" rispetto alle esigenze di difesa sociale. L'ampio ventaglio di riforme volte ad apprestare strumenti di difesa sociale è tale da far parlare di una vera e propria "conversione" della Francia al doppio binario<sup>6</sup>.

Il diffuso ricorso a misure che in ragione delle finalità perseguite si pretende di assoggettare a principi diversi rispetto a quelli governanti la pena, ma che nella sostanza si traducono in una forte limitazione della libertà personale in

<sup>4</sup> Il sistema penale tedesco distingue tra pene e misure di sicurezza, le c.d. *Maßregeln der Besserung und Sicherung*, la cui funzione risiede nella protezione della società e dei singoli cittadini dalla futura commissione di reati. Le considerazioni alla base dello *Zweispurigkeitssystem* non sono diverse rispetto a quelle fondanti il sistema italiano, laddove si ritiene che gli scopi preventivi non possano essere assolti dalla pena, intimamente connessa alla colpevolezza del soggetto agente. Lo *StGB* predispose pertanto, nei § 63 e ss., un apparato di misure di sicurezza strettamente ancorate alla pericolosità sociale e applicabili quando la funzione individualpreventiva non possa essere assolta dalla pena, nel rispetto del principio di proporzionalità di cui al § 62 *StGB*. Per una completa analisi delle singole *Maßregeln* previste dal legislatore tedesco, H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlino, 1996, 806 ss; W. STREE, § 63, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di A. Shönke, H. Schröder, Monaco, 2006;

<sup>5</sup> L'idea di un sistema sanzionatorio rigorosamente monistico viene tradizionalmente fatta risalire a Von Liszt, il quale nella sua celeberrima opera *Der Zweckdank im Strafrecht*, pubblicata in Germania nel 1882, definisce la pena come "protezione di beni giuridici e prevenzione di crimini", ponendo la funzione preventiva al centro del sistema penale. Cfr. F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962, 47. Per una completa disamina del sistema sanzionatorio francese, sufficiente il riferimento a R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, Parigi, 1967, 499 ss.; J. PRADEL, *Droit pénal général*, XXI, 2016, Parigi, 511 ss.; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, 2015, 424 ss.

<sup>6</sup> L'osservazione è di M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in *Penalecontemporaneo*, it, 26 luglio 2011, 13.

cui, in particolare, il diritto alla salute del singolo viene quasi annullato, induce a una riflessione sullo stesso fondamento del doppio binario sanzionatorio e sulla profonda crisi che sta vivendo ormai da anni<sup>7</sup>.

Il frutto di quello che nell'esperienza giuridica italiana è stato definito come uno storico "compromesso" tra Scuola classica e Scuola positiva è sintetizzato, come ampiamente noto, dalla contrapposizione tra la pena intesa come misura retributiva per il reato commesso, saldamente ancorata alla colpevolezza del soggetto e commisurata alla gravità del fatto, e la misura di sicurezza come uno strumento che guarda al futuro, diretto a neutralizzare la pericolosità sociale del reo e pertanto destinato a durare fintantoché questa non venga meno<sup>8</sup>. I due binari si ricongiungono di fronte a soggetti giudicati imputabili per il fatto commesso ma al contempo socialmente pericolosi, i quali si vedono applicate entrambe le misure, dando luogo a quel punto di contatto che più destabilizza le fondamenta del sistema sanzionatorio del doppio binario<sup>9</sup>.

Se si superano gli angusti schemi formali della dogmatica tradizionale per seguire quell'approccio garantistico e maggiormente attento alla sostanza di cui si fa portatrice la Corte di Strasburgo<sup>10</sup>, emerge con evidenza la grave lesione dei diritti fondamentali derivante da una doppia limitazione alla propria libertà personale. Le pronunce sulla *Sicherungsverwahrung* tedesca, in particolare, svelando la natura sostanziale di pena che può assumere una misura di sicurezza nella sua concreta attuazione, sottoponendo l'individuo a una duplice limitazione della libertà personale che va ben oltre la colpevolezza per il fatto commesso, rappresentano da questo punto di vista un'occasione per rimeditare sul funzionamento complessivo del doppio binario sanzionatorio anche nel nostro sistema costituzionale che, attraverso l'art. 27, terzo comma Cost., attribuisce esplicitamente alla

<sup>7</sup> E. MUSCO, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1997, 762. Il primo modello sanzionatorio del doppio binario trova le sue origini nel codice penale svizzero elaborato da Carl Stooss nel 1893, che influenzò agli inizi del Novecento numerosi paesi in Europa nella costruzione del moderno sistema sanzionatorio del doppio binario. Per un'analisi comparata vedi la ricostruzione di M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 251 ss.

<sup>8</sup> Per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, 553 ss., al quale si rinvia anche per le necessarie indicazioni bibliografiche.

<sup>9</sup> Il risultato aberrante dell'applicazione congiunta della pena e della misura di sicurezza è ben evidenziato da M. TRAPANI, *Il sistema italiano delle sanzioni criminali tra pena "legale" e prassi applicativa*, Modena, 1995, 11.

<sup>10</sup> Per maggiori indicazioni si rinvia a A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *questo volume*.

pena anche una funzione rieducativa<sup>11</sup>, come tale proiettata verso il futuro.

Allo stesso tempo, dagli orientamenti della Corte dei diritti si può trarre un importante monito per tutti quei sistemi giuridici che in nome di pressanti esigenze di difesa sociale sembrano porre in secondo piano i diritti inviolabili dell'individuo.

## 2. *La Sicherungsverwahrung nel sistema sanzionatorio tedesco del doppio binario*

La misura di sicurezza sulla quale è intervenuta la Corte europea dei diritti è la *Sicherungsverwahrung*, introdotta per la prima volta nell'ordinamento tedesco durante il regime nazionalsocialista<sup>12</sup>, sopravvissuta successivamente alla riforma del 1975<sup>13</sup>, per divenire infine oggetto di una serie di interventi legislativi che ne hanno comportato una progressiva espansione dell'ambito applicativo, rendendone critica la compatibilità con i principi costituzionali interni e con la CEDU.

La *Sicherungsverwahrung* è una misura di sicurezza custodiale applicabile dal giudice al momento della condanna a soggetti imputabili già condannati per delitti dolosi della medesima indole, che siano ritenuti socialmente pericolosi alla stregua di una valutazione complessiva dell'autore e del fatto, da cui si ricavi la sua inclinazione a commettere rilevanti reati. Si tratta di una tipica ipotesi, dunque, di applicazione congiunta di pene e misure di sicurezza al soggetto imputabile, che, come già precisato, mette in crisi le fondamenta di un sistema ispirato al doppio binario sanzionatorio nel tentativo di coniugare le funzioni della pena con la prevenzione della

<sup>11</sup> Sulla rieducazione come concetto riferibile anche alle misure di sicurezza F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 403-404; P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova, 1962, 174.

<sup>12</sup> La *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Meregeln der Sicherung un Besserung* del 24 novembre 1933 segna la data del formale ingresso delle misure di sicurezza nel sistema tedesco e dell'introduzione di un modello fondato sul doppio binario sanzionatorio, a favore del quale propende la dottrina tedesca maggioritaria. Per un approfondimento sulla legge del 1933 e sull'apertura del sistema tedesco alle misure di sicurezza si vedano in particolare J. BAUMANN, W. MITSCH, U. WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 2003, 711 e P. BOCKELMANN, K. VOLK, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 1987, 8f. Sulla crisi del doppio binario in Germania e sul nuovo "volto" della pena si veda invece C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 1997, § 3, Rn. 58.

<sup>13</sup> Sulla riforma dello *StGB*, nella letteratura italiana, G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993.

pericolosità sociale.

Il progressivo ampliamento del ricorso alla *Sicherungsverwahrung* vede le sue origini nel 1998, quando il legislatore è intervenuto, con una scelta peraltro opposta rispetto a quella seguita di recente dal legislatore italiano nel superamento del sistema degli ospedali psichiatrici giudiziari<sup>14</sup>, per abolirne il termine di durata massima e disporre l'applicazione retroattiva anche ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore<sup>15</sup>. Nonostante gli evidenti profili di criticità, la nuova disciplina è stata ritenuta costituzionalmente legittima dal *Bundesverfassungsgericht*, che con ben tre pronunce ha confermato l'applicazione retroattiva dell'abolizione del termine massimo di durata della *Sicherungsverwahrung*, in conformità alla *ratio* di un doppio binario che vede ancorato il giudizio di pericolosità sociale al momento di esecuzione della misura<sup>16</sup>.

