

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza



LA CUSTODIA DI SICUREZZA NELL'ORDINAMENTO TEDESCO

Relatore:

Chiar.mo Prof. Francesco VIGANÒ

Correlatore:

Dott.ssa Chantal MELONI

Tesi di Laurea di:

Federica RECANELLO

Matr. n. 722760

Anno Accademico 2011-2012

Ai miei genitori

“ I giovani che usciranno dalle facoltà giuridiche porteranno con sé l’orgoglio di essere chiamati nella società, come avvocati o come giudici, a una missione così alta com’è quella dell’applicazione della legge. E qualunque sia il vostro partito, dovete sentire che vi è nello Stato una forza superiore ai partiti, che è la giustizia; e dev’esser per voi impegno d’onore impedire che le ire di parte la sfiorino, che gli intrighi di corridoio la corrompano, che le ambizioni dei politicanti l’avvelenino.”

Pietro Calamandrei, *Governo e magistratura*, discorso letto il 13 Novembre 1921 per la solenne inaugurazione degli Studi nell’aula magna della regia Università di Siena.

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	I
-------------------	---

CAPITOLO I

LE ORIGINI DELLA *SICHERUNGSVERWAHRUNG* NELL'ORDINAMENTO TEDESCO E IL RECEPIMENTO NEL SISTEMA DEMOCRATICO

1. L'introduzione della <i>Sicherungsverwahrung</i> (custodia di sicurezza).....	2
1.1. Il dibattito fra la scuola classica e la <i>moderne Schule</i> di Franz von Listz	4
1.2. Il progetto preliminare di codice penale svizzero elaborato da Stooss nel 1893	8
1.3. I progetti di riforma del codice penale tedesco all'inizio del Novecento e il contributo di Exner	10
1.4. La legge contro i delinquenti abituali pericolosi e sulle misure di sicurezza e miglioramento del 24 novembre 1933	16
1.4.1. <i>Relazione con il regime nazionalsocialista</i>	16
1.4.2. <i>Il nuovo § 20: il riconoscimento della qualifica di delinquente abituale pericoloso e l'aumento della pena detentiva</i>	17
1.4.3. <i>§ 42: Maßregeln der Sicherung und Besserung</i>	19
1.5. Misure contro gli autori pericolosi nel periodo di apice del regime nazionalsocialista	23
1.6. Prime considerazioni della dottrina sulla portata pratica della <i>Sicherungsverwahrung</i>	24
1.6.1 <i>Effetti della Sicherungsverwahrung sul piano della prevenzione speciale</i>	25
1.6.2 <i>Effetti della Sicherungsverwahrung sul piano della prevenzione generale</i>	26
2. La <i>Sicherungsverwahrung</i> nel secondo dopoguerra	27
3. Il superamento del codice del 1871.....	28
3.1. La prima fase del processo di riforma: il progetto del 1962.....	28
3.2. La seconda fase del processo di riforma: <i>Alternativ-Entwurf</i> del 1966.....	31

3.2.1. § 69 dell' Alternativ Entwurf : la misura di sicurezza della sozialtherapeutische Anstalt	34
3.3. La terza fase del processo di riforma	37
3.3.1. Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts del 1969	37
3.3.2. Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts	40
3.4. Il codice penale del 1975: la disciplina della Sicherungsverwahrung al termine delle riforme.....	40
3.4.1. § 65 Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt.....	45

CAPITOLO II

IL CONSOLIDAMENTO DELLA SICHERUNGSVERWAHRUNG NELLE RECENTI RIFORME LEGISLATIVE

1. L'ampliamento dell'istituto della Sicherungsverwahrung: le linee direttrici e la rinascita del "pensiero securitario"	50
2. Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten del 26 gennaio 1998.....	52
2.1. Il contenuto della riforma in merito alla Sicherungsverwahrung.....	55
2.1.1. § 66 StGB: i presupposti per l'ordine di Unterbringung in der Sicherungsverwahrung.....	56
2.1.2. § 67d.3 l'abolizione retroattiva del termine decennale massimo di durata della Sicherungsverwahrung.....	58
2.2. La pronuncia del Bundesverfassungsgericht del 3 dicembre 1998.....	61
3. Gli interventi legislativi dei Länder	63
3.1. Bayern: Das Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern del 24 dicembre 2001	65
3.2. Sachsen-Anhalt: Das Gesetz über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Personen zur Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung del 6 marzo 2002.....	67

4. Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung del 21 agosto 2002	68
4.1. § 66a: Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung.....	69
5. Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die Sexuelle Bestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften del 27 dicembre 2003	71
6. L'intervento del Bundesverfassungsgericht	73
6.1. La sentenza del 5 febbraio 2004	73
6.1.1. Sicherungsverwahrung e dignità umana.....	74
6.1.2. Sicherungsverwahrung e libertà personale	77
6.1.3. Sicherungsverwahrung e divieto di retroattività in materia penale	79
6.2. La sentenza del 10 febbraio 2004	84
7. Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung del 23 luglio 2004	86
8. La visita in Germania della “European Committee for the Prevention of the Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment” del 2005	91
9. Il Bundesverfassungsgericht sancisce la legittimità della custodia di sicurezza postuma.....	93
10. Das Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung del 13 aprile 2007	100
11. Il Report del commissario europeo per i diritti umani del 2007	102

CAPITOLO III

LA CUSTODIA DI SICUREZZA AL VAGLIO DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

1. La Corte Europea dei diritti dell'uomo si pronuncia per la prima volta in materia di Sicherungsverwahrung: M. c. Germany	106
1.1. La conformità del prolungamento della custodia di sicurezza a tempo indeterminato rispetto ai parametri dell'art. 5 CEDU.....	111
1.2. Il principio <i>nulla poena sine lege</i> di cui all'art. 7 comma 1, II parte CEDU con riferimento alle misure di sicurezza e al caso di specie.....	118

1.3 Impatto della sentenza CEDU <i>M. vs. Germany</i>	124
1.3.1. <i>La validità delle sentenze CEDU nell'ordinamento tedesco</i>	126
1.3.2. <i>Le reazioni della dottrina: la sentenza della Corte Europea di diritti dell'uomo travolge anche la validità della custodia di sicurezza postuma?</i>	153
1.3.3. <i>Il contrasto giurisprudenziale sull'esecuzione nell'ordinamento interno di M. c. Germany</i>	156
2. La visita in Germania della “European Committee for the Prevention of Torture and inhuman or degrading treatment or punishment” del 2010	160
3. Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung del 22 dicembre 2010	163
4. La Corte europea dei diritti dell'uomo torna a pronunciarsi in materia di Sicherungsverwahrung	176
4.1. I casi Kallweit, Mateus e Schummer	176
4.2. Il caso Haidn	188
4.3. Il caso Jendrowiak	191
5. La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 4 maggio 2011	193
5.1. Il rapporto fra CEDU e diritto nazionale	196
5.2. La compatibilità della disciplina della custodia di sicurezza con il diritto alla libertà personale.....	199
5.3. La compatibilità della disciplina della custodia di sicurezza con la garanzia della tutela dell'affidamento	205
5.4. La dichiarazione di incompatibilità	210

CAPITOLO IV

PROSPETTIVE DI RIFORMA

1. Impatto della sentenza della sentenza del Bundesverfassungsgericht del 4 maggio 2011 in ambito politico e dottrinale	213
1.1. Valutazione critica della sentenza.....	214
1.2. Il progetto di riforma del 2012 della disciplina della <i>Sicherungsverwahrung</i>	223
2. Considerazioni conclusive	230

2.1. La sfiducia nell'idea di prevenzione speciale positiva alla base delle scelte di politica criminale	230
2.2. Il pericolo di un <i>Etikettenschwindel</i>	243
2.3. Come modulare la disciplina della custodia di sicurezza in modo da garantire il rispetto dei diritti individuali?.....	245
2.4. “Il concetto di pericolosità è un concetto pericoloso”	249
ALLEGATO	253
BIBLIOGRAFIA	269
RINGRAZIAMENTI	285

INTRODUZIONE

Con il presente scritto ci si propone di analizzare l'evoluzione della *Sicherungsverwahrung* (custodia di sicurezza) nell'ordinamento tedesco, alla luce delle recenti riforme intervenute in Germania e dell'onda, che sta investendo alcuni sistemi giuridici europei, di riscoperta del sistema del doppio binario come strumento per il controllo dell'autore imputabile: verrà posta particolare attenzione al profilo problematico di questo fenomeno, ovvero la compatibilità di tale strumento (la cui legittimazione è sganciata dalla colpevolezza e ancorata alla sola pericolosità del soggetto) con il sistema delle garanzie individuali.

Nel Capitolo I si approfondirà in *primis* la discussione sull'autore imputabile e sulle strategie preventive di intervento sviluppatasi già alla fine dell'Ottocento tra la sanzione criminale preventiva della scuola positiva e la pena di scopo di Franz von Liszt. Successivamente si farà accenno al progetto di riforma del codice penale svizzero di Stooss del 1893 e alle teorie elaborate da Exner nei primi anni del Novecento, mettendo in evidenza l'apporto di questi due giuristi al dibattito circa l'introduzione delle misure di sicurezza.

Sempre nel primo Capitolo si ripercorrerà la storia della nascita della custodia di sicurezza in Germania, dalla sua introduzione nel 1933 ad opera del regime nazionalsocialista, fino alle leggi di riforma del codice penale degli anni Settanta, evidenziando in particolar modo come la *Sicherungsverwahrung*, nonostante la collocazione temporale della sua introduzione, non possa essere considerata manifestazione della politica criminale nazista.

Riportando gli studi di politica criminale svolti dalla dottrina si metteranno poi in luce i primi effetti dell'introduzione del doppio binario nell'ordinamento tedesco.

Nel Capitolo II si descriverà il fenomeno di *progressivo* ampliamento dell'istituto della custodia di sicurezza che, dagli anni Novanta, interessa la Germania, dando particolare attenzione alle posizioni assunte dal *Bundesverfassungsgericht*.

In primo luogo si vedrà come la graduale sfiducia nell'idea di prevenzione speciale positiva e la contestuale esigenza di potenziare gli strumenti di prevenzione speciale negativa abbiano spinto nel 1988 il legislatore verso una prima riforma della custodia di sicurezza tramite la quale è stato abolito il termine massimo di durata della misura in analisi, dando poi successivamente particolare rilievo alla posizione assunta in merito a questa riforma dai giudici costituzionali con la pronuncia del dicembre 1998.

In secondo luogo si analizzeranno le iniziative di riforma di alcuni *Länder* che, nel tentativo di rafforzare gli strumenti penali di controllo degli autori pericolosi, hanno approvato fra il 2001 e il 2002 alcune leggi tramite le quali hanno reso possibile disporre l'internamento in un momento successivo alla sentenza di condanna: lo studio di queste leggi verrà focalizzato sulla compatibilità di tali disposizioni con il principio di intangibilità del giudicato.

In terzo luogo si esaminerà la legge sull'introduzione della *vorbehaltenen Sicherungsverwahrung* osservando in particolar modo come il legislatore, rendendo possibile ordinare la custodia di sicurezza a coloro che manifestino la loro pericolosità in un momento successivo alla condanna, abbia radicalmente riformato questo istituto, allo scopo di coprire le lacune di tutela nel controllo della pericolosità dell'autore lasciate scoperte dalla disciplina della custodia di sicurezza primaria.

Successivamente si ripercorreranno le argomentazioni tramite le quali, nel 2004, il *Bundesverfassungsgericht* ha dichiarato compatibile con il *Grundgesetz* la riforma della custodia di sicurezza del 1998, e per mezzo delle quali ha dichiarato l'incostituzionalità delle leggi dei *Länder* che rendevano possibile ordinare l'internamento in un momento successivo alla sentenza di condanna.

Infine si analizzerà la legge del 2004 tramite la quale il legislatore tedesco ha introdotto nel codice penale la custodia di sicurezza postuma, che costituisce la misura più invasiva del sistema sanzionatorio tedesco, esaminando anche la pronuncia del 2006 dei giudici di Karlsruhe, tramite la quale è stata sancita la legittimità di questa disposizione.

Questo rinnovato interesse del sistema penale tedesco per l'autore pericoloso si è quindi tradotto in una produzione normativa che ha messo in campo strumenti di controllo preventivo attraverso la strategia del doppio binario: tali strumenti hanno attirato l'attenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo, attenta a ricercare una truffa delle etichette e a garantire il rispetto dei diritti individuali. Il Capitolo III sarà quindi in *primis* dedicato soprattutto all'analisi delle sentenze pronunciate dai giudici di Strasburgo fra il 2009 e il 2011: verranno messe in particolare evidenza quelle argomentazioni della Corte che consentono di definire le condizioni minime di legittimità del controllo dell'autore pericoloso.

Infine ci si occuperà della sentenza del 4 maggio 2011 del *Bundesverfassungsgericht* con la quale i giudici costituzionali hanno dichiarato incostituzionali le disposizioni in materia di custodia di sicurezza: verranno indisse in evidenza le argomentazioni tramite le quali i giudici costituzionali, in ragione della recente evoluzione giurisprudenziale avvenuta a livello europeo, hanno riconosciuto che la normativa attuale si è sviluppata senza un approccio complessivo orientato alla risocializzazione dell'autore, ledendo il diritto alla libertà personale e la tutela dell'affidamento.

Il IV Capitolo verrà suddiviso in due parti: nella prima parte verranno riportate le principali critiche dottrinali alla sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 4 maggio 2011, e verrà analizzato il nuovo progetto di legge del 2012 in materia di custodia di sicurezza. Nella seconda parte si esamineranno i profili problematici di politica criminale che hanno accompagnato la custodia di sicurezza nella sua evoluzione, concentrandosi poi in particolar modo sul rischio di una truffa delle etichette e sul problema della prognosi di pericolosità.

Milano, 12 settembre 2012

CAPITOLO I

LE ORIGINI DELLA *SICHERUNGSVERWAHRUNG* NELL'ORDINAMENTO TEDESCO E IL RECEPIMENTO NEL SISTEMA DEMOCRATICO

SOMMARIO: 1. L'introduzione della *Sicherungsverwahrung* - 1.1. Il dibattito fra la scuola classica e la *moderne Schule* di Franz von Listz - 1.2. Il progetto preliminare di codice penale svizzero elaborato da Stooss nel 1893 - 1.3. I progetti di riforma del codice penale tedesco all'inizio del Novecento e il contributo di Exner - 1.4. La legge contro i delinquenti abituali pericolosi e sulle misure di sicurezza e miglioramento del 24 novembre 1933 - 1.4.1. Relazione con il regime nazionalsocialista - 1.4.2. § 20: il riconoscimento della qualifica di delinquente abituale pericoloso e l'aumento della pena detentiva - 1.4.3. § 42: *Maßregeln der Sicherung und Besserung* - 1.5. Misure contro gli autori pericolosi nel periodo di apice del regime nazionalsocialista - 1.6. Prime considerazioni della dottrina sulla portata pratica della *Sicherungsverwahrung* - 1.6.1. Effetti della *Sicherungsverwahrung* sul piano della prevenzione speciale - 1.6.2. Effetti della *Sicherungsverwahrung* sul piano della prevenzione generale - 2. La *Sicherungsverwahrung* nel secondo dopoguerra - 3. Il superamento del codice del 1871 - 3.1. La prima fase del processo di riforma: il progetto del 1962 - 3.2. La seconda fase del processo di riforma: *Alternativ Entwurf* del 1966 - 3.2.1. § 69 dell'*Alternativ-Entwurf*: la misura di sicurezza del *sozialtherapeutische Anstalt*- 3.3. La terza fase del processo di riforma - 3.3.1. *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts* del 1969 - 3.3.2. *Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts* - 3.4. Il codice penale del 1975: la disciplina della *Sicherungsverwahrung* al termine delle riforma - 3.4.1. § 65 *Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt*

1. L'introduzione della *Sicherungsverwahrung* (custodia di sicurezza)

Il principio del doppio binario (*Zweipürigkeitssystem*) fece ingresso nell'ordinamento tedesco il 24 novembre 1933 con la "legge contro i delinquenti abituali pericolosi e sulle misure di sicurezza e miglioramento" (*Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*) che inserì nel codice penale numerose disposizioni concernenti le misure di miglioramento e di sicurezza (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*) fra le quali si collocò la custodia di sicurezza (*Sicherungsverwahrung*).

Il principio del doppio binario è caratterizzato dalla presenza di *pene retributive* e di *misure di sicurezza*. Le prime hanno una durata predeterminata e sono proporzionate alla gravità del fatto e alla colpevolezza del soggetto; le seconde presentano un contenuto preventivo e di difesa sociale, sono rapportate alla pericolosità del soggetto (ossia alla probabilità di commissione di nuovi reati), e non hanno una durata predeterminata, perché sono destinate a protrarsi con il perdurare della pericolosità sociale, la cui persistenza o cessazione va accertata attraverso il riesame periodico della pericolosità¹.

L'introduzione delle misure di sicurezza va analizzata sia dal punto di vista della legittimazione dello Stato al ricorso allo strumento sanzionatorio, sia dal punto di vista dell'efficacia e effettività degli strumenti stessi prescelti dallo Stato a difesa della collettività.

Sul piano della legittimazione dello Stato al ricorso dello strumento sanzionatorio, le risposte sono differenti in base alle diverse *teorie della pena*, fra le quali si distinguono quella retributiva, quella generalpreventiva e quella specialpreventiva.

Secondo la *teoria retributiva* la pena statutale si legittima come un male inflitto dallo Stato per compensare un male che un uomo ha inflitto alla società o a

¹ H. KAMMEIR, *MaßregelVollzugsrecht. Kommentar*, Berlin-New York 2010, pagg 34 ss.

un altro uomo: essa si qualifica come assoluta, perché disinteressata agli effetti della pena e svincolata da qualsiasi fine da raggiungere.

La *teoria generalpreventiva* legittima la pena come strumento per orientare i comportamenti e le scelte della generalità dei destinatari: essa fa leva sugli effetti intimidatori collegati al carattere affittivo della pena, e sul carattere di orientamento culturale.

La *teoria specialpreventiva* giustifica la pena come strumento per prevenire che l'autore del reato ne commetta altri in futuro: questo fine può essere perseguito tramite la risocializzazione, l'intimidazione e la neutralizzazione².

Come sostenuto da autorevole dottrina è incontrovertibile che *“il problema della misura della misura di sicurezza, nella sua genesi, appaia soprattutto come un capitolo particolare della questione della teoria della pena ed in questa trova un suo punto d'ancoraggio”*. In particolare si ritiene che momento fondamentale della genesi delle misure di sicurezza sia la separazione fra la prevenzione speciale e quella generale³.

Sul piano dell'efficacia ed effettività della pena, i sostenitori del principio del doppio binario affermano che gli interessi dello Stato, di natura protettiva e di natura sanzionatoria, non possano essere soddisfatti in maniera esaustiva con l'impiego della sola pena: l'inflizione di questa ultima infatti richiede, a garanzia del singolo cittadino, la presenza del requisito di colpevolezza, che include una serie di presupposti di natura soggettiva che consentono di muovere all'agente un rimprovero per aver commesso il fatto anti giuridico.⁴

Se da un lato, l'autore di un comportamento incolpevole non può quindi essere punito nonostante sia richiesta una reazione dello Stato a protezione della collettività, dall'altro, può essere sottoposto ad una particolare misura, al fine di neutralizzare la sua pericolosità e facilitare la reintegrazione nella società. A ciò

² G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *cit.*, 2006 pag 4.

³ E. MUSCO, *cit.*, pag 31.

⁴ G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *cit.*, pag 244.

servono le misure di sicurezza, poste accanto alle pena: completano gli strumenti di reazione a disposizione dello Stato per combattere la criminalità.⁵

1.1 Il dibattito fra la scuola classica e la *moderne Schule* di Franz von Listz

In Germania, come in Italia, l'introduzione delle misure di sicurezza si collocò all'interno del più ampio dibattito circa la funzione della pena fra la *scuola penalistica classica*, sostenitrice del diritto penale retributivo, e la *scuola moderna* propensa ad un ripensamento del sistema penalistico in chiave preventiva.

La scuola penalistica classica si sviluppò in pieno Illuminismo come risposta alla situazione politica, sociale e giuridica in cui si trovava l'Europa, e si fece portatrice della battaglia contro il sistema penale allora vigente caratterizzato dall'uso della tortura e dalla ferocia delle pene. I principi alla base di questa dottrina erano:

- a) il delinquente è un uomo uguale a tutti gli altri;
- b) la condizione e la misura della pena sono date dall'esistenza e dal grado del libero arbitrio;
- c) la pena ha funzione etico-retributiva del male commesso, perciò deve essere assolutamente proporzionata al reato, afflittiva, personale, determinata e inderogabile⁶.

Questo indirizzo, che fece propria una visione metafisica del diritto, si fondò sul dogma della libertà della volontà umana (*Dogma der Freiheit des menschlichen Willens*), sul libero arbitrio: da questo concetto si sviluppò la concezione della responsabilità degli uomini per i loro comportamenti, che si tradusse, nel campo del diritto penale, nel concetto di colpa (*Schuld*), castigo (*Sinne*) e retribuzione

⁵ A. ESER, *cit.*, pag 241.

⁶ *L'altro diritto - Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità, cit.*; v. anche F. CARRARA, *cit.*, pag 10.

(*Vergeltung*).⁷ La natura della pena è quindi retributiva, perché concepita come castigo per il male commesso da infliggere a quell'uomo che ha volontariamente e consapevolmente scelto la violazione della norma, nonostante agli abbia avuto la possibilità di sceglierne l'osservanza. Se da una parte è quindi manifestazione dell'autorità statale, dall'altra ne costituisce una limitazione, in quanto la legge ne determina le condizioni e l'estensione. La Scuola classica si propose quindi di rivendicare e proteggere i diritti individuali contro gli abusi e i soprusi dell'autorità nell'amministrazione della giustizia penale.

Il primo fattore della crisi della scuola classica si riscontrò nell'incapacità di questa scuola di dare spiegazioni circa il crescente fenomeno di criminalità; inoltre, l'affermarsi del metodo di indagine induttivo-sperimentale e la necessità di ricreare un equilibrio fra le garanzie individuali e garanzie sociali portarono allo sviluppo, nel XIX secolo, della scuola positiva⁸, che si fece invece sostenitrice del principio cardine in base al quale l'unica plausibile e ragionevole spiegazione di tutti i fenomeni, fisici e psichici, individuali e sociali, consiste nel *principio di causalità*.

In base a questa premessa, il delitto è il prodotto non di una scelta libera e responsabile del soggetto, ma di un triplice ordine di cause: antropologiche, fisiche e sociali⁹. Il reato è un fenomeno naturale e sociale, un fatto umano individuale, indice rivelatore di una personalità socialmente pericolosa. L'attenzione si spostò quindi dal *fatto* criminoso alla *personalità* del delinquente in concreto, e si focalizzò sull'analisi delle probabilità del soggetto di commettere fatti criminosi¹⁰.

La critica più celebre alla dottrina elaborata dalla scuola classica provenne tuttavia dal rappresentante della scuola moderna tedesca, Franz v. Liszt: nel suo illustre "Programma di Marburgo" del 1882, egli criticò l'inadeguatezza della pena retributiva perché essa, riferita al passato (*vergangenheitsbezogen*), è connessa alla responsabilità del reo, mentre dovrebbe guardare anche al futuro (*zukunftsbezogen*)

⁷ A. ESER, *cit.*, pag 223.

⁸ R.A. FROSALI, *cit.*, pagg 36-37.

⁹ Per un approfondimento v. E. FERRI, *cit.*

¹⁰ F. MANTOVANI, *cit.*, pagg 562 ss.

con lo scopo di proteggere la collettività¹¹. Egli tracciò quindi una nuova concezione della pena, la *Zweckstrafe* (pena di scopo), frutto dell'applicazione dell'idea di scopo al diritto penale, e del processo di obiettivizzazione della pena nella concezione primitiva¹².

Lo scrittore tedesco definì la pena primitiva come *azione istintiva*, vale a dire nel senso negativo di “*reazione cieca, determinata ed adeguata soltanto agli istinti ed agli impulsi*”, e nel senso positivo di “*manifestazione della tendenza dell'individuo all'autoaffermazione, all'individuale autoconservazione e perciò forse sostanzialmente alla conservazione della specie*”. È proprio in questo punto che si inserì l'idea dello scopo: ogni evoluzione dell'umanità si concretizza nel *subentrare* dell'azione generata dalla volontà alla primitiva azione guidata dall'istinto. L'azione generata dalla volontà è quella diretta al raggiungimento di uno scopo: traslato il concetto sulla pena, ciò comporta una sua qualificazione in termini di “azione istintiva conforme allo scopo”.

In secondo luogo, affinché dalla pena possa essere eliminato il carattere istintivo e meramente vendicativo, è necessario il processo che Listz definì di “*obiettivizzazione*”: solo se la titolarità della funzione punitiva passa dalle mani di singoli interessati, e quindi parziali, a quella di terzi imparziali, è possibile adattare l'idea di pena a quella di scopo, mettendola al servizio dei beni giuridici.

Franz v. Listz si rifiutò di cercare una giustificazione della pena sul piano della metafisica, e cercò di delineare una serie di *obiettivi* di tipo terreno, il cui raggiungimento sarebbe stato manifestazione dell'idea di scopo applicata alla pena. Egli considerò la coercizione come strumento più opportuno in vista delle esigenze di protezione della collettività.

La coercizione è intesa come lesione o distruzione di quei beni giuridici che fanno capo al reo: si distingue in coercizione *diretta* che consiste in un'espulsione temporanea o durevole dalla società, e coercizione *psicologica* che invece si

¹¹ A. ESER, *cit.*, pagg 220-221.

¹² E. MUSCO, *cit.*, pagg 31 ss.

presenta come tentativo di adattamento alla società, che offre al reo gli stimoli necessari a distoglierlo dal commettere delitti.

Franz v. Listz individuò tre diverse categorie di delinquenti, proponendo per ciascuno di essi differenziate e adeguate reazioni statuali, e concretizzando sul piano fattuale la sua idea di *Zweckstrafe*¹³; queste tre categorie coincidono con i tre effetti della pena individuati da v. Listz , ovvero l'intimidazione (*Abschreckung*), il miglioramento (*Besserung*) e la predisposizione all'innocenza (*unschädlichmachung*).

a) *Gli irrecuperabili*: sono costituiti da tutta la delinquenza abituale (mendicanti, vagabondi, individui dediti alla prostituzione, mariuoli e soggetti dalla vita equivoca, degenerati nel fisico e nello spirito). Per difendersi da essi la società non può far altro che adottare misure di isolamento perpetuo o a tempo indeterminato, da scontare in case di custodia o di lavoro, in modo da ottimizzare le forze lavorative, accompagnato dalla perdita dei diritti civili. Ammettendo la possibilità di errori giudiziari, è giusto predisporre controlli quinquennali;

b) *i bisognevoli di risocializzazione*: sono i “principianti della carriera del delitto” coloro che sono stati spinti al delitto, ma la cui rieducazione e speranza di salvezza non è ancora perduta. Nei confronti di questi è auspicabile l'internamento in uno stabilimento correzionale, e dovrebbero invece essere fermamente escluse le pene detentive brevi che, secondo V. Listz sono nocive e moralmente controproducenti;

c) *i delinquenti occasionali*: sono coloro che hanno commesso una singola azione, isolata e senza pericolo di una frequente ripetizione, nei confronti dei quali un'accurata opera di rieducazione appare priva di scopo¹⁴.

V. Listz infine prese posizione circa il tema dell'introduzione delle misure di sicurezza, senza porsi il problema della loro delimitazione con lo strumento della pena; la pena di scopo, così come da lui concepita, comprende infatti anche le misure di sicurezza, dal momento che persegue anch'essa il più importante dovere

¹³ VON LISTZ F., *cit.*, pagg 43 ss.

¹⁴ VON LISTZ F., *cit.*, pag 57 ss.

del diritto penale in qualità di efficace strumento atto alla lotta contro la delinquenza. Egli le definì come “*misure statali tese allo scopo sia di integrare gli individui nella società, sia di eliminare dalla società gli inadattabili*”¹⁵.

Porre in contrasto le misure di sicurezza con le pene contraddirebbe, secondo il suo pensiero, il loro effettivo rapporto: se l’esperibilità della misura di sicurezza dipendesse da un comportamento punibile, essa assorbirebbe in se stessa la natura della pena. Concludendo affermò quindi che, senza che una escluda l’altra, dovrebbero semplicemente essere due manifestazioni complementari del potere statale, all’interno del quale dovrebbero avere un rapporto di *vicarietà*.¹⁶

1.2. Il progetto preliminare di codice penale svizzero elaborato da Stooss nel 1893

Nel 1893, Carl Stooss, illustre professore dell’Università di Wien, elaborò un progetto preliminare di codice penale svizzero¹⁷ che ebbe una portata rivoluzionaria, perché fu il primo che tradusse in un testo legislativo il sistema del doppio binario; attorno ad esso in Germania nacquero subito numerosi ed accessi dibattiti¹⁸.

Il progetto non accolse la pena di scopo di V. Listz: Stooss sostenne infatti che la pena non può assumere finalità ulteriori a quelle retributive, perché non le appartengono di sua natura, e perché le condizioni necessarie affinché ciò avvenga (la sostituzione della fattispecie a situazioni tipiche e la sostituzione della pena classica con metodi di trattamento) sono di impossibile attuazione. Di conseguenza, non ritenendo opportuno escludere dal novero delle esigenze statuali quelli di istanza preventiva e dando merito alle riflessioni listziane in materia di prevenzione speciale, introdusse le *Maßregeln* (misure di sicurezza).

¹⁵ „*Staatliche Massregeln, durch die entweder die Anpassung des Einzelnen an die Gesellschaft oder die Ausscheidung der anpassungsunfähigen aus der Gesellschaft bezweckt wird*“ in VON LISTZ, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1911, pag 251.

¹⁶ A. ESER, *cit*, pag 220-222.

¹⁷ F. GRISPIGNI, *Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania e Austria*, Milano, 1911, pagg 57 ss.

¹⁸ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 217.

Fra le misure di sicurezza l'avamprogetto incluse la casa di lavoro, e l'asilo per gli alcolisti, applicabili *dopo* l'esecuzione della pena. Al riguardo la dottrina ravvisò un'illegittima doppia privazione della libertà personale, che Stooss tuttavia escluse: se da un lato le pene infliggono un male fondato sulle violazioni della legge, le misure di sicurezza, in ragione del loro trattamento fondato su istanze specialpreventive, si concretizzano in una risposta collegata allo *status* personale del reo, e consentono quindi di distinguere i due strumenti in relazione al fine che essi perseguono¹⁹.

Tale argomentazione, non verrà condivisa, negli anni a divenire, da coloro i quali criticheranno il sistema doppio binario, primi fra i quali i sostenitori della scuola classica, secondo i quali sussisterebbe un rischio di *Vermischung der Grenzen von Strafe und Maßregel* (mescolanza dei confini fra la pena e la misura di sicurezza) che andrebbe evitato tramite una rigida distinzione di competenze fra autorità giurisdizionale e autorità amministrativa.²⁰

La terza misura di sicurezza proposta da Stooss fu la *custodia del recidivo*, presentata come un provvedimento finalizzato a neutralizzare il delinquente recidivo, da applicarsi *alternativamente* alla pena: era prevista per gli autori recidivi che, sottoposti più volte alla pena detentiva, avessero commesso un nuovo reato entro i cinque anni successivi all'esecuzione dell'ultima pena. La competenza per l'esecuzione della custodia era prevista a favore dell'autorità amministrativa federale, nei confronti della quale veniva messo a disposizione il recidivo da parte del giudice, il quale, condannandolo a una pena, qualora lo ritenesse *unverbesserlich* (non migliorabile), ne sospendeva l'esecuzione rimandandolo all'autorità amministrativa federale. Nel caso in cui quest'ultima, operate una serie di valutazioni sulla vita del reo, sui suoi rapporti affettivi, sulla sua salute, sulle tipologie dei precedenti reati, fosse *unzweifelhaft* (senza dubbio) convinta che il reo dopo l'esecuzione della pena avrebbe commesso nuovi reati, e che fosse necessario intervenire per un periodo di tempo superiore, avrebbe dovuto ordinare la custodia

¹⁹E. MUSCO, *cit.*, 1978, pagg 44 ss.

²⁰A. ESER, *cit.*, pag 224.

da 10 a 20 anni (da eseguirsi in appositi istituti distinti da quelli penitenziari) *in luogo* della pena.²¹

La dottrina criticò fin da subito questa scelta, sottolineando come i due strumenti non fossero di fatto distinguibili sul piano pratico e prospettando il rischio di una “*frode delle etichette*”, denunciando ovvero una classificazione dello strumento come una misura di sicurezza operata al solo scopo di sottrarlo alle rigide garanzie in materia di pena. A questo riguardo V. Listz si dichiara “divertito nell’osservare le incertezze e le oscillazioni di questa contrapposizione puramente dottrinale”²².

1.3. I progetti di riforma del codice penale tedesco all’inizio del Novecento e il contributo di Exner

Nei primi decenni del secolo scorso, il diritto penale in Germania era disciplinato dal codice penale per il *Reich* tedesco entrato in vigore nel 1871: figlio del code Napoleon del 1810 e del codice bavarese feuerbachiano del 1813, si presentava come un codice penale conservatore, ancora legato agli assetti economici e alla scienza penalistica del XIX secolo, bisognoso indi di un profondo processo di modifica.

Ciononostante, fino al 1933, il codice non subì modifiche strutturali, ma fu interessato solamente da numerosissime novelle²³, mosse in primo luogo dai mutamenti sociali dell’inizio del XX secolo, in secondo luogo dai successi della criminologia, che andava affermandosi come una scienza autonoma, e in terzo luogo

²¹ M. PELISSERO, *cit.* 2008, pag 218.

²² VON LISTZ F., *Die Forderungen der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs*, in E. MUSCO, *cit.*, 1978, pag 44.

²³ G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, pag 2.

dalla dogmatica penalistica, la quale considerava insufficienti e inadatte le soluzioni adottate dal legislatore²⁴.

I principi abbracciati dalle novelle furono quelli della *moderne Schule* di v. Listz: si ricordano quelle in materia di estinzione della pena, che consentirono un primo avvicinamento alla riabilitazione del condannato, quelle riguardanti le pene pecuniarie, che introdussero il criterio delle condizioni economiche del reo nel momento della commisurazione della pena, quella in materia di criminalità minorile, e sull'esecuzione delle pene detentive²⁵.

Oltre alle novelle, si registrano numerosissimi progetti di riforma globale del codice, che recepirono le nuove istanze della dottrina e della criminologia, e all'interno dei quali si nota un'accresciuta attenzione verso le esigenze preventive.

Nel primo progetto del 1909²⁶ (*Vorentwurf von 1909-VE*) non si riscontra ancora una trattazione separata dal punto di vista sistematico delle pene e della misure di sicurezza perchè l'elencazione delle *sichernde Maßnahmen* era affiancata a quella delle pene. Le misure di sicurezza proposte erano:

- a) l'internamento in una casa di lavoro (§ 42, *die Möglichkeit der Unterbringung in einem Arbeitshaus*);
- b) il divieto di frequentare osterie e l'internamento in un istituto per alcolisti (§ 43 *das Wirthausverbot und die Unterbringung in einer Trinkerheilstalt*);
- c) la vigilanza sulla condotta (§ 53 *Führungsaufsicht*).

La custodia di sicurezza per i recidivi non fu compresa fra le misure di sicurezza perché considerata concretamente dotata dello stesso carattere affittivo della pena detentiva (pensiero che poi sarà il fondamento della più aspra critica alla *Sicherungsverwahrung* mossa dai sostenitori della “frode delle etichette”): per

²⁴ V. MILITELLO (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, Torino, 1993, pagg 13 ss.

²⁵ G. FORNASARI, *cit.*, pag 5.

²⁶ F. GRISPIGNI, *cit.*, pag 60.

questo motivo nei confronti dei recidivi venne disposto solamente un aumento automatico della pena.²⁷

Nel 1911 fu redatto un controprogetto (*Gegenentwurf von 1911- GE*), contenente, in materia di misure di sicurezza, tre rilevanti novità rispetto al precedente progetto:

a) il § 60 prevedeva la possibilità di ordinare una sorveglianza protettiva (*Schutzaufsicht*), in aiuto agli alcolisti o in sostegno della ricerca di un posto di lavoro;

b) il § 78 introduceva la possibilità una *Friedensgebot* (lett. “ordine di pace”), che imponesse ai potenziali rei di astenersi dal compiere determinati fatti, dietro minaccia di una privazione della libertà personale;

c) il § 97 disciplinava infine la possibilità di una custodia per i delinquenti abituali (*Verwahrung von Gewohnheitsverbrechern*), da ordinarsi *accanto* alla pena²⁸.

Mentre l'avamprogetto del 1909 aveva predisposto un aumento della pena detentiva per i recidivi, il controprogetto abbracciò quello che era denominato *Gesinnungsstrafrecht*, secondo il quale l'incorreggibile doveva scontare prima una pena in ragione della gravità del reato per poi essere internato in uno speciale stabilimento, in esecuzione di una misura di sicurezza a tempo indeterminato.

Il controprogetto disciplinò in maniera sostanzialmente eguale pene detentive e misure di sicurezza²⁹, con la sola eccezione, meramente terminologica, consistente nella scelta di non utilizzare la parola “espiazione” (*Verbüßung*) in relazione alle

²⁷ A. ESER, *cit.*, pag 228.

²⁸ A. ESER, *cit.*, pag 230.

²⁹ Riguardo alla mancata differenza fra pene e misure si rinvia al §2 par. 2 del controprogetto concernente la validità nel tempo della legge penale “ se questa viene eseguita, cade anche la pena o la misure di sicurezza applicata, ma non eseguita”, al §69 in materia di liberazione condizionale, che disciplina sia le pene sia le misure di sicurezza, al §107 che introduce l'istituto della prescrizione anche per quanto concerne le misure di sicurezza, al §74 che prevede che alcune conseguenze delle pene, come l'incapacità all'esercizio dei diritti civili e politici, trovino applicazione anche se viene eseguita una misura di sicurezza. In F. GRISPIGNI, *Il controprogetto tedesco di Kahl, Listz, Lilienthal e Goldschmidt*, in appendice a F. GRISPIGNI, “Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania e Austria”, Milano, 1911, pagg 100 ss.

misure di sicurezza ma “esecuzione” (*Vollzug*) che non contiene il concetto di retribuzione³⁰.

Solo dal 1913 si può dire che il sistema del doppio binario entrò definitivamente nelle proposte di riforma, perché nel progetto della commissione di riforma del codice di quell’anno (*Kommissionentwurf- KE*) le misure di sicurezza occuparono nel testo una sezione separata delle pene, intitolata “*Maßregeln der Besserung und Sicherung*”(misure di miglioramento e di sicurezza)³¹.

Un significativo apporto al dibattito circa l’introduzione delle misure di sicurezza provenne da Exner: egli sostenne che per garantire una civile convivenza fra i consociati e per soddisfare pienamente il bisogno di protezione della società non è sufficiente il ricorso alla pena perché vi sono una serie di individui che non si lasciano indirizzare da una prescrizione penale generalizzata: occorre quindi necessariamente fare ricorso anche alla prevenzione speciale, al fine di soddisfare pienamente il bisogno di protezione della società.³²

La ricerca di nuovi strumenti, tesi a completare il novero dei mezzi a disposizione dello Stato per la difesa della collettività e che aggiungano all’effetto di prevenzione generale gli anelati effetti di prevenzione speciale, terminò per Exner con l’individuazione di una serie di misure di sicurezza, da ordinarsi *accanto* alla pena, e applicabili dalla polizia di Stato (da separarsi rigidamente dalle altre misure di polizia, perché contrassegnate dallo scopo decisivo della protezione degli interessi della collettività dalle violazioni contrarie al diritto penale).

Anche Exner studiò il rapporto fra la tipologia dei reati e le misure di sicurezza ad essi conformi, caratterizzandolo però in maniera diversa da V. Listz, e in qualche modo superandolo: la sua classificazione del reo infatti, non si basò sul tipo di soggetto, ma su una serie di *Zustände* (condizioni) che lo caratterizzano. La critica mossa a V. Listz si basò quindi sull’infuttuosità di una classificazione basata su

³⁰ F. GRISPIGNI, *Il controprogetto tedesco di Kahl, Listz, Lilienthal e Goldschmidt*, cit, pagg 103 ss.

³¹ VOLKER E., WEDEKIND, *Die Reform des strafrechtlichen Berufsverbots (§§ 70-70b StGB)*, *Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen*, pagg 24 ss.

³² F. EXNER, *Die theorie der Sicherungsmittel*, Berlin, 1914, pagg 28 ss.

requisiti meramente psicologici dell'autore del reato. La ricerca di elementi che manifestino una tendenziale pericolosità va quindi basata su determinate *circostanze esterne* così suddivise:

a) in primo luogo si collocano condizioni come l'abbandono di un minore, l'infermità mentale, l'alcolismo, la refrattarietà al lavoro (indici di indebolimento della forza di resistenza al delitto) e la debolezza del volere (manifestazione di una più attenuata pericolosità, che connota tipi di persone "inferiori" ma non affette da patologie);

b) in secondo luogo si collocano invece circostanze che connotano un'incapacità di comportarsi in modo conforme alle prescrizioni della legge, ovvero la malattia mentale, l'im maturità psichica, la piena ubriachezza e l'ignoranza.

Un'analisi approfondita delle circostanze che portano alla violazione del diritto consentì ad Exner di individuare misure di sicurezza più efficaci, ovvero nel dettaglio:

a) per i giovani abbandonati, si auspica una misura di sicurezza ricollegata al bisogno di educazione, come può essere l'internamento di fiducia in famiglia o in un istituto di educazione o di miglioramento;

b) per i refrattari al lavoro dovrebbe essere previsto l'internamento in una casa di lavoro, tesa all'educazione dell'uomo al valore del lavoro;

c) per gli alcolisti sarebbe opportuno l'internamento in una casa di cura per gli alcolisti;

d) per i deboli di mente, alla luce del fatto che lo Stato non può rafforzare il carattere e la volontà, non si esclude una *Schutzaufsicht* (vigilanza sulla condotta), che possa orientarlo nelle scelte quotidiane;

e) infine per i malati e gli infermi di mente, nei confronti dei quali le misure di sicurezza previste, peraltro solamente con funzione protettiva della società sono

rispettivamente l'internamento in una casa di cura per pazzi o deboli di mente, la privazione della libertà di professione e la sorveglianza di polizia³³.

Durante la Repubblica di Weimer, furono elaborati ulteriori progetti di riforma, come quello di Radbruch del 1922: tale progetto propose solamente *Geldstrafen* (pene pecuniarie) e *Freiheitsstrafen* (pene limitative della libertà personale), eliminando le pene all'onore e la pena di morte. Per quanto concerne le dieci misure di miglioramento e di sicurezza, Radbruch le collocò in un'apposita sezione distinta, ancora a riprova dell'ormai avvenuta ricezione del principio del doppio binario³⁴. La dottrina focalizzò l'attenzione sulla disciplina operante nei confronti dei delinquenti abituali pericolosi: con l'intento di predisporre una più consistente difesa della collettività, si stabilì infatti per questo *tipo di autore* il doppio binario *facoltativo*, sotto la forma della vicarietà fra la reclusione e la custodia di sicurezza. A questo riguardo vanno evidenziate le critiche mosse a Radbruch dalla dottrina tedesca, in particolare da Max Grünhut³⁵, che ritenne insostenibile l'autonomia dei presupposti soggettivi di colpevolezza, quale giudizio sul singolo fatto delittuoso, e di pericolosità, quale prognosi sul futuro comportamento del reo.³⁶

Infine si ricorda il *Reichtagsvorlage* del 1927 che divise sistematicamente le pene dalle misure di sicurezza e individuò diverse "*Nebenstrafen und Nebenfolgen*" (pene accessorie) nella sezione settima.

A causa delle frequenti crisi di governo di quegli anni però, nessuno dei precedenti progetti fu mai approvato, e si dovette aspettare l'anno 1933, durante il quale il nuovo regime nazionalsocialista emanò la "legge contro i delinquenti abituali pericolosi e sulle misure di sicurezza e miglioramento".

³³ E. MUSCO, *cit.*, pagg 47 ss.

³⁴ A. ESER, *cit.*, pag 232.

³⁵ V. GRÜNHUT, *Gefährlichkeit als Schuldmoment*, in *Monatschrift für Krimilapsyologie und Strafrechtsreform*, Beiheft, 1926, pag 95.

³⁶ E. MUSCO, *cit.*, pag 64.

1.4. La legge contro i delinquenti abituali pericolosi e sulle misure di sicurezza e miglioramento del 24 novembre 1933

Nell'estate del 1933 fu elaborato presso il ministero della Giustizia del *Reich* un progetto di legge, che sarebbe sfociato, nel novembre dello stesso anno, nella legge contro i delinquenti abituali pericolosi e sulle misure di sicurezza e miglioramento (*Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*): in sostanza si adottò il sistema delle misure di sicurezza così come previsto dal progetto del 1927, con alcune modifiche.³⁷ Nei confronti dei soggetti pericolosi, così come definiti dal § 20, la riforma operò in due direzioni: fu previsto sia un aumento automatico della misura della pena (*Strafschärfung*), sia la possibilità di ordinare la *Sicherungsverwahrung* (custodia di sicurezza), secondo le modalità previste dal § 42³⁸.

1.4.1. Relazione con il regime nazionalsocialista

Nonostante le collocazione temporale della legge di riforma, sarebbe erroneo ritrovarne il fondamento nella politica criminale nazionalsocialista, perché l'idea di un controllo riferito alla prevenzione di condotte future spetta come si è visto alle riflessioni di Franz von Listz e di Exner: sebbene sia incontrovertibile asserire che il regime si avvantaggiò di questi strumenti, le misure di sicurezza non possono essere considerate manifestazione della politica criminale nazista e delle idee della dottrina tedesca degli anni trenta.³⁹

³⁷ H. KAMMEIR, *MaßregelVollzugsrecht. Kommentar*, Berlin-New York, 2010. pagg 7 ss.

³⁸ A. ESER, *cit.*, pag 233.

³⁹ M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont., pag 4.

1.4.2. Il nuovo § 20: il riconoscimento della qualifica di delinquente abituale pericoloso e l'aumento della pena detentiva

Come precedentemente accennato, con la nuova legge del 1933 furono disciplinati per la prima volta i criteri che avrebbero reso possibile definire un soggetto come un “delinquente abituale”:

§ 20a .1

„Hat jemand, der schon zweimal rechtskräftig verurteilt worden ist, durch eine neue vorsätzliche Tat eine Freiheitsstrafe verwirkt und ergibt die Gesamtwürdigung der Taten, dass er ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist, so ist, soweit die neue Tat nicht mit schwererer Strafe bedroht ist, aus Zuchthaus bis zu fünf Jahren und, wenn die neue Tat auch ohne diese Strafschärfung ein Verbrechen wäre, auf Zuchthaus bis zu fünfzehn Jahren zu erkennen. Die Strafschärfung setzt voraus, dass die beiden früheren Verurteilungen wegen eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens ergangen sind und in jeder von ihnen auf Todesstrafe, Zuchthaus oder Gefängnis von mindestens sechs Monaten erkannt worden ist.“

„A colui che, già condannato due volte con sentenza definitiva, è condannato per un delitto doloso alla reclusione e riguardo al quale risulta che, dall'analisi complessiva dei fatti, è un delinquente abituale pericoloso, viene applicata, salvo il caso in cui il nuovo reato sia punito con pena più severa, la detenzione fino a 5 anni; se il nuovo reato è un delitto anche senza questo aumento di pena viene applicata la detenzione fino a 15 anni. L'aumento della pena presuppone che entrambe le precedenti condanne siano state pronunciate a causa di un delitto o di una crimine commesso con dolo, e che entrambe abbiano condannato il reo alla pena di morte, alla detenzione o alla carcerazione per almeno 6 mesi.“

§ 20a.2

„Hat jemand mindestens drei vorsätzlichen Taten begangen und ergibt die Gesamtwürdigung der Taten, dass er ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist, so kann das Gericht bei jeder abzuurteilenden Einzeltat die Strafe ebenso verschärfen, auch wenn die übrigen im Abs.1 genannte Voraussetzungen nicht erfüllt sind.“

„A colui che, ha commesso almeno tre reati dolosi e, nei confronti del quale risulta che, *dall'analisi complessiva dei fatti*, è un delinquente abituale pericoloso, il giudice può allo stesso modo aumentare la pena per ogni singolo fatto da giudicare, anche se non sussistono le condizioni richieste dal primo comma”

§20a.3

„Eine frühere Verurteilung kommt nicht in Betracht, wenn zwischen dem Eintritt ihrer Rechtsstrafe und der folgenden Tat, mehr als fünf Jahre verstrichen sind. Eine frühere Tat, die noch nicht rechtskräftig abgeurteilt ist, kommt nicht in Betracht, wenn zwischen ihr und der folgenden Tat mehr als fünf Jahre verstrichen sind. In die Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in der Täter eine Freiheitsstrafe verbüßt oder auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt wird.“

„Non si tiene conto di una precedente condanna se fra il suo passaggio in giudicato e il fatto successivo sono trascorsi più di 5 anni. Non si tiene conto di un fatto precedente, per il quale non è ancora stata pronunciata una sentenza definitiva di condanna, se fra questo fatto e il successivo non siano ancora trascorsi 5 anni. Non viene compreso, nel computo del termine, il tempo in cui l'autore ha scontato una pena detentiva o è stato custodito per ordine dell'autorità in un istituto.”

§ 20a.4

„Eine ausländische Verurteilung steht einer inländischen gleich, wenn die geahndete Tat auch nach deutschen Recht ein Verbrechen oder vorsätzliches Vergehen wäre⁴⁰.

„Una sentenza di condanna straniera è equiparata ad una interna, se il fatto costituirebbe anche per il diritto tedesco un crimine o un delitto doloso.”

Come si evince dal testo, i requisiti del § 20 erano ridotti e generici: nel caso in cui fosse risultato che, *dall'analisi complessiva dei fatti (Gesamtwürdigung der Taten)*, il reo avrebbe dovuto essere considerato delinquente abituale pericoloso, l'aumento della pena sarebbe stato automatico: l'aumento poteva arrivare fino a

⁴⁰ Reichsgesetzblatt, Jahrgang 1933, Teil I, s. 995. Per il testo in lingua originale della legge, v. ALEX, *Historische Rechts- und Gesetztexte Online*, Österreichische Nationalbibliothek <http://alex.onb.ac.at/>.

quindici anni e poteva essere disposto nei confronti dei recidivi, sia nel caso in cui avessero commesso il fatto dopo una sentenza di condanna precedente, sia nel caso di semplice reiterazione di reati.

Inoltre non sussisteva nessuna limitazione circa i fatti di reato che potevano dar luogo all'aumento di pena; l'unica prescrizione riguardava la rilevanza temporale del fatto precedente, di cui non si teneva conto ai fini della qualifica di delinquente abituale pericoloso qualora la sentenza di condanna fosse passata in giudicato più di cinque anni prima del nuovo fatto⁴¹.

Con queste modifiche, il regime intese estendere la cerchia dei possibili soggetti qualificabili in astratto come delinquenti abituali pericolosi, secondo quella logica di neutralizzazione-esclusione dei cosiddetti "asociali" che ha contraddistinto questo periodo storico.

1.4.3. § 42: Maßregeln der Sicherung und Besserung

Oltre all'aumento automatico della pena, la Legge del 1933 stabilì, nei confronti dei soggetti qualificati come *gefährlicher Gewohnheitsverbrecher* (delinquenti abituali professionali), l'applicazione della *Sicherungsverwahrung* (custodia di sicurezza), una misura di sicurezza disciplinata dal § 42a.

§ 42a

„Maßregeln der Sicherung und Besserung sind:

- a) die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt
- b) die Unterbringung in einer Trinkerheilstätte oder einer Entziehungsanstalt
- c) die Unterbringung in einem Arbeitshaus
- d) die Sicherungsverwahrung
- e) die Entmannung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher
- f) Untersagung der Berufsausübung

⁴¹ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pagg 220 ss.

g) *die Reichsverweisung*⁴²

„Le misure di sicurezza e miglioramento sono:

- a) l'internamento in un manicomio o in una casa di cura;
- b) l'internamento in un istituto per la disintossicazione o dissuefazione da alcolici;
- c) l'internamento in una casa di lavoro;
- d) la custodia di sicurezza;
- e) la castrazione per gli autori dei reati sessuali;
- f) il divieto di avere un impiego lavorativo;
- g) l'espulsione dal Reich.

L'istituto della custodia di sicurezza era disciplinato dal § 42e:

“Wird jemand nach § 20 als eine gefährlicher Gewohnheitsverbrecher verurteilt, so ordnet das Gericht neben der Strafe die Sicherungsverwahrung an, wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert.“

“Nei confronti di coloro che vengono qualificati come delinquenti abituali pericolosi, secondo § 20, il giudice ordina, *accanto* alla pena, la custodia di sicurezza, *quando la pubblica sicurezza lo richiede*”⁴³.

In primo luogo va analizzato il requisito della *pericolosità* richiesto per l'applicazione della custodia di sicurezza. In linea generale il sistema del doppio binario prevede infatti che a diversità di provvedimenti corrisponda una diversità di ragioni giustificatrici e di compiti, e va quindi distinta la pericolosità richiesta per inasprire la pena *ex* § 20 da quella richiesta per ordinare la custodia di sicurezza in forza del § 42e.

Per quanto concerne il primo caso, il giudice poteva inasprire la pena in forza del § 20 qualora il soggetto fosse stato un delinquente abituale pericoloso (*gefährlicher Gewohnheitsverbrecher*): i due termini vanno analizzati separatamente poiché riguardo al primo di essi si fa riferimento ad un concetto

⁴² *Reichsgesetzblatt, Jahrgang 1933, Teil I, S. 996.* Per il testo in lingua originale della legge, v. ALEX, *Historische Rechts- und Gesetztexte Online, Österreichische Nationalbibliothek* <http://alex.onb.ac.at/>.

⁴³ *Reichsgesetzblatt, Jahrgang 1933, Teil I, S. 996.* Per il testo in lingua originale della legge, v. ALEX, *Historische Rechts- und Gesetztexte Online, Österreichische Nationalbibliothek* <http://alex.onb.ac.at/>.

criminologico di pericolosità come probabilità di recidiva, nel secondo caso invece è esclusa ogni attività di prognosi futura. Ciò che rileva è l'antisocialità (*Gemeinfeindlichkeit*) dell'agente che si manifesta con le sue azioni colpevoli, che quindi richiedono un'espiazione: il legislatore scelse il termine *gefährlicher Gewohnheitsverbrecher*, all'interno del quale è presente il richiamo alla pericolosità e all'abitudine, solamente per individuare la particolare riprovevolezza umana dell'agente. La pena non riguarda quindi più la singola azione ma superando questa, incide sul modo di essere del delinquente: *“c'è in lui una colpa che supera quella che colora i singoli reati perpetrati, e che caratterizza la sua personalità postulando un aggravamento di pena”*⁴⁴.

Per quanto concerne il secondo caso, il giudice poteva ordinare la custodia di sicurezza in forza del § 42e solo qualora fossero sussistite sia le condizioni per dichiarare il soggetto un delinquente abituale (ovvero quelle che avrebbero potuto comportare in alternativa un inasprimento della pena *ex* § 20) sia quelle dalle quali dedurre una *“richiesta della pubblica sicurezza”*. In questo secondo caso compare quindi anche il requisito dell'esigenza di sicurezza pubblica (*wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert*). La vaghezza e l'indeterminatezza di questo requisito confermano il fine di questa misura, così come concepito in epoca nazionalsocialista: ampliare il più possibile la sfera dei destinatari, in modo da lasciare alla discrezionalità del giudice la possibilità di privilegiare il fine preventivo rispetto a quello rieducativo.

Proseguendo l'analisi della legge, il § 42f si occupava di disciplinare la durata della misura, prevedendo che l'esecuzione terminasse qualora fosse raggiunto il suo scopo (*die Unterbringung daeur so lange, als ihr Zweck es erfordert*). Per quando concerne la *Sicherungsverwahrung*, la durata era indeterminata nel massimo e il rilascio dipendeva dal raggiungimento dello scopo, che il tribunale verificava con cadenza triennale.

⁴⁴ G. BETTIOL, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei „tipi“ di autore*, in Riv. Pen., 1942, pag 7.

“Die Dauer der Sicherungsverwahrung ist an seine Frist gebunden. Bei diesen Maßregeln hat das Gericht jeweils vor dem Ablauf bestimmter Fristen zu entscheiden, ob der Zweck der Unterbringung erreicht ist. Die Frist beträgt bei der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung drei Jahre. Ergibt sich bei der Prüfung dass der Zweck der Unterbringung erreicht ist, so hat das Gericht die Entlassung des Untergebrachten anzuordnen.,,

Il termine triennale cominciava a decorrere dall’inizio dell’esecuzione della misura: nel caso poi in cui il giudice dell’esecuzione non ritenesse, al termine dei tre anni, raggiunto lo scopo, il termine ricominciava a decorrere⁴⁵.

Il giudice aveva anche la possibilità di sospendere la misura imponendo particolari obblighi e prescrizioni (*anche successivamente*): qualora poi il comportamento tenuto manifestasse la necessità di un nuovo ricovero, poteva revocare la misura e disporre un nuovo internamento (§ 42h).

Infine va riferito il quinto articolo della legge, che prevedeva la possibilità di disporre retroattivamente la custodia di sicurezza anche nei confronti dei soggetti condannati con una sentenza che, al momento dell’entrata in vigore della legge, era già passata in giudicato.

⁴⁵ „Die Fristen laufen von Beginn des Vollzug an. Lehnt das Gericht die Entlassung des Unterbrachten ab, so beginnt mit dieser Entscheidung der Lauf der im abl. 3 genannten Fristen von neuen“ *Reichsgesetzblatt, Jahrgang 1933, Teil I*, S.996. Per il testo in lingua originale della legge, v. ALEX, *Historische Rechts- und Gesetztexte Online, Österreichische Nationalbibliothek* <http://alex.onb.ac.at/>.

1.5 Misure contro gli autori pericolosi nel periodo di apice del regime nazionalsocialista

Negli ultimi anni del regime la logica preventiva e rieducativa lasciò spazio a quella di neutralizzazione: “*l'uomo non è più persona, ma cosa, non è punito, ma custodito*”⁴⁶.

Già la legge del 1933 aveva previsto fra le misure di sicurezza e miglioramento (§ 42k StGB) la castrazione (*Entmannung*) nei confronti di chi fosse condannato per un reato sessuale alla reclusione non inferiore ai sei mesi, avendo già precedentemente riportato una condanna per un reato sessuale, sempre che dalla valutazione complessiva dei fatti risultasse che il reo fosse autore pericoloso di reati contro la moralità pubblica: la misura non teneva quindi conto dei controinteressi del destinatario e dei diritti fondamentali della persona.

Inoltre, il solo fatto che il presupposto della pericolosità sociale fosse talmente indeterminato, costituisce un forte segnale della finalità di costruire un sistema di controllo ai limiti dell'arbitrarietà, senza meccanismi di cumulo delle sanzioni attraverso il principio vicariale, e con la possibilità di ordinare anche *ex post* l'applicazione della misura.

Infine nel 1941 con la legge del 4 settembre il regime introdusse la *pena di morte* nel catalogo delle pene, destinata sia ai delinquenti abituali pericolosi, di cui al § 20a del codice penale, sia agli autori di reati contro la morale, applicabile nel caso in cui sia richiesto dalla *tutela della comunità popolare o la necessità di giusta retribuzione*. In questo modo la segregazione custodiale lasciò il posto alla neutralizzazione fisica, meno costosa e in linea con il programma eugenetico (*T4 Aktion*) di soppressione dei malati di mente⁴⁷.

⁴⁶ J. HELLMER, *Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1935*, Berlin, 1961, pag 298.

⁴⁷ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 222.

1.6 Prime considerazioni della dottrina sulla portata pratica della *Sicherungsverwahrung*

Come è stato sostenuto dalla dottrina tedesca⁴⁸, il regime si avvale della custodia di sicurezza in chiave di pura neutralizzazione, mirando soprattutto a colpire gli autori di quei reati in cui è più alto il tasso di recidiva, ovvero i reati contro il patrimonio; difatti la *Sicherungsverwahrung* non influì in maniera considerevole sulle reazioni statuali di fronte agli autori dei reati più gravi, come quelli contro la vita o l'incolumità, ma rappresentò, perlomeno ai suoi albori, la fase iniziale della politica di annientamento nazionalsocialista.

La tabella mostra il numero delle condanne alla custodia di sicurezza nei primi nove anni dalla sua introduzione.

Anno	Sentenze di condanna alla <i>Sicherungsverwahrung</i>
1934	3723
1935	1464
1936	946
1937	765
1938	964
1939	1867
1940	1916
1941	1651
1942	1095

In particolare si nota che l'impiego della misura diminuì negli anni successivi alla sua introduzione; questa regressione fu causata soprattutto dalla

⁴⁸ J. HELLMER, *cit.*, pag 16.

tendenza, dominante nella magistratura, a contenerne l'esecuzione⁴⁹: era infatti considerata eccessivamente limitativa, sia per l'assenza di connessione con il principio di colpevolezza, sia per il fatto che sostanzialmente, come esposto sopra, operò prevalentemente nei confronti degli autori dei reati contro il patrimonio⁵⁰.

Successivamente si rileva invece un aumento dell'impiego della misura, motivato dal fatto che il regime, vista la tendenza della magistratura, avviò intorno al 1938 una campagna ministeriale per sollecitarne l'applicazione: nella relazione fatta pubblicare il 3 marzo 1938 dal ministero della Giustizia, si legge infatti *“nella lotta contro la delinquenza abituali pericolosa, che rappresenta un costante pericolo per la popolazione, e che non merita alcun indulgenza o riguardo, è essenziale che l'autorità giudiziaria impieghi senza alcun ritegno i mezzi di resistenza che sono stati affidati alle sue mani dalla legge e che sfrutti pienamente i propri poteri”*⁵¹.

1.6.1 Effetti della Sicherungsverwahrung sul piano della prevenzione speciale

La prevalenza dell'esigenza di sicurezza della collettività non esclude il fatto che si possa prevedere nell'esecuzione della misura uno specifico trattamento specialpreventivo finalizzato alla risocializzazione e alla liberazione del reo⁵²: tuttavia non si rilevano su questo piano esiti positivi, poiché durante il regime agli internati nella custodia di sicurezza non venne garantito alcun trattamento terapeutico. È stato infatti ampiamente dimostrato in quegli anni che solitamente il reo, dopo il termine dell'esecuzione della custodia di sicurezza, commetteva un nuovo fatto penalmente rilevante e incorreva in una nuova sanzione. La ragione

⁴⁹ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 219.

⁵⁰ H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1969, pagg 16 ss.

⁵¹ „Im Kampf gegen gefährliche das Gewohnheitsverbrechertum, das eine ständige schwere Gefahr für die Volksgemeinschaft bedeutet und keine Rücksicht und Schonung verdient, ist es unerlässlich, dass die Justizbehörden die durch das Gesetz in ihre Hand gegeben Abwehrmittel rücksichtslos einsetzen und ihre Befugnisse voll ausschöpfen.“ in HELLMER, *cit.*, pag 294.

⁵² H.H. JESCHECK, *cit.*, pag 538.

prevalente di questo insuccesso sta nell'assenza di assistenza psicologica ai custoditi: come i reclusi, essi trascorrevano le loro giornate passivamente, nell'attesa del riesame della pericolosità. Al contrario la rieducazione sarebbe dovuta partire dalla quotidianità, con stimoli alla realizzazione di piccoli progetti, grazie ai quali essi avrebbero potuto imparare i valori della convivenza civile⁵³.

1.6.2. Effetti della Sicherungsverwahrung sul piano della prevenzione generale

Sul piano della prevenzione generale, non si può dire che la custodia di sicurezza abbia assunto negli anni successivi alla sua introduzione una portata tale da implicare un condizionamento nelle scelte di comportamento dei suoi destinatari: non funzionò l'effetto intimidatorio collegato al carattere affittivo della misura stessa perché essa non assunse carattere di orientamento culturale.

Le statistiche circa le condanne pronunciate fra il 1934 e il 1945 infatti non mostrarono un calo della quota degli autori di reato, a dimostrazione del fatto che la funziona generalpreventiva della custodia di sicurezza non agì come ci si attendeva. Va tuttavia sottolineato il fatto che, vista l'efficacia retroattiva della legge contro i delinquenti abituali pericolosi e sulle misure di sicurezza e miglioramento, molti dei soggetti sottoposti alla misura di sicurezza, furono coloro che commisero il fatto prima dell'entrata in vigore della legge.⁵⁴

⁵³ J. HELLMER, *cit.*, pagg 20-21.

⁵⁴ J. HELLMER, *cit.*, pag 23.

2. La *Sicherungsverwahrung* nel secondo dopoguerra

Nell'immediato dopoguerra la commissione alleata di controllo⁵⁵ pose le prime basi dell'opera di *Denazifizierung* della legislazione tedesca; riallacciandosi alla legislazione della Repubblica di Weimar, molte disposizioni risalenti all'epoca del regime furono infatti abolite già dalle le potenze occupanti⁵⁶. La legge del 1933 che introdusse le misure di sicurezza fu tuttavia considerata compatibile con lo Stato di diritto, in quanto si ritenne prevalente il suo collegamento con la discussione sull'introduzione del doppio binario avvenuto durante la repubblica di Weimar e non fu sentita come uno specifico prodotto della politica criminale: le misure di sicurezza furono quindi mantenute in vigore⁵⁷ con la sola eccezione della disposizione che permetteva l'interpretazione analogica delle norme penali⁵⁸ e della castrazione⁵⁹, prevista come misura applicabile nei confronti degli autori di reati attinenti alla sfera della morale sessuale, che fu abolita dalle forze alleate fin dal 30 gennaio 1946.

⁵⁵ La Commissione alleata di controllo (in inglese *Allied Control Council* o *Allied Control Authority*, in tedesco come "Allierter Kontrollrat") è stata un'operazione di occupazione militare al fine di prendere il controllo delle Zone di Occupazione Alleate in Europa, in particolare in Germania e in Italia, alla fine della Seconda guerra mondiale; i membri erano gli Stati Uniti d'America, il Regno Unito e l'Unione Sovietica. Successivamente la Francia fu aggiunta tramite una votazione, ma non ebbe incarichi. La Commissione aveva sede a Berlino-Schöneberg.

⁵⁶ C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, München, 1996, pag 55.

⁵⁷ H. MAYER, *Strafrecht*, Stuttgart, 1953, pag 379.

⁵⁸ Per quanto concerne la pena di morte, il 23 maggio 1949 fu emanata la *Grundgesetz* (Legge Fondamentale) che dichiarò abrogata la pena di morte (Art. 103) Al momento dell'emanazione della legge fu consapevolmente evitato di utilizzare il termine "Costituzione" perché fu considerata provvisoria, in attesa di una nuova costituzione, da realizzare al momento della riunificazione: essa era quindi valida per una parte del popolo tedesco, cioè per i *länder* della Repubblica Federale di Bonn e non si poteva pertanto considerare come una vera e propria costituzione. Al momento della riunificazione della Germania, si decise però di mantenere la costituzione occidentale. L'unificazione venne raggiunta modificando la lista dei *länder* previsti nel testo costituzionale, dunque aggiungendovi semplicemente i cinque stati della Germania orientale e abolendo l'articolo 23, il quale lasciava in sospenso la validità della Legge Fondamentale per un futuro in cui le due Germanie si sarebbero unite. G. FORNASARI, *cit.*, pag 6.

⁵⁹ Come le misure di sicurezza e miglioramento vi furono molte altre disposizioni che non vennero considerate come un prodotto della politica criminale del regime e quindi mantennero la loro efficacia anche successivamente: fra di esse si ricordano le disposizioni sui reati commessi in stato di ubriachezza e la diminuzione obbligatoria della pena per il delitto tentato, l'accessorietà limitata nell'ambito del concorso di persone, la nuova regolamentazione dei reati di omicidio, l'introduzione dell'omissione di soccorso, e del reato di allontanamento non autorizzato dal luogo di un incidente stradale. G. FORNASARI, *cit.*, pag 5.

Nonostante ciò, dal 1945 in poi si registrò una tendenza a ridurre l'applicazione della *Sicherungsverwahrung* da parte della magistratura tedesca, che interpretò i presupposti in maniera restrittiva, in ragione della sua origine politicamente connotata e, principalmente della forte incidenza sulla libertà personale⁶⁰: in particolari i dubbi circa la sua legittimità erano determinati sia dal fatto che l'intromissione nella libertà personale del reo non era dipendente dalla sua colpevolezza, sia dalla constatazione che era prassi disporre questa misura non nei confronti degli autori di crimini gravi, ma come strumento per limitare quella criminalità contro la proprietà e contro il patrimonio, che mostrava particolari tendenze alla recidiva⁶¹.

3. Il superamento del codice del 1871

L'esigenza di una riforma organica del diritto penale cominciò a essere sentita intorno agli anni cinquanta, durante i quali i mutati rapporti sociali del periodo post-bellico, i problemi della società di massa, il progredire della tecnica e i rischi connessi richiesero un superamento del codice penale allora vigente.

3.1 La prima fase del processo di riforma: il progetto del 1962

Il ministro della giustizia (Thomas Dehler) nominò perciò nel 1962 una Commissione per la redazione di un progetto di riforma (*Entwurf 1962*)⁶². Tale progetto non diventò mai legge, ma può essere considerato come una tappa fondamentale perché influenzò profondamente l'attuale configurazione del codice penale: nello specifico va tuttavia rilevato che, se da una parte esso presentava una

⁶⁰ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 225.

⁶¹ H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, pag 814.

⁶² Per un'analisi del progetto v. G. GRÜNWARD, *Sicherungsverwahrung, Arbeitshaus, vorbeugende Verwahrung und Sucherungsaufsicht im Entwurf, 1962* in *ZSTW* 1964, pagg 633 ss.

precisa ed apprezzabile regolamentazione della parte dogmatica, riguardo ai presupposti della punibilità, peccava invece nella parte relativa alla scelta dei criteri di criminalizzazione, proponendo modelli di politica criminale obsoleti e contraddittori.

In esso si ritrova una visione della *libertà* come capacità di orientare le proprie azioni secondo rappresentazioni etiche e secondo il sentimento del dovere, libertà che tuttavia comporta l'assunzione di una *responsabilità* nell'ottica di criteri di giustizia che sono posti nella coscienza di ciascuno. Le conseguenze di tale concezione (che dota la personalità di libertà e responsabilità e che la chiama a rispondere delle proprie deviazioni morali) sono nel diritto penale il *principio di colpevolezza* e la *pena retributiva*⁶³.

Il sistema sanzionatorio predisposto dal progetto infatti, per quanto si mantenne fedele alla linea intrapresa anni prima verso la creazione di un sistema orientato al doppio binario, pose in primo piano la sua funzione di un "*Ausgleich für menschliche Schuld*" (lett: retribuzione per la colpa umana)⁶⁴. Anche se il progetto non esplicitò in nessun punto il principio retributivo, questo può essere dedotto dal rifiuto di prevedere una pena detentiva unitaria (che sarebbe stata manifestazione della funzione di prevenzione speciale) e dalla conseguente introduzione di forme diverse di pena detentiva : *Strafhaft* (arresto) *Gefängnis* (detenzione) e *Zuchthaus* (carcere duro). Quest ultimo in particolare rimase in vigore per i reati più gravi, proprio per ragioni di giustizia retributiva⁶⁵.

Queste linee di politica criminale erano presenti anche nella parte speciale del codice, riguardo alla quale vanno evidenziati due aspetti caratteristici: l'enorme quantità di fattispecie penali individuate e la precisione dei presupposti della punibilità, e ciò al fine di porre margini stretti all'interpretazione per via giudiziaria e di aumentare quindi la certezza del diritto.

⁶³ S. MOCCIA, *Politica Criminale e riforma del sistema penale. L'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica Federale Tedesca*, Napoli, 1984, pag 74.

⁶⁴ C. ROXIN, *cit.*, 1996 pag 56.

⁶⁵ V. MILITELLO (a cura di), *cit.*, pag 17.

La rigida impostazione retribuzionistica rappresentò la più marcata espressione del diffuso *eticismo* che informò in maniera globale l'intero progetto e che si dimostrò estremamente rischioso per la tutela dei diritti dell'individuo⁶⁶: semplici infrazioni della legge morale o "reati senza vittima" venivano sanzionati penalmente⁶⁷. Il collegamento fra etica e diritto risultava inoltre pregiudizievole anche da un punto di vista politico-criminale, sia in relazione all'ambito della determinazione dei fatti punibili, sia in relazione all'esercizio del potere punitivo: si pensi nel primo caso alla scelta di rendere penalmente rilevante l'omosessualità e l'adulterio, mentre nel secondo caso al rifiuto della pena unitaria o al mantenimento della pena detentiva breve⁶⁸.

In materia di misure di sicurezza, sganciate dal criterio di colpevolezza, si ritiene opportuno in primo luogo riportare quelle critiche mosse dalla dottrina riguardo la scelta di affidare al giudice un potere discrezionale che risultava eccessivo contrastante, fra le altre cose, con l'impostazione di fondo conforme allo stato di diritto⁶⁹.

In secondo luogo, si intravede nel progetto l'intenzione di agevolare l'utilizzo della *Sicherungsverwahrung*, disciplinata dal § 85⁷⁰. Era infatti possibile effettuare la prognosi di pericolosità già al tempo del dibattimento, senza attendere

⁶⁶ S. MOCCIA, *cit.*, pag 77.

⁶⁷ Un esempio significativo è dato dal §216 E1962, che punisce l'omosessualità fra adulti, giustificandola come segue "le norme penali servono prevalentemente alla tutela dei beni giuridici; ma ciò non esclude che si minacci con pena determinati casi di condotta particolarmente riprovevole da un punto di vista etico e scandalosa secondo la convinzione generale, anche se con il singolo fatto non venga immediatamente violato alcun bene giuridico", in *Entwurf 1962, Begründung zu §216*, pag 376.

⁶⁸ S. MOCCIA, *cit.*, pag 79.

⁶⁹ S. MOCCIA, *cit.*, pag 78.

⁷⁰ „§ 85 (1) Hat jemand mindestens drei vorsätzliche Straftaten, davon wenigsten eine nach Vollendung des fünfundzwanzigsten Lebensjahres, begangen und dadurch jeweils Zuchthaus, Gefängnis von mindestens sechs Monaten oder Jugendstrafe verwirkt, so ordnet das Gericht neben der Strafe die Sicherungsverwahrung an, wenn die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zur erheblichen Straftaten für die Allgemeinheit oder für einzelne andere gefährlich ist (Hangtäter). (2) Eine frühere Tat bleibt, ob abgeurteilt oder nicht, außer betracht, wenn zwischen ihr und der folgenden Ta mehr als fünf Jahre verstrichen sind. In die Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in welcher der Täter auf behörderliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist. (3) Eine Tat, die außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Gesetzes abgeurteilt worden ist, steht einer innerhalb dieses Bereichs abgeurteilten Tat gleich, wenn sie nach deutschen Strafrecht ein Verbrechen oder vorsätzliches Vergehen wäre. „ in *Alternativ-Entwurf eines Stragesetzbuches, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1966, pag 128.

il termine del processo, ed emanare dell'ordine di internamento anche nel caso in cui la pericolosità del reo fosse riscontrata durante l'esecuzione di un'altra misura (l'anticipazione del momento della prognosi fu giustificata dagli autori del Progetto come strumento per aumentare degli internati e perciò per ridurre la criminalità). La durata massima stabilita era di dieci anni.⁷¹

In merito al regime temporale di applicazione della custodia di sicurezza, in regime di continuità con il diritto precedente⁷², il progetto prevedeva che le misure di sicurezza fossero regolate dalla normativa in vigore al momento della decisione, "salvo che la legge disponga altrimenti"⁷³. Questa scelta venne giustificata in ragione della diversità delle finalità sottese alla pena rispetto a quelle sottese alle misure di sicurezza: in particolare si ritenne che, se da una parte, in ottemperanza al principio di legalità, è corretto che il reo sia sottoposto ad una pena, solo se questa era prevista al tempo del fatto commesso, questo discorso non si estende anche alle misure di sicurezza che, non essendo limitate dal principio di colpevolezza ed essendo finalizzate alla tutela della collettività, possono subire un'applicazione retroattiva⁷⁴.

3.2. La seconda fase del processo di riforma: *Alternativ-Entwurf* del 1966

Il progetto del 1962 accese un dibattito scientifico e politico che delineò ben presto segni di un mutato atteggiamento sociale e politico. La dottrina criticò le singole scelte del progetto, respingendone anche le tendenze di fondo: ad esso venne rimproverato di aver tralasciato il soddisfacimento delle istanze di risocializzazione, in nome di un'obsoleta impostazione etico-retributiva⁷⁵.

⁷¹ V. GRÜNWARD, *cit.*, pag 640.

⁷² § 2 comma 4 StGB nella versione in vigore dal 1953.

⁷³ § 2 comma 4 StGB E 1962.

⁷⁴ §2 E 1962 in *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, allgemeiner Teil*, Berlin, 1966, pag 7.

⁷⁵ A questo proposito Roxin parla di „archaische Vergeltungsrigorisums“ (arcaico rigorismo retributivo) in ROXIN, *Strafzweck und Strafrechtsreform*, in: J. BAUMANN, *Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*, Frankfurt a.M., 1968, pag 85.

Tutto ciò portò ad un movimento che ebbe come più evidente espressione il “Progetto alternativo della parte generale del codice penale” (*Alternativ-Entwurf eines StGb- AE 1966*), opera dell’iniziativa privata di 14 docenti universitari tedeschi e svizzeri⁷⁶: con la redazione di questo progetto ci si propose di limitare il potere punitivo in vista di una maggior tutela di quei beni giuridici particolarmente significativi, rifiutando una concezione della pena meramente retributiva. La pena dovrebbe avere anche lo scopo di reintegrare il reo nella società e il sistema penale dovrebbe essere ispirato all’idea della *prevenzione speciale*.

