

Discrezionalità del giudice e automatismi: profili problematici nel sistema delle misure di sicurezza

Discretion of the Judge and Automatism: Problems in the Italian System of “misure di sicurezza”

FEDERICA URBAN

Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche presso l'Università degli Studi di Udine

DISCREZIONALITÀ DEL GIUDICE, MISURE DI SICUREZZA

JUDICIARY DISCRETION, SECURITY MEASURES

ABSTRACT

Si parla di discrezionalità tutte le volte in cui si riconosce al giudice un dovere (conoscitivo) e un potere (dispositivo) finalizzato al raggiungimento di uno scopo predefinito dal legislatore. In questa ampia definizione, si contempla anche il potere del giudice penale di applicare le misure di sicurezza. Il presente contributo ripercorre le tappe fondamentali del percorso seguito dalla giurisprudenza costituzionale attraverso il quale si è giunti alla rimozione di presunzioni ed automatismi caratterizzanti l'originario impianto delle misure di sicurezza personali. Non senza un accenno agli interrogativi che si sono posti all'indomani dell'entrata in vigore del d.l. n. 52/2014 (conv. l. n. 81/2014), con il quale il legislatore ha inteso porre fine ai c.d. “ergastoli bianchi”. Si farà, poi, menzione alla questione della graduabilità da parte del giudice penale di una particolare forma di confisca - istituto nato quale misura di sicurezza patrimoniale ma che oggi assume sempre più frequentemente un “volto punitivo” - . Ciò che si intende dimostrare è come, anche nell'ambito delle misure di sicurezza, sia presente la tendenza del legislatore a limitare (o eliminare) la discrezionalità del giudice e come questa tendenza mal si combini con la funzione dell'istituto e, prima ancora, con i principi costituzionali.

We talk about “discretion of the judge” every time a Court is recognized the cognitive duty and the power to decide an appropriate sentence in accordance with the purposes of criminal punishment defined by the Parliament. This broad definition includes the power of the criminal courts to apply those that, in Italy, are called “misure di sicurezza”.

This paper traces the steps followed by the Constitutional Court to remove the presumptions and automatism that characterize the original structure of the “misure di sicurezza personali”. It will mention the issues raised by the D.L. n. 52/2014, with which the Parliament sought to put an end to the so-called “ergastoli bianchi”, as well as the question of the Court's power to determine the amount of a confiscation order, a measure that was born as a “misura di sicurezza patrimoniale” but, today, has become a proper criminal punishment.

The paper intends to show that, even in the context of the “misure di sicurezza”, the Parliament has the tendency to limit (or eliminate) the discretion of the Court. This trend is not in accordance with the purposes of the instrument “misure di sicurezza” nor with the Constitutional principles.

SOMMARIO

1. Premessa. Discrezionalità e misure di sicurezza. – 2. Automatismi e presunzioni assolute nell'applicazione delle misure di sicurezza personali. I plurimi interventi della Consulta. – 3. La “confisca” da misura di sicurezza patrimoniale a misura punitiva: la questione della graduabilità da parte del giudice. – 4. Riflessioni conclusive.

1.

Premessa. Discrezionalità e misure di sicurezza.

Comè noto, lo statuto del diritto penale moderno (sostanziale e processuale) esige, in linea generale, che condizioni e presupposti giustificanti l'applicazione di una misura restrittiva della libertà personale siano *apprezzati* dal giudice in relazione alla peculiarità ed irripetibilità della singola situazione concreta.

Gli stessi sono alla base del ragionamento logico che l'organo giudicante effettua e che trasferisce nella *motivazione* del provvedimento (provvisorio o definitivo) con il quale definisce il *trattamento sanzionatorio*, così da realizzare una piena *individualizzazione* della coercizione statutale.

Discrezionalità significa, al tempo stesso, *dovere (conoscitivo)* e *potere (dispositivo)* del giudice. La concezione della discrezionalità penale in chiave di rinvio al caso concreto – maggiormente idoneo ad esprimere una gamma di significati di valore che il legislatore si trova nell'impossibilità di tipizzare – esige necessariamente l'attribuzione di un carattere doveroso a tale tipo di accertamento¹.

Ecco, pertanto, che l'introduzione di *automatismi* nell'applicazione di talune misure, basati a loro volta su *presunzioni assolute o relative*², produce l'effetto di sostituire la valutazione concreta delle caratteristiche fattuali con un generalizzato, astratto e preconstituito giudizio³.

Le presunzioni sono state ampiamente utilizzate nella disciplina delle *misure di sicurezza*. Misure, queste, volte a prevenire la pericolosità sociale e costituenti – come si è soliti dire – strumento di “guarigione” e, al tempo stesso, di “difesa sociale”⁴.

È noto che, quando si tratta di applicare una misura volta ad impedire la commissione di delitti, i “fatti” da accertare sono i “*sintomi*” di un *pericolo*. Come tali, essendo riferibili al caso concreto, difficilmente possono essere indicati, se non genericamente, in una norma legislativa. La valutazione di tali “*sintomi*” dovrebbe essere compiuta *in concreto* dal giudice attraverso un processo di integrazione degli indici legislativi con criteri di prognosi validi secondo i dati della scienza e dell'esperienza.

Se questo è vero, la discrezionalità riconosciuta all'autorità giudiziaria dovrebbe assumere un ruolo rilevante nel settore delle misure di sicurezza.

Anzitutto per quanto riguarda l'accertamento del presupposto della *pericolosità sociale*⁵,

¹ Così F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 128 ss.

² Tradizionalmente si è soliti distinguere le presunzioni legali da quelle semplici. Diffusamente si veda C. PECORARO, *Le presunzioni nel diritto penale*, su <http://dspace-roma3.caspur.it/bitstream/2307/681/1/Le-presunzioni-nel-diritto-penale.pdf>. In argomento, si veda anche: P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, 8 ss.

³ La giurisprudenza costituzionale negli anni più recenti è stata chiamata a confrontarsi con lo sviluppo di una tale tendenza legislativa e, più in generale, con un ritorno in auge della figura del delinquente pericoloso. La c.d. “logica dell'autore” si manifesta su molteplici piani, da quello del diritto sostanziale a quello del diritto processuale, e forse ancor più nella fase dell'esecuzione penale, con i diversi statuti differenziali fondati sulla qualità della persona o sulla considerazione in astratto del reato commesso. Per approfondimenti si veda: G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2011.

⁴ Sulle conseguenze del reato nella logica del c.d. *doppio binario* fatta propria dal Codice penale del Trenta: G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, 819 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2011, 727 ss.

⁵ Non è questa la sede per esaminare il significato intrinsecamente ambiguo del concetto di “pericolosità sociale”. Per ulteriori approfondimenti si vedano: A. CALABRIA, voce *Pericolosità sociale*, in *Dig. pen.*, IX, Torino, 1995, 451; GUARNERI, voce *Pericolosità sociale*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, 951; F. TAGLIARINI, voce *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 1983, Milano, 6. Ed inoltre: F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra “sottigliezze empiriche” e “spessori normativi”: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2015; G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2015; P. DI NICOLA, *La chiusura degli OPG: un'occasione mancata*, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2015. Sulle incertezze e difficoltà connesse all'accertamento concreto della pericolosità in sede giudiziale si veda anche G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 828.