Gli aspetti problematici di questa misura non potevano che acuirsi quando un secondo intervento legislativo ha ampliato la custodia di sicurezza primaria, prevedendo la possibilità per il giudice di rinviare a un momento successivo rispetto alla sentenza di condanna l'applicazione della misura, nei casi in cui non fosse ancora possibile effettuare con precisione un giudizio di pericolosità sociale<sup>17</sup>. Era il primo tassello che ha infine condotto alla *Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung* del 28

<sup>14</sup> Nell'inserire un termine di durata delle misure di sicurezza detentive, corrispondente alla previsione edittale massima della pena detentiva prevista per il reato commesso, il legislatore intendeva porre fine al fenomeno dei c.d. ergastoli bianchi, contribuendo però a minare le fondamenta del sistema a doppio binario in cui l'indeterminatezza della misura di sicurezza rimane saldamente ancorata alla funzione da loro svolta. Per i tratti essenziali della legge n. 81 del 2014 si rinvia ad A. LAURITO, *Le REMS e la sfida del nuovo modello terapeutico-riabilitativo nel trattamento del "folle reo"*, in questo volume.

<sup>15</sup> Per una dettagliata ricostruzione diacronica, per tutti, T. BARTSCH, *Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme*, Baden-Baden, 2010, 36 ss. Berlino, 2012, 36 ss.

<sup>16</sup> *BverfG*, 3 dicembre 1998, in *NStZ*, 1999, 156; *BverfG*, 5 febbraio 2004, in *NJW*, 2004, 739; *BverfG*, 5 agosto 2009, *ivi*, 2010, 1514. Nelle tre pronunce la Corte Costituzionale tedesca ribadisce in particolare l'importanza delle misure di sicurezza per far fronte alla pericolosità del soggetto, rilevando che la garanzia del principio di irretroattività previsto dal § 103 GG non riguarda anche misure il cui scopo non risiede nel retribuire la colpevolezza, ma nel tutelare la collettività. L'indeterminatezza della misura può trovare del resto un argine nel principio di proporzionalità, sufficientemente assicurato dalla possibilità di chiedere un riesame della misura sulla base di presupposti che si fanno sempre più stringenti con il passare del tempo. Su queste pronunce, in particolare, H.W. LAUFHÜTTE, R. RISSING VAN SAAN, K. TIEDEMANN, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Berlin, 2006, 526 e C. LAUE, *Die Sicherungsverwahrung auf dem europäischen Prüfstand*, in *JR*, 2010, 199; K. LAUBENTHAL, *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung*, in *ZStW*, 116 (2004), 703 ss.

<sup>17</sup> *Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*, par. 66a *StGB*, così come modificato nel 2002.

luglio 2004, che, con il § 66b *StGB*, ha introdotto la misura più invasiva che il sistema sanzionatorio tedesco abbia conosciuto: il riferimento è alla *nachträgliche Sicherungsverwahrung*, con la quale si recide completamente ogni legame tra fatto commesso e pericolosità del soggetto, visto che l'applicazione della misura è disposta sulla base di una prognosi di pericolosità successiva alla sentenza di condanna, per i soli fatti emersi nel corso dell'esecuzione della pena<sup>18</sup>.

Nell'ottica del legislatore tedesco la previsione di una misura totalmente sganciata rispetto al fatto commesso, espressione di una politica criminale propria più di un diritto penale d'autore che di un diritto penale del fatto, era pienamente giustificata da esigenze di difesa sociale: il § 129 *StrVollG*, del resto, chiarisce esplicitamente che le tre diverse forme di *Sicherungsverwahrung* comportano una limitazione della libertà personale "a tutela della collettività".

Le modifiche che hanno coinvolto il sistema penale tedesco negli ultimi anni, già oggetto di un vivace dibattito interno, non hanno mancato di suscitare ulteriori dubbi, se inserite nel più ampio apparato di tutele predisposto dalla Convenzione europea dei diritti. La Corte EDU, nella sua rinnovata attenzione ai diritti fondamentali dell'individuo, non ha esitato a dichiarare il contrasto dei tratti più problematici della *Sicherungsverwahrung* con il diritto alla salvaguardia e alla sicurezza di ogni persona e con il principio di legalità, di cui, rispettivamente, agli articoli 5 e 7 CEDU.

### 2.1. *La Sicherungsverwahrung innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Il caso M. v. Germany*

Nel 2009 la *Sicherungsverwahrung* tedesca giunge per la prima volta al vaglio della Corte EDU<sup>19</sup>. Il ricorrente, recidivo condannato alla pena detentiva di cinque anni per tentato omicidio e furto, veniva sottoposto anche all'internamento in custodia di sicurezza una volta espia la pena in ragione dei disturbi della personalità cui risultava affetto, non tali da dichiararne la non imputabilità per vizio di mente, ma idonei a confermare la sua particolare propensione a commettere reati e, dunque, la sua

<sup>18</sup> J. LANGE, *Die Kriminalprognose im Recht der Sicherungsverwahrung*, Berlino, 2012, 172 ss.; J.D. JANSING, *Nachträgliche Sicherungsverwahrung. Entwicklungslinien in der Dogmatik der Sicherungsverwahrung*, Monaco, 2004.

<sup>19</sup> Corte EDU, 17 dicembre 2009, *M. v. Germany*, ric. n. 19359/2004. Per un commento alla pronuncia, vedi J. Kinzig, *Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland*, in NJW, 2010, 233.



pericolosità sociale. Una volta decorso il termine di dieci anni dall'inizio di esecuzione della custodia di sicurezza, il soggetto ricorreva alla Corte regionale di Marburg per chiedere la cessazione della misura e il suo rilascio. Con decisione confermata nei successivi gradi di giudizio, la sua richiesta veniva respinta sulla base del § 67d comma 3 *StGB* che, così come modificato dalla riforma del 1998, consentiva l'applicazione retroattiva dell'eliminazione del termine di durata massima della custodia di sicurezza anche ai soggetti la cui custodia di sicurezza era stata disposta anteriormente all'entrata in vigore della riforma.

In particolare, la Corte Costituzionale federale richiamava il § 2, comma 6 *StGB*, che autorizza l'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza in quanto non costituenti pene soggette al principio di irretroattività di cui al § 103 comma 2 GG<sup>20</sup>. Motivi di interesse pubblico, come la protezione della società da delinquenti pericolosi, giustificano l'adozione di misure retroattive. La privazione della libertà personale oltre il termine di dieci anni era del resto sufficientemente garantita, a parere della Corte, dal § 67 comma 3 *StGB*, che ricostruiva la *Sicherungsverwahrung* come un istituto di carattere eccezionale, applicabile in presenza di stringenti requisiti procedurali che consentivano un costante, periodico e accurato controllo della permanenza della pericolosità sociale.

Quando la questione giunge innanzi alla Corte europea dei diritti, la custodia di sicurezza viene analizzata in relazione a due diversi profili che conducono a ravvisare una violazione degli artt. 5 § 1 lett. a) e 7 CEDU.

<sup>20</sup> Il § 2, comma 6 *StGB* corrisponde sostanzialmente all'art. 200 c.p., che assoggetta le misure di sicurezza alla legge in vigore al momento della loro applicazione. Sul fronte costituzionale, l'art. 25, comma 2, Cost. stabilisce solamente per le pene il principio di irretroattività, dando luogo a inevitabili criticità sistematiche che inducono la dottrina dominante a fornire un'interpretazione restrittiva del dato normativo. Come rilevano M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, 2014, 40 ss. e G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015, 105-107, non solo non può applicarsi una misura di sicurezza a chi abbia commesso un fatto che al momento della sua realizzazione non era previsto come reato, ma una misura di sicurezza prevista da una legge posteriore non può trovare applicazione qualora la legge del tempo in cui il soggetto ha agito non prevedesse l'applicabilità di quella stessa misura. L'art. 200 c.p. contemplerebbe, in altri termini, l'ipotesi in cui una legge successiva disciplinasse diversamente le modalità di esecuzione di una misura già prevista nel sistema. Anche la retroattività delle misure di sicurezza patrimoniali ha suscitato innumerevoli perplessità in quegli autori che hanno del resto anticipato quanto successivamente precisato dalle importanti pronunce della Corte EDU sulle ipotesi speciali di confisca previste dal nostro legislatore. Cfr. sul punto la ricostruzione di G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *op. cit.*, 108-109 e M. TRAPANI, voce *Confisca*, in *Enc. Giur.*, VIII, Roma, 1988, 2.