Ciò comportò l’abolizione dello *Zuchthaus* e della differenziazione fra le diverse pene detentive (Rn. 28 f.), l’eliminazione delle pene detentive brevi, ossia inferiori a sei mesi (Rn. 30 ff.), l’istituzione dell’istituto socioterapico (*sozialtherapeutische Anstalt*) come principale misura di sicurezza contro la criminalità pericolosa ed abituale (Rn. 41 f.)⁷⁷, concepito in maniera tale da poter garantire, grazie all’assistenza intensiva di psicologi, psichiatri e pedagoghi sociali, la reintegrazione nella vita sociale di autori di gravi reati.⁷⁸

Fra le misure di sicurezza il progetto alternativo incluse anche la *Sicherungsverwahrung*, definendola differentemente dal passato come “internamento nell’istituto di sicurezza” (§ 70: *Einweisung in die Sicherungsanstalt*⁷⁹), allo scopo di mettere in evidenza la necessità di creare *istituti*

⁷⁶ Gli autori furono: Baumann, Brauneck, Hanack, Kaufmann, Klug, Lampe, Lenckner, Maihofer., Roxin, Schmitt, , Stratenwerth, Stree, docenti universitari tedeschi; Schultz e Noll, docenti universitari svizzeri.

⁷⁷ C. ROXIN, *cit.*, pag 57.

⁷⁸ MILITELLO (a cura di), *cit.*, pag 17.

⁷⁹ § 70 *Einweisung in die Sicherungsanstalt* (1) *Ein mehrfach mit vorsätzlichen Straftaten rückfälliger Täter, der zu erheblichen Straftaten neigt durch welche die Opfer seelisch, körperlich oder wirtschaftlich schwer geschädigt werden, ist neben der Verurteilung zu Strafe in die Sicherungsanstalt einzuweisen, wenn er schon früher ohne seine Einwilligung (§ 69 Abs. 2) für mindestens vier Jahre in einer sozialtherapeutischen Anstalt untergebracht war und eine nochmalige Einweisung als aussichtslos erscheint.* (2) *Die Maßregel dauert höchstens zehn Jahre.*(3) *In die Sicherungsanstalt ist unabhängig von den Voraussetzungen des Absatzes 1 und unbefristet einzuweisen, wer wegen eines Verbrechens, das mit einer Gefahr für das Leben verbunden war, verurteilt wurde, sofern von ihm weitere Verbrechen mit Gefahr für das Leben zu befürchten sind. Nach der Strafverbüßung ist der Täter zunächst für vier Jahre in der sozialtherapeutischen Anstalt unterzubringen. Nach Ablauf dieser Zeit ordnet das Vollstreckungsgericht unbefristete Unterbringung in der sozialtherapeutischen Anstalt oder in der Sicherungsanstalt oder aber probeweise Beurlaubung an.* (4) *Die Sicherung wird in besonderen Anstalten vollzogen. Der Vollzug besteht in Freiheitsentziehung unter Beaufsichtigung der Beschäftigung und Lebensweise. Die*

specifici per quegli autori ai quali applicare questa misura senza ricorrere, come di consueto, a celle separate o sezioni speciali in istituti destinati anche ad altre categorie di autori⁸⁰.

Il progetto, con l'intenzione di delimitare l'applicazione della *Sicherungsverwahrung* solo nei confronti di soggetti fortemente pericolosi, richiese condizioni più stringenti per sottoporre il reo a questa misura: la mera recidiva non comportava automaticamente la qualifica di autore pericoloso e non rendeva quindi possibile ordinare sempre la custodia di sicurezza. Nello specifico, solo qualora vi fosse stato il rischio che la vittima venisse gravemente danneggiata fisicamente, psicologicamente o economicamente (*seelisch, körperlich oder wirtschaftlich schwer geschädigt werden*), allora il reo sarebbe stato qualificato come delinquente pericoloso. Grazie a questa delimitazione non potevano essere internati gli autori di reati bagatellari (*harmlose Kleindelinquenten*) che invece, secondo la allora legge in vigore, costituivano la maggioranza degli internati con questa misura. Focalizzare l'attenzione sulla *vittima* significava aver maggior riguardo alla protezione dei diritti individuali del reo, ritenendo l'applicazione della *Sicherungsverwahrung* *inadeguata* nei casi di reati contro l'ordine pubblico, come ad esempio la sodomia, l'omosessualità o l'oltraggio al pudore (*Erregung öffentlichen Ärgernisses*), e *inutile* nei casi di reati come la falsificazione di monete (*Geldfälschung*).

Il terzo comma del § 70 dell'*Alternativ-Entwurf* prevedeva la possibilità di sottoporre a custodia di sicurezza l'autore di reati contro la vita, a prescindere dalla sussistenza delle condizioni previste dal primo comma, qualora avesse minacciato la commissione di altri reati: in questo caso tuttavia era prevista la possibilità che i primi quattro anni della *Sicherungsverwahrung* fossero trascorsi all'interno di un *sozialtherapeutische Anstalt*. Pacifica è la *ratio* di tale scelta: ampliare la cerchia dei soggetti ai quali concedere una reale possibilità di una risocializzazione .

Verwahrten sind auf ihr Verlangen entsprechend ihren Neigungen und Fähigkeiten zu beschäftigen, soweit nicht dadurch die Sicherheit der Verwahrung erheblich beeinträchtigt wird. Die §§ 38 Abs. 3 S. 2, Abs. 4, 39 Abs. 2 S. 2 und 3 gelten entsprechend. Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, allgemeiner Teil, Berlin, 1966, pag 128.

⁸⁰ *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, allgemeiner Teil, Berlin, 1966, pag 127.*

Per quanto concerne la durata, anche l'*Alternativ-Entwurf* (come E 1962, § 89 Abs. 2) prevedeva una durata massima di dieci anni. Questa scelta rispondeva ad esigenze di *umanità*: ad ogni reo, che ha scontato la sua pena, e al quale la società, per la sua sicurezza, ha negato la libertà oltre il limite della colpevolezza, deve essere concessa la possibilità di una sua reintegrazione nella comunità civile⁸¹.

In merito al regime temporale di applicazione della custodia di sicurezza, l'*Alternativ-Entwurf*, in contrasto con quanto proposto nel progetto governativo del 1962, prevedeva che le misure di sicurezza, analogamente alla pena, fossero sottoposte al principio di legalità e quindi disciplinate dal diritto vigente al momento del fatto (“*Die Rechtsfolgen des Strafrechts bestimmen sich nach dem Gesetz, das zur Zeit der Tat gilt*”⁸²). Ciò venne correttamente motivato dalla considerazione del potenziale intromissivo e repressivo della custodia di sicurezza, che la renderebbe di fatto equiparabile alla pena e ne proibirebbe di conseguenza l'applicazione retroattiva⁸³.

3.2.1. § 69 dell' *Alternativ Entwurf* : la misura di sicurezza della sozialtherapeutische Anstalt

In vista di una migliore comprensione dell'evoluzione della *Sicherungsverwahrung* appare opportuno soffermarsi in questa sede sul § 69 del progetto alternativo che introdusse la misura di sicurezza dell'istituto socioterapico (*Einweisung in die sozialtherapeutische Anstalt*).

Questa disposizione può essere considerata come dimostrazione del fatto che il doppio binario non fu esclusivamente rappresentazione di logica di neutralizzazione: l'internamento nell'istituto socioterapico infatti si sostanziò in linea generale in uno strumento specifico utilizzabile nei confronti degli autori di

⁸¹ *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, allgemeiner Teil*, Berlin, 1966, pag 128.

⁸² §3 co. 1 AE in *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, allgemeiner Teil*, Berlin, 1966, pag 7.

⁸³ *Stellungnahme des Bundesrates, Deutscher Bundestag, 4.Wahlperiode, Drucksache IV/650, 692*, sub n. 3.

reati riconosciuti pienamente imputabili, ma affetti da disturbi della personalità di una certa entità nei confronti dei quali la pena, anche se orientata in senso risocializzante, non autorizzava apprezzabili aspettative di successo. Il § 69 era quindi teso al superamento di quelle forme di disturbo psichico che, pur non essendo tali da incidere sulla capacità di intendere e di volere, sono sintomatiche della tendenza del soggetto a delinquere.

La principale preoccupazione che spinse gli autori dell'*Alternativ-Entwurf* a proporre questo istituto riguardò la probabile illegittimità di quegli strumenti che, rinunciando al tentativo di sperimentare tutte le tecniche che le moderne acquisizioni scientifiche mettono a disposizione dello Stato per favorire il recupero alla vita civile, propendevano per una totale *espulsione* dalla società degli autori di reato⁸⁴. Anche se, come si vedrà successivamente, la misura non entrò mai in vigore, la storia della sua introduzione, del suo fallimento e della sua riconversione in modalità di esecuzione della pena, è molto significativa per comprendere gli sviluppi della concezione e del ruolo della *Sicherungsverwahrung* nel diritto penale tedesco, viste anche le recenti linee di potenziamento⁸⁵.

L'introduzione di questa misura, che venne fin da subito concepita come largamente sostitutiva della custodia di sicurezza⁸⁶, nacque dall'esempio dell'istituto *Herstedtvester* di Copenaghen nel quale, sotto la direzione del Dr. Stürup, gli internati venivano rieducati tramite terapie sociali, pedagogiche e psichiatriche, sia individuali che di gruppo⁸⁷.

Le tipologie di soggetti ammessi al ricovero erano di due tipi: da una parte gli autori *primari*, con disturbi della personalità, dall'altra i *recidivi*, dove il disturbo era *presunto* dalla reiterazione criminosa. Questa presunzione suscitò critiche da parte della dottrina: la ricaduta nel reato evidenzia sì come le pene scontate in

⁸⁴ C. ROXIN, a cura di S. MOCCIA, *Politica criminale e sistema del diritto penale : saggi di teoria del reato*, Napoli, 1998, pag 249.

⁸⁵ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 226.

⁸⁶ *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, allgemeiner Teil*, Berlin, 1966, pag 127.

⁸⁷ *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, allgemeiner Teil*, Berlin, 1966, pag 128.

precedenza non abbiamo sortito alcun effetto risocializzante ma non può essere considerata sempre come sintomo di un disturbo psichico.

Quanto ai presupposti per l'applicazione della misura di sicurezza, il § 69 richiedeva la presenza del *consenso* dell'internato, in mancanza del quale veniva ordinata l'esecuzione della pena; subordinare l'inserimento nell'istituto al loro consenso appariva rispettoso dei diritti della persona e condivisibile dalla dottrina sulla base del fatto che gli studi fatti in quell'epoca dimostrarono che il successo del trattamento dei delinquenti aveva successo ove in primo luogo fosse volontario⁸⁸.

La norma specificava che la necessità del consenso sussisteva solo qualora l'internato fosse un autore primario. L'esclusione dei recidivi venne giustificata sulla base del fatto che, nei loro confronti, la pena non aveva sortito alcun tipo di effetto e che quindi fosse legittimo un diverso tentativo di risocializzazione (proprio nell'ottica di questo progetto che concede "l'abbandono" del tentativo di rieducazione solo dopo la sperimentazione di tutti gli strumenti a disposizione dello Stato)⁸⁹.

La misura aveva una durata limitata nel tempo (minimo due anni, massimo quattro, fino ad un massimo di otto in caso di ripetuta applicazione) adeguandosi quindi alla concezione delle misure di sicurezza dotate di un limite massimo, in ossequio al principio di determinatezza e respingendo il modello originario che prevedeva solo un minimo edittale e che faceva dipendere la durata massima dal permanere della pericolosità.

⁸⁸ A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione : dalle finzioni giuridiche alla terapia sociale*, Torino, 1997, pag 153.

⁸⁹ *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, allgemeiner Teil*, Berlin, 1966, pag 127.

3.3. La terza fase del processo di riforma

Con la pubblicazione del progetto alternativo e con la creazione di una *Große Koalition*⁹⁰ si avviò la fase successiva della riforma penale tedesco-occidentale. Il *Bundestag* costituì una speciale commissione per la riforma del codice penale (*Sonderausschuß des Bundestag für die Strafrechtsreform*), che via via elaborò una fondamentale riorganizzazione del diritto penale, poi sottoposta al vaglio del Parlamento e da questo quindi approvata.

Ciò avvenne con un percorso a tappe che si articolò nella prima e nella seconda legge di riforma del diritto penale⁹¹, rispettivamente nel 1969 e nel 1975, nella legge introduttiva del codice penale e in singole leggi complementari, culminando poi nella pubblicazione del nuovo codice penale, entrato in vigore il primo gennaio del 1975⁹². Questa riforma generò un sistema sanzionatorio conforme in gran parte al progetto alternativo, ma dotato di una struttura dogmatica dipendente direttamente dal Progetto del 1962⁹³.

3.3.1. Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts del 1969

In materia di *Sicherungsverwahrung*, le novità principali vennero apportate dalla prima legge di riforma; in particolare essa introdusse il requisito della *proporzionalità* fra il provvedimento detentivo e le esigenze di tutela della collettività.

⁹⁰ Nel 1966 fu formato un governo composto dal Partito Socialdemocratico Tedesco (SPD) e dall'Unione Cristiano Democratica (CDU), i due principali partiti politici della Repubblica Federale Tedesca. La grande coalizione fu costituita il 1 dicembre 1966 in seguito alla crisi tra CDU/CSU e FDP riguardo all'innalzamento delle tasse. I ministri del FDP si dimisero e fu pertanto formato un nuovo governo, composto anche dal SPD, con cancelliere Kurt Georg Kiesinger della CDU. La coalizione durò fino al 1969.

⁹¹ *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts* del 25 giugno 1969, *Bundesgesetzblatt I*, 645, abbreviata 1. StrRG, e *Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts* del 4 luglio 1969, entrata in vigore il 1 luglio 1975, *Bundesgesetzblatt I*, 717, abbreviata 2 StrRG.

⁹² MILITELLO (a cura di), *cit.*, pag 18.

⁹³ C. ROXIN, 1996, *cit.*, pag 55.

“Eine Maßregeln der Sicherung und Besserung darf nicht angeordnet werden, wenn sie zur Bedeutung der vom Täter begangenen und zu erwartenden Taten sowie zu dem Grade der von ihm ausgehenden Gefahr außer Verhältnis steht“⁹⁴

In secondo luogo tale legge abrogò la disposizione che prevedeva l'aumento automatico del *quantum* della pena qualora l'autore fosse stato qualificato come delinquente pericoloso⁹⁵(§ 20): la dottrina aveva aspramente criticato questa disposizione perché l'aumento della pena, che veniva fondato in ragione della pericolosità del soggetto, mal si conciliava con il principio di colpevolezza del fatto. Giustificare l'aggravante sulla maggiore pericolosità dell'autore (nell'ottica di una *Sicherungsstrafe* preventiva) o come rimprovero per la condotta di vita (*Lebensführungsschuld*), andava in ogni caso al di là della colpevolezza del fatto⁹⁶. Tramite questa abrogazione il legislatore tedesco modificò la strategia di contrasto agli autori pericolosi recidivi, che da questo momento in poi sarà giocata sul terreno delle misure di sicurezza, attraverso un potenziamento degli scopi di difesa sociale della *Sicherungsverwahrung*.

Con la prima legge di riforma vennero anche rielaborati alcuni aspetti puntuali della disciplina della *Sicherungsverwahrung* con lo scopo di rendere più pregnanti i requisiti relativi al pregresso percorso criminale del reo richiesti per ordinare l'internamento in custodia.

In forza del modificato § 42e, era possibile ordinare la custodia di sicurezza

1) *previa espiazione della pena*, nei confronti di un reo condannato, per aver commesso un reato doloso, a una pena detentiva superiore a 2 anni, e se:

a) era già stato condannato almeno due volte, per aver precedentemente commesso un reato doloso, a una pena detentiva superiore a un anno;

⁹⁴ §42a, co. 2° del codice penale della Repubblica Federale Tedesca (*Strafrechtsgesetzbuch*, in seguito StGB) nella versione risultante dalla prima legge di riforma, *cit.*

⁹⁵ “§ 20 wird aufgehoben” I. StrRG, parte I, art 1 n. 6.

⁹⁶ J. KINZIG, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand. Ergebnisse einer theoretischen und empirischen Bestandsaufnahme des Zustandes einer Maßregel*, Freiburg, 1996, pagg 550 ss.

b) aveva, a causa di questi fatti, scontato una pena detentiva nel complesso superiore a due anni oppure era stato sottoposto ad una misura di sicurezza e di miglioramento limitativa della libertà personale;

c) dalla valutazione complessiva dei fatti e del reo risultava che egli, a causa della sua tendenza a commettere reati tali da danneggiare psicologicamente e fisicamente la vittima o causare ad essa gravi danni economici, era pericoloso per la collettività.

2) *accanto alla pena*, nei confronti di un soggetto che aveva commesso precedentemente tre reati dolosi, nei quali sono presenti le condizioni per l'applicazione in una pena detentiva superiore a un anno, e che era stato condannato ad una pena detentiva di almeno tre anni sempre ove fosse presente il requisito della pericolosità per la collettività di cui al punto c).⁹⁷

Le modifiche in senso restrittivo circa i presupposti di applicazione della misura comportano automaticamente una diminuzione del numero degli internati: dai dati dell'Ufficio Federale di Statistica emerge infatti che dai 210 internati nel 1960, si era passati nel 1970 a 110.

Per quanto concerne la durata della misura, a differenza di altre, la custodia di sicurezza non aveva un limite massimo⁹⁸, e l'internato poteva essere rilasciato dopo aver provato che egli, una volta terminata l'esecuzione della misura, non avrebbe commesso nuovamente "fatti minacciati con la pena" (*der Unterbrachte außerhalb des Maßregelvollzugs keine mit Strafe bedrohten Handlungen mehr begehen wird*)⁹⁹.

I dubbi riguardanti questa disposizione evidenziano principalmente la difficoltà di provare che il soggetto non commetterà nuovi reati: dal momento che il soggetto aveva trascorso l'ultimo periodo della sua vita in esecuzione della misura, mancavano gli elementi necessari per dimostrare che era avvenuto un cambiamento della personalità in grado di fornire, se non la certezza, perlomeno un'alta

⁹⁷ § 42e co. 1° e 2° StGB nella versione risultante dalla prima legge di riforma, *cit.*

⁹⁸ § 42f co. 1° StGB nella versione risultante dalla prima legge di riforma, *cit.*

⁹⁹ § 42f co. 2° StGB nella versione risultante dalla prima legge di riforma, *cit.*

probabilità che il soggetto si sarebbe astenuto dal violare la legge penale. Il termine per la verifica circa il raggiungimento di questo scopo diventò biennale¹⁰⁰.

Con la prima legge di riforma venne infine autorizzata la *sospensione condizionale* della custodia, grazie alla quale il condannato viene affidato ad una persona che ne assumeva la tutela: l'ordine di sospensione poteva essere posticipato, modificato o revocato¹⁰¹.

3.3.2. Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts

La seconda legge di riforma, approvata nel 1969 ed entrata in vigore nel 1975, intervenne in materia di custodia di sicurezza su due piani differenti: dal punto di vista sistematico, stabilì che la *Sicherungsverwahrung* fosse disciplinata dal § 66 (come risulta nella versione attuale), mentre dal punto di vista sostanziale, limitò la durata della prima applicazione della misura ad un periodo massimo di *dieci anni*¹⁰².

Disciplinò inoltre la misura di sicurezza del *sozialtherapeutische Anstalt*, accogliendo quelle esigenze di prevenzione speciale positiva portate avanti dall'*Alternativ-Entwurf*, in direzione opposta a quelle di neutralizzazione¹⁰³.

3.4. Il codice penale del 1975: la disciplina della *Sicherungsverwahrung* al termine delle riforme

Al termine del processo di riforma globale del codice penale crebbe quell'alone di sospetto che contraddistinse la custodia di sicurezza fin dalla sua introduzione: la dottrina la definì "*de[r] schwerwiegendste[r] Eingriff in die*

¹⁰⁰ § 42f co. 3° StGB nella versione risultante dalla prima legge di riforma, *cit.*

¹⁰¹ § 42h StGB nella versione risultante dalla prima legge di riforma, *cit.*

¹⁰² §67d co° 1 StGB nella versione risultante dalla seconda legge di riforma, *cit.*

¹⁰³ M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont, pag 5.

Freiheit”¹⁰⁴ del diritto penale tedesco, “*die letzte Notmaßnahme der Kriminal Politik*”¹⁰⁵.

Si confermò definitivamente la finalità della *Sicherungsverwahrung*, ovvero la tutela della collettività dagli autori pericolosi, mentre la finalità rieducativa assunse negli anni un ruolo meramente secondario, perseguito solamente tramite le modalità concrete di esecuzione della misura: “*questa ratio, lungi dallo sviluppare una potenzialità di pura neutralizzazione, consente di limitare l’applicazione della misura ai casi strettamente necessari, non essendo consentito limitare la libertà personale di chi, pur non essendo pericoloso, appaia bisognoso di rieducazione*”¹⁰⁶.

Al termine del processo di riforma, il codice prevedeva due tipi di custodia di sicurezza: *obbligatoria* per i pluricondannati a pena detentiva eseguita (§ 66 primo comma) e *facoltativa* per coloro che avevano commesso più reati (§ 66 secondo comma).

La custodia di sicurezza *obbligatoria*, prevista dal primo comma, richiedeva la sussistenza di quattro requisiti:

a) due condanne a pena detentiva a carico del soggetto, di almeno un anno ognuna, per reati dolosi, sempre che il nuovo reato fosse commesso dopo il passaggio in giudicato della precedente condanna;

2) l’effettiva applicazione della pena detentiva o di una misura di sicurezza detentiva di almeno due anni (anche per cumulo di periodi più brevi);

3) la commissione da parte del soggetto di un nuovo delitto doloso, per il quale sia prevista la pena di almeno due anni di reclusione;

4) la qualifica di soggetto pericoloso per la collettività, derivante dalla presenza di un’ inclinazione (*Hang*) a commettere nuovi reati (in conseguenza dei quali la vittima venga gravemente danneggiata fisicamente e moralmente o quelli

¹⁰⁴ “la più incisiva intromissione nella libertà personale” G. GRÜNWARD, *cit.* pag 640.

¹⁰⁵ “l’ultimo provvedimento di necessità della politica criminale” H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *cit.*, pag 813.

¹⁰⁶ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 233.

rivolti a cagionare un grave danno economico) risultante dalla valutazione complessiva dei fatti e dell'autore.

Il carattere dell'obbligatorietà della misura si sostanziava nel dovere del giudice, qualora riscontrasse la presenza di questi presupposti, di ordinare l'applicazione della misura.

La custodia di sicurezza *facoltativa* era disciplinata dal secondo comma del § 66 e si rivolgeva agli autori seriali pericolosi (*gefährliche Serialtäter*): fermo restando il requisito della pericolosità sociale, come richiesto dal primo comma, le condizioni richieste erano:

a) la commissione di almeno tre reati dolosi, per ognuno dei quali il soggetto meritava in astratto una pena ad almeno un anno di reclusione, anche se per questi reati non era stato condannato o non aveva subito una privazione della libertà personale (vale a dire nel caso in cui la sentenza di condanna non sia ancora divenuta definitiva);

b) la condanna per uno o più di tali fatti ad una pena detentiva di almeno tre anni¹⁰⁷.

Sebbene siano state presenti due forme di *Sicherungsverwahrung*, una facoltativa e una obbligatoria, va fermamente esclusa la sussistenza di una distinzione fra pericolosità presunta e pericolosità accertata dal giudice: non vi era alcuna forma di pericolosità presunta, dato che anche nella custodia di sicurezza obbligatoria si richiede un giudizio prognostico in concreto sulla tendenza dell'autore alla recidiva di reati di una certa gravità. Piuttosto la differenza risiede nel fatto che la custodia di sicurezza facoltativa conferisce al giudice un ulteriore potere discrezionale, oltre a quello necessario per l'accertamento dei presupposti della misura: qualora, secondo il suo libero apprezzamento, ritenga che al termine

¹⁰⁷ v. ULLENBRUCH, SUB § 66, IN HEINTSCHEL-HEINEGG (a cura di), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 2/1, §52-79b StGB, München, 2005, pagg 69 ss.

dell'esecuzione della pena il soggetto si asterrà dal commettere reati, potrà decidere di non disporre la misura congiuntamente alla pena¹⁰⁸.

Il terzo comma del § 66 prevedeva una limitazione temporale della rilevanza della recidiva (*Rückfallverjährung*): infatti per la verifica delle condizioni formali richieste dal primo e dal secondo comma si consideravano rilevanti i fatti precedenti solo se, fra la loro commissione e i fatti successivi fossero trascorsi meno di cinque anni. Nel termine non è compreso il periodo di tempo che il reo ha trascorso in istituti in esecuzione di una sentenza di condanna¹⁰⁹.

Il requisito della tendenza (*Hang*) a commettere reati, unico elemento giustificativo di questa misura detentiva, vista l'assenza del requisito della colpevolezza, è contrassegnato da perplessità provenienti sia dalla dottrina penalistica e sia da quella criminologica: si trovano infatti, insiti ad esso, dubbi sia di interpretazione che di accertamento.

La tendenza a delinquere è stata definita come “*un determinato stato dell'autore, una determinata disposizione, che lo porta a commettere sempre nuovi fatti di reato*”¹¹⁰. La norma richiede una valutazione complessiva (*Gesamtwürdigung*) sia dell'autore che dei fatti commessi: il rischio è però quello di creare un circolo vizioso, che, dal carico dei presupposti formali, porti *sempre* a desumere la tendenza a commettere nuovi reati. Per questo motivo si richiede che tra il reato per cui si procede, i delitti commessi in precedenza e quelli oggetto di prognosi esista un nesso sintomatico (*symptomatischer Zusammenhang*) che evidenzi nell'autore un'incapacità di controllo, che lo induca a commettere reati che presentino, ad una valutazione criminologica, una medesima indole¹¹¹. Non è un accertamento agevole, data l'assenza di una base su cui fondare la valutazione giudiziale, a differenza di ciò che avviene, per esempio, in relazione alla misura

¹⁰⁸ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 235; v anche B.D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, Berlin, Heidelberg, 2006, pag 271.

¹⁰⁹ H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin 1996, pag 817.

¹¹⁰ B.D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, Berlin, Heidelberg, 2006, pag 285.

¹¹¹ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 236, v anche T. ULLENBRUCH, SUB § 66, P 417, in HEINTSCHEL-HEINEGG (a cura di), *Müncher Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 2/1, §52-79b StGB, München, 2005.

dell'ospedale psichiatrico, prevedibile solo nel caso in cui sussista una patologia o un'anomalia psichica che abbia inciso sulla capacità di intendere e di volere.

Il secondo requisito era quello della pericolosità per la collettività (*Gefährlichkeit für die Allgemeinheit*): essa divenne finalmente specifica, nel senso che non era più sufficiente basare la sua formulazione su fatti commessi, condanne pregresse o pene eseguite, ma risultava necessario connetterne l'analisi anche ai singoli reati oggetto di prognosi. Nello specifico, non bastava che i fatti attesi fossero pericolosi per la società, ma era anche necessaria una prognosi relativa a gravi fatti di aggressione a beni personali o patrimoniali: il legislatore sperava in questo modo di delimitare l'oggetto del giudizio prognostico, rendendolo meno incerto¹¹². Inoltre, dato che si trattava solo di reati che danneggiano la vittima *seelisch o körperliche*, risultavano esclusi i reati bagatellari e quelli di media gravità, modificandosi quindi perciò l'ambito dei destinatari della misura, fra i quali rientrano sempre di più gli autori di reati sessuali e commessi con l'uso della violenza personale¹¹³.

Sebbene siano state inserite queste limitazioni, non mancarono perplessità della dottrina in merito all'utilità di questo requisito ad individuare i presupposti di applicazione della misura, perché non era chiaro come si rapportasse con il requisito della tendenza a delinquere. Mentre Franz von Listz faceva coincidere la *Gemeingefährlichkeit* (pericolosità sociale) con la *Neigung* (tendenza a commettere reati)¹¹⁴, Exner conferiva autonomia concettuale a pericolosità e tendenza a delinquere. Non si può affermare che le disposizioni personali che portano il soggetto a violare la legge penale siano sempre di per sé sufficienti per concludere una prognosi positiva sulla probabilità di commettere reati, a meno che non vengano considerate nell'ambito di altre circostanze sfavorevoli: nello studio del rapporto fra la tendenza a delinquere e la pericolosità sociale si deve quindi tenere conto del fatto che la prima, presentandosi come una connotazione di tipo bio-

¹¹² M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 235.

¹¹³ L. KERN, *Aktuelle Befunde zur Sicherungsverwahrung. Ein Beitrag zur Problematik des §66 StGB*, in *ZfStrVo*, 1997, pag 19.

¹¹⁴ VON LISTZ F., *Die Zukunft des Strafrecht*, Berlin, 1905, pag 4.

psicologico, e qualificandosi indi come una disposizione di tipo personale, interagisce con altri elementi, su cui deve essere focalizzata l'attenzione, che consentono di trasformarla in effettiva pericolosità esterna¹¹⁵.

La durata della misura rimaneva di dieci anni nel caso in cui il soggetto fosse internato per la prima volta, mentre per gli ordini successivi non erano previsti limiti massimi (§ 67d): era prevista la possibilità per il giudice di ordinare la sospensione condizionale della misura, richiedendo che il reo venisse messo alla prova concedendogli una, seppur provvisoria, libertà (§ 67d II).

3.4.1. § 65 Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt

Come esposto precedentemente, la seconda legge di modifica della parte generale del codice penale recepì la proposta della misura di sicurezza del *sozialtherapeutischen Anstalt* contenuta nell'*Alternativ-Entwurf*: si trattò tuttavia di un recepimento fittizio in quanto il legislatore, allo scopo di dare ai *Ländern* la possibilità di apprestare le strutture necessarie e considerata la loro inadeguatezza ad attuare ciò, ne procrastinò progressivamente l'entrata in vigore, sino alla sua definitiva abrogazione nel 1984. Bisogna attendere il 1988 perché si riprenda nuovamente in considerazione l'idea di fondo di questo istituto, il quale transitò da misura di sicurezza a modalità di esecuzione della pena.

La disciplina prevista dallo *Strafrechtgesetzbuch* del 1975 prevedeva tre misure custodiali a contenuto terapeutico ovvero:

- a) l'ospedale psichiatrico, per i soggetti affetti da disturbi psichici;
- b) l'istituto di disintossicazione, per i soggetti caratterizzati da dipendenza da alcool o sostanze stupefacenti;

¹¹⁵ F. EXNER, *cit.*, pag 78 in nota a M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 236.

c) il ricovero in un istituto socioterapico (§ 65 *Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt*).

Le tre misure venivano disposte in maniera tale da predisporre un sistema in grado di esaudire tutte le esigenze terapeutiche, nascenti sia da soggetti in grado di intendere e di volere, sia da soggetti privi di questa capacità: l'ospedale psichiatrico e l'istituto di disintossicazione non apparivano infatti adeguati ad affrontare disturbi della personalità, che potevano interessare soggetti, pienamente capaci di intendere e di volere¹¹⁶, ma che presentavano un alto *tasso di recidiva* specifica per alcuni reati¹¹⁷.

La misura dell'istituto socioterapico, disciplinata dal § 65¹¹⁸, poteva essere ordinata dal giudice, *accanto alla pena* e si rivolgeva a tre destinatari:

a) gli autori di reati dolosi, recidivi, con grave disturbo della personalità (*schwere Persönlichkeitsstörung*), qualora vi fosse il pericolo di commissione di rilevanti fatti antigiuridici (*die Gefahr besteht, dass er weiterhin erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird*);

b) gli autori di reati sessuali, ritenuti pericolosi a causa delle loro pulsioni sessuali (*Geschlechtstrieb*);

¹¹⁶ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 227.

¹¹⁷ La valutazione del rischio di recidiva da parte degli autori violenti consente di determinare la probabilità che il soggetto incorra realmente nella recidiva nel corso di un preciso arco di tempo e comporta uno studio sui fattori di rischio, che si distinguono in fattori di rischio *statici* e *dinamici*. I primi sono variabili "storiche", che rispecchiano gli antecedenti personali e criminali del delinquente (ad es. l'età, il numero ed il tipo di reati commessi, la tipologia delle vittime ecc.) e definiscono la condizione generale di rischio che lo caratterizza nel lungo periodo. I fattori di rischio dinamici, qualificati come bisogni criminogeni, sono fattori che evidenziano come la situazione di rischio non sia statica e data una volta per tutte, ma influenzabile dai cambiamenti della sfera psicologica e socio-relazionale della vita del soggetto; la loro misurazione: essi si dividono in fattori *stabili* e fattori *acuti*. I fattori stabili sono ad esempio la capacità di controllo di sé, i problemi nelle relazioni affettive, la propensione al trattamento e vengono considerati come caratteristiche relativamente durevoli della personalità; i fattori acuti sono stati che cambiano con rapidità e che tendono a peggiorare proprio prima che il delinquente incorra nella recidiva e sono ad esempio l'uso di sostanze con effetto disinibitorio come le droghe o l'alcool e i cambiamenti di umore. L. VOLPINI, T. MANELLO, G. DE LEO, *La valutazione del rischio di recidiva da parte degli autori di reato: una proposta*, in *Rass. penit. crimin.*, 2008, pag 147.

¹¹⁸ Sub §65 in H.H JESCHECK, W. RUß, G. WILLMS, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, pag 136.

c) gli autori di reati che avessero manifestato una tendenza a delinquere in giovane età (entro il ventisettesimo anno).

La misura, applicata congiuntamente alla pena, accoglieva il principio di vicarietà, poiché il periodo di permanenza in istituto sarebbe stato scomputato dalla durata della pena inflitta.

Il comma tre del § 65 prevedeva infine una quarta categoria di destinatari, ovvero gli autori non imputabili o semi-imputabili, per i quali il ricovero in un istituto socio-terapico, visti i particolari mezzi terapeutici e gli aiuti sociali, appariva più idoneo dell'internamento in un ospedale psichiatrico ai fini della risocializzazione; l'idoneità andava valutata in base alle condizioni dell'autore¹¹⁹.

Il confronto della proposta formulata nell'*Alternativ- Entwurf* con il nuovo § 65 fa emergere alcune differenze significative: in primo luogo il testo in analisi prendeva in considerazione gli autori primari solo qualora fossero autori di reati sessuali. Gli altri disturbati mentali potevano essere sottoposti a questa misura solo qualora fossero stati anche recidivi. Gli autori primari di reati non riguardanti la sfera sessuale potevano quindi essere sottoposti solo all'esecuzione della pena: ciò costituisce una vera antinomia, poiché sarebbe auspicabile intervenire *subito* con la terapia sociale più con gli autori primari che con i recidivi, già più difficili da risocializzare.

In secondo luogo, mentre con l'*Alternativ- Entwurf* era stata proposta, ai fini della prognosi, la differenziazione fra gli autori di reato affetti da disturbi psichici (il cui disturbo doveva essere dimostrato) dagli autori di reato plurirecidivi (ove il disturbo era presunto dalla ricaduta nel delitto), il § 65 della seconda legge di riforma non fa questa distinzione: la dottrina accolse positivamente questa scelta, perché riteneva eccessivamente sproporzionata una tale limitazione della libertà personale fondata su una mera presunzione.

L'istituto socioterapico era destinato ai soli recidivi di età inferiore ai ventisette anni: per quelli di età superiore infatti era prevista la sola applicazione

¹¹⁹ § 65 Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts, *Bundesgesetzblatt I*, 1969, n. 56, pag 717.

della *Sicherungsverwahrung*, con una chiara scelta, discutibile sul piano della prevenzione speciale positiva, di fare prevalere la custodia sulla terapia. Questa soluzione apparve discutibile poiché, ferma restando l'asserzione secondo la quale quanto più l'autore è giovane, tanto maggiori sono le speranze di recupero, ciò non significa tuttavia che, oltrepassata una certa età, questa speranza debba scomparire del tutto¹²⁰.

La seconda legge di riforma non accolse infine né l'idea di subordinare l'internamento in istituto al consenso del soggetto, né quella di istituire un termine massimo di durata della misura¹²¹.

Considerato quindi che per il ricovero nei confronti del primo gruppo di autori erano richieste un certo numero di precedenti condanne e che i recidivi venivano presi in considerazione ai fini di questo istituto solo se giovani autori fra i 16 e i 27 anni, si può affermare che la normativa del codice riformato presentava un ambito applicativo più ristretto rispetto alle premesse da cui essa si muoveva.

Concludendo, se da una parte il suo accoglimento nel codice riformato rappresentò senza ombra di dubbio un dato positivo, perché aderente quell'orientamento verso un diritto penale della risocializzazione, non è stato però sicuramente un dato positivo la rinuncia al recupero di un grande numero di soggetti che avrebbero comunque potuto presentare delle buone prognosi ai fini del trattamento, destinandoli invece alla custodia di sicurezza¹²².

¹²⁰ *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, allgemeiner Teil*, Berlin, 1966, pag 214.

¹²¹ A. MANNA, *cit.*, pag 157.

¹²² S. MOCCIA, *cit.*, pag 256.

CAPITOLO II

IL CONSOLIDAMENTO DELLA *SICHERUNGSVERWAHRUNG* NELLE RECENTI RIFORME LEGISLATIVE

SOMMARIO: 1. L'ampliamento dell'istituto della *Sicherungsverwahrung*: le linee direttrici e la rinascita del "pensiero securitario" – 2. *Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten* del 26 gennaio 1998 – 2.1. Il contenuto della riforma in merito alla *Sicherungsverwahrung*– 2.1.1. § 66 StGB: i presupposti per l'ordine di *Unterbringung in der Sicherungsverwahrung* – 2.1.2. § 67d.3 l'abolizione retroattiva del termine decennale massimo di durata della *Sicherungsverwahrung* – 2.2. La pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* del 3 dicembre 1998 – 3. Gli interventi legislativi dei *Länder* - 3.1. Bayern: *Das Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern (BayStrUBG)* del 24 dicembre 2001 - 3.2. Sachsen-Anhalt: *Das Gesetz über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Personen zur Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung* del 6. marzo 2002 – 4. *Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung* del 21 agosto 2002 – 4.1. § 66a: *Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung* – 5. *Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die Sexuelle Bestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften* del 27 dicembre 2003 - 6. L'intervento del *Bundesverfassungsgericht* - 6.1. La sentenza del 5 febbraio 2004 - 6.1.1. *Sicherungsverwahrung* e dignità umana - 6.1.2. *Sicherungsverwahrung* e libertà personale - 6.1.3. *Sicherungsverwahrung* e divieto di retroattività in materia penale – 6.2. La sentenza del 10 febbraio 2004 – 7. *Gesetz zur Einführung der Nachträglichen Sicherungsverwahrung* del 23 luglio 2004 – 7.1. Il *Bundesverfassungsgericht* sancisce la legittimità della custodia di sicurezza postuma – 8. La visita in Germania della "European Committee for the Prevention of the Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment" del 2005 - 9.

Das Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung del 13 aprile 2007 – 10. Il Report del commissario europeo per i diritti umani del 2007

1. L'ampliamento dell'istituto della *Sicherungsverwahrung*: le linee direttrici e la rinascita del “pensiero securitario”

Dagli anni novanta in poi si assiste in Germania ad un graduale ampliamento dell'istituto della custodia di sicurezza, determinato dalla graduale sfiducia nell'idea di prevenzione speciale positiva e dalla contestuale esigenza di potenziare gli strumenti di prevenzione speciale negativa (ovvero di neutralizzazione o incapacitazione)¹²³.

Lo sviluppo normativo in materia di *Sicherungsverwahrung* si avviò con la riforma intervenuta in Germania nel 1998, il cui contenuto può essere riassunto con un'elencazione di concetti e principi di cui il legislatore si è fatto portatore: *Bekämpfung* (lotta), *Sicherheit* (sicurezza), *Sicherheitsaufträge* (compito dello Stato di garantire la sicurezza), *wirksamer Schutz* (potenziamento della tutela), *Botschaften der Unnachgiebigkeit und Härte* (messaggio d'intransigenza e severità), *Gefahr* (pericolo)¹²⁴.

Questa riforma può essere considerata espressione di un riordinamento degli interessi della collettività, del reo e della vittima (*Neuordnung der Interessen der Öffentlichkeit, des Täters und des Opfer*): nel contemperamento fra le esigenze di tutela della collettività e quelle di rispetto dei diritti di libertà dell'individuo, il legislatore scelse di far prevalere le prime sulle seconde, sacrificandole sia da un punto di vista quantitativo che qualitativo¹²⁵.

¹²³ M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont., pag 6.

¹²⁴ H-J ALBRECHT, *Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform*, in ZStW 1999, pag 864.

¹²⁵ H-J ALBRECHT, *Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform*, in ZStW 1999, pag 865.

In confronto con le riforme di diritto penale avvenute negli anni sessanta e settanta si nota quindi una *Umorientierung*: in passato il principio ispiratore era stato la fiducia nella funzione risocializzante degli strumenti statuali e l'eliminazione del "*Moralstrafrecht*" e gli strumenti adottati nella lotta alla criminalità erano la depenalizzazione e la destigmatizzazione, motivati dalla sussistenza di profondi dubbi circa l'efficacia della pena. Tuttavia, gli insuccessi registrati nel ventennio successivo hanno comportato un "riorientamento" accompagnato da una concezione del diritto penale sostanziale e processuale come mero mezzo per la lotta alla criminalità attuato con gli strumenti della neutralizzazione, in modo che il legislatore potesse trasmettere un messaggio chiaro e inderogabile: "*tutti coloro che commettono un reato saranno scoperti, gravemente puniti e sottoposti all'esecuzione della pena*"¹²⁶.

Quella che viene definita "*Renaissance des Sicherheitdenkens*" non è quindi altro che una presa di coscienza circa il cambiamento che avvenne fin dai primi anni novanta negli Stati Uniti e poi di riflesso in Europa e che si sostanziò in una rivalutazione del potere punitivo statale, causato fra le altre cose da modifiche socio-economiche (globalizzazione, crisi economica, ecc), al quale i legislatori e i tribunali reagirono con un inasprimento delle pene e con un aumento del numero degli internamenti¹²⁷.

La dottrina ha posto l'accento in questo contesto sul ruolo dei mass-media: la rappresentazione mediatica di fatti di violenza ha ampliato gravemente il divario fra l'insicurezza reale e percepita, amplificando il bisogno di sicurezza e influenzando sulle scelte di politica criminale dei legislatori. Il diritto penale è diventato tema caldo di tutte le nazioni industrializzate e strumento demagogico caratterizzato da

¹²⁶ "*Derjenige, der eine Strafe begeht, entdeckt wird, sodann hart bestraft wird und dass schließlich die harte Strafe auch vollzogen wird*" BT-Plenarprotokoll 13/204, pag 18433, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btp/13/13204.asc>

¹²⁷ U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.U. PAEFFGEN (a cura di), *Strafgesetzbuch. Nomoskommentar*, I, Baden-Baden, 2005, pagg 120 ss., v anche H. KAMMEIR, *cit.*, pag 9.

una forte impronta populistica trasformandosi nel punto focale delle campagne elettorali che lo hanno strumentalizzato per vincere le elezioni¹²⁸.

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

Un primo ampliamento della custodia di sicurezza venne realizzato dalla legge sulla lotta ai reati sessuali ed altri gravi reati violenti del 26 gennaio 1998, sollecitata da gravi fatti di cronaca, in particolare reati sessuali contro minori: fu la stessa relazione di accompagnamento al progetto di legge a sottolineare la necessità di intervenire a fronte di gravi abusi sessuali commessi a danno di minori¹²⁹.

Secondo autorevole dottrina¹³⁰ i casi che suscitavano maggiormente sdegno e preoccupazione fra i cittadini, gli psichiatri e giuristi, furono l'abuso sessuale e l'omicidio di una bambina di sette anni, Natalie A., ad opera del ventinovenne pregiudicato Armin S., accaduto il 29 settembre 1996 a Epfach (Bayern) e il delitto

¹²⁸ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 236.

¹²⁹ „A. Problem: Die in letzter Zeit bekanntgewordenen schweren Straftaten, insbesondere an Kindern egangene Sexualdelikte, haben gezeigt, daß der Schutz der Bevölkerung vor Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten verbessert werden muß. B. Lösung: Durch Änderungen im strafrechtlichen Sanktionensystem und im Strafvollzugsrecht werden den Gerichten und Strafvollzugsbehörden neue und flexiblere Möglichkeiten eröffnet, um den Schutz der Allgemeinheit insbesondere vor gefährlichen Sexualstraftätern zu gewährleisten. Der Entwurf sieht zu diesem Zweck ein Instrumentarium vor, das von den verschiedenen Stationen des Vollzuges, der Entscheidung über den Zeitpunkt der Entlassung und über Maßnahmen für die Zeit nach der Entlassung bis hin zu einer eventuellen Sicherungsverwahrung, die jeweils optimale Maßnahme ermöglicht. Um insbesondere die Gefahr von Wiederholungstaten zu reduzieren, setzt der Entwurf auf eine Erweiterung der Therapiemöglichkeiten für behandelbare Straftäter im Strafvollzug, die Hervorhebung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit bei der Entscheidung über die Strafrestaussetzung zur Bewährung sowie verstärkte Sicherungsmaßnahmen gegen rückfällige Sexualstraftäter.“ Deutscher Bundestag: Drucksache 13/7163 vom 11.03.1997 in <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/13/071/1307163.asc>

¹³⁰ T. ULLENBRUCH, *Verschärfung der Sicherungsverwahrung auch ruckwirkend-populär, aber verfassungswidrig?*, in *NSiZ* 1998, Heft 7, pag 326.

avvenuto in simili circostanze il 9 gennaio 1997 a Varel (Niedersachsen), a danno di Kim K, una bambina di 10 anni, uccisa dal pregiudicato Rolf D.¹³¹

Nel primo caso il reo aveva sequestrato la minorenni, vi aveva fatto abuso e l'aveva uccisa: i mass media scatenarono polemiche principalmente perché l'autore del reato era stato precedentemente condannato a quattro anni e mezzo per abuso sessuale su tre minori e violenza sessuale di una donna ma era stato rilasciato con la liberazione anticipata dopo soli tre anni.

Inaccettabili furono considerate le giustificazioni apportate dalla psichiatra Béla Serly, chiamata come perito nel caso, riguardanti in particolar modo le tendenze sessuali del soggetto: le definì "sorprendenti ma non anormali" ("*sexuell auffällig, aber nicht abartig*") e affermò quindi che il soggetto non era affetto da malattia mentale ("*er hatte die Grenze zur schweren seelischen Abartigkeit nicht überschritten*"). Centinaia furono le lettere di protesta ai giornali con le quali si richiedeva un'assunzione di responsabilità da parte della psichiatra.

Nel frattempo la sfiducia nei confronti dei tribunali e dell'autorità crebbe a dismisura: l'opinione pubblica si convinse del fatto che tali disturbi non fossero in nessun modo curabili e chiese la reintroduzione della castrazione e della pena di morte¹³². Secondo autorevole dottrina¹³³ un tale malcontento non poteva essere ignorato dagli attori politici, vista anche la vicinanza con le nuove elezioni del *Bundestag* previste per l'autunno del 1998¹³⁴.

Il secondo caso, di pochi mesi successivo, avvenne nelle medesime circostanze e aggravò la situazione di sdegno e protesta dell'opinione pubblica: vacillò definitivamente la teoria sviluppata nei decenni antecedenti secondo la quale le terapie, più delle pene, consentono in maniera efficace la protezione della collettività dagli autori di reati sessuali ("*Der Fall Kim K. bringt die jahrelang eingeübte Doktrin, daß "Therapie statt Strafe" die Gesellschaft wirksamer vor*

¹³¹ T ULLENBRUCH, *cit.*, pagg 327 ss.

¹³² DER SPIEGEL, *Schrei der Hilflosigkeit*, 20.09.1996 consultabile sul sito internet www.spiegel.de

¹³³ T. ULLENBRUCH 1998, *cit.*, pag 326

¹³⁴ „Sicher nicht zuletzt mit Blick auf die im Herbst 1998 anstehenden Neuwahlen zum Deutschen Bundestag setzten in der Folgezeit hektische Aktivitäten des Gesetzgebers ein“ in T. ULLENBRUCH, 1998, *cit.*, pag 328.

Sexualtätern schützen könne, als wenn der Staat die Delinquenten einfach wegschließt, erneut ins Wanken”).

Il direttore dell'Istituto di Criminologia presso l'Università di Kiel, Monika Frommel, sostenne la teoria della nascita di un nuovo gruppo di autori di reati a sfondo sessuale: mentre negli anni sessanta erano semplicemente un gruppo di persone affette da patologie, dagli anni novanta il loro profilo criminologico è mutato poiché “vi appartengono egoisti e amanti del rischio, che trovano interessante violare il consenso sociale” (“*Wir gehen seit den sechziger Jahren davon aus, daß es sich um eine pathologische Tätergruppe handelt; jetzt ist auch eine risikofreudige und egoistische Tätergruppe dabei, die es interessant findet, den gesellschaftlichen Konsens zu verletzen*“)¹³⁵.

La riforma operò in varie direzioni: a) ampliò l'area penalmente rilevante e aggravò il trattamento sanzionatorio di alcune fattispecie penali fra le quali i reati di abuso sessuale nei confronti di minori o di persone in stato di minorata difesa¹³⁶, le lesioni pericolose, il maltrattamento di soggetti sottoposti a protezione e i reati commessi in stato di ubriachezza¹³⁷; b) modificò le condizioni per il rilascio anticipato in caso di concessione della sospensione condizionale della pena (§ 56) ; c) inasprì la disciplina in materia di traffico di narcotici; d) modificò la legge riguardante il *Bundeszentralregister*, escludendo la registrazione degli autori di reati bagatellari e inasprendo la disciplina per quanto concerne gli autori di reati sessuali; e) facilitò, in molteplici punti, la possibilità di ordinare la *Sicherungsverwahrung*.

La legge approvata il 26 gennaio fu pubblicata nel BGBl il 30 gennaio ed entrò in vigore il giorno successivo¹³⁸: stupì la velocità con la quale il legislatore affrontò la questione, in omaggio forse all'idea statunitense della “*democracy at*

¹³⁵ DER SPIEGEL, *Tod hinterm Deich*, 20.1.1997 consultabile sul sito internet www.spiegel.de

¹³⁶ Abuso sessuale nei confronti di soggetti sottoposti a protezione (§174); abuso sessuale nei confronti di detenuti, internati dall'autorità o malati e bisognosi ricoverati (174a); abuso sessuale con sfruttamento di un pubblico ufficiale (§174b); abuso sessuale con sfruttamento di un rapporto di consulenza, di trattamento o di cura (§174c); abuso sessuale nei confronti di fanciulli (§176); abuso sessuale nei confronti di persone incapaci di opporre resistenza (§179); favoreggiamento di atti sessuali di minorenni (§180); abuso sessuale nei confronti di giovani minorenni (§182).

¹³⁷ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 237.

¹³⁸ T. ULLENBRUCH, *cit.*, p 328 ss.

work” secondo la quale il legislatore dovrebbe sempre tenere attiva la macchina legislativa al fine di dare una risposta immediata ed istantanea alle loro aspettative, mantenendo in questo modo il consenso dei cittadini ¹³⁹.

In realtà anche le tempistiche furono criticate, in particolare perché professionisti in ambiti diversi (magistrati, forze dell’ordine, pubblici ministeri, direttori di istituti penitenziari) vennero a conoscenza di parti sostanziali della legge solo dopo la sua promulgazione: le voci che avevano sostenuto l’impossibilità di un sua applicazione pratica (a causa, ad esempio, della mancanza di esperti e di risorse necessarie per sottoporre gli internati ad una terapia) e le preoccupazioni circa la compatibilità costituzionale della riforma (soprattutto nella parte che prevede la retroattività della nuova disciplina sfavorevole) non furono ascoltate, e la dottrina non poté far altro che auspicare l’intervento della Corte Costituzionale¹⁴⁰.

2.1. Il contenuto della riforma in merito alla *Sicherungverwahrung*

La riforma ebbe come scopo l’aggravamento dei presupposti necessari per liberare il condannato dopo l’espiazione della pena e la predisposizione, all’interno del codice penale, di strumenti che potessero facilitare il mantenimento dello *status* di internato.

Il legislatore avrebbe potuto rispondere alle esigenze di pubblica sicurezza aumentando le pene previste per i reati a sfondo sessuale, ma in questo modo sarebbe stato eccessivamente limitato dal rispetto del principio di proporzione e di colpevolezza, oppure avrebbe potuto riformare la disciplina dell’ospedale psichiatrico, strumento finalizzato alla cura di soggetti affetti da malattie psichiatriche, ma avrebbe lasciato scoperti tutti quei casi limite di soggetti affetti da meri *disturbi* psichici.

¹³⁹ H-J ALBRECHT, 1999, *cit.*, pagg 864 ss.

¹⁴⁰ T. ULLENBRUCH, 1998, *cit.*, pag 327.

Gli ambiti riformati della *Sicherungsverwahrung* furono specificatamente: a) i presupposti per ordinare l'internamento nella *Sicherungsverwahrung* (§ 66); b) il termine di durata della *Sicherungsverwahrung* (§ 67d.3)¹⁴¹.

2.1.1. § 66 StGB: i presupposti per l'ordine di Unterbringung in der Sicherungsverwahrung

Con la riforma il legislatore introdusse il terzo comma al § 66, riducendo i presupposti richiesti per l'applicazione della custodia di sicurezza:

“Wird jemand wegen eines Verbrechens oder wegen einer Straftat nach den § 174 bis 176, 179, 180, 182, 223a, 223b oder 323a, soweit die im Rausch begangene Tat ein Verbrechen oder eine der vorgenannten rechtswidrigen Taten ist, zu zeitiger Freiheitsstare von mindestens zwei Jahren verurteilt, so kann das Gericht neben der Strafe die Sicherungsverwahrung anordnen, wenn der Täter wegen einer oder mehrer solcher Straftaten, die er von der neuen Tat begangen hat, schon einmal zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt worden ist und die in Absatz 1 Nr. 2 und 3 genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

Hat jemand zwei Straftaten der in Satz 1 bezeichneten Art begangen, durch die er jeweils Freiheitsstrafe con mindestens zwei Jahre verwirkt hat und wird er wegen einer oder mehrerer dieser Tateten zu zeitiger Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahre verurteilt, so kann das Gericht unter den in Absatz 1 Nr 3 bezeichneten Voraussetzungen neben der Strafe die Sicherungsverwahrung auch ohne frühere Verurteilung oder Freiheitentziehung (Abstanz 1 Nr. 1 und 2) anordnen. Die Absätze 1 und 2 bleiben unberührt.“¹⁴²

Per ordinare la custodia di sicurezza in forza del nuovo § 66 comma 3 prima parte era quindi necessario:

a) la commissione di uno dei delitti richiamati dal comma 3, ovvero: abuso sessuale nei confronti di soggetti sottoposti a protezione (§ 174); abuso sessuale nei confronti di detenuti, internati dall'autorità o malati e bisognosi ricoverati (§ 174a);

¹⁴¹ Artikel 1, Bundesgesetzblatt Jahrgang 1998 Teil I Nr.6, augseben zu Bonn am 30. Januar 1998.

¹⁴² Artikel 1.3, Bundesgesetzblatt Jahrgang 1998 Teil I Nr.6, augseben zu Bonn am 30. Januar 1998.

abuso sessuale con sfruttamento di un pubblico ufficiale (§ 174b); abuso sessuale con sfruttamento di un rapporto di consulenza, di trattamento o di cura (§ 174c); abuso sessuale nei confronti di fanciulli (§ 176); abuso sessuale nei confronti di persone incapaci di opporre resistenza (§ 179); favoreggiamento di atti sessuali di minorenni (§ 180); abuso sessuale di minorenni (§ 182); lesione pericolosa (§ 223a); maltrattamenti nei confronti di soggetti sottoposti a protezione (§ 223b); ebbrezza “totale”(§ 323a);

b) la condanna a pena detentiva di almeno *due* anni per uno dei delitti del punto a);

c) che il soggetto fosse già stato condannato ad una pena detentiva di almeno *tre* anni per aver precedentemente commesso uno dei fatti di reato elencati nel punto a);

d) che il soggetto avesse già scontato almeno due anni di pena detentiva o di misura di sicurezza detentiva per il precedente reato di cui al punto c);

d) la dichiarazione di pericolosità sociale, risultante da un'analisi complessiva dei fatti di reato, dalla quale appare chiaro che il soggetto ha una particolare tendenza a compiere atti che causano rilevanti danni fisici, psicologici o economici alla vittima.

Che relazione doveva sussistere fra il reato commesso in precedenza (reato a causa del quale il soggetto aveva scontato la pena detentiva) e il secondo reato (a causa del quale il soggetto si trovava davanti al giudice che doveva valutare se ordinare anche la custodia di sicurezza)?

La dottrina non ritenne necessario interpretare restrittivamente il requisito richiesto dal terzo comma prima parte (stessi reati, *solcher Straftaten*): “non è necessario che il soggetto compia due volte, per esempio, abuso su minori, ma è sufficiente che compia due volte uno dei reati previsti dall'elenco, in ragione del fatto che si utilizzerà il comma 1 (che richiede la presenza del requisito della

pericolosità sociale) per valutare se i reati, seppur diversi, siano tuttavia espressione della medesima deviazione”¹⁴³.

Il legislatore istituì quindi una recidiva specifica con condanna a pena più elevata che derogò alla disciplina generale del primo comma, che richiedeva invece, per l’ordine obbligatorio di custodia, *due* precedenti sentenze di condanna.

Per ordinare la custodia di sicurezza in forza del § 66 terzo comma seconda parte era invece necessaria:

a) la commissione, per due volte, di uno dei reati elencati nella prima parte del terzo comma, a causa del quale il soggetto avrebbe potuto evitare in astratto almeno due anni di pena detentiva;

b) la condanna per almeno uno di questi reati ad almeno tre anni di pena detentiva;

c) la dichiarazione di pericolosità sociale, risultante da un’analisi complessiva dei fatti di reato, dalla quale appare chiaro che il soggetto ha una particolare tendenza a compiere atti che causano rilevanti danni fisici, psicologici o economici alla vittima.

In altre parole, il legislatore alleggerì i presupposti della custodia facoltativa prevista per gli autori seriali pericolosi: non era necessario infatti che il soggetto avesse effettivamente scontato tutte le pene per i reati commessi antecedentemente, ma solo il giudizio di prognosi circa la tendenza a delinquere.

2.1.2. § 67d.3 l’abolizione retroattiva del termine decennale massimo di durata della Sicherungsverwahrung

Fin dal momento dell’introduzione della custodia di sicurezza, il profilo più discusso fu rappresentato della proposta, sul terreno della disciplina della sanzione,

¹⁴³ RISSING,-VAN SAAN, J. PEGLAU, *sub §66*, in H.W. LAUFHÜTTE, R.RISSING-VAN SAAN, K TIEDEMANN (a cura di) *Strafgesetzbuch.Leipziger Kommentar*, III, Berlin, 2008, pag 441.

di non individuare un limite massimo di durata, come effetto della relazione che questa sanzione stabilisce non con il reato commesso, ma con la pericolosità del suo autore.

Tuttavia, se da una parte rispondere alle esigenze di protezione della collettività richiederebbe la prosecuzione dell'internamento sino al venire meno della pericolosità, dall'altra il rispetto delle garanzie individuali, che in assenza di un limite massimo risulterebbero fortemente compromesse, esigerebbe l'individuazione di una durata massima della misura. Il contemperamento di queste contrapposte esigenze può condurre a diverse soluzioni, che devono risolvere due questioni: *se* introdurre un limite massimo e *come* determinarlo¹⁴⁴.

Prima della riforma il § 67d primo comma, come aveva stabilito la seconda legge di riforma del codice penale del 1969, prevedeva il limite massimo decennale di durata della prima applicazione della misura. Con la legge per la lotta contro i reati sessuali del 1998 però il legislatore abolì il termine massimo di durata, privilegiando le garanzie della collettività e sacrificando la libertà individuale. L'articolo 1 introdusse al § 67d il nuovo comma 3, *tuttora in vigore*:

*“Sind zehn Jahre der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung vollzogen worden, so erklärt das Gericht die Maßregel für erledigt, wenn nicht die Gefahr besteht, daß der Untergebrachte infolge seines Hanges erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden. Mit der Entlassung aus dem Vollzug der Unterbringung tritt Führungsaufsicht ein.”*¹⁴⁵

Per dichiarare estinta la misura sono necessarie due condizioni:

a) devono essere trascorsi dieci anni dall'inizio dell'esecuzione della *Sicherungsverwahrung*. E' indifferente che il soggetto abbia trascorso parte di tale periodo in un istituto diverso e non si ritiene che debba essere calcolato nel termine dei dieci anni il periodo in cui la misura è sospesa o interrotta¹⁴⁶.

¹⁴⁴ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 194.

¹⁴⁵ *Artikel 1, Bundesgesetzblatt Jahrgang 1998 Teil I Nr.6*, augseben zu Bonn am 30. Januar 1998

¹⁴⁶ RISSING,-VAN SAAN, J. PEGLAU, *sub §66*, in H.W. LAUFHÜTTE, R.RISSING-VAN SAAN, K TIEDEMANN (a cura di), *cit.*, pag 732.

b) non deve sussistere il pericolo che l'internato, a causa della sua tendenza a delinquere, commetta nuovi reati *rilevanti*, che possano causare gravi danni fisici o morali alla vittima. La prognosi è rivolta esclusivamente al futuro: la valutazione è quindi svincolata dai precedenti reati. L'oggetto della prognosi è di difficile individuazione, perché non è totalmente chiaro cosa significhi che essa debba essere rivolta solamente alla futura commissione di reati *rilevanti (erhebliche)*¹⁴⁷.

In materia di protrazione delle misure di sicurezza, nel 1985 il *Bundesverfassungsgericht*¹⁴⁸ era stato chiamato a pronunciarsi in ordine alla legittimità della protrazione della misura di sicurezza dell'ospedale psichiatrico; il caso che aveva dato luogo alla pronuncia riguardava Paul Stein, riconosciuto dal tribunale di primo grado semi-imputabile.

Il soggetto era stato condannato alla reclusione di nove mesi e alla misura di sicurezza dell'ospedale psichiatrico: negli anni successivi poi la misura era poi stata protratta per undici anni. In questa occasione la Corte Costituzionale ha stabilito che, in ossequio al principio di proporzionalità, quanto più perdura l'applicazione della misura, tanto più stringenti dovranno essere i presupposti per limitare la libertà personale („*Je länger die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus andauert, um so strenger werden die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzuges sein*“)¹⁴⁹.

Il principio di proporzionalità quindi non viene leso dalla decisione di protrarre la misura solo se, con il passare del tempo, diventano progressivamente più stringenti i presupposti per poter disporre un ulteriore periodo di internamento. La sentenza va quindi segnalata per l'importante indicazione in ordine ai limiti di legittimità della durata della misura, operanti sul terreno di una proporzionale compressione del diritto alla sicurezza collettiva in relazione alla progressiva incidenza della misura sulla libertà personale: l'equilibrio fra le due esigenze non potrà che essere trovato consentendo quindi in casi eccezionali di oltrepassare il

¹⁴⁷ RISSING,-VAN SAAN, J. PEGLAU, *sub §66*, in H.W. LAUFHÜTTE, R.RISSING-VAN SAAN, K TIEDEMANN (a cura di) *cit.*, pag 733.

¹⁴⁸ BverfG, 8 ottobre 1985, in *NStZ* 1986, pagg 185 ss.

¹⁴⁹ BverfG, 8 ottobre 1985, *cit.*, n. 45.

limite di durata massima della misura, ma limitando allo stesso tempo, attraverso un sistema di progressiva restrizione del giudizio prognostico, i presupposti per la proroga¹⁵⁰.

L'articolo 2 della legge di riforma stabilì che l'abolizione del termine massimo di durata decennale della misura dovesse avere applicazione retroattiva:

“§ 67d des Strafgesetzbuches in der Fassung der Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. Januar 1998 findet uneingeschränkt Anwendung“¹⁵¹

2.2. La pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* del 3 dicembre 1998

Il 3 dicembre 1998 la Corte Costituzionale tedesca fu chiamata a pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale dell'applicazione retroattiva della nuova disciplina più severa prevista dalla legge sulla lotta ai reati sessuali ed altri gravi reati violenti del 26 gennaio 1998¹⁵².

Il ricorrente era stato condannato il 14 marzo 1984 per abuso sessuale su minori a quattro anni di reclusione e alla custodia di sicurezza, da eseguirsi al termine dell'esecuzione della pena; il reo avrebbe dovuto essere rilasciato il 2 luglio 1998 in forze della versione precedente del § 67d del codice penale, in base al quale la durata della *Sicherungsverwahrung* era limitata a dieci anni. La richiesta di rilascio era stata però rifiutata dal *Landgericht*¹⁵³ (tribunale locale) e dal *Oberlandesgericht*¹⁵⁴ (Corte d'appello) in forza del nuovo § 67d che, come modificato dalla legge sulla lotta ai reati sessuali ed altri gravi reati violenti del 26 gennaio 1998, disponeva che la cessazione della misura dipendesse dalla sussistenza di una prognosi positiva: i giudici avevano ritenuto ancora persistente la sua pericolosità sociale affermando che c'era da attendersi che, vista la sua tendenza

¹⁵⁰ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 200.

¹⁵¹ *Artikel 2, Bundesgesetzblatt Jahrgang 1998 Teil I Nr.6*, augseben zu Bonn am 30. Januar 1998

¹⁵² BverfG 3 dicembre 1998 in *NSiZ* 1999, pag 156.

¹⁵³ LG Mannheim, 31.08.1998.

¹⁵⁴ OLG Karlsruhe, 08.10.1998.

a compiere reati sessuali, avrebbe commesso nuovamente un delitto in grado di danneggiare psicologicamente e fisicamente la vittima. L'internato aveva fatto dunque ricorso alla Corte costituzionale tedesca¹⁵⁵ contro la decisione di rifiuto di rilascio e contro il nuovo § 67d, sostenendo che esso, vista la sua applicazione retroattiva in forza dall'art. 2 della legge sulla lotta contro i reati sessuali e altri crimini violenti, violasse il principio di legalità e irretroattività stabilito dall'art. 103 II GG (*"Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde"*)¹⁵⁶.

Il ricorrente sosteneva che non fosse legittimo inasprire retroattivamente la disciplina della *Sicherungsverwahrung* alla luce degli stessi principi che vietano un successivo inasprimento di pene già inflitte: le une e le altre non dovrebbero essere soggette ad un diverso regime temporale, perché non si distinguono né per le modalità di esecuzione né per l'effetto stigmatizzante¹⁵⁷.

La Corte dichiarò però il ricorso inammissibile e manifestamente infondato affermando che, sebbene non fosse da escludere a priori la possibilità di una violazione dell'art. 2 II 2 GG (*Freiheitsgrundrecht - Die Freiheit der Person ist unverletzlich*¹⁵⁸), erano da respingere sia la richiesta di rilascio temporaneo¹⁵⁹ sia la

¹⁵⁵ A differenza del sistema di giustizia costituzionale italiano, che consente un ricorso solo in via incidentale, l'art. 93 GG comma 1, lett. 4a. (*„Das Bundesverfassungsgericht entscheidet: über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein“*), consente a tutti coloro i quali ritengano che un loro diritto fondamentale, o uno dei diritti garantiti dagli artt. 20 comma 4, 33, 38, 101, 103 o 104 GG, sia stato violato dal potere pubblico, di presentare ricorso alla Corte costituzionale federale (*Verfassungsbeschwerde*).

¹⁵⁶ BverG 3 dicembre 1998, cit., n. 2-10.

¹⁵⁷ BverG 3 dicembre 1998, cit., n. 11 *“Die Neuregelung verstoße gegen Art. 103 Abs. 2 GG, da eine nachträgliche Verschärfung bereits verhängter Strafen nicht möglich sei und sich der Vollzug und die Stigmatisierung einer Sicherungsverwahrung von dem Vollzug einer Freiheitsstrafe weder für die Allgemeinheit noch für den Betroffenen unterscheide“*. In particolare il ricorrente sottolinea come la custodia di sicurezza abbia avuto lo stesso effetto della pena: egli si è sentito estirpato dal suo contesto sociale e il suo matrimonio è stato duramente messo alla prova *“Er sei durch die Rückverlegung in den geschlossenen Vollzug aus seinem gesamten sozialen Umfeld herausgerissen, seine Ehe sei einer außergewöhnlichen Belastungsprobe unterworfen.“*

¹⁵⁸ Sulla base del fatto che il ricorrente ha riproposto il problema, non ancora risolto, della validità del principio di irretroattività anche per le misure di sicurezza: la questione verte infatti circa possibilità che la precedente versione del codice penale possa aver generato nell'internato un affidamento circa il suo rilascio e che quindi le successive modifiche del codice avrebbero leso la sua libertà personale. BverG 3 dicembre 1998, cit., n. 15

questione di costituzionalità: “la misura in questione non ha carattere repressivo e di retribuzione della colpevolezza, ma assolve una funzione preventiva della pericolosità sociale e che quindi prevale l’interesse alla tutela della collettività rispetto alla tutela dell’affidamento dell’internato”¹⁶⁰.

L’applicazione retroattiva della *Sicherungsverwahrung* appariva quindi legittima alla Corte, in conformità alla disciplina generale del § 2 comma 6 StGB che per le misure di sicurezza prevede l’applicazione della legge vigente al momento della decisione¹⁶¹.

Parte della dottrina criticò fin da subito questa decisione: “si tratta di un ragionamento che maschera una *truffa delle etichette*, non giustificabile perché la limitazione della libertà personale di soggetti imputabili attraverso la custodia di sicurezza si sostanzia di fatto in una sanzione che non si differenzia da una pena”¹⁶².

3. Gli interventi legislativi dei *Länder*

Negli anni successivi all’emanazione della legge che eliminò il termine massimo di durata della custodia di sicurezza l’attenzione della dottrina tedesca si focalizzò intorno ad alcuni progetti di legge presentati dai *Länder*: nello specifico, alcuni Stati proposero di introdurre la possibilità di disporre l’applicazione della custodia di sicurezza *dopo* la sentenza di condanna nei casi in cui la pericolosità fosse emersa totalmente solo durante l’esecuzione della pena, al fine di rafforzare gli strumenti penali di controllo degli autori pericolosi.

¹⁵⁹ *Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 32 (1) BVerGG: Das Bundesverfassungsgericht kann im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.*

¹⁶⁰ BVerG 3 dicembre 1998, *cit.*, n. 16-19.

¹⁶¹ Il *Bundesverfassungsgericht* ha escluso un contrasto con il principio di irretroattività della pena anche dell’applicazione retroattiva della disciplina della libertà vigilata, sempre sulla base dello stesso argomento (BVerfG 6 giugno 2006, 1349).

¹⁶² T. ULLENBRUCH, 1998, *cit.*, pag 326.

L'obiezione a questi progetti nasceva dalla necessità di rispettare il principio di *intangibilità del giudicato*, che sarebbe stato sacrificato se fosse stata data al giudice la possibilità di applicare una misura che la sentenza di condanna non aveva previsto¹⁶³.

Le iniziative dei *Länder* accolsero le richieste di maggior sicurezza dell'opinione pubblica, sollecitate anche da alcuni gravi fatti di cronaca dai quali emersero gravi lacune nel sistema. Fra questi si ricorda il caso di un uomo di 69 anni, autore di molteplici reati sessuali.

Impegnato in una relazione extraconiugale dal 1980, il soggetto aveva violentato almeno una volta a settimana la minore delle tre figlie della sua compagna; dal 1982 aveva abusato anche dell'altra figlia di quattordici anni, ma entrambi i fatti erano caduti in prescrizione perché non erano stati denunciati secondo i tempi previsti dalla legge.

Nell'estate del 1982 il reo aveva pagato la maggiore delle figlie, di 15 anni, perché si prestasse ad aver rapporti sessuali con lui: la vittima, inizialmente consenziente, dopo l'inizio del rapporto la vittima aveva chiesto all'uomo di fermarsi ma egli l'aveva costretta con la violenza: denunciato il fatto, il processo era stato sospeso in forza del § 154 comma 2 StPO¹⁶⁴.

Successivamente, nel 1986, il soggetto aveva ricominciato a violentare la figlia minore: riuniti i fatti in un unico processo, svoltosi nel 1999, il giudice aveva affermato che il soggetto non era in grado di avere dei rapporti sani con l'altro sesso e per questo motivo lo aveva dichiarato parzialmente incapace di intendere e volere¹⁶⁵, ordinando per entrambi i capi d'imputazione una pena detentiva di tre anni e sei mesi. La custodia di sicurezza prevista dal §66 III StGB non poteva essere applicata perché il fatto era stato commesso prima del 31 gennaio 1998. Durante

¹⁶³ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 240.

¹⁶⁴ § 154 (2) StPO *Ist die öffentliche Klage bereits erhoben, so kann das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft das Verfahren in jeder Lage vorläufig einstellen.*

¹⁶⁵ *Verminderte Schuldfähigkeit, § 21 StGB : Ist die Fähigkeit des Täters, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, aus einem der in § 20 bezeichneten Gründe bei Begehung der Tat erheblich vermindert, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.*

l'esecuzione della pena il soggetto aveva affermato più volte di essere innocente e si era rifiutato di sottoporsi ad una terapia¹⁶⁶.

Il caso dimostrò efficacemente come il sistema processuale non abbia consentito di predisporre adeguati strumenti di tutela della collettività. Alcuni *Länder* approvarono quindi una legge regionale che rese possibile disporre l'internamento in un momento successivo alla sentenza di condanna, nei confronti di autori particolarmente pericolosi, in ragione dei loro precedenti penali: il modello di controllo del diritto penale preventivo dilagò così a livello di legislazione regionale¹⁶⁷.

3.1. Bayern: *Das Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern* del 24 dicembre 2001

Il 24 dicembre 2001 lo Stato della Baviera approvò una legge, entrata in vigore il primo gennaio 2002, per colmare le lacune federali in materia di prevenzione della collettività dagli autori seriali pericolosi e recidivi¹⁶⁸.

L'articolo 1 prevedeva:

(1) Gegen einen Strafgefangenen, der in einer Justizvollzugsanstalt des Freistaates Bayern unter den Voraussetzungen von § 66 Abs. 1 Nrn. 1 und 2, Abs. 2 bis 4 des Strafgesetzbuchs eine zeitige Freiheitsstrafe verbüßt, kann das Gericht die Unterbringung in einer Justizvollzugsanstalt anordnen, wenn auf Grund von Tatsachen, die nach der Verurteilung eingetreten sind, davon auszugehen ist, dass von dem Betroffenen eine gegenwärtige erhebliche Gefahr für das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit der Person oder die sexuelle Selbstbestimmung anderer ausgeht, insbesondere weil er im Vollzug der Freiheitsstrafe beharrlich die Mitwirkung an der Erreichung des Vollzugsziels (§ 2 des Strafvollzugsgesetzes) verweigert,

¹⁶⁶ BVerfG 10 febbraio 2004, n. 32-37.

¹⁶⁷ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 241.

¹⁶⁸ *Das Bayerische Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern* (BayStrUBG) del 24 dicembre 2001, in <http://beck-online.beck.de>.

namentlich eine rückfallvermeidende Psycho- oder Sozialtherapie ablehnt oder abbricht.

La legge prevedeva quindi la possibilità di ordinare l'internamento qualora:

a) il soggetto, avendo compiuto uno dei fatti di reato stabiliti dal § 66, fosse in un istituto carcerario in esecuzione di una pena detentiva;

b) in base a circostanze di fatto, emerse dopo la sentenza di condanna durante l'esecuzione della pena, fosse possibile presumere che il soggetto rappresentasse un pericolo per la vita, l'incolumità e la libertà personale e sessuale.

I fatti emersi durante l'esecuzione della pena che potevano portare a questa presunzione erano per esempio il rifiuto di sottoporsi a terapie o di collaborare in vista del raggiungimento degli scopi dell'esecuzione della pena.

È pacifico che lo scopo della legge sia stato proprio quello di colmare le lacune del codice penale; infatti il comma 2 prevedeva che l'ordine di internamento poteva essere revocato non appena il soggetto fosse sottoposto ad una misura di sicurezza e miglioramento prevista dal § 63 (*Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus*) o § 66 (*Sicherungsverwahrung*) del codice penale.

Nell'ordinare l'internamento il giudice, qualora fosse stato possibile prevedere che in un determinato periodo di tempo il soggetto avrebbe cessato di essere pericoloso, indicava anche la durata della misura; in caso contrario doveva ordinare l'internamento senza termine, verificando ogni due anni la persistenza della prognosi di pericolosità del soggetto.

3.2 Sachsen-Anhalt: Das Gesetz über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Personen zur Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung del 6 marzo 2002

Il 6 marzo 2002 anche lo Stato del *Sachsen-Anhalt* approvò una legge di contenuto analogo a quello della legge approvata pochi mesi prima dal *Bayern*, per fronteggiare la situazione di emergenza in materia di prevenzione

La legge introduceva la possibilità di ordinare l'internamento in un istituto qualora durante l'esecuzione della pena fossero emersi fatti dai quali desumere il rischio della commissione da parte del reo di reati a danno della vita, dell'incolumità personale, della libertà personale e sessuale altrui.¹⁶⁹

Anche in questo caso il legislatore regionale prevedeva la revoca dell'ordine di internamento qualora il soggetto fosse sottoposto ad una misura di sicurezza.

Diversamente dalla legge dello stato del *Bayern* era invece disciplinata la durata della misura: l'art 2 stabiliva per il primo ordine di internamento una durata *limitata* di sei mesi. Entro un mese dal termine del periodo di internamento il tribunale avrebbe poi dovuto constatare la persistenza della prognosi di pericolosità

¹⁶⁹ *Gesetz über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Personen zur Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (UnterbringungsG – UBG LSA) vom 6. März 2002* : (1) *Gegen eine Person, die in einer Justizvollzugsanstalt des Landes unter den Voraussetzungen von § 66 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2 bis 4 des Strafgesetzbuches eine zeitige Freiheitsstrafe verbüßt, kann das Gericht die Unterbringung in einer Justizvollzugsanstalt anordnen, wenn aufgrund von Tatsachen, die nach der Verurteilung bekannt geworden sind, davon auszugehen ist, dass von dem Betroffenen eine erhebliche gegenwärtige Gefahr für das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung anderer ausgeht, insbesondere weil er im Vollzug der Freiheitsstrafe beharrlich die Mitwirkung an der Erreichung des Vollzugsziels (§ 2 des Strafvollzugsgesetzes) verweigert, namentlich eine rückfallvermeidende Psycho- oder Sozialtherapie ablehnt oder abbricht.* (2) *Die Anordnung unterbleibt, wenn und solange gegen den Betroffenen eine Maßregel der Besserung und Sicherung nach §§ 63 oder 66 des Strafgesetzbuches angeordnet ist oder in einem anhängigen Strafverfahren noch angeordnet werden kann.* (3) *Die Anordnung unterbleibt oder ist aufzuheben, wenn gegen den Betroffenen eine Unterbringung nach dem Gesetz über Hilfen für psychisch Kranke und Schutzmaßnahmen des Landes Sachsen-Anhalt vom 30. Januar 1992 (GVBl. LSA S. 88) angeordnet ist. Das Gesetz über Hilfen für psychisch Kranke und Schutzmaßnahmen des Landes Sachsen-Anhalt bleibt im Übrigen unberührt.*

in capo all'internato: in caso di esito positivo avrebbe dovuto emanare un nuovo ordine di internamento della durata massima di dodici mesi¹⁷⁰.

4. Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung del 21 agosto 2002

L'applicazione delle novità intervenute nel 1998 con la legge sulla lotta ai reati sessuali ed altri gravi reati violenti provocò, come si è detto, una serie di problemi pratici e presto gli operatori del diritto segnalavano la presenza di lacune di tutela nel controllo della pericolosità dell'autore: in particolare venne avvertita la mancanza di strumenti finalizzati all'applicazione della custodia di sicurezza nei confronti di coloro – come gli autori di reati sessuali, che presentano un alto tasso di recidiva¹⁷¹ - che avessero manifestato la loro pericolosità durante *l'esecuzione della pena*, o comunque in un *momento successivo alla condanna*¹⁷². La disciplina della custodia di sicurezza *primaria*, secondo il § 66, è tuttora applicabile infatti solo a chi, *al momento della condanna*, sia ritenuto socialmente pericoloso¹⁷³: il principio di intangibilità del giudicato non consente di intervenire in un momento successivo, qualora la pericolosità dell'autore si manifesti durante l'esecuzione della pena.

¹⁷⁰ § 2 Abs. 2 UBG LSA: *Bei der ersten Anordnung darf sie die Dauer von sechs Monaten nicht überschreiten. Stellt das Gericht spätestens einen Monat vor Fristablauf fest, dass die vom Betroffenen ausgehende Gefahr fortbesteht, beschließt es die Fortdauer der Unterbringung für längstens zwölf Monate.*

¹⁷¹ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 232.

¹⁷² *Gesetzentwurf der Bundesregierung*, Drucksache 14/9041 del 15.05.2002, pag 1.

¹⁷³ La disciplina della custodia di sicurezza *primaria*, secondo il §66, è applicabile infatti solo a chi, *al momento della condanna*, sia ritenuto socialmente pericoloso. M. PELISSERO *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont, pag 7.

In una intervista del 2001 il cancelliere Schröder dichiarò che nei confronti di questi autori dovrebbe esserci un'unica soluzione, e cioè escluderli per sempre dal consorzio sociale¹⁷⁴:

“Was allerdings die Behandlung von Sexualtätern betrifft, komme ich mehr und mehr zu der Auffassung, dass erwachsene Männer, die sich an kleinen Mädchen vergehen, nicht therapierbar sind. Deswegen kann es nur eine Lösung geben; wegschließen – und zwar für immer!”¹⁷⁵

Le critiche della dottrina a questa dichiarazione furono severe poiché pareva sottendere una presunzione pericolosa: tutti gli adulti che commettono violenza sessuale su bambini non sono recuperabili (*“nicht therapierbar sind”*).

Parte della dottrina considerò invece questa dichiarazione come una mera presa di posizione contro un singolo caso concreto, ovvero l'abuso sessuale e l'omicidio della bambina Julia Hessen¹⁷⁶; tuttavia, anche il solo fatto che la richiesta di inasprimento generalizzato delle pene e di neutralizzazione sia provenuta non solo dall'opinione pubblica ma anche dai più alti esponenti politici denotò un cambiamento radicato e generò il susseguirsi di una serie di dibattiti e polemiche. È possibile “guarire” e “curare” questi soggetti? Sono affidabili i giudizi prognostici? Sono attendibili i criteri tramite i quali individuare i casi di successo della terapia?

4.1. § 66a: Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung

Alla luce di queste considerazioni, il legislatore federale, con la legge del 21 agosto 2002, scelse di far venir meno la *contestualità* fra la sentenza di condanna e la dichiarazione di pericolosità sociale e inserì nel codice penale il § 66a (riserva

¹⁷⁴ in nota a M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 236.

¹⁷⁵ „Der Bundeskanzler hat im Sinkflug auf das publizistische Sommerloch vor seiner Urlaubreise gen Italien in der Ausgabe der „Bild am Sonntag“ vom 8.7.2001 unter anderem [diese] geäußert.“ E.C.RAUTENBERG, *Wegschließen für immer?* In NJW 2001, pag 2608.

¹⁷⁶ E.C.RAUTENBERG, *cit.*, pag 2609.

sulla custodia di sicurezza – Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung).

(1)Ist bei der Verurteilung wegen der in § 66 Abs. 3 Satz 1 genannten Straftaten nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar, ob der Täter für die Allgemeinheit im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr 3 gefährlich ist, so kann das Gericht die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorbehalten, wenn die übrigen Voraussetzungen des § 66 Abs. 3 erfüllt sind.

(2)Über die Anordnung der Sicherungsverwahrung entscheidet das Gericht spätestens sechs Monaten vor dem Zeitpunkt, ab dem eine Aussetzung der Vollstreckung des Strafrestes zur Bewahrung nach § 57 Abs 1 Satz 1 Nr. 1, § 57a Abs.1 Satz 1 Nr. 1, auch in Verbindung mit § 454b Abs. 3 der Strafprozessordnung. Möglich ist. Es ordnet die Sicherungsverwahrung an, wenn die Gesamtwürdigung der Verurteilten, seiner Taten und seiner Entwicklung während des Strafvollzuges ergibt, dass von ihm erhebliche Straftaten zu erwarten sind, durch welche Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden

(3)Die Entscheidung über die Aussetzung der Vollstreckung des Strafrestes zur Bewahrung darf erst nach Rechtskraft der Entscheidung nach Absatz 2 Satz 1 ergehen. Dies gilt nicht, wenn die Voraussetzungen des § 57 Abs. 2 Nr. 2 offensichtlich nicht vorliegen.

Il § 66a attribuiva quindi al giudice l'opportunità di riservarsi la possibilità di ordinare *successivamente alla sentenza di condanna* l'applicazione della custodia di sicurezza, qualora al momento della sentenza di condanna (per aver commesso uno dei reati elencati dal § 66 comma 3 prima frase) non fosse accertabile con sufficiente certezza (*mit hinreichender Sicherheit*) la pericolosità dell'autore.

Qualora durante l'esecuzione della pena (al massimo sei mesi prima del termine in cui può essere concessa la sospensione condizionale della pena) fosse possibile formulare il giudizio di pericolosità richiesto dal § 66 comma 1 n. 3, il giudice poteva ordinare l'esecuzione della custodia di sicurezza.

La prognosi era, come prevede anche il § 66, finalizzata all'individuazione di quegli indici di pericolosità dai quali risulti che ci si possa aspettare che il reo commetta reati che potrebbero procurare alla vittima gravi danni fisici o psichici: ai fini di questa valutazione il giudice doveva fare una valutazione complessiva del

condannato, dei fatti commessi e dello sviluppo della sua personalità durante l'esecuzione della pena.

La nuova previsione legislativa è stata considerata all'interno della controversa questione delle sfere di competenza del legislatore un compromesso che ha gradualmente eliso i limiti fra la prevenzione, di competenza del diritto di polizia e fra la repressione, di competenza del diritto penale¹⁷⁷.

Last but not least va segnalato che, con la presente legge, il legislatore ha incluso fra i destinatari della custodia di sicurezza primaria anche i condannati alla pena dell'ergastolo¹⁷⁸. Questa disposizione non ha valore meramente simbolico ma costituisce uno strumento per accentuare il controllo penale: infatti, in caso di applicazione congiunta di ergastolo e custodia di sicurezza, si possono estendere le disposizioni relative alla custodia che, in caso di sospensione condizionale dell'esecuzione della *Sicherungsverwahrung*, prevedono l'applicazione della libertà vigilata (possibilità non prevista invece in caso di condanna all'ergastolo)¹⁷⁹.

5. Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die Sexuelle Bestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften del 27 dicembre 2003

Con la legge di modifica delle disposizioni in materia di reati sessuali e di altre disposizioni del 27 dicembre 2003¹⁸⁰ il legislatore ampliò il novero dei destinatari della custodia di sicurezza, includendovi anche i minori.

L'articolo 5 della legge, rubricato "*Änderung des Jugendgerichtsgesetz*" stabiliva che il giudice, non potendo nei confronti di minori al momento della

¹⁷⁷ *sub* § 66a in H. TRÖNDLE, T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 2007, pag 557.

¹⁷⁸ Art. 1, *Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung*, *cit.*

¹⁷⁹ M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in *dir. pen. cont.*, pag 10.

¹⁸⁰ *Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die Sexuelle Bestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften del 27 dicembre 2003*, Bundesgesetzblatt I, 2007 in http://www.bgbl.de/Xaver/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl

sentenza di condanna ordinare la *Sicherungsverwahrung* accanto alla pena, poteva solamente, nei confronti di soggetti “*Heranwachsende*”¹⁸¹, riservarsi la possibilità di ordinarla successivamente qualora:

1) il soggetto fosse stato condannato ad una pena detentiva non inferiore a cinque anni per aver commesso uno dei fatti di reato elencati nel § 66 comma 3 provocando alla vittima danni morali o fisici o avendola esposta ad un grave pericolo;

2) il soggetto abbia già tenuto comportamenti in passato che secondo il codice penale costituiscono reato;

3) dall’analisi complessiva dei fatti e del soggetto si possa dedurre che egli, a causa della sua tendenza a commettere fatti che costituiscono reato, è pericoloso per la società¹⁸².

Il nuovo § 106 comma 3 JGG proseguiva specificando che qualora il giudice si fosse riservato la possibilità di ordinare la *Sicherungsverwahrung* nei confronti di un soggetto minore di ventisette anni al momento della condanna, la pena doveva essere scontata in un istituto socioterapico, considerato il mezzo più adeguato in vista della sua risocializzazione¹⁸³.

¹⁸¹ § 1 JGG: comma 2: „*Jugendlicher ist, wer zur Zeit der Tat vierzehn, aber noch nicht achtzehn, Heranwachsender, wer zur Zeit der Tat achtzehn, aber noch nicht einundzwanzig Jahre alt ist*“.

¹⁸² § 106 comma 3 JGG nella versione risultante dall’Art. 5 comma 3 delle legge di modifica delle disposizioni in materia di reati sessuali e di altre disposizioni (*Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die Sexuelle Bestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften*), cit.

¹⁸³ § 106 comma 4 JGG nella versione risultante dall’Art. 5 comma 3 delle legge di modifica delle disposizioni in materia di reati sessuali e di altre disposizioni (*Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die Sexuelle Bestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften*), cit.

6. L'intervento del *Bundesverfassungsgericht*

La dottrina tedesca ha individuato due piani distinti, ma tra loro collegati, rispetto ai quali la normativa in materia di custodia di sicurezza è suscettibile di porre alcuni dubbi di costituzionalità.

Il primo profilo concerne la legittimità in termini generali dell'istituto della *Sicherungsverwahrung*, quale misura di sicurezza detentiva, che si somma alla pena. Il secondo aspetto, sollevato dalle novità introdotte dal legislatore, riguarda la possibilità di applicare una disciplina sanzionatoria più severa nei confronti di soggetti già condannati: questa circostanza ricorrerebbe nelle ipotesi di proroga della misura in corso di esecuzione oltre il limite decennale, stabilito dal diritto in vigore al momento della condanna¹⁸⁴.

La Corte costituzionale tedesca fu chiamata, nel febbraio del 2004, a pronunciarsi circa la compatibilità delle suddette riforme con la legge fondamentale. A distanza di pochi giorni la Corte dichiarò la legittimità costituzionale della possibilità di protrarre *sine die* la custodia di sicurezza, come previsto dalla legge sulla lotta ai reati sessuali ed altri gravi reati del 1998, e l'incostituzionalità delle leggi dei *Länder* che rendevano possibile ordinare l'internamento in un momento successivo alla sentenza di condanna.

6.1. La sentenza del 5 febbraio 2004

Il ricorrente si era rivolto alla Corte Costituzionale sostenendo l'incompatibilità della disciplina della *Sicherungsverwahrung* con la legge fondamentale, nella parte in cui permetteva di protrarre *sine die* la custodia, e richiedendo l'annullamento delle decisioni prese dal tribunale di Marburg il 10 aprile 2001 e dalla Corte d'appello di Frankfurt am Mein il 26 ottobre 2001, che

¹⁸⁴ S. PORRO, *La custodia di sicurezza nell'ordinamento penale tedesco- Alcune riflessioni alla luce di Bundesverfassungsgericht, Il Senato, 4 maggio 2011, 2 BvR 2365/09*, in *dir.pen.cont.*, pag 9.

avevano respinto la sua richiesta di dichiarare estinta la misura al decorso del termine decennale di durata, sulla base del combinato disposto del § 66d StGB e dell'art. 1 comma 3 della *Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten* del 26 gennaio 1998.

La Corte¹⁸⁵, respingendo la richiesta del ricorrente, dichiarò la legittimità della possibilità di protrarre *sine die* la custodia, in quanto si tratta di una “misura necessaria in ragione della persistente pericolosità del soggetto”.

Non trattandosi di una pena, la Corte non si poneva alcuna questione di rispetto del principio di *colpevolezza*, imponendo tuttavia al contempo il rispetto del principio di *proporzione*, che funge da limite alle istanze preventive. Quanto più perdura l'esecuzione della misura, tanto più stringenti dovranno essere i presupposti per ordinare la prosecuzione. Secondo la Corte, la garanzia del principio di proporzione è sufficientemente specificata dal § 67d, terzo comma, che richiede per la prosecuzione della misura di sicurezza una valutazione prognostica molto più severa rispetto a quella iniziale, che ne aveva giustificato l'applicazione¹⁸⁶.

Così argomentando la Corte analizzò tutti i profili di dubbia compatibilità costituzionale della disciplina evidenziati dalla dottrina, ovvero: a) il potenziale contrasto con il principio della dignità umana; b) l'interferenza illegittima nel diritto al godimento della libertà personale; c) l'incompatibilità con il divieto di retroattività in materia penale.

6.1.1. Sicherungsverwahrung e dignità umana

Della custodia di sicurezza in generale la dottrina criticava in primo luogo il potenziale contrasto con il principio fondamentale della dignità umana, garantito dall'art. 1 comma 1 GG: “*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.*“

¹⁸⁵ BVerfG, 5 febbraio 2004, in *NJW* 2004, pag 739.

¹⁸⁶ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 238.

Questo principio impone allo Stato di predisporre pene che non siano crudeli, disumane e umilianti e gli vieta di ridurre una persona a mero oggetto e di strumentalizzarlo nella lotta contro la criminalità: con queste garanzie sarebbe illegittimo internare un soggetto, sotto qualsiasi forma, senza lasciargli la possibilità di tornare in libertà (“*ohne dass zumindest die Chance für ihn bestehen würde, je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden*”)¹⁸⁷.

La Corte rigettò questa posizione: la *Sicherungsverwahrung* non svisciva l'internato riducendolo a mero oggetto o strumentalizzandolo. La legge fondamentale concepisce la persona come membro di un gruppo sociale, al quale è consentito difendersi dall'autore pericoloso anche attraverso misure limitative della libertà personale¹⁸⁸. Il fatto che il legislatore abbia previsto che il momento in cui il soggetto viene rilasciato non è stabilito fin da subito con la sentenza di condanna, non lede la sua dignità perché è giustificato dal fatto che il perdurare del suo internamento dipende dagli sviluppi futuri della sua personalità¹⁸⁹.

La Corte proseguì analizzando le disposizioni del codice penale che consentono il rilascio del soggetto dall'istituto in cui è internato: dall'esame complessivo dei § 67c comma 1 *Satz* 1 (che prevede che prima della fine dell'esecuzione della pena il giudice debba verificare la permanente pericolosità del soggetto, prevista per l'esecuzione della *Sicherungsverwahrung*), §67e comma 2 (che prevede che trascorsi i primi due anni di internamento il giudice verifichi d'ufficio se sussistono le condizioni per sospendere l'esecuzione della misura secondo il § 67d Comma 2), § 67d comma 3 (che prevede che trascorsi i dieci anni di internamento il giudice dichiarare estinta la misura a condizione che il pericolo non perduri ancora) e § 67e comma (che prevede che nel caso in cui, trascorsi di primi dieci anni di internamento, non sia possibile il rilascio dell'internato, successive verifiche vengano in un secondo tempo disposte ogni due anni circa la necessità del proseguo della misura) la Corte aveva ritenuto che la misura della custodia di

¹⁸⁷ BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 71-72.

¹⁸⁸ BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 79.

¹⁸⁹ BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 80.

sicurezza concedesse sufficienti possibilità di liberazione in ossequio al principio della dignità umana¹⁹⁰.

Inoltre, a parere della Corte, la dignità dell'internato sarebbe garantita, almeno sulla carta, da alcune disposizioni del *Strafvollzugsgesetz* fra le quali:

a) § 129 StVollzG che stabilisce: *“Der Sicherungsverwahrte wird zum Schutz der Allgemeinheit sicher untergebracht. Ihm soll geholfen werden, sich in das Leben in Freiheit einzugliedern”* orientando le successive disposizioni e sottolineando la natura preventiva della misura che va però temperata con l'esigenza di predisporre strumenti che permettano all'internato un reinserimento nella società;

b) § 131 StVollzG¹⁹¹ che orienta le singole modalità di esecuzione della misura allo scopo di proteggere l'internato dai danni prodotti dalle pene detentive lunghe;

c) § 132 StVollzG¹⁹² che prevede che l'internato disponga di abiti e lenzuola personali, quando ciò non contrasti con le esigenze di sicurezza e che sostenga a proprie spese la manutenzione ordinaria e le riparazioni della propria stanza;

d) § 133 StVollzG¹⁹³ che permette all'internato di impiegare il proprio tempo in attività remunerative con lo scopo di fornire o migliorare competenze che possano essere sfruttate dopo la liberazione¹⁹⁴.

¹⁹⁰ BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 81, 82, 83.

¹⁹¹ § 131 StVollzG *„Die Ausstattung der Sicherungsanstalten, namentlich der Hafträume, und besondere Maßnahmen zur Förderung und Betreuung sollen dem Untergebrachten helfen, sein Leben in der Anstalt sinnvoll zu gestalten, und ihn vor Schäden eines langen Freiheitsentzuges bewahren. Seinen persönlichen Bedürfnissen ist nach Möglichkeit Rechnung zu tragen.*

¹⁹² § 132 StVollzG, *Der Untergebrachte darf eigene Kleidung, Wäsche und eigenes Bettzeug benutzen, wenn Gründe der Sicherheit nicht entgegenstehen und der Untergebrachte für Reinigung, Instandsetzung und regelmäßigen Wechsel auf eigene Kosten sorgt.*

¹⁹³ § 133 StVollzG, *1) Dem Untergebrachten wird gestattet, sich gegen Entgelt selbst zu beschäftigen, wenn dies dem Ziel dient, Fähigkeiten für eine Erwerbstätigkeit nach der Entlassung zu vermitteln, zu erhalten oder zu fördern. 2) Das Taschengeld (§ 46) darf den dreifachen Tagessatz der Eckvergütung nach § 43 Abs. 2 im Monat nicht unterschreiten.*

¹⁹⁴ BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 88.

6.1.2. Sicherungsverwahrung e libertà personale

La Corte proseguì rigettando quella posizione che ravvisava nell'istituto della custodia di sicurezza un'interferenza illegittima nel diritto al godimento della libertà personale, protetto dal combinato disposto degli articoli 2 comma 2, 2° frase GG („Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden“) e 104 comma uno, 1° frase GG („Die Freiheit der Person kann nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden“).

La legge fondamentale stabilisce che la libertà personale è inviolabile e che non può essere limitata se non sulla base della legge e osservando le forme ivi prescritte; ma, affermò la Corte, questo non esclude che poi il legislatore non abbia un margine di giudizio all'interno del quale scegliere, sotto la vigilanza della Corte Costituzionale, i mezzi più idonei per raggiungere i suoi scopi. Non è quindi compito della Corte valutare se l'inasprimento della disciplina della custodia di sicurezza sia stata una scelta obbligata a causa dell'aumento della criminalità o se sia solo la conseguenza di un mero incremento del sentimento di minaccia ad opera della collettività, perché riguarda le scelte di politica criminale del legislatore¹⁹⁵.

Proseguendo si legge il passaggio fondamentale della pronuncia: le esigenze di protezione del diritto di libertà degli internati e le richieste di sicurezza della collettività vanno bilanciate in maniera tale che il *principio di proporzione* funga da limite alle istanze preventive. La legittimità costituzionale della custodia di sicurezza esige quindi che il controllo di proporzionalità diventi progressivamente più rigoroso con il prolungarsi del periodo di detenzione: „Je länger die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung andauert, umso strenger sind die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzugs“¹⁹⁶.

La custodia di sicurezza è quindi compatibile con il diritto costituzionale alla libertà personale, nella misura in cui il provvedimento detentivo sia proporzionato

¹⁹⁵ BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 99-100.

¹⁹⁶ BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 104.

alle esigenze di tutela della collettività: il § 67d III infatti, nel bilanciare le contrapposte esigenze, predilige, dopo il termine dei primi dieci anni di internamento, quelle di libertà dell'internato e solo eccezionalmente permette la continuazione dell'esecuzione della misura¹⁹⁷.

Considerato ciò la Corte proseguì analizzando le modalità tramite le quali viene formulata la prognosi di pericolosità: in particolare il giudice deve effettuare un controllo accurato sulla prognosi effettuata dal perito, verificando che la sua analisi si sia basata su standard minimi, ripercorribili e trasparenti.

Accanto all'obbligo di *trasparenza* vige il principio in base al quale la perizia effettuata deve avere un'ampia base di valutazione: affinché il giudice possa effettuare "l'esame complessivo dei fatti e del reo", come previsto dal § 66, il perito deve aver esaminato ambiti diversi della vita del reo, che consentano un'ampia panoramica della sua personalità, prendendo in considerazione anche il movente del reato, l'evoluzione della personalità prima e dopo il compimento del fatto e la reazione della società ad una eventuale liberazione del reo (valutando come questa reazione influirebbe sulla personalità del soggetto).

Inoltre, visto la particolare importanza che svolge, nell'analisi della personalità dell'internato, il comportamento da lui tenuto durante quella che nel diritto tedesco viene definita "*Vollzugslockerung*¹⁹⁸" (lett. attenuazione dell'esecuzione), la Corte esortò i giudici a non basare le proprie considerazioni *solo* su ciò che è stato riportato dal personale amministrativo che ha vigilato sui soggetti durante questi momenti¹⁹⁹.

¹⁹⁷ BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 105-109.

¹⁹⁸ § 11 StVollzG: *Lockerungen des Vollzuges: (1) Als Lockerung des Vollzuges kann namentlich angeordnet werden, daß der Gefangene: 1. außerhalb der Anstalt regelmäßig einer Beschäftigung unter Aufsicht (Außenbeschäftigung) oder ohne Aufsicht eines Vollzugsbediensteten (Freigang) nachgehen darf oder 2. für eine bestimmte Tageszeit die Anstalt unter Aufsicht (Ausführung) oder ohne Aufsicht eines Vollzugsbediensteten (Ausgang) verlassen darf. (2) Diese Lockerungen dürfen mit Zustimmung des Gefangenen angeordnet werden, wenn nicht zu befürchten ist, daß der Gefangene sich dem Vollzug der Freiheitsstrafe entziehen oder die Lockerungen des Vollzuges zu Straftaten mißbrauchen werde.*

¹⁹⁹ BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 120-123.

Prima di passare all'analisi del principio di irretroattività la Corte, nel ricordare la differenza fra le misure di sicurezza e le pene, le une orientate alle esigenze di risocializzazione, le altre al principio di retribuzione, legittimò le modalità esecutive della *Sicherungsverwahrung*, che, come previsto dai § 130-134 StVollzG, sono più favorevoli al condannato rispetto a quelle di esecuzione della pena. La differenziazione però, oltre che sul piano legislativo, va pretesa anche sul piano pratico: è responsabilità dell'autorità giudiziaria accertarsi che siano sfruttate al meglio le possibilità degli istituti di concedere agevolazioni. Nello specifico la Corte ricordò ai *Länder* che l'estensione di questi privilegi è orientata al principio di *proporzione*, per cui le agevolazioni dovrebbero essere maggiori nel caso in cui la durata dell'internamento sia particolarmente lunga²⁰⁰.

6.1.3. *Sicherungsverwahrung e divieto di retroattività in materia penale*

La Corte rigettò infine quella posizione critica che ravvisava una collisione della custodia di sicurezza con il divieto di *retroattività* in materia penale *ex art* 103 comma 2 GG e, subsidiariamente, con la garanzia fondamentale di *tutela dell'affidamento* risultante dal combinato disposto degli artt. 2 comma 2 e 20 comma 3 GG.

Per quanto concerne il primo profilo la Corte esclude la sussistenza di un contrasto fra il nuovo § 67d III, che prevede, in combinato disposto con l' art 1 comma 3 della legge sulla lotta ai reati sessuali ed altri gravi reati violenti del 26 gennaio 1998, un trattamento più severo rispetto ai soggetti già condannati, con l'art 103 comma 2 GG (*“Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde”*)²⁰¹.

Nella formulazione del *Bundesverfassungsgericht*:

“Il campo di applicazione dell'art. 103 comma 2 GG è limitato a quei provvedimenti statali che rappresentano un reazione sovrana di

²⁰⁰ BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 124-126.

²⁰¹ BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 127.

disapprovazione nei confronti di un comportamento antiggiuridico e colpevole (*missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten*), e a causa di questo comportamento comminano un male che persegue una funzione retributiva. Altri provvedimenti statali che interferiscono con la sfera dell'individuo non sono compresi dall'art 103 comma 2 GG perché non basta che la misura sia collegata ad un comportamento antiggiuridico. Perciò la custodia di sicurezza, in quanto provvedimento meramente preventivo, non rientra nel campo di applicazione dell'art 103 comma 2 GG, nonostante dipenda direttamente dalla commissione di un reato”²⁰².

Dopo aver rilevato come storicamente le misure di miglioramento e di sicurezza non siano mai state comprese nel campo di applicazione del divieto di retroattività²⁰³, la Corte analizzò la *ratio* dell'art. 103 comma 2: in uno Stato di diritto il cittadino deve poter sapere, prima di agire, se dal suo comportamento potrà derivare una responsabilità penale e quali sono le sanzioni in cui potrà incorrere, in modo che possa consapevolmente orientare il suo comportamento. Lo scopo è quello di garantire l'affidamento dei cittadini riguardo al fatto che il *se il quanto* della *punizione* saranno determinati soltanto dalla legge in vigore al momento della commissione del fatto²⁰⁴.

L'articolo in questione rimanda quindi alla *Strafbarkeit*, esigendo perciò che il male inflitto, nei confronti del quale sussisterebbe la garanzia del principio di irretroattività, sia collegato ad un comportamento colpevole rimproverabile e sia finalizzato alla retribuzione della colpa: questa caratteristica è, a parere della Corte, assente nell'istituto della custodia di sicurezza²⁰⁵.

La Corte pose quindi l'accento sulle differenze, sul piano dello scopo, fra le pene e le misure di sicurezza e di miglioramento: la custodia di sicurezza, al

²⁰² “*Der Anwendungsbereich von Art. 103 Abs.2 GG ist auf staatliche Maßnahmen beschränkt, die eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen und wegen dieses Verhaltens ein Übel verhängen, das dem Schuldausgleich dient. Andere staatliche Eingriffsmaßnahmen werden von Art. 103 Abs. 2 GG nicht erfasst. Es genügt nicht, dass eine Maßnahme an ein rechtswidriges Verhalten anknüpft. Daher fällt die rein präventive Maßnahme der Sicherungsverwahrung nicht unter Art. 103 Abs. 2 GG, obwohl sie unmittelbar an eine Anlasstat anknüpft.*“ BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 129; e in S. PORRO, *La custodia di sicurezza nell'ordinamento penale tedesco- Alcune riflessioni alla luce di Bundesverfassungsgericht, II Senato, 4 maggio 2011, 2 BvR 2365/09*, in *dir.pen.cont.*, pag 11.

²⁰³ BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 133-134.

²⁰⁴ BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 142-143.

²⁰⁵ BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 144.

contrario della pena, non serve affinché al reo sia fatta espiare la colpa per la violazione del diritto, bensì protegge la società dal soggetto pericoloso. È la pericolosità e non la colpa ad essere determinante per ordinare la misura e per individuarne le modalità e la durata. In sintesi la *Sicherungsverwahrung* è una misura proiettata al futuro e correlata solo alla pericolosità²⁰⁶.

Inoltre, aggiunte la Corte, il fatto che la custodia di sicurezza sia ordinata, accanto alla pena, al termine di un processo per un fatto di reato, non basta per conferirle carattere di pena²⁰⁷: la commissione di un fatto anti-giuridico e colpevole è infatti condizione necessaria ma non *sufficiente* per la custodia di sicurezza, perché il codice penale richiede un accertamento circa la sussistenza di ulteriori condizioni in capo al soggetto, ovvero la tendenza a compiere rilevanti fatti di reato (“*Hang zu erheblichen Straftaten*”) e la conseguente creazione di una situazione di pericolosità per la collettività (“*Gefährlichkeit des Täters für die Allgemeinheit*”).

A questi fini la rilevanza del fatto anti-giuridico e colpevole è circoscritta alla valutazione di queste condizioni, e fornisce quindi un elemento aggiuntivo utile per la formulazione della prognosi. Infatti il legislatore ha limitato, *ex* § 62 StGB, la possibilità di ordinare le misure di sicurezza ponendo al giudice il vincolo non del principio di colpevolezza del fatto, bensì quello di proporzione (“*Eine Maßregel der Besserung und Sicherung darf nicht angeordnet werden, wenn sie zur Bedeutung der vom Täter begangenen und zu erwartenden Taten sowie zu dem Grad der von ihm ausgehenden Gefahr außer Verhältnis steht*”): la misura deve essere proporzionata al fatto commesso dal reo, ai fatti che da lui ci si può attendere, e dal grado di pericolo minacciato²⁰⁸.

Inoltre, a parere della Corte, anche il carattere fortemente intrusivo della custodia di sicurezza non consente di equipararla alla pena, perché il livello di intromissione della misura statale non costituisce un ragionevole criterio per

²⁰⁶ „Die Sicherungsverwahrung dient im Gegensatz zur Strafe nicht dem Zweck, begangenes Unrecht zu sühnen, sondern dazu, die Allgemeinheit vor dem Täter zu schützen (vgl. BVerfGE 2, 118 <120>). Nicht die Schuld, sondern die in der Tat zutage getretene Gefährlichkeit ist bestimmend für die Anordnung, Ausgestaltung und zeitliche Dauer der Maßregel. Die Maßregel ist eine Maßnahme, die Gefahren vorbeugt und in die Zukunft wirken soll.“²⁰⁶ BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 149.

²⁰⁷ BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 150.

²⁰⁸ BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 151-152.

individuare il campo di applicazione dell' art. 103 comma 2 GG: infatti sono presenti nell'ordinamento tedesco molte misure, fortemente limitative della libertà personale, la cui natura di pena è pacificamente esclusa. A dimostrazione di ciò la Corte citò il § 112 StPO, che disciplina la *Untersuchungshaft*²⁰⁹: essa può essere ordinata contro un soggetto indagato, qualora vi siano gravi indizi circa la commissione di un reato e nel caso in cui vi siano esigenze cautelari *ex* § 112a. L'intromissione nella libertà personale del soggetto è, in caso di arresto, considerevole ma, nonostante questo, non basta per qualificare la misura come pena perché, fino alla sentenza di condanna, vale la presunzione di innocenza: concludendo, l'ingerenza nella sfera personale del cittadino non è né nel caso della *Untersuchungshaft* né in quello della *Sicherungsverwahrung* criterio identificativo di una misura qualificabile come pena.

Risulta invece meno chiaro il ragionamento del *Bundesverfassungsgericht* sul piano della garanzia fondamentale dell'affidamento: l'abrogazione del termine massimo per il primo ordine di custodia di sicurezza e il fatto che possa essere applicato anche a soggetti nei confronti dei quali la custodia era stata ordinata prima dell'entrata in vigore della legge di modifica sono, a parere della Corte, in armonia con il principio dell'affidamento disciplinato dal combinato disposto dell'art. 2 comma 2 GG e 20 comma 3 GG. Questo principio limita la facoltà del legislatore di introdurre modifiche legislative che facciano riferimento a situazioni di fatto del

²⁰⁹ § 112 StPO (1) Die Untersuchungshaft darf gegen den Beschuldigten angeordnet werden, wenn er der Tat dringend verdächtig ist und ein Haftgrund besteht. Sie darf nicht angeordnet werden, wenn sie zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung außer Verhältnis steht. (2) Ein Haftgrund besteht, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen: 1) festgestellt wird, daß der Beschuldigte flüchtig ist oder sich verborgen hält 2) bei Würdigung der Umstände des Einzelfalles die Gefahr besteht, daß der Beschuldigte sich dem Strafverfahren entziehen werde (Fluchtgefahr), oder 3) das Verhalten des Beschuldigten den dringenden Verdacht begründet, er werde a) Beweismittel vernichten, verändern, beiseite schaffen, unterdrücken oder fälschen oder b) auf Mitbeschuldigte, Zeugen oder Sachverständige in unlauterer Weise einwirken oder c) andere zu solchem Verhalten veranlassen, und wenn deshalb die Gefahr droht, daß die Ermittlung der Wahrheit erschwert werde (Verdunkelungsgefahr). (3) Gegen den Beschuldigten, der einer Straftat nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 des Völkerstrafgesetzbuches oder § 129a Abs. 1 oder Abs. 2, auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1, oder nach den §§ 211, 212, 226, 306b oder 306c des Strafgesetzbuches oder, soweit durch die Tat Leib oder Leben eines anderen gefährdet.

passato e quindi proibisce, di regola, l'efficacia *ex tunc* delle norme giuridiche (anche extra-penali)²¹⁰.

Il divieto di retroattività, da ciò dipendente, avrebbe tuttavia validità generale solo nei casi in cui l'inizio dell'efficacia temporale della disposizione sia anteriore all'entrata in vigore della norma stessa (*echte Rückwirkung*):

*“Eine Rechtsnorm entfaltet dann Rückwirkung, wenn der Beginn ihrer zeitlichen Anwendung auf einen Zeitpunkt festgelegt ist, der vor dem Zeitpunkt liegt, zu dem die Norm rechtlich existent, das heißt gültig geworden ist.”*²¹¹

Quando invece una disposizione dispiega effetti dal momento della sua entrata in vigore ma fa riferimento ad elementi di fatto e di diritto precedenti alla sua creazione, per produrre effetti giuridici per il futuro, la retroattività sarebbe solo apparente (*unechte Rückwirkung*)²¹². In questo secondo caso il principio di affidamento e di certezza del diritto e, quindi, il divieto di retroattività, non avrebbero valenza generale ma sarebbero soggetti di volta in volta al bilanciamento degli interessi in gioco: se così non fosse infatti, qualora la protezione dell'affidamento del cittadino fosse una priorità vincolata, l'attività del legislatore potrebbe essere paralizzata e la capacità di adattamento dell'ordinamento giuridico risulterebbe compromessa.

Perciò deve poter essere data al legislatore la possibilità di reagire alle mutate esigenze sociali, emanando anche norme che facciano riferimento a fatti del passato: in sostanza la legge fondamentale impone al legislatore la ricerca di un equilibrio fra le esigenze individuali di protezione dell'affidamento e quelle collettive di protezione del bene comune²¹³.

²¹⁰ BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 171.

²¹¹ Prosegue la Corte: „Der zeitliche Anwendungsbereich einer Norm bestimmt, in welchem Zeitpunkt die Rechtsfolgen einer gesetzlichen Regelung eintreten sollen“. BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 173.

²¹² „Demgegenüber betrifft die tatbestandliche Rückanknüpfung („unechte“ Rückwirkung) nicht den zeitlichen, sondern den sachlichen Anwendungsbereich einer Norm. Die Rechtsfolgen eines Gesetzes treten erst nach Verkündung der Norm ein, ihr Tatbestand erfasst aber Sachverhalte, die bereits vor der Verkündung „ins Werk gesetzt“ worden sind“ BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 174.

²¹³ BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 175-176.

6.2. La sentenza del 10 febbraio 2004

Il 10 febbraio 2004²¹⁴ la Corte costituzionale federale dichiarò incostituzionali, per violazione della competenza federale in materia penale *ex art. 74, comma 1, n. 1 GG*, le leggi dei *Länder* del Bayern²¹⁵ e Sachsen-Anhalt²¹⁶, che avevano previsto l'applicabilità *ex post* dell'ordine di internamento nei confronti di autori particolarmente pericolosi in ragione di precedenti condanne per gravi reati lesivi dei beni dell'integrità fisica o della libertà sessuale²¹⁷.

La materia regolata dalla leggi che disciplinavano l'ordine postumo di internamento rientra nel diritto penale e quindi la competenza è regolata dall'art 74 comma 1, n. 1 GG:

“ Zum Begriff des Strafrechts im Zusammenhang mit der Frage der Gesetzgebungszuständigkeit gehört die Regelung aller, auch nachträglicher, repressiver oder präventiver staatlicher Reaktionen auf Straftaten, die an die Straftat anknüpfen, ausschließlich für Straftäter gelten und ihre sachliche Rechtfertigung auch aus der Anlasstat beziehen. “

Come impone un'interpretazione letterale, storica, sistematica e teleologica, nel concetto di diritto penale rientrano tutte le reazioni dello Stato alla commissione di reati, ovvero pene e misure di sicurezza, che sono accomunate dal fatto che sono entrambe legate al fatto di reato: la pene perché rappresentano una risposta statale di tipo retributiva alla commissione del reato, le misure di sicurezza perché l'analisi del reato contribuisce a determinare la pericolosità del soggetto.

La commissione del fatto di reato rappresenta infatti un fattore determinante per la formulazione della prognosi ed è quindi condizione per l'internamento; se così non fosse non sussisterebbe una legittima giustificazione alla rilevante

²¹⁴ BverfG 10 febbraio 2004, in *NJW* 2004, pag 750.

²¹⁵ *Das Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern* 24 dicembre 2001, *cit.*

²¹⁶ *Das Gesetz über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Personen zur Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung* del 6. marzo 2002, *cit.*

²¹⁷ Art 71 comma 1 n. 1 GG: 1) *Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich auf folgende Gebiete: 1. das bürgerliche Recht, das Strafrecht, die Gerichtsverfassung, das gerichtliche Verfahren (ohne das Recht des Untersuchungshaftvollzugs), die Rechtsanwaltschaft, das Notariat und die Rechtsberatung.*

intromissione nella libertà personale che avviene con questo ordine. La Corte affermò inoltre che l'inclusione delle leggi dei *Länder* in questione nel concetto di diritto penale è confermata dal confronto con la disciplina federale della *Sicherungsverwahrung*.

La legge fondamentale stabilisce all'art. 70 comma 1 che i *Länder* hanno il diritto di legiferare nella misura in cui la legge fondamentale non riservi al *Bund* le competenze legislative, e all'art 72 comma 1 che nell'ambito della legislazione concorrente i *Länder* hanno competenza legislativa solo quando e nella misura in cui il *Bund* non faccia uso del suo diritto di legiferare: il diritto penale è una materia di competenza concorrente *ex art 74* comma 1, n. 1. Il fatto che il *Bund* abbia fatto uso del suo diritto di disciplinare una misura di sicurezza esclude quindi che i *Länder* possano regolare la stessa materia.

La Corte dichiarò quindi l'illegittimità delle leggi contestate e ne stabilì la validità transitoria fino al 30 settembre 2004.

Tale soluzione, in cui si richiede la tolleranza dell'illegittima interferenza nella libertà personale per un periodo transitorio, viene generalmente presa in considerazione nel caso in cui l'immediata invalidità delle norme contestate sia sconsigliata in vista dell'esigenza di proteggere il bene comune.

La Corte giustificò quindi tale scelta asserendo che nel caso in cui avesse dichiarato la *nullità* delle leggi dei *Länder*, sarebbe stato inevitabile il rilascio di tutti gli internati, nei confronti dei quali tuttavia vi era già stata una perizia che dichiarava in capo ad essi una prognosi di pericolosità per la vita, l'incolumità e la libertà personale dei cittadini: in sostanza imponendo la liberazione immediata degli internati, la Corte avrebbe portato lo Stato a violare il proprio dovere di proteggere la collettività da soggetti la cui pericolosità era stata accertata, senza concedergli la possibilità e il tempo di valutare se vi era la necessità di provvedervi tramite disposizioni a livello federale. Ciò non contrasterebbe con l'assunto che colloca la libertà personale fra i diritti fondamentali di alto rango perché la Corte esigeva che, in ogni caso, la prosecuzione dell'internamento fino al 30 settembre avvenisse sotto il controllo del giudice dell'esecuzione, con le modalità previste per l'esecuzione

della custodia di sicurezza, in condizioni quindi più favorevoli rispetto all'esecuzione della pena.

In conclusione, vanno riportate le opinioni divergenti dei tre giudici della Corte Broß, Osterloh e Gerhardt che invece sostennero che la Corte avrebbe dovuto dichiarare l'invalidità delle norme contestate, con conseguente rilascio immediato degli internati: l'applicazione provvisoria dovrebbe essere legittimata solo da impellenti motivi di ordine costituzionale che, a loro parere, erano assenti nel caso trattato²¹⁸.

7. Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung del 23 luglio 2004

Come illustrato, da anni i *Länder* richiedevano la possibilità di ordinare una misura di sicurezza in un momento successivo alla sentenza di condanna per proteggere la collettività da quegli autori di reato, la cui pericolosità non era stata riscontrata durante il procedimento penale; di fronte all'inerzia del legislatore alcuni di essi introdussero autonomamente questa possibilità che, come sopra esposto, fu dichiarata incostituzionale dal *Bundesverfassungsgericht* per violazione della competenza federale in materia penale. La Corte nonostante ciò tenne conto nella sua decisione delle esigenze di protezione della collettività, come dimostra il fatto che abbia deciso di mantenere temporaneamente in vigore le norme contestate e dichiarate incostituzionali²¹⁹.

Il legislatore quindi, su sollecitazione dei *Länder* e del *Bundesverfassungsgericht*²²⁰, introdusse nel codice penale la misura più invasiva

²¹⁸ *Bundesverfassungsgericht Pressemitteilung* Nr. 11/2004 vom 10. Februar 2004 - Urteil vom 10. Februar 2004 - 2 BvR 834/02 und 2 BvR 1588/02.

²¹⁹ R. POSECK, *Das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung*, in *NJW* 36/2004, pag 2559.

²²⁰ BverfG 10 febbraio 2004, *cit.*

del sistema sanzionatorio tedesco²²¹: la custodia di sicurezza postuma (*nachträgliche Sicherungsverwahrung*, § 66b StGB)²²².

Accanto all'ipotesi base di custodia di sicurezza (§ 66) in cui il giudice deve formulare una prognosi di pericolosità già *al momento della condanna* e all'ipotesi prevista dal § 66a in cui il giudice, pur non escludendo la pericolosità al momento del fatto, non è in grado di accertare *con sufficiente certezza* che il soggetto sia pericoloso, e quindi si riserva la possibilità di ordinare questa misura in un momento successivo, il legislatore ha inserito il nuovo § 66b, nel qual caso è sufficiente una prognosi di pericolosità *successiva alla sentenza di condanna*, fondata su fatti emersi nel corso dell'esecuzione²²³.

²²¹ M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont., pag 8.

²²² Gesetz zur Einführung der nachträgliche Sicherungsverwahrung del 23 luglio 2004 in Bundesgesetzblatt Jahrgang 2004 Teil I Nr. 39 in [http://www.bgbl.de/Xaver/text.xav?bk=Bundesanzeiger_BGBI&start=%2F%2F*\[%40attr_id%3D%27bgbl111s1003.pdf%27\]&wc=1&skin=WC](http://www.bgbl.de/Xaver/text.xav?bk=Bundesanzeiger_BGBI&start=%2F%2F*[%40attr_id%3D%27bgbl111s1003.pdf%27]&wc=1&skin=WC)

²²³ § 66. *Nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung: (1) Werden nach einer Verurteilung wegen eines Verbrechens gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung oder eines Verbrechens nach den §§ 250, 251, auch in Verbindung mit den §§ 252, 255, oder wegen eines der in § 66 Abs. 3 Satz 1 genannten Vergehen vor Ende des Vollzugs dieser Freiheitsstrafe Tatsachen erkennbar, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen, so kann das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nachträglich anordnen, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung während des Strafvollzugs ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, und wenn die übrigen Voraussetzungen des § 66 erfüllt sind. (2) Werden Tatsachen der in Absatz 1 genannten Art nach einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren wegen eines oder mehrerer Verbrechen gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung oder nach den §§ 250, 251, auch in Verbindung mit § 252 oder § 255, erkennbar, so kann das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nachträglich anordnen, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Tat oder seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung während des Strafvollzugs ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden. (3) Ist die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 67d Abs. 6 für erledigt erklärt worden, weil der die Schuldfähigkeit ausschließende oder vermindernde Zustand, auf dem die Unterbringung beruhte, im Zeitpunkt der Erledigungsentscheidung nicht bestanden hat, so kann das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nachträglich anordnen, wenn: 1) die Unterbringung des Betroffenen nach § 63 wegen mehrerer der in § 66 Abs. 3 Satz 1 genannten Taten angeordnet wurde oder wenn der Betroffene wegen einer oder mehrerer solcher Taten, die er vor der zur Unterbringung nach § 63 führenden Tat begangen hat, schon einmal zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt oder in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht worden war und 2) die Gesamtwürdigung des Betroffenen, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung während des Vollzugs der Maßregel ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.*

Secondo la prima versione del § 66b, i destinatari dell'ordine *postumo*²²⁴ di internamento previsti dalla legge erano tre:

a) *i recidivi di gravi reati*, fra cui in particolare i crimini contro la vita, l'incolumità personale, la libertà personale, la libertà sessuale o i reati di rapina di cui al § 250 e 251, con quindi un ampliamento dei reati-presupposto rispetto a quanto previsto per la custodia primaria (§ 66b comma 1);

b) *gli autori primari* di gravi reati a connotazione violenta o sessuale, condannati ad una pena non inferiore a cinque anni di reclusione (§ 66b comma 2);

c) *gli internati alla misura dell'ospedale psichiatrico* (§ 66b comma 3), se già precedentemente condannati ad una pena detentiva di almeno tre anni o internati in un ospedale psichiatrico, qualora all'atto della interruzione della misura risultino ancora pericolosi (tramite questa disposizione il legislatore evidenzia un raccordo fra le due misure di sicurezza che sottolinea la valenza terapeutica della prima e quella securitaria della seconda).

La misura richiedeva altresì un presupposto soggettivo: la pericolosità dell'autore, non rilevata al momento della condanna, deve emergere da elementi nuovi nel corso dell'esecuzione (*Neue Tatsachen: c.d. Nova*)²²⁵:

“[...]vor Ende des Vollzugs dieser Freiheitsstrafe Tatsachen erkennbar werden, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen[...]“

Il legislatore non definiva le “*später erkennbaren rechtlichen Tatsachen*”; il progetto di legge portava tuttavia ad esempio le aggressioni ripetute e violente al personale dell'istituto di detenzione, la minaccia di commettere un nuovo reato al termine dell'esecuzione della pena, la commissione di un fatto di reato durante l'esecuzione della pena o il fatto che il soggetto mantenga contatti in maniera intensiva con ambienti esterni e pericolosi.

²²⁴ La legge di introduzione della custodia di sicurezza postuma conferisce al giudice il potere di ordinare la *Sicherungsverwahrung* sino al termine ultimo di scadenza dell'esecuzione della pena.

²²⁵ Art. 8 della legge di introduzione della custodia di sicurezza postuma: „*Tatsachen im Sinne des § 66 Strafgesetzbuches sind in den in Satz 1 bezeichneten Fällen Tatsachen, die bis zum Ende des Vollzugs der Freiheitsstrafe erkennbar geworden ist.*“

Tuttavia, i nuovi fatti, di cui si è venuti a conoscenza dopo la sentenza di condanna e rilevanti per la prognosi di pericolosità, non dovevano essersi *sviluppati dopo* la sentenza, poiché già al momento della condanna avrebbero dovuto essere *esistenti*, anche se non *riconoscibili*.

Con ciò quindi il legislatore non ammetteva la possibilità di emettere un ordine postumo nel caso in cui i fatti fossero sussistenti già al momento della sentenza e fossero riconoscibili dal giudice del procedimento; il § 66b non poteva indi essere utilizzato per rimediare agli errori del giudice che avrebbe dovuto individuare indici di pericolosità ed utilizzare il § 66a riservandosi la possibilità di emettere l'ordine di internamento.

Il legislatore richiedeva inoltre che i fatti utilizzati come base di prognosi fossero *rilevanti* per definire la pericolosità del soggetto: “il fatto che il reo si opponga alle terapie e che durante l'esecuzione della pena non mantenga un atteggiamento collaborativo, come invece è richiesto dal § 4 comma 1 StVollzG²²⁶, non può essere utilizzato come *unico* indice di manifesta pericolosità, in quanto il § 66b richiede un'analisi complessiva del soggetto, dei reati commessi e dello sviluppo della sua personalità, e soprattutto perché così facendo si muterebbe la *Sicherungsverharung* in una sanzione per i comportamenti tenuti durante l'esecuzione della pena, con conseguente violazione del principio di proporzionalità”²²⁷.

“[...]So kann das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nachträglich anordnen, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung während des Strafvollzug ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.“

Nel caso in cui quindi dalla valutazione complessiva del condannato, dei fatti commessi e dello sviluppo della personalità durante l'esecuzione della pena,

²²⁶ § 4 comma 1 StVollzG: „Der Gefangene wirkt an der Gestaltung seiner Behandlung und an der Erreichung des Vollzugszieles mit. Seine Bereitschaft hierzu ist zu wecken und zu fördern.“

²²⁷ H. ROSENAU, *Die nachträgliche Sicherungsverwahrung – Feindstrafrecht oder Bewährungsprobe für den Rechtsstaat?*, 2006, pag 310, in www.jura.uni-ausburg.de.

risulti con alta probabilità che commetterà rilevanti fatti di reato, che procurano alla vittima gravi danni fisici o psichici, il giudice potrà emanare un ordine postumo di internamento: la scelta della parola “*Gesamtwürtigung*” esclude la possibilità che la prognosi si basi esclusivamente su isolati “*Erklärungsmusters*”, imponendo al giudice di valutare una serie di indici sintomatici.

Contrariamente alla riserva di custodia di sicurezza *ex* § 66a, il legislatore sceglieva di innalzare la soglia, rilevante per emettere l’ordine di internamento, circa il grado di probabilità che il soggetto commetta nuovi reati rilevanti: in forza del nuovo § 66b infatti non riteneva sufficiente il fatto che dal soggetto ci si potesse aspettare la commissione di un reato, bensì richiedeva la sussistenza di un’alta probabilità (*hoher Wahrscheinlichkeit*)²²⁸.

Il legislatore richiedeva quindi l’accertamento di una pericolosità qualificata in modo da consentire un’applicazione più stringente della custodia postuma e mantenere il carattere di strumento *eccezionale* di controllo dell’autore pericoloso.

L’ordine di internamento poteva intervenire *sino al termine ultimo di scadenza dell’esecuzione della pena*, dunque teoricamente anche il giorno prima della cessazione della pena detentiva²²⁹.

In secondo luogo, l’articolo 4 della legge sull’introduzione della custodia di sicurezza postuma modificava il § 106 JGG che disciplinava la *Sicherungsverwahrung* applicabile ai minori (*Heranwachsende*), prevedendo la possibilità di ordinarla successivamente alla sentenza di condanna nei confronti di due categorie di soggetti :

a) *gli autori primari* di reati catalogati nel § 66 comma 3, condannati ad una pena detentiva non inferiore a cinque anni, riguardo ai quali, prima del termine dell’esecuzione della pena, siano stati scoperti nuovi fatti che segnalino la pericolosità del condannato;

²²⁸ R. POSECK, *Das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung*, in NJW 36/2004, pag. 2560.

²²⁹ M. PELISSERO, *Il controllo dell’autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont, pag 8.

b) *gli internati alla misura dell'ospedale psichiatrico*, già condannati ad una pena detentiva di almeno tre anni o già internati in un ospedale psichiatrico, qualora all'atto di interruzione della misura risultino ancora pericolosi.

Anche in tal caso è richiesta la presenza del presupposto soggettivo, ovvero *l'alta probabilità*, risultante dalla valutazione complessiva del condannato, che il soggetto commetta rilevanti fatti di reato, che procurino alla vittima gravi danni fisici o psichici.

Il regime transitorio della legge sull'introduzione della custodia di sicurezza postuma prevedeva l'applicabilità retroattiva dell'istituto anche nei confronti degli autori già condannati²³⁰.

8. La visita in Germania della “*European Committee for the Prevention of the Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*” del 2005

La “Commissione europea per la prevenzione alla tortura e ai trattamenti degradanti e disumani” visitò l'unità della *Sicherungsverwahrung* dell'istituto di detenzione di Berlin-Tegel²³¹ fra il 20 novembre e il 2 dicembre 2005 al termine del quale pubblicò un *Report*²³² destinato al governo tedesco.

La delegazione della Commissione riscontrò, nell'istituto di detenzione osservato, molteplici aspetti positivi: camere singole ben arredate e dotate di servizi sanitari, spazi comuni ragionevolmente spaziosi, una piccola cucina per gli internati con strumenti sufficienti per la preparazione di pasti e bevande calde e un'area dover poter lavare gli effetti personali.

²³⁰ Art. 8 della legge di introduzione della custodia di sicurezza postuma, *cit.*

²³¹ L'istituto di detenzione di Berlin-Tegel dispone di una sezione (*Teilanstalt V*) con 15 posti destinati agli internati in custodia di sicurezza: al momento della visita gli internati erano 18, di cui 15 nel piano ad essi riservato, due nel piano di sopra, e uno nella sezione destinata agli internamenti socio-terapeutici.

²³² *Report to the German Government on the visit to Germany carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment from 20 November to 2 December 2005 in <http://www.cpt.coe.int/en/states/deu.htm>*

Per quanto concerne le attività permesse agli internati, la delegazione appurò che, oltre a quelle generalmente predisposte nei confronti dei detenuti, l'istituto prevede, in aggiunta, particolari benefici e privilegi: in particolare, le porte delle stanze degli internati, rimangono aperte durante la giornata, le ore di visita sono due al mese (invece che una come per i detenuti), l'attività fisica all'aria aperta può durare quattro ore nei giorni non lavorativi (invece che una come per i detenuti), e, infine, possono avere a disposizione piccole quantità di denaro.

Sebbene le attività permesse consentirebbero, a parere della delegazione, un "positive custodial living environment", non tutti gli internati sono in grado di sfruttare al meglio le opportunità concesse, perché affetti da personalità multiple. La maggioranza di essi infatti sono completamente demotivati: solo due soggetti partecipano alle attività fisiche svolte all'esterno e solo due svolgono lavoro *full-time*. I restanti trascorrono il loro tempo da soli nelle loro stanze, guardando la televisione o giocando ai *video games*²³³. Intervistati, dichiararono di non aver nessuna speranza di essere rilasciati e di svolgere le attività proposte solamente per far passare il tempo: uno di esse addirittura affermò che "l'unica attività utile da svolgere è quella di prepararsi a morire"²³⁴.

D'accordo con gli amministratori, il personale dell'istituto di detenzione dichiarò di rapportarsi con gli internati in modo diverso rispetto che ai detenuti, e di lavorare con loro per facilitare il loro rilascio: la delegazione tuttavia osservò come nella pratica il personale fosse in realtà assente, nel tentativo di avere i minor

²³³ La delegazione ha concentrato la sua attenzione in particolare su due internati, trovati in uno stato di squalore, abbandonati nelle loro celle, con seri problemi medici e psichiatrici: soprattutto nei loro confronti, la mancanza di restrizioni (in ragione del loro particolare *status* di internati), si è tradotta in realtà in una mancanza di cure. La delegazione invita quindi l'istituto di detenzione a comunicare entro un mese alla Commissione le misure che verranno adottate per fronteggiare questa situazione di emergenza, *Report to the German Government on the visit to Germany carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment from 20 November to 2 December 2005, cit.*, n. 98.

²³⁴ "Even among those inmates who apparently assumed and coped with the responsibility for their daily lives on the unit, the sense was that the activities were strategies to pass time, without any real purpose. As might be expected, this appeared to be related to their indefinite *Sicherungsverwahrung*. Several inmates interviewed expressed a clear sense that they would never get out and one stated that the only thing he could do was prepare himself to die.", in *Report to the German Government on the visit to Germany carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment from 20 November to 2 December 2005, cit.*, n. 96.

contatti possibili con i soggetti in questione. Ciò non apparve giustificabile perché, il fatto che essi abbiano diritto ad una maggior indipendenza, non significa che possano essere abbandonati a loro stessi.

Inoltre, come appare chiaro dal *Report*, i trattamenti e i supporti psicologici risultarono inadeguati alla Commissione, che esortò le autorità a rimediare urgentemente a queste carenze nel sistema sia nell'istituto esaminato, sia, se necessario, in altri, raccomandando la predisposizione di uno staff multidisciplinare che possa svolgere con gli internati un lavoro intensivo, sia di gruppo che individuale, permettendo, quando appropriato, anche il mantenimento dei contatti con la famiglia²³⁵.

9. Il *Bundesverfassungsgericht* sancisce la legittimità della custodia di sicurezza postuma

Due anni dopo l'introduzione della custodia di sicurezza postuma, la Corte Costituzionale Federale fu chiamata a pronunciarsi circa la legittimità costituzionale del § 66b²³⁶.

Il ricorrente era stato condannato nel 1996 ad una pena complessiva di 8 anni e all'internamento in una *Entziehungsanstalt*²³⁷ ex § 64: l'internamento

²³⁵ “The CPT recommends that the German authorities institute an immediate review of the approach to *Sicherungsverwahrung* at Tegel Prison and, if appropriate, in other establishments in Germany accommodating persons subject to *Sicherungsverwahrung*, in the light of the above remarks”, e “Further, the Committee would like to know whether there are any specific rehabilitation programmes at Tegel Prison and, if appropriate, in other prisons in Germany for prisoners for whom a *Sicherungsverwahrung* has been pronounced in the court sentence, with a view to avoiding to the extent possible the implementation of a *Sicherungsverwahrung* immediately following the prison term” in *Report to the German Government on the visit to Germany carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment from 20 November to 2 December 2005*, cit., n. 100-102.

²³⁶ BverfG 23 agosto 2006 in *NJW* 2006, pagg 3483 ss.

²³⁷ § 64 StGB *Unterbringung in einer Entziehungsanstalt*: „Hat eine Person den Hang, alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen, und wird sie wegen einer rechtswidrigen Tat, die sie im Rausch begangen hat oder die auf ihren Hang zurückgeht, verurteilt oder nur deshalb nicht verurteilt, weil ihre Schuldunfähigkeit erwiesen oder nicht auszuschließen ist, so soll das Gericht die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt anordnen,

nell'istituto di disintossicazione si era concluso prima del tempo previsto perché, come stabilito dal § 67 n. 5, visto il comportamento dell'internato, non vi era alcun tipo di possibilità di raggiungere il fine della misura di sicurezza, e il soggetto era stato trasferito nell'istituto di detenzione per scontare la pena, la cui esecuzione, secondo la sentenza, doveva terminare il 10 dicembre 2004²³⁸. Tuttavia il 5 ottobre 2004 il pubblico ministero aveva chiesto al giudice di emettere, ex § 66b, un ordine postumo di *Sicherungsverwahrung*: la richiesta, accolta dal giudice il 6 dicembre 2004, e confermata dalla Corte d'appello (*Oberlandesgericht*) il 30 dicembre 2004²³⁹ aveva portato il 6 maggio 2005 all'ordine postumo di internamento ex § 66b comma 2²⁴⁰, alla luce dei *nuovi fatti rilevanti per la prognosi*. Il soggetto infatti, al momento della sentenza di condanna, si era mostrato consapevole della propria colpevolezza e pronto alla terapia, tenendo poi invece, durante l'esecuzione della pena e della misura di sicurezza, un comportamento contrario, nei confronti del quale furono anche presi provvedimenti disciplinari²⁴¹. Il soggetto aveva presentato allora ricorso al *Bundesgerichtshof* (Corte di Cassazione federale), negando la sussistenza di una prova della sua tendenza a delinquere (*Hang*) ex § 66 comma 1: il *Bundesgerichtshof* tuttavia aveva confermato la decisione del 6 maggio del tribunale di primo grado sulla base della constatazione che i mutamenti caratteriali del soggetto (il quale prima della sentenza di condanna si mostrava conscio della

wenn die Gefahr besteht, dass sie infolge ihres Hanges erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird. Die Anordnung ergeht nur, wenn eine hinreichend konkrete Aussicht besteht, die Person durch die Behandlung in einer Entziehungsanstalt zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihren Hang zurückgehen.“

²³⁸ BverfG 23 agosto 2006, cit., n. 2-3.

²³⁹ BverfG 23 agosto 2006, cit., n. 4.

²⁴⁰ § 66b comma 2: *Werden Tatsachen der in Abs. 1 genannten Art nach einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren wegen eines oder mehrerer Verbrechen gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung oder nach den §§ 250, 251, auch in Verbindung mit § 252 oder § 255, erkennbar, so kann das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nachträglich anordnen, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Tat, oder seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung während des Strafvollzugs ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.*“

²⁴¹ „Ergänzend stützte das Gericht seine Entscheidung auf disziplinarische Vergehen des Beschwerdeführers, nämlich ein zweimaliges Anbringen von Rasierklingen unter dem Tisch seines Hafttraums, das Zu-Boden-Stoßen eines Mitinsassen im Maßregelvollzug, der ihn als "aidskranken Knacki" bezeichnet hatte, und das Einschlagen auf eine Grünpflanze, nachdem ihm aufgrund des letztgenannten Vorfalls Vollzugslockerungen widerrufen worden waren.“ BverfG 23 agosto 2006, cit., n. 5.

propria consapevolezza e motivato ad essere sottoposto a terapia mentre dopo la sentenza assumeva atteggiamenti ostruttivi provocando l'interruzione della terapia) possono essere qualificati come “*Neue Tatsachen*” ai sensi del § 66b²⁴².

Il ricorrente si era rivolto allora al *Bundesverfassungsgericht* chiedendo l'annullamento delle sentenze di cui sopra, e la dichiarazione di illegittimità costituzionale del § 66b per violazione del principio di irretroattività in materia penale *ex art.* 103 comma 2 GG, del principio di affidamento *ex art.* 2 comma 2 GG in combinato disposto con l'art. 20 comma 3 GG, del diritto alla libertà personale *ex art.* 104 comma 1 GG e del principio di proporzionalità²⁴³.

La Corte rigettò i profili di incompatibilità con la legge fondamentale: per quanto concerne il primo punto del ricorso, i giudici costituzionali esclusero un contrasto della custodia di sicurezza postuma con il principio di irretroattività in materia penale sancito dall'art 103 comma 2 GG, sulla base del fatto che il campo di applicazione di questo articolo è limitato a quelle misure statuali che si sostanziano in una reazione di disapprovazione da parte dello Stato ad un comportamento antiggiuridico e colpevole e che rappresentano un male da infliggere in ossequio alla funzione retributiva (della pena); essendo la custodia di sicurezza una misura preventiva il cui scopo non è infliggere un male da espiare, bensì proteggere la società dai soggetti pericolosi, è fuori dal campo di applicazione dell'art. 103 comma 2 GG²⁴⁴.

In secondo luogo la Corte escluse la sussistenza di un contrasto della custodia di sicurezza postuma con il principio di affidamento *ex art.* 2 comma 2 GG e art. 20 comma 3 GG: illegittima sarebbe infatti solo quella disposizione la cui efficacia temporale sia anteriore all'entrata in vigore della norma stessa (c.d. *echte Rückwirkung*). Quando invece una disposizione fa riferimento ad elementi di fatto e

²⁴² BverfG 23 agosto 2006, *cit.*, n. 7.

²⁴³ BverfG 23 agosto 2006, *cit.*, n. 8.

²⁴⁴ “*Der Anwendungsbereich von Art. 103 Abs. 2 GG ist auf staatliche Maßnahmen beschränkt, die eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen und wegen dieses Verhaltens ein Übel verhängen, das dem Schuldausgleich dient. Die Sicherungsverwahrung stellt demgegenüber eine präventive Maßnahme dar, deren Zweck es nicht ist, begangenes Unrecht zu sühnen, sondern die Allgemeinheit vor dem Täter zu schützen*“ BverfG 23 agosto 2006, *cit.*, n. 13.

di diritto precedenti alla sua emanazione producendo però effetti dal momento della sua entrata in vigore la retroattività sarebbe solo apparente (c.d. *tatbestandlichen Rückanknüpfung* o *unechte Rückwirkung*)²⁴⁵, e la validità della norma non sarebbe generalmente esclusa, ma andrebbe accertata di volta in volta contemperando gli interessi in gioco. La Corte attribuì rango superiore alla protezione della collettività dai soggetti socialmente pericolosi giustificando quindi una compressione del diritto di affidamento del reo²⁴⁶.

In terzo luogo il *Bundesverfassungsgericht* escluse un contrasto fra il § 66b e il diritto alla libertà personale sancito dall'art. 2 comma 2 GG²⁴⁷: premesso che il legislatore ha la potestà di scegliere, rispettando il principio di proporzionalità, il mezzo più efficiente per proteggere la vita l'incolumità e la libertà dei cittadini, "le disposizioni in materia di custodia di sicurezza postuma, il cui *campo di applicazione* è notevolmente *limitato*, offrono un'adeguata garanzia circa il fatto che la misura è destinata ad essere utilizzata solo in *casi eccezionali*, limitata a pochi condannati, in rispetto del principio di proporzionalità e di libertà personale"²⁴⁸.

A dimostrazione di ciò la Corte osservò in primo luogo come, con il termine "*neue Tatsachen*", il legislatore abbia sufficientemente limitato il campo di applicazione della norma, richiedendo il superamento di una *soglia di rilevanza*, che da una parte è in relazione, sul piano prognostico e sintomatico, con il giudizio sul fatto commesso, e che dall'altra esclude che sussista una pericolosità rilevante qualora, secondo una scala di valutazione, il fatto non sia ritenuto provabile e apprezzabile²⁴⁹. Inoltre il legislatore ha espressamente richiesto, nella relazione alla presentazione del progetto di legge sull'introduzione della custodia di sicurezza

²⁴⁵ „Demgegenüber betrifft die tatbestandliche Rückanknüpfung ("unechte" Rückwirkung) nicht den zeitlichen, sondern den sachlichen Anwendungsbereich einer Norm. Die Rechtsfolgen eines Gesetzes treten erst nach Verkündung der Norm ein, ihr Tatbestand erfasst aber Sachverhalte, die bereits vor der Verkündung "ins Werk gesetzt" worden sind“ BVerfG, 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 174.

²⁴⁶ BVerfG 23 agosto 2006, *cit.*, n. 15-16.

²⁴⁷ Art 2 comma 2 GG: "Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden."

²⁴⁸ BVerfG 23 agosto 2006, *cit.*, n. 17.

²⁴⁹ BVerfG 23 agosto 2006, *cit.*, n. 19, v. anche BT-Drucks. 15/2887, pag 10.

postuma, che i “nuovi fatti” ai sensi del § 66b siano solo quelli che non erano *conoscibili* al momento della sentenza: con ciò quindi si limita il campo di applicazione della norma, escludendo quei casi in cui i fatti erano conoscibili, ma non conosciuti dal giudice al momento della sentenza e negando la possibilità di utilizzare questa disposizione per correggere errori e dimenticanze avvenute nella fase precedente del procedimento²⁵⁰.

In secondo luogo va sottolineato il fatto che, mentre il § 66b comma 1 rinvia al § 66, imponendo quindi al giudice che intende emettere l’ordine di custodia di sicurezza postumo nei confronti di un *recidivo* la verifica della presenza delle condizioni stabilite dal § 66 (ovvero che sia dimostrabile la *tendenza* del soggetto a compiere rilevanti fatti di reato), il secondo comma del § 66b, che disciplina l’ordine di custodia di sicurezza postumo destinato agli *autori primari* non fa riferimento al § 66, non richiedendo indi la prova della sussistenza di un *Hang* in capo al reo.

Al riguardo la Corte tuttavia esclude un contrasto con il principio di proporzionalità e negò che vi fosse, nel secondo caso, un’illegittima estensione del campo di applicazione: “vi sono all’interno del secondo comma criteri più stringenti, rispetto al comma 1, in relazione al catalogo dei reati-presupposto e alla pena a cui il soggetto deve essere stato condannato” (che non deve essere inferiore a cinque anni)²⁵¹.

In terzo luogo la Corte pose l’attenzione sul fatto che il legislatore, nel richiedere un’alta probabilità (“*hohe Wahrscheinlichkeit*”) di commissione ad opera del reo di nuovi fatti di reato, ha innalzato la soglia di rilevanza della prognosi: ciò, a parere della Corte, dimostra come il campo di applicazione della norma contestata sia effettivamente limitato, perché non permette al giudice di ordinare successivamente la custodia quando la probabilità è astratta o basata su rilievi statistici²⁵².

²⁵⁰ BverfG 23 agosto 2006, *cit.*, n. 20, v anche BT-Drucks. 15/2887, pag 12.

²⁵¹ BverfG 23 agosto 2006, *cit.*, n. 21-22.

²⁵² BverfG 23 agosto 2006, *cit.*, n. 23.

Infine, il fatto che il § 66b richieda un'analisi complessiva del condannato, del fatto commesso e dello sviluppo della sua personalità durante l'esecuzione della pena, sottrae al giudice la possibilità di ordinare la custodia sulla base di comportamenti o episodi isolati: il rifiuto di essere sottoposto a misure di terapia o risocializzazione, non deve orientare eccessivamente il giudice verso una prognosi certa di pericolosità perché, a parere della Corte, il legislatore ha scelto il termine "ergänzend" (riferito a "seine Entwicklung während des Strafvollzugs") per indicare inequivocabilmente come il comportamento tenuto durante l'esecuzione della pena debba essere considerato come un criterio non determinante bensì meramente supplementare per la formulazione della prognosi²⁵³.

Considerato quindi il limitato campo di applicazione del § 66b, i giudici costituzionali così affermarono:

*"il principio di proporzionalità richiede ai giudici di rinunciare, nell'ottica del raggiungimento degli scopi di risocializzazione, ad ordinare la custodia di sicurezza postuma ogni qualvolta sia possibile, e di disporre nei confronti del reo l'esecuzione di un'altra misura di sicurezza che potrebbe essere la "Führungsaufsicht" ex § 68, garantendo così l'applicazione della nachträgliche Sicherungsverwahrung solo a singoli casi eccezionali"*²⁵⁴.

Dopo aver affermato la compatibilità della disciplina della custodia di sicurezza postuma, la Corte, tuttavia, dichiarò contraria al principio della libertà personale la decisione adottata dal *Landgerichts* il 6 maggio 2005 e a seguire quella del *Bundesgerichtshof* del 8 dicembre 2005, non concordando con il giudice di fatto la qualificazione di episodi disciplinari, quali furono la ricaduta nell'alcolismo e nella dipendenza da droghe, come *nuovi fatti rilevanti* per la prognosi di pericolosità, nonostante essi non fossero effettivamente conoscibili al momento della sentenza di condanna²⁵⁵.

²⁵³ BverfG 23 agosto 2006, *cit.*, n. 24.

²⁵⁴ BverfG 23 agosto 2006, *cit.*, n. 25.

²⁵⁵ La Corte ha così ritenuto non sussistenti i "nuovi fatti" ai sensi del § 66 comma 1 qualora la pericolosità sia esclusivamente rappresentata da irrisolti problemi di assuefazione; BverfG 23 agosto 2006, *cit.*, n. 29

Inoltre, sostenne la Corte, “i cambiamenti di comportamento del reo rilevati durante l’esecuzione della pena, non indicano inequivocabilmente che la pericolosità sia aumentata”²⁵⁶.

In conclusione va rilevato che, dall’analisi complessiva della sentenza con cui il *Bundesverfassungsgericht* legittimò la *nachträgliche Sicherungsverwahrung*, emerge un profilo ulteriore: la Corte pose l’attenzione sui requisiti necessari per qualificare un fatto come “*Nova*” ai sensi del § 66b, perché temeva che la valutazione sulla pericolosità del soggetto si fondasse su un giudizio prognostico sempre più sganciato dai fatti oggetto della sentenza di condanna e sempre più fondato sui emersi nel corso dell’esecuzione della pena.

Tuttavia, per quanto la Corte costituzionale tedesca abbia cercato di mantenere il ruolo fondamentale di garanzia del fatto oggetto della sentenza di condanna (*Anlaßtat*)²⁵⁷, non vi è dubbio che la nuova custodia di sicurezza appaia ormai una misura connessa a comportamenti che di per sé non integrano fatti costitutivi di reato²⁵⁸. Quanto più si lega la misura ai fatti emersi in sede di esecuzione della pena, tanto più la misura presenta i connotati della prevenzione *ante delictum*: la condanna si riduce così ad un pretesto per ordinare l’applicazione di un provvedimento preventivo, sconvolgendo in questo modo il principio

²⁵⁶ “*Hinsichtlich des Gesichtspunkts einer im Vollzug zutage getretenen Handlungsänderung des Beschwerdeführers bei der Bewertung seiner Tat stellen die Strafgerichte nicht fest, dass diese Handlungsänderung nach anerkannten und überprüfbaren Maßstäben einen Hinweis auf eine gegenüber dem Zeitpunkt der Verurteilung erhöhte Gefährlichkeit des Beschwerdeführers darstelle.[...] Dasselbe gilt für die Tatsachen des Anbringens von Rasierklingen unter dem Haftraumtisch, des Zu-Boden-Stößens eines Mitgefangenen und des Einschlagens auf eine Grünpflanze.*“ BverfG 23 agosto 2006, *cit.*, n. 30-31; e “*Nicht ausreichend belegt ist auch die vom Landgericht prognostizierte hohe Wahrscheinlichkeit künftiger Straftaten des Beschwerdeführers. Es reicht verfassungsrechtlich nicht aus, eine hohe Wahrscheinlichkeit im Sinne des § 66 b StGB bereits dann anzunehmen, wenn überwiegende Umstände auf eine künftige Delinquenz des Betroffenen hindeuten. Erforderlich ist die Feststellung einer gegenwärtigen erheblichen Gefährlichkeit des Betroffenen für die Allgemeinheit. Bloße Erwägungen zur Rückfallwahrscheinlichkeit genügen dem nicht, zumal, wenn sie wie vorliegend nicht den Gesichtspunkt der Rückfallgeschwindigkeit in den Blick nehmen.*“ BverfG 23 agosto 2006, *cit.*, n. 33.

²⁵⁷ v. BverfG 5 febbraio 2004, *cit.*, n. 19.

²⁵⁸ v. BverfG 10 febbraio 2004, *cit.*

fondamentale di garanzia che fonda sul reato commesso la prognosi di pericolosità²⁵⁹.

10. Das Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung del 13 aprile 2007

Nel 2007 la *nachträgliche Sicherungsverwahrung* subì un ulteriore ampliamento con la legge di riforma della *Führungsaufsicht* e di modifica della disposizioni in materia di custodia di sicurezza postuma del 13 aprile 2007²⁶⁰, entrata in vigore il 18 aprile 2007²⁶¹.

La suddetta legge modificò il § 66b in due punti:

a) nella parte finale del comma 1, che richiede la sussistenza delle condizioni del § 66 per ordinare la custodia di sicurezza postuma, introducendo la frase *“im Zeitpunkt der Entscheidung über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung”*. In questo modo il legislatore ritenne sufficiente la presenza delle condizioni richieste dal § 66 non al momento della sentenza di condanna, ma durante l'esecuzione della pena, allorquando il giudice ordina la custodia di sicurezza;

b) inserendo nel primo comma la frase *“war die Anordnung der Sicherungsverwahrung aus rechtlichen Gründen nicht möglich, so berücksichtig das Gericht als Tatsachen in Sinne des Satzes 1 auch solche, die im Zeitpunkt der Verurteilung bereits erkennbar waren”*.

²⁵⁹ M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont., p. 9.

²⁶⁰ *Das Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung* del 13 aprile 2007 in Bundesgesetzblatt Jahrgang 2007 Teil I Nr. 13, ausgegeben zu Bonn am 17. April 2007, in [http://www.bgbl.de/Xaver/text.xav?bk=Bundesanzeiger_BGBI&start=%2F%2F*\[%40attr_id%3D%27bgbl11s1003.pdf%27\]&wc=1&skin=WC](http://www.bgbl.de/Xaver/text.xav?bk=Bundesanzeiger_BGBI&start=%2F%2F*[%40attr_id%3D%27bgbl11s1003.pdf%27]&wc=1&skin=WC)

²⁶¹ Per un commento alla legge v. J. PEGLAU, *“Das Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung”*, in NJW 2007, pag 1558.

Con questa modifica il legislatore ha reso possibile l'applicazione della custodia postuma, consentendo al giudice di prendere in considerazione, ai fini del giudizio prognostico, anche *gli elementi già conoscibili al momento della condanna*.

Secondo la normativa precedente infatti l'accertamento dei c.d. *Nova* presupponeva che i fatti emersi in sede di esecuzione non fossero conoscibili al momento della condanna e che quindi la misura non avrebbe potuto essere applicata qualora al momento della condanna fossero tuttavia già presenti gli elementi sintomatici della pericolosità.

Questo ulteriore ampliamento della custodia di sicurezza non ha tuttavia tenuto conto, indipendentemente dal numero di ordini di applicazione di questa misura, degli effetti diretti di questa disciplina sul piano dell'esecuzione penitenziaria: in considerazione dei reati-presupposto che legittimano l'ordine di custodia, la dottrina ha stimato che formalmente i possibili candidati all'applicazione della misura siano nell'ordine di 7000-10.000 detenuti, rispetto ai quali si impone l'accertamento del giudizio prognostico durante l'esecuzione della pena, gravata da obblighi particolarmente stringenti di osservazione della personalità, da una prevedibile riduzione nella concessione dei permessi, da adempimenti burocratici, con un generalizzato appesantimento del clima carcerario²⁶².

Questo sviluppo normativo della custodia di sicurezza ha portato negli anni ad un aumento degli ordini di internamento: mentre le riforme del 1969 erano riuscite a garantire un'applicazione limitata della misura (nel 1961 gli internati erano 668, nel 1966 raggiunsero la quota di 902, mentre negli anni Settanta si ridussero drasticamente giungendo nel 1987 a 190 e nel 1990 a 182) a partire dalla fine degli anni Novanta si verifica un notevole incremento (da 200 internati nel 1997 si è arrivati a 350 nel 2005, 375 nel 2006, 427 nel 2007, 448 nel 2008 e 491 nel 2009). I numeri sono relativi in rapporto al numero complessivo dei detenuti in

²⁶² M. PELISSERO *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont, pag 9.