Sull'attuale disciplina della valutazione della pericolosità sociale, quale risulta a seguito della recente modifica frutto del d.l. n. 52/2014 (conv. l. n. 81/2014), si è da poco pronunciata la Corte costituzionale n. 186 del 2015. Sul punto si vedano: F. FIORENTIN, *Al vaglio di costituzionalità i parametri di accertamento della pericolosità sociale dei mentally ill offenders*, in *Archivio penale*, 2014, 3; G. LEO, *La Consulta chiarisce l'attuale disciplina della valutazione di pericolosità sociale per i soggetti ad imputabilità ridotta od esclusa*, in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2015.

– pericolosità che deve, poi, permanere durante tutta l'esecuzione della misura di sicurezza, venendo meno, altrimenti, il presupposto per la sua applicazione – , e, inoltre, per ciò che concerne la scelta della misura di sicurezza adeguata tra quelle previste.

Eppure, nonostante queste considerazioni, anche nel settore delle misure di sicurezza non sono mancati i tentativi del legislatore di vincolare il potere del giudice.

Questo è avvenuto allo scopo di offrire maggiori *garanzie di obiettività* del giudizio attraverso la tipizzazione legislativa di fattispecie di pericolosità.

L'impianto originario che reggeva le misure di sicurezza (in particolare, nei confronti dei soggetti socialmente pericolosi a causa di condizioni personali o di patologie incidenti sulla imputabilità) era, infatti, improntato su composti meccanismi di tipo presuntivo-automatico⁶.

All'equazione "infermità-pericolosità" si aggiungeva la *presunzione di "permanenza" dell'infermità psichica* che si supposeva perdurare dal momento del delitto al momento del giudizio, sì da imporre l'applicazione della misura in assenza della "attualizzazione" del giudizio di pericolosità. In certi casi, poi, il Codice penale imponeva al giudice l'adozione *obbligatoria* delle misure più restrittive (ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario *ex art. 222 cod. pen.* o in riformatorio giudiziario *ex art. 223 cod. pen.*⁷), a prescindere dalla reale gravità della situazione concreta.

Infine, sempre nell'impianto originario, le misure di sicurezza *non potevano essere revocate* se non dopo il decorso del tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge per ciascuna di esse (art. 207, co. 2, cod. pen.), e ciò anche nel caso in cui la pericolosità sociale fosse in concreto cessata.

Tali meccanismi presuntivi sono stati via via demoliti dalla Corte costituzionale – come si vedrà di seguito – con una serie di pronunce, talune anche risalenti a qualche decennio fa. Ma l'attenzione al settore delle misure di sicurezza conosce, oggi, un rinnovato interesse da parte di dottrina e giurisprudenza.

Ciò per due ragioni.

In primis, a causa della recente riforma (d.l. n. 52/2014, conv. l. n. 81/2014) che ha introdotto la durata massima delle misure di sicurezza detentive, con conseguente *revoca automatica* di tutte quelle che superano il neo-introdotto tetto di durata.

In secondo luogo, a causa della "mutazione genetica" della confisca, nata come misura di sicurezza patrimoniale, e che pone oggi, in alcuni casi, problemi di ragionevolezza e proporzionalità analoghi a quelli che segnano le pene principali.

Di tutti questi profili si darà conto nei paragrafi che seguono.

2. Automatismi e presunzioni assolute nell'applicazione delle misure di sicurezza personali. I plurimi interventi della Consulta.

Come accennato, nel settore delle misure di sicurezza personali non sono mancati i tentativi del legislatore di vincolare il potere del giudice attraverso l'introduzione di automatismi e presunzioni.

Già da tempo il cospicuo dibattito dottrinale in tema di misure di sicurezza detentive puntava l'accento sulla necessità di superare taluni rigidi automatismi in sede di applicazione delle stesse⁸. Tali meccanismi, infatti, impedivano al giudice di disporre la misura adeguata alla peculiarità della situazione concreta, ovvero sia alle caratteristiche del soggetto, al livello della sua pericolosità sociale e alla effettiva tutela della sua salute.

Si esamineranno, ora, le singole questioni di legittimità costituzionale a seguito delle quali si è giunti a una *destrutturazione delle norme a carattere presuntivo*, per il recupero di spazi a favore della discrezionalità giudiziale⁹. L'opera di *smantellamento* ha riguardato, com'è noto, sia le presunzioni assolute di pericolosità che condizionavano l'applicazione delle misure, sia

⁶ G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, cit.

⁷ Sul processo di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (c.d. OPG) e sostituzione con le attuali residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (c.d. REMS) a seguito del d.l. n. 52/2014 (conv. l. n. 81/2014), si veda la Relazione del 22 gennaio 2016 dei Ministri della Salute e della Giustizia, reperibile in *Dir. pen. cont.*, con nota di G. ALBERTI, *Superamento degli OPG: a che punto siamo?*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2016.

⁸ Per approfondimenti si vedano A. MANNA (a cura di), *Verso un codice penale modello per l'Europa. Imputabilità e misure di sicurezza*, Padova, 2002; A. MANNA, *Imputabilità, pericolosità e misure di sicurezza: verso quale riforma?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 1318 ss.

⁹ Cfr. G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, cit.

le *rationes* che sostenevano la disciplina dell'esecuzione e della durata dei provvedimenti in discorso.

a) Le prime a cadere sono state le presunzioni concernenti i ragazzi di età inferiore ai 14 anni. Questi ultimi erano *automaticamente e obbligatoriamente* destinati al riformatorio giudiziario ai sensi dell'art. 224, co. 2, cod. pen. solo per il fatto di essersi resi autori di delitti di gravità medio-alta (delitti non colposi, punibili in astratto con l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni).

Il giudice rimettente denunciava l'incostituzionalità di tale automatismo con riguardo agli artt. 27, 30, 31 Cost. e, più in generale, ne lamentava l'irragionevolezza *ex art. 3 Cost.*

Nella sentenza n. 1 del 1971, che ha deciso il caso in esame, si ritrova già sviluppata l'odierna teorizzazione della Corte costituzionale sulle presunzioni assolute.

Anzitutto, la Consulta osserva che la norma cesurata tratta in modo identico situazioni diverse (quelle dell'infante, del bimbo in tenera età, del minore prossimo al raggiungimento del quattordicesimo anno di età). Rispetto a tali situazioni non può negarsi che sia diverso l'atteggiamento psichico rispetto a una condotta qualsiasi (lecita o illecita che sia).

La Corte costituzionale afferma, poi, che «la presunzione di pericolosità, che negli altri casi previsti dal codice si basa sull'*id quod plerumque accidit*, non ha fondamento allorché si tratti della non imputabilità del minore di anni quattordici: ché, al contrario, può ben dirsi che qui, data la giovanissima età del soggetto, la pericolosità rappresenti l'eccezione, per cui l'obbligatorietà ed automaticità del ricovero in riformatorio giudiziario non ha giustificazione alcuna»¹⁰.