### 2.1.1. *Il contrasto della Sicherungsverwahrung con l'art. 5 § 1 lett. a) CEDU. Da un diritto penale del fatto a un diritto penale dell'autore*

L'articolo 5 § 1 CEDU contiene un elenco di motivi che giustificano la privazione della libertà personale, altrimenti non ammissibile<sup>21</sup>. Tra questi rileva, per la fattispecie oggetto di giudizio, il sottoparagrafo a), che richiede una sufficiente connessione causale tra una sentenza di condanna che accerti in conformità alla legge la colpevolezza per un fatto di reato e la privazione della libertà personale. Ciò significa che più risulta ampio il lasso di tempo intercorrente tra la condanna e la privazione della libertà, meno evidente diviene il legame tra la prima e la seconda.

Perché una privazione della libertà personale possa considerarsi “legale”, e quindi conforme ai parametri individuati nel sistema di protezione dei diritti umani imposto dalla CEDU, non basta del resto che sia fornita di una base legale, dovendosi trattare di una legge “di qualità”, che sia sufficientemente precisa in modo tale da consentire a un soggetto di prevedere in maniera ragionevole le conseguenze derivanti dalla propria azione e di non subire una restrizione della libertà personale del tutto “arbitraria”<sup>22</sup>.

Nel caso di specie la Corte omette di soffermarsi su quest'ultimo aspetto in quanto non considerato necessario ai fini della decisione, poiché la privazione di libertà oltre il termine di dieci anni sofferta dal ricorrente non risulta giustificabile ancor prima ai sensi dell'art. 5 § 1 CEDU<sup>23</sup>. L'applicazione retroattiva del nuovo regime di durata della

<sup>21</sup> Il *leading case* sulla definizione dell'ambito di applicazione dell'art. 5 CEDU, e dunque della nozione di “privazione della libertà personale”, è dato dal caso *Guzzardi c. Italia* del 1980, ove la Corte ha indicato per la prima volta i criteri sulla base dei quali stabilire se vi sia stata una privazione della libertà personale o una sua mera restrizione. Per la sentenza, vedi Corte EDU, 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italy*, ric. n. 7367/76, in *Foro it.*, IV, 1981, 1. *Amplius* S. LONGO, F. ZACCHÈ, *Art. 5. Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. UBERTIS, F. VIGANÒ, Torino, 2016, 97 ss.; L. KALB, *La privazione della libertà personale (art. 5 CEDU)*, in *CEDU e ordinamento italiani*, a cura di A. Di Stasi, Padova, 2016, 251 ss.

<sup>22</sup> Sulla nozione europea di legalità si rinvia per tutti V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Milano, 2011, 69 ss. Per un'attenta riflessione sui concetti di calcolabilità e prevedibilità del rischio penale, in particolare, O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 1, 174 ss.; D. PULITANO, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Penalecontemporaneo.it*, 13 luglio 2015.

<sup>23</sup> La Corte, al punto 103 della decisione, ha peraltro modo di osservare che la privazione di libertà personale del ricorrente non potesse giustificarsi neanche sulla base della lett.

*Sicherungsverwahrung* ha infatti determinato la rottura della connessione causale tra la condanna e la privazione della libertà personale in ragione del prolungamento della custodia oltre i dieci anni. Rimangono però in ogni caso degni di nota i dubbi della Corte EDU sulla possibilità per il ricorrente di prevedere, all'epoca dei fatti, che il suo agire avrebbe condotto all'applicazione della custodia di sicurezza per un periodo di tempo illimitato, in quanto valorizzate dai giudici di Strasburgo per ravvisare la violazione dell'art. 7 CEDU da parte dello Stato tedesco.

Quali conseguenze trarre in ogni caso da simili considerazioni, se non un avvertimento per il legislatore di non introdurre misure che rischiano di limitare la libertà dei cittadini per motivi del tutto indipendenti rispetto alla commissione di un fatto di reato? Anche il sistema tedesco sembra non resistere a quella tendenza della nuova "società del rischio" a prevenire e anticipare la risposta penale, concentrando ancora una volta l'attenzione sull'autore del reato in risposta a pressanti esigenze di difesa sociale.

### 2.1.2. *La violazione dell'art. 7 CEDU e il concetto di pena in senso sostanziale*

La violazione dell'art. 7 CEDU costituisce il punto centrale della pronuncia in commento, poiché lascia trasparire il tentativo di riportare le esigenze di cura dell'individuo all'interno della misura di sicurezza detentiva.

Nel caso *M. v. Germany* la Corte europea aggiunge un tassello ulteriore a quell'articolato percorso volto al superamento delle mere etichette formali per giungere a una nozione di "materia penale" (*rectius*: di "illecito penale" e, quindi, di "sanzione penale") in senso sostanziale. Il sistema di garanzie imposto dall'art. 7 CEDU si estende oltre le misure a contenuto patrimoniale fino a ricomprendere, come era immaginabile, vere e proprie misure privative della libertà personale<sup>24</sup>.

---

e) dell'art. 5 CEDU. Le Corti nazionali avevano infatti accertato che il soggetto non soffriva di disordini mentali tali da potersi considerare un "alienato" rispetto al quale è legalmente applicabile una misura restrittiva personale.

<sup>24</sup> La nuova nozione di "materia penale", frutto di un percorso che vede come protagoniste la Corte di Giustizia e la Corte europea dei diritti, ha vissuto un graduale ampliamento che ha consentito di ricomprendere in un "grande contenitore" cui vengono applicati i medesimi principi, sanzioni penali e sanzioni amministrative, sino a coinvolgere il binomio pene-misure di sicurezza con le recenti pronunce della Corte di Strasburgo relative alle diverse forme di confisca prevista dal diritto italiano. Per un approfondimento sull'impatto del diritto sovranazionale sul sistema sanzionatorio nazionale e per più ampie indicazioni al riguardo si rinvia ad A. MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel*

I criteri *Engel*, elaborati dalla Corte dei diritti, consentono di superare le qualifiche formali nazionali per applicare a misure dal contenuto sostanzialmente afflittivo i principi che governano la pena così come previsti dall'art. 7 CEDU<sup>25</sup>. La verifica della natura della sanzione passa quindi attraverso una serie di indici: a) la qualificazione che la sanzione riceve nel diritto interno, comprensiva anche delle procedure legate alla sua adozione; b) la natura e lo scopo della sanzione, verificando se abbia una funzione repressiva e punitiva; c) il grado e la severità della sanzione<sup>26</sup>.

Il fatto che la *Sicherungsverwahrung* sia qualificata dal sistema del doppio binario tedesco come una misura di sicurezza non avente lo scopo di punire per un fatto commesso, ma di proteggere la società da un delinquente pericoloso, non preclude l'applicazione dell'art. 7 CEDU, veicolata da una nozione di "materia penale" autonoma rispetto alle qualifiche formali adottate dai singoli Stati membri. Se la custodia di sicurezza costituisce una pena ai sensi dell'art. 7 CEDU, ne sarà vietata l'applicazione retroattiva e la modifica normativa del 2008, che abolisce il termine di durata massima della misura, non potrà coinvolgere i fatti commessi nel periodo antecedente alla sua entrata in vigore.

I risultati delle ispezioni svolte nei luoghi di esecuzione della misura confermano alla Corte come la *Sicherungsverwahrung*, eseguita peraltro in ale separate all'interno di istituti penitenziari ordinari, non comprenda nella sostanza alcuna misura speciale, ulteriore rispetto a quelle previste per i detenuti ordinari, che sia specificamente diretta a ridurre la pericolosità sociale del soggetto sottoposto a custodia di sicurezza. Come ha sottolineato il Consigliere incaricato dalla Commissione europea per i diritti umani nella sua visita in Germania, le persone soggette a custodia di sicurezza, in ragione della durata potenzialmente illimitata della misura, richiedono una particolare assistenza medica e psicologica. Nonostante la consapevole difficoltà di gestire soggetti portatori di un'elevata pericolosità sociale, questo non significa che pochi privilegi, come la possibilità di indossare propri vestiti o di arredare le celle in maniera più comoda, siano

*segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale"*, in *Penalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2015; C.E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1985, 894 ss.; A.M. MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. Grasso, R. Sicurella, Milano, 2005, 100 ss.