Germania (0,8% dei 61.00), ma fanno emergere un impressionante aumento, nell'arco di poco più di dieci anni, del 140% degli ordini di custodia a fronte di un riscontro statistico di diminuzione generale dei rati che legittimano le diverse forme di sicurezza.

Di fatto si è quindi verificata una vera e propria “*Reinassance der Sicherungsverwahrung*” che indica il progressivo spostamento verso una politica penale della difesa sociale, come chiaramente espresso dal § 129 StVollG²⁶³ (che considera le diverse forme di *Sicherungsverwahrung* come uno strumento di limitazione della libertà personale a tutela della collettività²⁶⁴).

11. Il Report del commissario europeo per i diritti umani del 2007

Il commissario per i diritti umani Thomas Hammarberg visitò la Germania fra il 9 e l'11 e fra il 15 e il 20 ottobre 2006 su invito del ministro federale degli affari esteri Frank-Walter Steinmeier. La visita faceva parte di una serie di incarichi dello stesso commissario in alcune nazioni dell'Unione Europea, finalizzata alla verifica dell'effettivo rispetto dei diritti umani: lo scopo ultimo fu quello di identificare opportunità per migliorare la difesa e la promozione dei diritti umani.

La visita²⁶⁵ fu avviata con una verifica generalizzata del rispetto dei diritti umani a livello federale e proseguì, considerata la struttura costituzionale della Germania, con controlli localizzati in ciascuno dei singoli *Länder*: la relazione del commissario si basò quindi su un'analisi complessiva del livello di protezione dei diritti umani, con una particolare attenzione alla divisione di competenze fra il *Bund* e i *Länder* e si fondò sulle informazioni acquisite durante la visita e quelle reperite

²⁶³ § 129 StVollG: “*Der Sicherungsverwahrte wird zum Schutz der Allgemeinheit sicher untergebracht. Ihm soll geholfen werden, sich in das Leben in Freiheit einzugliedern*”.

²⁶⁴ M. PELISSERO *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont., pag 10.

²⁶⁵ *Report by the commissioner for human rights, mr Thomas Hammarberg, on his visit to Germany (9 – 11 and 15 – 20 October 2006)*, Strasbourg, 11 July 2007, CommDH(2007)14 in <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1162763>

dalle relazioni consegnate dalle autorità internazionali, federali e locali . Essa non fornisce un'analisi esaustiva del livello di protezione dei diritti umani in Germania, ma riflette le priorità che sono state espresse dal commissario europeo, fra le quali si colloca anche la custodia di sicurezza.

Durante la sua visita il commissario discusse con autorità regionali, giudici e medici il problema della custodia di sicurezza: egli fu reso consapevole della pressione alla quale sono sottoposti i giudici quando decidono di rilasciare un soggetto che probabilmente commetterà nuovi reati, essendo essenzialmente impossibile effettuare con assoluta certezza una prognosi. Gli psichiatri hanno infatti più volte riferito come il comportamento del reo all'interno dell'istituto di detenzione non costituisca una valida base per la prognosi di pericolosità, perché può notevolmente mutare una volta avvenuto il rilascio dell'internato e perché non sono prevedibili le circostanze esterne a cui il soggetto andrà incontro.

Il commissario nella sua relazione richiese un cauto utilizzo di questo istituto, suggerendo alla magistratura di prendere in considerazione alternativamente ad esso le altre misure messe a disposizione dallo Stato: si dichiarò inoltre seriamente preoccupato riguardo al notevole incremento del numero di ordini di internamento e esortò le autorità ad istituire studi indipendenti circa l'aumento dell'utilizzo della *Sicherungsverwahrung* con lo scopo di valutare l'efficacia della misura stessa in vista, da una parte, della protezione della collettività e, dall'altra, del suo impatto sugli individui detenuti²⁶⁶.

L'attenzione del commissario si concentrò poi sulle ultime modifiche introdotte dal legislatore, fra le quali in particolare spiccano le disposizioni che permettono di includere fra i destinatari della misura anche i soggetti fra i 18 e i 21 anni: riguardo a queste ultime in particolare egli, esortando le autorità tedesche all'utilizzo di misure alternative, raccomandò di rivalutare l'utilizzo di questo

²⁶⁶ *“The Commissioner calls for an extremely considerate application of secured custody. Alternative measures should also be considered before recourse to secured custody is taken. The Commissioner is concerned about the rising number of people deprived of their liberty under secured custody. He encourages the German authorities to commission independent studies on the implementation of secured custody in order to evaluate the measure in terms of protecting the general public and its impact on the detained individual.”* in *Report by the commissioner for human rights, mr Thomas Hammarberg, on his visit to Germany, cit.*, n. 204.

strumento nei confronti di tali soggetti, soprattutto in considerazione delle estreme conseguenze che questo comporta se disposto nei confronti di detenuti di tale età²⁶⁷.

Infine il commissario, dopo essere venuto a conoscenza del fatto che le persone sottoposte alla *Sicherungsverwahrung* perdono il più delle volte le prospettive di vita futura e “si arrendono a se stessi”, concluse affermando che sarebbe auspicabile una maggior predisposizione di trattamenti medici e psichiatrici²⁶⁸.

²⁶⁷ “The Commissioner is also aware of proposed amendments which would allow the *ex post* imposition of secured custody on juvenile offenders in extreme cases. The Commissioner urges the German authorities to reconsider such proposals due to their extreme consequences on juvenile offenders. Alternative measures should be applied in the case of juvenile offenders whenever possible.” in *Report by the commissioner for human rights, mr Thomas Hammarberg, on his visit to Germany, cit.*, n. 205.

²⁶⁸ “Furthermore, the Commissioner was informed that persons kept under secured custody regularly experience a loss of future perspective and give up on themselves. This would appear to call for the provision of psychological or psychiatric care. The medical opinion may occasionally be divided on the efficacy of care provided to persons kept under secured custody, yet the possibility of their eventual rehabilitation and release should not be excluded. Accordingly, people held under secured custody should receive adequate medical treatment or other care that addresses their specific situation.” in *Report by the commissioner for human rights, mr Thomas Hammarberg, on his visit to Germany, cit.*, n. 206.

CAPITOLO III

LA CUSTODIA DI SICUREZZA AL VAGLIO DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO: 1. La Corte Europea dei diritti dell'uomo si pronuncia per la prima volta in materia di *Sicherungsverwahrung*: M. c. Germany - 1.1. La conformità del prolungamento della custodia di sicurezza a tempo indeterminato rispetto ai parametri dell'art. 5 CEDU - 1.2. Il principio *nulla poena sine lege* di cui all'art. 7 comma 1, II parte CEDU con riferimento alle misure di sicurezza e al caso di specie - 1.3. Impatto della sentenza CEDU M. vs. Germany in ambito politico e dottrinale - 1.3.1. La validità delle sentenze CEDU nell'ordinamento tedesco - 1.3.2. La reazione del *Bundesgerichtshof* alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2009 - 1.3.3. La sentenza della Corte Europea di diritti dell'uomo travolge anche la validità della custodia di sicurezza postuma? - 2. La Visita in Germania della "European Committee for the Prevention of Torture and inhuman or degrading treatment or punishment" del 2010 - 3. *Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung* del 22 dicembre 2010 - 4. La Corte europea dei diritti dell'uomo torna a pronunciarsi in materia di *Sicherungsverwahrung* - 4.1. I casi *Kallweit*, *Mateus* e *Schummer* - 4.2. Il caso *Haidn* - 4.3. Il caso *Jendrowiak* - 5. La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 4 maggio 2011 - 5.1. Il rapporto fra CEDU e diritto nazionale - 5.2. La compatibilità della disciplina della custodia di sicurezza con il diritto alla libertà personale - 5.3. La compatibilità della disciplina della custodia di sicurezza con la garanzia alla tutela dell'affidamento - 5.4. La dichiarazione di incompatibilità

1. La Corte Europea dei diritti dell'uomo si pronuncia per la prima volta in materia di *Sicherungsverwahrung*: M. c. Germany

La Corte europea per i diritti dell'uomo ha condannato con sentenza definitiva²⁶⁹ la Germania, a seguito di un ricorso presentato da un suo cittadino che, condannato nel 1986 a cinque anni di reclusione per tentato omicidio e rapina, era ancora detenuto nel penitenziario di *Schwalmstadt*, poiché sottoposto alla misura della custodia di sicurezza in base all'applicazione retroattiva della norma contenuta nel § 67d StGB, così come modificata nel 1998, che consente al giudice di prolungare a tempo indeterminato l'internamento di un condannato, anche dopo l'espiazione della pena, qualora il detenuto sia ritenuto pericoloso per la sicurezza pubblica²⁷⁰.

La vicenda giudiziaria del ricorrente ha impegnato a lungo sia il governo della Repubblica federale sia le cronache delle maggiori testate giornalistiche nazionali e ha interessato tutti i massimi organismi di giustizia tedeschi: il ricorrente infatti, prima di adire la Corte di Strasburgo, si era rivolto al *Bundesverfassungsgericht*, che tuttavia, come precedentemente illustrato, rigettò il ricorso con la pronuncia del 5 febbraio 2004.

²⁶⁹ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, Sez V, 17 dicembre 2009, M. c. *Germany* (n. 19359/04) in <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96389>. La sentenza è divenuta definitiva il 10 Maggio 2010 ai sensi dell'art 44 comma 2 CEDU (“*The judgment of a Chamber shall become final (a) when the parties declare that they will not request that the case be referred to the Grand Chamber; or (b) three months after the date of the judgment, if reference of the case to the Grand Chamber has not been requested; or (c) when the panel of the Grand Chamber rejects the request to refer under Article 43.*”), quando un Collegio di cinque giudici della *Grande Chambre* ha respinto la richiesta del Governo Tedesco, presentata il 16 marzo 2010, in conformità all'art 43 CEDU (1. *Within a period of three months from the date of the judgment of the Chamber, any party to the case may, in exceptional cases, request that the case be referred to the Grand Chamber. 2. A panel of five judges of the Grand Chamber shall accept the request if the case raises a serious question affecting the interpretation or application of the Convention or the Protocols thereto, or a serious issue of general importance. 3. If the panel accepts the request, the Grand Chamber shall decide the case by means of a judgment.*), di rinviare la questione davanti alla Corte riunita in composizione plenaria; v. anche “Press Release issued by the Registrar, Chamber judgment M. V. Germany (application no. 19359/04), *Retroactive extension of a prisoner's preventive detention not justified*”, in <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96389>.

²⁷⁰ F. ROCCHI, *Da una decisione sulle misure di sicurezza una possibile ricaduta nell'ordinamento italiano – Corte eur. Dir. Uomo, Sez. V, 17 dicembre 2009, n. 19359/04, M. c. Germania*, in Cass. pen. 2010, pag 3275.

Il ricorrente, dopo una lunga storia di precedenti penali, era stato condannato il 17 novembre 1986 dalla Corte regionale di Marburg, a cinque anni di detenzione per tentato omicidio e rapina aggravata, e all'internamento nella custodia di sicurezza: sulla base di una perizia psicologica e psichiatrica era stato rilevato dai giudici il venir meno di una malattia mentale, sulla base del quale il soggetto era stato precedentemente (fino all'ottobre del 1984) internato in un ospedale giudiziario. Da allora, nonostante la rapina e il tentativo di omicidio commessi contro una donna che aveva volontariamente deciso di passare fuori dall'ospedale una giornata con il soggetto in questione, la Corte aveva individuato la sussistenza di un grave disordine mentale che tuttavia non poteva essere qualificato come patologico, che non doveva quindi essere trattato con farmaci, e che escludeva la fondatezza di un'attenuazione di capacità di intendere e di volere a suo carico. La perizia aveva rilevato nel ricorrente una forte propensione a commettere reati che ledono l'integrità fisica e psichica delle sue vittime, a causa della quale il soggetto, se rilasciato, avrebbe potuto con elevata probabilità commettere altri atti di violenza, costituendo perciò un pericolo per la collettività²⁷¹.

Il 18 agosto 1991 la Corte aveva internato il ricorrente in custodia di sicurezza nell'istituto di detenzione di *Schwalmstadt*, dopo che questi aveva scontato l'intera pena irrogatagli: durante i primi dieci anni di internamento due Corti federali (di Griessen nel 1992 e di Marburg nel 1998) avevano respinto le ripetute richieste di sospensione condizionale della detenzione preventiva presentate dal ricorrente, ai sensi del § 67b e § 67c del codice penale, sulla base di una perizia e tenendo conto del comportamento aggressivo tenuto dal reo in prigione²⁷².

Il 10 aprile 2001 il Tribunale regionale di Marburg, rifiutando nuovamente la sospensione condizionale della misura della custodia di sicurezza, aveva ordinato il prolungamento della custodia oltre il periodo di settembre 2001.

²⁷¹ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 12.

²⁷² "Il ricorrente fuggì dall'istituto il 26 ottobre 1995, approfittando di un giorno di rilascio, costituendosi poi volontariamente alla polizia il 17 novembre 1995: inoltre, associatosi all'interno dell'istituto con un gruppo di *skinheads*, aggredì un altro prigioniero, rompendogli il setto nasale, e insultò gravemente il governatore della prigione di *Schwalmstadt*" in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M.c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 14-16.

Stante quanto stabiliva il codice penale vigente al momento della commissione del fatto (prima della modifica intervenuta nel 1998 ad opera della legge di riforma del codice penale del 26 gennaio 1998 per la lotta contro i reati sessuali e altri crimini pericolosi) il soggetto avrebbe potuto invece rimanerene in stato custodiale fino a dieci anni, indi fino al settembre 2001.

Il Tribunale aveva quindi applicato il nuovo § 67d comma 3, che sancisce che la durata del primo periodo di internamento è a tempo indeterminato e è applicabile anche nei confronti dei soggetti nei confronti dei quali la custodia di sicurezza era stata ordinata prima della riforma²⁷³. In particolare, a fondamento dell'ordine di prolungamento della misura, la Corte aveva stabilito che, tenuto conto del comportamento tenuto dal soggetto prigioniero e di quanto affermato dal personale dell'istituto di detenzione e da una psichiatra chiamata come perito esterno, dal soggetto non ci si poteva aspettare l'astensione da compiere reati: il ricorrente era un soggetto con personalità narcisistica, privo di capacità relazionali, che avrebbe dovuto essere osservato per anni prima di stabilire il venir meno della sua pericolosità sociale²⁷⁴.

Contro questa decisione, confermata in appello, M. aveva presentato ricorso al *Bundesverfassungsgericht*, rilevando l'incostituzionalità del § 67d comma 3, letto in combinato disposto con l'art 1a della legge del 26 gennaio 1998 per violazione del diritto di libertà, tutelato dall'art. 2 comma 2 GG, e del principio di irretroattività della punizione, insito nel principio di legalità, e del principio di proporzione²⁷⁵. I giudici di *Karlsruhe* con sentenza del 5 febbraio 2004, come precedentemente illustrato, avevano rigettato i rilievi di incostituzionalità sollevati, affermando che la custodia di sicurezza restringe la libertà personale in modo proporzionato rispetto all'interesse della collettività, e che il divieto di retroattività sancito dall'art 103 GG non si estende alle misure di sicurezza²⁷⁶.

²⁷³ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 17.

²⁷⁴ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 18.

²⁷⁵ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 26.

²⁷⁶ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 26-44.

Con il ricorso presentato alla Corte di Strasburgo, M. lamentava che la sua continua detenzione sotto la misura della custodia di sicurezza aveva violato il suo diritto alla libertà, così come tutelato dall'art. 5 CEDU, sostenendo in particolare che non vi fosse un sufficiente collegamento causale fra la sua condanna nel 1986 e la sua detenzione prolungata anche dopo il compimento dei dieci anni di custodia di sicurezza, ovvero oltre il termine massimo previsto dalla legge vigente al momento della condanna. Nel ricorso inoltre affermava che l'estensione retroattiva della detenzione da un massimo di dieci anni ad un periodo illimitato nel tempo, in base alla modifica intervenuta nel 1998 infrangeva il principio *nulla poena sine lege*, affermato nell'art. 7 CEDU, nella parte in cui sancisce il diritto a non essere puniti attraverso una punizione più grave di quella applicabile al tempo in cui è stato commesso il reato.

La Corte di Strasburgo, con un'ampia e ben motivata sentenza, ha accolto all'unanimità il ricorso del cittadino tedesco sotto entrambi i profili contestati, chiarendo numerosi punti fino ad allora dibattuti.

Prima di analizzare i profili dibattuti, la Corte ha illustrato sinteticamente la disciplina legislativa tedesca in materia di *Sicherungsverwahrung*, esaminando le parti del codice che la riguardano, soffermandosi in particolare, oltre che sui §§ 66 e 67 StGB, sul § 2 StGB, che prevede che le misure di sicurezza siano disciplinate dalla legge vigente al momento della loro applicazione. Oltre a ciò ha enunciato i principali articoli della legge fondamentale tedesca rilevanti per il caso contestato, ovvero quelli riguardanti la *libertà personale* (art. 2 comma 2 GG), *la tutela dell'affidamento* (art. 2 comma 2 GG in combinato disposto con l'art. 20 comma 3 GG), *il principio del giudice naturale precostituito per legge* (art. 101 comma 1 GG) *il principio di legalità e di irretroattività in materia penale* (art. 103 GG)²⁷⁷.

Successivamente la Corte ha illustrato i dati statistici, allegati dal Governo Tedesco e non contestati dal ricorrente, riguardanti i casi di applicazione della misura: si parla nel 2005 di un totale di 45 ordini di internamento nella custodia di sicurezza, la maggior parte dei quali concernevano (42 ordini) casi di reati sessuali:

²⁷⁷ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 45-61.

in totale al 31 marzo 2007 erano 415 gli internati in Germania. Inoltre, nel 2002, la media durata del primo periodo di internamento si aggirava fra i 2 anni e 3 mesi, e 7 anni: in questo periodo furono circa 260 gli internati che subirono l'abolizione del periodo massimo decennale di durata della misura²⁷⁸.

Inoltre la Corte ha comparato la disciplina del diritto penale tedesco in materia di *Sicherungsverwahrung* con quella degli altri stati europei (in totale sono sette: Austria, Danimarca, Italia, Liechtenstein, Repubblica di San Marino, Slovacchia, Svizzera) che prevedono una misura di sicurezza custodiale simile, solitamente disposta con una sentenza di condanna ed eseguita al termine dell'esecuzione della pena (ad eccezione della Danimarca che invece prevede l'ordine di internamento *alternativo* a quello di esecuzione della pena). Per quanto riguarda i due aspetti che, dal punto di vista comparatistico, appaiono più rilevanti, ovvero il luogo nel quale il soggetto viene internato e la durata della misura, la Corte rileva che: a) in cinque Stati (Austria, Liechtenstein, Repubblica di San Marino, Slovacchia, Svizzera) gli internati vengono effettivamente collocati in istituti appositi, separati da quelli di esecuzione della pena a differenza dell'Italia dove, nonostante le previsioni legislative, i condannati alla casa di cura e di custodia vengono collocati nelle prigioni ordinarie, e della Danimarca sono destinati alle prigioni ordinarie con uno speciale regime di detenzione; b) in cinque Stati (Danimarca, Italia, Repubblica di San Marino, Slovacchia e Svizzera) non è previsto un termine massimo di durata della misura, mentre in Austria e in Liechtenstein il periodo di internamento non può superare i dieci anni; c) in quattro Stati (Italia, Slovacchia, Danimarca, Repubblica di San Marino) la misura custodiale è disciplinata dalla legge in vigore al tempo della sua applicazione, ed è quindi ammessa la retroattività di una legge che disciplina le misure di sicurezza, mentre invece ciò appare illegittimo in Austria, Svizzera e Liechtenstein; d) negli Stati contraenti che non prevedono una misura di sicurezza custodiale, lo strumento maggiormente utilizzato per contrastare i delinquenti pericolosi e recidivi è l'aumento della durata della pena. In Inghilterra per esempio le Corti comminano

²⁷⁸ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 67.

una pena, distinguendo espressamente fra la parte punitiva della pena e quella preventiva: la parte retributiva ha una durata predeterminata ed è correlata all'offesa cagionata, mentre quella preventiva perdura fino a che non si possibile provare che il soggetto non è più pericoloso per la società²⁷⁹.

Infine la Corte ha riportato le osservazioni del commissario europeo per i diritti umani, Thomas Hammarberg, in visita in Germania nel 2006 e del commissione europea per la prevenzione alla tortura e ai trattamenti disumani e degradanti del 2005, precedentemente illustrate.

1.1. La conformità del prolungamento della custodia di sicurezza a tempo indeterminato rispetto ai parametri dell'art. 5 CEDU

In relazione al primo motivo di ricorso dedotto dal detenuto tedesco in merito alla violazione del diritto di libertà i giudici europei si sono trovati a dover vagliare la conformità della sua detenzione oltre il limite massimo dei dieci anni alle previsioni di cui all'art. 5 comma 1 CEDU. I paragrafi di cui è formato l'art 5 costituiscono una "lista esaustiva dei motivi che possono autorizzare la privazione della libertà personale"²⁸⁰: una detenzione o un arresto potranno dirsi "legali" solo ove sia rispettato almeno uno dei presupposti richiesti dall'art. 5 CEDU.

Per quanto concerne in ricorso del detenuto tedesco, egli escludeva che l'ordine di prolungamento del suo periodo di internamento fosse coperto dall'art. 5 comma 1 lett. a) CEDU (*"Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court"*) perché non sussiste una "sufficient causal connection" fra l'ordine di prolungamento oltre i dieci anni di internamento e la sua sentenza di condanna nel 1986. Affermava il ricorrente "non è escluso che, se il

²⁷⁹ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 69-73.

²⁸⁰ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 86.

Tribunale di Marburgo avesse saputo che la misura sarebbe potuta rimanere valida per una durata illimitata, non avrebbe ordinato la *Sicherungsverwahrung* a suo carico: la durata illimitata dell'internamento quindi dipende solo dalla modifica legislativa intervenuta nel 1998 perché, se non ci fosse stata, egli sarebbe stato automaticamente rilasciato nel 2001²⁸¹.

Inoltre il ricorrente sosteneva che la sua libertà personale non fosse stata limitata in conformità ad una procedura stabilita per legge (come stabilisce l'art. 5 comma 1: "*in accordance with a procedure prescribed by law*"), perché al momento della commissione del fatto la legge stabiliva la durata massima decennale della misura e non poteva essere previsto che questa sarebbe stata abolita successivamente, ancora durante il suo periodo di internamento, e che ciò avrebbe quindi portato alla possibilità di un prolungamento eccedente i dieci anni: il suo diritto ad una detenzione legale, concludeva, non può essere compresso per esigenze di pubblica sicurezza²⁸².

In merito alla compatibilità del prolungamento della custodia di sicurezza con l'art 5 CEDU, il Governo sosteneva invece che si trattasse di una detenzione "legale" ai sensi della lett. a) dell' art. 5 comma 1: il periodo di internamento eccedente i dieci anni era comunque intervenuto dopo una sentenza di condanna

²⁸¹ "In the applicant's submission, his preventive detention was not covered by Article 5 § 1 (a) of the Convention. There was not a sufficient causal connection between his continued detention after the completion of ten years in detention and his conviction in 1986. When the Marburg Regional Court had ordered his preventive detention in 1986, such detention could last for ten years at the most under the applicable legal provisions. It could not be ruled out that the Marburg Regional Court might not have ordered his preventive detention if it had known that the measure could remain in force for more than ten years. His continued preventive detention after the completion of ten years in detention was therefore based solely on the change in the law in 1998 which had abolished the maximum duration" in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. Germany (n. 19359/04), cit., n. 81.

²⁸² "The applicant further took the view that his detention was neither "lawful" nor "in accordance with a procedure prescribed by law" as required by Article 5 § 1. Unlike the Federal Constitutional Court, many scholars considered preventive detention and the abolition of its maximum duration of ten years if ordered for the first time to be unconstitutional. The maximum period for a first period of preventive detention had been fixed by law. When he committed his offence, he could not have foreseen that this maximum duration would be abolished with immediate effect at a time when he was already in preventive detention and that he might be held in preventive detention for a period exceeding ten years. His right to lawful detention could not be balanced against public safety concerns." in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. Germany (n. 19359/04), cit., n. 82.

(“*after conviction*”) come richiesto dalla CEDU, e quindi sussisteva una sufficiente connessione fra la sentenza di condanna e la privazione della libertà²⁸³.

Inoltre, proseguiva il Governo, la detenzione del ricorrente negli anni successivi al 2001, quindi oltre il limite decennale, era “legale” anche perché conforme ad una procedura stabilita dalla legge, come richiesto dal comma 1 dell’art. 5 CEDU: il suo internamento non era basato esclusivamente sulla modifica legislativa intervenuta nel 1998, ma era stato ordinato dal Tribunale di Marburg nell’aprile del 2001 in conformità alla legge vigente. Inoltre la decisione del Tribunale soddisfaceva anche il requisito della prevedibilità: la durata massima del periodo di internamento, proseguiva il Governo, non deve essere prevedibile al tempo della commissione del reato perché la pericolosità del soggetto non cessa necessariamente dopo un periodo di tempo predeterminato. Il ricorrente non avrebbe quindi il diritto di confidare nel fatto che il periodo massimo di durata del primo ordine di internamento non venga abolito, perché rispetto al suo affidamento è prioritaria la protezione della società: infatti il § 2 comma 6 del codice penale tedesco prevede che le misure di sicurezza siano disciplinate dalla legge in vigore al momento della loro applicazione ed è quindi chiara l’intenzione del legislatore ad autorizzare il Tribunale ad ordinare la custodia di sicurezza per un periodo di tempo indefinito²⁸⁴.

Infine, concludeva il Governo, l’ordine di custodia di sicurezza prolungato emesso dal tribunale di Marburg, non era *arbitrario*, perché era conforme alla legislazione vigente, che prevedeva che al termine dei dieci anni di internamento il rilascio fosse la regola e la prosecuzione, basata sulla persistente pericolosità del soggetto, l’eccezione²⁸⁵.

I giudici di Strasburgo, nell’analizzare le motivazioni addotte dal ricorrente e dal Governo Tedesco, si sono soffermati principalmente sulle sole condizioni che potevano essere richiamate per giustificare il prolungamento della detenzione oltre la durata massima di dieci anni, prevista per la custodia di sicurezza al momento

²⁸³ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 83.

²⁸⁴ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 84.

²⁸⁵ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 85.

della commissione del reato per il quale il ricorrente fu condannato, ovvero le ipotesi di cui alle lett. a), c) ed e) dell'art. 5 comma 1 CEDU. L'art. 5 stabilisce: “*Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law*”.

Le ipotesi di legittima privazione della libertà personale consentite dalla Convenzione e rilevanti per il caso contestato sono:

a) “*the lawful detention of a person after conviction by a competent court*” (art. 5 comma 1 lett. a) CEDU);

b) “*the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence of fleeing after having done*” (art. 5 comma 1 lett c) CEDU);

c) “*the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of person of unsound mind, alcoholics or drug addict or vagrants*” (art. 5 comma 1 lett. e) CEDU)²⁸⁶.

Per quanto concerne la lett. a) dell'articolo in questione, ovvero la detenzione a seguito di una condanna da parte di un Tribunale competente, la Corte ha evidenziato in primo luogo come per “*conviction*” si debba intendere sia la dichiarazione di colpevolezza, sia l'inflizione di una pena o di una misura privativa della libertà personale e che, in secondo luogo, la proposizione “*after*” non debba essere interpretata solo in senso cronologico, ma anche in senso logico. Di conseguenza, sarà giustificata ai sensi della lett. a) quella detenzione che risulti da una condanna, in linea causale, ovvero che dipenda da questa sia temporalmente

²⁸⁶ Gli altri casi di legittima privazione della libertà personale consentiti dall'art. 5 sono: (b) *the lawful arrest or detention of a person for noncompliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law*; (d) *the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority*; (f) *the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition*.

che logicamente: infatti, ha aggiunto la Corte, con il trascorrere del tempo, la connessione fra la condanna iniziale e la successiva privazione della libertà personale diminuisce gradualmente e potrebbe venir meno nel caso in cui le motivazioni alla base del prolungamento della misura siano fondate su argomentazioni che non hanno nulla a che vedere con la decisione iniziale. In definitiva, una detenzione che inizialmente poteva essere qualificata come “legale” ai sensi dell’art. 5 CEDU, potrebbe, a causa della rottura della connessione causale, diventare incompatibile con la Convenzione²⁸⁷.

Nel valutare perciò se il prolungamento della detenzione di M. oltre i dieci anni potesse avere un sufficiente legame causale con la condanna avvenuta nel 1986, in forza della quale, fra le altre cose, si era già espiata la pena, la Corte ha distinto opportunamente fra il momento in cui è stato dato l’ordine di custodia e quello nel 2001, quando, durante l’esecuzione della stessa, è stato deciso il suo prolungamento.

I giudici hanno in primo luogo affermato che la sentenza del Tribunale di Marburg con la quale era stata ordinata la *Sicherungsverwahrung* nel 1986 rispettava le condizioni stabilite dall’art. 5 comma 1 lett. a) CEDU perché si trattava di una detenzione in seguito ad una condanna (il requisito della “conviction” è rispettato perché la sentenza con la quale è stata ordinata la custodia si sostanzia in una dichiarazione di colpevolezza come richiesto dalla Corte) da parte di un tribunale competente; tuttavia il *prolungamento della custodia di*

²⁸⁷ “For the purposes of sub-paragraph (a) of Article 5 § 1, the word “conviction”, having regard to the French text (“condamnation”), has to be understood as signifying both a finding of guilt after it has been established in accordance with the law that there has been an offence, and the imposition of a penalty or other measure involving deprivation of liberty. Furthermore, the word “after” in sub-paragraph (a) does not simply mean that the “detention” must follow the “conviction” in point of time: in addition, the “detention” must result from, follow and depend upon or occur by virtue of the “conviction. In short, there must be a sufficient causal connection between the conviction and the deprivation of liberty at issue. However, with the passage of time, the link between the initial conviction and further deprivation of liberty gradually becomes less strong. The causal link required by sub-paragraph (a) might eventually be broken if a position were reached in which a decision not to release or to re-detain was based on grounds that were inconsistent with the objectives of the initial decision (by a sentencing court) or on an assessment that was unreasonable in terms of those objectives. In those circumstances, a detention that was lawful at the outset would be transformed into a deprivation of liberty that was arbitrary and, hence, incompatible with Article.” in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 86-88.

sicurezza oltre il termine di dieci anni non era giustificato perché non presentava sufficienti connessioni causali con la condanna tali da legittimare il prolungamento della libertà personale.

Quando nel 1986 il Tribunale di Marburg aveva ordinato la custodia di sicurezza, non aveva previsto un limite solo perché, in base alla legge vigente al momento della sentenza, la durata massima era di dieci anni: senza la riforma del codice penale del 1998 il giudice dell'esecuzione non avrebbe avuto la competenza ad estendere la durata della detenzione oltre il 2001, e il ricorrente sarebbe stato liberato²⁸⁸.

La Corte si è poi chiesta se la privazione della libertà nel periodo successivo al 2001 trovi una giustificazione in base alla lett. c) dell'art. 5 comma 1 CEDU, che legittima una privazione della libertà personale ove “vi siano fondati motivi di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato”: la *ratio* di questa norma è quella di offrire agli Stati contraenti uno strumento per prevenire un concreto e specifico reato (“*a means of preventing a concrete and specific offence*”), come si deduce dal termine “*offence*”, usato al singolare, e dalla lettura complessiva dell'art. 5 CEDU, finalizzato ad impedire che una persona sia arbitrariamente deprivata della sua libertà personale.

Una siffatta lettura dell'articolo in questione non sarebbe quindi compatibile con una “*policy of general prevention directed against an individual or a category of individuals who present a danger on account of their continuing propensity to crime*”(politica di prevenzione generale diretta contro un individuo o un gruppo di individui che rappresentano un pericolo in ragione della loro costante propensione al crimine)²⁸⁹. In questo passaggio quindi la Corte ha censurato tutte le derive securitarie manifestatesi nella politica criminale tedesca di cui la *Sicherungsverwahrung* costituisce l'esempio più evidente ed enuncia un principio importante “*la logica della mera difesa sociale non può di per sé legittimare*

²⁸⁸ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 92-100.

²⁸⁹ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 89.

interventi limitativi della libertà personale che si fondino solo su giudizi prognostici di pericolosità sociale”²⁹⁰.

Per quanto riguarda il caso specifico del ricorrente, la Corte non ha considerato quindi giustificato il prolungamento della detenzione ai sensi della lett. c) dell’art. 5 comma 1 CEDU, poiché questi potenziali illeciti non erano sufficientemente concreti e specifici con riguardo al luogo e al tempo della loro commissione e alle loro vittime²⁹¹.

Inoltre, ha affermato la Corte, la privazione della libertà causata del prolungamento del periodo di detenzione intervenuto nel 2001, non trova giustificazione nemmeno nella lett. e) dell’art. 5 comma 1 CEDU (“*the lawful detention of persons unsound mind*”): come precedentemente illustrato infatti era stata la stessa Corte d’appello di Frankfurt am Main che aveva rilevato che il ricorrente non soffriva più di un serio disordine mentale, come era stato invece ritenuto dalle Corti di primo grado²⁹².

Anche qualora si fosse riusciti a trovare una giustificazione per la privazione della libertà personale del ricorrente in base ad uno dei parametri richiesti da uno dei sottoparagrafi dell’art. 5 comma 1 CEDU, ha puntalizzato la Corte, in ogni caso la sua detenzione non poteva ritenersi “legale” ai sensi dell’art 5 comma 1 seconda parte (“*No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law*”): nell’accezione comunemente attribuita a questo aggettivo infatti non è sufficiente che la detenzione abbia un fondamento legale in base ad una legge dello Stato, ma è necessario che questa abbia rispettato il principio di legalità (*quality of the law*) che implica che la detenzione sia autorizzata da una legge sufficientemente accessibile, precisa e prevedibile, in modo da evitare arbitrii²⁹³. In particolare, nel caso di specie, era

²⁹⁰ M. PELISSERO, *Il controllo dell’autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont., pag 25.

²⁹¹ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 102.

²⁹² Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 103.

²⁹³ “Where the “lawfulness” of detention is in issue, including the question whether “a procedure prescribed by law” has been followed, the Convention refers essentially to national law and lays down the obligation to conform to the substantive and procedural rules thereof. This primarily requires any arrest or detention to have a legal basis in domestic law but also relates to the quality

incerto se il detenuto all'epoca della commissione del fatto potesse ragionevolmente prevedere che la conseguenza della sua azione avrebbe potuto comportare una detenzione di durata addirittura illimitata, in forza di una modifica legislativa: tuttavia la Corte non ha ritenuto necessario soffermarsi oltre circa questo aspetto, perché la detenzione era già risultata illegittima per la mancata integrazione dei requisiti fissati dai sottoparagrafi dell'art. 5 comma 1 CEDU²⁹⁴.

La Corte ha perciò unanimemente concluso che il prolungamento della detenzione sotto custodia di sicurezza oltre il termine di dieci anni ha integrato una violazione del diritto alla libertà personale tutelato dall'art. 5 comma 1 CEDU²⁹⁵.

1.2. Il principio *nulla poena sine lege* di cui all'art. 7 comma 1, II parte CEDU con riferimento alle misure di sicurezza e al caso di specie

Il ricorrente sosteneva che l'estensione retroattiva della durata della *Sicherungsverwahrung* da un limite di massimo di dieci anni ad un termine indefinito avesse violato il suo diritto a non essere sottoposto ad una pena più severa rispetto a quella stabilita dalla legge vigente al momento della commissione del fatto, garantito dalla CEDU all'art 7 comma 1 seconda parte, che recita: “ *Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed*”, sostenendo che la custodia di sicurezza costituisca una “pena” ai sensi del presente articolo. Secondo il ricorrente infatti non sono riscontrabili differenze sostanziali fra l'esecuzione di una pena o della custodia di sicurezza. In aggiunta, la maggior severità della *Sicherungsverwahrung*, si sostanzia nel fatto che questa viene ordinata successivamente e in aggiunta alla

of the law, requiring it to be compatible with the rule of law, a concept inherent in all the Articles of the Convention. “Quality of the law” in this sense implies that where a national law authorises deprivation of liberty it must be sufficiently accessible, precise and foreseeable in its application, in order to avoid all risk of arbitrariness. The standard of “lawfulness” set by the Convention thus requires that all law be sufficiently precise to allow the person – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.”, in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 90.

²⁹⁴ F. ROCCHI, *cit.* pag 3283.

²⁹⁵ Sent Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 105.

pena, con la conseguenza che il ricorrente ha passato più tempo in istituti di detenzione di quando succede per chi ha commesso un omicidio: alla luce anche di questo, conclude il ricorrente, non si può escludere la natura di “*penalty*” della custodia di sicurezza ai sensi dell’art 7 comma 1, II parte CEDU²⁹⁶.

Di contro il Governo contestava il ricorso di M. negando alla custodia di sicurezza la qualifica di pena *ex art. 7 CEDU*. In particolare ricordava che nel sistema del doppio binario adottato dalla Germania le pene e le misure di sicurezza sono sostanzialmente differenziate sul piano degli scopi: le prime hanno natura punitiva e sono proporzionate alla colpevolezza del reo, le seconde invece hanno natura preventiva, e sono predisposte in vista della pericolosità del soggetto. Da un punto di vista pratico il Governo affermava inoltre che è solo per problemi economici dei *Länder* che i soggetti sottoposti a misure di sicurezza vengono internati negli istituti in cui vengono detenuti i condannati ad una pena detentiva: tuttavia ciò non esclude che l’esecuzione si differenzi grazie ai privilegi che gli istituti concedono agli internati e grazie ai trattamenti psicologici loro offerti²⁹⁷.

Il governo concludeva affermando che la severità e la durata della custodia di sicurezza non bastano per qualificarla come “*penalty*” ai sensi dell’art. 7 comma 1, II parte CEDU²⁹⁸.

Prima di soffermarsi sulla specifica censura relativa alla violazione del principio di irretroattività della legge, di cui all’art. 7 comma 1 CEDU, la Corte ha richiamato brevemente l’importanza e il ruolo preminente che il principio di *legalità* occupa nell’intero sistema di protezione della Convenzione, insieme ai suoi due corollari del divieto di *retroattività* e di interpretazione *estensiva sfavorevole* al reo: questo andrebbe interpretato in maniera tale da evitare qualsiasi forma di arbitraria persecuzione, condanna e pena (“*It should be construed and applied, as follows from its object and purpose, in such a way as to provide effective safeguards against arbitrary prosecution, conviction and punishment*”)²⁹⁹.

²⁹⁶ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 106-112.

²⁹⁷ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 113-114

²⁹⁸ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 115.

²⁹⁹ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 117.

Ai sensi dell'art 7 CEDU³⁰⁰, la Corte ha ricordato che quando si parla di “legge” ci si riferisce allo stesso concetto utilizzato in tutta la Convenzione, che deve soddisfare i requisiti dell'accessibilità e della prevedibilità, sia per quanto riguarda la definizione di un reato, che per ciò che concerne la determinazione delle pene che questo può comportare³⁰¹. Nella sentenza si ricorda perciò che il concetto di legge ai sensi dell'art. 7 CEDU è autonomo rispetto alle qualificazioni adottate negli ordinamenti nazionali: per rendere effettiva la protezione offerta dall'art. 7 infatti la Corte si dichiara libera di effettuare un'interpretazione che non sia letterale del termine in questione. L'unico vincolo interpretativo imposto dalla norma infatti riguarda il fatto che la misura imposta sia collegata alla commissione di un fatto di reato. Gli altri fattori, fra i quali la natura della misura nel diritto nazionale, la procedura per imporla, la severità, ecc, sono rilevanti ma non decisivi per la qualificazione della stessa.

La Corte nella sua giurisprudenza aveva già tracciato una linea di confine fra le misure che nella loro natura costituiscono una pena ai sensi dell'art. 7 CEDU, e quelle che concernono invece una mera esecuzione della pena stessa. In particolare si legge nella sentenza: “*Where the nature and purpose of a measure relates to the remission of a sentence or a change in a regime for early release, this does not form part of the penalty within the meaning of Article 7*”³⁰².

Passando poi ad esaminare la specifica violazione del principio *nulla poena sine lege*, i giudici di Strasburgo hanno esaminato la reale natura della *Sicherungsverwahrung*, per determinare se questa misura possa essere qualificata come “pena” ai sensi di questa norma.

La nozione di pena infatti prevista dall'art. 7 comma 1 CEDU ha una *portata autonoma*: ciò comporta che la Corte deve essere libera di andare oltre le apparenze e valutare essa stessa se una determinata misura costituisca una pena ai

³⁰⁰ Art. 7 CEDU: *No punishment without law. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.*

³⁰¹ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 119.

³⁰² Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 121.

sensi della predetta disposizione. Se gli Stati contraenti fossero liberi di qualificare un illecito come penale o come amministrativo e la relativa sanzione, l'effetto dell'art. 7 CEDU sarebbe subordinato alla loro volontà, e si rischierebbe perciò di vanificare l'oggetto e lo scopo della Convenzione.

Il punto di partenza per valutare l'esistenza di una pena consiste quindi nello stabilire se la misura in oggetto sia stata irrogata sulla scorta di una condanna per un *illecito penale*: tuttavia altri ulteriori elementi possono essere ritenuti pertinenti in proposito, quali lo scopo della misura in contestazione, la sua qualifica nel diritto interno, i procedimenti connessi alla sua adozione e esecuzione, nonché la sua severità, anche se quest'ultimo non può essere considerata decisivo perché, come si vedrà in seguito, molte misure anche se di natura preventiva, hanno un notevole impatto sulla persona colpita.

Applicando i diversi criteri elaborati dalla Corte per valutare la reale natura punitiva ed afflittiva di una sanzione, i giudici sono giunti a ritenere che, nonostante nell'ordinamento tedesco incentrato sul sistema del doppio binario la *Sicherungsverwahrung* costituisca una misura di prevenzione differente e separata dalla pena, in realtà essa mostra a tutti gli effetti i connotati di una pena, rilevante ai fini dell'applicazione dell'art 7 CEDU.

Premesso ciò, la Corte ha quindi rilevato in primo luogo che anche la custodia di sicurezza come la pena consegue ad una condanna, che per quanto concerne le modalità di esecuzione nella prassi le persone soggette alla custodia di sicurezza sono detenute seppur in ali diverse, sempre in carceri ordinari, e che pur essendo previste marginali modifiche al regime carcerario sostanzialmente non è possibile individuare differenze tra l'esecuzione di una sentenza di condanna alla reclusione e quella che ordina l'internamento nella custodia di sicurezza (“*Minor alterations to the detention regime [...] cannot mask the fact that there is no substantial difference between the execution of a prison sentence and that of a preventive detention order*”)³⁰³.

³⁰³ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 127.

In secondo luogo la Corte ha sottolineato, conformemente a quanto rilevato nel rapporto sulla *Sicherungsverwahrung* in Germania stilato sia dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa sia dalla Commissione europea per la prevenzione della tortura e dei trattamenti degradanti, che attualmente non ci sono supporti psicologici specialmente dedicati ai detenuti sottoposti alla custodia preventiva di sicurezza che consentano di distinguere la loro condizione di detenzione da quella ordinaria dei detenuti di lungo periodo³⁰⁴.

In terzo luogo la Corte ha sottolineato come le due forme di privazione della libertà siano in realtà assimilabili anche sul piano dello scopo, contrariamente a quanto dedotto dal Governo: entrambe infatti sono finalizzate alla protezione della società e ad aiutare i reclusi a divenire capaci di condurre una vita responsabile fuori dalla prigione, ai sensi del codice tedesco dell'esecuzione penitenziaria³⁰⁵; anche se è possibile dire che le pene perseguono maggiormente fini retributivi mentre le misure di miglioramento e di sicurezza sono principalmente finalizzate alla protezione della società, in ogni caso è chiaro che gli scopi di queste due reazioni statuali sono parzialmente sovrapposti. Infatti la custodia di sicurezza, vista la sua durata illimitata, può essere percepita come un “*additional punishment*” per aver commesso un fatto di reato, costituendo fra le altre cose, un valido deterrente³⁰⁶.

Infine per quanto concerne la *severità* della *Sicherungsverwahrung*, la Corte ha affermato che, alla luce della riforma del 1998, la misura di sicurezza non ha più un limite massimo e che il requisito per la sua sospensione condizionale (ovvero che non ci sia pericolo che il detenuto una volta rilasciato, commetta nuovamente

³⁰⁴ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 129.

³⁰⁵ Il § 2 StVollzG recita: “*Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen. Der Vollzug der Freiheitsstrafe dient auch dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten*”.

³⁰⁶ “*Even though it could be said that penalties mainly serve punitive purposes whereas measures of correction and prevention are mainly aimed at prevention, it is nonetheless clear that the aims of these sanctions partly overlap. Furthermore, given its unlimited duration, preventive detention may well be understood as an additional punishment for an offence by the persons concerned and entails a clear deterrent element. In any event, as the Court has previously found, the aim of prevention can also be consistent with a punitive purpose and may be seen as a constituent element of the very notion of punishment*” in Sent. Corte eur. Dir. Uomo M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 130.

illeciti) è difficile da dimostrare³⁰⁷: la custodia di sicurezza quindi, non solo può essere qualificata come pena, ma è addirittura, specialmente in virtù della sua durata indeterminata, una fra le pene più severe, se non la più severa, che possano essere imposte sulla base del codice penale tedesco (“...*this measure appears to be among the most severe –if not the most severe– wich may be imposed under German Criminal Code*”)³⁰⁸.

Inoltre la Corte ha ricordato come nella sua giurisprudenza abbia sempre differenziato quelle misure che costituiscono una pena e che sono quindi soggetto al vincolo dell’art. 7 CEDU, da quelle che concernono la mera esecuzione della pena stessa; al riguardo, il Governo aveva sostenuto che la decisione con la quale il Tribunale aveva ordinato il prolungamento della custodia di sicurezza dovesse essere qualificata come una pronuncia inerente alla mera esecuzione di una pena.

La Corte tuttavia non si è lasciata persuadere dall’argomento del Governo, rilevando che il ricorrente al momento del fatto poteva essere sottoposto alla custodia di sicurezza solo per un periodo massimo di dieci anni, e che dunque il prolungamento costituiva non una misura meramente esecutiva, bensì una *pena aggiuntiva*, irrogata al ricorrente in violazione del principio di irretroattività³⁰⁹.

³⁰⁷ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 132.

³⁰⁸ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 133.

³⁰⁹ “*The Court further reiterates that it has drawn a distinction in its case-law between a measure that constitutes in substance a “penalty” – and to which the absolute ban on retrospective criminal laws applies – and a measure that concerns the “execution” or “enforcement” of the “penalty” (see paragraph 121 above). It therefore has to determine whether a measure which turned a detention of limited duration into a detention of unlimited duration constituted in substance an additional penalty, or merely concerned the execution or enforcement of the penalty applicable at the time of the offence of which the applicant was convicted. The Court observes that in the Government’s submission the sentencing court had ordered the applicant’s preventive detention without stating a time-limit. They argued that the prolongation of that measure therefore merely concerned the execution of the penalty imposed on the applicant by the sentencing court. The Court is not convinced by that argument. As it has found above (see paragraphs 99-101 and 123), at the time the applicant committed his offence, the sentencing court’s order for his preventive detention, read in conjunction with Article 67d § 1 of the Criminal Code in the version then in force, meant that the applicant could be kept in preventive detention for a maximum period of ten years. The prolongation of the applicant’s preventive detention by the courts responsible for the execution of sentences following the change in Article 67d of the Criminal Code therefore concerns not just the execution of the penalty (preventive detention for up to ten years) imposed on the applicant in accordance with the law applicable when he committed his offences. It constitutes an additional penalty which was imposed on the applicant retrospectively, under a law enacted after the applicant had committed his offence.*” Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*, n. 134-135.

La Corte ha perciò concluso che la retroattività della modifica della *Sicherungsverwahrung* che prolunga il periodo della detenzione sotto custodia di sicurezza oltre il termine di dieci anni ha integrato una violazione dell'art. 7 CEDU.

La sentenza è divenuta definitiva, ai sensi dell'art 44 comma 2 lett. c) CEDU³¹⁰ il 10 maggio 2010, data in cui il collegio della Grande Camera ha respinto la richiesta di rinvio presentata dal Governo tedesco ai sensi dell'art. 43 CEDU³¹¹.

A seguito di ciò, il ricorrente M. è stato liberato con decisione del tribunale dell'esecuzione, che ha ordinato la cessazione della misura della custodia di sicurezza *ex § 67d* comma 3 e la libertà vigilata a carico del soggetto³¹².

1.3. Impatto della sentenza CEDU M. vs. Germany

Di fronte alla bocciatura della disciplina tedesca della *Sicherungsverwahrung* da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'opinione pubblica tedesca è stata attraversata dal panico securitario: l'opinione predominante ha considerato uno scandalo la sentenza della Corte, in quanto diretta a tutelare esclusivamente i diritti del singolo, sacrificando quelli della collettività³¹³. La

³¹⁰ Art. 44 CEDU: *Sentenze definitive* 1. La sentenza della Grande Camera è definitiva. 2. La sentenza di una Camera diviene definitiva: a) quando le parti dichiarano che non richiederanno il rinvio del caso dinnanzi alla Grande Camera; oppure b) tre mesi dopo la data della sentenza, se non è stato richiesto il rinvio del caso dinnanzi alla Grande Camera; oppure c) se il collegio della Grande Camera respinge una richiesta di rinvio formulata ai sensi dell'articolo 43. 3. La sentenza definitiva è pubblicata.

³¹¹ Art. 43 CEDU: *Rinvio dinnanzi alla Grande Camera* 1. Entro un termine di tre mesi a decorrere dalla data della sentenza di una Camera, ogni parte alla controversia può, in situazioni eccezionali, chiedere che il caso sia rinviato dinnanzi alla Grande Camera. 2. Un collegio di cinque giudici della Grande Camera accoglie la domanda quando la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale. 3. Se il collegio accoglie la domanda, la Grande Camera si pronuncia sul caso con sentenza.

³¹² KINZIG, "Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland", in *NStZ* 2010, pag 238.

³¹³ "Im Falle der Sicherungsverwahrung ist eine sachliche öffentliche Debatte in Deutschland schwierig geworden, nachdem rechtlich kaum anfechtbare Entscheidungen sogar höchster Gerichte von Politikern als "Skandal" bezeichnet werden und auch Bundesrichter, die schlicht das Geltende Recht anwenden, nicht mehr dem öffentlichen Verdikt ergehen können, sie urteilen im Interesse eines verurteilten Verbrechers und gegen den Schutz der Allgemeinheit", in H. E. MÜLLER, "Die

Süddeutsche Zeitung ha pubblicato un ampio resoconto, intitolato “*Ein Mann macht Angst*”³¹⁴, sulle ore trascorse da un gruppo di poliziotti a controllare un ex-internato in custodia di sicurezza, liberato per effetto della sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 2009. Dal reportage è emerso in primo luogo l’aspetto più populistico e “terroristico” del caso, che ha fomentato l’opinione pubblica e il sentimento collettivo di insicurezza, e in secondo luogo l’aspetto politico, il più problematico, concernente i costi finanziari da sostenere per garantire il controllo dei soggetti da rilasciare, in esecuzione della sentenza, da parte delle forze di polizia.

In parte si trattava di reazioni spropositate in considerazione del fatto che la giurisprudenza tedesca ha mostrato orientamenti divergenti in ordine al riconoscimento degli effetti diretti della pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo sulle decisioni da assumere rispetto ai soggetti in custodia, privilegiando la tutela ora della libertà personale, ora della collettività.

Le forze politiche nel frattempo, durante la preparazione di un progetto di legge che riformasse la *Sicherungsverwahrung*, hanno placato le paure collettive predisponendo mezzi per intensificare il controllo dei soggetti eventualmente rilasciati: su proposta dei ministri della giustizia dei *Länder* furono messi a disposizione delle forze di polizia strumenti elettronici per meglio controllare i soggetti pericolosi³¹⁵, e senza impiego eccessivo di risorse di personale. Fra questi strumenti si annovera la c.d. *Fussfessel*, ovvero un congegno elettronico che

Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention”, in *StV* 2010, pag 207.

³¹⁴ J.P. BURGARD, *Ein Mann macht Angst*, in *Süddeutsche Zeitung*, 9 dicembre 2010, pag 3 in <http://archiv.axel-springer-preis.de/fileadmin/docs/asp2011/xx11v001/print/ein-mann-macht-angst-burgard.pdf>

³¹⁵ “*Die betroffenen Straftäter stehen nach ihrer Entlassung automatisch unter der so genannten Führungsaufsicht. Das Gericht ordnet Maßnahmen an, die dem Verurteilten zu einer straffreien Lebensführung verhelfen sollen, insbesondere aber auch seiner Überwachung dienen, um eine erneute Straffälligkeit des Täters zu verhindern. Beispielsweise kann das Gericht dem Entlassenen auferlegen, sich bestimmten Orten wie etwa Schulen oder Kindertagesstätten nicht zu nähern. Die Überwachung des Täters obliegt der sog. Führungsaufsichtsstelle, ggf. unter Einbeziehung der Polizei. Um diese wichtige Arbeit der Polizei zu erleichtern und einen Beitrag zu mehr Sicherheit für die Bevölkerung zu leisten, hat die Bundesjustizministerin den Vorschlag der Landesinnenminister aufgegriffen, das Instrument einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung einzuführen*” così dichiarò il ministro federale della Giustizia in “*Fragen und Antworten zur Sicherungsverwahrung*”, 9. August 2010, in http://www.liberal.de/files/5781/Sicherungsverwahrung_FragenAntworten.pdf

consente, costantemente e con esattezza, di individuare il luogo nel quale si trova la persona alla quale è stato applicato il suddetto dispositivo (prevedendo fra le altre cose che ogni manipolazione di questo congegno costituisca reato punito con pena detentiva non sostituibile con quelle pecuniaria). Anche il sindacato della polizia tedesca si è detto favorevole all'impiego di questo strumento di sorveglianza come misura complementare ai controlli usuali della polizia. Le esperienze fatte in Francia e in Gran Bretagna con l'adozione di questo congegno di sorveglianza, infatti, sono state positive³¹⁶.

Non da ultimo, una conseguenza sul diritto interno della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è stata quella diretta ai singoli *Länder*, nella cui competenza ricade l'esecuzione della *Sicherungsverwahrung*, dovendo essi disciplinarne l'esecuzione in modo differente rispetto a quello finora praticato. L'esecuzione di questa misura doveva quindi differenziarsi in modo rilevante, su indicazione della Corte, dalla pena detentiva, prevedendo, fra le altre cose, la separazione delle persone sottoposte alla *Sicherungsverwahrung* da quelle in espiazione di pena detentiva.

1.3.1. La validità delle sentenze CEDU nell'ordinamento tedesco

In questa sede appare opportuno soffermarsi sul tema della validità delle sentenze della Corte europea per i diritti dell'uomo nell'ordinamento tedesco: non diversamente dalle Corti costituzionali di altri paesi, anche il *Bundesverfassungsgericht* ha approfondito negli ultimi anni la questione relativa al rapporto fra CEDU e costituzioni nazionali, con particolare riguardo al profilo dell'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno.

Prima di prendere in considerazione la posizione del Tribunale

³¹⁶ A. KAPPELLER, *Sicherungsverwahrung in Germania: proposta di legge di modifica*, in www.filodiritto.com/index.php?azione=visualizza&iddoc=1986, pag 3.

Costituzionale tedesco in merito a questo profilo, giova fare un accenno alla problematica della collocazione delle fonti convenzionali esterne nell'ordinamento tedesco.

Infatti, per quel che concerne nello specifico la CEDU, si registrano delle differenti tesi, soprattutto in relazione alla collocazione di tale documento nella gerarchia delle fonti interne, ed in particolare se questo debba assumere rango parificabile alla legge interna di recepimento, ovvero se possa giustificarsi un primato della CEDU sulla legislazione nazionale. Questa prevalenza è sostenuta dalla dottrina essenzialmente sulla base dell'art. 24 GG³¹⁷ che autorizza l'integrazione in organizzazioni internazionali, o del comma 2 dell'art. 1 GG³¹⁸ secondo cui il popolo tedesco si riconosce nei diritti inviolabili e inalienabili dell'uomo come fondamento di ogni comunità umana, della pace, e della giustizia nel mondo. Va tuttavia posto l'accento sul fatto che sia la prassi applicativa della CEDU sia la riflessione dottrinale hanno manifestato disagi ad inquadrare i rapporti tra costituzioni nazionali e CEDU solo da una prospettiva formale e di gerarchia delle fonti, spingendo piuttosto ad approfondire il rilievo ermeneutico della Convenzione³¹⁹.

Nel corso della seconda metà del Novecento, tali rapporti non sono rimasti invariati nel corso del tempo, ma hanno attraversato un progressivo sviluppo, dovuto al consolidamento istituzionale del sistema di Strasburgo e ad una crescente sottolineatura, da parte del *Bundesverfassungsgericht*, del ruolo centrale assunto dalla Convenzione in sede di interpretazione dei diritti fondamentali.

³¹⁷ Art. 24 GG: “1. Der Bund kann durch Gesetz Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen. 1a. Soweit die Länder für die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben zuständig sind, können sie mit Zustimmung der Bundesregierung Hoheitsrechte auf grenznachbarschaftliche Einrichtungen übertragen. 2. Der Bund kann sich zur Wahrung des Friedens einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einordnen; er wird hierbei in die Beschränkungen seiner Hoheitsrechte einwilligen, die eine friedliche und dauerhafte Ordnung in Europa und zwischen den Völkern der Welt herbeiführen und sichern. 3. Zur Regelung zwischenstaatlicher Streitigkeiten wird der Bund Vereinbarungen über eine allgemeine, umfassende, obligatorische, internationale Schiedsgerichtsbarkeit beitreten.“

³¹⁸ Art. 1 comma 2 GG: “Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.“

³¹⁹ MORELLI R., *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo alla luce delle recenti novità del Trattato di Lisbona*, in www.issirfa.cnr.it, pagg 14 ss.

Fino agli anni Settanta la portata della CEDU rimase circoscritta, poiché gli organi preposti alla sua attuazione non erano stati ancora concretamente istituiti e perché i *Grundrechte* stavano ancora assumendo una posizione centrale e fondativa dell'ordinamento democratico istituito dal *Grundgesetz*. Il *Bundesverfassungsgericht* stava accrescendo la propria legittimazione soprattutto grazie ad una ricca giurisprudenza in materia di diritti fondamentali, e la dottrina stava edificando un solido edificio dogmatico dei *Grundrechte*: in questo contesto la CEDU assunse, da un punto di vista materiale, una funzione di integrazione del *Grundgesetz* strettamente sussidiaria, nelle circoscritte ipotesi in cui la protezione predisposta da quest'ultimo risultasse carente³²⁰. Prevalse, inoltre, il punto di vista formale in base al quale la CEDU aveva assunto il rango ordinario della legge di attuazione, ai sensi dell'art. 59 comma 2 GG³²¹.

Dagli anni Ottanta in poi invece, mentre la giurisprudenza della Corte di Strasburgo stava intensificando il proprio operato anche rispetto alla Germania, quella del Tribunale costituzionale federale cominciò ad accentuare il rilievo ermeneutico della Convenzione: questa "presa di coscienza" può essere inserita nel più ampio processo di sviluppo nel campo dei diritti alla persona, avvenuto tanto a livello nazionale, quanto internazionale, che negli anni si è tradotto in un fenomeno di "dilatazione nei contenuti e nella titolarità dei diritti". Diretta conseguenza di tale dilatazione è stata la nascita di una sorta di grammatica dei diritti, slegata da presupposti di natura politica o culturale tipici dello Stato nazione, e invece legata ad un patrimonio giuridico che ha la presunzione di essere dell'intera umanità: le costituzioni più recenti hanno intavolato un "dialogo" costante con i documenti internazionali in materia di protezione dei diritti, tanto da interpretare i diritti in esse riconosciuti alla luce di tali documenti. Tale cambiamento di prospettiva ha nel tempo comportato un ripensamento dei diritti come elementi in parte slegati da

³²⁰ A. DI MARTINO, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza costituzionale tedesca. Per una prospettiva comparata sull'esperienza italiana*, in www.federalismi.it.

³²¹ Art. 59 comma 2 GG: „Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, bedürfen der Zustimmung oder der Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften in der Form eines Bundesgesetzes. Für Verwaltungsabkommen gelten die Vorschriften über die Bundesverwaltung entsprechend.“

un'ottica giuridica tradizionale di tipo statico e normativo, a favore invece di un maggior dinamismo giuridico improntato alla promozione³²².

Il *Bundesverfassungsgericht* mosse i primi passi verso questa direzione con due sentenze del 1985³²³ e del 1987³²⁴.

Nel primo caso, la Corte di Strasburgo aveva accertato la violazione, intervenuta nel corso di un procedimento interno all'ordinamento tedesco, dell'art 6 CEDU³²⁵, e il ricorrente si era quindi rivolto ai giudici costituzionali affinché questi esortassero i giudici nazionali ad applicare le norme convenzionali, riaprendo i procedimenti penali contestati. In questa occasione, il *Bundesverfassungsgericht*, nel dichiarare che una sentenza, con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo accerti la violazione della CEDU da parte di un tribunale tedesco, non ha efficacia idonea a rimuovere il giudicato della decisione interna, affermò tuttavia che i tribunali tedeschi *sono tenuti a rispettare il giudicato sostanziale* delle decisioni della Corte di Strasburgo (a prendere in considerazione quindi il nucleo sostanziale dei diritti inclusi nella Convenzione) con i rispettivi limiti soggettivi, oggettivi e temporali.

³²² D.TEGA, *Il sistema di protezione CEDU dei diritti e l'ordinamento italiano*, in uniroma1.it, pag 1.

³²³ *Pakelli-Beschluß*, Bverfg 11 ottobre 1985, in *NStZ*, 1986, pagg185 ss.

³²⁴ BVerfG, 26 marzo 1987, in *NJW* 1987, pagg 2427 ss.

³²⁵ Art. 6 CEDU: *Diritto ad un equo processo* 1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza.

Nella seconda sentenza del 1987³²⁶ la Corte costituzionale tedesca, pur senza smentire il suo approccio formalistico, accentuò il rilievo ermeneutico della Convenzione: il *Bundesverfassungsgericht* pose l'accento sul significato della Convenzione a livello costituzionale, come ausilio interpretativo (*Auslegungshilfe*) del *Grundgesetz*. Alla luce del principio di apertura al diritto internazionale (*Völkerrechtsfreundlichkeitsprinzip*), la CEDU dovrebbe infatti contribuire a chiarire il contenuto e la portata dei *Grundrechte*. Si è affermato così un onere di interpretazione conforme del giudice comune alle norme del diritto internazionale, ed in particolare alla CEDU. Tale assunto deriva dal fatto che la Corte costituzionale ha enucleato un principio di “*favore per il diritto internazionale*”, desunto da un'interpretazione sistematica dell'insieme delle disposizioni della legge fondamentale destinate ad influire sulle relazioni internazionali. Inoltre, a spiegare l'obbligo di interpretazione conforme vi è anche una giustificazione di ordine pratico, e cioè quella di evitare che le istituzioni tedesche possano incorrere in una fattispecie di responsabilità internazionale, a causa dell'inosservanza o dell'errata applicazione di norme di diritto sovranazionale pattizio, da parte dei giudici comuni.

Per quanto concerne invece la specifica questione della validità delle sentenze della Corte europea nell'ordinamento tedesco occorre in primo luogo segnalare che l'art. 46 CEDU impone alle parti contraenti di “*impegnarsi a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie in cui sono parti*” e che l'art. 41 CEDU prevede che se “*la Corte dichiara che vi è stata una violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta parte contraente non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, quando è il caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa*”.

In altre parole, secondo il regime convenzionale, le statuizioni delle decisioni della Corte producono effetti obbligatori *inter partes*, nei confronti quindi

³²⁶ Per un commento alla sentenza si veda H. STEINBERGER, *Entwicklungslinien in der neueren Rechtsprechung der Bundesverfassungsgericht zu völkerrechtlichen Fragen*, in http://www.zaoerv.de/48_1988/48_1988_1_a_1_17.pdf

delle sole parti intervenute nel procedimento. Qualora lo Stato convenuto, *nel singolo caso per il quale è stato fatto ricorso*, non abbia tenuto un comportamento conforme alla Convenzione, sarà obbligato, in virtù dell'art. 1 CEDU (“*Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo: Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione*”), a cessare la violazione della Convenzione, rimuovendo gli ostacoli alla sua piena realizzazione, e a riparare i danni commessi. Accanto all'obbligo di rimozione della violazione (*Beendigungspflicht*), sorge in capo ad essi quello di evitare che situazioni simili, ugualmente contrarie alla Convenzione, si verifichino (*Nichtwiederholungspflicht*)³²⁷: nel fare ciò gli Stati contraenti hanno un mero obbligo di risultato, essendo libere le modalità di adeguamento alla sentenza.

Considerato il ruolo della Corte europea stabilito dall'art. 1 CEDU, ovvero quello di assicurare il rispetto alle Parti contraenti degli impegni derivanti dalla Convenzione e dai suoi protocolli ed avendo escluso la validità *erga omnes* della sentenza, si ritiene che per i *casi paralleli* il ruolo delle sentenze CEDU di *mero orientamento*.³²⁸.

La pronuncia fondamentale del Tribunale costituzionale federale tedesco sull'efficacia della CEDU nel diritto interno è il *Görgülü-Beschluß* del 14 ottobre 2004³²⁹.

³²⁷ La dottrina ritiene quindi necessari adeguamenti legislativi riguardanti, per quanto riguarda la custodia di sicurezzam la delimitazione temporale della durata della misura e una maggiore attenzione al rispetto del principio di proporzione. “*Zur Erfüllung diese Verpflichtung dürfte eine normative zeitliche Einschränkung des § 67d III StGB nicht zwingend erforderlich sein. Vielmehr scheint eine Berücksichtigung des Urteil des EMRG im Rahmen der bei lang andauernden Freiheitsentziehungen ohnehin anzustellenden, strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung möglich.*” KINZIG, “*Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland*”, in *NStZ* 2010, pag 238.

³²⁸ M. PÖSL “*Die Sicherungsverwahrung im Fokus von BVerfG, EGMR und BGH*”, in www.zjs-online.com, pag 140.

³²⁹ BVerfG, 14 ottobre 2004 in *NJW* 2004 pagg 3407 ss.

Nel caso in esame³³⁰ il ricorrente, cittadino turco e padre naturale di un bambino dato in adozione dalla madre tedesca, senza il suo consenso, aveva instaurato un giudizio per ottenere il conferimento della potestà genitoriale (*elterliche Sorge*). In particolare, aveva richiesto il riconoscimento del diritto-dovere di *visita* al bambino, che viveva presso una famiglia affidataria e la *custodia* del figlio (*persönliche Sorge* nel sistema tedesco, *custody* secondo la Corte europea).

In una prima serie procedimentale, alla decisione favorevole di primo grado dell'*Amtsgericht* di *Wittemberg* (9 marzo 2001) era seguita quella sfavorevole dell'*Oberlandsgericht (OLG)* di *Naumburg* (20 giugno 2001) nonché il rigetto, da parte del *Bundesverfassungsgericht* del ricorso costituzionale (31 luglio 2001).

Contro la pronuncia dell'*OLG Naumburg*, il ricorrente aveva adito la Corte di Strasburgo, che, sulla base della sua giurisprudenza sulla salvaguardia dei legami familiari e sull'obbligazione positiva imposta a ciascuno Stato di riunire il genitore naturale ai suoi figli, aveva ritenuto soddisfatti³³¹ i presupposti per una violazione dell'art. 6 CEDU³³².

Nello specifico, la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva ritenuto che il margine di discrezionalità degli Stati, con riferimento alla clausola sulla "necessarietà in una società democratica" di cui al comma due dell'art. 8 CEDU, *dovesse intendersi in senso ampio rispetto alla custodia ed invece più stretto con riferimento al diritto di visita*.

Ciononostante, non solo la decisione dell'*OLG Naumburg*, nella parte in cui aveva negato al genitore il diritto di visita, rendeva praticamente impossibile lo

³³⁰ In Germania il caso in esame ha sollevato molto interesse nell'opinione pubblica. All'intera vicenda giudiziaria è dedicato un sito Internet, completo del testo esteso delle decisioni dei giudici di merito e delle rassegne stampa sul caso: http://www.vafk.de/themen/aktuell/news/sorgerechtsentzug_durch_adoption.htm.

³³¹ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, *Görgülü c. Germania.*, ric. n. 74969/01, 26 febbraio 2004.

³³² Art. 6 CEDU: "1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e *familiare*, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, *la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui*.

sviluppo di qualsiasi forma di vita familiare, strappando il minore dalle sue radici³³³, ma anche, escludendo *a priori* il diritto di *custodia* del padre naturale, aveva omesso di considerare “tutte le soluzioni possibili al problema”, concentrandosi solo sulle conseguenze imminenti dell’allontanamento del minore dalla famiglia affidataria ed ignorando gli effetti di lungo periodo della sua separazione dal padre³³⁴. In entrambe le ipotesi, non era stata adeguatamente assicurato l’interesse superiore del bambino (*the best interest of the child*).

Accanto all’accertamento della violazione, la Corte di Strasburgo aveva stabilito che la Germania, pur libera di scegliere i mezzi con i quali far fronte all’obbligazione sorta in seguito alla sentenza, *avrebbe dovuto* “*per lo meno assicurare al ricorrente la possibilità di visitare suo figlio*”.

Nel frattempo, il ricorrente aveva avviato un secondo e parallelo procedimento. La sua richiesta di ottenere, in via cautelare, il riconoscimento del diritto di visita era stata nuovamente rigettata in secondo grado dall’ *OLG Naumburg* (30 settembre 2003), il quale aveva tuttavia accolto la sua richiesta di sospendere il procedimento di adozione instaurato contemporaneamente dalla famiglia affidataria, fino ad una decisione definitiva sulla custodia.

Nell’ambito di questo secondo procedimento, l’*AG Wittemberg*, in seguito alla pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo, aveva conferito al ricorrente la custodia esclusiva del figlio (19 marzo 2004), e aveva emanato d’ufficio un provvedimento interinale con cui assicurare al ricorrente un limitato

³³³ “*The Court observes that until June 2001, the applicant was able to see his child on merely six occasions or several hours at a time. The Court of Appeal’s decision rendered any form of family reunion and the establishment of any kind of further family life impossible. In this context, the Court recalls that it is in a child’s interest for its family ties to be maintained, as severing such ties means cutting a child off from its roots, which can only be justified in very exceptional circumstances*” in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, *Görgülü c. Germania.*, (n. 74969/01), *cit.*, n. 49.

³³⁴ “*The Court concedes that an instant separation from Christofer’s foster family might have had negative effects on his physical and mental condition. However, bearing in mind that the applicant is Christofer’s biological parent and undisputedly willing and able to care for him, the Court is not convinced that the Naumburg Court of Appeal examined all possible solutions to the problem. In particular, that court does not appear to have examined whether it would be viable to unify Christofer and the applicant under circumstances that would minimise the strain put on Christofer. Instead, the Court of Appeal apparently only focussed on the imminent effects which a separation from his foster parents would have on the child, but failed to consider the long-term effects which a permanent separation from his natural father might have on Christofer.*” in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, *Görgülü c. Germania.*, (n. 74969/01), *cit.*, n. 46.

diritto di visita. Tale ultimo provvedimento, impugnato dai genitori affidatari e dallo *Jugendamt* quale tutore d'ufficio del minore, fu prima sospeso e poi annullato dall'*OLG Naumburg*, perché adottato in difetto della domanda di parte, necessario presupposto processuale (30 marzo e 30 giugno 2004).

Secondo l'*OLG Naumburg*, l'adozione del provvedimento d'urgenza non sarebbe stata giustificata nemmeno dal contenuto della sentenza della Corte europea. Questa, infatti, obbligherebbe *direttamente soltanto la Germania* come soggetto di diritto internazionale, ma non i suoi organi o i suoi uffici e segnatamente non i tribunali quali organi indipendenti. L'efficacia della sentenza si esaurirebbe pertanto *de iure* e *de facto*, salva una modifica della legislazione interna, nell'accertamento e nella sanzione di una violazione avvenuta nel passato. Per il futuro, e rispetto ai tribunali tedeschi, una pronuncia dei giudici di Strasburgo non è vincolante (*unverbindlich*).

Contro questa decisione il ricorrente aveva adito il *Bundesverfassungsgericht*: con tale ricorso i giudici di Karlsruhe sono stati chiamati sia a decidere nel merito dell'effettivo rispetto del diritto all'unità familiare garantito dalla legge fondamentale, sia a valutare la possibilità di adeguare il diritto interno ai *principi* della Convenzione incorporati in una pronuncia della Corte europea per i diritti dell'uomo³³⁵. Una pronuncia della Corte di Strasburgo può vincolare il giudice interno con un onere di rimozione del precedente giudicato considerato adottato in violazione della Convenzione stessa?³³⁶ Giova sottolineare che, sebbene il caso fosse stato inizialmente inquadrato nell'ambito dell'art. 46 CEDU, relativo all'obbligo degli stati di conformarsi alle sentenze della Corte di Strasburgo emesse nei loro confronti, nel corso dell'argomentazione, ha preso però corpo uno slittamento di prospettiva: dagli effetti della cosa giudicata di una singola sentenza (in un procedimento che si svolge tra le stesse parti, con il medesimo oggetto e senza variazioni temporali di rilievo), l'attenzione si è rivolta all'efficacia interpretativa delle sentenze di Strasburgo nel loro insieme (riguardanti, in primo

³³⁵ BVerfG, 14 ottobre 2004 in *NJW* 2004 pagg. 3407 ss.

³³⁶ R. MORELLI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla luce delle recenti novità del Trattato di Lisbona*, p. 13 in www.issirfa.cnr.it

luogo, il medesimo stato, ma non escludendo del tutto, come risulterà dalla giurisprudenza successiva, anche stati terzi)³³⁷.

Secondo il *Bundesverfassungsgericht*, il ricorso era fondato, poiché la decisione impugnata violava l'art. 6 GG (protezione della famiglia)³³⁸ in combinazione con il principio dello Stato di diritto ai sensi dell'art. 20 comma 3 GG (*Rechtsstaatsprinzip*)³³⁹: nell'argomentare ciò il Tribunale costituzionale federale tedesco ha suddiviso la sua motivazione in tre parti distinte. La prima è dedicata al chiarimento degli effetti del diritto internazionale pattizio, in particolare della CEDU, nell'ordinamento tedesco, nella seconda il Tribunale affronta l'efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo nei confronti dei giudici tedeschi e nella terza giunge ad affermare che i tribunali tedeschi sono tenuti soprattutto al rispetto "del diritto e della legge" interni ai sensi dell'art. 20 comma 3 GG.

Per quanto concerne la prima parte, nell'individuare il rango da conferire alle norme della Convenzione, i giudici di Karlsruhe hanno confermato così la loro precedente posizione secondo la quale la CEDU assume una funzione ermeneutica svolta nell'interpretazione dei diritti fondamentali e dei principi dello stato di diritto e non può essere assunta come un parametro diretto nei giudizi di costituzionalità.

Nello specifico la Corte ha così argomentato: la CEDU affida alle parti contraenti le modalità secondo le quali le sue previsioni vengono recepite all'interno

³³⁷ DI MARTINO, *cit.*

³³⁸ L'art. 6 GG garantisce ad entrambi i genitori la patria potestà, e la riconosce quale "diritto naturale", ma nel contempo la configura quale obbligo giuridico dei genitori nei confronti dei figli. Per ciò che concerne i figli nati fuori dal matrimonio, il *Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder* attribuisce la potestà alla madre. Art 6 GG: "(1) Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung. (2) Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft. (3) Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen. (4) Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft. (5) Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern."

³³⁹ „Der Beschluss des Oberlandesgerichts Naumburg vom 30. Juni 2004 - 14 WF 64/04 - verletzt den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Artikel 6 des Grundgesetzes in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip und wird aufgehoben“ in *BVerfG*, 14 ottobre 2004, *cit.*

dell'ordinamento di ciascuno Stato³⁴⁰. La CEDU è stata recepita nell'ordinamento giuridico tedesco con legge ordinaria (*Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten* del 7 agosto 1952), ed ha quindi nell'ordinamento tedesco il rango di quest'ultima (art. 59 2° co. GG)³⁴¹.

Pertanto, per i giudici costituzionali la CEDU e la relativa interpretazione giurisprudenziale della Corte europea (a differenza dei trattati comunitari e della giurisprudenza della Corte di giustizia) non vincolano direttamente le autorità e i giudici tedeschi, ma solo la Repubblica federale come soggetto di diritto internazionale. Essendo un trattato internazionale ratificato con legge ordinaria, la CEDU è potenzialmente derogabile da una fonte successiva di pari grado. Pertanto i giudici ordinari sono sottoposti alla CEDU come a qualunque altra legge, che vige solo in quanto rispetti i principi costituzionali³⁴².

³⁴⁰ Si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 febbraio 1976, *Swedish Engine Drivers' Union c. Svezia* e Corte europea dei diritti dell'uomo 21 febbraio 1986, *James e altri c. Regno Unito*.

³⁴¹ „Die Europäische Menschenrechtskonvention gilt in der deutschen Rechtsordnung im Range eines Bundesgesetzes und ist bei der Interpretation des nationalen Rechts – auch der Grundrechte und rechtsstaatlichen Garantien – zu berücksichtigen (1.). Die Bindungswirkung einer Entscheidung des Gerichtshofs erstreckt sich auf alle staatlichen Organe und verpflichtet diese grundsätzlich, im Rahmen ihrer Zuständigkeit und ohne Verstoß gegen die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) einen fortdauernden Konventionsverstoß zu beenden und einen konventionsgemäßen Zustand herzustellen (2.). Die Art und Weise der Bindungswirkung hängt von dem Zuständigkeitsbereich der staatlichen Organe ab und von dem Spielraum, den vorrangig anwendbares Recht lässt. Gerichte sind zur Berücksichtigung eines Urteils, das einen von ihnen bereits entschiedenen Fall betrifft, jedenfalls dann verpflichtet, wenn sie in verfahrensrechtlich zulässiger Weise erneut über den Gegenstand entscheiden und dem Urteil ohne materiellen Gesetzesverstoß Rechnung tragen können (3.). Ein Beschwerdeführer kann die Missachtung dieser Berücksichtigungspflicht als Verstoß gegen das in seinem Schutzbereich berührte Grundrecht in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip rügen (4).“ in BVerfG 14 ottobre 2004, *cit.*, n.30.