In altre parole, un sistema fondato su presunzioni non è di per sé incostituzionale; nondimeno, esso lo diventa – specie quando si incide su diritti fondamentali della persona – se la presunzione legale limitativa di diritti fondamentali non risponde né a dati di esperienza generalizzati, fondati su un preciso radicamento empirico, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*, né ad esigenze di semplificazione probatoria. L'irragionevolezza del sistema si coglie evidentemente tutte le volte in cui è agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione stessa. Il grado di tollerabilità delle presunzioni legali è tradizionalmente misurato con il metro della *ragionevolezza*, proprio delle presunzioni semplici, e declinato sulla necessità che il “pre-giudizio” legislativo risponda a dati di esperienza generalizzati e sia quindi fondato su un saldo radicamento empirico¹¹.

b) È stata poi la volta della dichiarazione di illegittimità della presunzione di “perduranza” dell'infermità psichica dell'imputato dal momento del fatto al momento del giudizio¹². L'art. 222 cod. pen. prescindeva, infatti, dalla “attualizzazione” del giudizio di infermità mentale, guardando esclusivamente al momento del fatto.

Tale disposizione conteneva una presunzione duplice: innanzitutto quella che ricollegava infermità e pericolosità¹³; in secondo luogo, quella imponeva l'applicazione della misura a distanza di tempo dal fatto (*obbligatoria* ed *automatica* fino a che non fossero trascorsi cinque o dieci anni dal fatto). Quest'ultima poggiava sulla presunzione concernente il perdurare (non della sola pericolosità, ma) della stessa infermità psichica, senza mutamenti significativi, dal momento del delitto al momento del giudizio¹⁴.

I ventidue giudizi alla base della questione in esame propongono argomenti identici o analoghi. In tutti i casi al vaglio dei giudici *a quibus*, si era, infatti, accertato, attraverso una perizia psichiatrica all'uopo disposta, che l'imputato era, al momento del fatto, totalmente incapace di intendere e di volere, ma attualmente (ossia al momento del giudizio) egli non risultava “persona socialmente pericolosa”. Nondimeno, i giudici rimettenti si trovavano costretti a ordinare

¹⁰ Corte cost. 12-20 gennaio 1971, n. 1, in *Giust. Pen.*, 1971, I, 83. La Consulta precisa, inoltre, che «L'inidoneità di questi centri (e di questi riformatori) – a causa della loro struttura e dell'ormai superato indirizzo pedagogico –, allo scopo per il quale sono stati predisposti riguarda la concreta organizzazione funzionale degli stessi ad opera della pubblica amministrazione e, in ultima analisi, postula l'intervento del legislatore».

¹¹ Per approfondimenti sulle misure di sicurezza applicabili ai minori si veda V. MUSACCHIO, *Il sistema delle misure di sicurezza minorili tra problematiche costituzionali, esigenze di difesa sociale e necessità di rieducazione*, in *Giur. di merito*, 1996, II, 413 ss.

¹² Corte cost. 8-27 luglio 1982, n. 139, in *Giur. it.* 1983, I, 1, 555; Corte cost. 15-28 luglio 1983, n. 249, in *Giur. It.*, 1984, I, 1, 394; Corte cost. 30 novembre – 13 dicembre 1988, n. 1102, in *Cass. Pen.*, 1989, 772.

¹³ Questa prima presunzione era stata già ritenuta non in contrasto con i criteri di comune esperienza in precedenti pronunce. Così Corte cost. 9-15 giugno 1972, n. 106, in www.giurcost.org.

¹⁴ L'unico limite era che fra il fatto giudicato e la sentenza non fosse decorso un tempo superiore a cinque ovvero a dieci anni (art. 204, cpv., n. 1 e 2, cod. pen.), nei quali casi si doveva dare luogo a giudizio di pericolosità in concreto, secondo il principio enunciato come generale dall'art. 203 del cod. pen.

il ricovero dell'imputato in ospedale psichiatrico giudiziario: e ciò in base della menzionata pericolosità sociale *presunta* per legge (artt. 204 cpv. e 222, co. 1, cod. pen.).

Di qui, ad avviso dei giudici, il contrasto con una pluralità di parametri costituzionali (artt. 3, 4, 13, 24, 27, 32, 111) e sotto molteplici profili¹⁵.

In accoglimento di alcune delle osservazioni avanzate dai giudici *a quibus*, la Corte costituzionale (sent. n. 139/1982) afferma che «una simile presunzione assoluta di durata dell'infermità psichica, lungi dall'esprimere esigenze di tutela discrezionalmente apprezzate dal legislatore, finisce per allontanare la disciplina normativa dalle sue basi razionali. Dietro la presunzione non vi sono né dati d'esperienza suscettibili di generalizzazione, né esigenze di semplificazione probatoria. Indurre, a distanza di tempo imprecisata, lo stato di salute mentale attuale da quello del tempo del commesso delitto, è questione di fatto che può e deve essere verificata caso per caso; totalmente privo di base scientifica sarebbe comunque ipotizzare uno stato di salute (anzi di malattia) che si mantenga costante, come regola generale valida per qualsiasi caso d'infermità totale di mente. Quanto alle preoccupazioni probatorie [...] è di tutta evidenza che la prognosi postuma, richiesta (al perito psichiatra) dall'accertamento della imputabilità o non imputabilità al momento del fatto, presenta difficoltà incomparabilmente maggiori della diagnosi dello stato di salute psichica presente al momento del giudizio od in quello successivo in cui la misura debba essere applicata. Di regola, anzi, sarà proprio questa diagnosi a fornire elementi basilari per la ricostruzione (induttiva, spesso opinabile) dello stato di salute nei periodi anteriori. Una regola "presuntiva", come quella implicita nell'art. 222 cod. pen., che imponga di ricostruire il presente dal passato, si rivela pertanto un'inversione totale della logica del giudizio scientifico, su cui poggia qualsiasi ragionevole disciplina dell'infermità di mente. La conseguenza pratica della norma denunciata è che, collegandosi la misura di sicurezza all'infermità psichica al momento del fatto, la misura andrà ugualmente applicata a soggetti che, al momento del giudizio, siano ancora infermi di mente, e ad altri il cui stato di salute (ovviamente oggetto dell'esame peritale concernente l'imputabilità) abbia invece subito una positiva evoluzione»¹⁶.

Si è così risolto il problema della necessaria "attualizzazione" della valutazione di pericolosità sociale. La c.d. legge Gozzini¹⁷ in tema di "miniriforma" penitenziaria è poi intervenuta nella disciplina delle misure di sicurezza, abrogando l'art. 204 cod. pen. e stabilendo che «tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate *previo accertamento* che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa».

Ne consegue che, il giudice, prima di applicare una misura di sicurezza, è sempre tenuto a disporre l'*accertamento concreto* della pericolosità sociale dell'autore¹⁸.

c) Più recente è la pronuncia con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della *obbligatorietà* della misura del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, nei riguardi del soggetto prosciolto per infermità psichica, giudicato socialmente pericoloso.