<sup>25</sup> Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel and Others v. the Netherlands*, n. ric. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72.

<sup>26</sup> *Amplius*, anche per le criticità dei criteri in questione, A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione*, cit.

misure sufficienti per una riabilitazione del soggetto.

Poiché la misura di sicurezza ha lo scopo di proteggere la società, ma allo stesso tempo di mettere il detenuto nella condizione di svolgere una vita responsabile al di fuori del luogo di detenzione, la sua funzione finisce con il sovrapporsi alla pena quando vengano a mancare le strutture idonee a consentire un percorso riabilitativo. A ciò si viene ad aggiungere la durata tendenzialmente illimitata della custodia di sicurezza, che contribuisce a renderla una vera e propria pena con funzione punitiva e deterrente<sup>27</sup>.

La Corte EDU ritiene dunque di trovarsi di fronte a un'autentica sanzione penale, che rappresenta persino una delle sanzioni più dure, se non la più dura, disciplinate dal codice penale tedesco, tanto da lasciar ragionevolmente supporre che l'evidente peggioramento delle condizioni del ricorrente fosse proprio il risultato della sua perdurante privazione di libertà nel regime di custodia di sicurezza, più che della condanna alla pena detentiva in sé. La natura sostanzialmente punitiva e afflittiva della *Sicherungsverwahrung*, ricavata in maniera significativa anche dalla valorizzazione delle modalità esecutive della stessa, consente di attrarla nell'orbita delle garanzie apprestate dall'art. 7 CEDU, con conseguente operatività del principio di irretroattività.

### 2.1.3. *La nuova serie di pronunce della Corte di Strasburgo sulla Sicherungsverwahrung*

La sentenza della CEDU nel caso *M. v. Germany* aveva determinato una "spaccatura" della giurisprudenza tedesca tra le pronunce che effettivamente disponevano la rimessione in libertà dei soggetti detenuti in custodia di sicurezza per fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge del 1998 una volta espriato il termine di durata massima di dieci anni, e quelle che invece ritenevano di dover attendere un intervento del legislatore, l'unico onerato dall'obbligo di dare esecuzione alle statuizioni della Corte<sup>28</sup>.

Non hanno dunque tardato a pervenire innanzi alla Corte di Strasburgo altri ricorsi promossi da quei detenuti che si vedevano negare la sospensione della misura, ricorsi che hanno infine condotto a ben tre nuove pronunce di condanna dello Stato tedesco per violazione degli articoli 5 e 7 CEDU, che ribadiscono sostanzialmente quanto già stabilito

---

<sup>27</sup> Per le problematicità della durata indeterminata della misura di sicurezza, vedi *infra* par. 4.

<sup>28</sup> Sul dibattito sviluppatosi in Germania in ordine alle modalità di attuazione della pronuncia della Corte EDU nel caso *M. v. Germany*, vedi A. GREGER, *Herausforderung Sicherungsverwahrung. Wie die Praxis mit der Entscheidung des EGMR (M. gegen Deutschland) umgehen kann*, in NSTz, 2010, 676.

nel precedente caso *M. v. Germany*<sup>29</sup>.

La *Sicherungsverwahrung* costituisce una pena in senso sostanziale cui si applicano le garanzie fornite dall'art. 7 CEDU, in quanto: a) la competenza per la sua adozione spetta al giudice penale in ragione della condanna per un fatto di reato; b) la durata tendenzialmente indeterminata della misura la rende una sanzione grave e afflittiva; c) le sue concrete modalità esecutive non si differenziano rispetto al trattamento cui sono sottoposti i detenuti in ordinari istituti penitenziari. Le funzioni della misura finiscono con il sovrapporsi con quelle assolute dalla pena, sicché l'applicazione retroattiva dell'abolizione del termine massimo di durata di quella che costituisce di fatto una pena aggiuntiva, viola il principio di prevedibilità e calcolabilità del rischio penale.

La Corte europea ha poi avuto modo di pronunciarsi, sempre nella stessa data, sulla più critica *nachträgliche Sicherungsverwahrung* prevista dalla legge bavarese, in relazione alla quale la violazione degli artt. 5 lett. a) e 7 CEDU si fa ancora più evidente, poiché una misura che si fonda sulla pericolosità sociale manifestata solamente in un momento successivo, durante l'esecuzione della pena, comporta strutturalmente l'assenza di ogni legame causale tra la commissione del fatto di reato e l'applicazione della sanzione<sup>30</sup>.

Se la Corte europea mostra di non ritenere di per sé illegittime misure di durata potenzialmente illimitata, questo non significa che l'indeterminatezza possa tradursi in concreto in una privazione perpetua della libertà personale, poiché la sua esecuzione deve pur sempre tendere a una riabilitazione del soggetto pericoloso. Dalla lettura combinata delle decisioni del 2011 si ricava che in discussione non sia tanto la misura della custodia di sicurezza in sé, bensì la necessità che siano garantite specifiche modalità esecutive in grado di restituire alla *Sicherungsverwahrung* la sua effettiva funzione preventiva volta alla risocializzazione del soggetto condannato. Un sistema a doppio binario è dunque pienamente legittimo, così come la Corte europea non pone in dubbio l'ammissibilità di sanzioni di durata indeterminata, a condizione però che il legislatore riesca a differenziare effettivamente sul piano esecutivo le due sanzioni.

<sup>29</sup> Corte EDU, 13 gennaio 2011, *Kallweit v. Germany*, ric. n. 17792/07; Corte EDU, 13 gennaio 2011, *Mautes v. Germany*, ric. n. 20008/07; Corte EDU, 13 gennaio 2011, *Schummer v. Germany*, ric. n. 27360/04 e 42225/07. Per un commento alle tre sentenze, vedi G. ABADESSA, *Tre sentenze sulla "custodia di sicurezza" (Sicherungsverwahrung) nell'ordinamento tedesco, e sull'obbligo dello Stato di adeguarsi ai giudicati della Corte*, in *Penalecontemporaneo.it*, 11 marzo 2011.

<sup>30</sup> Corte EDU, 13 gennaio 2011, *Haidn v. Germany*, ric. n. 6587/04.

## 2.2. *La riforma della custodia di sicurezza del 2010 e le resistenze del Bundesverfassungsgericht nel controllo dell'autore pericoloso*

In un clima in cui si faceva sempre più pressante l'esigenza di porre mano alle diverse forme di custodia di sicurezza, soprattutto in seguito ai ripetuti "bacchettamenti" della Corte europea, l'intervento del legislatore non ha tardato ad arrivare<sup>31</sup>.

La *Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung* del 22 dicembre 2010, entrata in vigore dal primo gennaio 2011, procede anzitutto a delimitare le ipotesi di applicazione della *Sicherungsverwahrung*, relegando in particolare l'ambito applicativo della tanto discussa *nachträgliche Sicherungsverwahrung* ai soli casi in cui debba essere interrotto l'internamento in ospedale psichiatrico a seguito della recupero dello stato di capacità o quando sia ancora da eseguire tutta o parte della pena detentiva nei confronti di un soggetto che sia stato dichiarato parzialmente imputabile laddove permanga il suo stato di pericolosità sociale.

Non pare superfluo rilevare come la riforma sia stata una conseguenza dell'impatto sulla sicurezza pubblica delle pronunce della Corte europea dei diritti, che con le sue decisioni aveva comportato la rimessione in libertà di soggetti altamente pericolosi. Particolare clamore aveva suscitato, tra le altre, la vicenda della liberazione di Hans Peter W. dopo trent'anni trascorsi in custodia di sicurezza, che aveva ispirato anche un articolo del *Süddeutsche Zeitung* intitolato *Ein Mann macht Angst*, in cui si descrivevano le ore trascorse da un gruppo di poliziotti a sorvegliarlo<sup>32</sup>.

Per quanto attiene più specificamente alle indicazioni provenienti dalla Corte europea, si decide di introdurre una nuova misura di internamento terapeutico per gli autori di reato violenti con disturbi psichici in strutture sempre chiuse, ma distinte dagli ordinari istituti penitenziari. L'art. 5 della legge di riforma condiziona l'internamento, ora disposto dal giudice civile, alla diagnosi di un disturbo psichico che possa procurare con alta probabilità offese gravi alla vita, all'incolumità o libertà personale o all'altrui libertà di autodeterminazione sessuale, quando però non siano efficaci misure meno invasive della libertà personale<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Per più diffuse considerazioni sul punto G. FREUND, *Gefahren und Gefährlichkeit im Straf- und Maregelrecht. Wieder die Einspürigkeit im Denken und Handeln*, in GA, 2010, 194.