³⁴² „a) Die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Zusatzprotokolle sind völkerrechtliche Verträge. Die Konvention überlässt es den Vertragsparteien, in welcher Weise sie ihrer Pflicht zur Beachtung der Vertragsvorschriften genügen (EGMR, Urteil vom 6. Februar 1976, Series A No. 20, Ziffer 50 – *Swedish Engine Drivers Union*; EGMR, Urteil vom 21. Februar 1986, Series A No. 98, Ziffer 84 – *James u.a.*; vgl. Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 3. Aufl. 2002, S. 405; Ehlers, in: ders. <Hrsg.>, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2003, § 2 Rn. 2 f.). Der Bundesgesetzgeber hat den genannten Übereinkommen jeweils mit förmlichem Gesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 GG zugestimmt (*Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten* vom 7. August 1952, BGBl II S. 685; die Konvention ist gemäß der Bekanntmachung vom 15. Dezember 1953, BGBl 1954 II S. 14 am 3. September 1953 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten; Neubekanntmachung der Konvention in der Fassung des 11. Zusatzprotokolls in BGBl 2002 II S. 1054). Damit hat er sie in das deutsche Recht transformiert und einen entsprechenden Rechtsanwendungsbefehl erteilt. Innerhalb der deutschen Rechtsordnung stehen die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Zusatzprotokolle – soweit sie für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten sind – im Range eines

La CEDU non può di conseguenza essere utilizzata come parametro dell'interpretazione costituzionale, ma solo come *ausilio* nell'ambito del giudizio di costituzionalità (al pari di ogni altra legge), per cui non è proponibile un ricorso costituzionale individuale che lamenti la violazione di un diritto convenzionale, ma solo di un diritto garantito dalla legge fondamentale³⁴³. In altre parole:

„Der Konventionstext und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes, sofern dies nicht zu einer -von der Konvention selbst nicht gewollten (vgl. Art.53 EMRK)- Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt.“³⁴⁴

Nello specificare ciò, la Corte si è soffermata sui presupposti teorici del rapporto tra diritto interno e diritto internazionale, inquadrato in termini di dualismo: il rapporto tra diritto internazionale e diritto interno è quello di due circuiti giuridici distinti e la natura di tale rapporto, nella prospettiva del diritto interno, può essere determinata solamente dal medesimo diritto interno.

Premesso ciò però la Corte ha così precisato: la legge fondamentale contiene *un principio di apertura internazionale* (art. 24 GG) e *sovranazionale* (art. 23 GG), che comporta la presunzione di un *favor* nei confronti delle norme di origine inter- e sovranazionale. Tale *favor* deriva inoltre dal vincolo che la legge fondamentale pone per il giudice ai sensi dell'art. 20 GG, a mente del quale questo è vincolato da legge e diritto dunque anche, come legge ordinaria, alla CEDU. Da ciò deriva un duplice obbligo per il giudice: deve prendere in considerazione la normativa (e la giurisprudenza) di derivazione inter- e sopranazionale, ma deve anche cercare

Bundesgesetzes (vgl. BVerfGE 74, 358 <370>; 82, 106 <120>).“ in BVerfG 14 ottobre 2004, *cit.*, n.31.

³⁴³ „Die Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und ihrer Zusatzprotokolle sind allerdings in der deutschen Rechtsordnung auf Grund dieses Ranges in der Normenhierarchie kein unmittelbarer verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG). Ein Beschwerdeführer kann insofern vor dem Bundesverfassungsgericht nicht unmittelbar die Verletzung eines in der Europäischen Menschenrechtskonvention enthaltenen Menschenrechts mit einer Verfassungsbeschwerde rügen.“ in BVerfG 14 ottobre 2004, *cit.*, n. 32.

³⁴⁴ Ovvero, la CEDU e la sua interpretazione giurisprudenziale possono servire come ausilio interpretativo solo qualora la loro considerazione non limiti il godimento di un diritto costituzionalmente garantito, in BVerfG 14 ottobre 2004, *cit.*, n. 33.

sempre di interpretare le norme interne in modo conforme alle norme e alla giurisprudenza inter- e sovranazionale. Il mancato rispetto di quest'obbligo procedurale è di per sé, indipendentemente dal merito, illegittimo³⁴⁵.

Tuttavia, specifica la Corte, sebbene la legge fondamentale aspiri all'integrazione della Germania nell'ordine internazionale, essa “*non rinuncia alla sovranità*”: Il diritto pattizio internazionale è valido nell'ordinamento nazionale solo se in esso sia stato “*incorporato in maniera formalmente corretta ed in conformità con il diritto costituzionale materiale*” (in *Übereinstimmung mit materiellem Verfassungsrecht*)³⁴⁶.

Pertanto, per quanto concerne il legislatore, non è incompatibile con la Costituzione l'ipotesi che egli, in via eccezionale, non rispetti il diritto internazionale pattizio, nella misura in cui solo in questo modo si può impedire la violazione di principi fondamentali della legge fondamentale³⁴⁷.

Per quanto concerne il giudice nazionale, l'obbligo di interpretazione conforme che sorge in suo capo in virtù dell'apertura internazionale, non è illimitato. Esso impone al giudice di tentarla sempre, e tuttavia di adottarla solo in quanto ciò sia “*metodologicamente sostenibile*” (*methodisch vertretbar*). Se la riduzione a conformità non gli appare possibile, il giudice dovrà motivare le ragioni del suo distacco dalla regola generale, e le motivazioni saranno sindacabili dal *Bundesverfassungsgericht* (adito in via di ricorso individuale o incidentale), cinghia di trasmissione tra diritto internazionale e diritto costituzionale e garante ultimo del

³⁴⁵ BVerfG 14 ottobre 2004, *cit.*, n. 34-35.

³⁴⁶ „Das Grundgesetz will eine weitgehende Völkerrechtsfreundlichkeit, grenzüberschreitende Zusammenarbeit und politische Integration in eine sich allmählich entwickelnde internationale Gemeinschaft demokratischer Rechtsstaaten. Es will jedoch keine jeder verfassungsrechtlichen Begrenzung und Kontrolle entzogene Unterwerfung unter nichtdeutsche Hoheitsakte. Selbst die weitreichende supranationale europäische Integration, die sich für den aus der Gemeinschaftsquelle herrührenden innerstaatlich unmittelbar wirkenden Normanwendungsbefehl öffnet, steht unter einem, allerdings weit zurückgenommenen Souveränitätsvorbehalt (vgl. Art. 23 Abs. 1 GG). Völkervertragsrecht gilt innerstaatlich nur dann, wenn es in die nationale Rechtsordnung formgerecht, und in Übereinstimmung mit materiellem Verfassungsrecht inkorporiert worden ist.“ in BVerfG 14 ottobre 2004, *cit.*, n. 35.

³⁴⁷ „Insofern widerspricht es nicht dem Ziel der Völkerrechtsfreundlichkeit, wenn der Gesetzgeber ausnahmsweise Völkervertragsrecht nicht beachtet, sofern nur auf diese Weise ein Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung abzuwenden ist.“ in BVerfG 14 ottobre 2004, *cit.*, n.36.

primato della costituzione.³⁴⁸

In altre parole, poiché l'autorità della CEDU deriva dalla legge fondamentale ed è a questa comunque subordinata, l'eventuale impossibilità di uniformare l'interpretazione del diritto interno a quello di origine convenzionale comporta che in caso di conflitto insanabile prevalga la norma interna, come interpretata alla luce della legge fondamentale. In un simile caso, che si verifica quando la norma convenzionale viola il contenuto essenziale di un diritto fondamentale garantito dalla legge fondamentale (*teoria dei controlimiti*), la Costituzione impone che la Repubblica federale tedesca accetti la responsabilità internazionale che ne derivi (obbligo di pagare al ricorrente una compensazione adeguata, per salvaguardare i principi inviolabili e prevalenti del proprio ordinamento costituzionale).

Come si nota il Tribunale Costituzionale tedesco, pur non riconoscendo una rilevanza direttamente costituzionale alla CEDU, giunge a valorizzare un ampio utilizzo della Convenzione sul piano interpretativo, quale fonte integrativa dei diritti fondamentali riconosciuti nel *Grundgesetz*, potendo il giudice comune elevare lo standard di tutela di tale diritto, per mezzo dell'applicazione diretta della Convenzione. In altre parole, i giudici costituzionali, pur non avendo attribuito alla Convenzione una netta prevalenza, hanno assegnato ai diritti umani internazionali una protezione particolare, attraverso una valorizzazione dell'interpretazione sistematica delle norme costituzionali in materia di diritti fondamentali.

Nella seconda parte della motivazione, il *Bundesverfassungsgericht* ha affrontato più specificamente il problema dell'efficacia delle sentenze della Corte di Strasburgo. In virtù dell'art. 46 CEDU, gli Stati che hanno aderito alla Convenzione si sono impegnati a conformarsi alle sentenze della Corte di Strasburgo che, se definitive (artt. 42 e 44 CEDU), danno luogo a giudicato formale. L'efficacia di tali sentenze negli ordinamenti interni si misura con riferimento alla cosa giudicata sostanziale, di cui il *Bundesverfassungsgericht* ripetutamente sottolinea i limiti: "*Die materielle Rechtskraft im Individualbeschwerdeverfahren nach Art.34 EMRK*

³⁴⁸ BVerfG 14 ottobre 2004, *cit.*, n. 32 e 37.

ist durch die personellen, sachlichen und zeitlichen Grenzen des Streitgegenstandes begrenzt"³⁴⁹. I limiti sono quindi *sogettivi*, poiché le sentenze della Corte europea vincolano direttamente solo lo Stato che è stato condannato e non anche gli altri, *oggettivi*, poiché l'efficacia della sentenza è circoscritta alla fattispecie oggetto del giudizio, *temporali*, poiché sia le circostanze di fatto che la situazione giuridica possono considerevolmente cambiare nell'arco di tempo che va dal passaggio in giudicato della sentenza della Corte di Strasburgo all'apertura di un nuovo procedimento interno³⁵⁰.

E' perciò escluso che le sentenze della Corte abbiano efficacia costitutiva e che quindi possano annullare le decisioni dei tribunali nazionali non conformi alla CEDU. Le sentenze della Corte di Strasburgo determinano esclusivamente la condanna al pagamento di un'equa riparazione ai sensi dell'art. 41 CEDU, allorché lo Stato condannato non adempia compiutamente all'obbligo della *restitutio in integrum* ed all'ordine di porre termine alla violazione nel caso in cui essa perduri. Questa ricostruzione, fatta propria dallo stesso *Bundesverfassungsgericht* nel *Pakelli-Beschluß* del 1985, è stata rifiutata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che nella sua recente giurisprudenza³⁵¹ ha rovesciato i termini della questione affermando che "*solo se il diritto nazionale non permette, o permette in maniera soltanto imperfetta, di eliminare le conseguenze della violazione (con misure di carattere generale o individuale), l'art. 41 abilita la Corte ad accordare alla parte lesa la soddisfazione che le sembri appropriata*"³⁵².

³⁴⁹ BVerfG 14 ottobre 2004, *cit.*, n.39.

³⁵⁰ BVerfG 14 ottobre 2004, *cit.*, n. 39.

³⁵¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 aprile 2004, Assanidze c. Georgia.

³⁵² "*The Court reiterates that, in the context of the execution of judgments in accordance with Article 46 of the Convention, a judgment in which it finds a breach imposes on the respondent State a legal obligation under that provision to put an end to the breach and to make reparation for its consequences in such a way as to restore as far as possible the situation existing before the breach. If, on the other hand, national law does not allow – or allows only partial – reparation to be made for the consequences of the breach, Article 41 empowers the Court to afford the injured party such satisfaction as appears to it to be appropriate. It follows, inter alia, that a judgment in which the Court finds a violation of the Convention or its Protocols imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction, but also to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in its domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and make all feasible reparation for its consequences in such a way as to restore as far as*

Il *Bundesverfassungsgericht* ammette quindi che la mancata rimozione delle conseguenze della violazione già accertata dai giudici di Strasburgo sia suscettibile di integrare gli estremi di una seconda violazione. Da quest'impostazione, unita alla considerazione dell'obbligo, da parte degli stati contraenti, di assicurare "l'effettiva applicazione di tutte le disposizioni della Convenzione" nel diritto interno (art. 52 CEDU), il *Bundesverfassungsgericht* deduce che "tutti gli organi del potere pubblico tedesco sono vincolati alle sentenze della Corte". In particolare, "anche ai tribunali tedeschi fa capo l'obbligo di considerare (*Pflicht zur Berücksichtigung*) le decisioni della Corte"³⁵³.

Nella terza parte della motivazione, la Corte ricorda che i tribunali sono tenuti al rispetto "del diritto e della legge" (art. 20 3° co. GG) e non possono invocare una pronuncia della Corte di Strasburgo per svincolarsene. Tuttavia, alla clausola di cui all'art. 20 comma 3 GG appartengono anche la CEDU e le decisioni della Corte, in quanto incorporate nel diritto interno attraverso una legge ordinaria. Il *Bundesverfassungsgericht* specifica quindi come essi nelle loro motivazioni siano tenuti a prestare *adeguata considerazione* alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Una tale "considerazione" dovrà avvenire secondo un'interpretazione "*metodologicamente sostenibile*" (*methodisch vertretbar*)³⁵⁴. Ne consegue che sia il *mancato confronto* con una pronuncia della Corte, sia la sua *esecuzione schematica* in violazione di norme superiori, in particolare il diritto

possible the situation existing before the breach", in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 8 aprile 2004, Assanidze c. Georgia, n. 198.

³⁵³ "Diese Rechtslage entspricht der Konzeption der Europäischen Menschenrechtskonvention als eines Instruments zum Schutz und zur Durchsetzung bestimmter Menschenrechte. Die durch das Zustimmungsgesetz in das Bundesrecht übernommene Verpflichtung der Vertragsparteien, eine innerstaatliche Instanz zu schaffen, bei der die betroffene Person eine "wirksame Beschwerde" gegen ein bestimmtes staatliches Handeln einlegen kann (Art.13 EMRK), reicht bereits in die institutionelle Gliederung der Staatlichkeit hinab und ist nicht auf die zum auswärtigen Handeln berufene Exekutive begrenzt. Des Weiteren haben die Vertragsparteien die "wirksame Anwendung aller Bestimmungen" der Europäischen Menschenrechtskonvention in ihrem innerstaatlichen Recht zu gewährleisten (vgl. Art. 52 EMRK), was in einem durch den Grundsatz der Gewaltenteilung beherrschten demokratischen Rechtsstaat nur möglich ist, wenn alle Träger hoheitlicher Gewalt an die Gewährleistungen der Konvention gebunden werden. Danach unterliegen auch die deutschen Gerichte einer Pflicht zur Berücksichtigung der Entscheidungen des Gerichtshofs" in BVerfG 14 ottobre 2004, cit., n. 46.

³⁵⁴ "Zur Bindung an Gesetz und Recht gehört aber auch die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Entscheidungen des Gerichtshofs im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung." in BVerfG 14 ottobre 2004, cit., n. 47.

costituzionale, possono integrare la violazione dei diritti fondamentali in combinazione al *Rechtsstaatsprinzip*³⁵⁵.

Una volta dedotto dalla legge questo “obbligo di considerazione”, il suo contenuto è precisato nel senso che il tribunale competente dovrà per lo meno prendere atto delle disposizioni e della giurisprudenza CEDU rilevante e farli confluire nel processo decisionale, segnatamente nel giudizio di proporzionalità. Il confronto con le decisioni della Corte europea è quanto meno “dovuto” e pertanto deve essere “riconoscibile”³⁵⁶, nel senso che un esito difforme dagli orientamenti di Strasburgo dovrà essere attentamente motivato.

Nonostante alcune ambiguità, l’attenzione manifestata dal *Bundesverfassungsgericht* per la salvaguardia di un determinato equilibrio all’interno di una specifica costellazione di diritti non è affatto ripiegata su una considerazione esclusiva e statica dell’ordinamento tedesco: è infatti lo stesso Tribunale costituzionale tedesco a considerarsi "*al servizio in via mediata dell'esecuzione del diritto internazionale*", riconoscendo che la CEDU contribuisce ad uno sviluppo comune europeo dei diritti fondamentali³⁵⁷, e che l’interpretazione conferme alla CEDU è radicata nell’art. 1 comma 2 GG.

Dopo questa lunga ricostruzione del primato del diritto (costituzionale e persino legislativo) nazionale su quello convenzionale, la Corte ha affermato che

³⁵⁵ „Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Gerichtshofs als auch deren gegen vorrangiges Recht verstößende schematische "Vollstreckung" können deshalb gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen.“ in BVerfG 14 ottobre 2004, cit., n. 47.

³⁵⁶ „Die über das Zustimmungsgesetz ausgelöste Pflicht zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Entscheidungen des Gerichtshofs erfordert zumindest, dass die entsprechenden Texte und Judikate zur Kenntnis genommen werden und in den Willensbildungsprozess des zu einer Entscheidung berufenen Gerichts, der zuständigen Behörde oder des Gesetzgebers einfließen“, in BVerfG 14 ottobre 2004, cit., n. 50.

³⁵⁷ „Allerdings ist das Bundesverfassungsgericht im Rahmen seiner Zuständigkeit auch dazu berufen, Verletzungen des Völkerrechts, die in der fehlerhaften Anwendung oder Nichtbeachtung völkerrechtlicher Verpflichtungen durch deutsche Gerichte liegen und eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit Deutschlands begründen können, nach Möglichkeit zu verhindern und zu beseitigen (vgl. BVerfGE 58, 1 <34>; 59, 63 <89>; 109, 13 <23>). Das Bundesverfassungsgericht steht damit mittelbar im Dienst der Durchsetzung des Völkerrechts und vermindert dadurch das Risiko der Nichtbefolgung internationalen Rechts. Aus diesem Grund kann es geboten sein, abweichend von dem herkömmlichen Maßstab die Anwendung und Auslegung völkerrechtlicher Verträge durch die Fachgerichte zu überprüfen.“ in BVerfG 14 ottobre 2004, cit., n. 61.

nel caso di specie il giudice nazionale ha omesso di tenere in adeguata considerazione la CEDU e la sua interpretazione: accogliendo il ricorso ha stabilito che più che di violazione del diritto internazionale (astrattamente consentita dalla Legge fondamentale) si è trattato di insufficiente e non adeguata considerazione *dell'obbligo costituzionale di tenerne conto*. Tale principio, costituzionalmente espresso dagli articoli 23 e 24 della legge fondamentale tedesca, avrebbe dovuto comportare un *favor* nei confronti delle norme di origine internazionale: il giudice interno non solo doveva tenere in debita considerazione la normativa internazionale e la relativa interpretazione, ma era tenuto ad *assicurare che l'interpretazione delle norme interne fosse conforme agli obblighi internazionali della Germania*.

Il *Bundesverfassungsgericht* ha quindi dichiarato corretta la decisione dell'*Amtsgericht* in merito al diritto provvisorio di visita del padre, e ha rilevato una violazione dell'art. 6 GG, relativo alla protezione costituzionale della famiglia, in combinato disposto con l'art. 20, c. 3, che afferma il principio dello Stato di diritto.

In seguito a tale sentenza, è cresciuto in Germania il dibattito sull'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento tedesco. Inoltre, la Corte di Strasburgo, che nel frattempo si è pronunciata più volte in merito a tale questione³⁵⁸, ha confermato la sua posizione, rinvigorendo tale dibattito.

La dottrina concorda con il Tribunale costituzionale nel riconoscere che la CEDU ha rango legislativo e che le sentenze della Corte di Strasburgo hanno valore di accertamento e non possono quindi avere effetti di cassazione sui provvedimenti nazionali³⁵⁹.

Tra i diversi autori le posizioni sono tuttavia eterogenee in merito alla ricostruzione dogmatica degli effetti del diritto internazionale sul diritto interno.

³⁵⁸ Corte Europea dei diritti dell'uomo, 22 gennaio 2004, *Jahn c. Germania*, relativa alla violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 CEDU, sulla garanzia del diritto di proprietà a seguito delle riforme del diritto patrimoniale, dopo la riunificazione tedesca; Corte Europea dei diritti dell'uomo, 24 giugno 2004, *Hannover c. Germania*, in merito al confine tra il diritto alla riservatezza di un personaggio popolare e la libertà di stampa; Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 febbraio 2005, *Uhl c. Germania*, in materia di irragionevole durata di un procedimento penale.

³⁵⁹ H.J CREMER, *Entscheidung und Entscheidungswirkung*, in GROTE, RAINER/MARAUHN, THILO (HRGS), *Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Tübingen, 2006, pag 56.

Vi è chi afferma che la Corte di Strasburgo ha “*l’ultima parola*” in merito alle lesioni della CEDU compiute dagli Stati contraenti e condanna questi alla *restitutio in integrum* ovvero all’equa riparazione, a favore dell’individuo leso; il *Bundesverfassungsgericht* è il custode del *Grundgesetz*, e quindi l’accertamento da parte della Corte di Strasburgo di una lesione alla CEDU non comporta che necessariamente vi sia anche una violazione della Carta Fondamentale, in quanto la CEDU non garantisce diritti a livello costituzionale³⁶⁰.

Altri si sono concentrati sul concetto di “sovrانيتà” (*Souveranität*); quali sono gli svantaggi³⁶¹ dell’applicazione di un concetto del XIX secolo in una realtà giuridica complessa e pluralistica come quella attuale, soprattutto in una prospettiva di integrazione europea³⁶²?

La dottrina auspica anche che il legislatore regoli gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo. Il legislatore tedesco era già intervenuto nel 1998 per disciplinare gli effetti delle sentenze della Corte sulle sentenze penali passate in giudicato con l’introduzione di una nuova causa di revisione, qualora una sentenza avesse accertato che la condanna si era basata su una lesione della CEDU. Va sottolineato che, proprio sulla base della citata riforma, il Tribunale costituzionale ha escluso che gli effetti delle sentenze possano essere *estesi al di fuori della fattispecie* di causa, in nome del principio della certezza giuridica, sul quale soltanto il legislatore può intervenire³⁶³.

La seconda importante sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sull’efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento tedesco è

³⁶⁰ H.J CREMER, *cit.*, pag 686.

³⁶¹ G. RESS, *Supranationaler Menschenrechtsschutz und der Wandel der Staatlichkeit*, in *ZaoRV* 2004, pagg 625 ss.

³⁶² CREMER è critico nei confronti del Tribunale costituzionale tedesco: la teoria dualistica del diritto internazionale pubblico, prescelta per controllare gli effetti degli atti di diritto internazionale nell’ordinamento tedesco, non è *volkerrechtsfreundlich*, cioè di favore verso il diritto internazionale, *cit.*, pag 688.

³⁶³ H.J CREMER, *cit.*, pag 699.

il *Caroline-Urteil II* del 2008³⁶⁴, che fa seguito alla decisione della Corte costituzionale *Caroline I* del 1999 e a quella del 2004 della Corte di Starsburgo.

Si trattava di un conflitto tra libertà di stampa e *privacy* emerso in occasione della pubblicazione, senza previo consenso, di alcune fotografie della principessa di Monaco. Giova in questa sede ripercorrere brevemente la vicenda giudiziaria del caso in esame, al fine di comprendere analiticamente in che modo il *Bundesverfassungsgericht*, applicando il canone interpretativo elaborato nel *Görgülü-Beschluß*, ha “preso in considerazione” la giurisprudenza della Corte EDU, “adattandola” all’ordinamento interno in sede di scrutinio di proporzionalità.

La principessa Caroline di Monaco, sposata con Ernst August di Hannover, aveva presentato un ricorso contro le pubblicazioni di riviste tedesche che la rappresentavano in ambiti privati. Il processo, estremamente lungo e complesso, aveva passato per le tre istanze della giurisdizione civile – tribunale, Corte d’appello, Corte federale- dai quali era emerso il divieto di divulgare solo alcune delle fotografie legate all’ambito privato. Caroline sollevò quindi ricorso diretto al *Bundesverfassungsgericht* per violazione del diritto della personalità causata dalle foto, con un successo parziale, perché la Corte costituzionale³⁶⁵ vide nella pubblicazione di fotografie che mostravano la ricorrente con i figli una possibile violazione della personalità; tuttavia, per altre fotografie il ricorso fu respinto.

In particolare, i giudici di Karlsruhe non considerarono incostituzionale l’interpretazione del *Bundesgerichtshof* (BGH), che aveva applicato una serie di figure dogmatiche elaborate dalla dottrina, ed in seguito fatte proprie dalla giurisprudenza civilistica, fra cui quella della *Person der Zeitgeschichte* (persona della storia contemporanea, *relativ* o *absolut* a seconda se l’interesse destato nell’opinione pubblica dipenda o meno da un evento particolare). La principessa di

³⁶⁴ BVerfG 26 febbraio 2008, in *NJW* 2008, pagg 614 ss.

³⁶⁵ BVerfG 26 aprile 2001, in *NJW* 2001, pag 1921.

Monaco era stata inquadrata come *absolute Person der Zeitgeschichte*, tale, cioè, da suscitare sempre l'interesse del pubblico³⁶⁶.

Nello specifico, i giudici affermarono che anche le persone che godono di un certo grado di notorietà hanno diritto al rispetto della loro vita privata non soltanto nei limiti della vita familiare e nell'ambito della propria abitazione, ma anche con riferimento alla diffusione di loro immagini. Tuttavia le persone note, fuori dalle mura domestiche, non possono vantare la stessa protezione della *privacy* al pari della generalità dei soggetti a meno che non abbiano avuto l'accortezza di ritirarsi in un luogo riservato, lontano dagli occhi del pubblico, dove sia obiettivamente chiara a chiunque la loro volontà di rimanere soli e dove, fidandosi di essere lontani da sguardi indiscreti, possono assumere comportamenti che non avrebbero assunto in un luogo pubblico. Conseguentemente risulterebbero in violazione alla legge solo le pubblicazioni di quelle fotografie di notabili, appartati in luoghi non accessibili; di contro sarebbero legittime le pubblicazioni di immagini dei medesimi i quali, sia pure in situazioni di vita privata, non si siano "nascosti" allo sguardo del pubblico. Il BGH aveva, a parere dei giudici costituzionali, correttamente bilanciato, la libertà di stampa e la *privacy*, accordando prevalenza alla libertà di manifestazione del pensiero.

Caroline, sostenendo che tali sentenze avrebbero violato il suo diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dall'art. 8 CEDU per la dei Diritti dell'Uomo, fece dunque ricorso alla Corte di Strasburgo, che, con la sentenza del 24

³⁶⁶ „Die bloße Spekulation darüber, eine absolute Person der Zeitgeschichte könnte ein bestimmtes Ereignis verwirklicht haben, rechtfertigt jedoch nicht eine Bebilderung mit dem Foto einer Person, über deren Teilhabe an dem Ereignis ebenfalls spekuliert wird. Zwar ist in solchen Fällen eine Bebilderung mit einem Bildnis der absoluten Person der Zeitgeschichte nicht von vornherein ausgeschlossen. Aus dem Grundrecht der Pressefreiheit lässt sich jedoch kein Recht der Presse auf eine einwilligungsfreie Veröffentlichung des Bildnisses einer Person herleiten, deren zeitgeschichtliche Bedeutung nach dem Stand der Recherchen der Presse und nach dem Inhalt des Berichts im Zeitpunkt der Veröffentlichung nicht feststand. Ein Ereignis der Zeitgeschichte im Sinne des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG ist nicht der Bericht der Presse, sondern das darin Berichtete. Ist dieses nur spekulativer Natur, so rechtfertigt es nicht eine Beeinträchtigung des Rechts am Bildnis einer Person, auf die sonst kein hinreichendes Informationsinteresse gerichtet ist.“ in BverfG 26 aprile 2001, n. 51.

giugno 2004³⁶⁷, contestò la ricostruzione di tale bilanciamento effettuata dal *Bundesverfassungsgericht* nel 2001.

Il principio di cui all'art. 8 della CEDU³⁶⁸ intende assicurare e tutelare lo sviluppo della personalità di ogni soggetto nelle sue relazioni con gli altri esseri umani: la locuzione “vita privata” si estende a tutti gli aspetti relativi all'identità del soggetto di riferimento e tra di essi il nome e la sua immagine.

Occorre però tenere conto del fatto che esiste una zona nella quale l'interagire di una persona con gli altri, anche se in un pubblico contesto, può ricadere nell'ambito della concezione della “vita privata” anche se il soggetto gode di notorietà. Inoltre, anche i cosiddetti “*figures of contemporary society per excellence*” hanno diritto alla protezione ed alla tutela della loro vita privata³⁶⁹.

La Corte ha anche ricordato che il secondo comma dell'art. 8 della CEDU stabilisce che l'autorità pubblica non può, in alcun modo, interferire nell'esercizio del diritto del rispetto della vita privata e familiare: ciò impone allo Stato l'obbligo di astenersi da tali interferenze, ma prevede altresì delle obbligazioni di carattere positivo, a carico dello Stato che si traducono nell'adozione di tutte quelle misure necessarie ad assicurare il rispetto della vita privata anche per quanto riguarda i rapporti tra individui³⁷⁰.

Questo principio si applica indubbiamente per la tutela del ritratto di ogni soggetto da eventuali abusi da parte di altri. Tutti gli obblighi, sia positivi che negativi, a carico dello Stato che possano derivare dal rispetto dell'art. 8 devono essere ottemperati in un giusto equilibrio tra il diritto del singolo e i diritti della comunità; in tale ottica ogni singolo Stato gode di un *margin of discretionality* consentitogli dalla lettura della Convenzione.

³⁶⁷ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 24 giugno 2004, *Von Hannover c. Germany*.

³⁶⁸ Art 8 CEDU: 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

³⁶⁹ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 24 giugno 2004, *Von Hannover c. Germany*, n. 56.

³⁷⁰ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 24 giugno 2004, *Von Hannover c. Germany*, n. 57.

La libertà di espressione costituisce un principio essenziale e fondamentale nella società democratica. Se così è la tutela della vita privata deve essere bilanciata nel rispetto della libertà di espressione garantita dall'art. 10³⁷¹ della Convenzione³⁷².

Sulla base di queste considerazioni, la Corte ha ritenuto di dover fare una fondamentale distinzione tra il riportare fatti ed eventi che possano contribuire ad un dibattito nella società democratica, come ad esempio i fatti riguardanti esponenti politici nell'esercizio delle loro funzioni, e il riportare dettagli della vita privata di un soggetto che, ancorché noto, non eserciti alcuna funzione ufficiale o pubblica³⁷³. Infatti nella prima ipotesi i giornali esercitano un ruolo vitale di guardiani della democrazia contribuendo all'informazione del pubblico anche se i fatti e le immagini pubblicate, riguardano gli aspetti della vita privata del soggetto pubblico.

Nel caso di specie non ricorrevano i presupposti dinanzi individuati; infatti le fotografie divulgate non potevano portare alcun contributo ad un dibattito pubblico (*details of the applicant's private life, cannot be deemed to contribute to any debate of general interest to society despite the applicant being known to the public*³⁷⁴). Ne consegue che tali pubblicazioni sono state realizzate al solo scopo di soddisfare la curiosità di una particolare sfera di lettori sui dettagli della vita privata

³⁷¹ Art. 8 CEDU "1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario."

³⁷² Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 24 giugno 2004, *Von Hannover c. Germany*, n. 58.

³⁷³ "The Court considers that a fundamental distinction needs to be made between reporting facts – even controversial ones – capable of contributing to a debate in a democratic society relating to politicians in the exercise of their functions, for example, and reporting details of the private life of an individual who, moreover, as in this case, does not exercise official functions. While in the former case the press exercises its vital role of "watchdog" in a democracy by contributing to "impart[ing] information and ideas on matters of public interest (*Observer and Guardian, cited above, ibid.*) it does not do so in the latter case." In Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 24 giugno 2004, *Von Hannover c. Germany*, n. 63.

³⁷⁴ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 24 giugno 2004, *Von Hannover c. Germany*, n. 65.

del soggetto ritratto. In tale ipotesi la libertà di espressione deve essere interpretata in un ambito più ristretto.

Nelle sue conclusioni, alla luce di quanto sopra, la Corte ha ritenuto che la linea di demarcazione della tutela della vita privata nei confronti delle libertà di espressione e di cronaca deve essere individuata, caso per caso, nella ricorrenza che le informazioni possano contribuire ad un dibattito di interesse generale. Conseguentemente, nel caso di specie, la Corte ha considerato violato l'art. 8 della Convenzione.

Revisionando il bilanciamento, effettuato dal *Bundesverfassungsgericht*, fra il diritto alla personalità e la libertà di cronaca, la Corte di Strasburgo ha quindi fatto prevalere il primo, sconfessando la posizione assunta dalla Germania.

Le reazioni della dottrina a questa decisione sono state di segno piuttosto diverso. Giova peraltro richiamare, ai fini del ragionamento che si sta sviluppando, i commenti che hanno sottolineato l'unilateralità dell'approccio della Corte, alla quale è stato rimproverato di aver ignorato piuttosto grossolanamente gli articolati argomenti della precedente sentenza del Tribunale costituzionale federale. Una prospettiva siffatta sembra molto distante da quella "*pratica interpretativa contestuale della Convenzione*" mediante la quale, in altri settori, i giudici di Strasburgo si sono mostrati attenti alle peculiarità dei contesti nazionali³⁷⁵.

Vista la delicatezza della problematica sopra illustrata (conflitto fra libertà di manifestazione del pensiero e protezione della privacy) i tribunali tedeschi e la Corte di Cassazione tedesca, di nuovo chiamati a decidere nel merito di casi simili di pubblicazione di fotografie rappresentanti Caroline di Monaco, hanno tentato di tener conto della sentenza di Strasburgo, modificando leggermente la giurisprudenza, ma argomentando a favore del peso politico di certi temi e tentando, per questa via, di legittimare l'intervento della stampa nella vita privata.

³⁷⁵ M. SCHEYLI, *Konstitutioneller Anspruch des EGMR und Umgang mit nationalen Argumenten*, in EuGRZ 2004, pagg 630 ss.

Applicando il canone interpretativo elaborato nel *Görgülü-Beschluß*, il Tribunale costituzionale federale³⁷⁶, ha “preso in considerazione” la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, “adattandola” all’ordinamento interno in sede di scrutinio di proporzionalità³⁷⁷.

In particolare, il *Bundesverfassungsgericht* ha fatto valere la reciprocità dei limiti³⁷⁸ ai rispettivi diritti: la clausola delle “*leggi generali*” di cui all’art. 5 GG sulla libertà di manifestazione del pensiero³⁷⁹ (tra cui rientrano le norme sul diritto all’immagine: §§ 22-23 *Kunsturhebergesetz*) è stata letta congiuntamente all’art. 8 CEDU sul rispetto alla vita privata. Per converso, la clausola limitativa dell’”*ordine costituzionale*” di cui all’art. 2 comma 1 GG³⁸⁰ sul diritto generale della personalità è stata interpretata alla luce dell’art. 10 CEDU sulla libertà di espressione³⁸¹.

I giudici costituzionali hanno fatto ampio ricorso alla giurisprudenza CEDU, relativa sia all’art. 8 che all’art. 10, *estendendo il piano del bilanciamento, accanto ai Grundrechte della Legge fondamentale, anche ai diritti della*

³⁷⁶ BVerfG 26 febbraio 2008, in *NJW* 2008, pagg 1137.

³⁷⁷ Per un commento alla sentenza si veda: FRENZ W, *Zusammenfassung von "Anmerkung zum Beschl. des BVerfG vom 26.2.2008 - 1 BvR 1602/07 (Recht am eigenen Bild für Prinzessin Caroline)"* in *NJW* 2008, pagg 3102 - 3105.

³⁷⁸ Per un efficace commento alla decisione, soprattutto in relazione al tema della reciprocità dei limiti ai diritti fondamentali si veda. HOFFMAN-RIEM W, *Die Caroline II-Entscheidung des BVerfG*, in *NJW* 2009, pagg 20 ss.

³⁷⁹ L’art. 5 del *Grundgesetz*, dopo aver affermato che ognuno ha diritto di esprimere e diffondere liberamente le sue opinioni con parole, scritti e immagini, e di informarsi, senza essere impedito, da fonti accessibili a tutti, così detta: “Sono garantite la libertà di stampa e d’informazione mediante la radio ed il cinematografo. Non si può stabilire alcuna censura. Questi diritti trovano i loro limiti nelle disposizioni delle *leggi generali*, nelle norme legislative concernenti la protezione della gioventù e nel diritto della persona al suo onore”

³⁸⁰ Il comma 1 dell’art. 2 GG stabilisce che “ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca *l’ordinamento costituzionale* o la legge morale.”

³⁸¹ „Über die Zuordnung einer Abbildung zu dem in § 23 Abs. 1 Ziffer 1 KUG genannten Bereich der Zeitgeschichte sei auch dann, wenn außerhalb einer örtlichen Abgeschlossenheit gewonnene Abbildungen einer der Öffentlichkeit bekannten Person wie der Beschwerdeführerin zu 3) verbreitet würden, im Wege einer Abwägung zwischen den von Art. 8 Abs. 1 EMRK und Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gewährleisteten Belangen des Abgebildeten und den von Art. 10 Abs. 1 EMRK und Art. 5 GG gewährleisteten Informationsinteressen der Öffentlichkeit zu entscheiden. Damit der Presse in den gesetzlichen Grenzen ein ausreichender Spielraum belassen bleibe, um nach publizistischen Kriterien darüber zu entscheiden, was eine Angelegenheit von öffentlichem Interesse sei, müsse der Begriff der Zeitgeschichte von dem Interesse der Öffentlichkeit her in einer Weise bestimmt werden, die alle Fragen allgemeinen gesellschaftlichen Interesses einschlieÙe. Unterhaltende Beiträge seien hiervon nicht ausgenommen. Auch in ihnen finde Meinungsbildung statt. Jedoch müsse die Presse hierbei den Schutz der Privatsphäre der betroffenen Personen berücksichtigen“, in BVerfG 26 febbraio 2008, cit. n. 18.

Convenzione. Così, mentre la Corte di Strasburgo aveva attribuito importanza prevalente all'art. 8 CEDU, il *Bundesverfassungsgericht* ha richiamato numerose pronunce della stessa Corte europea in materia di libertà di espressione ai sensi dell'art. 10, restituendo un quadro più equilibrato dei valori in gioco.

In secondo luogo, mentre nel primo giudizio del 2001, i giudici costituzionali avevano inquadrato la principessa di Monaco come *absolute Person der Zeitgeschichte*, tale cioè da suscitare sempre l'interesse del pubblico, nella seconda decisione del 2008 il Tribunale costituzionale, alla luce della decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che aveva considerato quell'approccio suscettibile di comprimere eccessivamente la vita privata della donna ritratta, ha abbandonato questo approccio. La valutazione degli interessi in gioco va effettuata insistendo su una valutazione da effettuarsi esclusivamente alla luce degli interessi emersi nel caso concreto.

Per contro, altri indirizzi interpretativi consolidati, invece, essi sono stati riaffermati. Diversamente dalla Corte di Strasburgo, il *Bundesverfassungsgericht* ha ribadito infatti che la *stampa da intrattenimento* rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 5 GG, potendo stimolare processi di discussione pubblica e confronti di opinione intorno a valori e scelte di vita. Parimenti, sono stati confermati gli orientamenti secondo cui a) il potere di decidere l'oggetto della pubblicazione fa parte del contenuto della libertà di stampa; b) il valore informativo dell'immagine è ricavato dal testo di accompagnamento; c) la legittima aspettativa a non essere fotografati sussiste solo in determinati spazi³⁸².

³⁸² „Die Beschwerdeführerin zu 2) rügt die Entscheidung des Landgerichts und deren Bestätigung durch das Revisionsurteil des Bundesgerichtshofs als Verletzung ihrer von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleisteten Freiheit der Presseberichterstattung. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unterfalle auch die Bebilderung eines unterhaltend ausgerichteten Pressebeitrags mit Bildnissen der Beschwerdeführerin zu 3) uneingeschränkt dem Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG. Es obliege allein der Presse, nach publizistischen Kriterien zu entscheiden, was sie des öffentlichen Interesses für wert halte. Den Gerichten sei es grundsätzlich verwehrt, ihre Beurteilung des Informationswerts einer Berichterstattung im Zuge der Abwägung an die Stelle der eigenen Einschätzung der Presse zu setzen. Die von Art. 5 Abs. 1 GG gewährleistete Meinungsbildung müsse weit verstanden werden und dürfe nicht auf den Bereich des politischen Lebens begrenzt werden. Denn auch die Berichterstattung über prominente Personen des öffentlichen Lebens außerhalb des Bereichs der Politik trage zur Meinungsbildung bei und erlaube

L'ultimo tassello di questa vicenda giurisprudenziale è costituito dalla pronuncia dello scorso febbraio 2012³⁸³, con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha preso nota della svolta giurisprudenziale del *Bundesgerichtshof* e dell'analisi dettagliata della giurisprudenza di Strasburgo da parte del *Bundesverfassungsgericht*, riconoscendone al contempo il margine di apprezzamento e chiudendo così positivamente il circuito cooperativo instauratosi fra le tre Corti.

Nello specifico, il Governo sosteneva, a differenza del 2004, di non aver violato l'obbligo convenzionale di prendere in considerazione la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo:

“The Government pointed out at the outset that there was no conflict between the Federal Constitutional Court and the Court. They observed that in its judgment of 14 October 2004 (Görgülü judgment – no. 2 BvR 1481/04, Reports of Judgments and Decisions of the Federal Constitutional Court no. 111, p. 307), the Federal Constitutional Court had stated that there were grounds for lodging a constitutional appeal before it where the domestic court had failed to take sufficient account of the Convention or of the Court’s case-law. They pointed out that in the present cases the Federal Court of Justice and the Federal Constitutional Court had taken the Court’s case-law into consideration, particularly the Von Hannover judgment. It could not therefore be alleged that there was an attitude of denial on the part of the German courts; on the contrary, they had granted far greater protection to personality rights than had been the case in the past.”

Questa posizione è stata confermata dagli stessi giudici di Strasburgo che hanno tenuto conto del fatto che nelle loro decisioni sia la Corte federale di giustizia che il Tribunale costituzionale tedesco hanno compiuto una puntuale analisi della

es der Leserschaft, ihre persönliche Lebenseinstellung an solchen Bezugspersonen auszurichten. Der Bundesgerichtshof dürfe den Informationswert einer Bildberichterstattung nicht an dem Inhalt der begleitenden Wortberichterstattung messen. Denn mit dem von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG der Presse gewährleisteten Freiraum für publizistische Entscheidungen sei es nicht vereinbar, die Zulässigkeit der Veröffentlichung von Personenbildnissen daran zu messen, ob die begleitende Wortberichterstattung einen nach Auffassung des Gerichts zureichenden Informationswert aufweise. Habe die Presse den Informationswert durch Veröffentlichung bejaht, sei dies auch von den Gerichten zugrunde zu legen.“ in BverfG 26 febbraio 2008, cit. n. 34..

³⁸³ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, *von Hannover c. Germania* (n. 2), 7 febbraio 2012.

sua giurisprudenza in materia: pertanto ha riconosciuto che le corti nazionali, *nell'ambito del margine di apprezzamento che compete loro nel bilanciare interessi confliggenti*, hanno rispettato l'obbligazione positiva che discende dall'art. 8 CEDU³⁸⁴.

1.3.2. Le reazioni della dottrina: la sentenza della Corte Europea di diritti dell'uomo travolge anche la validità della custodia di sicurezza postuma?

Poco dopo la pubblicazione della sentenza definitiva della Corte di Strasburgo in materia di custodia di sicurezza, voci dalla dottrina hanno richiesto una *riforma globale* del sistema della *Sicherungsverwahrung*³⁸⁵: a tal fine è stato suggerito il coinvolgimento di una commissione di esperti, svincolata dai poteri politici, composta da giudici, avvocati, medici, criminologi ecc., in modo da assicurare un ampio punto di vista per affrontare gli aspetti problematici di questa

³⁸⁴ “ *The Court observes that, in accordance with their case-law, the national courts carefully balanced the right of the publishing companies to freedom of expression against the right of the applicants to respect for their private life. In doing so, they attached fundamental importance to the question whether the photos, considered in the light of the accompanying articles, had contributed to a debate of general interest. They also examined the circumstances in which the photos had been taken. The Court also observes that the national courts explicitly took account of the Court’s relevant case-law. Whilst the Federal Court of Justice had changed its approach following the Von Hannover judgment, the Federal Constitutional Court, for its part, had not only confirmed that approach, but also undertaken a detailed analysis of the Court’s case-law in response to the applicants’ complaints that the Federal Court of Justice had disregarded the Convention and the Court’s case-law. In those circumstances, and having regard to the margin of appreciation enjoyed by the national courts when balancing competing interests, the Court concludes that the latter have not failed to comply with their positive obligations under Article 8 of the Convention. Accordingly, there has not been a violation of that provision.*”, in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, von Hannover c. Germania (n. 2), 7 febbraio 2012 n. 124-126.

³⁸⁵ „*Wie soll mit den Gewaltverbrechern, die laut Gutachten (eine Prognose zur Gefährlichkeit des Betroffenen durch ein Expertengremium) eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellen, verfahren werden, wenn der EGMR die Sicherungsverwahrung eines Tages ganz verwirft? Wie kann die Bevölkerung der Bundesrepublik vor diesen potentiell gefährlichen Gewalttätern geschützt werden, wenn diese nach Verbüßung ihrer Haftstrafe wieder entlassen werden müssen? Herauskrallisiert hat sich jedenfalls, dass eine Reform des Systems der Sicherungsverwahrung in der Bunderepublik von Nöten ist.*“ In S. HILBERTH, M. KIEL, *Vereinbarkeit nachträglicher Sicherungsverwahrung mit Rückwirkungsverbot aus Art. 7 EMR- EGMR v. 17.12.2009 – Individualbeschwerde-Nr. 19359/04K*, in RUB RR- Rechtsprechungs- Report del Ruhr- Universität Bochum, n. 1/2010, p. 91 (<http://www.rubrr.de>), v. Anche A. KREUZER, T. BARTSCH, *Rechts und Vollzug der Sicherungsverwahrung- Diskussionsstand und Reformvorschläge*, in *Forum Strafvollzug* 2010, pag 124.

disciplina che trovi, contemperando i molteplici interessi in gioco, la soluzione che meno sacrifichi le esigenze individuali e collettive. L'implemento degli strumenti terapeutici da parte dei singoli *Länder* è il punto di partenza che la dottrina ha suggerito: in tal modo quindi non va sottovalutata l'importanza di un eventuale trasferimento di competenze dal *Bund* ai *Länder*, che meglio assicurerebbe la cura degli internati.

Parte della dottrina ritiene però che la strada da seguire sia un'altra: con la sentenza *M. vs. Germany* del 2009 infatti, la Corte Europea di diritti dell'uomo non ha censurato interamente l'istituto della *Sicherungsverwahrung* in quanto, eliminata l'applicazione retroattiva, la misura in questione rispetterebbe i vincoli imposti dall'art. 5 comma 1 CEDU (limitando la libertà personale con una forma di detenzione *legale*, ovvero susseguente sia logicamente che causalmente ad una sentenza di condanna, come previsto dalla lett. a)) e non contrasterebbe con il divieto di irretroattività in materia penale stabilito dall'art. 7 CEDU.

In particolar *Kinzig* prende posizione in relazione ai tre diversi istituti della custodia di sicurezza (*Dreispurigkeit der Sicherungsverwahrung aus traditionell, vorbehaltene und nachträgliche*): egli ritiene che le indicazioni fornite dalla Corte europea si dovrebbero tradurre nel potenziamento della sola custodia di sicurezza base *ex § 66 StGB* intorno alla quale andrebbero concentrate le attenzioni del legislatore per la lotta contro i reati sessuali o violenti poiché questa costituirebbe l'unico strumento in grado di infondere fiducia nei cittadini senza violare la Convenzione³⁸⁶.

Kinzig si è quindi fatto portavoce di quella parte della dottrina³⁸⁷ che, all'indomani della decisione del dicembre del 2009, ha sostenuto che l'argomentazione riportata dalla Corte di Strasburgo in merito all'incompatibilità fra l'espunzione con efficacia *ex tunc* del termine massimo decennale e la garanzia convenzionale della libertà personale *ex art. 5 comma 1 CEDU* potrebbe essere

³⁸⁶ KINZIG, "Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland", in *NStZ* 2010, pag 239.

³⁸⁷ H. E. MÜLLER, "Die Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention", in *StV* 2010, pag 211.

pertinente anche rispetto alla custodia di sicurezza postuma: anche nel caso di *nachträgliche Sicherungsverwahrung* infatti farebbe difetto il collegamento causale richiesto dalla lett. a) dell'art. 5 comma 1 CEDU fra la sentenza di condanna e il provvedimento custodiale. Si sostiene quindi che, nel caso in cui il giudice non si riservi, al momento della sentenza di condanna, la possibilità di ordinare la custodia di sicurezza *ex* § 66a StGB, a stento potrà essere considerato esistente il collegamento causale richiesto dalla Corte europea per i diritti dell'uomo fra il provvedimento postumo e la sentenza di condanna. La custodia di sicurezza postuma potrebbe essere conforme alla Convenzione qualora fosse fondata totalmente su una decisione autonoma, perché in tal caso sarebbe coperta dall'art. 5 comma 1 CEDU.

Tuttavia, alla luce del fatto che il § 66b StGB esige la sussistenza di “*neue Tatsachen*” emersi *dopo* la sentenza di condanna, parte della dottrina sostiene che in realtà siano questi il fondamento dell'ordine postumo di internamento, e non il fatto di reato che aveva provocato il procedimento a suo carico.

A ciò però si contesta che la prognosi di pericolosità formulata a seguito dei fatti emersi in seguito alla sentenza di condanna non è di per sé sufficiente per emettere l'ordine di internamento postumo, perché decisiva è la sussistenza di una precedente sentenza di condanna che non è qualificata quindi come una mera condizione, bensì come la reale giustificazione (*ihre eigentliche Rechtfertigung*) dell'ordine postumo di internamento³⁸⁸.

*Roseanu e Peters*³⁸⁹ sostengono invece che la legittimità della custodia di sicurezza postuma possa essere giustificata alla luce di quella teoria, che ha preso piede negli Stati Uniti negli anni Novanta, che antepone risolutivamente le istanze preventive a quelle garantistiche individuali e che ha portato all'emanazione della “*Three Strikes Law*”: sulla base di questa, nel caso in cui un soggetto commetta per

³⁸⁸ “Wenn es schon konventionswidrig ist, bei einer im Urteil angeordneten Sicherungsverwahrung lediglich die Höchstfrist rückwirkend zu beseitigen, dann könnte es erst recht konventionswidrig sein, eine im Urteil gar nicht vorgesehene Sicherungsverwahrung vollständig nachträglich anzuordnen.” in H. E. MÜLLER, “Die Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention”, in *StV* 2010, pagg 211 ss.

³⁸⁹ H. ROSENAU, M. PETERS, “Anmerkung zu BVerfG Beschluss v. 23.08.2006”, in *JZ* 2007, pag 586.

tre volte il medesimo reato (anche se di poca rilevanza), verrà irrogata nei suoi confronti una pena detentiva molto lunga, a volte anche l'ergastolo. In realtà a ciò è stato obiettato che l'ordinamento tedesco, a differenza di quello statunitense, non persegue, con l'ordine postumo di internamento in custodia di sicurezza, finalità preventive, bensì rappresenta un "aggravamento tardivo della pena" (*eine nachträgliche faktische Reaktionverschärfung*)³⁹⁰.

Inoltre la dottrina³⁹¹, all'indomani della sentenza di Strasburgo, riferisce un contrasto con l'art. 7 comma 1 CEDU anche ad opera della disciplina della custodia di sicurezza postuma: la legge del 29 luglio 2004 che ha introdotto questa terza variante della *Sicherungsverwahrung* infatti dispiega effetti anche nei confronti di soggetti che hanno compiuto il fatto prima della entrata in vigore della legge stessa; per questo motivo, così come la Corte europea dei diritti dell'uomo ha incluso nel concetto di pena ai sensi dell'art. 7 CEDU la custodia di sicurezza primaria *ex § 66 StGB*, vietandone l'applicazione retroattiva, allo stesso modo *Kinzig* vi include quella postuma disciplinata dal § 66b StGB.

1.3.3. Il contrasto giurisprudenziale sull'esecuzione nell'ordinamento interno di M. c. Germany

La giurisprudenza tedesca ha mostrato orientamenti divergenti in ordine al riconoscimento degli effetti diretti della pronuncia della Corte europea sulle decisioni da assumere rispetto ai casi paralleli (*Altfälle*), ovvero quei casi di soggetti nei confronti dei quali, prima della modifica legislativa intervenuta nel 1998, era stata ordinata per la prima volta la custodia di sicurezza e che si trovavano ancora in stato di custodia perché era stato loro prolungato il periodo di internamento (sulla

³⁹⁰ H. E. MÜLLER, "Die Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention", in *StV* 2010, pag 211.

³⁹¹ KINZIG, "Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland", in *NStZ* 2010, pag 239.

base della legge del 1998 che consente retroattivamente il prolungamento del termine massimo decennale)³⁹².

In particolare, la Corte di Cassazione federale, si è spaccata sulla interpretazione della clausola di riserva contenuta nel § 2 comma 6 StGB che, per le misure di sicurezza, dispone l'applicazione della legge vigente al tempo della decisione, *salvo che la legge disponga altrimenti*³⁹³.

Con la prima decisione del 12 maggio 2010³⁹⁴ (intervenuta quindi solo due giorni dopo il rigetto da parte della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo del rinvio presentato dal Governo a seguito della sentenza M. vs. Germany del 2009), la quarta sezione del *Bundesgerichtshof* si è pronunciata circa il ricorso presentato da un cittadino contro una sentenza del 4 aprile 2004 emessa nei suoi confronti del *Landgericht* di Saarbrücken, con la quale il tribunale aveva ordinato la custodia di sicurezza postuma *ex* § 66b comma 3 StGB, al termine dell'esecuzione di una pena irrogatagli in data 28 settembre 1989.

In particolare i giudici del *Bundesgerichtshof* hanno ritenuto applicabile alla custodia di sicurezza postuma la pronuncia della CEDU nella parte in cui ritiene illegittimo l'abbattimento retroattivo del termine massimo decennale della misura stessa: per questo motivo, come previsto dal § 2 comma 6 del codice penale, hanno considerato legittimo derogare alla regola che prevede come legge regolatrice delle misure di sicurezza quella vigente al momento della sua applicazione "*wenn gesetzlich nichts anderes bestimmt ist*", quando cioè la legge dispone diversamente.

³⁹² I giudici, come esposto, non sapevano se dovevano interpretare la disciplina della custodia di sicurezza restrittivamente, alla luce della sentenza della Corte europea per i diritti dell'uomo, oppure se continuare a seguire l'interpretazione conferita ad essa dalla Corte costituzionale Federale nel 2004 sulla base del fatto che solo il legislatore o il giudice costituzionale possono modificare la legge. („*Fraglich ist, ob die ordentlichen Gerichte bei vorliegender Rechtsfrage zu einer anderen, den Vorgaben des EGMR entsprechenden Auslegung der Normen über die Sicherungsverwahrung kommen können oder ob diese durch das Bundesverfassungsgericht mit der Entscheidung aus Februar 2004 binden vorgeben ist und nur durch das Verfassungsgericht oder den Gesetzgeber geändert werden kann.*") in J. LEYGRAF, *Ist die nachträgliche Sicherungsverwahrung am Ende? Rechtsfolgen der Entscheidung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vom 17.12.2009*, in *Der Nervenarzt*, 2010, pag 870.

³⁹³ M. ALEX, T. FELTES, *Nachträgliche Sicherungsverwahrung- Anmerkungen zur Aktuellen Diskussion*, in *Forum Strafvollzug* 2010, pag 159.

³⁹⁴ BGH 12 maggio 2010, in *NStZ* 2010, pagg 567 ss.

Il BGH ha quindi considerato le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte europea (ovvero l'art 7 comma 1 CEDU che impedisce l'applicazione del § 66 comma 3 a fatti avvenuti anteriormente all'entrata in vigore dello stesso), una fonte legale capace di derogare alla disciplina generale; la custodia di sicurezza non è quindi regolata alla legge vigente al momento della sua esecuzione, ma da quella vigente al momento della commissione del fatto, perché così dispone la CEDU come interpretata dalla Corte Europea per i diritti dell'uomo, alla quale viene quindi attribuito rango di fonte primaria³⁹⁵. I giudici hanno quindi applicato il principio di interpretazione conforme alle norme della CEDU³⁹⁶.

Alcuni giudici d'appello si sono uniformati alla pronuncia del *Bundesgerichtshof* del 12 maggio 2010, ponendo termine alla custodia di sicurezza di coloro che, per fatti commessi prima del 1998, avevano già superato i dieci anni di internamento. Altri giudici d'appello, al contrario, si sono rifiutati di procedere in questo senso, ritenendo che il testo del codice penale non consenta un'interpretazione conforme agli artt. 5 e 7 CEDU: infatti la sezione 1a del § 3 dell'Introduzione al codice penale stabilisce espressamente che l'applicazione del termine massimo di durata della custodia di sicurezza si applica anche a coloro che hanno commesso il fatto prima dell'entrata in vigore della modifica. Secondo questi giudici spetterebbe soltanto al *legislatore* dare esecuzione alla sentenza M. c. Germany³⁹⁷.

La questione è stata comunque fatta oggetto di diversi rinvii alla Corte di Cassazione, tesi ad ottenere la soluzione del contrasto. La quinta sezione del

³⁹⁵ A. GREGER, *Herausforderung Sicherungsverwahrung*, in *NStZ* 2010, pag 676.

³⁹⁶ Nello stesso senso, C. LAUE, "Entscheidung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zur Sicherungsverwahrung" in *Forens Psychiatric Psychol Kriminol* 2010, pag 150: "Darüber hinaus müssen die Konventionsstaaten durch allgemeine Maßnahmen sicherstellen, dass eine Konventionsverletzung sich nicht mehr wiederholt. Dies bedeutet, dass § 67d Abs. 3 StGB nicht mehr auf "Altfälle", d.h. auf Anlasstaten zur Anordnung von Sicherungsverwahrung, die vor dem 31.01.1998 begangen wurden, angewendet werden darf. Mit anderen Worten: die unbefristete erstmalige Sicherungsverwahrung ist zur dann zulässig, wenn die Tat, die der Verurteilung mit der Anordnung der Aicherungsverwahrung zugrunde liegt, nach dem 31.01.1998 begangen wurde."

³⁹⁷ G. ABBADESSA, *Tre sentenze sulla "custodia di sicurezza" (Sicherungsverwahrung) nell'ordinamento tedesco, e sull'obbligo dello Stato di adeguarsi ai giudicati della Corte*, in *dir.pen.cont.*, pag 2.

*Bundesgerichtshof*³⁹⁸ si è però espressa in senso difforme, escludendo che nella nozione di legge, di cui alla clausola di riserva contenuta nel § 2 comma 6 StGB, possa essere inclusa la Convenzione europea: per questo motivo la sentenza della Corte europea che ha dichiarato illegittimo l'abbattimento retroattivo del termine massimo di durata della misura e che ha imposto quindi l'applicazione della legge vigente al momento del fatto in sede di applicazione della custodia di sicurezza, non può essere considerata una deroga al principio generale che dispone l'applicazione della legge vigente al momento dell'esecuzione. In caso contrario, si verificherebbe un contrasto con la scelta a suo tempo fatta dal legislatore³⁹⁹ di differenziare la disciplina generale della successione di leggi penale fra pene e misure di sicurezza e l'interpretazione della legge interna così risultante non apparirebbe quindi “*metologicamente sostenibile*”⁴⁰⁰.

A parere della quinta sezione invece la sentenza della Corte europea imporrebbe piuttosto di valorizzare il principio di *proporzione* in funzione di un'interpretazione restrittiva della custodia di sicurezza, che deve essere interrotta trascorso il decimo anno, salvo che sussistano circostanze *eccezionali* che la Cassazione divide in due gruppi. Il diritto del soggetto a non subire un prolungamento dell'internamento può essere soppresso a favore delle esigenze della collettività se: 1) considerando le circostanze personali e i comportamenti dell'internato sussiste un pericolo elevato di commissione di gravi reati violenti o sessuali⁴⁰¹; 2) il soggetto ha commesso una molteplicità di reati violenti o sessuali e ha tenuto durante il periodo dell'internamento un comportamento tale (progettando, per esempio, la commissione di ulteriori reati nel tempo in cui le modalità

³⁹⁸ BGH, 9.11.2010, in *NStZ* 2011, pagg 149 ss.

³⁹⁹ Il legislatore ha sempre espresso chiaramente la volontà di rendere la disciplina applicabile anche per fatti compiuti prima dell'entrata in vigore della legge di riforma di volta in volta intervenuta, v. art. 1 comma 3 del *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch* del 1975, la legge sulla lotta contro i reati sessuali del 1998 e quella di introduzione della custodia di sicurezza postuma del 2004.

⁴⁰⁰ “*dass Art. 7 Abs. 1 S.2 EMRK in seiner Auslegung durch den EMGR keine andere gesetzliche Bestimmung im Sinne von § 2 Abs. 6 StGB darstellt, mit der Folge, dass hinsichtlich der Fortdauer der Sicherungsverwahrung nicht das zur Tatzeit einschlägig ist. Ein anderes Ergebnis bewege sich nicht mehr in Rahmen methodisch vertretbare Gesetzauslegung*” in M. PÖSL, “*Die Sicherungsverwahrung im Fokus von BVerfG, EGMR und BGH*”, in www.zjs-online.com, pag 142.

⁴⁰¹ “*wenn aus den konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Unterbrachte nim Vollzug eine hochgradige Gefahr schwester Gewalt- oder Sexualverbrechen abzuteilen sei*”, in BGH 9 novembre 2010 *cit.*, n. 43.

dell'internamento sono state allentate) da escludere la possibilità di un suo miglioramento⁴⁰².

2. La visita in Germania della “European Committee for the Prevention of Torture and inhuman or degrading treatment or punishment” del 2010

Fra il 25 novembre e il 7 dicembre 2010 la Commissione europea per la prevenzione contro la tortura e i trattamenti disumani e degradanti visitò ufficialmente le unità destinate alla custodia di sicurezza di alcuni istituti di detenzione tedeschi, ovvero quello di Freiburg (Baden-Württemberg), di Burg (Sachsen-Anhalt) e di Schwäbisch-Gmünd⁴⁰³.

La visita coincise da un punto di vista temporale con un momento in cui in Germania il dibattito concernente la custodia di sicurezza era molto acceso: le forze politiche, in particolare, discutevano circa l'eventualità (*rectius*: necessità) di apportare modifiche sostanziali alla disciplina della *Sicherungsverwahrung* per ottemperare alle richieste della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁰⁴.

Riteniamo utile riportare le osservazioni della suddetta Commissione per consentire un'analisi più dettagliata delle condizioni degli internati e per meglio comprendere di quali esigenze ha dovuto tenere conto il legislatore nel riformare la disciplina della custodia di sicurezza.

⁴⁰² “ *wenn der Verurteilte- beispielweise mit hoher Rückfallgeschwindigkeit während gewährter in oben genannten Sinne begangne hat und sich in Rahmen des Vollzug der Sicherungsverwahrung keine Anhaltspunkte für eine Besserung ergeben, die eine Reduzierung der in Vorleben bewiesenen Gefährlichkeit nahelegen*” in BGH 9 novembre 2010, *cit.*, n. 44.

⁴⁰³ Per accedere al testo completo del report della Visita ufficiale della Commissione in Germania: <http://www.cpt.coe.int/en/visits.htm>

⁴⁰⁴ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, Sez V, 17 dicembre 2009, M. c. *Germany* (n. 19359/04).

1) L'istituto di detenzione di *Freiburg*⁴⁰⁵ dispone di un'unità separata, destinata ai soggetti sottoposti alla *Sicherungsverwahrung* che, al momento della visita, ospitava 51 internati: ad essi l'istituto offre la possibilità di svolgere attività lavorative educative e sportive. Tuttavia, come già rilevato negli istituti visitati nel 2005, i contatti fra gli internati e il personale è mantenuto al minimo e vi sono numerose lacune per quanto concerne i trattamenti psicologici necessari al reintegro nella società dei soggetti. La delegazione della Commissione ha intervistato numerosi internati i quali hanno dichiarato “*that they have lost all their hope to be released and their motivation to engage in any form of activity*”: ciò è dimostrato anche dal fatto che solo *cinque* su 51 internati sfruttano abitualmente l'ora d'aria giornaliera. Le agevolazioni concesse a questi soggetti rispetto ai detenuti in esecuzione di una pena sono, a parere della Corte, di scarsa rilevanza: si tratta, in particolare, dell'orario in cui la porta della cella rimane aperta, prolungato fino alle 21.45, del permesso di indossare abiti personali, di arredare la cella con proprio mobili, fra i quali è concesso possedere un frigorifero, una televisione, un acquario o una gabbia per uccelli e infine della possibilità di possedere una certa quantità di denaro personale. La delegazione non reputa queste agevolazioni sufficienti alla luce dell'*Abstandsgebot* richiesto dalla Corte europea per i diritti dell'uomo, tali quindi da distinguere le condizioni di internamento dei soggetti sotto custodia di sicurezza e quelle di detenzione di quelli in esecuzione di una pena. Queste manchevolezze sono state riconosciute dal direttore dell'istituto, e concrete misure sono state adottate dal ministro della giustizia del Baden-Württemberg per migliorare questa situazione: in particolare tutti gli internati sono stati trasferiti in un altro edificio, separato da quello principale, dotato di infrastrutture “*more suitable and less carceral*”, che dispongono di 65 camere singole di 15 metri quadri ognuna, di un ampio spazio per i soggetti affetti da psicopatie, di una stanza comune con televisione, divani, tavolo da tennis, etc.. Inoltre viene offerta agli internati la possibilità di svolgere attività sportiva quotidiana all'aria aperta. Infine è in progetto l'incremento del numero del personale addetto, fra i quali si annoverano,

⁴⁰⁵ Per una descrizione di questo istituto v. T. GORZEL, G. LEFERING, *Wegschließen- und zwar für immer?! Zur Umsetzung der Sicherungsverwahrung in der JVA Freiburg*, in *Forum Strafvollzug* 3/2010, pag 136.

per migliorare il programma motivazionale e le attività terapeutiche, tre nuovi psicologi, e 12 “*prison officers*”⁴⁰⁶.

2) L’istituto di detenzione di *Burg* è divenuto operativo nel 2009, ed è il primo istituto in Germania parzialmente privatizzato⁴⁰⁷. Nel 2010 è stato aperta, in un edificio separato, l’unità per la custodia di sicurezza, destinata ad ospitare 30 internati. Sulla base di un accordo dell’istituto in questione con tre *Länder* (Saxony, Saxony-Anhalt e Thüringen), tutti i soggetti di sesso maschile che, nei suddetti *Länder*, vengono condannati all’internamento nella custodia di sicurezza, devono essere trasferiti dalle altre prigioni a quella in esame. Al momento della visita il numero degli internati presenti era di 26. La delegazione ha riscontrato la presenza di uno *standard* molto elevato: gli internati sono infatti tutti disposti in camere singole, di dimensioni adeguate, ben arredate e illuminata di luce naturale e hanno anche a disposizione numerosi spazi comuni. Inoltre tutti gli internati possono trascorrere fino a 5 ore al giorno all’aria aperta e beneficiano di un’ampia offerta lavorativa e ricreativa. La delegazione è stata quindi soddisfatta dell’istituto in oggetto, ma riferisce l’esistenza di dissidi fra gli amministratori e gli internati, riguardanti in particolare il fatto di essere stati trasferiti contro la loro volontà in un altro *Länder*, lontani dai familiari e dagli affetti, e il divieto di possedere apparecchi elettronici personali nelle stanze. Di conseguenza, come si legge nel *Report* della delegazione, la maggior parte degli internati si rifiuta di prendere parte alle attività organizzate dall’istituto e di utilizzare gli spazi comuni, mostrando astio nei confronti degli amministratori e asserendo: “*we were only waiting to die*”. Nell’istituto è anche presente una cella di sicurezza (*besonders gesicherter Hauftraum*): la delegazione ne raccomanda un uso eccezionale e suggerisce

⁴⁰⁶ *Report to the German Government on the visit to Germany carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, n. 106-108, pag 46.

⁴⁰⁷ L’istituto in questione appartiene ad una società privata (PJB - *Projectgesellschaft Justizvollzug Burg GmbH & co KG*): gli amministratori e il personale sono dipendenti pubblici, mentre i servizi aggiuntivi come per esempio le infermiere e gli psicologi, sono dipendenti della società tramite un contratto di natura privatistica.

l'utilizzo di un sensore acustico inserito nella cella per monitorare l'attività dell'internato⁴⁰⁸.

3) La delegazione visitò anche l'istituto di *Schwäbisch-Gmünd*, all'interno del quale è internata solo una donna: avendo manifestato comportamenti violenti (contro il personale dell'istituto di detenzione) durante l'esecuzione della pena, è stata destinataria di un ordine postumo di *Sicherungsverwahrung ex § 66b* e di un serie di misure per garantire la sicurezza del personale (è in stato di segregazione e durante gli spostamenti viene trasportata con mani e braccia legate), sottoposte a revisione trimestrale. La delegazione, dopo aver analizzato i suoi documenti legali e medici e dopo aver intervistato il personale, si è dichiarata soddisfatta della professionalità con la quale l'istituto nel complesso si è approcciato alla donna, considerando positivo, fra le altre cose, il continuo tentativo di instaurare rapporti umani con lei, anche tramite attività da compiere nella cella⁴⁰⁹.

3. *Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung* del 22 dicembre 2010

L'esigenza di metter mano ad un intervento riformatorio in materia di *Sicherungsverwahrung* è stata avvertita in Germania non soltanto in seguito all'emanazione della suddetta sentenza della Corte europea (come è stato sostenuto da certi media, in particolare dalla stampa, facendo leva sulle preoccupazioni e sulle paure dei vasti strati della popolazione); questa necessità si è imposta infatti anche a causa degli interventi legislativi - frammentari, disorganici, e definiti dalla dottrina

⁴⁰⁸ *Report to the German Government on the visit to Germany carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, n. 109-113, pagg 47-48.

⁴⁰⁹ *Report to the German Government on the visit to Germany carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, n. 114, pagg 48-49.

caotici- succedutesi negli ultimi dodici anni, che hanno comportato un inasprimento della legislazione in materia (e, quale conseguenza naturale, ad incertezze interpretative) ad una giurisprudenza tutt'altro che univoca nonché ad un notevole aumento degli internati (si ricorda che dal 1998 al 2010 in numero è salito da circa 200 a circa 500). In aggiunta, i numerosi dubbi di legittimità costituzionale e di compatibilità con le garanzie della Convenzione europea hanno richiesto al legislatore una letterale “corsa ai ripari”, sollecitata anche dalla dottrina che ha proposto diverse soluzioni volte a semplificare l’assetto normativo.

Questa situazione ha indotto il ministro federale a far elaborare un progetto di legge, presentato il 23 giugno 2010, al fine di colmare le lacune esistenti e con lo scopo di rendere effettiva ed efficace la tutela da criminali di accertata pericolosità sociale. Obiettivi iniziali della riforma erano quelli di: a) ampliare i casi nei quali fosse possibile applicare la custodia di sicurezza primaria *ex* § 66 StGB e quella c.d. “riservata” *ex* § 66a StGB; b) permettere all’autorità giudiziaria di constatare la pericolosità sociale dell’autore del reato in una fase non ancora avanzata del procedimento penale, rendendo in tal modo superflua la custodia di sicurezza postuma, che come già esposto, presenta seri problemi di compatibilità con il *Grundgesetz* e con la Convenzione europea, oltre al fatto che ha avuto una scarsa rilevanza pratica (solo 12 soggetti sono stati internati con un ordine postumo di internamento *ex* §66b).

Riguardo a questo ultimo punto va evidenziato che, nel corso di una riunione dei ministri della Giustizia dei *Länder* del 6 agosto 2010 (a cui partecipò un sottosegretario del ministero federale della giustizia), la maggioranza dei rappresentanti si è dichiarata d’accordo con il progetto di riforma volto a tutelare la collettività dai soggetti imputabili pericolosi, anticipando l’accertamento della pericolosità sociale dell’autore del reato. In tale occasione è stata anche ribadita l’esigenza di un maggior coordinamento fra i *Länder* al fine di garantire l’attuazione e l’efficacia delle emanande disposizioni legislative e regolamentari⁴¹⁰.

⁴¹⁰ A. KAPPELLER, *Sicherungsverwahrung in Germania, proposta di legge di modifica*, in <http://www.filodiritto.com>.

L'incremento dell'utilizzo della custodia di sicurezza primaria e riservata, con il contestuale abbandono progressivo di quella postuma, è stato suggerito anche dallo stesso ministro della Giustizia, che, nella citata intervista rilasciata in materia di *Sicherungsverwahrung*: 1) enuncia i rischi per la collettività connessi ad una tardiva prognosi di pericolosità sociale, connessi soprattutto ai vincoli probatori necessari per dimostrare la sussistenza di "Neue Tatsachen" e per emettere quindi l'ordine postumo di internamento⁴¹¹; 2) ritiene necessaria una riforma alla luce della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha espresso principi che mal si concilierebbero anche con la custodia di sicurezza postuma⁴¹²; 3) considera sufficiente, per una prognosi immediata di pericolosità, lo stato delle conoscenze in materia di medicina psichiatria e psicologia⁴¹³.

Alla luce di queste considerazioni il *Bundestag* ha approvato il 22 dicembre 2010, la riforma della normativa sulla custodia di sicurezza (*Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung*⁴¹⁴), entrata in vigore il 1 gennaio 2011⁴¹⁵.

La legge di riforma si ispira a due linee di politica criminale: tutelare la collettività dai soggetti pericolosi e garantire il diritto degli internati. Questo duplice scopo è stato perseguito attraverso la parziale abolizione della custodia di sicurezza postuma e il contemporaneo rafforzamento delle altre due forme di custodia di sicurezza⁴¹⁶: in particolare la custodia di sicurezza viene conservata solo nel caso di crimini particolarmente gravi e violenti e per quelli a sfondo sessuale.

Inoltre, la Commissione Giustizia del *Bundestag* ha proposto alcune modifiche al testo del progetto di legge presentato dai partiti di maggioranza, restringendo ulteriormente il numero dei reati per i quali sarà possibile la custodia preventiva. In particolare questa sarà esclusa per i crimini contro la proprietà e

⁴¹¹ "Fragen und Antworten zur Sicherungsverwahrung", 9. August 2010, cit., n. 11, 2.

⁴¹² "Fragen und Antworten zur Sicherungsverwahrung", 9. August 2010, cit., n. 11, 3.

⁴¹³ "Fragen und Antworten zur Sicherungsverwahrung", 9. August 2010, cit. n. 11, 4.

⁴¹⁴ BGBl. I S. 2300 (Nr. 68)

⁴¹⁵ v. anche „Sicherungsverwahrung, Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen“, in <http://gesetzgebung.beck.de/news/sicherungsverwahrung>.

⁴¹⁶ M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont., pag 28.

quelli di media pericolosità, come ad esempio l'incendio doloso e la detenzione di esplosivi⁴¹⁷.

Per quanto concerne la custodia di sicurezza primaria, il legislatore *ha limitato* la tipologia dei reati-presupposto ai reati più gravi (i delitti contro la vita, l'incolumità personale, l'autodeterminazione sessuale, la libertà personale, la rapina aggravata e i delitti di comune pericolo⁴¹⁸), alla luce della qualificazione di misura di *ultima ratio* conferita dalla Corte europea alla *Sicherungsverwahrung* .

⁴¹⁷ „Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung vom 22 Dezember 2010 - Legge per la nuova regolamentazione della custodia di sicurezza e su norme collaterali“, in Legislazione straniera 6/2010, p. 11-12, in <http://biblioteca.camera.it/application/xmanager/projects/biblioteca/attachments/documenti/files/000/000/148/LS2010-6.pdf>.

⁴¹⁸ § 66 *Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (1) Das Gericht ordnet neben der Strafe die Sicherungsverwahrung an, wenn: 1. jemand zu Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren wegen einer vorsätzlichen Straftat verurteilt wird, die: a) sich gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung richtet, b) unter den Ersten, Siebenten, Zwanzigsten oder Achtundzwanzigsten Abschnitt des Besonderen Teils oder unter das Völkerstrafgesetzbuch oder das Betäubungsmittelgesetz fällt und im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren bedroht ist oder, c) den Tatbestand des § 145a erfüllt, soweit die Führungsaufsicht auf Grund einer Straftat der in den Buchstaben a oder b genannten Art eingetreten ist, oder den Tatbestand des § 323a, soweit die im Rausch begangene rechtswidrige Tat eine solche der in den Buchstaben a oder b genannten Art ist, 2. der Täter wegen Straftaten der in Nummer 1 genannten Art, die er vor der neuen Tat begangen hat, schon zweimal jeweils zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist, 3. er wegen einer oder mehrerer dieser Taten vor der neuen Tat für die Zeit von mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe verbüßt oder sich im Vollzug einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung befunden hat und 4. die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist. Für die Einordnung als Straftat im Sinne von Satz 1 Nummer 1 Buchstabe b gilt § 12 Absatz 3 entsprechend, für die Beendigung der in Satz 1 Nummer 1 Buchstabe c genannten Führungsaufsicht § 68b Absatz 1 Satz 4. (2) Hat jemand drei Straftaten der in Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 genannten Art begangen, durch die er jeweils Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verwirkt hat, und wird er wegen einer oder mehrerer dieser Taten zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt, so kann das Gericht unter der in Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 bezeichneten Voraussetzung neben der Strafe die Sicherungsverwahrung auch ohne frühere Verurteilung oder Freiheitsentziehung (Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 und 3) anordnen. (3) Wird jemand wegen eines die Voraussetzungen nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe a oder b erfüllenden Verbrechens oder wegen einer Straftat nach den §§ 174 bis 174c, 176, 179 Abs. 1 bis 4, §§ 180, 182, 224, 225 Abs. 1 oder 2 oder wegen einer vorsätzlichen Straftat nach § 323a, soweit die im Rausch begangene Tat eine der vorgenannten rechtswidrigen Taten ist, zu Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verurteilt, so kann das Gericht neben der Strafe die Sicherungsverwahrung anordnen, wenn der Täter wegen einer oder mehrerer solcher Straftaten, die er vor der neuen Tat begangen hat, schon einmal zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt worden ist und die in Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 und 4 genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Hat jemand zwei Straftaten der in Satz 1 bezeichneten Art begangen, durch die er jeweils Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verwirkt hat und wird er wegen einer oder mehrerer dieser Taten zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt, so kann das Gericht unter den in Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 bezeichneten Voraussetzungen neben der*

È stato però esteso da cinque a quindici anni l'arco temporale entro il quale devono essere stati commessi i reati da considerare agli effetti dell'ordine di custodia (*Rückfallverjährung*): in tal modo risulta ampliata la base del giudizio prognostico, che permane tuttavia limitato al rischio di commissione di gravi reati che comportino rilevanti danni *personali e morali* alla vittima (*die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist.*)

In secondo luogo è stata ampliata il campo di applicazione del § 66a (custodia di sicurezza riservata), applicabile ora anche agli autori *primari*, possibilità fino ad allora prevista solo per la custodia di sicurezza postuma.