L'art. 222 cod. pen. imponeva di applicare la misura del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, senza consentire al giudice di disporre, in alternativa, misure diverse quando, in concreto, tale prima misura non appariva adeguata alle caratteristiche del soggetto, alle sue

¹⁵ Tra i principali riferimenti costituzionali richiamati, si rammenta, anzitutto, l'art. 3, co. 1, Cost., in quanto le norme denunciate irragionevolmente assoggettano ad un identico trattamento il soggetto pericoloso e quello di cui sia accertata la non pericolosità prima della comminatoria della misura di sicurezza. In secondo luogo, "stante la natura di sanzioni penali" delle misure di sicurezza, ad esse dovrebbe ritenersi applicabile, secondo il giudice rimettenti, il principio della personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, co. 1, Cost.: e con questo contrasterebbe il ricollegare tali misure ad uno *status* presunto, e non concretamente accertato, di pericolosità criminale. Si aggiunga, inoltre, che, adempiendo il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario ad una precipua funzione curativa (cioè di recupero mentale e sociale del soggetto), applicandolo, in base all'art. 222 cod. pen., anche a chi rispetto all'epoca del commesso reato sia psichicamente migliorato sino alla completa guarigione, si verrebbe ad obbligare al trattamento sanitario un soggetto che più non ne abbisogna. In tal modo, da un lato, la misura di sicurezza si trasformerebbe in una vera e propria sanzione, sostituendosi alla pena non applicata per difetto di imputabilità e, dall'altro, si verrebbe ad attentare irrimediabilmente alla salute mentale del soggetto, con evidente violazione dell'art. 32 Cost.

¹⁶ Corte cost. 8-27 luglio 1982, n. 139, cit. Per ulteriori approfondimenti: E. MUSCO, *Variazioni minime in tema di pericolosità presunta*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 1584; G. VASSALLI, *L'abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, in *Giur. cost.*, 1982, 1202; S. MANACORDA, *Infermità mentale, custodia e cura alla luce della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, I, 292.

¹⁷ Legge 10 ottobre 1986, n. 663. Per la parte che qui interessa si veda l'art. 31 n. 1) della legge citata. Per approfondimenti si veda S. MANACORDA, *Pericolosità sociale e infermità psichica: dalle presunzioni legali alle prospettive di superamento*, in *Quest. giust.*, 1987, 696.

¹⁸ Da quel momento, l'applicazione della misura di sicurezza è subordinata al previo accertamento della pericolosità sociale dell'agente da parte del giudice, sulla base delle circostanze di cui all'art. 133 cod. pen. Ciò ha dato vita a un effetto collaterale, innestando un'annosa diatriba tra giudice penale e perito psichiatra: così M.T. COLLICA, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2004, 297. Sulla scansione del giudizio di imputabilità, si veda D. PULITANO, *L'imputabilità come problema giuridico*, in O. DE LEONARDIS (a cura di), *Curare e punire*, Milano, 1988, 127 ss.

esigenze terapeutiche e al livello della sua pericolosità sociale¹⁹.

Secondo il giudice rimettente, la rigidità di tale criterio – stabilendo la legge una presunzione di maggiore pericolosità dei soggetti affetti da vizio totale di mente, non confortata da alcun supporto scientifico – realizzava una irragionevole disparità di trattamento rispetto alle analoghe situazioni del minore non imputabile e del seminfermo di mente. La norma, inoltre, ancorava l'adozione della misura di sicurezza ad un criterio – la gravità astratta del reato – che finiva per attribuire ad esse funzione retributiva, anziché di prevenzione speciale. Si impediva, infine, l'adozione di soluzioni idonee a *difendere* la collettività e insieme a *curare* adeguatamente un soggetto pericoloso ma penalmente irresponsabile. Di qui la lamentata violazione degli artt. 3 e 32 Cost.

Oggetto di giudizio non attiene, a ben vedere, né all'eliminazione della misura di sicurezza dell'ospedale psichiatrico giudiziario né alla sua sostituzione con misure alternative di creazione giurisprudenziale, bensì all'*automatismo* della regola legale che imponeva di applicare, sempre e comunque, la misura del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario. Ciò anche quando una misura meno drastica e non segregante (quale la libertà vigilata, accompagnata da prescrizioni imposte dal giudice) appariva capace di soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura e tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale. La libertà vigilata, grazie alle prescrizioni che il giudice può imporre a norma dell'art. 228, co. 2, cod. pen., consente nello stesso tempo di attuare gli interventi terapeutici più idonei alla cura dell'infermo di mente e di disporre le opportune cautele per controllare e contenere la sua pericolosità sociale.

La Corte costituzionale (sent. n. 253/2003) ha rilevato che la situazione dell'infermo di mente che non sia penalmente responsabile a causa della sua infermità è, per molti versi, assimilabile a quella di persona bisognosa di specifica protezione come il minore. Ne consegue che «l'automatismo di una misura segregante e "totale", come il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, imposta pur quando essa appaia in concreto inadatta, infrange l'equilibrio costituzionalmente necessario e viola esigenze essenziali di protezione dei diritti della persona, nella specie del diritto alla salute di cui all'art. 32 della Costituzione»²⁰.

La Consulta ribadisce che le misure di sicurezza nei riguardi degli infermi di mente incapaci totali si muovono inevitabilmente fra due polarità – tutela della collettività e cura dell'incapace – e in tanto si giustificano, in un ordinamento ispirato al principio personalista (art. 2 Cost.), in quanto rispondono contemporaneamente a entrambe queste finalità collegate e non inscindibili. Le «esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente».

Le argomentazioni svolte in questa sentenza, *a fortiori*, si attagliano alla disciplina dell'applicazione provvisoria della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, posto che «sarebbe irragionevole precludere al giudice l'applicazione in via provvisoria di una misura non detentiva consentita invece in via definitiva»²¹. Ecco perché la Corte costituzionale (sent. n. 367/2004) ha dichiarato l'illegittimità anche dell'art. 206 cod. pen. nella parte in cui preclude, in fase cautelare, di adottare una misura di sicurezza non segregante come la libertà vigilata. Tale preclusione viola il principio di ragionevolezza e, di riflesso, il diritto alla

¹⁹ L'art. 222 cod. pen. era già stato oggetto di ben diciotto decisioni del giudice delle leggi. Le questioni precedenti erano volte a un intervento di natura meramente caducatoria, il cui accoglimento avrebbe condotto ad un vuoto di tutela, ovvero all'introduzione di una nuova disciplina non ancorata a contenuti normativi già esistenti (intervento additivo). Pur dichiarando le questioni inammissibili o infondate, la Consulta aveva espresso valutazioni circa il non soddisfacente trattamento riservato all'infermità psichica grave e l'opportunità di una revisione della disciplina. Per ulteriori approfondimenti si vedano G. DI CHIARA, *Pericolosità sociale del prosciolto infermo di mente ed ospedale psichiatrico giudiziario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 9, 1081. F. FELICETTI-M.R. SAN GIORGIO, *Applicabilità all'imputato maggiorenne infermo di mente della libertà vigilata in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario*, in *Corriere giur.*, 2003, 10, 1353.

²⁰ Corte cost. 2-18 luglio 2003, n. 253, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 297, con nota di M.T. COLLICA, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso*.

²¹ Corte cost. 17-29 novembre 2004, n. 367, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 2, 153, con nota di G. DI CHIARA, *Infermo di mente, ospedale psichiatrico giudiziario e misure di sicurezza non detentive: incostituzionale il "rigido automatismo" dell'art. 206 c.p.* Si vedano altresì R. BRICCHETTI, *Necessario temperare esigenze terapeutiche e contenimento della pericolosità sociale*, in *Guida dir.*, 2004, 49, 76; F. TRIULZI, *Infermo di mente e misure di sicurezza non detentive*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 4, 425.

salute²².