<sup>32</sup> Una vicenda di cronaca che, come rileva M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata*, cit., 27, aveva senza dubbio contribuito a determinare un senso generale di insicurezza nella società tedesca.

<sup>33</sup> La nuova misura della *Therapienunterbringung*, condizionata alla sussistenza di disturbi psichici rischia tuttavia di sovrapporsi alla misura dell'internamento in ospedale psichiatrico

Al di là degli interrogativi suscitati da una nuova sanzione la cui natura meramente preventiva continua a essere dubbia, tanto da far parlare di un nuovo *Etikettenschwindel* in un sistema in cui poteva risultare sufficiente intervenire direttamente sulla concreta attuazione del già disciplinato istituto della custodia di sicurezza, ad aver suscitato maggiori dubbi era la delimitazione della nuova disciplina ai soli fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore. Il che equivaleva a confermare l'applicazione delle precedenti forme di *Sicherungsverwahrung* ai fatti pregressi<sup>34</sup>.

L'evidente contrasto con i principi espressi dalla Corte dei diritti ha dunque comportato la remissione al *Bundesverfassungsgericht* di quattro questioni di legittimità costituzionale, cui la Corte ha risposto con una decisione dal contenuto alquanto contraddittorio e che merita un cenno in quanto svela l'evidente persistere di una politica criminale del tutto proiettata verso istanze di difesa sociale a scapito delle esigenze di cura del singolo<sup>35</sup>.

Dopo aver svolto una serie di considerazioni sui rapporti tra diritto nazionale e CEDU, che inevitabilmente impone un riferimento all'analogo

---

di cui al § 67a *StGB*, rischiando di non trovare applicazione nella prassi o di porsi in contrasto con le statuizioni della Corte EDU. Sul punto J. KINZIG, *Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung*, in NJW, 2011, 177.

<sup>34</sup> Per una lettura critica della riforma del 2010, ivi, 182. L'Autore parla di una legge che presenta luci e ombre. Da salutare con favore sono sicuramente la limitazione della custodia di sicurezza primaria ai soli criminali sessuali e violenti, e la progressiva eliminazione della *nachträgliche Sicherungsverwahrung*, che contribuiscono a delinearne i caratteri di una "extrema ratio" del sistema. Violerebbe invece i principi posti dalla Corte EDU la perdurante vigenza della previgente disciplina, e dunque delle tradizionali forme di custodia di sicurezza, per i fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge del 21 dicembre 2010. Ma anche la riserva di custodia di sicurezza al momento della condanna, di cui al § 66a *StGB*, che vede ampliato l'accertamento definitivo della pericolosità sociale al termine ultimo di esecuzione della pena, pone dubbi di compatibilità con l'art. 5 lett. a CEDU in quanto fa dipendere il presupposto di applicazione della misura sostanzialmente dal comportamento tenuto dal condannato durante l'esecuzione della pena.

<sup>35</sup> Poiché la Corte Costituzionale tedesca aveva fatto già salva l'applicazione retroattiva della disciplina della *Sicherungsverwahrung* ponendo a fondamento della propria decisione il sistema del doppio binario, si è trovata di fronte al difficile compito di conciliare le proprie affermazioni con le statuizioni della Corte EDU sulla natura sostanziale di pena della custodia di sicurezza. Ha dunque scelto una soluzione di "compromesso", rilevando che se per un verso la misura non costituisce una pena ai sensi dell'art. 103 § 2 GG, per altro verso le modalità concrete con le quali la stessa viene attuata ne hanno fatto emergere la natura di pena in senso sostanziale. Cfr. sul punto le osservazioni di J. KASPAR, *Die Zukunft der Zweispurigkeit nach den Urteilen von Bundesverfassungsgericht und EGMR*, in ZStW, 2015, 654. Sui rapporti tra Corte EDU e Corte Costituzionale, F. ROCCHI, *Istituto tedesco della Sicherungsverwahrung: il dialogo tra la Corte di Strasburgo e la Corte Costituzionale, in Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, a cura di A. Gaboardi [et al.], Torino, 2013, 345 ss.



dibattito tuttora presente nell'esperienza giuridica italiana<sup>36</sup>, la Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità della perdurante vigenza della custodia di sicurezza solamente quando applicata a soggetti che non manifestino una elevata pericolosità sociale e che quindi siano sottoposti a una misura in concreto carente di quegli strumenti necessari per l'assolvimento di finalità terapeutiche e di cura. Viene al contrario fatta salva la legittimità dell'efficacia retroattiva dell'abolizione del termine massimo della custodia di sicurezza se disposta in via del tutto eccezionale nei confronti di soggetti che abbiano manifestato una particolare pericolosità sociale, purché alla restrizione della libertà personale corrisponda la predisposizione di adeguate misure terapeutiche riabilitative<sup>37</sup>.

La disciplina della *Sicherungsverwahrung*, anche se sottoposta a un'interpretazione restrittiva in cui domina il principio di proporzionalità, si trova "salvata" in via transitoria per scongiurare i pericoli cui sarebbe sottoposta la collettività qualora si disponesse l'immediata liberazione degli internati in custodia di sicurezza. L'ago della bilancia pende nuovamente a favore della difesa sociale a scapito dei diritti fondamentali della persona, minati da quella che, come anticipato, è stata definita la misura più invasiva che l'ordinamento tedesco abbia mai conosciuto.

### 3. Le esigenze di difesa sociale in un sistema a base "monistica". L'esperienza francese

Il diritto penale francese, come già anticipato, risulta originariamente estraneo alla logica del doppio binario, concentrando nella sola pena le diverse funzioni cui la sanzione per la commissione di un fatto di reato

<sup>36</sup> Una delle tappe più significative nel (tentativo di) dialogo tra Corte EDU e Corte Costituzionale italiana è indubbiamente rappresentata dalla sentenza n. 49 del 2015 del nostro Giudice delle Leggi, nel quadro delle complesse vicende relative alla confisca urbanistica "senza condanna". Senza la pretesa di ricostruire un dibattito particolarmente articolato e complesso, si rinvia, per tutti, a D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte Cost. n. 49/2015*, in *Penalecontemporaneo.it*, 22 giugno 2015 e V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2015, 1259 ss. V. anche A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione*, cit.

<sup>37</sup> *BVerfG*, 4 maggio 2011, su cui, in particolare, J. PYHRR, *Sicherungsverwahrung – auf dem Weg in ruhiges Fahrwasser?*, Amburgo, 2015, 137 ss. e, in una prospettiva "medico legale", *Sicherungsverwahrung – wissenschaftliche Basis und Positionsbestimmung. Was folgt nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 04.05.2011?*, a cura di J.L. Müller e altri, Berlino 2012.

deve adempiere. La *loi n. 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la repression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs* ha tuttavia posto il primo tassello per la costruzione di un sistema sanzionatorio improntato al controllo degli autori pericolosi, quando ha introdotto la *suivi socio-judiciaire*, una sanzione dai connotati tipici delle misure di sicurezza ancorate al presupposto della pericolosità sociale e svincolate dalla colpevolezza del soggetto.

Nonostante il legislatore francese abbia omesso di specificarne la natura giuridica, la misura mira chiaramente a prevenire la recidiva di soggetti condannati per alcune fattispecie di reati sessuali, imponendo l'obbligo di sottoporsi a misure di sorveglianza e assistenza per un periodo di tempo determinato dal giudice, in seguito all'esecuzione della pena carceraria<sup>38</sup>.

La natura ibrida della misura si accentua ulteriormente con la successiva legge n. 2004-204 del 9 marzo 2004, meglio nota per l'istituzione del registro FIJ AIS contenente informazioni relative agli autori di reati sessuali, quando il legislatore elimina il termine massimo della *suivi judiciaire* con riguardo ai crimini puniti con la pena dell'ergastolo. L'intervento del legislatore intende fornire una risposta a questioni emergenziali e, in particolare, al preoccupante incremento di condanne per reati sessuali causati da disturbi della personalità cui difficilmente la pena carceraria riesce a porre rimedio.