Inoltre non è più sufficiente che al momento della sentenza di condanna “non sia accertabile con sufficiente certezza”(hinreichender Sicherheit) la pericolosità dell'autore, ma si richiede un accertamento in termini di “*probabilità*” che dalla valutazione complessiva delle personalità dell'autore e dei fatti commessi risulti che il soggetto è pericoloso per la collettività a causa della tendenza a commettere reati gravi, che, in particolar modo, procurano alla vittima gravi danni fisici o psichici (*nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar, aber wahrscheinlich ist, dass die Voraussetzungen des § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 vorliegen.*)

Infine, l'accertamento definitivo dello stato di pericolosità, che aveva come limite ultimo sei mesi prima della cessazione della pena detentiva, potrà essere

Strafe die Sicherungsverwahrung auch ohne frühere Verurteilung oder Freiheitsentziehung (Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 und 3) anordnen. Die Absätze 1 und 2 bleiben unberührt. (4) Im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 2 gilt eine Verurteilung zu Gesamtstrafe als eine einzige Verurteilung. Ist Untersuchungshaft oder eine andere Freiheitsentziehung auf Freiheitsstrafe angerechnet, so gilt sie als verbüßte Strafe im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 3. Eine frühere Tat bleibt außer Betracht, wenn zwischen ihr und der folgenden Tat mehr als fünf Jahre verstrichen sind; bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung beträgt die Frist fünfzehn Jahre. In die Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist. Eine Tat, die außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Gesetzes abgeurteilt worden ist, steht einer innerhalb dieses Bereichs abgeurteilten Tat gleich, wenn sie nach deutschem Strafrecht eine Straftat der in Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, in den Fällen des Absatzes 3 der in Absatz 3 Satz 1 bezeichneten Art wäre.

compiuto sino al termine ultimo di esecuzione della pena, come era previsto per la custodia di sicurezza postuma⁴¹⁹.

Questo ampliamento della custodia riservata impiega elementi di disciplina propri della custodia di sicurezza postuma. Ciò spiega perché siano stati sollevati dubbi sulla compatibilità della nuova disciplina con l'art. 5 lett. a) CEDU: tali profili si sostanziano in particolare nel rischio che l'ordine finale di applicazione della misura dipenda, più che dalla pericolosità manifestata dal soggetto nella commissione del reato-presupposto, dal comportamento del detenuto durante l'esecuzione della pena, venendo a mancare quel nesso causale fra condanna e titolo della limitazione della libertà personale che la Corte europea pone alla base del rispetto dell'art. 5 lett. a) CEDU⁴²⁰.

Inoltre la dottrina, seppur riconoscendo lo sforzo del legislatore di riportare il sistema ad un livello di controllo dell'autore pericoloso analogo a quello precedente alla sentenza della Corte europea che possa quindi resistere alla obiezioni mosse alla disciplina pregressa, evidenzia il rischio che *“l'effetto dei vasi comunicanti non riesca a contenere il numero degli internati”*, vista l'abolizione di alcune forme di custodia di sicurezza postuma e la conseguente estensione di altre; in altre parole, considerato che il legislatore ha diminuito drasticamente le ipotesi in

⁴¹⁹ § 66a Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (1) Das Gericht kann im Urteil die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorbehalten, wenn: 1) jemand wegen einer der in § 66 Absatz 3 Satz 1 genannten Straftaten verurteilt wird; 2) die übrigen Voraussetzungen des § 66 Absatz 3 erfüllt sind, soweit dieser nicht auf § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 verweist; 3) nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar, aber wahrscheinlich ist, dass die Voraussetzungen des § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 vorliegen. (2) Einen Vorbehalt im Sinne von Absatz 1 kann das Gericht auch aussprechen, wenn: 1) jemand zu einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren wegen eines oder mehrerer Verbrechen gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung, nach dem Achtundzwanzigsten Abschnitt oder nach den §§ 250, 251, auch in Verbindung mit § 252 oder § 255, verurteilt wird; 2) die Voraussetzungen des § 66 nicht erfüllt sind; 3) mit hinreichender Sicherheit feststellbar oder zumindest wahrscheinlich ist, dass die Voraussetzungen des § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 vorliegen. (3) Über die nach Absatz 1 oder 2 vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung kann das Gericht im ersten Rechtszug nur bis zur vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe entscheiden; dies gilt auch, wenn die Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung ausgesetzt war und der Strafrest vollstreckt wird. Das Gericht ordnet die Sicherungsverwahrung an, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Tat oder seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung ergibt, dass von ihm erhebliche Straftaten zu erwarten sind, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.

⁴²⁰ M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont., pag 29.

cui è possibile ordinare la custodia di sicurezza postuma, i giudici potrebbero essere portati ad aumentare gli ordini di custodia con riserva. Tuttavia *Kreuzer*, pur riconoscendo la sussistenza di questo rischio, evidenzia come sinora la giurisprudenza ha dato un'interpretazione restrittiva di tale disciplina⁴²¹.

In terzo luogo il legislatore è intervenuto in materia di *nachträgliche Sicherungsverwahrung*, limitando drasticamente i casi in cui può essere ordinata:

§ 66 b comma 1

„Ist die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 67d Abs. 6 für erledigt erklärt worden, weil der die Schuldfähigkeit ausschließende oder vermindernde Zustand, auf dem die Unterbringung beruhte, im Zeitpunkt der Erledigungsentscheidung nicht bestanden hat, so kann das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nachträglich anordnen“

La drastica contrazione della custodia di sicurezza postuma si traduce quindi nella possibilità di ordinare questa misura solo nei casi in cui debba essere interrotta la misura dell'ospedale psichiatrico, a seguito della riacquisizione dello stato di capacità.

Inoltre il comma 2 del § 66b concede la possibilità di ordinare la misura in esame qualora sia da eseguire tutta o parte della pena detentiva nei confronti di un internato semi-imputabile.

§ 66b comma 2

„Dies gilt auch, wenn im Anschluss an die Unterbringung nach § 63 noch eine daneben angeordnete Freiheitsstrafe ganz oder teilweise zu vollstrecken ist“.

⁴²¹ „Gelegentlich wird befürchtet – und wurde auch unserem Modell gegenüber eingewandt –, ein bloßer Vorbehalt und eine Absenkung der Gefahrensicherheit im Urteil könnten gerichtliche Hemmungen gegenüber einer Anordnung herabsetzen, womöglich zu inflationärer Anwendung führen. Diese Bedenken dürften kaum realistisch sein. Schon bisher hat sich die Rechtsprechung äußerst kritisch und restriktiv gegenüber den entsprechenden gesetzlichen Instrumenten dieser Maßregel gezeigt, insbesondere auch gegenüber § 66a und § 66b. „, in A. KREUZER, *Neuordnung der Sicherungsverwahrung: Fragmentarisch und fragwürdig trotz sinnvoller Ansätze* , in *StV* 2011, pag 126.

In entrambi i casi, per ordinare la custodia di sicurezza postuma, sono necessari i presupposti enunciati dal comma 1, ovvero (§ 66b comma 1 n. 1⁴²²):

a) il soggetto era stato internato nell'ospedale psichiatrico per aver commesso uno dei fatti di reato enunciati dal § 66 comma 3, oppure,

b) il soggetto, prima dell'internamento nell'ospedale psichiatrico, era già stato condannato per fatti antecedenti ad una pena detentiva di almeno tre anni o all'internamento nell'ospedale psichiatrico.

Inoltre, *ex* §66b comma 1 n. 2⁴²³, dall'analisi complessiva del soggetto, dei fatti da esso compiuti e dello sviluppo della sua personalità, deve emergere che il soggetto, con alta probabilità, commetterà nuovi fatti di reato che procurino alla vittima gravi danni fisici o psichici.

Le reazioni della dottrina riguardanti la nuova disciplina della custodia di sicurezza postuma non sono univoche: in particolare le analisi si concentrano sulla legittimità delle nuove previsioni alla luce del principio del *ne bis in idem*. Parte della dottrina considera l'ordine postumo di internamento in custodia di sicurezza come meramente "sostitutivo" di quello di internamento nell'ospedale psichiatrico, intervenuto con la sentenza di condanna e quindi non ravvede nel nuovo § 66b una violazione del principio del *ne bis in idem*. Ma a ciò alcuni obiettano che, cessata la misura di sicurezza dell'ospedale psichiatrico, il nuovo ordine postumo di internamento in custodia di sicurezza interviene senza che vi sia stata una riserva *ex* § 66a al momento della sentenza di condanna ed è quindi sganciato da essa: per

⁴²² nuovo § 66b comma 1 n. 1: „Die Unterbringung des Betroffenen nach § 63 wegen mehrerer der in § 66 Abs. 3 Satz 1 genannten Taten angeordnet wurde oder wenn der Betroffene wegen einer oder mehrerer solcher Taten, die er vor der zur Unterbringung nach § 63 führenden Tat begangen hat, schon einmal zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt oder in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht worden war.“

⁴²³ nuovo § 66b comma 1 n.2: „Die Gesamtwürdigung des Betroffenen, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.“

questo motivo non può che essere qualificato come duplice punizione il medesimo fatto⁴²⁴.

Altre due direttrici di riforma sono state finalizzate a colmare le lacune di tutela della collettività derivate dalla liberazione degli internati per effetto della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2009: la prima è diretta al rafforzamento della disciplina della *libertà vigilata*, la seconda riguarda la previsione di una nuova forma di *internamento terapeutico degli autori di reato violenti con disturbo psichico*.

Per quanto concerne la libertà vigilata (*Führungsaufsicht*), il legislatore aggiunge al § 68b comma 1 (che contiene l'elenco di istruzioni aggiuntive che il giudice può impartire durante la libertà vigilata) il punto 12:

“die für eine elektronische Überwachung ihres Aufenthaltsortes erforderlichen technischen Mittel ständig in betriebs bereitem Zustand bei sich zu führen und deren Funktionsfähigkeit nicht zu beeinträchtigen.”

Il soggetto che, terminata la custodia di sicurezza, è sottoposto alla libertà vigilata può quindi ora essere controllato con l'ausilio di un *braccialetto elettronico* che rileva la sua posizione qualora sussista la possibilità che egli commetta uno dei reati contro la vita, l'incolumità fisica, la libertà personale e sessuale di cui al § 66.

Inoltre con la legge in esame è stata prevista la possibilità di disporre la libertà vigilata anche a tempo indeterminato⁴²⁵, qualora vi sia il pericolo che commetta reati gravi contro la vita, l'incolumità fisica o la libertà personale.

⁴²⁴ „Ob die bishe in § 66b III StGB (neu: § 66b) vorgesehene, nun beibehaltene und geringfügig ausgeweitete nachträgliche Sicherungsverwahrung nach für erledigt erklärter Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus mit der EMRK und dem Urteil des EGMR vereinbar ist, erscheint zumindest zweifelhaft. Zwar lässt sich dafür anführen, dass eine an sich schon im Urteil neben der Strafe rechtmäßig angeordnete potenziell lebenslange Unterbringung bei anhaltender Gefährlichkeit des Untergebrachten nur durch eine andere ausgetauscht wird. Aber man kann einwenden, die eine Maßregel sei aus Rechtsgründen erledigt, die andere werde – im Ursprungsurteil nicht vorgesehen oder wenigstens vorbehalten – erstmals angeordnet, abgekoppelt vom Urteil, sei also eine Art Zweitbestrafung.“ In A. KREUZER, *Neuordnung der Sicherungsverwahrung: Fragmentarisch und fragwürdig trotz sinnvoller Ansätze*, in *StV* 2/2011, pag 125.

⁴²⁵ L'applicabilità a tempo indeterminato della libertà vigilata ha natura eccezionale; di regola il § 68c comma 1 stabilisce una durata minima di 2 anni ed una massima di 5 anni.

Per quanto invece concerne la seconda linea direttrice della riforma, il legislatore, nel timore che il controllo in libertà non garantisca un'adeguata difesa della collettività, ha previsto, all'art. 5 della legge di riforma (*Therapieunterbringungsgesetz- ThUG*), una nuova forma di internamento terapeutico degli autori di reato violenti con disturbo psichico: custodendo tali soggetti il *Bundestag* ha inteso risolvere il problema relativo al trattamento dei criminali che erano già stati rilasciati per effetto della sentenza della Corte europea per i diritti dell'uomo.

Il § 1 ThUG⁴²⁶ richiede per l'internamento la sussistenza di tre presupposti:

a) la diagnosi di un disturbo psichico;

b) una prognosi positiva che, sulla base di una valutazione complessiva della personalità del soggetto, della condotta di vita precedente e dei suoi rapporti personale, accerti che l'autore, procurerà, con alta probabilità, offese gravi alla vita, all'incolumità personale, alla libertà personale o all'autodeterminazione sessuale, *a causa* del suo disturbo psichico;

c) la *necessità* del ricovero a tutela della collettività.

Competente per l'ordine è, vista la natura preventiva della misura, il giudice *civile* che disporrà l'internamento solo qualora non sia possibile intervenire, alla luce delle esigenze di protezione della collettività, con strumenti meno invasivi.

Il § 2 ThUG richiede che la misura sia eseguita in strutture chiuse, differenziate dagli ordinari istituti penitenziari, dotate di adeguati supporti medico-

⁴²⁶ § 1 ThUG: „*Therapieunterbringung: (1) Steht auf Grund einer rechtskräftigen Entscheidung fest, dass eine wegen einer Straftat der in § 66 Absatz 3 Satz 1 des Strafgesetzbuches genannten Art verurteilte Person deshalb nicht länger in der Sicherungsverwahrung untergebracht werden kann, weil ein Verbot rückwirkender Verschärfungen im Recht der Sicherungsverwahrung zu berücksichtigen ist, kann das zuständige Gericht die Unterbringung dieser Person in einer geeigneten geschlossenen Einrichtung anordnen, wenn: 1) sie an einer psychischen Störung leidet und eine Gesamtwürdigung ihrer Persönlichkeit, ihres Vorlebens und ihrer Lebensverhältnisse ergibt, dass sie infolge ihrer psychischen Störung mit hoher Wahrscheinlichkeit das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person erheblich beeinträchtigen wird; 2) die Unterbringung aus den in Nummer 1 genannten Gründen zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich ist. (2) Absatz 1 ist unabhängig davon anzuwenden, ob die verurteilte Person sich noch im Vollzug der Sicherungsverwahrung befindet oder bereits entlassen wurde.*“

terapeutici individualizzati per rendere il più breve possibile la durata del ricovero⁴²⁷.

Secondo la dottrina non è chiaro se questo nuovo strumento, finalizzato a colmare le lacune evidenziate dalla Corte Europea, abbia natura penale e sia quindi di competenza del legislatore federale, o sia piuttosto solo una misura a carattere preventivo, attribuita alla giurisdizione civile e quindi di competenza dei *Länder*.

È chiara tuttavia l'intenzione del legislatore che, prevedendo una misura i cui presupposti si incentrano sui disturbi psichici dell'internato, fa rientrare l'internamento terapeutico nell'ipotesi di detenzione legale stabilita dall'art. 5 comma 1 lett. e) CEDU ("*Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: ... e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants*"), al fine di evitare le obiezioni sollevate dalla Corte europea circa la possibilità di far rientrare invece la custodia di sicurezza nell'articolo in questione⁴²⁸.

La dottrina vede inoltre in questa scelta del legislatore l'intenzione di adottare la nuova disciplina dell'internamento terapeutico per i "casi paralleli" a quello di M. (ricorrente nel caso M. c. *Germany*), ovvero coloro i quali, per un fatto compiuto prima del 1998, hanno subito il prolungamento della custodia di sicurezza oltre i dieci anni, in modo tale da evitare la liberazione di questi soggetti, che erano già stati definiti come socialmente pericolosi.

Se da una parte taluni considerano applicabile la nuova disciplina a *tutti* gli internati, perché presupposto per la *Therapieunterbringung* è un mero disturbo

⁴²⁷ §2 ThUG „*Geeignete geschlossene Einrichtungen: Für die Therapieunterbringung nach § 1 sind nur solche geschlossenen Einrichtungen geeignet, die: 1) wegen ihrer medizinisch-therapeutischen Ausrichtung eine angemessene Behandlung der im Einzelfall vorliegenden psychischen Störung auf der Grundlage eines individuell zu erstellenden Behandlungsplans und mit dem Ziel einer möglichst kurzen Unterbringungsdauer gewährleisten können; 2) unter Berücksichtigung therapeutischer Gesichtspunkte und der Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit eine die Untergebrachten so wenig wie möglich belastende Unterbringung zulassen; 3) räumlich und organisatorisch von Einrichtungen des Strafvollzuges getrennt sind.*“

⁴²⁸ M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont., pag 30.

psichico e non una malattia mentale che diminuisca/escluda la capacità di intendere e di volere, per altri non è scontato che a tutti i soggetti condannati alla custodia di sicurezza possa essere attribuito una *psychische Störung*.

Al riguardo la dottrina ritiene che la nozione di *psychische Störung* vada specificata: in particolare ci si chiede se possa equiparata a quella di “*persons of unsound mind*” contenuta nell’art. 5 lett. e) CEDU e se quindi possa integrare un’ipotesi di legittima privazione della libertà personale.

Se da una parte è pacifico che entrambe le nozioni non richiedano la diminuzione della capacità personale, dall’altra parte tuttavia la Corte europea per i diritti dell’uomo, nel caso *M. Germany*, ha escluso che sussista un malattia psichica ex art. 5 lett e) CEDU, pur ammettendo la sussistenza di un disturbo della personalità. La dottrina ritiene quindi che un mero disturbo psichico, capace di integrare i presupposti necessari per la *Therapieunterbringung*, non sia sufficiente a soddisfare i requisiti dalla Convenzione.

Partendo da questa considerazione, la dottrina si è chiesta se la nuova disciplina sia davvero rispettosa dei limiti che la Convenzione europea impone ai provvedimenti restrittivi della libertà personale: il punto fondamentale sta nel comprendere se abbia natura *penale*, perché in tal caso l’indeterminatezza della nozione di “*psychische Störung*” potrebbe comportare il rischio che non venga ricompresa nella lett. e) dell’art. 5.

I dubbi sorgono dai criteri sostanziali seguiti dalla Corte per individuare le misure penali, che sembrano essere presenti nel caso in esame: l’internamento infatti segue alla commissione di un reato e si applica a soggetti che erano già destinatari della custodia di sicurezza. In senso contrario depone invece l’attribuzione dal giudice civile della competenza od ordinare il ricovero. La dottrina⁴²⁹ tuttavia, alla luce dei criteri sostanziali della Corte europea dei diritti dell’uomo e sulla base del fatto che non ritiene sussistenti sufficienti elementi

⁴²⁹ A. KREUZER, *Neuordnung der Sicherungsverwahrung: Fragmentarisch und fragwürdig trotz sinnvoller Ansätze*, in *StV* 2/2011, pag 131.

differenziatori fra la *Therapieunterbringung* e la pena o la custodia di sicurezza⁴³⁰, denuncia la sussistenza dell'ennesimo "*Etikettenschwindel*"⁴³¹.

Concludendo va sottolineato che la riforma del dicembre 2010 presenta la specificità di non avere effetto retroattivo, perché è applicabile esclusivamente nei confronti di coloro che hanno commesso il fatto di reato (che consente l'ordine o la riserva di sicurezza) dopo il 31 dicembre 2010⁴³²: ciò comporta che per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della nuova legge di riforma continua ad applicarsi la disciplina pregressa più sfavorevole (ovvero le varie forme di *Sicherungsverwahrung*: in via primaria, con riserva, o in fase esecutiva), con tutta la problematica compatibilità con il *Grundgesetz* e con la CEDU⁴³³.

⁴³⁰ „Dass sich die neue Unterbringung keineswegs »fundamental von Strafe, aber auch von der Sicherungsverwahrung« unterscheidet, dass es sich im Wesentlichen um bloßen Austausch verbalen und prozeduralen Rahmenwerks handelt, dass alter Wein in neue Schläuche gegossen wird, ja dass Etikettenschwindel, eine Umgehung des Straßburger Urteils vorliegt, wird an Details sichtbar“ in A. KREUZER, *Neuordnung der Sicherungsverwahrung: Fragmentarisch und fragwürdig trotz sinnvoller Ansätze*, in StV 2/2011, pag 131.

⁴³¹ Al riguardo PELISSERO si chiede per quale motivo non sia stato ritenuto "sufficiente intervenire sulla disciplina del ricovero in ospedale psichiatrico, tanto più che la Germania, a differenza dell'Italia, conserva gli ospedali psichiatrici civili attribuiti alla competenza legislativa dei singoli Länder ." In M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont., pag 31.

⁴³² Si veda Art 316e (*Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen*) delle disposizioni introduttive al codice penale (EGStGB), articolo introdotto dalla legge di riforma art. 4 comma 1: „Die Vorschriften über die Sicherungsverwahrung in der Fassung des Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2300) sind nur anzuwenden, wenn die Tat oder mindestens eine der Taten, wegen deren Begehung die Sicherungsverwahrung angeordnet oder vorbehalten werden soll, nach dem 31. Dezember 2010 begangen worden ist. In allen anderen Fällen ist das bisherige Recht anzuwenden, soweit in den Absätzen 2 und 3 nichts anderes bestimmt ist.“

⁴³³ M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont., pag 32.

4. La Corte europea dei diritti dell'uomo torna a pronunciarsi in materia di *Sicherungsverwahrung*

Il 13 gennaio 2011, con tre sentenze contro la Germania⁴³⁴, la Corte europea dei diritti dell'uomo è tornata a pronunciarsi sulla legittimità convenzionale dell'applicazione retroattiva del nuovo e più duro regime di durata della misura personale detentiva della custodia di sicurezza⁴³⁵, e nella stessa data, in un'altra pronuncia⁴³⁶ si è espressa in relazione all'applicazione della custodia di sicurezza postuma prevista dalla legge bavarese per i detenuti, refrattari alle terapie e dei quali sia emersa la pericolosità solo in fase esecutiva.

4.1. I casi Kallweit, Mateus e Schummer

Nel caso che ha originato la sentenza *Kallweit c. Germania*, il ricorrente (detenuto al tempo della sentenza nell'istituto di detenzione di Aachen), era stato condannato nel 1993 da tribunale di Bachum a tre anni e sei mesi di reclusione per abuso sessuale su minore; la sentenza di condanna aveva ordinato anche la custodia di sicurezza *ex § 66 StGB*, da scontarsi una volta terminata la pena detentiva, sulla base del fatto che il soggetto, affetto da un disordine mentale (che gli impediva il sorgere del senso di colpa) aveva in ogni caso agito in piena capacità di intendere e di volere⁴³⁷. Il 28 marzo 1996, avendo terminato di scontare la pena, era stato

⁴³⁴ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 17792/07) *Kallweit c. Germania*; (n. 20008/07) *Mateus c. Germania*; (n. 27360/04 e 42225/07), *Schummer c. Germania*.

⁴³⁵ V. R. MÜLLER, *Straßburger Richter rügen Deutschland*, 14.01.2011, *Frankfurter Allgemeine-Zeitung für Deutschland*.

⁴³⁶ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 6587/04) *Haidn c. Germania*.

⁴³⁷ "The court found that the applicant had sexually assaulted and abused a thirteen-year-old boy who, after having drunk alcoholic beverages with the applicant in front of the Bochum train station, had agreed to spend the night in the applicant's apartment for fear of disputes with his mother. The court, having consulted a medical expert, considered that the applicant had acted with full criminal responsibility. He suffered from a dissocial personality disorder which was characterized notably by a lack of feelings of guilt. That disorder did not, however, amount to an illness diminishing his

internato in custodia di sicurezza. Nel 2006, raggiunti di dieci anni di *Sicherungsverwahrung*, il ricorrente aveva chiesto al giudice di porre fine all'internamento: il giudice tuttavia aveva ritenuto applicabile retroattivamente il nuovo regime di durata della custodia di sicurezza, ordinando la proroga della misura e motivando il provvedimento sulla base dell'ancora attuale pericolosità sociale del soggetto⁴³⁸.

La custodia di sicurezza nei confronti del ricorrente era stata poi ulteriormente prolungata con due decisioni prese dai giudici tedeschi in occasione di altrettante istanze di revisione proposte dal ricorrente: egli quindi aveva fatto ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando una violazione degli artt. 5 e 7 CEDU.

In particolare il ricorrente non considerava il suo internamento una forma di detenzione "legale" ai sensi dell'art 5 CEDU: per quanto riguarda la lett. a)⁴³⁹ infatti non si può considerare sussistente un sufficiente nesso causale fra la sentenza di condanna del 1993 e l'internamento nella custodia di sicurezza, prolungato nel 2006. Neppure la lett. e) dell'art. 5 CEDU⁴⁴⁰, può rappresentare una legittima giustificazione al prolungamento del suo internamento, perché come confermato da numerosi psichiatri non era affetto da un disordine mentale patologico e aveva commesso i fatti di reato con piena capacità di intendere e di volere.

criminal responsibility" in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 17792/07) Kallweit c. Germania n. 6.

⁴³⁸ "The Regional Court considered that the applicant, if released, would commit further serious offences, in particular sexual assault and abuse of minors, resulting in considerable psychological or physical harm to the victims (Article 67d § 3 of the Criminal Code, see paragraph 31 below). It agreed in this respect with the conclusions drawn by two medical experts in a psychiatric expert report dated 7 April 2006 and in an additional psychological expert report dated 3 April 2006 who had also found that the applicant suffered from a serious dissocial personality disorder. The Regional Court further took the view that the therapies the applicant had made in the past years had not brought about any change in his propensity to commit offences." in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 17792/07) Kallweit c. Germania, n. 12.

⁴³⁹: "Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court."

⁴⁴⁰ Art. 5 CEDU, comma 1, lett. e) "Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law; e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants."

Contrariamente a ciò, il governo tedesco invece considerava il suo internamento coperto dalla lett. e) dell'art. 5 comma 1 CEDU, sulla base del fatto che, nonostante avesse commesso il fatto con piena capacità di intendere e di volere, era affetto da un disordine della personalità, che va qualificato come un “*true mental disorder*”, e che consente di considerare il soggetto come una “*persons of unsound mind*”⁴⁴¹.

Per quanto concerne l'art. 7 CEDU, il ricorrente sosteneva che il suo diritto a non subire una punizione più severa rispetto a quella prevista dalla legge vigente al momento della commissione del fatto fosse stato violato dalla decisione con la quale il tribunale aveva prolungato il suo periodo di internamento oltre il decimo anno (la legge vigente al momento del fatto prevedeva una durata massima di dieci anni della custodia di sicurezza).

Il governo tedesco invece non riteneva applicabile l'art 7 CEDU alla disciplina della custodia di sicurezza, alla luce del fatto che questa non può essere qualificata come pena, ma come misure di sicurezza storicamente svincolata dal principio di irretroattività in materia penale⁴⁴².

Nel caso considerato nella sentenza *Mautes c. Germania* il ricorrente era stato condannato nel 1991 a sei anni di reclusione per vari fatti di violenza anche sessuale⁴⁴³. La sentenza di condanna aveva ordinato anche di applicare la custodia di sicurezza *ex § 66 StGB* sulla base del fatto che il tribunale, consultando esperti, aveva dichiarato sussistente in capo al soggetto una tendenza a commettere fatti di reato dannosi per l'integrità fisica e quindi pericolosi per la collettività. Poco prima che fossero trascorsi dieci anni di *Sicherungsverwahrung*, il giudice nell'ottobre del 2006 aveva ordinato la proroga della misura, avvalendosi del nuovo regime di durata per essa previsto e motivando la sua decisione sulla base del pericolo ancora attuale che il ricorrente potesse tornare a delinquere (“*It found that there was still a*

⁴⁴¹ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 17792/07) Kallweit c. Germania, n. 40-43.

⁴⁴² Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 17792/07) Kallweit c. Germania, n. 63-64.

⁴⁴³ “*On 22 July 1991 the Duisburg Regional Court convicted the applicant of dangerous assault combined with joint coercion, with sexual coercion, with joint extortion and coercion and with attempted sexual assault committed in 1990. It sentenced him to six years' imprisonment and ordered his preventive detention under Article 66 § 1 of the Criminal Code (see paragraphs 22-23 below).*” in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 20008/07) Mateus c. Germania, n. 7.

risk that the applicant, owing to his criminal tendencies, might commit serious offences resulting in considerable psychological or physical harm to the victims if released."⁴⁴⁴)

Rigettati i vari ricorsi proposti all'interessato, la custodia di sicurezza era stata poi nuovamente prolungata in occasione dei giudizi di revisione. Il ricorrente si era rivolto quindi alla Corte europea dei diritti dell'uomo lamentando una violazione degli artt. 5 e 7 CEDU, sulla base degli stessi profili di incompatibilità sollevati dal ricorrente nel caso *Kallweit c. Germania*. Anche in questo frangente il Governo sosteneva invece la compatibilità dell'internamento del ricorrente sia con l'art. 5 comma 1 lett. a) CEDU, sia con l'art. 7 CEDU.

Nel caso deciso con la sentenza *Schummer c. Germania* infine il ricorrente era stato condannato nel 1985 a cinque anni di detenzione per violenza sessuale e alla custodia di sicurezza da eseguirsi una volta terminata la pena, *ex § 66 StGB*⁴⁴⁵. Nel 1999 il ricorrente aveva già trascorso dieci anni di custodia di sicurezza ma, nonostante i numerosi ricorsi, i tribunali tedeschi avevano prolungato l'internamento sulla base dell'ancora attuale pericolosità sociale dell'internato fino al 10 settembre 2010 giorno in cui la Corte d'appello di Karlsruhe aveva ordinato di porre fine alla custodia di sicurezza, riferendosi alla sentenza della quarta sezione della Corte di Cassazione del 12 maggio 2010, che aveva interpretato il codice penale alla luce della CEDU (come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo) conferendo alla Convenzione capacità di derogare alla disciplina generale prevista dal § 2 comma 6 StGB (che prevede che le misure di sicurezza siano regolate dalla legge vigente al momento dell'esecuzione, *salvo che la legge stabilisca altrimenti*).

⁴⁴⁴ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 20008/07) *Mateus c. Germania*, n. 9.

⁴⁴⁵ "On 6 March 1985 the Stuttgart Regional Court convicted the applicant of two counts of rape and abduction and of one count of attempted rape and deprivation of liberty committed in 1984. It sentenced him to five years' imprisonment and ordered his placement in preventive detention pursuant to Article 66 of the Criminal Code (see paragraphs 35-36 below). The court found that the applicant, acting with full criminal responsibility, had raped two young women and had attempted to rape another woman all of whom he had taken with him in his car. It further noted that the applicant had previously been convicted by juvenile courts of attempted rape and of rape; in respect of the second offence he had been placed in a psychiatric hospital." in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 27360/04 e 42225/07), *Schummer c. Germania*, n. 6.

Il ricorrente si era rivolto quindi alla Corte europea per i diritti dell'uomo lamentando una violazione degli artt. 5, 7 e 3 CEDU, protrattasi per oltre dieci anni. Per quanto concerne l'art 3 CEDU ("*Prohibition of Torture: No one shall be subjected to torture or to inhuman or degradig treatment or punishment*"), il soggetto sosteneva che il prolungamento della privazione della libertà personale oltre i limiti previsti al momento della commissione del fatto avesse superato quel minimo livello di gravità oltre il quale un trattamento può essere considerato inumano e degradante, e quindi contrario alla Convenzione alla luce dell'art. 3 CEDU.

Il governo, contestando questa affermazione, sosteneva in primo luogo che il prolungamento della custodia di sicurezza ordinata senza un termine massimo di durata non potesse essere considerato come una "*irreducible life sentence*" (perché il tribunale dell'esecuzione aveva l'obbligo di esaminare il soggetto, almeno ogni due anni, per verificare la persistenza della sua tendenza a delinquere e della sua pericolosità). In secondo luogo, sosteneva il governo, il fatto che il soggetto, al momento della sentenza di condanna, avesse *ipotizzato* che la durata della custodia di sicurezza non avrebbe ecceduto i dieci anni, non giustifica una protezione tale da sacrificare la tutela della collettività, perché, in ogni caso, non vi è stata violazione del principio di affidamento: il ricorrente avrebbe dovuto conoscere il § 2 comma 6 del codice penale tedesco che, prevedendo l'applicabilità, per quanto concerne le misure di sicurezza, della legge vigente al momento dell'esecuzione, legittima una modifica legislativa retroattiva, senza considerarla una violazione dell'affidamento del condannato⁴⁴⁶.

Il ricorrente lamentava inoltre una violazione dell'art 4 comma 1⁴⁴⁷ del Settimo Protocollo allegato alla Convenzione, che enuncia il principio del *ne bis in*

⁴⁴⁶ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 27360/04 e 42225/07), Schummer c. Germania, n. 69-75.

⁴⁴⁷ Article 4, Right not to be tried or punished twice: 1) No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State. 2) The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings,

idem, sulla base del fatto che la custodia di sicurezza prolungata per un periodo di tempo superiore a dieci anni va considerata una “seconda” pena per aver commesso lo stesso fatto⁴⁴⁸.

Nel decidere i tre casi in esame la Corte ha considerato di trovarsi di fronte a tre “*follow-up cases*” rispetto a quello oggetto della sentenza M. c. Germania: ha dunque riconosciuto, sulla base di motivazioni pressoché identiche a quelle spese nel citato caso precedente, la violazione dell’art. 5 comma 1 lett. a) e dell’art. 7 CEDU⁴⁴⁹.

Per quanto concerne i profili di compatibilità con l’art. 5 CEDU, la Corte ha considerato quindi legittima la custodia di sicurezza, *imposta con sentenza di condanna* per un periodo di tempo inferiore a dieci anni, perché in tal caso sussisterebbe, come richiesta dalla lett. a) comma 1 art. 5 CEDU (*a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court*) un nesso di causalità fra i fatti oggetto della sentenza di condanna e la misura privativa della libertà personale. Per quanto invece concerne la legittimità della custodia di sicurezza oltre lo spirare del decimo anno di internamento, la Corte ha rilevato l’assenza del suddetto nesso di causalità perché il tribunale dell’esecuzione ha ordinato la custodia di sicurezza (*rectius*: il prolungamento della custodia di sicurezza) con una decisione che non può essere qualificata come “*conviction*” ai sensi dell’art. 5 lett a), non essendosi fondata sull’accertamento della colpevolezza per un nuovo fatto⁴⁵⁰: inoltre, quando il tribunale competente aveva ordinato l’internamento *ex §*

which could affect the outcome of the case. 3) No derogation from this Article shall be made under Article 15 of the Convention.

⁴⁴⁸ “Moreover, the applicant argued that preventive detention for a period exceeding ten years, which had to be regarded as a penalty, violated his right not to be punished twice, as guaranteed by Article 4 § 1 of Prot. no. 7 to the Convention.” in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 27360/04 e 42225/07), Schummer c. Germania, n. 84.

⁴⁴⁹ G. ABBADESSA, *Tre sentenze sulla “custodia di sicurezza (Sicherungsverwahrung) nell’ordinamento tedesco, e sull’obbligo dello Stato di adeguarsi ai giudicati della Corte”* in dir. pen. cont., pag 3.

⁴⁵⁰ “The Court considers that the applicant’s “conviction”, for the purposes of Article 5 § 1 (a), is only his criminal conviction by the sentencing Duisburg Regional Court in 1991, which alone found him guilty of an offence (amongst others, dangerous assault combined with sexual coercion), and which ordered his preventive detention in addition to a prison sentence. The subsequent decisions of the courts responsible for the execution of sentences to retain the applicant in preventive detention did not, on the contrary, satisfy the said requirement of “conviction” as they no longer involved a

66 StGB, si presupponeva una durata massima decennale della misura stessa, come stabiliva la legge vigente al momento della decisione. Qualora non vi fosse stata la riforma del codice penale intervenuta nel 1998 (che ha abolito il termine massimo di durata della *Sicherungsverwahrung*), il tribunale dell'esecuzione non avrebbe avuto alcuna competenza ad estendere la durata dell'internamento⁴⁵¹.

Gli argomenti della Corte hanno posto l'accento sulla funzione di garanzia svolta dal fatto di reato oggetto di condanna nella disciplina delle misure di sicurezza: il reato presupposto costituisce non solo la *condizione di applicazione* della misura, ma anche il *limite* alle istanze punitive dello Stato. Ne consegue pertanto che viola l'art. 5 lett. a) CEDU qualsiasi misura di sicurezza applicata al termine dell'esecuzione della pena in ragione di fatti emersi solo dopo la sentenza di condanna⁴⁵².

In secondo luogo, ha confermato la Corte, una misura come la custodia di sicurezza, applicata per tutelare la collettività, non può essere legittimata dall'art. 5 lett. e) CEDU⁴⁵³, che consente di limitare la libertà personale di una persona “*capace di diffondere una malattia, di un pazzo, di un alcolizzato, di un tossicomane, o di un vagabondo*”: nei casi in esame i soggetti non soffrivano di alcun disordine mentale, né l'applicazione della misura era stata disposta per ragioni terapeutiche. Infatti, ha sottolineato la Corte, nell'ordinamento giuridico tedesco vi è una misura predisposta per i soggetti affetti da patologie psichiatriche, ovvero la misura dell'ospedale psichiatrico, alla quale sono destinati i soggetti che hanno compiuto un fatto di reato con capacità di intendere e di volere limitata o assente. Nei casi in oggetto invece i soggetti avevano compiuto i fatti contestati in piena capacità di intendere e di volere ed erano stati internati per finalità meramente preventive (senza porre attenzione all'aspetto terapeutico) in istituti di detenzione.

finding of guilt of a (new) offence “ in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 20008/07) Mateus c. Germania, n. 40 e Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 27360/04 e 42225/07), Schummer c. Germania, n. 53-55.

⁴⁵¹ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 17792/07) Kallweit c. Germania, n. 47-51.

⁴⁵² M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont., pag 25.

⁴⁵³ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 20008/07) Mateus c. Germania, n. 45 e Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 27360/04 e 42225/07), Schummer c. Germania, n. 56.

Per questo motivo tale misura non può essere giustificata dal fatto che gli internati fossero affetti da disordini mentali.

In altre parole la Corte ha interpretato la lett. e) dell'art. 5 in modo che siano legittimate quelle forme di detenzione che, non solo siano dirette ad un soggetto affetto da *patologia*, ma che siano predisposte *a misura del soggetto* stesso, ovvero prendendo in esame il suo caso patologico e adottando specifiche misure terapeutiche.

Inoltre, nel caso Kallweit, la Corte ha enunciato le condizioni che devono necessariamente essere presenti per fondare una privazione della libertà sulla base della lett. e) dell'art. 5 CEDU:

*“An individual cannot be deprived of his liberty as being of “unsound mind” unless the following three minimum conditions are satisfied: firstly, he must reliably be shown to be of unsound mind, that is, a true mental disorder must be established before a competent authority on the basis of objective medical expertise; secondly, the mental disorder must be of a kind or degree warranting compulsory confinement; thirdly, the validity of continued confinement depends upon the persistence of such a disorder.”*⁴⁵⁴

In terzo luogo, la Corte ha escluso nuovamente che la privazione della libertà personale che avviene con la custodia di sicurezza sia coperta dalla lett. c) dell'art. 5 CEDU⁴⁵⁵ (“*the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so*”)⁴⁵⁶. Trattandosi infatti di una misura custodiale che viene applicata in relazione al pericolo generico di commissione di reati, in funzione quindi di prevenzione della pericolosità sociale, non può essere legittimata dall'articolo in esame, che consente privazioni della libertà personale per prevenire il pericolo solo di reati sufficientemente

⁴⁵⁴ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 17792/07) Kallweit c. Germania, n. 45 e 53-59

⁴⁵⁵ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 27360/04 e 42225/07), Schummer c. Germania, n. 56.

⁴⁵⁶ C Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 20008/07) Mateus c. Germania, n. 45.

concreti, in relazione al tempo della commissione ed alle vittime potenziali, e solo se la persona arrestata sia condotta al più presto davanti al giudice⁴⁵⁷.

La Corte quindi ha confermato, in tutti i tre casi in analisi, e solo per quanto concerne il periodo di internamento eccedente i primi dieci anni, la sussistenza della violazione dell'art. 5 CEDU⁴⁵⁸.

Per quanto concerne i profili di compatibilità con l'art. 7 CEDU, la Corte, richiamandosi ai principi esposti nella sentenza M. c. Germania del 2009, “supera lo scudo formale dietro il quale si era trincerato il *Bundesverfassungsgericht* per salvare la retroattività della disciplina della custodia di sicurezza”⁴⁵⁹ e qualifica la *Sicherungsverwahrung* come pena in senso sostanziale, coperta quindi dalle garanzie dell'art. 7 CEDU.

Al riguardo ribadisce i criteri tramite i quali è possibile qualificare una reazione statale come pena,: a) la *competenza* spetta al giudice penale e la misura viene ordinata in seguito ad una sentenza di condanna; b) la *gravità* della sanzione, che in questo caso è data dalla durata indeterminata della misura e dalla difficoltà di accertare la cessazione del pericolo della pericolosità sociale; c) le *modalità esecutive*, che di fatto non sono differenziate da quelle della pena, anche se l'indeterminatezza della durata della custodia esigerebbe supporti psicologici a favore dell'internato per garantirgli effettive possibilità di riacquistare la libertà; d) le *funzioni*, in quanto il doppio binario, che dovrebbe giustificarsi in forza della diversità teleologica delle sanzioni, sconta tuttavia una parziale sovrapposizione di scopi fra pene e misure di sicurezza, perché sarebbe paradossale escludere che la durata indeterminata della *Sicherungsverwahrung* applicata a soggetti imputabili non possieda anche una funzione deterrente⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 17792/07) Kallweit c. Germania, n. 52.

⁴⁵⁸ *Presse Release issued by the Registrar of the Court*, n. 18 del 13.01.2011: “ *Courts confirm in a further three cases: retroactive extension of a prisoners' preventive detention not justified*”, pag 3 in <http://hudoc.echr.coe.int>

⁴⁵⁹ M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont., pag. 25.

⁴⁶⁰ M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont., pag. 26.

Alla luce di questi criteri quindi la Corte ha considerato la custodia di sicurezza una pena *aggiuntiva*: la sua applicazione retroattiva viola l'art. 7 CEDU⁴⁶¹, perché, al momento del compimento del fatto, il legislatore non ha garantito i requisiti della accessibilità e prevedibilità degli effetti della propria condotta⁴⁶².

Da ciò la dottrina peraltro ha dedotto l'incompatibilità di un sistema a doppio binario destinato a soggetti imputabili, perché la distinzione fra le pene e le misure di sicurezza non è chiara né per quanto concerne l'incidenza sulla libertà personale, né nella qualificazione delle reazioni statuali riguardante gli scopi ai quali esse sono preposte. Il doppio binario si traduce quindi in un mero strumento per aggravare la risposta sanzionatoria al di là dei limiti della colpevolezza, senza un'adeguata funzione limitatrice del principio di proporzione, perché sul piano esecutivo il legislatore tedesco non è riuscito a differenziare le due sanzioni, e perché non è un sistema retto dal principio di vicarietà, che consentirebbe di scomputare il periodo trascorso in esecuzione della misura di sicurezza dalla pena applicata congiuntamente⁴⁶³.

Per quanto concerne i casi *Kallweit* e *Mauteus*, che vedevano i ricorrenti ancora internati al momento della decisione del ricorso, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che, tenuto conto delle circostanze concrete, occorresse determinare quali conseguenze si dovrebbero trarre dall'art. 46 CEDU che obbliga gli Stati a dare esecuzione alle sentenze della Corte che li riguardino (*"The High Contracting*

⁴⁶¹ *Presse Release issued by the Registrar of the Court*, n. 18 del 13.01.2011, *cit.*, p. 3.

⁴⁶² *"The Court further refers to its conclusion in the case of M. v. Germany (cited above, §§ 124-133) that preventive detention under the German Criminal Code, having notably regard to the facts that it is ordered by the criminal courts following a conviction for a criminal offence and that it entails a deprivation of liberty which, following the change in the law in 1998, no longer has any maximum duration, is to be qualified as a "penalty" for the purposes of the second sentence of Article 7 § 1 of the Convention. It again sees no reason to depart from that finding in the present case. The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that there has been a violation of Article 7 § 1 of the Convention."* in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 17792/07) *Kallweit c. Germania*, n. 68-69; v. anche Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 20008/07) *Mateus c. Germania*, n. 55, e Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 27360/04 e 42225/07), *Schummer c. Germania*, n. 67-68.

⁴⁶³ M. PELISSERO., *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in *dir. pen. cont.*, pag 27.

Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties”).

La Corte ha ricordato che l’art. 46 fonda un obbligo per lo Stato condannato di adottare tutte le misure necessarie a porre fine alla violazione accertata dalla Corte e ad eliminarne gli effetti per quanto possibile. Tuttavia, in alcuni casi eccezionali, la Corte può indicare allo Stato membro quali le singole misure da adottare quando la natura della violazione imponga determinate misure (ad esempio la liberazione del ricorrente)⁴⁶⁴.

Con riferimento ai casi oggetto dei ricorsi, essa ha rilevato in primo luogo che alcune Corti di appello e la Corte di cassazione hanno già interpretato il codice penale in senso conforme alla Convenzione. In secondo luogo ricorda il criterio di sussidiarietà che regola la giurisdizione della Corte europea (“*the subsidiary nature of the supervisory mechanism of complaint to the Court*”). Alla luce di ciò i giudici di Strasburgo non hanno ritenuto necessario, al momento, indicare allo Stato convenuto misure da adottare in esecuzione della propria pronuncia, esortando tuttavia le autorità nazionali ad assumersi la responsabilità di assicurare al più presto al ricorrente il suo diritto alla libertà personale⁴⁶⁵.

Per quanto concerne invece il caso *Schummer*, la Corte ha escluso che il prolungamento della privazione della libertà personale oltre i limiti previsti al momento della commissione del fatto abbia superato quel minimo livello di gravità oltre il quale un trattamento può essere considerato inumano e degradante, negando quindi la violazione dell’art. 3 CEDU.

La Corte ha ricordato in particolare che il concetto di trattamenti disumani e degradanti è relativizzato: per ricadere nelle previsioni dell’articolo 3 della Convenzione, un maltrattamento deve raggiungere un *livello minimo di gravità* valutato rispetto ad una serie di condizioni oggettive (tipo di pena, durata,

⁴⁶⁴ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 17792/07) Kallweit c. Germania, 80-81 e Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 20008/07) Mateus c. Germania, n. 64.

⁴⁶⁵ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 17792/07) Kallweit c. Germania, 83 e Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 20008/07) Mateus c. Germania, n. 61-66.

condizioni dell'esecuzione) e soggettive (condizioni personali del soggetto, quali l'età, lo stato di salute, il sesso, la personalità)⁴⁶⁶.

Alla luce di questi criteri è quindi esclusa la sussistenza di un trattamento disumano o degradante⁴⁶⁷, ammettendo però che lasciare un individuo nell'incertezza con riguardo al termine della misura privativa della libertà personale che lo riguarda può *in certi casi* rilevare sotto l'angolo della considerata disposizione convenzionale, ossia dell'art. 3 Cedu⁴⁶⁸.

Nel caso di specie tuttavia, vista la reiterazione dei riesami operati dalle autorità giurisdizionali locali e vista la buona fede delle autorità nazionali⁴⁶⁹, esclude la violazione dell'art. 3 CEDU :

*“In these circumstances, the Court finds that the applicant's prolonged preventive detention cannot be considered as ill-treatment or punishment which attained the minimum level of severity so as to fall within the scope of Article 3”*⁴⁷⁰

Sempre con riguardo al caso Schummer, la Corte ha escluso anche la violazione dell'art. 4, co. 1 del Protocollo n. 7 CEDU, non ravvisando nella vicenda alcuna violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale⁴⁷¹.

⁴⁶⁶ “...ill-treatment, including punishment, must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment or punishment, the manner and method of its execution, its duration, its physical or mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim.” in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 27360/04 e 42225/07), Schummer c. Germania, n. 77.

⁴⁶⁷ “The Court has further found, in relation to the imposition of a penalty, that matters of appropriate sentencing largely fall outside the scope of the Convention.” in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 27360/04 e 42225/07), Schummer c. Germania, n. 78.

⁴⁶⁸ “Likewise, it cannot be excluded that leaving a detainee in uncertainty over a long time as to his future, notably as to the duration of his imprisonment, or removing from a detainee any prospect of release might also give rise to an issue under Article 3” in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 27360/04 e 42225/07), Schummer c. Germania, n. 78.

⁴⁶⁹ “However, there is no indication that the domestic authorities were acting in bad faith when prolonging the applicant's preventive detention as they relied on the fact that such prolongation was constitutional and were not aware of the fact that it failed to comply with the Convention. This can be seen to be confirmed by the fact that the Karlsruhe Court of Appeal subsequently ordered the applicant's release on 10 September 2010 by reference to the Court's judgment in the case of *M. v. Germany*.” in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 27360/04 e 42225/07), Schummer c. Germania, n. 80.

⁴⁷⁰ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 27360/04 e 42225/07), Schummer c. Germania, n. 80.

4.2. Il caso Haidn

Con sentenza del 13 gennaio 2011, la Corte europea si è pronunciata circa il caso *Haidn* c. Germania, stabilendo, all'unanimità, la violazione dell'art. 5 CEDU della legge bavarese sui delinquenti pericolosi, che aveva introdotto nel *Länder* la custodia di sicurezza postuma.

Il ricorrente, detenuto al tempo della sentenza in un ospedale psichiatrico a Bayreuth, era stato condannato nel 1999 a tre anni e sei mesi di reclusione per abuso sessuale su minore; nell'aprile 2002, terminato di scontare la sua pena detentiva di tre anni e sei mesi, la Corte Regionale di Bayreuth aveva disposto che il periodo di detenzione venisse prolungato, per scopi preventivi, a tempo indeterminato, ai sensi degli artt. 1 e 2 della *Placement Act* bavarese (legge sui delinquenti pericolosi, entrata in vigore nel gennaio 2002).

Il provvedimento era stato adottato con l'avallo di due perizie psichiatriche, secondo le quali il ricorrente soffriva di un disturbo della personalità tale da renderlo una minaccia grave per la libertà di autodeterminazione sessuale degli altri individui, con un rischio concreto di recidiva. In particolare, veniva sottolineato il fatto che il ricorrente non avesse partecipato ad alcuna terapia per risolvere le sue problematiche.

Il ricorrente aveva indi proposto appello dinanzi alla Corte d'Appello di Bamberg, la quale tuttavia aveva rigettato il ricorso per manifesta infondatezza: la Corte non aveva ritenuto sussistente una violazione del principio del legittimo affidamento, in quanto il ricorrente era stato informato per iscritto da parte delle autorità carcerarie della necessità di sottoporsi a terapia. Né con questa legge era stato violato il divieto di essere punito due volte per lo stesso reato, in quanto non erano i reati da lui commessi in passato, ma il rischio di recidiva in futuro, ad essere decisivo per il prolungamento della detenzione.

⁴⁷¹ “*However, having regard to all the material in its possession, the Court finds that these complaints do not disclose any appearance of a violation of the rights and freedoms set out in the Convention or its Protocols*” in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 27360/04 e 42225/07), Schummer c. Germania, n. 85.

Il ricorrente aveva sollevato, quindi, una questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte Costituzionale Federale, sostenendo l'incostituzionalità della *Placement Act* bavarese (in quanto tale materia non era di competenza del legislatore bavarese) e la violazione del principio di “*nulla poena sine lege*”.

La Corte Costituzionale Federale, accogliendo la questione di legittimità costituzionale, aveva dichiarato la *Placement Act* incompatibile con la Costituzione alla luce del fatto che il legislatore regionale non avrebbe potuto emanare norme in materia di collocamento dei criminali in carcere perché la medesima era già stata in modo esaustivo disciplinata dalla legge federale. La Corte tuttavia aveva stabilito che la legge in questione dovesse comunque essere applicata durante il periodo di transizione fino al 30 settembre 2004.

Di conseguenza il Tribunale regionale di Bayreuth aveva sospeso la detenzione in carcere del ricorrente, disponendo la sua collocazione nel reparto psichiatrico di una casa di riposo per anziani. Nel marzo 2004 tuttavia il Tribunale regionale di Bayreuth aveva revocato l'ordine di sospensione della carcerazione, viste le ripetute molestie sessuali commesse su alcune donne anziane (e affette da demenza) nella casa di riposo.

Il Sig. Haidn , nuovamente condotto in prigione, era stato poi internato in un ospedale psichiatrico: la sua condotta rappresentava infatti ancora una minaccia grave per la libertà di autodeterminazione sessuale degli altri. Il ricorrente aveva adito quindi la Corte di Strasburgo, invocando la violazione degli artt 3 e 5 CEDU⁴⁷².

In merito alla pretesa violazione dell'art. 5, la Corte è stata quindi chiamata a verificare se il ricorrente, nel caso di specie, fosse stato privato della libertà conformemente ad una delle ipotesi previste dell'art. 5 CEDU.

Per quanto concerne l'ipotesi di cui alla lett. *a*), la Corte ha ricordato che il termine “*condanna*” non comprende le decisioni del tribunale dell'esecuzione (di

⁴⁷² Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011, (n. 6587/04), Haidn c. Germania, n. 5-35.

prolungare lo stato di detenzione del reo) perché queste non comportano un accertamento di colpevolezza. Pertanto la detenzione del Sig. Haidn non è giustificata ai sensi della lett. *a*).

La Corte ha poi esaminato se la carcerazione preventiva del ricorrente rientra nelle ipotesi di cui alle lett. *c*) ed *e*) dell' art. 5.

L'internamento del ricorrente per una durata illimitata è stato motivato dal giudice con riferimento al rischio che, se rilasciato, il medesimo potesse commettere ulteriori reati contro la libertà di autodeterminazione sessuale dei cittadini. Tuttavia, tali ipotesi non rientra nel caso disciplinato dalla lettera *c*) in quanto una persona detenuta ai sensi di tale paragrafo dovrebbe essere portata al più presto dinanzi ad un giudice per essere giudicata. Inoltre, i possibili ed ulteriori reati invocati dai giudici nazionali a giustificazione della misura adottata non erano stati sufficientemente concreti e specifici sia il relazione al luogo e il tempo di commissione sia per quanto concerne le vittime.

Per quanto riguarda, infine, lo stato di incapacità di intendere e di volere del ricorrente, tale da giustificare la sua detenzione *ex art.5 comma 1 lett. e*) CEDU, la Corte non ha ritenuto che questi soffrisse di un vero disturbo mentale. A conferma di ciò sostiene che se tale disturbo fosse stato accertato il ricorrente avrebbe dovuto scontare l'intera pena in un ospedale psichiatrico giudiziario e non in un carcere ordinario, considerando che l'ordinamento tedesco prevede una differenza tra la detenzione a scopi preventivi dei delinquenti pericolosi e la detenzione in ospedali psichiatrici di persone affette da disturbi mentali.

Pertanto, alla luce di tali considerazioni, la Corte ha concluso affermando che il protrarsi della privazione della libertà personale del ricorrente non è supportato da una causa giustificativa sufficiente sotto il profilo dell'art. 5 CEDU⁴⁷³.

Circa la violazione del divieto dei trattamenti inumani e degradanti, la Corte ha ricordato che per ricadere nelle previsioni dell'articolo 3 della Convenzione, un

⁴⁷³ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011, (n. 6587/04), Haidn c. Germania, n. 81-97.

maltrattamento deve raggiungere un livello minimo di gravità. Nel caso di specie, sebbene il ricorrente fosse stato effettivamente rilasciato, la decisione era stata revocata meno di tre mesi più tardi, poiché il ricorrente aveva nuovamente commesso reati contro la libertà di autodeterminazione sessuale delle donne. Ciò dimostra che, nonostante la durata indeterminata del provvedimento di detenzione, il ricorrente aveva avuto la possibilità di riottenere la libertà.

Pertanto, anche in questo caso, la Corte ha concluso escludendo una violazione dell'art. 3, alla luce del fatto che la durata della detenzione del ricorrente per scopi preventivi non ha raggiunto il livello minimo di gravità necessario per ricadere nelle previsioni dell'articolo 3 della Convenzione⁴⁷⁴.

4.3. Il caso Jendrowiak

Il 14 aprile 2011, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affrontato nuovamente la legittimità della disciplina della custodia di sicurezza (così come modificata nel 1998) alla luce dei principi enucleati negli artt. 5 e 7 CEDU⁴⁷⁵.

Nel caso di specie il ricorrente, uno stupratore seriale, condannato nel 1990 a tre anni di reclusione per tentata violenza sessuale, era stato condannato alla custodia di sicurezza, da eseguirsi al termine dell'espiazione della pena. Trascorsi i dieci anni di custodia di sicurezza, il ricorrente aveva presentato numerosi ricorsi richiedendo la liberazione, ma i giudici avevano prolungato la misura fino al 2009, applicando retroattivamente la legge del 1998, sulla base dell'ancora attuale pericolosità sociale dell'interessato. Il ricorrente si era quindi rivolto alla Corte europea per i diritti dell'uomo, lamentando la violazione degli artt. 5 e 7 CEDU.

Anche in questo caso la Corte ha ritenuto di trovarsi davanti ad un *follow-up case* rispetto a quello oggetto della sentenza *M. c. Germania* del 17 dicembre 2009: sulla base delle stesse motivazioni della sentenza del 2009 e delle tre sentenze del

⁴⁷⁴ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011, (n. 6587/04), Haidn c. Germania, n. 105-113.

⁴⁷⁵ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 14 aprile 2011, (n. 30060/04), Jendrowiak c. Germania.

gennaio 2011, ha così potuto facilmente condannare la Germania anche in questo caso⁴⁷⁶, aggiungendo però un'importante *precisazione sui rapporti tra esigenze di difesa sociale e garanzie individuali*.

La Corte si è detta consapevole del fatto che i giudici interni hanno applicato retroattivamente la novella del 1998 sulla base del rischio che l'interessato, se liberato, commettesse nuovi crimini e dunque per proteggere le potenziali vittime da danni fisici e psicologici (in effetti, l'art. 3 CEDU obbliga gli Stati aderenti ad adottare misure idonee ad evitare che le persone nella loro giurisdizione subiscano torture o trattamenti inumani o degradanti, che possono consistere anche in maltrattamenti perpetrati da privati).

Tuttavia, la Corte ha affermato che un tale obbligo positivo di tutela deve contemperarsi con la necessità che gli Stati esercitino il loro potere di controllo e di prevenzione del crimine nel pieno rispetto del giusto processo e delle altre garanzie che pongono limiti agli scopi della loro azione, fra le quali vi sono anche quelle imposte dall'art. 5⁴⁷⁷ e dall'art. 7 Cedu⁴⁷⁸, che non prevedono deroghe nemmeno in caso di guerra o altre emergenze ai sensi dell'art. 15 Cedu⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ M. ANTONUCCIO (a cura di), "Jendrowiak c. Germania – Ricorso n. 30060/04 – Sentenza del 14 aprile 2011 – Livello 2", in *Osservatorio sulla giurisprudenza delle Corti europee in materia di diritti umani*, 2010, pag 283-285.

⁴⁷⁷ "However, the Court has also repeatedly held that the scope of any positive obligation on State authorities to take preventive operational measures to protect individuals from the criminal acts of another individual must take into consideration the need to ensure that the authorities exercise their powers to control and prevent crime in a manner which fully respects the due process and other guarantees which legitimately place restraints on the scope of their action, including the guarantees contained, in particular, in Article 5 of the Convention" in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 14 aprile 2011, (n. 30060/04), Jendrowiak c. Germania, n. 37.

⁴⁷⁸ "The Court would further note that its above observations on the scope of the State authorities' positive obligation to protect potential victims from inhuman or degrading treatment which might be caused by the applicant (see paragraphs 36-38 above) apply, a fortiori, in the context of the prohibition of retrospective penalties under Article 7 § 1, provision from which no derogation is allowed even in time of public emergency threatening the life of the nation (Article 15 §§ 1 and 2 of the Convention). The Convention thus does not oblige State authorities to protect individuals from criminal acts of the applicant by such measures which are in breach of his right under Article 7 § 1 not to have imposed upon him a heavier penalty than the one applicable at the time he committed his criminal offence" in Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 14 aprile 2011, (n. 30060/04), Jendrowiak c. Germania, n. 48.

⁴⁷⁹ V. J. RENZIOWSKI, *Das Elend mit der rückwirkend verlängerten und der nachträglich angeordneten Sicherungsverwahrung*, in *ZIS* 6/2011, pag 539.

In altre parole: “*la Convenzione europea pone sugli Stati aderenti obblighi positivi di tutela, ma non permette che gli Stati proteggano la collettività dai comportamenti criminali di una persona utilizzando misure che derogano ai diritti convenzionali di quella stessa persona*”⁴⁸⁰.

5. La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 4 maggio 2011⁴⁸¹

Il 4 maggio 2011, in seguito alle decisioni della Corte europea sopra esposte, è stata di nuovo sollevata di fronte al *Bundesverfassungsgericht* la questione della legittimità costituzionale della proroga retroattiva della *Sicherungsverwahrung* oltre il limite decennale previsto dal diritto in vigore al momento della condanna, e della custodia di sicurezza postuma⁴⁸². Si tratta di una sentenza importante perché tocca i profili più rilevanti dell’istituto: la validità delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento tedesco, la retroattività della disciplina sfavorevole, la legittimità dell’ordine postumo di internamento e le modalità di esecuzione della misura di sicurezza⁴⁸³.

⁴⁸⁰ G. ABBADESSA, “*La Corte di Strasburgo ritorna sulla custodia di sicurezza nell’ordinamento tedesco: la difesa sociale non ammette il sacrificio delle garanzie convenzionali*”, in dir. pen. cont., pag 1.

⁴⁸¹ BVerfG 4 maggio 2011, in *NJW* 2011, pagg 1931 ss.

⁴⁸² Per un’analisi della sentenza si veda: S. PORRO, *La custodia di sicurezza nell’ordinamento penale tedesco- Alcune riflessioni alla luce di Bundesverfassungsgericht, Il Senato, 4 maggio 2011, 2 BvR 2365/09*, in dir.pen.cont, pagg 17 ss, M. PELISSERO, *Il controllo dell’autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont, pagg 32 ss., A. DI MARTINO, *Ancora sull’efficacia della CEDU nel diritto interno: il BVerfG e la “detenzione di sicurezza”*, in www.diritticomparati.it e F. SAIITO, *Germania. Il Bundesverfassungsgericht supera un proprio precedente in materia di libertà personale interpretando il diritto alla luce della giurisprudenza CEDU* in www.dpce.it/online. Per commenti di parte tedesca si veda: A. MOSRACHER, *Das aktuelle Recht der Sicherungsverwahrung im Überblick*, p.229 in www.hrr-Strafrecht.de, A. KREUZER, T. BARTSCH, *Urteil des BVerfG v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09*, in *STV* 2011, pag 472, A. DESSECKER, *Die Sicherungsverwahrung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht* in *ZIS* 8-9/2011.

⁴⁸³ M. PELISSERO, *Il controllo dell’autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont., pag 32.

Mediante quattro questioni di legittimità costituzionale⁴⁸⁴, i ricorrenti facevano valere:

a) la violazione del diritto costituzionale alla *libertà personale* risultante dal combinato disposto degli artt. 2 comma 2 e 104 comma 1 GG;

b) la violazione della garanzia fondamentale alla *tutela dell'affidamento* risultante dal combinato disposto degli artt. 2 comma 2 e 20 comma 3 GG;

c) la violazione del divieto di *irretroattività* materia penale sancito dall'art. 103 GG, contestando in particolare la legittimità dell'applicazione retroattiva della disciplina più severa introdotta con la legge del 1998 che ha abrogato il termine massimo di durata della custodia di sicurezza, e richiedendo un'estensione a questo istituto della garanzia della irretroattività stabilita dall'art. 103 della legge fondamentale, alla luce dell'art. 7 CEDU come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Le questioni si sovrappongono a quelle già decise dal *Bundesverfassungsgericht* nel 2004⁴⁸⁵ e nel 2006⁴⁸⁶: per questo motivo, in primo luogo, la Corte ha dovuto affrontare il problema del proprio precedente che avrebbe potuto rappresentare un impedimento procedurale ad un nuovo eventuale ricorso.

Vista la recente evoluzione giurisprudenziale avvenuta a livello europeo, il *Bundesverfassungsgericht* ha ritenuto i ricorsi ammissibili così argomentando:

„Auch wenn Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als feststellende Judikate keine unmittelbare Änderung der Rechtslage, zumal auf der Ebene des Verfassungsrechts, herbeiführen, können sie gleichwohl für die Auslegung des Grundgesetzes rechtserhebliche Bedeutung erlangen. Soweit

⁴⁸⁴ Come per i casi precedentemente analizzati i ricorrenti erano stati condannati alla detenzione e alla custodia di sicurezza da eseguirsi al termine della pena in un momento in cui la legge in vigore prevedeva la durata massima decennale della misura di sicurezza: a seguito della modifica legislativa del 1998 con la quale è stato retroattivamente abrogato il termine massimo della durata stessa, il giudice dell'esecuzione ha ordinato il prolungamento del periodo di internamento oltre il periodo di dieci anni: per un'analisi dettagliata dei casi v. *Bundesverfassungsgericht - Pressestelle - Pressemitteilung Nr. 117/2010 vom 16. Dezember 2010 Sicherungsverwahrung I*, 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10 *Sicherungsverwahrung*, II 2 BvR 2333/08, 2 BvR 571/10, 2 BvR 1152/10. e BVerfG, 04 maggio 2011, n. 31-70.

⁴⁸⁵ BVerfG 5 febbraio 2004, *cit.*

⁴⁸⁶ BVerfG 23 agosto 2006, *cit.*

*verfassungsrechtlich entsprechende Auslegungsspielräume eröffnet sind, versucht das Bundesverfassungsgericht wegen des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, Konventionsverstöße zu vermeiden. Vor diesem Hintergrund können Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte einer rechtserheblichen Änderung gleichstehen.*⁴⁸⁷

Qualora le sentenze della Corte europea contengano elementi capaci di far leggere in una nuova luce la legge fondamentale, è permesso ai giudici costituzionali di superare, attraverso l'interpretazione, la forza di una pronuncia precedente del giudice costituzionale stesso: le pronunce della Corte europea possono essere equiparate a mutamenti, sostanziali o di fatto, del diritto interno („*Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, die neue Aspekte für die Auslegung des Grundgesetzes enthalten, stehen rechtserheblichen Änderungen gleich, die zu einer Überwindung der Rechtskraft einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts führen können*“⁴⁸⁸).

In questo passaggio fondamentale la Corte costituzionale federale considera quindi le sentenze della Corte europea capaci di incidere sull'interpretazione dei diritti fondamentali, pur non avendo nell'ordinamento tedesco efficacia obbligatoria *erga omnes*. Nella misura in cui sia possibile elaborare più interpretazioni costituzionalmente compatibili, il *Bundesverfassungsgericht* deve garantire un'interpretazione favorevolmente orientata verso il diritto internazionale (*Völkerrechtsfreundlichkeit*), interpretando quindi il diritto interno in modo compatibile con gli impegni internazionali assunti.

In altre parole, entro gli spazi di discrezionalità lasciati aperti dalla legge fondamentale, tali pronunce assumono una funzione di *ausilio* nell'interpretazione del *Grundgesetz*.

Per quanto concerne il merito, il ragionamento del *Bundesverfassungsgericht* si sviluppa in tre parti: a) il rapporto fra CEDU e diritto nazionale interno⁴⁸⁹; b) la compatibilità della disciplina della custodia di sicurezza

⁴⁸⁷ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 82.

⁴⁸⁸ BVerfG, 04 maggio 2011, mass. n. 1.

⁴⁸⁹ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 85-94.

con il diritto alla libertà personale⁴⁹⁰; c) la compatibilità della disciplina della custodia di sicurezza con la garanzia alla tutela dell'affidamento⁴⁹¹.

Va precisato che, vista la complessità dell'istituto contestato, la Corte non si è limitata ad analizzare le disposizioni oggetto di ricorso riguardanti l'espunzione retroattiva del limite decennale di durata della misura e l'ordine postumo di internamento, ma ha esteso il suo sindacato di legittimità della *Sicherungsverwahrung* rispetto al diritto costituzionale alla libertà personale alla disciplina complessiva della misura in oggetto⁴⁹².

5.1. Il rapporto fra CEDU e diritto nazionale

Nella prima parte della sentenza la Corte sviluppa alcune fondamentali riflessioni in relazione al rapporto fra CEDU e diritto nazionale:

“Die Europäische Menschenrechtskonvention steht zwar innerstaatlich im Rang eines Bundesgesetzes und damit unter dem Grundgesetz (a). Sie ist jedoch als Auslegungshilfe bei der Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes heranzuziehen (b). Dies gilt auch für die Auslegung der Europäischen Menschenrechtskonvention durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (c). Diese verfassungsrechtliche Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention und damit auch der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte beruht auf der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und seiner inhaltlichen Ausrichtung auf die Menschenrechte (d). Ihre Heranziehung als Auslegungshilfe verlangt allerdings keine schematische Parallelisierung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der Europäischen Menschenrechtskonvention, sondern ein Aufnehmen der Wertungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (e), soweit dies methodisch vertretbar und mit den Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar ist (f).“⁴⁹³

⁴⁹⁰ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 95-130.

⁴⁹¹ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 130 e ss.

⁴⁹² BVerfG, 04 maggio 2011, n. 166.

⁴⁹³ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 86.

I giudici di Karlsruhe hanno quindi ricordato che nell'ordinamento interno la CEDU ha rango di legge ordinaria, ed è quindi subordinata al *Grundgesetz* (e quindi non può di per sé costituire parametro per la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge), facendo riferimento a quell'orientamento costante della giurisprudenza costituzionale secondo il quale la CEDU costituisce strumento di interpretazione per determinare il contenuto e l'ampiezza dei diritti fondamentali (nella misura in cui non determinano una limitazione o riduzione dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione⁴⁹⁴).

Ciò vale anche per la giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, che, nell'interpretare la Convenzione, svolge un ruolo di ausilio interpretativo: non vi è quindi una sovrapposizione fra i diritti tutelati dalla CEDU e i *Grundrechte* protetti dalla legge fondamentale in quanto i primi saranno utili solo come “*Auslegungshilfe*” dei secondi. Tuttavia, sebbene le disposizioni della Convenzione e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo assumano un significato costituzionale (*verfassungsrechtliche Bedeutung*), potendo influenzare la lettura che si dà dei diritti all'interno dell'ordinamento tedesco, il *Bundesverfassungsgericht* specifica che questo non implica uno *schematico parallelismo* fra i principi della Legge fondamentale e quelli della CEDU⁴⁹⁵.

La Corte prosegue sottolineando che, riconoscendo alla giurisprudenza della Corte europea una funzione di orientamento e di indirizzo (*faktischen Orientierungs- und Leitfunktion*) che va al di là dello specifico caso oggetto di ricorso e interpretando le norme costituzionali in conformità alla Convenzione, si manifesta una nozione di *sovranità* che non interferisce nello sviluppo di rapporti inter- e sopranazionali, ma che anzi li presuppone e li auspica. Alla luce di questo, il fatto che la Costituzione abbia “l'ultima parola” non ostacola un dialogo

⁴⁹⁴ Un risultato d'altronde non voluto dalla stessa Convenzione che all'art 53 prevede che le disposizioni della stessa Convenzione non possono essere interpretate in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali riconosciute in base alla legge degli Stati contraenti.

⁴⁹⁵ „Die völkerrechtsfreundliche Auslegung erfordert keine schematische Parallelisierung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der Europäischen Menschenrechtskonvention.“ BVerfG, 04 maggio 2011, mass. 2, b).

internazionale ed europeo fra le Corti, bensì ne rappresenta il fondamento normativo⁴⁹⁶.

In questo modo l'interpretazione delle norme convenzionali effettuata dalla Corte europea per i diritti dell'uomo può incidere sull'ordinamento interno su un duplice piano: opera in primo luogo sull'efficacia vincolante di un precedente del Tribunale (ottenendo una sorta di equiparazione con gli altri mutamenti considerati dalla giurisprudenza costituzionale) e non permette in secondo luogo all'interprete di sovrapporre integralmente il diritto convenzionale e quello interno ma consentendogli di ampliare le tutele presenti nell'ordinamento tedesco.

Alla luce di queste considerazioni la Corte inquadra diversamente l'art. 2 comma 2 della legge fondamentale (*“Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.”*): il riconoscimento costituzionale dei diritti individuali dell'uomo non costituisce *“la porta d'ingresso per assicurare un immediato rango costituzionale alle garanzie costituzionali”*, perchè queste ultime rappresentano un parametro di interpretazione dei diritti costituzionali per assicurare loro un minimo standard di tutela.

Tuttavia, premesso che la Corte europea considera gli Stati liberi di scegliere i mezzi idonei ad attuare i suoi principi, l'interpretazione della norme CEDU deve tener conto del contesto nazionale nel quale queste garanzie si inseriscono⁴⁹⁷. Questo freno alla recezione dei principi convenzionali nel diritto interno assume rilevanza in modo particolare qualora vi siano *“mehrpolygonen Grundrechtsverhältnissen”*, nei quali il *“più”* di libertà per un titolare di diritti fondamentali significa allo stesso tempo un *“meno”* per l'altro. Le possibilità di

⁴⁹⁶ *“Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ist damit Ausdruck eines Souveränitätsverständnisses, das einer Einbindung in inter- und supranationale Zusammenhänge sowie deren Weiterentwicklung nicht nur nicht entgegensteht, sondern diese voraussetzt und erwartet. Vor diesem Hintergrund steht auch das „letzte Wort“ der deutschen Verfassung einem internationalen und europäischen Dialog der Gerichte nicht entgegen, sondern ist dessen normative Grundlage.”* in BVerfG, 04 maggio 2011, n. 89.

⁴⁹⁷ *„Die menschenrechtlichen Gehalte des jeweils in Rede stehenden völkerrechtlichen Vertrags müssen im Rahmen eines aktiven (Rezeptions-)Vorgangs in den Kontext der aufnehmenden Verfassungsordnung „umgedacht“ werden“* in BVerfG, 04 maggio 2011, n. 92.

un'interpretazione orientata al diritto internazionale terminano dove questa, sulla base dei criteri di interpretazione della legge e dei principi costituzionali, non appaia più sostenibile⁴⁹⁸.

5.2. La compatibilità della disciplina della custodia di sicurezza con il diritto alla libertà personale

Nella seconda parte della sentenza il *Bundesverfassungsgericht* esamina la compatibilità della *Sicherungsverwahrung* con il diritto costituzionale alla libertà personale.

In primo luogo la Corte conferma la sua giurisprudenza costante in base alla quale, alla luce dell'alto rango che la libertà personale occupa fra i diritti fondamentali, una misura preventiva così fortemente limitativa della libertà personale è legittima solo qualora, nel rispetto del principio di *proporzione*, lo imponga la tutela di beni giuridici di rango elevato (ponderando quindi il diritto alla libertà personale con le esigenze di tutela della collettività), e sempre che siano assicurate adeguate garanzie, sostanziali e procedurali.

Rispetto alla giurisprudenza precedente (v. *Bundesverfassungsgericht*, 5 febbraio 2004) tuttavia, il controllo di proporzionalità diviene più rigoroso, perché non si esaurisce nel profilo sostanziale (relativo ai requisiti di applicabilità della misura) e procedurale (relativo al controllo periodico circa la persistenza della pericolosità del soggetto), ma riguarda soprattutto le *modalità di esecuzione* della custodia di sicurezza: alla luce dell'art 7 comma 1 CEDU, che sottopone tutte le sanzioni punitive al divieto di retroattività, solo una distinzione concreta fra la pena e la *Sicherungsverwahrung* in fase esecutiva assicurerebbe il rispetto del principio di

⁴⁹⁸ "Dieses Rezeptionshemmnis kann vor allem in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen relevant werden, in denen das „Mehr“ an Freiheit für den einen Grundrechtsträger zugleich ein „Weniger“ für den anderen bedeutet. Die Möglichkeiten einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung enden dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint.“ in BVerfG, 04 maggio 2011, mass 2, c), seconda frase.

proporzionalità e sottrarrebbe la custodia al divieto di irretroattività in materia penale⁴⁹⁹.

„Der in der Sicherungsverwahrung liegende Eingriff in das Freiheitsgrundrecht ist daher auch deshalb äußerst schwerwiegend, weil er ausschließlich präventiven Zwecken dient und dem Betroffenen – da der Freiheitsentzug stets nur auf einer Gefährlichkeitsprognose, nicht aber auf dem Beweis begangener Straftaten beruht – im Interesse der Allgemeinheit gleichsam ein Sonderopfer auferlegt“⁵⁰⁰.

Come riportato, la Corte riconosce il carattere fortemente limitativo della custodia di sicurezza sulla libertà personale (intensificato dal fatto che la persona viene internata sulla base di una prognosi e per soddisfare esigenze della collettività), e quindi prosegue legittimandola solo nella misura in cui il legislatore la disciplini considerando adeguatamente tale carattere invasivo e preoccupandosi di non infliggere sofferenze ulteriori alla imprescindibile privazione della libertà personale.

Per tal motivo è necessario che le modalità esecutive siano orientate al riacquisto della libertà e connotate da supporti terapeutici (*“Dem muss durch einen freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug Rechnung getragen werden”*), in modo da render chiaro al destinatario e alla collettività il carattere esclusivamente preventivo della misura stessa⁵⁰¹.

La Corte quindi, riproponendo la consueta argomentazione che vede pene e misure di sicurezza differenziate sia sul piano della legittimazione⁵⁰² che su quello degli scopi⁵⁰³, non aderisce all’equiparazione fra pene e misure di sicurezza operate dalla Corte europea. Tuttavia, e in questo si sostanzia la novità, esige la presenza di una differenza reale fra i due provvedimenti sul piano esecutivo (*Abstandsgebot*).

Sul piano della *legittimazione*, le pene si fondano sul principio di colpevolezza (che funge da fondamento e da limite), ovvero sulla commissione di un fatto anti-giuridico e colpevole, e presuppongono una visione dell’uomo come

⁴⁹⁹ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 98-100.

⁵⁰⁰ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 101.

⁵⁰¹ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 101.

⁵⁰² BVerfG, 04 maggio 2011, n. 104.