Si tratta di soluzioni ispirate al *principio del minor sacrificio possibile* della libertà personale (*extrema ratio*).

Il ragionamento qui riprodotto è il medesimo che la Corte costituzionale, negli ultimi anni, ha elaborato nel diverso ambito delle misure cautelari²³ (queste ultime assolvono a finalità del tutto diverse da quelle proprie della pena e della misura di sicurezza, in nulla sovrapponibili²⁴). Ma la conclusione a cui si arriva in quella sede, può essere in parte utilizzata anche in questo ambito.

L'attenzione verso il trattamento sanzionatorio dei non imputabili mira a recuperare l'inevitabile incertezza della diagnosi dell'infermità mentale.

Si è osservato in dottrina che alla specifica condizione dell'infermo psichico, autore di reato, dovrebbe corrispondere un ventaglio di soluzioni *lato senso* sanzionatorie altrettanto analitico e variegato, in modo che il giudice possa scegliere la misura più adeguata alle specifiche esigenze di tutela. L'apertura del diritto penale verso il ricco panorama delle nevrosi, delle psicopatie e dei disturbi della personalità in genere, comporta una maggiore specificità e differenziazione del trattamento sanzionatorio. Diventa, infatti, intollerabile la scelta unica – e fortemente segregativa – del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario (ora, residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza)²⁵.

In un ordinamento personalistico, quale il nostro, incentrato sui principi di sviluppo della personalità, solidarietà, tutela della salute, rieducazione e risocializzazione, la difesa sociale nei confronti dei soggetti pericolosi deve attuarsi attraverso un trattamento terapeutico-risocializzante che venga effettuato non solo nell'interesse della collettività ma, anche, dello stesso soggetto pericoloso²⁶. Ecco perché la presenza di una pericolosità sociale – pericolosità evidenziata con la commissione di un fatto costituente reato o “quasi-reato” –, pur giustificando la predisposizione di misure atte a contenere tale pericolosità, non può, tuttavia, mai giustificare l'applicazione di una misura tale da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del singolo.

d) Con riferimento alla regola della irrevocabilità delle misure di sicurezza personali per il tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge, è intervenuta la Corte costituzionale con sentenza n. 110/1974.

A seguito di tale pronuncia si è resa possibile la revoca, *in qualsiasi momento* – dunque, anche prima che sia decorso il tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge – della misura disposta, ancorché dopo puntuali verifiche giudiziali sull'evolversi della situazione concreta²⁷. Con il riesame della pericolosità viene in considerazione il concreto stato di pericolosità del soggetto²⁸.

²² Corte cost. 17-29 novembre 2004, n. 367, cit. L'art. 312 cod. proc. pen. dispone che per applicare la misura provvisoria è sufficiente la sussistenza di “*gravi indizi di commissione del fatto*” e, perciò, «un sommario giudizio prognostico, mentre in caso di proscioglimento per infermità psichica l'applicazione in via definitiva della misura presuppone evidentemente un compiuto accertamento circa la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi del fatto di reato». La disciplina censurata – prosegue la Corte – «si riferisce cioè a una fase processuale in cui – proprio alla luce della non definitività degli accertamenti sul fatto – assume particolare rilievo, in relazione alle condizioni di salute dell'indagato infermo di mente, l'esigenza di predisporre forme di cura e cautele adeguate e proporzionate al caso concreto, mediante interventi caratterizzati da flessibilità e discrezionalità, incompatibili con l'automatismo che contrassegna la disposizione in esame».

²³ La Consulta, negli ultimi anni, ha sgretolato l'assolutezza della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare prevista per taluni reati compresi nell'elenco di cui all'art. 275 cod. proc. pen., restituendo al giudice il potere di applicare la misura corrispondente al grado effettivo di pericolo, con conseguente possibilità di acquisire elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure. Ciò che vulnera i principi costituzionali non è la presunzione in sé, ma il suo carattere assoluto, che implica una indiscriminata e totale negazione di rilievo al *principio del minore sacrificio necessario*. Di contro, la previsione di una presunzione solo relativa di adeguatezza della custodia cautelare (atta a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio suggerita da aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi di segno contrario) non eccede i limiti di compatibilità costituzionale. Per ulteriori approfondimenti sul tema si veda: V. MANES, *Lo “sciame dei precedenti” della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 4, 457.

²⁴ Cambiano funzioni e presupposti: la misura di sicurezza richiede gravi indizi di commissione del fatto e la pericolosità sociale, la misura cautelare richiede gravi indizi di colpevolezza e la sussistenza di una concreta e determinata esigenza cautelare. Le misure di sicurezza perseguono una funzione social preventiva in senso sostanziale, le misure cautelari perseguono una funzione strettamente cautelare in senso processuale. Sul punto si veda: Cass. pen., sez. III, 11 luglio 2003, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 487, con nota di F. ALONZI, *Misure cautelari personali e misure di sicurezza provvisorie*.

²⁵ Così M.T. COLLICA, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso*, cit. L'Autrice ripercorre il contenuto dei progetti di riforma del Codice penale sotto lo specifico ambito delle misure di sicurezza.

²⁶ F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit.

²⁷ Corte cost. 5-23 aprile 1974, n. 110, in *Giur. Cost.*, 1974, 779.

²⁸ La revoca anticipata prima del decorso della durata minima originaria era affidata dalla legge al Ministro di giustizia (art. 207, co. 3, cod. pen.). La Corte costituzionale ha però dichiarato illegittima, per violazione degli artt. 13 e 102 Cost., tale disciplina e la legge di riforma dell'ordinamento penitenziario (L. n. 354/1975) ha attribuito la competenza per la revoca anticipata alla sezione di sorveglianza.

Il principio sottostante è quello secondo il quale la misura di sicurezza perdura finché permane la pericolosità sociale; parallelamente, essa deve essere revocata nel momento in cui la pericolosità cessa.

Com'è noto, l'*indeterminatezza* originaria delle misure di sicurezza è strettamente connessa all'impossibilità di conoscere *a priori* il tempo massimo necessario per l'eliminazione della pericolosità nel singolo caso²⁹. Si può, al più, prevedere, con una certa approssimazione basata sulle regole di esperienza, il minimo di tempo necessario. Sicché, una volta ammessa la pericolosità di certi soggetti e l'esigenza della prevenzione speciale, occorre anche accettare quella indeterminatezza necessaria perché la misura assolva la sua funzione special preventiva³⁰. Ed, infatti, il Codice penale prevedeva, per ogni misura, una durata determinata nel minimo e indeterminata nel massimo.

Recentemente, il d.l. n. 52/2014 (convertito dalla l. n. 81/2014) ha statuito che le misure di sicurezza detentive, tanto provvisorie quanto definitive, non sono suscettibili di protrarsi *oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso* (fatta eccezione per i reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo), avuto riguardo alla previsione edittale massima (per la cui determinazione si richiama l'art. 278 cod. proc. pen.).