Il complesso delle riforme culmina con la legge n. 174 del 25 febbraio 2008 che introduce la *réretention de sûreté*, la prima misura di sicurezza a carattere custodiale che l'ordinamento francese abbia mai conosciuto e che consente la reclusione potenzialmente perpetua di soggetti imputabili che abbiano già scontato la pena detentiva, con evidenti affinità rispetto alla misura tedesca della *Sicherungsverwahrung*. Anche in questo caso la misura entra nel sistema penale francese in seguito alla serie di delitti commessi da soggetti recidivi che avevano fortemente scosso l'opinione pubblica e che avevano mostrato l'insufficienza degli strumenti già predisposti per controllare il rischio di recidiva di delinquenti considerati altamente pericolosi.

A ogni modo la *réretention de sûreté* vede la logica della difesa sociale

<sup>38</sup> Le misure in questione, tuttavia, non si esauriscono in una serie di divieti come quello di frequentare determinate zone, poiché il legislatore consente al giudice di disporre un obbligo di cura al condannato sulla base di una perizia psichiatrica, richiedendo a tal fine il suo consenso. Fin qui non sembrerebbero rilevarsi particolari criticità, vista l'apparente valorizzazione dell'autodeterminazione del singolo. Basta tuttavia proseguire nella lettura della disposizione per accorgersi come in caso di mancato consenso il giudice possa disporre la pena detentiva. Può davvero considerarsi consenso quello "estorto" sotto minaccia di una pena detentiva? V. sul punto le osservazioni di J. CASTAIGNÈDE, *Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement*, in *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 1999, 30.

raggiungere il suo culmine anche nell'ordinamento francese, analogamente a quanto avvenuto sul fronte dell'ordinamento tedesco con la *Sicherungsverwahrung*, poiché si tratta sempre di una misura a carattere custodiale applicabile a soggetti pienamente imputabili dopo l'esecuzione della pena, avendo come unico fine la prevenzione della recidiva. Con una differenza che le consente, tuttavia, di trovare pur sempre un fondamento nella commissione di un reato presupposto, dal momento che la misura, per poter essere eseguita, deve comunque essere stata prevista dal giudice del merito nella sentenza di condanna<sup>39</sup>.

### 3.1. *Il Conseil Constitutionnel sull'irretroattività delle misure introdotte dalla riforma del 2008*

Mentre la dottrina francese rinveniva nella nuova misura i connotati tipici delle misure di sicurezza, decisamente significativa, soprattutto se analizzata parallelamente alle pronunce del *Bundesverfassungsgericht*, è la pronuncia della Corte Costituzionale francese del 2008, che nel valutare la legittimità costituzionale della riforma, si trova ad affrontare il nodo cruciale dell'efficacia retroattiva delle nuove disposizioni sulla *rétenion de sûreté*<sup>40</sup>.

Quello che emerge con prepotenza è l'incapacità, se non la precisa scelta, di prendere posizione sulla natura giuridica della *rétenion de sûreté*: non si tratta né di una pena, né di una sanzione avente caratteri punitivo. La misura incide però in maniera così incisiva sulla libertà dei singoli cittadini da dover essere sottoposta ai principi fondamentali di adeguatezza, necessità e proporzionalità, come prevede la legge di riforma che dispone l'applicazione della misura in via del tutto eccezionale nei confronti di

<sup>39</sup> Il nuovo art. 706-53-13 *code proc. pénal* prevede in particolare che la *rétenion de sûreté* possa essere applicata a soggetti condannati a una pena detentiva non inferiore a quindici anni per reati connotati da violenza o abusi sessuali, sulla base dell'accertamento della pericolosità sociale al termine della esecuzione della pena, purché la possibilità dell'interamento sia stata disposta nella sentenza di condanna per il reato commesso. La relativa valutazione spetta entro un anno dal termine della pena a un'apposita *Commission multidisciplinaire des mesures de sûreté*, che disporrà l'applicazione della misura solo se le altre misure di sorveglianza e assistenza non siano sufficienti a prevenire il rischio di recidiva (art. 706-53-14 *code proc. pénal*). Proprio la diversità tra l'organo giurisdizionale che pronuncia la condanna e la Commissione che effettua il giudizio di pericolosità ha sollevato dubbi di compatibilità con l'art. 5 § 1 lett. a) CEDU, come sottolineato da J.P. CÉRÉ, *La rétenion de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *AJ pénal*, 2008, 219.

<sup>40</sup> Cons. cost., 21 febbraio 2008, n. 562, in [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr). Per un commento alla sentenza, C. LAZERGES, *La rétenion de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel*, in *Rev. science crim. et dr. pén. comp.*, 2008, 731.

soggetti particolarmente pericolosi che soffrano di un disturbo grave della personalità.

Mentre la Corte Costituzionale tedesca insiste a più riprese nell'inquadrare la *Sicherungsverwahrung* nell'ambito delle misure di sicurezza al fine di sottrarla al divieto di retroattività, la Corte Costituzionale francese, forse perché non ancora pronta a sancire definitivamente l'ingresso nel sistema francese del doppio binario, assume sulla questione intertemporale un atteggiamento più prudente, che richiama immediatamente i percorsi logici sviluppati dalla Corte EDU nel tentativo di fornire una definizione di pena soggetta alla disciplina dell'art. 7 CEDU. In questo caso, del resto, manca la stessa qualificazione formale della misura e al *Conseil Constitutionnel* francese risulta più agevole volgere lo sguardo alla sostanza, al contenuto effettivamente lesivo della misura.

Anche se il sistema francese conosce il principio di irretroattività delle sole sanzioni qualificate come pene, il *Conseil Constitutionnel* perviene condivisibilmente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 13 l. n. 174/2008 nella parte in cui dispone l'applicazione retroattiva ai fatti commessi anteriormente alla sua entrata in vigore di una misura che, pur non costituendo una pena, incide tanto significativamente sulla libertà personale dell'individuo. La Corte Costituzionale francese mostra così la sua capacità di andare oltre le astratte categorie dogmatiche, con un approccio che guarda più alla sostanza e alla vanificazione che subirebbe la *ratio* di garanzia del principio di legalità a causa dell'applicazione retroattiva di una misura restrittiva della libertà personale<sup>41</sup>. Diverso il caso della *surveillance de sûreté*, anch'essa prevista dalla riforma del 2008, che nell'introdurre solamente una serie di controlli su un soggetto che comunque rimane in stato di libertà, non limita eccessivamente, a parere della Corte, i diritti fondamentali dell'individuo<sup>42</sup>.

L'irretroattività della *rétenion de sûreté*, se da un lato pone al riparo lo Stato francese da eventuali condanne della Corte dei diritti, non nasconde tuttavia quel succedersi continuo di interventi legislativi aventi come scopo il controllo di delinquenti pericolosi, a dimostrazione di come

<sup>41</sup> In questo senso, efficacemente, M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata*, cit., 22-23.

<sup>42</sup> La scelta di far salva la retroattività della misura non custodiale della *surveillance de sûreté* è stata tuttavia oggetto di critiche da parte di chi ha osservato come, per tal via, permanerebbe comunque un'efficacia retroattiva della *rétenion de sûreté*, dal momento che il legislatore ne prevede l'applicazione in caso di violazione degli obblighi imposti con la *surveillance de sûreté*. Cfr. C. LAZERGES, *op. cit.*, 741 e M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata*, cit., 23.

anche in Francia la complessiva linea di politica criminale si sia spostata dalla reazione al fatto colpevole alla prevenzione della pericolosità sociale, inducendo taluno a parlare di un vero e proprio *droit pénal de la dangerosité*<sup>43</sup>. Una sorta di esasperazione del generale senso di insicurezza collettiva, in cui l'esigenza di difesa della società finirebbe paradossalmente con il limitare le libertà del singolo in un'epoca in cui i diritti fondamentali dell'uomo non hanno mai raggiunto così alti livelli di protezione.