⁵⁰³ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 105.

soggetto capace di autodeterminazione: in particolare, il principio di colpevolezza, essendo il criterio regolamentatore della commisurazione della pena, limita la durata della pena detentiva entro una misura proporzionata alla colpevolezza per il fatto. Le misure di sicurezza invece si fondano sulla base del principio dell'interesse prevalente, quale è quello della tutela alla sicurezza della collettività.

Sul piano dello *scopo* le pene hanno una finalità repressivo-retributiva, mentre le misure di miglioramento e di sicurezza sono finalizzate a difendere la collettività di soggetti pericolosi, in ragione di loro comportamenti pregressi.

Queste differenze teoriche comportano che l'esecuzione delle misure di sicurezza debba cessare quando gli interessi alla tutela della collettività non prevalgono più sul diritto alla libertà dell'internato: lo Stato è perciò obbligato a tener conto del potenziale intromissivo del provvedimento di custodia, predisponendo, fin da subito, modalità esecutive orientate al riottenimento della libertà personale e improntate ad un approccio terapeutico al fine di eliminare, per quanto sia possibile, la pericolosità del destinatario⁵⁰⁴. Ogni limitazione della libertà personale si giustifica solo qualora sia indispensabile per ridurre la pericolosità del soggetto, al quale va comunque garantita la prospettiva di riacquistare la libertà⁵⁰⁵. La Corte aggiunge inoltre che l'obbligo di distinzione, sebbene vincoli tutti i poteri statuali, è tuttavia diretto il primo luogo al legislatore che ha la competenza di definire nel dettaglio le suddette modalità esecutive della *Sicherungsverwahrung*, in modo che, nella disciplina di questo istituto, nessuna questione determinante sia demandata alla discrezionalità del potere esecutivo e di quello giurisdizionale⁵⁰⁶.

Chiarite le linee guida, la Corte prosegue elencando i requisiti costituzionali minimi, inerenti all'obbligo di distinzione, che devono essere soddisfatti dal legislatore in sede di riforma.

⁵⁰⁴ „Da sich der Maßregelvollzug allein aus dem Prinzip des überwiegenden Interesses rechtfertigt, muss er umgehend beendet werden, wenn die Schutzinteressen der Allgemeinheit das Freiheitsrecht des Untergebrachten nicht länger überwiegen. Dabei trifft den Staat die Verpflichtung, im Vollzug von Anfang an geeignete Konzepte bereitzustellen, um die Gefährlichkeit des Verwahrten nach Möglichkeit zu beseitigen.“ in BVerfG, 04 maggio 2011, n. 107.

⁵⁰⁵ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 108.

⁵⁰⁶ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 110.

1. *Ultima Ratio Prinzip*⁵⁰⁷: “Die Sicherungsverwahrung darf nur als letztes Mittel angeordnet werden, wenn andere, weniger einschneidende Maßnahmen nicht ausreichen, um dem Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit Rechnung zu tragen.“ E’ necessario che la custodia di sicurezza costituisca una misura di *ultima ratio*, applicabile solo nel caso in cui non siano sufficienti a tutela della collettività *altre misure meno invasive*: è inoltre indispensabile che già nel corso dell’esecuzione della pena siano predisposti tutti gli strumenti necessari per ridurre la pericolosità del soggetto e che siano quindi garantiti trattamenti psichiatrici e psico-terapeutici.

2. *Individualisierungs- und Intensivierungsgebot*⁵⁰⁸: l’obbligo di individualizzazione e di intensificazione impone l’analisi concreta della personalità del destinatario della misura al fine di far emergere i fattori individuali di pericolosità sociale, essenziali per redigere un *piano* individualizzato e dettagliato. Constatato che l’impiego di metodi terapeutici standardizzati non è sufficientemente efficiente alla luce del diritto al riottenimento della libertà del soggetto, risulta necessario quindi predisporre questo “*Vollzugsplan*”, di tipo multidisciplinare, compilato in base ad una visita medica specialistica, da aggiornare in base ai progressi del destinatario, finalizzato a ridurre i fattori di rischio e a contenere la pericolosità.

3. *Motivierungsgebot*⁵⁰⁹: in questo passaggio la Corte sottolinea come il fatto che la custodia di sicurezza possa essere disposta per una durata illimitata, possa demotivare l’internato e “*ihn in Letargie und Passivität führen*”. Questo deve essere tassativamente evitato tramite trattamenti tali da offrire una *reale* speranza al soggetto di essere liberato. Sul punto la Corte richiede uno specifico “lavoro motivazionale” che possa stimolare il soggetto, suggerendo ad esempio, particolari privilegi a quei soggetti che si dimostrano collaborativi.

4. *Trennungsgebot*⁵¹⁰: è indispensabile che sia rispettato l’obbligo di separare i condannati dagli internati attraverso strutture autonome di esecuzione. La

⁵⁰⁷ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 112.

⁵⁰⁸ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 113.

⁵⁰⁹ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 114.

⁵¹⁰ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 115.

Corte sottolinea in secondo luogo il fatto che, per contenere i costi, può ritenersi funzionale anche avere due reparti autonomi separati, ma all'interno dello stesso istituto, al fine di poter sfruttare le stesse infrastrutture e lo stesso personale, tenendo sempre conto tuttavia del fatto che ai soggetti sottoposti a custodia di sicurezza dovrà essere predisposta un'offerta diversa a livello di attività ludiche e di tempo libero

5. *Minimierungsgebot*⁵¹¹: è necessaria la concessione di misure alternative già durante l'esecuzione della pena, quale strumento indispensabile per la formulazione del giudizio prognostico. La Corte suggerisce la predisposizione di un ampio ventaglio di misure, fra le quali anche permessi di libera uscita, rapportate alla pericolosità del soggetto: la concessione di tali misure potrà essere negata dall'istituto di internamento solo qualora il soggetto abbia manifestato un'elevata pericolosità.

6. *Rechtsschutz- und Unterstützungsgebot*⁵¹²: il dovere di tutela giuridica e di aiuto esige che all'internato sia garantito un effettivo diritto azionabile ad un'esecuzione improntata alla riduzione della pericolosità, garantendo supporti necessari (di assistenza legale durante la custodia e di supporto adeguato in seguito a liberazione) per l'esercizio di questo diritto.

7. *Kontrollgebot*⁵¹³: deve essere infine garantito un riesame della pericolosità del soggetto con cadenza *annuale*, da eseguirsi, fra le altre cose, sulla base di un rapporto destinato al tribunale dell'esecuzione, che il personale penitenziario dovrà stendere abitualmente. La Corte pone l'accento sul fatto che, tale riesame, dovrà essere sempre più stringente, quanto più si prolunga la misura, sia per quanto concerne i presupposti, sia per quanto concerne le cadenze di riesame.

Ad avviso dei giudici tedeschi tali principi non sono presenti nella disciplina tedesca in materia di custodia di sicurezza, che si è sviluppata senza un approccio

⁵¹¹ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 116.

⁵¹² BVerfG, 04 maggio 2011, n. 117.

⁵¹³ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 118.

complessivo orientato alla risocializzazione dell'autore; le finalità di prevenzione speciale non caratterizzano le modalità di esecuzione della *Sicherungsverwahrung*.

In particolare la Corte, valutando come insoddisfacente la consuetudine di cocendere solo eccezionalmente periodi di interruzione della detenzione, ritiene in primo luogo che non vengano sufficientemente concessi benefici penitenziari.

In secondo luogo, l'affidamento ad istituti socio-terapici è obbligatorio solo in relazione agli autori di reati sessuali e comunque, a prescindere da ciò, non vi sono nemmeno sufficienti posti disponibili in tali istituti, considerato che nel 2010, su 563 soggetti in custodia di sicurezza, solo 83 erano stati assegnati a tali istituti. Mancano inoltre forme di assistenza post-liberazione adeguate (ad esempio strutture residenziali protette e terapie ambulatoriali).

In terzo luogo, prosegue la Corte, il supporto terapeutico (psicologico e psichiatrico) è predisposto solo nei confronti del 30% dei soggetti internati in custodia di sicurezza.

In quarto luogo, non è garantita la separazione dei condannati e il riesame della pericolosità ha un termine biennale.

Infine, anche la riforma del legislatore federale del 2010 non ha risolto i problemi sollevati, perché in ogni caso non può essere applicata ai soggetti che hanno commesso reati prima della sua entrata in vigore⁵¹⁴.

Concludendo quindi la Corte afferma che la reclusione in esecuzione di una pena e l'internamento *ex §§ 66, 66a e 66b* vengono eseguite in condizioni analoghe, senza nemmeno la predisposizione di supporto psichiatrico e psicologico.

Alla luce di questo non considera la disciplina relativa alla custodia di sicurezza conforme all'obbligo di distinzione fra pene e custodia di sicurezza richiesto dalla Costituzione e conclude affermando che la disciplina della

⁵¹⁴ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 120-127, S. PORRO, *La custodia di sicurezza nell'ordinamento penale tedesco- Alcune riflessioni alla luce di Bundesverfassungsgericht, Il Senato, 4 maggio 2011, 2 BvR 2365/09*, in dir.pen.cont., pag 20 e M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont, pag 36.

Sicherungsverwahrung viola il principio di proporzionalità, costituendo quindi un'interferenza illegittima nel diritto costituzionale al godimento della libertà personale⁵¹⁵.

Dalla dichiarazione di incostituzionalità della custodia di sicurezza per violazione del diritto alla libertà personale consegue l'obbligo per il legislatore di predisporre una nuova disciplina della *Sicherungsverwahrung*, caratterizzata da supporti terapeutici e corrispondente ad una concezione della detenzione preventiva finalizzata alla risocializzazione dell'autore. La Corte specifica inoltre che, alla luce della competenza concorrente in materia penale fra *Bund* e *Länder* ex art. 74 GG, il *Bund* dovrà dettare le linee generali della disciplina, mentre i singoli *Länder* dovranno definire le regole esecutive della misura, accertandosi che l'obbligo di differenziazione dell'esecuzione della custodia di sicurezza da quella della pena (e quindi l'obbligo di orientare l'esecuzione della misura alla risocializzazione dell'autore e quello di predisporre adeguati supporti terapeutici) non "rimanga sulla carta" ma sia garantito nella singola prassi di tutti gli istituti⁵¹⁶.

5.3. La compatibilità della disciplina della custodia di sicurezza con la garanzia della tutela dell'affidamento

Nella terza parte della sentenza la Corte esamina la questione della compatibilità dell'espunzione con efficacia retroattiva del termine massimo decennale previsto per il primo internamento a titolo preventivo, nonché della custodia di sicurezza postuma, con la garanzia fondamentale della tutela dell'affidamento ex art 2 comma 2 e 20 comma 3 GG. Il ragionamento sviluppato

⁵¹⁵ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 128.

⁵¹⁶ "Die Landesgesetzgeber wiederum haben im Rahmen ihrer Gesetzgebungszuständigkeit das Abstandsgebot sichernde, effektive Regelungen für den Vollzug der Maßregel zu treffen, die einen freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug gewährleisten. Dabei ist vor allem sicherzustellen, dass die genannten Anforderungen nicht durch Gewährung zu weiter Spielräume in der Praxis umgangen werden können und damit das Abstandsgebot faktisch leerläuft. Ohne Wahrung des Abstandsgebots ist das Institut der Sicherungsverwahrung mit dem Freiheitsgrundrecht der Unterbrachten nicht vereinbar." BVerfG, 04 maggio 2011, n. 129-130.

dalla Corte a questo riguardo è finalizzato a ribadire le posizioni già espresse nel 2004 sulla retroattività in *sfavor rei* delle misure di sicurezza.

I giudici costituzionali sostengono che la proroga oltre il previo limite decennale della misura in corso di esecuzione e l'applicazione della custodia di sicurezza postuma costituiscono un'interferenza nell'affidamento dei detenuti circa il diritto in vigore al momento della condanna, sottolineando che tale interferenza sussiste a prescindere dalla qualificazione dell'efficacia *ex tunc* della normativa in esame in termini di retroattività apparente o effettiva (*echte- unechte Ruuckwirkung*)⁵¹⁷: in primo luogo affermano che tale interferenza sarebbe legittima solo qualora fosse *strettamente proporzionale* rispetto agli altri interessi in gioco. In altre parole: il principio di affidamento va bilanciato, attraverso il principio di proporzione, con l'esigenza di tutelare beni giuridici costituzionali di rango elevato⁵¹⁸.

Il *Bundesverfassungsgericht* afferma, in secondo luogo che tale bilanciamento deve tener conto del rafforzamento operato dalla Corte europea per i diritti dell'uomo *della ratio del principio di affidamento*.

Alla luce di ciò, qualora non fosse garantita la dovuta distinzione fra le modalità di esecuzione della pena e quelle della custodia di sicurezza, tale bilanciamento sarebbe pressoché inutile, e la garanzia della tutela dell'affidamento *ex art. 7 CEDU* assumerebbe una valenza assoluta: ciò perché la Corte europea dei diritti dell'uomo ha equiparato, dal punto di vista sostanziale, la pena alla custodia di sicurezza⁵¹⁹. In altre parole, poiché nella sentenza europea la violazione dell'art. 7 è stata fondata sulla sostanziale identità fra pene e *Sicherungsverwahrung*, la Corte costituzionale tedesca ne trae la convinzione che, una volta riformata la disciplina dell'esecuzione della custodia di sicurezza, anche la garanzia

⁵¹⁷ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 134.

⁵¹⁸ “*Der in den Vorschriften enthaltene Eingriff in das Vertrauen der Betroffenen ist angesichts des damit verbundenen Eingriffs in das Grundrecht auf Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) verfassungsrechtlich nur nach Maßgabe strikter Verhältnismäßigkeitsprüfung und zum Schutz höchstwertiger Rechtsgüter zulässig*” BVerfG, 04 maggio 2011, n. 133-136.

⁵¹⁹ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 140.

costituzionale della irretroattività della legge penale si possa porre in termini diversi per pene e misure di sicurezza⁵²⁰.

Per garantire il rispetto delle garanzie della CEDU infatti, la Corte afferma che non vi è motivo di equiparare pienamente l'interpretazione dell'art. 103 comma 2 GG e 7 comma 1 CEDU: come la Corte europea ha affermato che il concetto di pena ai sensi dell'art. 7 CEDU è autonomo nel suo significato, allo stesso modo anche la nozione di pena dell'art. 103 GG può essere intesa in modo autonomo, ovvero alla luce della pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* del 5 febbraio 2004 (sentenza con la quale i giudici costituzionali hanno escluso che la retroattività delle disposizioni meno favorevoli violasse la garanzia costituzionale dell'irretroattività in materia penale)⁵²¹.

Fuori dal caso in cui la disciplina della custodia di sicurezza non sia sufficientemente differenziata rispetto a quella della pena, il controllo di proporzionalità dovrebbe essere operato alla luce dell'art. 5 comma 1 CEDU, che fissa le condizioni per una legittima privazione della libertà personale: al riguardo il *Bundesverfassungsgericht*, sulla scia delle pronunce della Corte europea per i diritti dell'uomo, individua la lettera e) dell'art. 5 comma 1 CEDU come unico parametro in grado di giustificare la misura, escludendo che i casi dell'ordine postumo di custodia di sicurezza e quello della proroga della misura sulla base di una legge entrata in vigore antecedentemente al momento del fatto possano essere qualificati come un'ipotesi di detenzione "legale" ai sensi della lettera a), perché non si tratta di una misura limitativa della libertà personale ordinata con una sentenza di condanna, e c), perché non si tratta di una misura che previene il rischio della commissione di un singolo reato concreto⁵²².

Il solo caso che autorizzerebbe l'applicazione retroattiva di una disciplina sanzionatorio più severa sarebbe quindi quello previsto dalla lettera e) del comma 1 dell'art. 5 CEDU, limitatamente ad autori affetti da una seria malattia mentale,

⁵²⁰ M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont., pag 37.

⁵²¹ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 141.

⁵²² BVerfG, 04 maggio 2011, n. 144-150.

“*unsound of mind*”: nell’ordinamento tedesco tale nozione sarebbe concretizzata dall’espressione “disturbo psichico” contenuta nella legge del 2010 sull’internamento terapeutico. Il *Bundesverfassungsgericht* ricorda quanto specificato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, ovvero che, sebbene gli Stati abbiano un margine entro il quale accertare la presenza di tale “malattia”, è necessaria la presenza in un disturbo psichico accertabile in modo affidabile⁵²³: tuttavia, non esistendo una definizione di “*true mental disorder*”, i giudici costituzionali ritengono di potervi includere i disturbi dissociativi della personalità, (escludendo per esempio invece i meri comportamenti devianti)⁵²⁴.

Attraverso questa norma, la limitazione della libertà personale non sarà più correlata ad una condotta tenuta in passato e alla relativa sentenza di condanna, ma ad uno stato attuale, ravvisabile in quel disturbo psichico che pone a rischio la collettività e in base al quale dovrà essere scelto il tipo di istituto in cui internarlo⁵²⁵.

In conclusione il *Bundesverfassungsgericht* ritiene che rispetti il principio di proporzione sia l’applicazione retroattiva della disciplina sfavorevole in materia di *Sicherungsverwahrung* sia l’ordine postumo di internamento, a condizione che si tratti di casi eccezionali caratterizzati dalla prevalenza dell’interesse alla sicurezza.

In particolare, ritiene che il sacrificio alla libertà personale sia proporzionato qualora sussistano cumulativamente determinati presupposti:

a) la chiara distinzione fra le modalità esecutive della pena e quelle della custodia di sicurezza;

b) un alto grado di pericolo concreto di commissione di gravi reati violenti e sessuali;

⁵²³ „Das für diese Gewährleistung, soweit hier von Belang, zentrale Tatbestandsmerkmal des „*unsound mind*“ setzt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte voraus, dass es sich um eine zuverlässig nachgewiesene psychische Störung („*true mental disorder*“) handelt, die eine zwangsweise Unterbringung erfordert („*warranting compulsory confinement*“), und die fort dauert („*the validity of continued confinement must depend upon the persistence of such a disorder*““)“ in BVerfG, 04 maggio 2011, n. 152.

⁵²⁴ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 152.

⁵²⁵ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 154-155.

c) la presenza di un disturbo psichico dell'autore ai sensi dell'art. 5 lett e) CEDU⁵²⁶.

Il mancato rispetto di questi principi nella disciplina attuale della custodia di sicurezza (in particolare del § 67d comma3 in combinato disposto con il § 2 comma 6 e del § 66b comma due StGB) fonda la dichiarazione di *incostituzionalità* dell'attuale disciplina: nella misura in cui la custodia di sicurezza si applica anche a soggetti che non manifestano una elevata pericolosità sociale e nella misura in cui la prassi concreta di esecuzione della custodia non si differenzia da quella delle pena, la retroattività della disciplina più sfavorevole viola la garanzia dell'art. 7 CEDU e non si giustifica la protrazione della privazione della libertà personale.

I problemi riscontrati dalla Corte sono quindi di due tipi: a) la violazione del principio di affidamento determinata dal fatto che la disciplina della *Sicherungsverwahrung*, dal punto di vista sostanziale, non si differenzia dalla pena, e quindi ricade nella garanzia dell'art. 7 CEDU; b) le disposizioni più severe si applicano *ex tunc* nei confronti della *generalità* degli autori, eccedendo i limiti imposti dall'art. 5 lett. e) CEDU⁵²⁷.

Nel richiedere al legislatore un ampio intervento di riforma inoltre i giudici costituzionali escludono che sia possibile interpretare conformemente alla CEDU la vigente disciplina tedesca perché il rispetto degli standard convenzionali richiede un ampio intervento di riforma della custodia di sicurezza.

Nello specifico, soffermandosi sulla possibilità di un'interpretazione conforme del § 2 comma 6 StGB (che prevede che le misure di sicurezza siano regolate dalla legge vigente al momento dell'esecuzione salvo che la legge disponga altrimenti), il *Bundesverfassungsgericht* afferma che la nozione di "legge" contenuta nella clausola di riserva dell'articolo in questione non comprende, come invece aveva sostenuto il *BGH* la Convenzione europea. Il legislatore infatti ha emanato nel 1952 la legge che ha ratificato la Convenzione, riformando poi 16 anni dopo, nel 1969, il codice penale: per questo motivo, come lo stesso legislatore, nel

⁵²⁶ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 156.

⁵²⁷ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 157-158.

modificare il codice penale, non ha ravvisato un contrasto fra il § 2 comma 6 StGB e l'art. 7 CEDU, così la Corte non ritiene sussistente una violazione della Convenzione in materia di irretroattività.

Inoltre, proseguono i giudici costituzionali, la Convenzione non è immediatamente applicabile nell'ordinamento interno e le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo vincolano gli Stati in relazione al solo caso concreto oggetto di ricorso: alla luce di questo quindi ritengono che vi sia libertà per i giudici nell'interpretazione delle norme convenzionali⁵²⁸.

Il *Bundesverfassungsgericht* dichiara quindi le disposizioni relative all'espunzione con efficacia *ex tunc* del limite decennale previsto per il primo internamento e quelle relative alla *nachträgliche Sicherungsverwahrung* illegittime anche per violazione della garanzia della tutela dell'affidamento.

5.4. La dichiarazione di incompatibilità

Come già precedentemente esposto, la Corte dichiara le disposizioni oggetto di ricorso illegittime per violazione sia del diritto costituzionale al godimento della libertà personale sia della garanzia fondamentale della tutela all'affidamento; tuttavia, per evitare il vuoto normativo⁵²⁹, si è avvalsa della possibilità riconosciuta dal *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* di posticipare gli effetti dell'incostituzionalità di una legge, qualora l'immediata declaratoria produca maggior disordine normativo.

⁵²⁸ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 164.

⁵²⁹ „Steht eine Norm mit dem Grundgesetz nicht in Einklang, so ist sie grundsätzlich für nichtig zu erklären (§ 95 Abs. 3 Satz 1, § 78 Satz 1 BVerfGG). Etwas anderes gilt jedoch in den Fällen, in denen die Nichtigerklärung einer Norm zu einem Zustand führt, „welcher der verfassungsmäßigen Ordnung noch weniger entsprechen würde“ (BVerfGE 116, 69 <93>), weil ein „rechtliches Vakuum“ entstünde (BVerfGE 37, 217 <260 f.>) beziehungsweise Regelungslücken zu einem „Chaos“ führen würden (BVerfGE 73, 40 <42, 101 f.>). Das Bundesverfassungsgericht belässt es hier in aller Regel bei einer Unvereinbarkeitserklärung und ordnet gleichzeitig die Weitergeltung der entsprechenden Normen für einen bestimmten Zeitraum an.“ in BVerfG, 04 maggio 2011, n. 168.

Salvando quindi in via transitoria l'attuale disciplina della custodia di sicurezza, dispone che essa rimanga in vigore fino ad un nuovo intervento legislativo, entro il limite massimo del 31 maggio 2013.

Nel caso specifico, la Corte così argomenta:

“Vorliegend hätte die Nichtigerklärung der einschlägigen Normen zur Folge, dass es für die weitere Sicherungsverwahrung an einer Rechtsgrundlage fehlte und die Funktionsfähigkeit des bestehenden zweispurigen deutschen Maßregel- und Strafrechtssystems nachhaltig gestört wäre. Alle in der Sicherungsverwahrung untergebrachten Personen müssten sofort freigelassen werden, was Gerichte, Verwaltung und Polizei vor kaum lösbare Probleme stellen würde.”⁵³⁰

In altre parole: gli effetti immediati della sentenza della Corte avrebbero privato di fondamento la custodia di sicurezza, alterato il sistema del doppio binario, comportato la scarcerazione immediata di tutti gli internati e provocato problemi irrisolvibili ai giudici, all'amministrazione e alla polizia.

Nel periodo di vigenza transitoria della disciplina dichiarata illegittima tuttavia la Corte impone un'interpretazione restrittiva della disciplina stessa richiedendo: a) il costante rispetto del principio di proporzione, evitando di sacrificare la libertà personale qualora non vi siano sufficienti esigenze di tutela della collettività; b) la limitazione dell'applicazione della *Sicherungsverwahrung* ai soli casi eccezionali; c) la presenza di un disturbo psichico dell'autore; d) la presenza di un alto grado di pericolo di commissione di gravi reati violenti e sessuali; e) un'attenzione particolare al momento della prognosi, nella formulazione della quale dovranno essere ricercati elementi *concreti* riferiti alla persona e alla sua condotta tali da far desumere la commissione di gravi reati⁵³¹.

Per quanto concerne il requisito del *disturbo psichico* dell'autore, la Corte costituzionale, considerando la legge di riforma del 2010 come disciplina transitoria in attesa del riassetto dell'intero sistema della custodia di sicurezza, esorta il legislatore a definire più nel dettaglio il concetto di *“psychische Störung”*: in

⁵³⁰ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 169.

⁵³¹ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 172.

particolare il legislatore dovrebbe ampliare tale nozione, indicando in base a quali indici determinare il rischio di pericolosità. La Corte sottolinea che tale pericolosità non va valutata in base alla colpevolezza riscontrata nella commissione del fatto di reato, ma in base alle caratteristiche psicologiche e psichiatriche persistenti al momento della prognosi⁵³².

⁵³² BVerfG, 04 maggio 2011, n. 173.

CAPITOLO 4

PROSPETTIVE DI RIFORMA

SOMMARIO: 1. Impatto della sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 4 maggio 2011 in ambito politico e dottrinale - 1.1 Valutazione critica della sentenza – 1.2. Il progetto di riforma del 2012 della disciplina della *Sicherungsverwahrung* – 2. Considerazioni conclusive – 2.1. La sfiducia nell’idea di prevenzione speciale positiva alla base delle scelte di politica criminale – 2.2. Il pericolo di un *Etikettenschwindel* – 2.3. Come modulare la disciplina della custodia di sicurezza in modo da garantire il rispetto dei diritti individuali? - 2.4. “Il concetto di pericolosità è un concetto pericoloso”

1. Impatto della sentenza della sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 4 maggio 2011 in ambito politico e dottrinale

All’indomani della sentenza della Corte costituzionale federale tedesca del 4 maggio 2011 la dottrina tedesca⁵³³ si è espressa in termini critici, interpretando tale pronuncia come una soluzione di compromesso⁵³⁴ fra la giurisprudenza anteriore

⁵³³ A. KREUZER, T. BARTSCH, nota a BverfG – 2 BvR 2365/09 del 04 maggio 2011, in STV 8/2011, pag 470, A. DESSECKER *Die Sicherungsverwahrung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht*, in ZIS 8-9/2011, pag 706, A. MOSBACHER, *Das aktuelle Recht der Sicherungsverwahrung im Überblick*, in HRRS, 6-7/2011 pag 229, www.hrr-strafrecht.de, W. MITSCH, *Was ist Sicherungsverwahrung und was wird aus ihr?*, in JuS 2011, pag 785. Per commenti di parte italiana si veda: M. PELISSERO, *Il controllo dell’autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont., pag 33, S. PORRO S., *La custodia di sicurezza nell’ordinamento penale tedesco- Alcune riflessioni alla luce di Bundesverfassungsgericht, II Senato, 4 maggio 2011, 2 BvR 2365/09*, in dir.pen.cont, pag 23, e A. DI MARTINO, *La Convenzione Europea dei diritti dell’uomo nella giurisprudenza costituzionale tedesca. Per una prospettiva comparata sull’esperienza italiana*, in federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato, n.11/2012, pag 13.

⁵³⁴“*Das BverfG hatte entschieden, nachträgliche Verlängerung von Sicherungsverwahrung verstöße nicht gegen Rückwirkungs- und Doppelbestrafungsverbot nach Art. 103 Abs. 2, 3 GG, weil die Maßregel rein präventiv konzipiert und deswegen nicht strafgleich sei. Der EMGR bewertet dagegen die Maßregel als strafgleich gehandhabte Sanktion und deren rückwirkende Verlängerung und Anordnung als Verstöße gegen Rückwirkungs- und Doppelbestrafungsverbot in den Art. 7 und 5*

del *Bundesverfassungsgericht*⁵³⁵ e le posizioni adottate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel 2009⁵³⁶ e nel 2011⁵³⁷, e facendo emergere quei profili critici che rendono la soluzione data non soddisfacente a contemperare le esigenze di sicurezza collettiva con quelle di rispetto dei diritti individuali.

I profili critici rilevati concernono in particolare il ruolo della CEDU nell'ordinamento tedesco, le modalità concrete di esecuzione della custodia, e i limiti costituzionali all'applicabilità retroattiva della disciplina relativa alla misura detentiva.

Sul fronte legislativo, la Corte costituzionale mantenendo transitoriamente vigente la disciplina della *Sicherungsverwahrung*, ha richiesto al legislatore un intervento di riforma entro il 31 maggio 2013: sul punto, al fine di ottemperare l'obbligo imposto dal giudice costituzionale ed evitare il vuoto di tutela, è già stato presentato un progetto di riforma⁵³⁸, di cui verrà in seguito accennato il contenuto.

1.1. Valutazione critica della sentenza

Sulla base delle reazioni alla pronuncia della Corte costituzionale federale da parte di penalisti e costituzionalisti tedeschi ed europei, si ritiene opportuno in questa sede sviluppare in maniera più approfondita gli snodi principali della soluzione prospettata dalla sentenza in oggetto.

Il primo aspetto concerne il ruolo della CEDU nell'ordinamento tedesco, uno dei pochi sistemi che attribuisce alla Convenzione il rango di legge ordinaria;

EMRK. Dem BverfG scheint ein Kompromiss zwar gelungen zu sein. Der eigentliche Konflikt ist aber lediglich teilweise behoben, teilweise wohl nur aufgeschoben. Rechtsdogmatisch und kriminalpolitisch hinterlässt das Urteil zudem offene Fragen“, in A. KREUZER, T. BARTSCH, *cit.*, p. 472.

⁵³⁵ BverfG 5 febbraio 2004, *cit.*

⁵³⁶ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, M. c. *Germany* (n. 19359/04), *cit.*

⁵³⁷ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 17792/07) *Kallweit c. Germania*; Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 20008/07) *Mateus c. Germania*; Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 27360/04 e 42225/07), *Schummer c. Germania*.

⁵³⁸ *Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherungsverwahrung*, in *Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Drucksache 17/9874* del 6 giugno 2012.

nella maggior parte degli Stati membri infatti la CEDU è sovraordinata alla legge ordinaria, e in alcuni casi ha addirittura rango costituzionale. Il Tribunale costituzionale federale ha “preso in considerazione” la giurisprudenza di Strasburgo, giungendo addirittura, sebbene si sia parzialmente discostato dal percorso argomentativo della Corte europea, a rovesciare il suo non lontano precedente. Questa nuova apertura del *Bundesverfassungsgericht* nei confronti del sistema convenzionale si fonda sulla configurazione della possibilità che l’effetto di cosa giudicata delle pronunce del *Bundesverfassungsgericht* sia superato in forza di una nuova giurisprudenza della Corte europea, al quale è stata equiparato un intervenuto cambiamento normativo: si riconosce in ciò un mutamento del concetto, rivendicato nel *Görgülü-Beschluss*, di “riserva di sovranità del *Grundgesetz*”, perché questa non si oppone più ai vincoli derivanti dai contesti inter- e sovranazionali, ma li presuppone. In altre parole, ferma restando la sovranità della Legge fondamentale, alla quale viene attribuita “l’ultima parola”, il Tribunale costituzionale tedesco ammette un dialogo internazionale ed europeo, il cui fondamento giuridico risiede nella stessa Legge fondamentale. In questo senso il ricorso alla Convenzione deve intendersi come *ergebnisorientiert*, volto ovvero a scongiurare il configurarsi della responsabilità internazionale della Germania, mediante l’armonizzazione del diritto interno con la Convenzione.

Nonostante la funzione della Convenzione, riconosciuta dal *Bundesverfassungsgericht*, di ausilio nell’interpretazione della Legge fondamentale, la dottrina sollecita una riflessione più avanzata, valutando l’opportunità di conferire alla CEDU una posizione di prevalenza sulla legge ordinaria e di attribuire alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo un’efficacia vincolante nei confronti delle Corti costituzionali nazionali, incentivando l’apertura dei sistemi nazionali stessi al diritto internazionale e garantendo così la certezza del diritto⁵³⁹.

⁵³⁹ „Deutschland – ehemals Protagonist europäischer Integration – stünde es gut an, sich an Oesterreich und weitgehend der Schweiz zu orientieren, die der EMRK einen verfassungsgleichen Rang zuerkennen, oder wenigstens an der großen Mehrheit alter und neuer Mitgliedstaaten, die ihr zumindest einen Rang über dem von Gesetzen unter der Verfassung zubilligen, statt an letzter Stelle der wenigen zu stehen, die ihr nur den Rang einfacher Gesetze zugestehen wollen. Bindend im Einzelfall sind die Entscheide des EGMR ja jetzt schon, und im Blick darauf spricht das BVerfG von der „zumindest faktischen Präcedenzwirkung der Entscheidungen internationaler Gerichte“, durch

Questa soluzione è fondata sulla constatazione circa la sussistenza di una *capitis deminutio* della CEDU nei suoi rapporti con le norme nazionali: a differenza della Corte costituzionale italiana, che, con le sentenze gemelle del 2007⁵⁴⁰, ha riconosciuto alle garanzie convenzionali, come interpretate dalla Corte europea, la funzione di norme interposte per il giudizio di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 117 Cost., il *Bundesverfassungsgericht* ha impostato un'interpretazione degli effetti della CEDU sulle norme nazionali che appare riduttiva perchè esclude la necessità di trasporre schematicamente le garanzie convenzionali del testo costituzionale proponendo un *modello circolare*: da un lato infatti esige che l'interpretazione sia conforme alla Convenzione, al fine di assicurare un'ampia tutela ai diritti fondamentali, non limitabile dalle norme costituzionali, ma dall'altro richiede di calare la giurisprudenza della Corte europea nel contesto dei singoli sistemi nazionali, che definisce “dogmaticamente differenziati”. Grazie a queste considerazioni il *Bundesverfassungsgericht* opta quindi per un *recepimento morbido* dei principi convenzionali⁵⁴¹: in altre parole, sebbene essi siano dei concetti autonomi, insiti nel sistema convenzionale, il Tribunale costituzionale tedesco non rinuncia totalmente alla sua sovranità, insistendo appunto sulla specificità dei contesti nazionali e apportando, come giustificazione, il fatto che le somiglianze nel testo normativo non possono in ogni caso trarre in inganno circa le differenze che risultano dai contesti degli ordinamenti e imponendo quindi una riqualificazione dei diritti umani in base all'ordinamento costituzionale che li accoglie nell'ambito di un procedimento attivo. Al riguardo tuttavia, ci si può interrogare circa l'effettività di un sistema così predisposto, che recepisce il sistema convenzionale imperniato sui diritti umani, ma pretende di “contestualizzarlo” nel

die Konflikte zwischen internationalen und nationalen Verpflichtungen vermieden werden sollten (Abs.-Nr. 89). Es ließe sich bei allem Bedacht auf nationale Souveränität sogar daran denken, Entscheide des EGMR als die nationalen höchsten Gerichte bindend zu akzeptieren, statt jeweils komplizierte innerstaatliche Transformationen mit Risiken erneuter Überprüfung und Verwerfung durch den EGMR auf Dauer hinzunehmen. Der Rechtssicherheit, schnellerer, eindeutiger, kostengünstiger rechtlicher Klärung und der Europafreundlichkeit diene das allemal.“ In A. KREUZER, T. BARTSCH, *cit.*, pag 474.

⁵⁴⁰ Corte cost. 22 ottobre 2007, n. 348 e 349.

⁵⁴¹ M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont, pag 33.

proprio ordinamento, secondo la propria impostazione dogmatica. Non dovrebbe questo sistema avere il fine di equiparare il livello di protezione dei diritti umani, così come interpretati dalla Corte europea, evitando che singole esigenze statali (come possono essere quelle di sicurezza e di protezione della collettività in Germania) erodano il nucleo fondamentale dei diritti stessi?

Un ulteriore aspetto del punto della sentenza in oggetto sul quale occorre soffermarsi concerne la valorizzazione del principio di proporzione nell'ambito della mediazione dei valori fissati dalla Corte europea: chiarito che la giurisprudenza della Corte europea va calata nel contesto dei singoli sistemi nazionali, il *Bundesverfassungsgericht* valuta, in sede di verifica del rispetto del principio di proporzionalità, la validità della giurisprudenza CEDU, vagliando la legittimità di un suo completo recepimento nell'ordinamento tedesco. Al riguardo, la configurazione di un rapporto bi- o multipolare sembra divergere, a seconda che ci si collochi a livello della CEDU o del *Grundgesetz*: mentre la Corte di Strasburgo inquadra i casi come quello in oggetto nell'ambito di uno schema bipolare (individuo-Stato) e verifica alla luce del caso concreto, la conformità della norma con quella convenzionale, il *Bundesverfassungsgericht* include nello spettro delle posizioni in gioco anche le potenziali vittime di reati gravi, facendo emergere una situazione multipolare e alludendo alla figura delle *Schutzpflichten*⁵⁴². Tuttavia, se è vero che nella motivazione della sentenza si intuisce che sia gli obblighi di protezione sia l'interesse generale alla sicurezza debbano essere presi in considerazione solo qualora sia rispettato l'obbligo di conformarsi allo standard minimo internazionale di protezione dei diritti umani, la conclusione a cui è arrivata alla Corte costituzionale tedesca è quella di considerare garantiti, in via generale, i diritti degli internati e permettendo quindi allo Stato la protezione dell'interesse generale alla sicurezza.

Parallelamente a questo, vanno riportare alcune critiche mosse dalla dottrina tedesca alla soluzione prospettata dal Tribunale costituzionale, nella parte in cui

⁵⁴² A. DI MARTINO, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza costituzionale tedesca. Per una prospettiva comparata sull'esperienza italiana*, in *federalismi.it*, Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato, n.11/2012, pag 15.

specifica al legislatore, in modo dettagliato, le indicazioni riguardanti le modalità che dovrà seguire per disciplinare la *Sicherungsverwahrung*. Mentre precedentemente la Corte aveva sempre lasciato un margine di discrezionalità al legislatore (ovvero «di prognosi e valutazione», secondo formule consolidate presso la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*) nelle questioni di politica criminale, ora invece il controllo del Tribunale costituzionale (ed in particolare lo scrutinio di proporzionalità) si è fatto più stretto, fino a determinare la violazione dello stesso principio di affidamento che qualche anno prima era stato ritenuto illeso. Questo atteggiamento non ha mancato di alimentare le critiche risalenti nell'ordinamento tedesco, ma da più parti rinnovate, relative alla compressione degli spazi di iniziativa politica del legislatore ad opera di un Tribunale costituzionale eccessivamente paternalistico⁵⁴³.

L'indicazione puntuale che il giudice costituzionale fornisce al legislatore per disciplinare la custodia di sicurezza è un aspetto che concerne tuttavia anche il secondo profilo critico della sentenza rilevato dalla dottrina, ovvero le modalità concrete di esecuzione della custodia di sicurezza alla luce del diritto fondamentale della libertà personale, che possono essere qualificate come espressione della ponderazione che coinvolge i beni della libertà personale, da un lato, e quello dell'interesse pubblico alla sicurezza, dall'altro. Come precedentemente illustrato, il controllo del *Bundesverfassungsgericht* si è fatto con la sentenza del 2011 più stretto, e, lasciando da parte il fatto che parte della dottrina ha considerato questo modo di porsi eccessivamente paternalistico, bisogna dire che la pronuncia in oggetto costituisce un'evoluzione positiva⁵⁴⁴ perché specifica maggiormente il significato della regola della proporzionalità, nel tentativo di chiarirne le implicazioni nel caso della *Sicherungsverwahrung* ed arrivando ad elencare sette principi (risocializzazione, ultima ratio, individualizzazione e intensificazione, motivazione, minimizzazione degli ostacoli dopo il rilascio, tutela e assistenza giuridica, controllo) che il legislatore deve tassativamente seguire nel disciplinare la materia in oggetto, evitando una violazione del principio stesso di proporzionalità.

⁵⁴³ A. DI MARTINO, *cit.*, pag 16.

⁵⁴⁴ S. PORRO, *cit.*, pag 24.

Inoltre, sempre riguardo al profilo in oggetto, la dottrina ha ritenuto opportuna la scelta del giudice costituzionale concernente la competenza a riformare la *Sicherungsverwahrung*: attribuire al *Bund* il compito di delineare solo le linee di carattere generale e assegnare ai *Länder* la competenza di disciplinare nel dettaglio le singole modalità esecutive, garantisce con maggior sicurezza il rispetto dell'*Abstandsgebot*, assicurando da una parte il rispetto di regole uniformi⁵⁴⁵ e dall'altra una legislazione più vicina (e quindi più sensibile) alle esigenze dei singoli istituti di detenzione.

Va tuttavia rilevato che, nel disciplinare le modalità tramite le quali operare il contemperamento fra le esigenze di tutela della sicurezza pubblica e quelle di rispetto dei diritti individuali dell'internato, il *Bundesverfassungsgericht* trascura un problema che, andando oltre il principio di proporzionalità, ne sminuisce la funzionalità: anche dettando regole specifiche che assicurino un puntuale contemperamento delle esigenze contrapposte, alla luce del rispetto della proporzionalità, l'inevitabile esistenza di larghi margini di incertezza relativi alla *diagnosi di pericolosità*, fondamento per verificare il rispetto dei setti criteri che il legislatore deve seguire riformando la disciplina della misura custodiale, rischia di inficiare il funzionamento del principio stesso di proporzionalità, il cui ruolo dovrebbe essere quello di arginare le esigenze di sicurezza⁵⁴⁶. In altre parole, per garantire pienamente il rispetto di questo principio non si può trascurare che gli errori diagnostici sono di fatto ineliminabili: per questo motivo la dottrina suggerisce la reintroduzione di un limite massimo temporale per la detenzione preventiva, soprattutto nell'ipotesi in cui questa sia diretta agli autori primari⁵⁴⁷.

Il terzo profilo della pronuncia in oggetto, il più problematico, concerne i limiti costituzionali all'applicabilità retroattiva della disciplina relativa alla misura detentiva: nello specifico, il Tribunale costituzionale, ha espressamente legittimato

⁵⁴⁵ "Während der Bund die Leitlinien vorzugeben habe, sei es Aufgabe der Ländern, das Abstandsgebot sichernde, effektive Regelungen für den Vollzug der Maßregel zu treffen. Eine solche differenzierte Gesetzgebungszuständigkeit von Bund und Ländern erscheint zweckmäßig, da auf diese Weise eine bundesweit weitgehend einheitlich Praxis der Sicherungsverwahrungsvollzug erreicht werden dürfte." in A. KREUZER, T. BARTSCH, *cit.*, pag 477.

⁵⁴⁶ A. KREUZER, T. BARTSCH, *cit.*, pag 474.

⁵⁴⁷ S. PORRO, *cit.*, pag 24.

l'efficacia *ex tunc* dell'espunzione del termine massimo decennale previsto per il primo internamento a titolo detentivo (*ex* § 67d comma 3 StGB e §1a comma 2 EGStGB nella versione risultante dalla legge sulla lotta contro i reati sessuali ed altri reati pericolosi, in combinato disposto con il § 2 comma 6 StGB) e della custodia di sicurezza postuma (*ex* § 66b), limitatamente ai casi di autori affetti da disturbi psichici.

In primo luogo la dottrina si concentra sull'analisi della nozione di disturbo psichico: il concetto di "*psychische Störung*" ai sensi della legge sull'internamento terapeutico del 2010 non coincide con quello di "*persons of unsound mind*" ai sensi dell'art. 5 comma 1 lett. e) CEDU. In particolare, la Convenzione legittima una detenzione sulla base della lett e) solo qualora il soggetto sia affetto da una *grave malattia mentale*, requisito invece non necessario per rispettare la condizione richiesta dalla legge sull'internamento terapeutico, che ritiene sufficiente un mero *disturbo psichico*. In altre parole, la nozione di "disturbo psichico" è più ampia di quella di "grave malattia mentale". Per questo motivo la dottrina tedesca conclude al riguardo sostenendo che il *Bundesverfassungsgericht* abbia oltrepassato i limiti imposti dalla CEDU alla legittimità dell'applicazione di un provvedimento restrittivo della libertà personale. A ciò si aggiunge il problema della necessaria presenza di un collegamento fra il provvedimento detentivo e una sentenza di condanna: in particolare, qualora questo non sussista, la CEDU legittima la detenzione solo se, come visto, sussiste una grave malattia. Al riguardo la dottrina, nell'analizzare quei casi in cui un soggetto sia stato, al momento della condanna, ritenuto capace di intendere e di volere e quindi condannato all'esecuzione della pena e che tuttavia in un secondo momento, dopo l'esecuzione della pena, venga "*psychiatrisiert*" con efficacia retroattiva⁵⁴⁸, intravede un approccio malsano, del tipo di quelli denominati con la nozione di *labeling approach*, denunciando soprattutto le conseguenze negative di "una giustizia penale che scende a patti con la psichiatria" ("*Pakt zwischen Strafjustiz und repressiver Kriminalpsychiatrie*")⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ Caso in cui il suo internamento per disturbi psichici, successivo all'esecuzione della pena, non sia quindi connesso alla sentenza di condanna che aveva invece escluso la presenza di disturbi.

⁵⁴⁹ A. KREUZER, T. BARTSCH, *cit.*, pag 473.

Inoltre, il Tribunale costituzionale, nel verificare la legittimità dell'applicazione retroattiva della disciplina in materia di misura di sicurezza, si è limitato ad analizzare la disciplina della *nachträgliche Sicherungsverwahrung*, applicabile retroattivamente sulla base della legge del 2004 che ha introdotto questa forma di custodia di sicurezza e la disciplina relativa all'espunzione del limite massimo decennale previsto per il primo internamento a titolo preventivo, disposto con efficacia *ex tunc* con la legge sulla lotta contro i reati sessuali ed altri reati pericolosi del 1998. L'approccio appare eccessivamente circoscritto e, sebbene sia giustificabile in base alla circostanza che la Corte europea per i diritti dell'uomo si è finora focalizzata nell'analizzare solo questi profili specifici della disciplina complessiva della *Sicherungsverwahrung*, sarebbe opportuna, considerato che il § 2 comma 6 StGB legittima l'applicazione retroattiva per le misure di sicurezza, una rivisitazione complessiva dell'intera normativa proposta dal codice penale tedesco in materia custodiale⁵⁵⁰. Ferma restando la legittimità dell'applicazione delle due tipologie di custodia di sicurezza analizzate dalla Corte di Strasburgo per i soli casi di disturbi psichici, quale qualificazione può essere attribuita ad una norma, ovvero il § 2 comma 6 StGB, che prevede che la custodia di sicurezza sia disciplinata da una legge non vigente al momento del fatto? E, alla luce delle considerazioni complessive della Corte europea dei diritti dell'uomo, il fatto che le misure di sicurezza siano regolate dalla legge vigente al momento della loro applicazione, può essere considerato legittimo in relazione alla custodia di sicurezza?

In aggiunta, a prescindere dalla legittimità del regime generale di applicazione temporale della normativa in materia di *Sicherungsverwahrung*, sarebbe stato ragionevole che il *Bundesverfassungsgericht* precisasse perlomeno il concetto di “decisione” contenuto nel § 2 comma 6 StGB: la custodia di sicurezza è regolata infatti in base al diritto in vigore al momento della decisione, ma non è chiaro se con la nozione di “decisione” il legislatore abbia fatto riferimento solo alla

⁵⁵⁰ S. PORRO, *cit.*, pag 25.

sentenza di condanna, o anche alle successive decisioni adottate dal tribunale dell'esecuzione⁵⁵¹.

Infine va evidenziato che il *Bundesverssungsgericht*, con lo scopo di garantire al legislatore la possibilità di determinare autonomamente il regime di applicazione temporale della normativa in materia di custodia di sicurezza, si rifiuta di far rientrare la disciplina della *Sicherungsverwahrung* nel campo di applicazione dell'art. 103 comma 2 CEDU, che sancisce il divieto di retroattività in materia penale, continuando a sostenere la distinzione ontologica fra pene e misure di sicurezza: tuttavia, le giustificazioni apportate dal *Bundesverfassungsgericht* a sostegno di questa distinzione, sia quelle basate sulla differenza di scopi, sia quelle basate su una differenza di legittimazione, non appaiono sufficienti a giustificare un regime temporale applicativo così differente. La dottrina infatti ritiene che il Tribunale costituzionale, nel tentativo di conciliare i rilievi della Corte di Strasburgo con la tradizionale impostazione del doppio binario tedesca, non abbia adeguatamente considerato l'incidenza della *Sicherungsverwahrung* sulla sfera di libertà individuale e abbia dunque proposto una soluzione che "si chiude con un saldo negativo a scapito delle esigenze di garanzia che sottostanno alla interpretazione sostanziale dell'art. 7 CEDU costantemente proposta dai giudici di Strasburgo"⁵⁵². Ammettere la retroattività della disciplina più sfavorevole della custodia di sicurezza alla luce del fatto che, in forza del *principio di proporzione*, si possa contenere la lesione della libertà personale per mezzo di una revisione dell'esecuzione della misura in chiave terapeutica, non può che mostrare la perdurante prevalenza della logica di neutralizzazione, poiché, a parere di chi scrive, il principio di proporzione, vista la sua valenza meramente argomentativa e generica, non può essere considerato un limite efficace al potere statale. Il rischio che si profila è quindi nuovamente quello di una truffa delle etichette⁵⁵³.

⁵⁵¹ S. PORRO, *cit.*, pag 25.

⁵⁵² M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in dir. pen. cont, pag 37.

⁵⁵³ A. KREUZER, T. BARTSCH, *cit.*, pag 473.

Non è quindi legittimo dubitare del fatto che il Tribunale costituzionale abbia deliberatamente ignorato l'approccio sostanziale alla nozione autonoma di pena *ex art. 7 CEDU*, che la Corte di Strasburgo ha manifestato negli ultimi decenni? E, in secondo luogo, non è opportuno prospettare la necessità di una rivisitazione generale del sistema del doppio binario⁵⁵⁴ alla luce del fatto che, nel campo delle misure di sicurezza, le garanzie individuali non sembrano essere pienamente garantite?

1.2. Il progetto di riforma del 2012 della disciplina della *Sicherungsverwahrung*

In seguito alla pronuncia della Corte costituzionale tedesca del 4 maggio 2011, e considerato il fatto che la disciplina vigente della custodia di sicurezza ha, per decisione della Corte stessa, una vigenza transitoria, i principali organi competenti dello Stato si sono adoperati al fine di ottemperare le richieste presentate dai giudici di Karlsruhe in merito alla *Sicherungsverwahrung*, concentrandosi in maniera particolare intorno alle modalità tramite le quali distinguere la disciplina dell'esecuzione della misura di sicurezza in oggetto da quella dell'esecuzione della pena detentiva. Si ricorda che la competenza in questa materia è, come confermato dalla Corte, di competenza concorrente del *Bund* e dei *Länder*, per cui al primo spetta il compito di definire le linee generali, e ai secondi quello di definire nel dettaglio la disciplina riformata, alla luce dei criteri generali indicati dal *Bund* stesso.

⁵⁵⁴ L'interpretazione estensiva della nozione di pena *ex art. 7 co. 1° frase 2° CEDU* potrebbe contenere implicazioni anche per gli Stati membri del Consiglio d'Europa che adottano il sistema del doppio binario. In primo luogo pare che questi stati debbano istituire maggiori limiti garantistici, ricalcabili dalla materia penale vera e propria, a cui sottoporre l'applicazione delle misure di sicurezza. In secondo luogo non sembra possa escludersi che questo nuovo approccio alla nozione di pena riapra la discussione riguardante la compatibilità dei sistemi a doppio binario con il principio del *ne bis in idem*. In qualità di provvedimenti preventivi cumulabili alla pena, la loro legittimità sarebbe direttamente collegata alla sussistenza di una concreta distinzione tra le due categorie di sanzioni sul piano delle finalità visibile allo stesso tempo tramite modalità di esecuzione differenziate. v. S. PORRO, *cit.* pag 26.

Il 7 giugno 2011, circa un mese dopo la sentenza citata, i sottosegretari di Stato alla giustizia del *Bund* e dei *Länder* si sono riuniti per discutere circa le prospettive di riforma, e per cominciare a delineare, alla luce delle indicazioni del *Bundesverfassungsgericht*, le modalità tramite le quali consentire la trasposizione del principio dell'*Abstandsgebot* all'interno della nuova disciplina della custodia di sicurezza. Poco dopo, il 17 luglio 2011, il ministro della Giustizia ha inviato agli organi competenti dei *Länder* il resoconto di questo primo incontro, dal quale emerge immediatamente la necessità di predisporre ulteriori supporti terapeutici all'interno dei singoli istituti destinati all'esecuzione della custodia di sicurezza. Le trattative fra i sottosegretari di Stato alla giustizia, dalle quali sono apparse chiare le indicazioni circa le terapie che dovranno essere offerte agli internati, tutte orientate alla riduzione della pericolosità dei soggetti stessi, si sono concluse il 15 settembre 2011.

Gli accordi preliminari intercorsi fra i sottosegretari di Stato hanno posto le basi per l'intervento dell'attuale ministro della giustizia, Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, che, concorde con i sottosegretari, ha presentato a Magdeburg, nell'autunno del 2011, un *Konzept*, contenente una traccia delle principali linee di riforma, tramite il quale ha sottolineato l'importanza del rispetto del principio di proporzionalità, e la necessità di una dura presa di posizione contro la custodia di sicurezza postuma⁵⁵⁵. In particolare, nel documento in oggetto, si leggono le linee generali concernenti le modifiche della disciplina della custodia di sicurezza che il governo vuole apportare, riguardanti in particolare le modalità tramite le quali redigere il piano individualizzato, gli scopi ultimi dell'internamento, la necessità di destinare istituti differenti agli internati e ai detenuti, i casi nei quali è possibile interrompere l'esecuzione della misura stessa, e le nuove prescrizioni in materia di durata della misura. In risposta a questo progetto preliminare il partito Socialdemocratico ha presentato un "controprogetto", tramite il quale ha richiesto che la normativa in materia di *Sicherungsverwahrung* torni ad essere diretta

⁵⁵⁵ *Konzept des Bundesministeriums der Justiz für die Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht vom 4. Mai 2011, in* <http://gesetzgebung.beck.de/sites/gesetzgebung.beck.de>

esclusivamente ai soggetti autori di reati particolarmente violenti o contro la sfera sessuale⁵⁵⁶.

Successivamente, il 30 marzo 2012, il governo ha presentato il progetto definitivo di legge denominato “*Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*”⁵⁵⁷.

Nell’introduzione al progetto vengono elencati i problemi che vogliono essere risolti con la riforma e i conseguenti scopi che indi persegue: come già accennato, la questione che il governo intende risolvere, con lo scopo di assicurare una disciplina della custodia di sicurezza che sia legittima al vaglio della Corte europea dei diritti dell’uomo e della Corte costituzionale tedesca, è quella concernente il rispetto dell’*Abstandsgebot*⁵⁵⁸. In altre parole, l’esecuzione della *Sicherungsverwahrung* dovrà avvenire con modalità completamente diverse da quelle di esecuzione della pena⁵⁵⁹. Solo in questo modo sarà possibile svincolare la

⁵⁵⁶ *Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Drucksache 17/8760* del 28 gennaio 2012, „Antrag der Fraktion der SPD, Neuregelung des Rechts der Sicherungsverwahrung“, in <http://gesetzgebung.beck.de/sites/gesetzgebung.beck.de>.

⁵⁵⁷ *Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*“ del 30 marzo 2012, in [30http://gesetzgebung.beck.de/sites/gesetzgebung.beck.de](http://gesetzgebung.beck.de/sites/gesetzgebung.beck.de).

⁵⁵⁸ Così A. KREUZER, facendo appello ad una nuova disciplina che sia compatibile con la costituzione e con la CEDU, commenta l’*Abstandsgebot*, ritenendo che possa avere sia un fondamento teorico che pratico: “*Das vom BVerfG postulierte Abstandsgebot ist weder theoretisch noch praktisch fundiert. Theoretisch ist ein Abstand zum Strafvollzug nur denkbar, solange der Strafvollzug die gesetzlichen Vorgaben von Bund oder Ländern an dessen Gestaltung nicht hinreichend verwirklicht: Resozialisierung als Vollzugsziel, Angleichung an die allgemeinen Lebensverhältnisse soweit als möglich, Vermeidung schädlicher Folgen, Hilfe bei der Wiedereingliederung in das Leben in Freiheit, Motivierung des Gefangenen, an der Behandlung mitzuwirken, Beschränkungen nur, soweit sie für die Sicherheit und zur Abwendung schwerwiegender Störung der Anstaltsordnung unerlässlich sind (§§ 2-4 StVollzG sowie entsprechende Bestimmungen von Landesgesetzen). Würde dies alles verwirklicht und nicht u.a. aus Kostengründen vernachlässigt, entspräche der Strafvollzug dem Vollzug in der neu zu gestaltenden Sicherungsverwahrung.*“ In A. KREUZER, *Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung (Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz v. 17. November 2011)*, in www.arthurkreuzer.de, p. 4.

⁵⁵⁹ „*Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in seinem Urteil vom 4. Mai 2011 (2BvR 2365/09 u. a.) die Vorschriften des Strafgesetzbuches über die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung für nicht mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt. Gleichzeitig hat es dem Gesetzgeber in Bund und Ländern aufgegeben, ein Gesamtkonzept der Sicherungsverwahrung zu entwickeln und normativ festzuschreiben, das dem verfassungsrechtlichen „Abstandsgebot“ Rechnung trägt, wonach sich der Vollzug der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung vom Vollzug der Straftat deutlich zu unterscheiden hat. Dieser Gesetzentwurf dient der Umsetzung der vorgenannten Entscheidung des*

disciplina della custodia di sicurezza dalle garanzie offerte ai soggetti condannati ad una pena detentiva.

Per quanto riguarda le singole modifiche al codice penale, la proposta è quella di introdurre un nuovo paragrafo, così rubricato: § 66c *Ausgestaltung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung und des vorhergehenden Strafvollzugs*.

Riteniamo opportuno accennare ai principali profili innovativi: il primo comma del nuovo paragrafo specifica i criteri che devono essere seguiti nella redazione del piano terapeutico.

“(1) Die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung erfolgt in Einrichtungen, die

1. dem Untergebrachten auf der Grundlage einer umfassenden Behandlungsuntersuchung und eines regelmäßig fortzuschreibenden Vollzugsplans eine Betreuung anbieten,

a) die individuell und intensiv sowie geeignet ist, seine Mitwirkungsbereitschaft zu wecken und zu fördern, insbesondere eine psychiatrische, psycho- oder sozialtherapeutische Behandlung, die auf den Untergebrachten zugeschnitten ist, soweit standardisierte Angebote nicht Erfolg versprechend sind, und

b) die zum Ziel hat, seine Gefährlichkeit für die Allgemeinheit so zu mindern, dass die Vollstreckung der Maßregel möglichst bald zur Bewährung ausgesetzt oder sie für erledigt erklärt werden kann.

Riassumendo, il piano di assistenza e terapia (psichiatrica e psicologica) deve essere individualizzato, in esecuzione all'*Individualisierungs- und Intensivierungsgebot*⁵⁶⁰, che impone l'analisi concreta della personalità del destinatario della misura al fine di far emergere i fattori individuali di pericolosità sociale⁵⁶¹. Il piano va redatto in modo tale da stimolare l'internato alla

BVerfG, soweit sie den Bundesgesetzgeber zu entsprechendem Tätigwerden verpflichtet.
Gesetzentwurf, cit, pag 1.

⁵⁶⁰ BVerfG, 04 maggio 2011, n. 113.

⁵⁶¹ „Vorgabe: Individualisierungs- und Intensivierungsgebot „§ 66c I Nr.1 setzt diese Vorgabe um. Dem Betroffenen sind individuell angepasste, in einem laufend fortzuschreibenden Behandlungsplan festgelegte Betreuungsangebote zu machen. Sozialtherapie wird nur stichwortartig benannt, ohne die Frage zu klären, ob für Sicherungsverwahrte und Strafgefangene mit Anschluss-Verwahrung eine eigenständige Einrichtung zu schaffen ist, weil erfahrungsgemäß bestehende sozialtherapeutische Anstalten dieser Klientel nicht gerecht werden können. Aber das können die Landesgesetze regional regeln.“A. KREUZER, Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen

*collaborazione*⁵⁶²: si ritiene infatti che lo scopo enunciato dalla lettera b), ovvero quello di ridurre la pericolosità del soggetto, possa essere raggiunto più efficacemente qualora vi sia cooperazione fra il soggetto sottoposto alla custodia di sicurezza e il personale competente⁵⁶³.

La seconda parte del primo comma enuncia il criterio generale che dovrebbe orientare l'attività legislativa dei *Länder* e indirizzare il personale competente circa le modalità tramite le quali approcciarsi agli internati:

“(1) Die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung erfolgt in Einrichtungen, die [...] 2. eine Unterbringung gewährleisten, a) die den Unterbrachten so wenig wie möglich belastet, den Erfordernissen der Betreuung im Sinne von Nummer 1 entspricht und, soweit Sicherheitsbelange nicht entgegenstehen, den allgemeinen Lebensverhältnissen angepasst ist, und b) die vom Strafvollzug getrennt in besonderen Gebäuden oder Abteilungen erfolgt, sofern nicht die Behandlung im Sinne von Nummer 1 ausnahmsweise etwas anderes erfordert

L'internamento (a) non deve logorare il reo, e le esigenze di sicurezza non possono in nessun modo prevalere su quelle dell'internato: per garantire ciò bisogna (b) in primo luogo evitare che il soggetto sottoposto alla custodia di sicurezza trascorra il tempo di esecuzione della misura insieme a detenuti condannati ad una

Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung (Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz v. 17. November 2011), in www.arthurkreuzer.de, pag 2.

⁵⁶² „Vorgabe: Motivierungsgebot: § 66c I Nr. 1a setzt dieses Gebot um. Den Ländern ist es dann vorbehalten, ein Anreizsystem als Motivationshilfe vorzusehen, wie es in der JVA Werl schon erprobt und vom BVerfG angeregt worden ist., in A. KREUZER, Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung (Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz v. 17. November 2011), in www.arthurkreuzer.de, pag 2.

⁵⁶³ Per garantire il raggiungimento di questo scopo, la terza parte del primo comma dell'articolo 1 recita così: „Zur Erreichung des in Nummer 1 Buchstabe b genannten Ziels a) vollzugsöffnende Maßnahmen gewähren und Entlassungsvorbereitungen treffen, soweit nicht zwingende Gründe entgegenstehen, insbesondere konkrete Anhaltspunkte die Gefahr begründen, der Unterbrachte werde sich dem Vollzug der Sicherungsverwahrung entziehen oder die Maßnahmen zur Begehung erheblicher Straftaten missbrauchen, sowie b) in enger Zusammenarbeit mit staatlichen oder freien Trägern eine nachsorgende Betreuung in Freiheit ermöglichen. (2) Hat das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung im Urteil (§ 66), nach Vorbehalt (§ 66a Absatz 3) oder nachträglich (§ 66b) angeordnet oder sich eine solche Anordnung im Urteil vorbehalten (§ 66a Absatz 1 und 2), ist dem Täter schon im Strafvollzug eine Betreuung im Sinne von Absatz 1 Nummer 1, insbesondere eine sozialtherapeutische Behandlung, anzubieten mit dem Ziel, die Vollstreckung der Unterbringung (§ 67c Absatz 1 Satz 1 Nummer 1) oder deren Anordnung (§ 66a Absatz 3) möglichst entbehrlich zu machen.“

pena detentiva, prevedendo che la *Sicherungsverwahrung* sia eseguita in separati istituti o perlomeno in zone diverse dello stesso edificio⁵⁶⁴. La *ratio* è condivisibile: evitare che gli internati vedano il periodo di esecuzione della misura di sicurezza come una pena aggiunta⁵⁶⁵.

Su indicazione della Corte costituzionale il governo modella la disciplina della *Sicherungsverwahrung* alla luce del principio di proporzionalità: in primo luogo il nuovo § 67c prevede che il giudice debba ordinare la sospensione condizionale dell'esecuzione della custodia di sicurezza qualora, prima del termine dell'esecuzione della pena detentiva, sia provato che lo scopo della custodia stessa sia già stato raggiunto oppure qualora sia palese che l'esecuzione della custodia di sicurezza non sarebbe proporzionata, sulla base di una valutazione complessiva delle modalità di comportamento dell'internato durante l'esecuzione della pena. Determinante per questa valutazione sarebbe l'eventualità che al soggetto sia stato offerto un adeguato e sufficiente piano di assistenza: qualora ciò non sia avvenuto, non sarebbe possibile considerare il soggetto stesso come "non recuperabile tramite modalità alternative meno invadenti rispetto alla custodia di sicurezza", e per questo motivo la privazione della libertà personale non sarebbe *proporzionata* alle esigenze di difesa della collettività⁵⁶⁶.

⁵⁶⁴ „Vorgabe: Trennungsgebot. Ihm wird in § 66c I Nr. 2b entsprochen, ohne eine eigene Anstalt zu verlangen, die keine Verbindung zum Strafvollzug hat. Das ist sachgerecht und entspricht der Vorgabe des BVerfG, die aus praktischen Bedürfnissen eine enge Verzahnung mit Einrichtungen des Strafvollzugs zulässt.“ In A. KREUZER, *Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung (Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz v. 17. November 2011)*, in www.arthurkreuzer.de, pag 2.

⁵⁶⁵ T. KÖNIG non considera il *Trennungsgebot* sufficientemente specificato, e per evitare elusioni della norma, auspica una riforma maggiormente dettagliata: „Ich begrüße, dass der Entwurf in § 66c Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe b StGB-E die Durchbrechung des Grundsatzes der räumlichen Trennung vom Strafvollzug aus Gründen der Behandlung ausdrücklich ermöglicht. Die für diese Regelung in der Begründung angeführten Beispiele sind praxisrelevant.“ In T. KÖNIG, *Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages*, in <http://www.bundestag.de>, pag 2.

⁵⁶⁶ Articolo 1 comma 4 della proposta di riforma: § 67c Absatz 1 wird wie folgt gefasst: (1) „Wird eine Freiheitsstrafe vor einer wegen derselben Tat oder Taten angeordneten Unterbringung vollzogen und ergibt die vor dem Ende des Vollzugs der Strafe erforderliche Prüfung, dass: 1. der Zweck der Maßregel die Unterbringung nicht mehr erfordert oder 2. die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung unverhältnismäßig wäre, weil dem Täter bei einer Gesamtbetrachtung des Vollzugsverlaufs ausreichende Betreuung im Sinne des § 66c Absatz 2 in Verbindung mit § 66c Absatz 1 Nummer 1 nicht angeboten worden ist, setzt das Gericht die Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung aus; mit der Aussetzung tritt Führungsaufsicht ein. Der Prüfung

In secondo luogo, il governo propone una modifica al codice penale ispirata al principio di proporzione, nella parte in cui disciplina la durata della *Sicherungsverwahrung*: qualora non sia previsto un termine massimo di durata, la misura andrà sospesa sia non appena sia provato che il soggetto non commetterà altri reati (come già precedentemente previsto), sia qualora il tribunale, subito dopo l'inizio dell'esecuzione della *Sicherungsverwahrung*, stabilisca che sottoporre il reo alla prosecuzione della misura stessa sarebbe *sproporzionato*, alla luce del fatto che all'internato è stato offerto, entro e non oltre il decorso del termine stabilito dal tribunale (non superiore a sei mesi), un sufficiente supporto terapeutico⁵⁶⁷.

Infine, il governo, in esecuzione al *Kontrollgebot* imposto dalla Corte costituzionale tedesca, propone di garantire che il riesame della pericolosità dell'internato sia effettuato con cadenza *annuale*, invece che biennale, o *semestrale* qualora il periodo di internamento superi dieci anni⁵⁶⁸.

nach Satz 1 Nummer 1 bedarf es nicht, wenn die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung im ersten Rechtszug weniger als ein Jahr vor dem Ende des Vollzugs der Strafe angeordnet worden ist.“

⁵⁶⁷Articolo 1 comma 5 della proposta di riforma: § 67d Absatz 2 Satz 2 wird durch die folgenden Sätze ersetzt: „Gleiches gilt, wenn das Gericht nach Beginn der Vollstreckung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung feststellt, dass die weitere Vollstreckung unverhältnismäßig wäre, weil dem Untergebrachten nicht spätestens bis zum Ablauf einer vom Gericht bestimmten Frist von höchstens sechs Monaten ausreichende Betreuung im Sinne des § 66c Absatz 1 Nummer 1 angeboten worden ist; eine solche Frist hat das Gericht, wenn keine ausreichende Betreuung angeboten wird, unter Angabe der anzubietenden Maßnahmen bei der Prüfung der Aussetzung der Vollstreckung festzusetzen. Mit der Aussetzung nach Satz 1 oder 2 tritt Führungsaufsicht ein.“

⁵⁶⁸Articolo 1 comma 6 della proposta di riforma: „In § 67e Absatz 2 werden die Wörter „zwei Jahre“ durch die Wörter „ein Jahr, nach dem Vollzug von zehn Jahren der Unterbringung sechs Monate“ ersetzt.“ v. A. KREUZER, Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung (Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz v. 17. November 2011), in www.arthurkreuzer.de, p. 2, „Vorgabe: Kontrollgebot - Die im Entwurf vorgesehenen engen Fristen zur Überprüfung der Fortdauer einer Verwahrung und des Fortbestehens der negativen Gefahrenprognose von einem oder einem halben Jahr in § 67c I Nr.6 StGB E folgt zwar ziemlich genau den Vorgaben des BVerfG, stößt indes auf praktische Schwierigkeiten, die sich kontraproduktiv auswirken könnten: Der ohnehin durch gesetzliche Vorgaben zum Haftrecht überstrapazierte Gutachterbedarf wird nochmals ausgeweitet, obwohl doch allen Eingeweihten bekannt ist, dass qualifizierte Gutachter sehr rar sind und eine Inflationierung dieser Berufsgruppe mit erheblichem Kostenaufwand und Qualitätsverlust verbunden sein wird. Außerdem verführen kurze Fristen und Zeitdruck dazu, vorhandene Einschätzungen einfach fortzuschreiben. Ohnehin ist bei dieser sehr schwierigen, langfristig verwahrten Personengruppe nicht mit raschen Änderungen prognostischer Einschätzungen zu rechnen. Überdies werden entsprechende Akten laufend unterwegs sein zwischen Behörden, Gerichten und Gutachtern. Das ist mit zeitlichen und sachlichen Reibungsverlusten verbunden.“

2. Considerazioni conclusive

2.1. La sfiducia nell'idea di prevenzione speciale positiva alla base delle scelte di politica criminale

Per una migliore comprensione dell'evoluzione del diritto penale degli ultimi decenni giova in questa sede riprendere le teorie di legittimazione della pena, analizzandone in particolare quegli aspetti che consentono di comprendere il mutato approccio delle legislazioni nazionali ai temi della sicurezza.

Per garantire una sicura legittimazione al diritto penale nelle società moderne bisogna far riferimento a quelle teorie che legittimano il diritto penale in vista di una funzione, che esso è chiamato a svolgere nella società, pratica, di tipo preventivo, che mira a ridurre la probabilità che siano commessi fatti che offendano beni ritenuti meritevoli di tutela⁵⁶⁹.

Questa funzione preventiva si articola in prevenzione generale e prevenzione speciale: quella generale orienta il comportamento dei consociati, considerati come generici destinatari delle norme, distogliendoli dal compiere fatti che sono ritenuti socialmente dannosi o pericolosi, mentre quella speciale consiste nell'attività di trattamento individualizzato dei soggetti che hanno commesso un illecito (prevenzione *post delictum*) o si ritiene che siano in procinto di commetterlo (prevenzione *ante delictum*), al fine di rieducarli e rendere minore la loro pericolosità.

A sua volta la prevenzione specifica (o speciale) persegue in due modalità differenti lo scopo di determinare le premesse perché una singola persona individuata sia meno propensa in futuro a compiere altri fatti costituenti reato:

⁵⁶⁹ Queste teorie sono dette *relative* e si differenziano da quelle *assolute* perché queste ultime, che si distinguono nella teoria delle *retribuzione* e della *correzione morale*, legittimano la pena, nel primo caso, qualificandola, come un male che va restituito a chi commette a sua volta un male, secondo l'assunto che "il bene va ricompensato con il bene, il male con il male" e, nel secondo caso, attribuendole lo scopo di purificare dal male commesso lo spirito del colpevole.

attraverso l'incapacitazione (o neutralizzazione) del soggetto oppure attraverso la sua risocializzazione.

La risocializzazione si prefigge lo scopo di riadattare il reo alle esigenze della una società, il cui effetto può verificarsi come risultato di un trattamento curativo, rieducativo, ecc. L'intensità di questo effetto dipende dall'intensità del contenuto rieducativo, dalla prontezza con il quale questo trattamento è applicato e dal fatto che il trattamento stesso possa essere avvertito come "giusto" e perciò accettato dal condannato.

L'incapacitazione invece consiste nel porre il soggetto in una situazione nella quale gli sia reso impossibile il compimento di fatti penalmente illeciti: l'incapacitazione materiale si ha quando al soggetto è tolta la possibilità fisica di commettere fatti illeciti (obiettivo principale della detenzione), e quella giuridica si ha invece quando è tolta al soggetto una qualifica giuridica che consente l'esercizio lecito di quell'attività nell'ambito della quale possono essere commessi degli illeciti (per esempio il ritiro della patente)⁵⁷⁰. Nelle sue forme l'incapacitazione possiede un effetto preventivo che è strettamente legato ai connotati di severità, certezza e prontezza della sanzione poiché in primo luogo l'effetto di incapacitazione sarà più marcato quanto più la sanzione è severa, in secondo luogo perché maggiore certezza equivale a maggiore effetto preventivo e in terzo luogo poiché è inutile applicare a

⁵⁷⁰ "L'incapacitazione può essere anche selettiva o differenziata: "la prima riguarda quei singoli individui dei quali si può riconoscere la pericolosità sociale. L'impedire loro di compiere reati farebbe diminuire nel futuro il tasso dei reati. Però, è estremamente difficile effettuare previsioni attendibili sul futuro comportamento criminale di un singolo individuo. Perciò questa forma di incapacitazione incontra nella pratica forte limitazioni. L'incapacità indifferenziata (operata cioè a carico di tutti i soggetti che hanno commesso certi tipi di illecito o sono stati in procinto di commetterli) sembra invece che non abbia alcun effetto sul tasso dei reati. [...] In quello che si potrebbe chiamare "il mercato del lavoro criminale", la "domanda di lavoro" concerne un numero di soggetti di gran lunga superiore ai "posti di lavoro criminale" disponibili. Perciò, come in un'economia con elevatissimo tasso di disoccupazione le presenza di un buon numero di soggetti inabili al lavoro non fa diminuire il numero di ore lavorate, così l'incapacitazione indifferenziata dei rei non può far diminuire il tasso di criminalità. Si potrebbe dire che la domanda di lavoro criminale è praticamente illimitata: di guisa che il tasso di criminalità viene a dipendere in modo esclusivo dall'offerta di lavoro criminale, che è legata al modo di essere complessivo della società" A. PAGLIARO, *Prevenzione generale e specifica (o speciale)*, in *Enc. Dir., Annali*, I, Torino, 2007, pag 906.

scopo di incapacitazione una sanzione penale ad un soggetto la cui carriera criminale è già terminata⁵⁷¹.

Nei primi decenni del secolo XX si aveva una eccessiva fiducia nella possibilità di rieducare il reo; tuttavia, il fallimento di molti progetti ha condotto all'eccesso opposto e dagli anni sessanta, i legislatori nazionali e una parte della dottrina, sono arrivati al punto di negare ogni possibilità di rieducazione. Una parte della dottrina ha letto infatti alcuni dati statistici come dimostrazioni del fatto che qualsiasi trattamento si faccia su un soggetto adulto, e persino se non si faccia nessun trattamento, le sue possibilità di ricadere nel delitto non subiscono variazioni. Sebbene sia possibile che su alcuni l'effetto rieducativo si verifichi, si è giunti al punto di affermare che bisogna evitare di farvi affidamento come se fosse l'unico scopo della pena. Il finalismo retributivo della pena è stato quindi sostituito dalla prevenzione speciale negativa che, accentuando la funzione di incapacitazione della sanzione, impedisce la commissione di ulteriori illeciti tramite l'esclusione dell'autore del reato dalla società. In questo contesto di crisi della rieducazione, le misure di sicurezza perdono quindi il loro ruolo di "miglioramento" e vengono prescelte solamente per la loro logica di neutralizzazione della pericolosità sociale⁵⁷².

Questa crisi della funzione rieducativa degli anni sessanta si inseriva in un contesto dominato dall'aumento dei *rischi* e dalla percezione diffusa dell'*insicurezza* collettiva per la criminalità: aumentando progressivamente e influenzandosi vicendevolmente questi due fattori hanno guidato le scelte di politica criminale fino ai nostri giorni, culminando, dopo il fallimento delle pene detentive lunghe, in quelle direttive di politica criminale presenti in alcuni sistemi europei, che stanno riscoprendo la funzione di incapacitazione delle misure di sicurezza nel tentativo di adattare queste risposte sanzionatorie, nate da presupposti antitetici a quelli delle teorie retributive, alla crisi del sistema penale.

⁵⁷¹ A. PAGLIARO, *cit.*, pagg 895-900.

⁵⁷² M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pagg 24-26.

Per chiarezza espositiva, ricordiamo che la disciplina della *Sicherungsverwahrung*, sotto le spinte di queste nuove direttrici di politica criminale, è stata riformata negli ultimi anni lungo tre direttrici, che ne hanno ampliato l'utilizzo. In primo luogo il legislatore ha fatto cadere, con efficacia *ex tunc*, il limite massimo di dieci anni, introdotto nella seconda legge di riforma, relativo alla prima detenzione a titolo di *Sicherungsverwahrung*⁵⁷³. In secondo luogo sono aumentati i destinatari della misura custodiale, che si rivolge anche ai minori⁵⁷⁴, agli autori primari⁵⁷⁵ e non è esclusa nemmeno nei confronti dei condannati alla pena dell'ergastolo⁵⁷⁶. In terzo luogo il legislatore ha fatto venire gradualmente meno la regola della contestualità fra la decisione di condanna e l'applicazione del provvedimento preventivo, tramite l'introduzione della riserva di custodia di sicurezza e della custodia di sicurezza postuma.

Riteniamo quindi opportuno in questa sede accennare a quei fattori che, in primo luogo, hanno contribuito a definire la nostra come “una società del rischio” e che, in secondo luogo, hanno alimentato il senso di insicurezza collettivo.