L'intento del legislatore della riforma è quello di superare il c.d. fenomeno degli "ergastoli bianchi" ovvero la restrizione in ospedale psichiatrico giudiziario a tempo indeterminato (dopo la commissione di reati anche di limitatissima gravità) di soggetti affetti da vizio totale di mente e sottoposti a misure di sicurezza, anche solo provvisorie, perché "socialmente pericolosi"³¹. La *ratio* della norma è quella di impedire che le misure di sicurezza – anche alla luce di come esse sono concretamente eseguite³² – possano avere durata superiore a quella della pena che sarebbe stata irrogata all'autore del reato nel caso in cui questo fosse stato ritenuto imputabile³³. Si vuole evitare il tramutarsi della misura di sicurezza in una privazione della libertà personale a durata sostanzialmente infinita e, come tale, incompatibile con gli artt. 3 Cost. e 5 Cedu³⁴.

Senza entrare nel merito della accesa discussione circa l'opportunità o meno della previsione di tale termine massimo di durata³⁵, si può constatare come si sia in questo modo introdotto un nuovo *automatismo*. E ciò in quanto, stante la retroattività della nuova norma (*ex art. 200, co. 2, cod. pen.*), coloro che, il giorno dell'entrata in vigore della legge (1 giugno 2014), avevano superato il termine massimo di esecuzione della misura di sicurezza, ora previsto, si sono visti revocare *tout court* la misura stessa. Questo è avvenuto a prescindere dalla persistenza ed attualità della loro pericolosità sociale. La legge, infatti, non ha previsto un regime transitorio, né sono stati redatti, per questi soggetti, percorsi terapeutico-riabilitativi individuali di dimis-

²⁹ Sui giudizi periodici di valutazione della pericolosità si veda P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 635.

³⁰ Così F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., 846.

³¹ G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, cit. L'Autore osserva che «un intervento *stricto o lato sensu* punitivo, a tempo indeterminato, parametrato su di un concetto totalmente incerto, indifferente alla gravità di quanto realizzato, operato in un luogo pressoché indifendibile, nell'erosione dei principi di offensività, colpevolezza, proporzione, uguaglianza, e umanità della pena, travolgeva lo stesso modello identitario – e legittimamente fondante – del diritto penale del fatto in uno Stato democratico».

³² La natura coercitiva più che terapeutica dell'ospedale psichiatrico giudiziario e i dubbi sull'adeguatezza di tale istituzione sono denunciati ormai da tempo. Si vedano tra gli altri: U. FURNARI - S. CODA, *Dall'ospedale psichiatrico giudiziario al territorio*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 41 ss.; A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzioni. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997, 89 ss.

³³ La novità legislativa (art. 1, co. 1, lett. b) della l. n. 81/2014) ha anche definitivamente consacrato il generale principio di sussidiarietà della misura del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario (oggi residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, c.d. REMS) o in casa di cura e di custodia (*ex art. 219 cod. pen.*), portando in tal modo a compimento la strada tracciata dalla Corte costituzionale con le sentenze appena esaminate.

³⁴ Sull'evidente grado di afflittività delle misure di sicurezza personali detentive e sui possibili punti di tangenza rispetto alla nozione sostanziale di sanzione penale elaborata a livello europeo, si veda A. MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale"*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2015. L'Autrice ritiene che la novella legislativa abbia intaccato significativamente le basi sistematiche sulle quali si fonda il "doppio binario", giungendo a mettere in discussione la stessa distinzione tra misure di sicurezza e pene detentive. Infatti, se viene meno la necessaria corrispondenza tra l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva e la (perdurante) pericolosità sociale del soggetto e se la durata massima della misura resta in definitiva rapportata non alla pericolosità in concreto, ma alla gravità del reato commesso, il dualismo tra *responsabilità individuale-pena* e *pericolosità sociale-misura di sicurezza* fatica a delinarsi con sufficiente coerenza, tanto teleologica quanto strutturale.

³⁵ G.L. GATTA, *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 (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare)*, in *Dir. pen. cont.*, 6 giugno 2014; F. FIORENTIN, *Al vaglio di costituzionalità i parametri di accertamento della pericolosità sociale dei mentally ill offenders*, cit.

sione, dotati della necessaria graduabilità³⁶.

Stante la sua rigidità, l'introduzione della durata massima alle misure di sicurezza detentive si traduce in un automatismo che solleva i medesimi dubbi propri delle presunzioni prima esaminate. L'esigenza di comminare una sanzione certa anche nel massimo è propria della pena, ma non anche della misura di sicurezza: quest'ultima, come anzidetto, persegue una funzione special preventiva³⁷. In altri termini, la predeterminazione della durata della misura di sicurezza (da parte del legislatore ovvero da parte del giudice), deve fondarsi sulla sussistenza dei presupposti necessari a conferire funzionalità alla relativa misura.

3. La "confisca" da misura di sicurezza patrimoniale a misura punitiva: la questione della graduabilità da parte del giudice.

Si è finora esaminato il settore delle misure di sicurezza personali. Accanto a queste, l'ordinamento conosce le misure di sicurezza patrimoniali³⁸.

Anche rispetto a queste ultime si sono avanzati interrogativi sull'ampiezza del potere discrezionale del giudice penale. Taluni problemi si sono posti, recentemente, con riguardo alla principale misura di sicurezza patrimoniale, ossia la confisca³⁹.

Prima di esaminare la questione, giova fare qualche considerazione sull'istituto della confisca.

Nella struttura originaria del Codice penale, la confisca era disciplinata dall'art. 240 cod. pen.

La norma si colloca nel Capo del Codice penale dedicato alle misure di sicurezza patrimoniali (Capo II del Titolo VIII) in quanto, avendo ad oggetto cose strettamente legate al reato, esplica la funzione, tipica per l'appunto delle misure di sicurezza, di *neutralizzazione* della pericolosità sociale. Per meglio dire, la pericolosità *oggettiva* della cosa passa per "induzione" al soggetto: la disponibilità di cose strumentali alla commissione di reati o di cose provenienti da reati, può costituire incentivo a compiere nuovi reati, mantenendo viva l'attrattiva a delinquere⁴⁰.

Di regola, la confisca è *facoltativa*. Essa può essere ordinata (art. 240, co. 1, cod. pen.) solo nel caso di sentenza di condanna sul presupposto della accertata pericolosità della cosa con riferimento all'uso che il reo può farne avendone la disponibilità⁴¹. È invece *obbligatoria* nei casi indicati dall'art. 240, co. 2, cod. pen. ove la pericolosità della cosa è considerata dal legislatore *in re ipsa*, quindi è presunta⁴². A differenza di quella facoltativa, la confisca obbligatoria può essere disposta anche dal giudice dell'esecuzione.

In entrambi i casi, la *confisca non è comunque graduabile* (a differenza della pena), ossia variabile nel *quantum* in relazione alla colpevolezza o alla gravità del fatto: se la cosa è pericolosa, lo è nella sua totalità, a nulla importando la gravità della condotta posta in essere dal soggetto.

Se questo è il quadro di partenza, bisogna considerare che sono comparse, disseminate nel

³⁶ P. DI NICOLA, *La chiusura degli OPG: un'occasione mancata*, cit. Circa gli effetti della declaratoria di cessazione del termine massimo della misura di sicurezza detentiva dell'OPG, in caso di attuale pericolosità dell'individuo, si sono affermati, dal 1 giugno 2014 ad oggi, due orientamenti. Parte della giurisprudenza, al fine di evitare l'elusione della *ratio* riformatrice, esclude che il giudice possa applicare allo stesso soggetto misure di sicurezza diverse e consente, in caso di perdurante sussistenza della pericolosità, solo la sua segnalazione alle strutture sanitarie territoriali. Altra parte della giurisprudenza, invece, ritiene che, in caso di perdurante pericolosità, il giudice possa applicare la misura della libertà vigilata con prescrizioni.