3.2. *Il caso Berland v. France e il rispetto dell'art. 7 CEDU nell'applicazione retroattiva delle nuove misure introdotte dalla riforma del 2008 nei confronti dell'autore non imputabile*

La legge n. 174 del 25 febbraio 2008 non si è limitata a prevedere una serie di misure dirette al controllo dell'autore imputabile pericoloso, ma ha segnato anche una decisiva inversione di rotta rispetto al previgente modello amministrativo di intervento sul malato di mente autore di reato. Il giudice penale, a fronte di un soggetto non imputabile per infermità di mente, dichiarava infatti sentenza di non luogo a procedere o di assoluzione, mentre la scelta relativa all'ordine di ospedalizzazione era rimessa esclusivamente all'autorità amministrativa, in via del tutto analoga a quanto avviene per qualsiasi altro soggetto affetto da disturbo mentale non autore di reato: «[...] il Parlamento non considerò infatti opportuno attribuire a un tribunale penale la competenza a decidere sul trattamento della malattia mentale, perché questa scelta sarebbe apparsa di significato repressivo»<sup>44</sup>.

Nel 2008 il legislatore francese trasferisce al giudice penale la competenza a disporre l'internamento in ospedale psichiatrico di soggetti dichiarati non imputabili sulla base di una perizia psichiatrica dalla quale emerga la pericolosità del soggetto per la sicurezza delle persone e dell'ordine pubblico, cui peraltro si aggiunge la possibilità di applicare una serie di *mesures de sûreté* a contenuto interdittivo (artt. 706-135 e 706-136 code proc. pénal)<sup>45</sup>.

Lo spostamento delle competenze a giudicare sull'infermo di mente nell'orbita del diritto penale è l'effetto diretto di una scelta in cui il profilo

<sup>43</sup> G. GIUDICELLI- P.J. DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi*, in [www.college-de-france.fr](http://www.college-de-france.fr).

<sup>44</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 163.

<sup>45</sup> Sulla scelta di trasferire al giudice penale la competenza a disporre il ricovero in ospedale psichiatrico vedi A. GIUDICELLI, *L'irresponsabilité pénale des malades mentaux face à l'hypothèse du droit pénal post-moderne*, in *Rev. pénit. dr. pén.*, 2007, 780.

del “reato” torna a prevalere sulla “malattia”, per la rilevata incapacità di un modello amministrativo, in cui ogni decisione sulla malattia mentale viene rimessa al solo medico, a tutelare le esigenze di difesa della collettività dal delinquente pericoloso. Simile mutamento di prospettiva non poteva allora che sollevare ulteriori dubbi in ordine alla natura penale o meno delle nuove misure introdotte e il caso *Berland v. France* ha offerto alla Corte dei diritti l’occasione per pronunciarsi sulla natura delle nuove misure introdotte dalla legge del 2008, sempre in relazione ai profili intertemporali<sup>46</sup>.

Il Sig. Berland veniva accusato nel settembre del 2007 di omicidio e atti violenti, ma veniva dichiarato incapace di intendere e di volere in base alla nuova legge del 2008, con il conseguente ordine di internamento in ospedale psichiatrico e l’ulteriore applicazione delle nuove misure interdittive che gli ponevano il divieto di avere contatti con le parti civili per venti anni e di detenere armi. La decisione veniva confermata dalle Corti interne sulla base del rilievo che la legge del 2008 non introduceva delle pene soggette al principio di irretroattività, ma solamente delle misure di sicurezza applicabili a soggetti assolti per vizio di mente.

Quando il ricorso giunge innanzi alla Corte europea per lamentata violazione dell’art. 7 CEDU, la Corte dei diritti si preoccupa preliminarmente di distinguere la fattispecie in esame rispetto al caso *M. v. Germany*.

In primo luogo, la *Sicherungsverwahrung* costituisce una misura applicata a persone particolarmente pericolose quale completamento di una condanna alla pena detentiva; un aspetto simile involge la prima parte della legge del 2008 che introduce la *rétenion de sûreté*, mentre il caso Berland rientra nella seconda parte della nuova legge che disciplina l’assoluzione per infermità psichica.

In secondo luogo, nel caso *M. v. Germany*, la Corte ha concluso che la misura, applicata in seguito all’accertamento e alla condanna per tentato omicidio e furto, e da eseguirsi in un ordinario istituto carcerario, era una delle sanzioni più gravi che potessero essere imposte dal codice penale tedesco e pertanto dovesse essere classificata come pena ai sensi dell’art. 7 CEDU. Nel caso di specie, invece, il Signor Berland veniva ricoverato in un istituto specializzato in seguito alla assoluzione per malattia di mente.

La Corte europea rileva al riguardo come l’obiettivo della misura consista nel consentire al soggetto di ricevere le cure idonee in una struttura a ciò specializzata, e, in via secondaria, di prevenire il rischio di reiterazione di reati della stessa indole. A tutela dei diritti dell’individuo privato della propria libertà personale, il sistema francese prevede la possibilità di

<sup>46</sup> Corte EDU, 3 settembre 2015, *Berland v. France*, ric. n. 42875/10.

rivolgersi al Tribunale delle libertà per chiedere in ogni tempo la revoca della misura dell'internamento in ospedale che, sebbene priva di una durata predeterminata, può sempre venire meno qualora cessino le esigenze di cura alla stessa sottese.

L'ordine di ospedalizzazione, così come l'interdizione ventennale dall'intrattenere contatti con le parti civili e il divieto di detenzione di armi, assolvono a scopi preventivi e non possono dirsi soggetti al concetto di pena fatto proprio dall'art. 7 CEDU. La natura penale della misura non si può desumere neanche dal primo dei criteri elaborati dalla Corte EDU, che richiede un collegamento causale con un illecito penale: le misure inflitte non derivano dalla condanna per un reato, poiché il soggetto è stato dichiarato non imputabile. Il ricovero coatto è piuttosto funzionale a tutelare la sicurezza pubblica in ragione della pericolosità sociale manifestata dall'imputato, nonché a garantire la cura dello stesso ricorrente in una struttura a ciò specializzata e sulla base delle risultanze di una perizia regolarmente eseguita. La misura ha dunque una funzione marcatamente preventiva e non è perciò soggetta al principio di irretroattività delineato dall'art. 7 CEDU.

La restrizione della libertà personale in seguito a un proscioglimento per vizio di mente è pertanto, a parere della Corte dei diritti, una misura legittimamente consentita anche se disposta a tempo indeterminato, quando in concreto sia adeguata alla cura e alla riabilitazione dell'internato non imputabile ma pur sempre pericoloso. Da questo punto di vista, il caso *Berland v. France*, se confrontato con le decisioni sulla *Sicherungsverwahrung* tedesca, conferma la funzionalità di un sistema a doppio binario quando veda come destinatari delle misure di sicurezza soggetti non imputabili per vizio di mente.

#### 4. *Considerazioni conclusive: il doppio binario nel giusto bilanciamento tra "cura" e "custodia" del reo*

L'idea di una detenzione indefinita nel tempo e avente scopi preventivi è ormai ampiamente conosciuta da molti Stati europei, dalla Svizzera al Belgio, dalla Germania all'Olanda e all'Austria. In questi Paesi i criminali recidivi e "anormali" possono essere sottoposti a una detenzione preventiva e dai caratteri indefiniti. La stessa Francia, alla quale risultava estranea l'idea di un sistema sanzionatorio fondato sul doppio binario, con la riforma del 2008 ha inserito una custodia di sicurezza detentiva (la *rétenion de sûreté*)



per persone pericolose.

Nelle scelte politico-criminali degli Stati europei sembra quasi riecheggiare quella teoria del “diritto penale del nemico” formulata negli anni Ottanta dall’illustre penalista Günther Jakobs<sup>47 48</sup>. Al *Bürgerstrafrecht*, il diritto penale del cittadino capace di volere e di rispettare il diritto, si contrappone il *Feindstrafrecht*, il diritto del nemico che non può e non vuole conformarsi alle regole della società civile, posizionandosi al di fuori di essa. Chi infrange ripetutamente le regole della società non è più un cittadino e non merita di ricevere i benefici positivi che la stessa consente di creare.

Il paradigma del diritto penale del nemico, elaborato da Jakobs con specifico riferimento al soggetto terrorista, è andato ben oltre i contorni della sua formulazione originaria, trovandosi riferito, più in generale, a tutti i tentativi volti a distanziare, neutralizzare e controllare soggetti pericolosi, recuperando l’idea jakobsiana per cui una simile finalità può essere perseguita anche attraverso un “alleggerimento” delle garanzie procedurali, passando per un’anticipazione della tutela finanche prima che un reato sia effettivamente commesso<sup>49</sup>. Tutto questo, perché non vi è «nessuna regola di diritto per i nemici della regola del diritto», sicché ogni pericolo con cui viene minacciata la vita della società deve essere individuato e neutralizzato.