³⁷ F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., 846.

³⁸ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 844; F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., 857 ss.

³⁹ Sulla esatta classificazione di questo istituto (misura di sicurezza, sanzione *sui generis*, pena accessoria) e sull'impossibilità di ridurre ad unità le diverse ipotesi di confisca previste dall'ordinamento si veda, *ex multis*, S. FURFARO, voce *Confisca*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento ***, Torino, 2005, 203; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 845.

⁴⁰ Per approfondimenti si veda, tra gli altri, M. MASSA, voce *Confisca in diritto e procedura penale*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 981 ss.

⁴¹ E. MUSCO, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990.

⁴² Un dubbio che si pone in relazione alla confisca obbligatoria è quello della sua applicazione in caso di estinzione del reato per intervenuta prescrizione. A detta della recente giurisprudenza europea, ciò impedisce la confisca delle cose che costituiscono il prezzo del reato, atteso che la misura ablativa è prevista non in ragione dell'intrinseca illiceità delle stesse, bensì in forza del loro peculiare collegamento con il reato, il cui positivo accertamento è necessario presupposto (Cass., Sez. I, 20 gennaio 2015, n. 7860, che richiama la sentenza CEDU, 29 ottobre 2013 nel caso *Varvara c. Italia*; Cass., Sez. VI, 6 dicembre 2012-29 aprile 2013, n. 18799; Cass., Sez. VI, 9 febbraio - 2 marzo 2011, n. 8382; in senso conforme Cass., Sez. II, 5 ottobre 2011, n. 39756; contra Cass., Sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 31957, nei casi in cui abbia avuto comunque luogo un accertamento incidentale, equivalente rispetto all'accertamento definitivo del reato, della responsabilità e del nesso pertinenziale tra oggetto della confisca e reato). Si veda, recentemente: Corte cost. 14 gennaio - 26 marzo 2015, n. 49, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 5, 531 (1), con nota di M.T. SEMPREVIVA, *Lottizzazioni abusive e confische*.

Codice penale e nella legislazione speciale, nuove ipotesi di confisca⁴³, caratterizzate dall'obbligatorietà della loro applicazione e, sovente, anche dalla previsione nella loro versione "per equivalente" (o confisca di valore) – che permette di espropriare somme di denaro, beni e altre utilità in misura proporzionata al prezzo o al profitto del reato, in assenza di qualsiasi prova di un rapporto di pertinenzialità tra i beni appresi e il fatto illecito cui si riferisce la sentenza di condanna –. Queste caratteristiche fanno sì che le nuove confische si allontanino dalla definizione dogmatica di "misura di sicurezza", per essere ricondotte all'area della tutela assicurata dalle norme costituzionali e sovranazionali alle "measure punitive"⁴⁴.

Ne consegue che, per queste, si pongono problemi di ragionevolezza e proporzionalità analoghi a quelli che segnano le pene principali, non solo in termini di *facoltatività-obbligatorietà* della confisca ma anche in termini di *graduabilità qualitativa-quantitativa* della stessa. In altri termini, nel momento stesso in cui si riconosce alla "confisca" natura afflittiva (e non preventiva), ecco che essa acquista tutti i caratteri della pena sicché deve rapportarsi alla colpevolezza dell'agente e alla gravità del reato, per essere, infine, graduabile nel *quantum* da parte del giudice⁴⁵.

La questione della riconoscibilità al giudice penale della discrezionalità nella determinazione del *quantum* della confisca si è posta recentemente con riguardo alla confisca prevista dall'art. 187-*sexies*, co. 1 e 2, del d.lgs. n. 58/1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria)⁴⁶. In breve, tale norma dispone l'obbligatorietà della confisca (anche "per equivalente") di prodotto, profitto e dei beni utilizzati per commettere gli illeciti ivi richiamati (abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato).

Il giudice rimettente aveva posto in luce l'afflittività esorbitante della misura in un contesto nel quale è normale che vengano impiegate grandi somme per conseguire illecitamente un profitto che, per quanto eventualmente cospicuo, rappresenta pur sempre una porzione molto ridotta del capitale investito⁴⁷.

Stante la natura "punitiva" di questa confisca⁴⁸, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale della stessa dal momento che non si consente al giudice di decidere il *quantum* delle somme confiscabili⁴⁹.

La Corte costituzionale, nel dichiarare l'inammissibilità della questione, ha affermato che «nell'attuale panorama ordinamentale, la confisca – tanto penale che amministrativa – è sempre e soltanto una misura "fissa". L'alternativa "di sistema" al regime dell'obbligatorietà è quella della facoltatività»⁵⁰. In altre parole, la confisca può essere disposta o meno: ma, se disposta, colpisce comunque nella loro interezza il bene o i beni che ne costituiscono l'oggetto

⁴³ Tra le prime, si pensi all'art. 644 cod. pen. in tema di usura, all'art. 600-*septies* cod. pen. in materia di delitti contro la personalità individuale, all'art. 270-*bis* cod. pen. per il reato di associazione con finalità di terrorismo, agli artt. 322-*ter* e 335-*bis* cod. pen. nell'ambito dei delitti contro la PA. Tra le seconde, si può ricordare l'art. 12-*sexies* del d.l. n. 306/1992 (conv. l. n. 356/1992) sulla c.d. confisca "allargata", l'art. 301 del d.P.R. n. 43/1973 in materia di contrabbando, l'art. 19 del d.lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche.

⁴⁴ S. FURFARO, voce *Confisca*, cit., 202. Esclusa la possibilità che, salvo casi determinati, le cose possano avere una pericolosità in sé e rilevato come, in altri casi, contrariamente ad ogni criterio di necessario accertamento in concreto, la pericolosità è considerata *a priori* dal legislatore, la scelta che vuole la confisca sempre e comunque una misura di sicurezza appare più dettata da esigenze classificatorie che da motivazioni che riflettano effettivamente gli aspetti che essa, di volta in volta, assume.

⁴⁵ Le perplessità di ordine costituzionale per la preclusione di ogni potere discrezionale del giudice nella valutazione quantitativa della misura ablatoria della confisca obbligatoria riflettono un dubbio presente nella dottrina penalistica, in questo senso si vedano: A. ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, 943; F. SGUBBI, *L'abuso di informazioni privilegiate*, in F. SGUBBI - D. FONDAROLI - A.F. TRIPODI, *Diritto penale dei mercati finanziari - Lezioni*, Padova 2008, 54 ss. Nella manualistica si veda A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, II, Padova, 2008, 241.

⁴⁶ Per approfondimenti si vedano V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *questa Rivista*, 1-2012, 107; E. AMATI, *La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 2, 151; F.E. SANTONASTASO, *Abusi di mercato e confisca obbligatoria degli «strumenti finanziari movimentati» (art. 187-*sexies* d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58): inammissibilità della questione di legittimità costituzionale per mancata graduazione della sanzione, il cui accoglimento realizzerebbe una «novità di sistema»*, in *Giur. cost.*, 2012, 6, 4072B; G. PETRONI, *La confisca negli abusi di mercato: profili di (il)legittimità costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2012, I, 89.

⁴⁷ G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in R. GAROFOLI, T. TREU (a cura di), *Il libro dell'anno del diritto 2014*, Roma, 2014.

⁴⁸ In questo senso, D. FONDAROLI, *Sanzioni amministrative accessorie e confisca*, in F. SGUBBI - D. FONDAROLI - A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., 130.

⁴⁹ I profili di irragionevolezza messi in evidenza dal giudice rimettente concernevano, anzitutto, il carattere obbligatorio della confisca conseguente alla commissione dell'illecito amministrativo (specie con riferimento ai beni utilizzati per commettere l'illecito), specialmente se posto a confronto con la facoltatività prevista invece per le corrispondenti figure delittuose (art. 187 cit.). In secondo luogo, apparivano sproporzionate le conseguenze economiche derivanti dalla confisca rispetto all'ammontare, pur rilevante, della sanzione amministrativa pecuniaria edittale. Non infrequente era, infatti, la situazione per cui, al conseguimento di un profitto non particolarmente ingente, si accompagnava l'utilizzazione di mezzi economici – e, dunque, di valori da confiscare obbligatoriamente – per importi molto consistenti e, soprattutto, totalmente disancorati dal rapporto di proporzione con il profitto stesso.

⁵⁰ Corte cost. 5-15 novembre 2012, n. 252, in *www.giurcost.org*.

tipico, senza alcun potere discrezionale del giudice.

Accogliere la richiesta del rimettente, giustificata dalla concezione “sanzionatoria” della misura, a detta della Corte, avrebbe significato introdurre un innovativo “terzo regime”, a carattere intermedio, che avrebbe consentito all’autorità amministrativa o al giudice non già di decidere se disporre o meno la misura ma di decidere il *quantum* della stessa⁵¹. Si consideri, inoltre, che così facendo, si andrebbe in contro a una seconda difficoltà: quella di stabilire la “cornice” (valore massimo e minimo) entro la quale poter graduare la confisca. L’individuazione di tali limiti è *proprium* del legislatore.

L’esito della pronuncia non esclude, in astratto, la proponibilità di una nuova questione di legittimità costituzionale. Del resto, la stessa Corte costituzionale ha definito il problema «in sé reale e avvertito, da sottoporre all’attenzione del legislatore».

La nuova questione, però, potrà al più essere tesa a trasformare la misura ablativa in esame (art. 187-*sexies* cit.) da obbligatoria a facoltativa, sì che l’irragionevolezza della sanzione comminata sarebbe “bilanciata” dal margine di discrezionalità riconosciuto al giudice in sede di valutazione della gravità del fatto concreto⁵².

4.

Riflessioni conclusive.

Come esaminato, non sono pochi i casi in cui la Corte costituzionale è intervenuta a correggere o eliminare *presunzioni* e *automatismi* nell’ambito delle misure di sicurezza.

I problemi maggiori si sono posti, come visto, nell’ambito delle misure di sicurezza personali detentive, stante l’incisione diretta sulla libertà personale del singolo. Solo di recente la questione della discrezionalità, sotto forma di graduabilità nel *quantum*, ha interessato la confisca, seppur nei termini e con le specificità e peculiarità del caso menzionato.

La ragione dell’introduzione di automatismi nell’ambito delle misure di sicurezza è probabilmente connessa alla difficoltà di spiegare, in uno Stato democratico, l’esistenza di istituti *lato sensu* punitivi – perché comunque restrittivi di libertà fondamentali – parametrati su un concetto incerto – quello di “pericolosità sociale” –, indifferente alla gravità di quanto realizzato e rapportato ad un giudizio prognostico di difficile controllo.

Sono sottese due contrapposte esigenze costituzionali che richiedono un bilanciamento⁵³. L’unico modo per realizzarlo è attraverso il riconoscimento di una certa discrezionalità al giudice penale⁵⁴; discrezionalità controllabile mediante la predisposizione di un elenco ordinato di *criteri fattuali* che il giudice dovrà considerare nella valutazione del caso concreto e dell’obbligo di una puntuale e trasparente *motivazione*.

Le sentenze esaminate costituiscono un significativo esempio di una tendenza sempre più frequente nella giurisprudenza costituzionale: quella della dichiarazione di illegittimità di norme che impongono vincoli troppo rigidi ai giudici, precludendo loro di effettuare un bilanciamento in concreto, collegato alle esigenze del caso concreto.

Non è questa la sede per richiamare i diversi esempi di automatismi sottoposti al vaglio della Consulta che hanno interessato la commisurazione della pena e l’applicazione di benefici e misure alternative in sede di esecuzione⁵⁵. È sufficiente osservare che il tratto unificante della multiforme produzione giurisprudenziale sul tema del “delinquente pericoloso” consiste nella resistenza opposta a ogni forma *assoluta* di presunzione. Attraverso le scelte interpretative, o il ricorso all’incidente di costituzionalità, si manifesta la tendenza a risolvere il problema del

⁵¹ Per questo verso, l’intervento richiesto assume, dunque, il carattere di una “novità di sistema”: circostanza che lo colloca al di fuori dell’area del sindacato di legittimità costituzionale, per rimetterlo alle eventuali e future soluzioni di riforma, affidate in via esclusiva alle scelte del legislatore. E. AMATI, *La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzione*, cit.

⁵² Così E. AMATI, *La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzione*, cit.

⁵³ Sulla tecnica del bilanciamento degli interessi, si vedano L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d’eguaglianza*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985, 613 ss.; A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1994, 3, ss.; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 42 ss.

⁵⁴ Ciò determina il passaggio a un diritto fortemente esposto alla pressione dei “casi della vita”, nel quale il ruolo del giudice viene ad essere determinante. Con tutte le conseguenze che questo produce, in termini di concentrazione di pressioni e richieste sul potere giudiziario, che sono sotto gli occhi di tutti. In questi termini: T. GROPPPI, *La sentenza n. 253 del 2003: la Corte e il “diritto mite”*, in *Quaderni Costituzionali*, 29 luglio 2003.

⁵⁵ Molteplici esempi di questa tendenza sono riscontrabili, negli ultimi anni, in sede di commisurazione della pena (pene “fisse”, limiti al bilanciamento di circostanze, pene accessorie) e di esecuzione penale (divieti automatici alla concessione di benefici penitenziari e misure alternative). Per approfondimenti si veda G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, cit.; G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, cit.

trattamento differenziato in un recupero della discrezionalità⁵⁶.

Certo è, che la discussione sui vincoli apposti alla discrezionalità giudiziale nella definizione del trattamento sanzionatorio dei singoli casi concreti, anche per ciò che concerne il profilo delle misure di sicurezza, è da sempre presente nel dibattito penale. Lo conferma l'analizzata giurisprudenza sulle misure di sicurezza personali (risalente agli anni Settanta) e lo sottolinea la dottrina con riguardo agli elementi di novità menzionati – durata delle misure di sicurezza detentive e nuove forme di confisca – , rispetto ai quali non si escludono nuovi ed ulteriori interventi normativi o giurisprudenziali.

⁵⁶ G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, cit.