Difficile conciliare queste premesse con i diritti inviolabili riconosciuti dalla Carte costituzionali dei singoli Paesi e con le indicazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo. Lo stesso articolo 17 CEDU contiene il divieto per gli Stati membri di interpretare le disposizioni della Convenzione al fine di violare i diritti e le libertà fondamentali riconosciuti o di porre agli stessi limitazioni più ampie di quelle previste dalla Convenzione<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in ZStW, 1985, 751 e Id., *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in HRRS, 2004, n. 3, 88 ss. Nella sterminata letteratura registratasi in argomento si segnalano, in particolare, L. FERRAJOLI, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. Giust.*, 4/2006; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Cass. pen.*, 2/2006, 735 ss.; R. ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006, 757 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, Pisa, 2014; F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. pen.*, 1/2006, 181 ss.

<sup>48</sup> Con specifico riferimento alla *Sicherungsverwahrung* v. J. LANGE, *op. cit.*, 51 ss.

<sup>49</sup> Inevitabile il richiamo alle misure di prevenzione antimafia, che consentono la confisca di beni appartenenti a soggetti solamente “indiziati” di appartenere a un’associazione di tipo mafioso, finendo con il costituire una mera “scorciatoia probatoria”, come rilevato da S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema attuale*, Napoli, 2000, 75 ss. Per i profili di legittimità costituzionale delle misure di prevenzione vedi G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1994, 118 ss. e E. GALLO, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990, 1 ss.

<sup>50</sup> La Corte europea (Corte EDU, 1 luglio 1961, *Lawless v. Ireland* (no. 3), ric. n. 332/57), ha

Limitazioni sono consentite solo laddove vi sia una guerra o un'emergenza pubblica che minacci l'intero Paese, purché ciò avvenga con misure strettamente richieste dalle esigenze della situazione concreta<sup>51</sup>.

È evidente che queste eccezioni non possano porsi alla base di discipline derogatorie per i soggetti considerati in vario modo pericolosi dai diversi Paesi membri della Convenzione. Le misure adottate dalle legislazioni moderne nella "lotta" contro il delinquente pericoloso continuano nondimeno a prevedere risposte sanzionatorie che si distaccano sempre di più dalla colpevolezza per concentrarsi sulla sola pericolosità manifestata.

Alcuni ordinamenti giustificano il carattere indeterminato e indefinito di misure dirette a prevenire la pericolosità sociale nascondendosi dietro un sistema sanzionatorio costruito sul modello del doppio binario e consentendo alla misura di sicurezza di apportare deroghe ai principi fissati per le pene con un grave sacrificio della libertà personale a fronte di supposte esigenze preventive di difesa sociale. È la storia della *Sicherungsverwahrung*, strumentalizzata dal legislatore al punto tale da consentire, con la tanto discussa *nachträgliche Sicherungsverwahrung*, una limitazione della libertà personale di soggetti particolarmente pericolosi anche per comportamenti tenuti successivamente alla pronuncia della sentenza di condanna, nella fase di esecuzione della pena. Una netta cesura, dunque, tra fatto commesso e risposta sanzionatoria.

Anche un ordinamento improntato originariamente su un sistema sanzionatorio di tipo monistico, quale quello francese, non sembra discostarsi poi molto da queste esigenze preventive. La stagione di riforme che introducono misure dirette al controllo della pericolosità sociale culmina con la *rétention de sûreté* e con il trasferimento delle competenze a decidere sull'infermo di mente autore di reato dall'autorità amministrativa all'autorità giudiziaria, rivelando il ruolo preponderante che viene ad assumere la commissione di un reato a scapito della "malattia" tanto da indurre a ipotizzare l'avvenuta costruzione di un modello sanzionatorio a doppio binario. Quella concezione originaria di una pena idonea a contenere le

---

ad esempio ritenuto contrastante con l'art. 17 CEDU la legge irlandese contro il terrorismo, sulla base del rilievo che la disposizione non costituisce il fondamento per negare le garanzie proclamate dalla Convenzione.

<sup>51</sup> Si tratta dell'eccezione posta dall'art. 15 CEDU. La Corte EDU ha avuto modo di osservare che in nessun caso le garanzie concernenti i valori fondamentali dell'ordinamento democratico di cui all'art. 3 CEDU, che stabilisce il divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti, possano comunque essere limitate anche nelle situazioni più difficili, come la lotta contro il terrorismo, e a prescindere dalla condotta tenuta dal soggetto. Vedi al riguardo il caso Corte EDU, Grande Camera, 19 febbraio 2009, *A. and Others v. the United Kingdom*, ric. n. 3455/05.

diverse funzioni cui deve assolvere il sistema sanzionatorio, ad ogni modo, consente al *Court Constitutionnel* di assoggettare la *rétenion de sûreté* al principio di irretroattività della legge penale.

Nell'ottica europea la qualificazione di una sanzione non ha tuttavia alcun peso: che la misura di sicurezza abbia natura penale o amministrativa poco importa, poiché ciò che conta è la sua concreta capacità afflittiva. La Corte di Strasburgo non contesta la validità dogmatica di un sistema sanzionatorio improntato sul doppio binario, ma richiede che le restrizioni alla libertà dei cittadini siano tutte assistite dalle stesse garanzie.

Nei casi analizzati, la partita si gioca tutta sulla retroattività o meno delle sanzioni predisposte dai singoli ordinamenti, sulla possibilità del singolo di calcolare il rischio penale in cui incorre. Non è in discussione la legittimità di misure che siano prive di un termine di durata massima, anche se in un *obiter* la Corte dei diritti sembra avanzare alcune riserve<sup>52</sup>.

Sebbene i tempi non siano ancora maturi per previsioni attendibili sui futuri orientamenti della Corte di Strasburgo, la durata indeterminata della misura di sicurezza rimane una questione con la quale, come anticipato, l'ordinamento italiano sembrerebbe non doversi più confrontare, posto che dal 2014 le misure di sicurezza detentive si vedono delimitate da un termine massimo di durata. Come la determinatezza temporale possa conciliarsi con quel presupposto inscindibile dell'attualità della pericolosità sociale è un quesito che inevitabilmente apre un nuovo scenario di riflessioni sul persistente funzionamento del doppio binario sanzionatorio, che vede proprio nell'assenza di limiti temporali la base fondante della distinzione tra pene e misure di sicurezza. Forse una risposta potrà trovarsi nel dato costituzionale e in quella "tensione" della pena alla rieducazione del condannato che le consente di proiettarsi verso il futuro.

La Corte dei diritti con i suoi interventi sulle misure di sicurezza previste in altri ordinamenti giuridici lancia per ora un messaggio di evidente rilievo anche per l'ordinamento italiano: le esigenze di cura del singolo oltrepassano gli schemi formali innalzati dai singoli Paesi e si estendono anche alle misure dirette a prevenire la pericolosità sociale.

La cruda esperienza degli ospedali psichiatrici giudiziari ha già mostrato

<sup>52</sup> Nel caso Corte EDU, 13 gennaio 2011, *Schummer v. Germany*, ric. n. 27360/04 e 42225/07, il ricorrente aveva lamentato il contrasto del prolungamento della privazione della libertà personale oltre limite di dieci anni con il divieto di trattamenti disumani e degradanti sancito dall'art. 3 CEDU. E, nonostante la Corte non abbia ravvisato nel caso di specie una violazione dell'art. 3 CEDU, è interessante notare come la stessa abbia lasciato intendere che l'incertezza sul termine della misura privativa della libertà personale possa in taluni casi condurre a una violazione della disposizione convenzionale.

come la difesa sociale sia stata la prima preoccupazione del nostro legislatore. Se il nuovo modello delle REMS dovesse arrestarsi a una modifica fatta di sole “etichette”, senza un effettivo cambiamento delle concrete modalità di trattamento della malattia mentale, alla Corte di Strasburgo verrà offerta una nuova occasione per proseguire nel suo percorso di tutela dei diritti fondamentali dell’individuo. Ad ogni modo, per usare le parole dell’illustre penalista Klaus Volk, «se la nostra società fosse pronta a spendere più denaro per l’esecuzione della pena e se riuscisse a confrontarsi in modo più pacato con il fenomeno della criminalità, potremmo rinunciare alle problematiche misure di sicurezza ed integrarle in un nuovo concetto di pena»<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> K. VOLK, *op. cit.*, 152.