Per quanto concerne il primo punto in analisi, è diventato un luogo comune definire la società postindustriale in cui viviamo come “società del rischio”, intendendo con “rischio” quella “*incertezza relativa alla possibilità che si verifichi un determinato evento*”⁵⁷⁷. Ampliando il campo di indagine rispetto a quello oggetto di questo elaborato, bisogna dire infatti che la società attuale è caratterizzata essenzialmente dalla comparsa di progressi tecnologici; questo comporta che gran parte delle minacce alle quali i cittadini sono esposti derivano da decisioni che altri cittadini adottano nel manovrare i progressi tecnologici (rischi per l'ambiente, per i consumatori o utenti che derivano dalle applicazioni tecniche degli sviluppi nel campo della biologia, della genetica, dell'informatica). In altre parole, i rischi si

⁵⁷³ Gesetz Zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten del 26 Gennaio 1998.

⁵⁷⁴ Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbststimung und zur Änderung anderen Vorschriften del 27 dicembre 2003.

⁵⁷⁵ Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen del 22 dicembre 2010.

⁵⁷⁶ Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung del 21 agosto 2002

⁵⁷⁷ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pagg 6.

sono *globalizzati*, sia nel senso che gli effetti dannosi che si produrrebbero nel caso di concretizzazione del rischio sono diventati maggiormente intensi, sia nel senso che sono aumentati gli eventi contingenti che potrebbero interessare la generalità della popolazione. Inoltre, la società postindustriale è una società che rappresenta la crisi del modello dello Stato del benessere, una società di disoccupazione, di migrazioni, di scontro fra culture, con conseguenti notevoli problemi di articolazione interna. Tutti questi elementi generano frequenti episodi di violenza e l'*altro* appare come un rischio⁵⁷⁸.

Più interessanti in questa sede è tuttavia la dimensione soggettiva di questo modello di configurazione sociale. Da questo punto di vista infatti va posto l'accento sul fatto che l'accrescere dei rischi ha comportato un'elevata sensibilità al rischio da parte dei cittadini, e la nostra società può quindi essere meglio definita come società della "insicurezza": in altre parole "la percezione soggettiva dei rischi è chiaramente superiore alla loro stessa oggettiva consistenza"⁵⁷⁹. Il profondo senso di insicurezza tuttavia non deriva solo dal crescere dei fattori di rischio, ma anche, e più intensivamente, dalle relazioni con i consociati. Inoltre, va aggiunto, la criminalità non è più solo un'esperienza confinata negli strati emarginati della popolazione, ma investe la totalità dei cittadini, diventando oggetto di un'esperienza diretta. Il rischio percepito che rileva quindi non preoccupa per la sua intensità, ma per la sua diffusività e pervasività, perché la paura si è impossessata della vita quotidiana. Alla luce di queste considerazioni è agevole affermare che il fattore condizionante è pertanto la *sensazione* di insicurezza più che l'insicurezza *oggettiva*. Questo scollamento fra criminalità effettiva e criminalità percepita può essere spiegato con quel particolare modo, tipico dell'epoca attuale, di vivere il rischio, a sua volta condizionato dalle difficoltà della popolazione di adattarsi ai continui cambiamenti.

In questo contesto particolare anche le persone offese ricevono una nuova attenzione: si assiste infatti ad un fenomeno generale di identificazione sociale con

⁵⁷⁸ J.M SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società industriali*, Milano, 2004, p. 10.

⁵⁷⁹ J.M SILVA SANCHEZ, *cit.*, p. 13.

la *vittima* (soggetto passivo) del reato prima ancora che con l'autore (soggetto attivo)⁵⁸⁰. Questo fenomeno è favorito dalla circostanza che la società tende a configurarsi come costituita soprattutto da classi passive: pensionati, disoccupati, consumatori, percettori di prestazioni. Questi soggetti mantengono un atteggiamento nei confronti del diritto penale coerente con il modello della crisi dello Stato-providenza poiché l'insicurezza è in diretto rapporto con la perdita di dominio, di un orientamento chiaro e con l'incremento della dipendenza; inoltre, tendono a perdere la visione del diritto penale come strumento di difesa dei cittadini nei confronti dell'intervento coattivo dello Stato. Questo caso rientra perfettamente in quel "*paradigma di identificazione*" enunciato da *Paliero*: mentre quando la comunità tende a identificarsi con l'autore il consenso "convergerà sul piede del garantismo" chiedendo maggiore tutela *dal* diritto penale e dai suoi mezzi lesivi della libertà personale ed esigendo maggior controllo del potere punitivo statale, quando invece l'opinione pubblica si identifica prevalentemente nel ruolo della vittima, "il pedale del consenso sociale premerà essenzialmente sugli stantuffi dell'effettività"⁵⁸¹. E' questo secondo caso quello che investe la società attuale, nella quale l'opinione pubblica si qualifica non come destinataria ma come *beneficiaria* delle norme ed esige quindi dal legislatore una rafforzata tutela facendo pesare il suo consenso come bisogno di pena e domandando maggiore criminalizzazione⁵⁸². Tale circostanza, per la quale la maggioranza delle persone

⁵⁸⁰ Questo concetto è stato chiaramente esposto da D. GARLAND, *The Culture of Control*, Oxford 2011, p. 11 " *The victim is no longer an unfortunate citizen who has been on the receiving end of a criminal harm, and whose concerns are subsumed within the "public interest" that guides the prosecution and penal decision of the state. The victim is now, in a certain sense, a much more representative character, whose experience is taken to be common and collective, rather than individual and atypical. Whoever speaks on behalf of victims speaks on behalf of us all – or so declares the new political wisdom of high crime societies. Publicized images of actual victims serve as the personalized, real life, it-could-be-you metonym for a problem of security that has become a defining feature of contemporary culture*".

⁵⁸¹ C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in Riv. it. dir. proc. Pen., 1992, pagg 872-874.

⁵⁸² Nei due casi opposti esposti gli atteggiamenti della comunità varieranno quindi notevolmente in relazione alla garanzia principio di legalità. J.M SILVA SANCHEZ, *cit*, pagg 26 "Una concezione della legge penale come "Magna Charta" della vittima non può non avere conseguenza in primo luogo nel modo di concepire il principio di legalità. Infatti, partendo dal concetto classico, è stato segnalato che le fattispecie penali sono suscettibili di un'interpretazione restrittiva (normalmente, a carattere teleologico) ed anche di una "riduzione teleologica". [...] Il ricorso all'analogia nell'ambito delle esimenti e delle scusanti costituisce un correlato naturale della predetta riduzione teleologica delle fattispecie incriminative. A fondamento di tali conclusioni sta, naturalmente, la valutazione secondo

tende a considerarsi più come vittima che come autore potenziale, si riverbera sulla formazione di una tendenza a ridurre i livelli di rischio consentito: il soggetto che si considera prima di tutto vittima non trova contropartita accettabile nella qualificazione di alcuni rischi come “rischi permessi”⁵⁸³.

La riscoperta della vittima interessa in questa sede nella misura in cui può influire nelle scelte di politica criminale: la sua valorizzazione ha attribuito infatti un nuovo peso alla persona offesa e, se da una parte è vero che è compito dello Stato assicurare la difesa sociale e tutelare i beni dei consociati da probabili aggressioni (e qualora questa non succedesse si svilupperebbe il malcontento e automaticamente politiche reazionarie sull’onda dell’irrazionalismo), dall’altra tuttavia non va dimenticato che l’eccessiva identificazione con la vittima potrebbe portare a scelte di politica criminale finalizzate esclusivamente a soddisfare le richieste dell’opinione pubblica, traducendo, in modo eccessivamente semplificatorio, le esigenze di sicurezza in un impulso verso una maggiore penalità, assistendo quindi una pericolosa contrazione di compiti che dovrebbero rimanere allo Stato⁵⁸⁴.

Va tuttavia anche sottolineato che la sensibilità sociale nella percezione del crimine è influenzata anche dal modo in cui i *mass media*, soprattutto la televisione, veicolano le notizie sulla criminalità: “la rappresentazione mediatica della criminalità si pone come fattore di incremento del senso di insicurezza collettiva”⁵⁸⁵. Quale relazione sussiste fra la sensazione sociale di insicurezza con il modo di procedere dei mezzi di comunicazione? Sebbene il fenomeno dell’aumento

cui la legge penale costituisce una garanzia per il delinquente, cossichè nulla osta alla riduzione interpretativa dell’ambito della punibilità od all’analogia in *bonam partem*. Per converso, in una prospettiva che consideri la legge penale anche come “Magna Charta” della vittima (il che è in chiara consonanza con l’autoconsiderazione della società dell’insicurezza), né la riduzione teleologica delle fattispecie né l’applicazione analogica delle esimenti, in particolare delle cause di giustificazione, si manifesterebbe ovviamente come procedimenti incontestati. Per contro, si porrebbe come questione da valutare l’interpretazione restrittiva delle attenuanti, così come la modificazione delle frontiere fra l’interpretazione estensiva, che è consentita, e l’analogia in *malam partem*, che è vietata”.

⁵⁸³ J.M. SILVA SANCHEZ, *cit*, pag 28.

⁵⁸⁴ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 16.

⁵⁸⁵ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 18.

del sentimento di insicurezza collettivo sia complesso e articolato, condizionato da molteplici fattori, e sarebbe quindi semplicistico imputare ai soli mezzi di comunicazione questo fenomeno, va tuttavia detto che oramai esiste una consolidata corrente che considera i *mass media* come un fattore di accentuazione delle spinte irrazionali delle scelte di politica criminale, soprattutto nei confronti di alcune tipologie di reati, fra i quali si collocano quelli della sfera sessuale, che costituiscono un significativo indicatore sociale della percezione sociale del problema della criminalità. La qualifica di “accentuatori dell’insicurezza percepita” attribuita dalla dottrina ai *mass media* può essere agevolmente spiegata alla luce del fatto che questi ultimi, considerata la società attuale come “società dell’informazione” e nell’ambito di una concezione del mondo come una periferia, trasmettono un’immagine della realtà in cui ciò che è lontano e ciò che è vicino si identificano nella rappresentazione di chi recepisce il messaggio. Ciò genera delle percezioni inesatte e un senso generalizzato di impotenza⁵⁸⁶. A ciò si aggiunge il fatto che determinate notizie di reato si esaminano ripetutamente e con atteggiamento morboso: questo approccio agisce come un letterale “moltiplicatore degli illeciti e delle catastrofi, generando un’insicurezza soggettiva che non corrisponde affatto al livello di rischio oggettivo”⁵⁸⁷.

Nello specifico, la criminologia e la dottrina penalistica individuano come effetti diretti della rappresentazione emotiva dei fatti di reato *l’identificazione* con la vittima, poiché il mezzo televisivo annulla le distanze rispetto al fatto, e la *demonizzazione* dell’autore: questo fenomeno investe soprattutto gli autori dei crimini più violenti e porta alla negazione di qualsiasi forma di considerazione per l’autore. Questi due profili si rafforzano reciprocamente e nel percepire la notizia la sofferenza della vittima diventa sofferenza di colui che ascolta e vede. Questo impatto dei *media* ingrandisce l’importanza della criminalità nella vita quotidiana e rende difficoltoso per i professionisti del diritto spiegare le scelte di politica

⁵⁸⁶ Il senso di impotenza genera un “*perpetual sense of crisis*” così esposto da GARLAND “*There is now a growing sense that the “modern” arrangements for criminal control may no longer be adequate to the problem of crime and no longer coherent in them-selves. The system’s failings are now less easily viewed as a temporary problem, having to do with lack of resources or the under-implementation of correctionalist or deterrent programmes*”.

⁵⁸⁷ J.M. SILVA SANCHEZ, *cit*, pag 15.

criminale cercando di sviscerarne le motivazioni “tirandosi fuori dall’emotività dell’opinione pubblica”⁵⁸⁸.

L’impatto dei media e l’identificazione con la vittima non si limitano ad ampliare il divario fra insicurezza oggettiva e insicurezza percepita, ma influenzano le soluzioni di politica criminale che non sono più quindi il frutto di scelte dei professionisti: considerato ciò le strategie di politica criminale possono essere meglio comprese analizzando da un lato il grado di insicurezza soggettiva, per individuare quelle politiche meramente tese ad ottenere il consenso della collettività e esaminando dall’altro lato il livello di insicurezza oggettiva per indicare la strada per una razionale politica criminale.

Il fatto che questi profili di insicurezza abbiano una notevole incidenza sulle scelte di politica criminale può essere agevolmente dimostrato analizzando le riforme del legislatore tedesco intervenute dagli anni novanta ad oggi: la sistematica politico-criminale di questo ordinamento, come è stato osservato nei capitoli precedenti, ha assunto un assetto di instabile polarità fra il polo negativo del garantismo e quello positivo dell’effettività. È palese infatti, come dimostrano gli interventi della Corte europea dei diritti dell’uomo, la difficoltà di contemperare le esigenze di garanzia con le pretese di efficienza ed effettività del sistema penale. Lo sviluppo di questa instabilità potrebbe portare ad un corto circuito: “si chiama legislazione *simbolica*; affonda le sue radici nell’irrazionale, talvolta nell’inconscio collettivo [...] e potendo fare a meno dell’effettività, rinvia ad altra sede (o momento) la reale protezione dei beni giuridici, comunque essi siano stati (ri)definiti”⁵⁸⁹.

Traendo spunto da questa riflessione appare quindi opportuno analizzare in che modo lo Stato ha risposto alla pretesa nella quale si è convertita l’insicurezza sociale di riduzione o quantomeno annullamento dei rischi. In contrapposizione ai tradizionali movimenti sociali di restrizione del diritto penale infatti appaiono

⁵⁸⁸ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 20.

⁵⁸⁹ C.E. PALIERO, *Metodologie de lege referenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pag 523.

sempre più con chiarezza le richieste di ampliamento della protezione penale che metta fine “almeno nominalmente, all’angustia derivata dall’insicurezza”⁵⁹⁰. Nel formulare queste richieste non ci si chiede nemmeno se esse possano eventualmente comportare delle modifiche alle garanzie classiche dello Stato di diritto e se ciò possa trovare una qualche giustificazione, perché anzi, molto spesso, queste garanzie, vengono qualificate come troppo “rigide” e se ne auspica una “flessibilizzazione”: un palese esempio di questo fenomeno è la sempre maggiore richiesta di criminalizzazione in materia sessuale, di corruzione politica e in quello della violenza familiare.

In via generale si può dire che il diritto penale ha dato risposte a queste esigenze *espandendo* l’utilizzo dello strumento penale⁵⁹¹, *anticipandone* l’intervento e trasformando ipotesi di responsabilità colposa in ipotesi di responsabilità *dolosa*: alla luce di ciò si può forse quindi abbracciare la tesi che considera il diritto penale moderno come un diritto penale che è mezzo per ogni fine che si affermi dal punto di vista politico, un diritto penale, che in altre parole, non ha più indipendenza teorica⁵⁹². Le riforme di criminalizzazione infatti, come strumento politico, sembrano orientate verso il fine di “far sembrare maneggevoli e controllabili problemi sociali strutturali”⁵⁹³: il reagire a problemi sociali irrisolti con un ricorso sempre maggiore al diritto penale, inclinazione comune a tutti i partiti

⁵⁹⁰ J.M. SILVA SANCHEZ, *cit*, pag 18.

⁵⁹¹ “La soluzione all’insicurezza infatti non viene più cercata nel suo habitat naturale, ovvero il diritto di polizia, ma nel diritto penale”, v. J.M. SILVA SANCHEZ, *cit*, pag 18.

⁵⁹² Così argomenta NAUCKE : “Per questo diritto penale non esiste nessuno scopo giuridicamente irraggiungibile né nessun mezzo giuridicamente intollerabile. Può essere più o meno brutale, dipende solo dal clima politico. Può tutelare imprenditori, re, dittatori, democratici – e tutti si lasciano tutelare. Questo diritto penale relativistico e positivistico può indifferentemente supportare la guerra come la pace. Questo diritto penale può portare avanti colonizzazioni e lotte d’indipendenza, e lo fa. Non respinge nessun interesse che in esso voglia trovare alloggio e lo porta allo *status* di regola scritta. E gli interessi politici imparano in fretta a trovare alloggio nel diritto penale. Concludendo: tutto confluisce nel diritto penale, tutto pende dal diritto penale. L’illimitatezza del diritto penale ha il suo fondamento nei caratteri moderni del diritto penale: l’essere relativo, politicizzato e dipendente solo da regole che sono oggetto di diverse interpretazioni possibili” in, *I confini del diritto penale. Abbozzo del problema in sette tesi*, in *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, a cura di G. BORRÈ e G. PALOMBARINI, Milano, 1998, pag 102.

⁵⁹³ P.A. ALBRECHT, *Erosione del diritto penale dello Stato di diritto*, in *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, a cura di G. BORRÈ e G. PALOMBARINI, Milano, 1998, pag 105.

politici⁵⁹⁴, prescinde completamente dall'efficacia strumentale dello stesso come strumento di stabilizzazione del sistema sociale. In realtà infatti, l'utilizzo del diritto penale per funzioni simboliche va di pari passo con l'inefficienza strumentale del diritto penale a superare complessi problemi sociali.

Un profilo che va quindi doverosamente sottolineato è quello concernente la trasformazione del diritto penale in *mezzo di comunicazione politica*: la questione criminale cessa di essere oggetto di attenzione e studio da parte dei professionisti della giustizia, diventando oggetto di interesse politico⁵⁹⁵ e strumento per vincere le elezioni: se nel secolo scorso i processi decisionali erano sottratti al giudizio dell'opinione pubblica, sono invece ora aperti a pressioni populiste. In questo senso si è potuto affermare con ragione che

*“...crime policy has ceased to be a bipartisan matter that can be devolved to professional experts and has become a prominent issue in electoral competition. A highly charged political discourse now surrounds all crime control issues, so that every decision is taken in the glare of publicity and political contention and every mistake becomes a scandal. The policy-making process has become profoundly politicized and populist. Policy measures are constructed in ways that appear to value political advantage and public opinion over the views of experts and the evidence of research.”*⁵⁹⁶

In questo contesto si assiste, durante le campagne elettorali statunitensi, e di riflesso europee, all'apparizione di *slogans* che promettono seria considerazione per la questione criminale e aspre politiche di neutralizzazione: “*Prison works*”, “*Three-strikes and you're out*”, “*Truth in sentencing*”, “*No frills prisoning*”, “*Adult time for adult crime*”, “*Zero tolerance*”, “*Tough on crime, tough on the causes of crime*”⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ P.A. ALBRECHT, H.BECKMANN, M. FROMMEL, A. GOY, G. GRÜNWARD, H. HANNOVERS, W. HOLFORT, H. OSTENDORF, *Strafrecht, ultima ratio, Empfehlung der Niedersächsischen Kommission zur Reform des Strafrecht und des Strafverfahrensrecht*, 1992, pag 10.

⁵⁹⁵ “*The dominant voice of crime policy is no longer the expert or even the practitioner but that of the long-suffering, ill-served people. A few decades ago public opinion functioned as an occasional brake on policy initiatives: now it operates as a privileged source. The importance of research and criminological knowledge is downgraded and in its place is a new deference to the voice of “experience”, of “common sense”, of “what everyone knows”*. In D. GARLAND, *cit.*, pag 13.

⁵⁹⁶ D. GARLAND, *cit.*, pag 13.

⁵⁹⁷ D. GARLAND, *cit.*, pag 14.

Se davvero si tratta di strategie di segregazione punitiva, che utilizzano la pena in funzione di neutralizzazione del soggetto, intensificando quindi gli strumenti di controllo penale per rispondere alla richiesta di maggiore sicurezza proveniente dalle istanze collettive, non è quindi fuori luogo domandarsi se la strada che gli ordinamenti nazionali stanno percorrendo non vada verso una politica criminale populista: come sostenuto da autorevole dottrina⁵⁹⁸, l'esempio della custodia di sicurezza in Germania va in questo senso perché in concreto non vi è stata nessuna variazione nell'incidenza della criminalità tale da giustificare un simile cambiamento. Al contrario, il numero dei crimini che si vuole contenere con la disciplina della *Sicherungsverwahrung*, in particolar modo gli omicidi a sfondo sessuale, soprattutto a danno di bambini, è negli ultimi cinquant'anni in costante diminuzione; nello stesso arco di tempo però le disposizioni sulla custodia di sicurezza sono state rese sempre più severe⁵⁹⁹.

Si tratta quindi ora di capire a cosa porta questa aspirazione di efficacia nell'ottenimento di sicurezza e soddisfazione, attese da parte della collettività. Si può dire che questo fenomeno porta ad un'avversione di fronte alle forme e ai procedimenti, poiché questi ultimi vengono interpretati come ostacoli, e conseguentemente a porre in dubbio gli stessi principi del diritto penale⁶⁰⁰. Nello specifico l'opinione pubblica ritiene che la soluzione reale ai problemi sia ostacolata da quelle "sottigliezze" che in realtà costituiscono fondamenti del diritto penale moderno, fra i quali si annoverano il principio di colpevolezza, la presunzione di innocenza e il divieto di retroattività. Il disprezzo per le forme è un fattore collaterale che si manifesta quindi nella richiesta di mezzi sbrigativi per la

⁵⁹⁸ A. KREUZER, *Neuordnung der Sicherungsverwahrung: Fragmentarisch und fragwürdig trotz sinnvoller ansätze*, in *STV* 2/2001, pagg 122-123.

⁵⁹⁹ C. PRITTWITZ, *Populismo e opportunismo nella politica criminale*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. COCCO, Padova, 2005, pag 81.

⁶⁰⁰ "Il formalismo, che in linea di principio non è stato superato, non va di pari passo con finalità preventive. Al conseguimento di tali finalità è collegata l'aspettativa di un necessario incremento di efficacia del sistema della giustizia criminale, cosa che sembra realizzabile solo con una riduzione delle formalità tipiche dello Stato di diritto. Si vuole, o si deve, concedere una maggiore flessibilità agli organi dell'intervento penale mediante un'allentamento dei vincoli legislativi" P.A. ALBRECHT, *Erosione del diritto penale dello Stato di diritto*, in *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, a cura di G. BORRÈ e G. PALOMBARINI, Milano, 1998, pag 106.

lotta alla criminalità: parte della dottrina⁶⁰¹ annovera fra questi mezzi sbrigativi le proposte di privatizzazione attraverso la *mediazione*, come manifestazione di una “giustizia dolce”, e l’istituzioni di polizia e *prigioni private*, considerandole manifestazione di una sfiducia in tutto ciò che è pubblico. Ferme restando le critiche dal punto di vista della *diminuzione di garanzie* che questi possono comportare, non è certo questa la sede per approfondire lo studio di questi fenomeni, complessi e articolati: tuttavia, ai fini di questa analisi, questi eventi di privatizzazione e deformalizzazione possono essere considerati come idonee e sufficienti dimostrazioni del fatto che gran parte dell’efficacia preventiva del diritto penale si innesta sull’ignoranza, da parte della società, dei concreti meccanismi attraverso i quali lo Stato reagisce contro il reato. “Se si conoscesse in dettaglio il modo in cui in definitiva si persegue il reato, le limitazioni al procedimento giurisdizionale, o il modo di eseguire le sanzioni, le cose potrebbero essere molto diverse”⁶⁰².

La politicizzazione della questione criminale comporta automaticamente il discredito di altre forme di protezione e un’incontrollata espansione del diritto penale, che un tempo costituiva l’*ultima ratio* di tutela: per quale ragione il crescente senso di insicurezza collettivo non ha condotto ad un’espansione di meccanismi non giuridici, o, se giuridici, non giuridico-penali? Secondo autorevole dottrina⁶⁰³, l’opzione del diritto civile appare insufficiente perché questo non si è evoluto fino al punto da garantire funzioni di prevenzione e da assicurare ai soggetti passivi un equo compenso; in secondo luogo gli strumenti di protezione amministrativa sono caduti in discredito a causa dei crescenti fenomeni di burocratizzazione e corruzione. Il diritto penale diventa quindi l’unico strumento di pedagogia politico-sociale⁶⁰⁴ che appare efficace, e che meglio risponde alle esigenze di civilizzazione e socializzazione. Il risultato appare però scoraggiante:

⁶⁰¹ SILVA SANCHEZ J.M, *cit*, pag 44.

⁶⁰² SILVA SANCHEZ J.M, *cit*, pag 44.

⁶⁰³ SILVA SANCHEZ J.M, *cit*, pag. 33.

⁶⁰⁴ “ Sottoscrivo la tesi per cui gran parte della dimensione preventiva del diritto penale consiste nel suo significato comunicativo. Ebbene, in contesti in cui la certezza e la stessa severità del castigo possono essere messi in questione, la dimensione pubblica del diritto pena, la sacralità che le si associa, la distanza che generano le forme rigide (linguaggio, abbigliamento, scenario) rispetto alla quotidianità, costituiscono un importante fattore di prevenzione” in SILVA SANCHEZ J.M, *cit*, pag 45.

una tale espansione del diritto penale riduce la certezza dei confini dell'area penale, pregiudica la funzione di prevenzione generale e ne compromette l'effettività⁶⁰⁵, sottoponendo il diritto penale a pesi che questo non può sopportare⁶⁰⁶.

Si può quindi affermare che i problemi della società del rischio incidono nelle scelte di politica criminale fino al punto da generare un adattamento dello statuto classico del diritto penale verso un'accentuazione dei profili preventivi, sia sul piano legislativo che su quello giurisdizionale, dando vita ad una lenta trasformazione verso il c.d. "*diritto penale preventivo*".

2.2. Il pericolo di un *Etikettenschwindel*

Risulta quindi ora necessario, per un'analisi complessiva del fenomeno della riscoperta della *Sicherungsverwahrung*, chiedersi quale sia effettivamente il confine fra le pene e la custodia di sicurezza. Se sul piano teorico sussiste una mera differenza di funzioni, nel primo caso meramente retributiva, nel secondo preventiva, appare necessario guardare ai reali presupposti richiesti dal legislatore e all'incidenza sui diritti della persona. Per quanto concerne le funzioni infatti, sebbene la Corte costituzionale tedesca continui ad insistere su questa distinzione, non si può escludere che la pena non abbia scopi preventivi e che la custodia di sicurezza non abbia finalità di orientamento nell'ottica di una prevenzione generale, essendo diretta ad autori capaci di intendere e di volere⁶⁰⁷. In questo senso si è potuto ragionevolmente affermare che

“in questo contesto, il fermo mantenimento della distinzione fra pene e misure di sicurezza[...]appare un'apodittica e frettolosa giustificazione, al fine di fondare la legittimità di una disciplina delle misure di sicurezza differente, e solitamente meno garantistica, da quella riservata alle pene, più che una riflessione ponderata sui limiti

⁶⁰⁵ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 7.

⁶⁰⁶ J.M. SILVA SANCHEZ, *cit*, pag 34.

⁶⁰⁷ C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, München, 2006, pag 97.

imposti dalla Costituzione ai provvedimenti restrittivi della libertà personale.”⁶⁰⁸

Alla luce di ciò, bisogna chiedersi se, sulla base dei soli presupposti e del livello di incidenza sulla libertà personale dell'internato, non vi sia di fatto il rischio di una “*truffa delle etichette*”.

Per quanto riguarda i presupposti, in entrambi i casi risulta necessario aver commesso un reato. Tralasciando il fatto che per la custodia di sicurezza è necessaria la pericolosità sociale (condizione di difficile accertamento come in seguito si chiarirà), si può affermare quindi che il presupposto di applicazione è il medesimo⁶⁰⁹.

Per quanto concerne l'incidenza sui diritti della persona, si può pacificamente affermare che una misura di sicurezza a tempo indeterminato presenta, a livello di “sofferenza del soggetto” un carattere maggiormente afflittivo rispetto all'esecuzione della pena detentiva: a lungo si è mantenuta come giustificazione della distinzione fra pene e misure di sicurezza il fatto che le prime sono un “male” voluto che il condannato deve sentire come tale, mentre le seconde sono un “trattamento” del soggetto, affermando quindi che la sofferenza è nel primo caso *scopo* e nel secondo *strumento*. Tuttavia, come ha confermato la Corte europea dei diritti dell'uomo, la privazione della libertà personale per mezzo della custodia di sicurezza nei confronti di soggetti pienamente capaci di intendere e di volere finisce, considerata anche la prassi applicativa in Germania, per acquisire il carattere repressivo di una pena, sottoponendo il reo ad una misura detentiva a tempo determinato, sotto il nome di “reclusione”, e ad una successiva e ulteriore misura detentiva, questa volta a tempo indeterminato, sotto il nome di “custodia di sicurezza”.

⁶⁰⁸ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 322.

⁶⁰⁹ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 319.

2.3. Come modulare la disciplina della custodia di sicurezza in modo da garantire il rispetto dei diritti individuali?

Alla luce di queste considerazioni bisogna trovare una modalità tramite la quale giustificare l'utilizzo di una tale forma di limitazione della libertà personale, sganciata dalla colpevolezza, che di fatto si inquadra nelle forme di prevenzione *post delictum*: in altre parole è necessario trovare una soluzione che contenga le politiche criminali della prevenzione attuata mediante la custodia di sicurezza. Il Tribunale costituzionale tedesco⁶¹⁰, in seguito alle numerose sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo⁶¹¹, ha riconosciuto l'esistenza di questa necessità indicando al legislatore i criteri da seguire nella formulazione di una nuova disciplina della custodia di sicurezza: in attesa di una riforma appare quindi necessario riflettere sulle modalità tramite le quali legittimare, anche alla luce delle considerazioni della Corte di Strasburgo, la *Sicherungsverwahrung*, considerato che i criteri di identificazione della stessa rappresentano il punto debole della sua stessa legittimazione.

La soluzione che appare più accreditata è costituita dal principio di *proporzionalità*, che dà rilievo alle limitazioni imposte alla libertà personale tramite la custodia di sicurezza.

La prevenzione del reato non è uno scopo che può infatti giustificare qualsiasi tipo di reazione da parte dello Stato, ma solo quella che presceglie mezzi che siano proporzionati allo scopo⁶¹²: in altre parole, nell'individuare i mezzi tramite i quali contenere la criminalità, lo Stato, tramite una valutazione comparativa fra l'interesse pubblico alla difesa sociale e l'interesse del singolo alla

⁶¹⁰ BverfG 04 maggio 2011, *cit.*

⁶¹¹ Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 17792/07) Kallweit c. Germania; Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 20008/07) Mateus c. Germania; Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011 (n. 27360/04 e 42225/07), Schummer c. Germania; Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 13 gennaio 2011, (n. 6587/04), Haidn c. Germania; Sent. Corte eur. Dir. Uomo, 14 aprile 2011, (n. 30060/04), Jendrowiak c. Germania.

⁶¹² F. EXNER, *Die theorie der Sicherungsmittel*, Berlin, 1914, pag 5.

libertà individuale, deve *favorire* quei mezzi che garantiscono la società senza sacrificare i diritti della persona umana.

E' quindi il bilanciamento di interessi contrapposti che indica il principio di proporzionalità come base per limitare le esigenze preventive: gli interessi in gioco sono da una parte il bisogno di sicurezza della società, dall'altro i diritti della persona che devono essere sacrificati per la soddisfazione del contrapposto interesse. Il pericolo minacciato dall'autore va bilanciato, dal legislatore, con lo svantaggio che deve essere imposto per neutralizzare quel pericolo: solo se vi è una corretta ponderazione dei valori in gioco allora una misura preventiva è giustificata.

Quindi, solo qualora la società non sia sufficientemente garantita tramite una misura che non sacrifica la libertà personale al di là della colpevolezza, allora la custodia di sicurezza può essere considerata legittima.⁶¹³

È tuttavia opportuno chiedersi, alla luce del fatto che il principio di proporzionalità è codificato nel sistema tedesco al § 62 e che la Corte costituzionale tedesca ne impone al legislatore il rispetto nella nuova attesa riforma, se e come questo principio possa svolgere la funzione di argine al quale è proposto, allo stesso modo in cui il principio di colpevolezza agisce per le pene.

La domanda risulta opportuna alla luce del fatto è difficile dare concretezza a questo principio. È stato correttamente affermato:

*“...l'idea di proporzionalità non può di per sé definire quantitativamente la reazione punitiva: il suo vago parametro di riferimento, “l'oltre misura”, ne costituisce già di per sé la croce. Anche ove l'ordinamento giuridico fornisca gli elementi rilevanti nel giudizio, la definizione di conseguenze proporzionali necessitò dell'intervento ulteriore di punti di vista esterni alla mera logica della proporzione; quest' ultima, del resto, non può assumere validità generale, nemmeno come criterio distributivo delle sanzioni.”*⁶¹⁴

Le perplessità riguardanti l'operatività sul piano pratico del principio di proporzione riguardano in primo luogo quelle concernenti il fatto che esso impone

⁶¹³ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pagg 336-337.

⁶¹⁴ L. EUSEBI, *La “nuova” retribuzione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1983, pag 934.

l'utilizzo della custodia di sicurezza nel caso in cui sia *necessaria* per garantire la sicurezza della collettività. Come è possibile provare che è necessaria? Desumere ciò dal fatto che chi non vi è sottoposto commetterà altri reati ne estenderebbe eccessivamente il campo di applicazione, perché sarebbe basato su un giudizio prognostico, che per definizione non ha basi certe. La situazione che così si prospetterebbe sarebbe paradossale: da un lato potrebbe accadere che un soggetto, valutato non pericoloso, commetta un nuovo reato una volta rimesso in libertà (falso negativo), giustificandosi in tal caso l'applicazione di una misura di sicurezza. Dall'altro lato un soggetto potrebbe essere valutato come pericoloso, sebbene non presenti alcun rischio (falso positivo): in tal caso sarebbe impossibile provarne l'inutilità, perché rispetto agli internati non si può dimostrare che la prognosi di pericolosità è falsa.

In secondo luogo è difficile concretizzare la regola della proporzionalità in base al rango degli *interessi* coinvolti: se da una parte è agevole escludere i reati bagatellari, la cui commissione non giustifica la privazione della libertà personale, sono eccessivamente indeterminati i criteri da seguire nel caso in cui gli interessi coinvolti siano di rango diverso, soprattutto perché la loro limitazione va valutata anche alla luce del fatto che la misura che si andrà ad infliggere non sarà limitata nel tempo.

In terzo luogo, la valutazione comparativa si fa ancora meno agevole se si tiene conto del fatto che la proporzionalità assume la funzione di ago della bilancia fra due pesi contrapposti che presentano due difformi unità di misura: da una parte infatti gli interessi di difesa della collettività sono semplicemente messi in pericolo, e quindi di tratta di una mera "*prognosi di sacrificio*", dall'altra invece i diritti del destinatario della misura, qualora di pretenda per la sua esecuzione, verranno "*certamente sacrificati*"⁶¹⁵.

L'ordinamento tedesco accoglie la proporzionalità come principio generale della disciplina delle misure di sicurezza, ma, di fronte all'esigenza di assicurare

⁶¹⁵ G. STRATENWERTH, *Die Rechtsfertigung freiheitsbeschränkender sichernder Maßnahmen*, in ZStR 1988, pagg 115-117.

l'opinione pubblica, il legislatore non ha esitato ad estendere l'ambito di applicazione della custodia di sicurezza, abolendone il termine di durata massima, disponendone l'applicazione retroattiva; anche il giudice costituzionale ha giustificato queste soluzioni proprio alla luce del principio di proporzionalità, sostenendo che si è trattato di scelte correttamente ponderate alla luce degli interessi in gioco. È quindi corretto dubitare che il principio di proporzione possa, vista la sua flessibilità e incertezza, costituire un limite di garanzia, ed è agevole affermare che "il principio di proporzione, nonostante se ne sottolinei il rango costituzionale, non sia riuscito ad arginare lo spostamento dell'ago della bilancia verso una maggiore difesa sociale a discapito della salvaguardia delle libertà individuali"⁶¹⁶.

Si tratta ora di capire se il limite dell'*umanizzazione dell'esecuzione* costituisca invece un vero argine alle istanze di sicurezza: questo principio esclude la legittimità di misure a finalità di pura difesa sociale e impone attenzione ai bisogni del soggetto. Nello specifico infatti si abbraccia quella costruzione di tale limite che, utilizzando i principi dell'indennizzo, sostiene che "limitare la libertà personale del soggetto non sulla base di ciò che ha commesso ma di ciò che potrebbe commettere, richiede un consistente sacrificio al soggetto stesso, che va alla collettività: tale sacrificio va compensato dando precedenza in fase esecutiva alla finalità di rieducazione rispetto a quella di sicurezza"⁶¹⁷. Soprattutto per la custodia di sicurezza, che non prevede un limite massimo di durata della misura, quanto più perdura la limitazione della libertà personale, tanto più, scrupolosamente, si dovranno imporre limitazioni alla libertà personale, dando invece spazio agli interventi di risocializzazione⁶¹⁸.

Si ritiene tuttavia che il limite dell'*umanizzazione dell'esecuzione*, sebbene sia in grado di esplicitare i propri effetti positivi sulla disciplina della *Sicherungsverwahrung*, incida solamente sulle modalità esecutive, non consentendo di porre un limite generale alla previsione di una tale misura. Si ricorda infatti che

⁶¹⁶ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pagg 339-341.

⁶¹⁷ H. KAMMEIR, *Maßregelvollzugsrecht. Kommentar*, Berlin-New York, 1995.

⁶¹⁸ J. KINZIG, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand. Ergebnisse einer theoretischen und empirischen Bestandsaufnahme des Zustandes einer Maßregel*, Freiburg, 1996, pagg 599.

porre attenzione ai bisogni del soggetto escludendo una mera logica di pura neutralizzazione, significa *offrire* possibilità di rieducazione e mai *imporre* trattamenti terapeutici, perché ciò violerebbe la dignità dell'internato. In secondo luogo, sebbene sia stata la stessa Corte costituzionale tedesca ad individuare dei punti fermi concernenti l'esecuzione della custodia di sicurezza, il cui rispetto condiziona la legittimità della stessa, ci si chiede se far dipendere la legittimità di una disciplina così delicata da meri provvedimenti esecutivi, di difficile accertamento, dei singoli istituti penitenziari (che seguirebbero, probabilmente con troppa discrezionalità, le linee di carattere generale indicate dal *Bund* e dai *Länder*), non sia in realtà mera manifestazione del problema qui esposto (di limitazione delle istanze punitive): certamente il rispetto dei diritti alla libertà personale va garantito in ogni singolo istituto dello Stato, ma sarebbe necessario, come peraltro ha sottolineato la Corte di Strasburgo, individuare un limite di carattere generale che sia davvero funzionale agli scopi predetti.

2.4. “Il concetto di pericolosità è un concetto pericoloso”⁶¹⁹

La *Sicherungsverwahrung* è una misura di sicurezza e di miglioramento che può essere ordinata nei confronti di quei soggetti che sono stati ritenuti *pericolosi* per la collettività, in base ad una valutazione complessiva dei fatti e dell'autore stesso, a causa dell'inclinazione a commettere nuovi reati, in particolare quelli in conseguenza dei quali la vittima potrebbe subire un grave danno fisico e morale.

Tuttavia, in primo luogo, il concetto di pericolosità assume un'autonomia di significato che solleva problemi non del tutto indifferenti, e, in secondo luogo il giudizio prognostico che fonda la legittimità della limitazione della libertà

⁶¹⁹ F. EXNER, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, Berlin, 1914, pagg 59.

personale è incerto a tal punto che riteniamo opportuno soffermarci sul problema della valutazione della pericolosità sociale⁶²⁰.

Il concetto di pericolosità sociale è in crisi fin dal momento in cui è nato poiché presuppone una nozione di pericolo che non si limita più ad essere elemento strutturale del reato, ma diventa giudizio prognostico sul futuro comportamento di una persona: la Scuola positiva ha definito questo concetto come “la capacità di una persona di divenire con probabilità autrice di reati”⁶²¹. Sino a che punto è legittimo fondare su questo elemento l’applicazione di una misura di sicurezza?

I profili problematici sollevati dall’accertamento della pericolosità ruotano tutti intorno alla possibilità di individuare metodi predittivi ed attendibili tramite in quali sia possibile affermare con sicurezza che un soggetto è socialmente pericoloso. Sino ad ora tuttavia non sono ancora stati individuati metodi scientifici tramite i quali eliminare l’elevato tasso di inattendibilità che le prognosi presentano: quando si tenta di oggettivare la prognosi, prendendo in considerazione fattori causali e attribuendo punteggi di predittività, si rischia di incorrere in generalizzazioni statistiche. Quando si ricorre all’analisi psicologica della personalità, non si tiene adeguatamente conto dei condizionamenti provenienti dalle interazioni sociali e si rischia di far dipendere l’esito del giudizio dall’attività del perito. Nel caso in esame inoltre, i diretti destinatari sono soggetti pienamente capaci di intendere e di volere, e non è quindi nemmeno possibile individuare una patologia o un particolare stato di dipendenza come elemento sintomatico di comportamenti criminosi.

L’incertezza dei giudizi prognostici influisce notevolmente sull’attività dei giudici, poiché sono i primi ad essere a conoscenza di questa falla nel sistema, e comporta quindi l’elevata probabilità che gli errori nelle predizioni si tramutino in *falsi negativi* e *falsi positivi*: i primi si verificano quando una persona viene valutata non pericolosa, rimessa in libertà, commettendo poi nuovamente un reato,

⁶²⁰ Per un’analisi approfondita del problema dei giudizi prognostici in relazione sia agli imputabili che ai non imputabili v. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pagg 107-120 e pagg 344-349.

⁶²¹ F. GRISPIGNI, *cit.*, pag 152.

compromettendo quindi le esigenze di difesa della collettività. I secondi si verificano quando, comprimendo indebitamente la libertà personale, un soggetto viene erroneamente valutato pericoloso e quindi privato della libertà, sebbene non sussista alcun rischio. Considerato che il falso positivo non potrebbe essere smentito, mentre il falso negativo è di più facile emersione, i giudici sono più propensi a considerare il soggetto pericoloso e ad applicare la misura di sicurezza, piuttosto che correre il rischio di non dichiarare pericoloso un soggetto che potrebbe smentire la predizione con la commissione di un reato. In altre parole: “*im Zweifel für die Sicherheit*”⁶²².

Inoltre, va evidenziato che, per ordinare la custodia di sicurezza, è necessario che sussista una prognosi circa la futura commissione di gravi fatti di reato che danneggino gravemente la vittima fisicamente o moralmente⁶²³: la predizione criminale può quindi diventare più difficile perché la commissione di questi reati è statisticamente meno frequente. In altre parole, essendo l’area dei reati oggetto di prognosi molto ristretta, l’affidabilità del giudizio predittivo si abbassa e si incorre nel rischio di sopravvalutazione del pericolo⁶²⁴.

C’è inoltre un ultimo profilo critico: la custodia di sicurezza, essendo una misura di sicurezza e non una pena, dovrebbe essere ordinata sulla base della pericolosità dell’autore, in relazione quindi ai fatti *attesi* e non al fatto commesso, la cui unica funzione è quella di limite e fondamento del giudizio prognostico. Tuttavia, nell’accertamento della pericolosità, pare che il fattore determinante non sia la valutazione della personalità ma la carriera criminale pregressa, risultando

⁶²² H. SCHÜLER-SPRUNGORUM, *Maßregelvollzug und gesellschaftliche Solidarität*, in *ZfStrVo*, 2005, pagg 230-232.

⁶²³ § 66 *Unterbringung in der Sicherungsverwahrung* „Das Gericht ordnet neben der Strafe die Sicherungsverwahrung an wenn: 4) durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist.“

⁶²⁴ H. J. ALBRECHT, *Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform*, *ZStW* 111 (1999), pagg 878-879; v. anche M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pagg 347-348: “La valutazione del pericolo di reiterazione del reato implica una valutazione complessa, che rischia di essere falsata da una sopravvalutazione del pericolo, tanto più nei contesti attuali in cui il diritto penale si propone come strumento di controllo dei rischi attraverso il potenziamento delle strategie preventive: la valutazione di pericolosità sociale dipende allora da scelte di valore, da complesse valutazioni di politica criminale e dalla quantità di rischio che la società è disposta a correre (o meglio, il rischio che il perito ed il giudice ritengono che possa essere accollato alla società).”

quindi una valutazione dei periti proiettata più al futuro che al presente. Ci si chiede se i dati emersi in questa ricerca indichino semplicemente una semplificazione dell'accertamento della personalità o piuttosto una reazione neoretributiva di rimprovero per le precedenti violazioni, ma in ogni caso la dottrina propende di fatto per un "allontanamento *de facto* dal ricorso ai giudizi prognostici in favore di un sostanziale aggravamento della pena"⁶²⁵.

Ecco il punto di snodo: la custodia di sicurezza deve essere *proporzionata*⁶²⁶ alla pericolosità del soggetto ma le difficoltà di accertamento della pericolosità stessa rendono ovviamente *incerto* il giudizio prognostico, al quale tuttavia si oppone la *certezza* della limitazione di un diritto. La capacità del giudizio di proporzionare di garantire un limite alla potestà punitiva statale (capacità d'altronde, già messa in discussione nel paragrafo precedente) deve fare i conti con l'incertezza dei giudizi prognostici riferiti a condotte umane.

⁶²⁵ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pag 349.

⁶²⁶ § 62 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: „Eine Maßregel der Besserung und Sicherung darf nicht angeordnet werden, wenn sie zur Bedeutung der vom Täter begangenen und zu erwartenden Taten sowie zu dem Grad der von ihm ausgehenden Gefahr außer Verhältnis steht“.

ALLEGATO

Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebot im Recht der Sicherungsverwahrung

A. Problem und Ziel

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in seinem Urteil vom 4. Mai 2011 (2BvR 2365/09 u. a.) die Vorschriften des Strafgesetzbuches über die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung für nicht mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt. Gleichzeitig hat es dem Gesetzgeber in Bund und Ländern aufgegeben, ein Gesamtkonzept der Sicherungsverwahrung zu entwickeln und normativ festzuschreiben, das dem verfassungsrechtlichen „Abstandsgebot“ Rechnung trägt, wonach sich der Vollzug der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung vom Vollzug der Strafhaft deutlich zu unterscheiden hat. Dieser Gesetzentwurf dient der Umsetzung der vorgenannten Entscheidung des BVerfG, soweit sie den Bundesgesetzgeber zu entsprechendem Tätigwerden verpflichtet.

B. Lösung

Die verfassungsrechtlichen Vorgaben, die das BVerfG in seinem Urteil aufgezeigt hat, erfordern verschiedene Änderungen im Straf-, Strafvollzugs- und Strafverfahrensrecht. Neu aufzunehmen sind insbesondere eine bundesgesetzliche Vorgabe für Einrichtungen, in denen die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung vollzogen wird (§ 66c Absatz 1 des Strafgesetzbuches – StGB), Vorgaben für den der Unterbringung vorangehenden Vollzug der Strafhaft (§ 66c Absatz 2 StGB-E) und Regelungen, die den verfassungskonformen Vollzug von Sicherungsverwahrung und vorangehender Strafhaft durch bundesgesetzliche Vorgaben absichern (vor allem der neue § 119a des Strafvollzugsgesetzes sowie § 67c Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 und § 67d Absatz 2 Satz 2 StGB-E), sowie begleitende Änderungen unter anderem in § 463 der Strafprozessordnung. Ferner sind die Vorschriften des Jugendgerichtsgesetzes (JGG) über die Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung an die verfassungsrechtlichen Vorgaben anzupassen (§ 7 Absatz 2, § 106 JGG-E) sowie konkrete, vom BVerfG aufgezeigte Vorgaben für einzelne Bestimmungen umzusetzen. Schließlich ist eine – ebenfalls den verfassungsrechtlichen Anforderungen Rechnung tragende – Regelung für die Behandlung von Taten zu treffen, die vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes begangen wurden (Artikel 316f des Einführungsgesetzes zum StGB).

C. Alternativen

Keine.

D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Keine.

E. Erfüllungsaufwand

E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Für die Bürgerinnen und Bürger entsteht oder entfällt kein Erfüllungsaufwand.

E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Für die Wirtschaft entsteht oder entfällt kein Erfüllungsaufwand. Davon Bürokratiekosten aus Informationspflichten: Für Unternehmen werden keine Informationspflichten eingeführt, vereinfacht oder abgeschafft.

E. 3 Erfüllungsaufwand der Verwaltung

Für die Länder wird ein derzeit nicht näher bezifferbarer Aufwand entstehen, da die Einrichtungen zum Vollzug der Sicherungsverwahrung und der vorangehenden Strafhaft an die in § 66c StGB-E normierten Anforderungen aus der Entscheidung des BVerfG vom 4. Mai 2011 anzupassen sind. Dieser erhöhte Aufwand ergibt sich notwendig aus der Verwirklichung des Abstandsgebots, die wiederum eine notwendige Voraussetzung dafür darstellt, dass die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung als Maßregel der Besserung und Sicherung erhalten bleibt. Diese Maßregel ist für den Schutz der Bevölkerung vor gefährlichen Straftätern unverzichtbar. Dem erhöhten Aufwand der Länder werden in einigen Fällen mittel- bis langfristig Einsparungen gegenüberstehen, die darauf beruhen, dass die Ausrichtung des Vollzugs von Sicherungsverwahrung und vorangehender Strafhaft an den Vorgaben dieses Gesetzes dazu führen kann, dass die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung vermieden wird. Ferner erlaubt die vorgeschlagene Einführung des § 2 Absatz 2 des Therapieunterbringungsgesetzes (ThUG) die Nutzung von Einrichtungen der neu gestalteten Sicherungsverwahrung auch für den Vollzug der Therapieunterbringung. Daraus resultieren Einsparmöglichkeiten, die – je nach bisheriger Handhabung in den Ländern und Anzahl der in Betracht kommenden Unterbringungsfälle – im Einzelfall ganz beträchtlich sein können.

F. Weitere Kosten

Den Bürgerinnen und Bürgern sowie der Wirtschaft entstehen keine sonstigen Kosten. Auswirkungen auf das Preisniveau, insbesondere das Verbraucherpreisniveau sind nicht zu erwarten.

Artikel 1

Änderung des Strafgesetzbuches

Das Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 6. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2557) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird nach der Angabe zu § 66b folgende Angabe eingefügt:

„§ 66c Ausgestaltung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung und des vorhergehenden Strafvollzugs“.

2. Nach § 66b wird folgender § 66c eingefügt:

„§ 66c

Ausgestaltung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung und des vorhergehenden Strafvollzugs

(1) Die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung erfolgt in Einrichtungen, die

1. dem Untergebrachten auf der Grundlage einer umfassenden Behandlungsuntersuchung und eines regelmäßig fortzuschreibenden Vollzugsplans eine Betreuung anbieten,

a) die individuell und intensiv sowie geeignet ist, seine Mitwirkungsbereitschaft zu wecken und zu fördern, insbesondere eine psychiatrische, psycho- oder sozialtherapeutische Behandlung, die auf den Untergebrachten zugeschnitten ist, soweit standardisierte Angebote nicht Erfolg versprechend sind, und

b) die zum Ziel hat, seine Gefährlichkeit für die Allgemeinheit so zu mindern, dass die Vollstreckung der Maßregel möglichst bald zur Bewährung ausgesetzt oder sie für erledigt erklärt werden kann,

2. eine Unterbringung gewährleisten,

a) die den Untergebrachten so wenig wie möglich belastet, den Erfordernissen der Betreuung im Sinne von Nummer 1 entspricht und,

soweit Sicherheitsbelange nicht entgegenstehen, den allgemeinen Lebensverhältnissen angepasst ist, und

b) die vom Strafvollzug getrennt in besonderen Gebäuden oder Abteilungen erfolgt, sofern nicht die Behandlung im Sinne von Nummer 1 ausnahmsweise etwas anderes erfordert, und

3. zur Erreichung des in Nummer 1 Buchstabe b genannten Ziels

a) vollzugsöffnende Maßnahmen gewähren und Entlassungsvorbereitungen treffen, soweit nicht zwingende Gründe entgegenstehen, insbesondere konkrete Anhaltspunkte die Gefahr begründen, der Unterbrachte werde sich dem Vollzug der Sicherungsverwahrung entziehen oder die Maßnahmen zur Begehung erheblicher Straftaten missbrauchen, sowie

b) in enger Zusammenarbeit mit staatlichen oder freien Trägern eine nachsorgende Betreuung in Freiheit ermöglichen.

(2) Hat das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung im Urteil (§ 66), nach Vorbehalt (§ 66a Absatz 3) oder nachträglich (§ 66b) angeordnet oder sich eine solche Anordnung im Urteil vorbehalten (§ 66a Absatz 1 und 2), ist dem Täter schon im Strafvollzug eine Betreuung im Sinne von Absatz 1 Nummer 1, insbesondere eine sozialtherapeutische Behandlung, anzubieten mit dem Ziel, die Vollstreckung der Unterbringung (§ 67c Absatz 1 Satz 1 Nummer 1) oder deren Anordnung (§ 66a Absatz 3) möglichst entbehrlich zu machen.“

3. § 67a wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Die Möglichkeit einer nachträglichen Überweisung besteht, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen und die Überweisung zur Durchführung einer Heilbehandlung oder Entziehungskur angezeigt ist, auch bei einer Person, die sich noch im Strafvollzug befindet und deren Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet oder vorbehalten worden ist.“

b) Absatz 4 Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Im Falle des Absatzes 2 Satz 2 hat das Gericht bis zum Beginn der Vollstreckung der Unterbringung jeweils spätestens vor Ablauf eines Jahres zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Entscheidung nach Absatz 3 Satz 2 vorliegen.“

4. § 67c Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

(1),, Wird eine Freiheitsstrafe vor einer wegen derselben Tat oder Taten angeordneten Unterbringung vollzogen und ergibt die vor dem Ende des Vollzugs der Strafe erforderliche Prüfung, dass

1. der Zweck der Maßregel die Unterbringung nicht mehr erfordert oder

2. die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung unverhältnismäßig wäre, weil dem Täter bei einer Gesamtbetrachtung des Vollzugsverlaufs ausreichende Betreuung im Sinne des § 66c Absatz 2 in Verbindung mit § 66c Absatz 1 Nummer 1 nicht angeboten worden ist,

setzt das Gericht die Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung aus; mit der Aussetzung tritt Führungsaufsicht ein. Der Prüfung nach Satz 1 Nummer 1 bedarf es nicht, wenn die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung im ersten Rechtszug weniger als ein Jahr vor dem Ende des Vollzugs der Strafe angeordnet worden ist.“

5. § 67d Absatz 2 Satz 2 wird durch die folgenden Sätze ersetzt:

„Gleiches gilt, wenn das Gericht nach Beginn der Vollstreckung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung feststellt, dass die weitere Vollstreckung unverhältnismäßig wäre, weil dem Untergebrachten nicht spätestens bis zum Ablauf einer vom Gericht bestimmten Frist von höchstens sechs Monaten ausreichende Betreuung im Sinne des § 66c Absatz 1 Nummer 1 angeboten worden ist; eine solche Frist hat das Gericht, wenn keine ausreichende Betreuung angeboten wird, unter Angabe der anzubietenden Maßnahmen bei der Prüfung der Aussetzung der Vollstreckung festzusetzen. Mit der Aussetzung nach Satz 1 oder 2 tritt Führungsaufsicht ein.“

6. In § 67e Absatz 2 werden die Wörter „zwei Jahre“ durch die Wörter „ein Jahr, nach dem Vollzug von zehn Jahren der Unterbringung sechs Monate“ ersetzt.

7. In § 68c Absatz 4 Satz 1 und § 68e Absatz 1 Satz 1 wird jeweils die Angabe „§ 67c Abs. 1 Satz 2“ durch die Angabe „§ 67c Absatz 1 Satz 1“ und die Angabe „§ 67d Abs. 2 Satz 2“ durch die Angabe „§ 67d Absatz 2 Satz 3“ ersetzt.

Artikel 2

Änderung des Jugendgerichtsgesetzes

Das Jugendgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Dezember 1974 (BGBl. I S. 3427), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 6. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2554) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. § 7 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 wird durch die folgenden Absätze 2 und 3 ersetzt:

(2),, Das Gericht kann im Urteil die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorbehalten, wenn

1. der Jugendliche zu einer Jugendstrafe von mindestens sieben Jahren verurteilt wird wegen oder auch wegen eines Verbrechens

a) gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit oder die sexuelle Selbstbestimmung oder

b) nach § 251 des Strafgesetzbuches, auch in Verbindung mit § 252 oder § 255 des Strafgesetzbuches,

durch welches das Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt oder einer solchen Gefahr ausgesetzt worden ist, und

2. die Gesamtwürdigung des Jugendlichen und seiner Tat oder seiner Taten ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erneut Straftaten der in Nummer 1 bezeichneten Art begehen wird.

Das Gericht ordnet die Sicherungsverwahrung an, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Tat oder seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung ergibt, dass von ihm Straftaten der in Satz 1 Nummer 1 bezeichneten Art zu erwarten sind; § 66a Absatz 3 Satz 1 des Strafgesetzbuches gilt entsprechend. Für die Prüfung, ob die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung am Ende des Vollzugs der Jugendstrafe auszusetzen ist, und für den Eintritt der Führungsaufsicht, gilt § 67c Absatz 1 des Strafgesetzbuches entsprechend.

(3) Wird neben der Jugendstrafe die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorbehalten und hat der Verurteilte das siebenundzwanzigste Lebensjahr noch nicht vollendet, so ordnet das Gericht an, dass bereits die Jugendstrafe in einer sozialtherapeutischen Einrichtung zu vollziehen ist, es sei denn, dass die Resozialisierung des Verurteilten dadurch nicht besser gefördert werden kann. Diese Anordnung kann auch nachträglich erfolgen. Solange der Vollzug in einer sozialtherapeutischen Einrichtung noch nicht angeordnet oder der Gefangene noch nicht in eine sozialtherapeutische Einrichtung verlegt worden ist, ist darüber jeweils nach

sechs Monaten neu zu entscheiden. Für die nachträgliche Anordnung nach Satz 2 ist die Strafvollstreckungskammer zuständig, wenn der Betroffene das vierundzwanzigste Lebensjahr vollendet hat, sonst die für die Entscheidung über Vollzugsmaßnahmen nach § 92 Absatz 2 zuständige Jugendkammer. Im Übrigen gelten zum Vollzug der Jugendstrafe § 66c Absatz 2 und § 67a Absatz 2 bis 4 des Strafgesetzbuches entsprechend.“

b) Der bisherige Absatz 3 wird Absatz 4.

c) Der bisherige Absatz 4 wird Absatz 5 und wie folgt geändert:

aa) Nach dem Wort „auszusetzen“ werden die Wörter „oder für erledigt zu erklären“ eingefügt.

bb) Die Angabe „3“ wird durch die Angabe „4“ ersetzt.

cc) Die Wörter „ein Jahr“ werden durch die Wörter „auch dann sechs Monate, wenn die untergebrachte Person bei Beginn des Fristlaufs das vierundzwanzigste Lebensjahr noch nicht vollendet hat“ ersetzt.

2. § 81a wird wie folgt geändert:

a) Die Absatzbezeichnung „(1)“ wird gestrichen.

b) Absatz 2 wird aufgehoben.

3. In § 82 Absatz 3 wird die Angabe „3“ durch die Angabe „4“ ersetzt.

4. § 92 wird wie folgt geändert:

a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

„§ 92

Rechtsbehelfe im Vollzug“.

b) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 werden nach den Wörtern „des Strafgesetzbuches)“ die Wörter „oder in der Sicherungsverwahrung“ eingefügt.

bb) In Satz 2 werden die Wörter „den Antrag“ durch die Wörter „die Überprüfung von Vollzugsmaßnahmen“ ersetzt.

c) Absatz 2 Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Die Jugendkammer ist auch für Entscheidungen nach § 119a des Strafvollzugsgesetzes zuständig.“

d) In Absatz 4 Satz 1 werden die Wörter „bei Entscheidungen über Anträge nach Absatz 1“ durch die Wörter „außer in den Fällen des Absatzes 2 Satz 2“ ersetzt.

e) Absatz 6 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 werden die Wörter „der Maßregel nach § 61 Nr. 1 oder Nr. 2 des Strafgesetzbuches“ durch die Wörter „einer freiheitsentziehenden Maßregel“ ersetzt.

bb) In Satz 2 werden die Wörter „den Antrag auf gerichtliche Entscheidung“ durch die Wörter „die Überprüfung von Vollzugsmaßnahmen“ ersetzt.

5. § 106 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 3 wird durch die folgenden Absätze 3 bis 4 ersetzt:

(3),, Sicherungsverwahrung darf neben der Strafe nicht angeordnet werden. Das Gericht kann im Urteil die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorbehalten, wenn

1. der Heranwachsende zu einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren verurteilt wird wegen eines oder mehrerer Verbrechen

a) gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit oder die sexuelle Selbstbestimmung oder

b) nach § 251 des Strafgesetzbuches, auch in Verbindung mit § 252 oder § 255 des Strafgesetzbuches, durch welche das Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt oder einer solchen Gefahr ausgesetzt worden ist, und

2. auf Grund der Gesamtwürdigung des Heranwachsenden und seiner Tat oder seiner Taten mit hinreichender Sicherheit feststellbar oder zumindest wahrscheinlich ist, dass beim ihm ein Hang zu Straftaten der in Nummer 1 bezeichneten Art vorliegt und er infolgedessen zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist.

(4) Unter den übrigen Voraussetzungen des Absatzes 3 Satz 2 kann das Gericht einen solchen Vorbehalt auch aussprechen, wenn

1. die Verurteilung wegen eines oder mehrerer Vergehen nach § 176 des Strafgesetzbuches erfolgt,

2. die übrigen Voraussetzungen des § 66 Absatz 3 des Strafgesetzbuches erfüllt sind, soweit dieser nicht auf § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 des Strafgesetzbuches verweist, und

3. es sich auch bei den maßgeblichen früheren und künftig zu erwartenden Taten um solche der in Nummer 1 oder Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 genannten Art handelt, durch welche das Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt oder einer solchen Gefahr ausgesetzt worden ist oder würde.“

b) Der bisherige Absatz 4 wird Absatz 5 und wie folgt geändert:

aa) In den Sätzen 1 und 3 wird jeweils das Wort „Anstalt“ durch das Wort „Einrichtung“ ersetzt.

bb) Folgender Satz wird angefügt:

„§ 66c Absatz 2 und § 67a Absatz 2 bis 4 des Strafgesetzbuches bleiben unberührt.“

c) Der bisherige Absatz 5 wird Absatz 6 und wie folgt gefasst:

„(6) Das Gericht ordnet die Sicherungsverwahrung an, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Tat oder seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung ergibt, dass von ihm Straftaten der in Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 oder Absatz 4 bezeichneten Art zu erwarten sind; § 66a Absatz 3 Satz 1 des Strafgesetzbuches gilt entsprechend.“

d) Der bisherige Absatz 6 wird Absatz 7.

6. In § 108 Absatz 3 Satz 2 wird die Angabe „Abs. 3, 5, 6“ durch die Angabe „Absatz 3, 4, 7“ ersetzt.

Artikel 3

Änderung der Strafprozessordnung

§ 463 der Strafprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 2 Absatz 30 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Absatz 3 wird wie folgt geändert:

a) In Satz 3 werden die Wörter „unabhängig von den dort genannten Straftaten in den Fällen des § 67d Abs. 2 und 3, des § 67c Abs. 1 und des § 72 Abs. 3 des Strafgesetzbuches“ durch die Wörter „in den Fällen des § 67d Absatz 2 und 3 und des § 72 Absatz 3 des Strafgesetzbuches unabhängig von den dort genannten Straftaten sowie bei Prüfung der Voraussetzungen des § 67c Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 des Strafgesetzbuches auch unabhängig davon, ob das Gericht eine Aussetzung erwägt,“ ersetzt.

b) Satz 5 wird wie folgt gefasst:

„Ist die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet worden, bestellt das Gericht dem Verurteilten, der keinen Verteidiger hat, rechtzeitig vor einer Entscheidung nach § 67c Absatz 1 des Strafgesetzbuches einen Verteidiger.“

2. Folgender Absatz 8 wird angefügt:

„(8) Wird die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung vollstreckt, bestellt das Gericht dem Verurteilten, der keinen Verteidiger hat, für die Verfahren über die auf dem Gebiet der Vollstreckung zu treffenden gerichtlichen Entscheidungen einen Verteidiger. Die Bestellung hat rechtzeitig vor der ersten gerichtlichen Entscheidung zu erfolgen und gilt auch für jedes weitere Verfahren, so lange die Bestellung nicht aufgehoben wird.“

Artikel 4

Änderung des Strafvollzugsgesetzes

Das Strafvollzugsgesetz vom 16. März 1976 (BGBl. I S. 581, 2088), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2274) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird nach der Angabe zu § 119 folgende Angabe eingefügt:

„§ 119a Strafvollzugsbegleitende gerichtliche Kontrolle bei angeordneter oder vorbehaltener Sicherungsverwahrung“.

2. § 109 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 Satz 1 werden nach dem Wort „Strafvollzuges“ die Wörter „oder des Vollzugs freiheitsentziehender Maßregeln der Besserung und Sicherung“ eingefügt.

b) Absatz 3 wird wie folgt gefasst:

„(3) Dient die vom Antragsteller begehrte oder angefochtene Maßnahme der Umsetzung des § 66c Absatz 1 des Strafgesetzbuches im Vollzug der Sicherungsverwahrung oder der ihr vorausgehenden Freiheitsstrafe, so ist dem Antragsteller für ein gerichtliches Verfahren von Amts wegen ein Rechtsanwalt beizuordnen, es sei denn, dass wegen der Einfachheit der Sach- und Rechtslage die Mitwirkung eines Rechtsanwalts nicht geboten erscheint oder es ersichtlich ist, dass der Antragsteller seine Rechte selbst ausreichend wahrnehmen kann. Über die Bestellung und einen Widerruf entscheidet der Vorsitzende des nach § 110 zuständigen Gerichts.“

3. § 110 Satz 2 wird aufgehoben.

4. § 112 Absatz 1 Satz 2 wird aufgehoben.

5. In § 115 Absatz 2 Satz 1 werden die Wörter „und, soweit ein Verwaltungsvorverfahren vorhergegangen ist, den Widerspruchsbescheid“ gestrichen.

6. Nach § 119 wird folgender § 119a eingefügt:

„§ 119a

Strafvollzugsbegleitende gerichtliche Kontrolle bei angeordneter oder vorbehaltener Sicherungsverwahrung

(1) Ist die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet oder vorbehalten, stellt das Gericht während des Vollzugs der Freiheitsstrafe nach Ablauf der in Absatz 3 genannten Fristen von Amts wegen fest,

1. ob die Vollzugsbehörde dem Gefangenen im zurückliegenden Zeitraum eine Betreuung angeboten hat, die § 66c Absatz 2 in Verbindung mit § 66c Absatz 1 Nummer 1 des Strafgesetzbuches entspricht;

2. soweit die Betreuung nicht den in Nummer 1 genannten Anforderungen entsprochen hat, welche bestimmten Maßnahmen die Vollzugsbehörde dem Gefangenen bei sich nicht wesentlich ändernder Sachlage künftig anzubieten hat, um den gesetzlichen Anforderungen an die Betreuung zu genügen.

(2) Die Vollzugsbehörde kann jederzeit eine Entscheidung nach Absatz 1 beantragen, sofern hieran ein berechtigtes Interesse besteht. Nach der erstmaligen Aufstellung oder einer wesentlichen Änderung des Vollzugsplans kann die Vollzugsbehörde auch beantragen, festzustellen, ob die im Vollzugsplan vorgesehenen Maßnahmen im Falle ihres Angebots bei sich nicht wesentlich ändernder Sachlage eine dem § 66c Absatz 2 in Verbindung mit § 66c Absatz 1 Nummer 1 des Strafgesetzbuches entsprechende Betreuung darstellen würden; in diesem Fall hat das Gericht die Feststellungen nach Absatz 1 auch zu treffen, wenn die Frist gemäß Absatz 3 noch nicht abgelaufen ist.

(3) Entscheidungen von Amts wegen sind alle zwei Jahre zu treffen. Das Gericht kann bei einer Entscheidung nach Absatz 1, auch in Verbindung mit Absatz 2 Satz 2, im Hinblick auf die Gesamtdauer der noch zu vollziehenden Freiheitsstrafe eine längere Frist festsetzen, die fünf Jahre nicht überschreiten darf. Die Frist für die erste Entscheidung von Amts wegen beginnt mit dem Vollzug der Freiheitsstrafe zu laufen, die Frist für jede weitere mit Bekanntgabe einer erstinstanzlichen Entscheidung nach Absatz 1.

(4) Die Strafvollstreckungskammer ist bei Entscheidungen nach den Absätzen 1 und 2 Satz 2 mit drei Richtern unter Einschluss des Vorsitzenden besetzt.

(5) Gegen die gerichtliche Entscheidung ist die Beschwerde zulässig.

(6) Für das gerichtliche Verfahren ist dem Gefangenen von Amts wegen ein Rechtsanwalt beizuordnen. Vor einer Entscheidung sind der Gefangene, die Vollzugsbehörde und die Vollstreckungsbehörde anzuhören. Im Übrigen gelten die § 109 Absatz 3 Satz 2, §§ 110, 111, 115 Absatz 1 Satz 1 und 2, §§ 117, 118 Absatz 1 Satz 1, § 119 Absatz 1 und 5 entsprechend.

(7) Alle Gerichte sind bei nachfolgenden Entscheidungen an die rechtskräftigen Feststellungen nach den Absätzen 1 und 2 Satz 2 gebunden.“

7. § 120 Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Kommt die Behörde in den Fällen des § 114 Absatz 2 Satz 2 sowie des § 115 Absatz 2 Satz 2 und Absatz 4 der ihr in der einstweiligen Anordnung oder im Beschluss auferlegten Verpflichtung nicht nach, gilt § 172 der Verwaltungsgerichtsordnung entsprechend. Im Übrigen sind die Vorschriften der Strafprozessordnung entsprechend anzuwenden, soweit sich aus diesem Gesetz nichts anderes ergibt.“

8. Dem Wortlaut des § 121 Absatz 3 wird folgender Satz 1 vorangestellt:

„Bei erstinstanzlichen Entscheidungen des Gerichts nach § 119a fallen die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen der Staatskasse zur Last.“

Artikel 5

Änderung des Gerichtskostengesetzes

Die Anlage 1 (Kostenverzeichnis) zum Gerichtskostengesetz vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 718), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 24. November 2011 (BGBl. I S. 2302) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In der Gliederung wird die Angabe zu Teil 3 Hauptabschnitt 8 Abschnitt 2 wie folgt gefasst:

„Abschnitt 2 Beschwerde und Rechtsbeschwerde“.

2. Vor der Nummer 3810 werden im Gebührentatbestand nach dem Wort „Antrag“ die Wörter „des Betroffenen“ eingefügt.

3. Teil 3 Hauptabschnitt 8 Abschnitt 2 wird wie folgt gefasst:

Nr.	Gebührentatbestand	Gebühr oder Satz der Gebühr nach § 34 GKG
	„Abschnitt 2 Beschwerde und Rechtsbeschwerde	
	Verfahren über die Beschwerde oder die Rechtsbeschwerde:	
3820	Die Beschwerde oder die Rechtsbeschwerde wird verworfen	2,0
3821	Die Beschwerde oder Rechtsbeschwerde wird zurückgenommen	1,0“.

Artikel 6

Änderung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes

Das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 718, 788), das zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 24. November 2011 (BGBl. I S. 2302) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird die Angabe zu § 39 wie folgt gefasst:

„§ 39 Von Amts wegen beigeordneter Rechtsanwalt“.

2. § 39 wird wie folgt geändert

a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

„§ 39

Von Amts wegen beigeordneter Rechtsanwalt“.

b) Der Wortlaut wird Absatz 1.

c) Folgender Absatz 2 wird angefügt:

(2)„ Der Rechtsanwalt, der nach § 109 Absatz 3 oder § 119a Absatz 6 des Strafvollzugsgesetzes einer Person beigeordnet ist, kann von dieser die Vergütung eines zum Verfahrensbevollmächtigten bestellten Rechtsanwalts und einen Vorschuss verlangen.“

3. In § 45 Absatz 2 werden nach den Wörtern „auch in Verbindung mit § 270 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit,“ die Wörter „nach § 109 Absatz 3 oder § 119a Absatz 6 des Strafvollzugsgesetzes“ eingefügt.

4. In § 47 Absatz 1 Satz 2 werden nach den Wörtern „auch in Verbindung mit § 270 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit,“ die Wörter „nach § 109 Absatz 3 oder § 119a Absatz 6 des Strafvollzugsgesetzes“ eingefügt.

Artikel 7

Änderung des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch

Das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2. März 1974 (BGBl. I S. 469; 1975 I S. 1916; 1976 I S. 507), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2300) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In Artikel 316e Absatz 1 Satz 2 werden nach den Wörtern „Absätzen 2 und 3“ die Wörter „sowie in Artikel 316f Absatz 2 und 3“ eingefügt.

2. Nach Artikel 316e wird folgender Artikel 316f eingefügt:

„Artikel 316f

Übergangsvorschrift zum Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung

(1) Die ab dem 1. Juni 2013 geltenden Vorschriften über die Sicherungsverwahrung sind anzuwenden, wenn die Tat oder mindestens eine der Taten, wegen deren Begehung die Sicherungsverwahrung angeordnet oder vorbehalten werden soll (Anlasstat), nach dem 31. Mai 2013 begangen worden ist.

(2) In allen anderen Fällen ist, soweit Absatz 3 nichts anderes bestimmt, das bisdahin geltende Recht nach Maßgabe der Sätze 2 bis 4 anzuwenden. Die Anordnung oder Fortdauer der Sicherungsverwahrung auf Grund einer gesetzlichen Regelung, die zur Zeit der letzten Anlasstat noch nicht in Kraft getreten war, oder eine nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung, die nicht die Erledigung einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus voraussetzt, oder die Fortdauer einer solchen nachträglich angeordneten Sicherungsverwahrung ist nur zulässig, wenn beim Betroffenen eine psychische Störung vorliegt und aus konkreten Umständen in seiner Person oder seinem Verhalten eine hochgradige Gefahr abzuleiten ist, dass er infolge dieser Störung schwerste Gewalt- oder Sexualstraftaten begehen wird. Auf Grund einer gesetzlichen Regelung, die zur Zeit der letzten Anlasstat noch nicht in Kraft getreten war, kann die Anordnung der Sicherungsverwahrung nur vorbehalten werden, wenn beim Betroffenen eine psychische Störung vorliegt und die in Satz 2 genannte Gefahr wahrscheinlich ist oder, wenn es sich bei dem Betroffenen um einen Heranwachsenden handelt, feststeht. Liegen die Voraussetzungen für eine Fortdauer der Sicherungsverwahrung in den in Satz 2 genannten Fällen nicht mehr vor, erklärt das Gericht die Maßregel für erledigt; mit der Entlassung aus dem Vollzug der Unterbringung tritt Führungsaufsicht ein.

(3) Die durch die Artikel 1, 2 Nummer 1 Buchstabe c Doppelbuchstabe cc und Nummer 4 sowie die Artikel 3 bis 6 des Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung vom ... [einsetzen: Datum und Fundstelle dieses Gesetzes] geänderten Vorschriften sind auch auf die in Absatz 2 Satz 1 genannten Fälle anzuwenden, § 67c Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 des Strafgesetzbuches jedoch nur dann, wenn nach dem 31. Mai 2013 keine ausreichende Betreuung im Sinne des § 66c des Strafgesetzbuches angeboten worden ist. Die Frist des § 119a Absatz 3 des

Strafvollzugsgesetzes für die erste Entscheidung von Amts wegen beginnt am 1. Juni 2013 zu laufen, wenn die Freiheitsstrafe zu diesem Zeitpunkt bereits vollzogen wird.“

Artikel 8

Änderung des Therapieunterbringungsgesetzes

§ 2 des Therapieunterbringungsgesetzes vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2300, 2305) wird wie folgt geändert:

1. Der Wortlaut wird Absatz 1.
2. Folgender Absatz 2 wird angefügt:

(2),, Einrichtungen im Sinne des § 66c Absatz 1 des Strafgesetzbuches sind ebenfalls für die Therapieunterbringung geeignet, wenn sie die Voraussetzungen des Absatzes 1 Nummer 1 und 2 erfüllen.“

Artikel 9

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am 1. Juni 2013 in Kraft.

BIBLIOGRAFIA

Letteratura

ABBADESSA G., *La Corte di Strasburgo ritorna sulla custodia di sicurezza nell'ordinamento tedesco: la difesa sociale non ammette il sacrificio delle garanzie convenzionali*", pubblicato in www.penalecontemporaneo.it

ABBADESSA G., *Tre sentenze sulla "custodia di sicurezza" (Sicherungsverwahrung) nell'ordinamento tedesco, e sull'obbligo dello Stato di adeguarsi ai giudicati della Corte*" pubblicato in www.penalecontemporaneo.it

ALBRECHT H. J., *Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform*, in *ZStW* 1999, pagg 863-888

ALBRECHT P.A., *Erosione del diritto penale dello Stato di diritto*, in *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, a cura di G. BORRÈ E G. PALOMBARINI, Milano, 1998, pagg 105 ss.

ALBRECHT P.A., BECKMANN H., FROMMEL M., GOY A., GRÜNWARD G., HANNOVERS H., HOLFORT W., OSTENDORF H., *Strafrecht, ultima ratio, Empfehlung der Niedersächsischen Kommission zur Reform des Starrecht und des Strafverfahrensrecht*, Baden-Baden, 1992, pagg 10 ss.

ALEX M., FELTES T., *Nachträgliche Sicherungsverwahrung- Anmerkungen zur Aktuellen Diskussion*, in *Forum Strafvollzug* 3/2010, pagg 159 ss.

ANTONUCCIO M. (a cura di), *Jendrowiak c. Germania – Ricorso n. 30060/04 – Sentenza del 14 aprile 2011*, in *Osservatorio sulla giurisprudenza delle Corti europee in materia di diritti umani* 10/2010, pagg 283-285

BAUMANN J., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1966, pagg 128 ss.

J. BAUMANN, *Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*, Frankfurt a.M., 1968, pagg 75-92

BAUMANN J., *Strafrecht: Allgemeiner Teil: ein Lehrbuch*, Biefeld, 1975, sub § 44.

BETTIOL R., *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi di autore*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1942, pagg 5 ss.

BOTT I., KRELL P., *Der Grundsatz "nulla poena sine lege" im Lichte Verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, in *ZIS* 6/2010, pagg. 694 ss.

J.P. BURGARD, *Ein Mann macht Angst*, in *Suuddeutsche Zeitung*, 9 dicembre 2010, in <http://archiv.axel-springer-preis.de/fileadmin/docs/asp2011/xx11v001/print/ein-mann-macht-angst-burgard.pdf>

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, prefazione alla V edizione, vol. I, Firenze, 1897, pagg 5 ss.

CREMER H.J , *Entscheidung und Entscheidungswirkung*, in GROTE, RAINER/MARAUHN, THILO (HRGS), *Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Tübingen, 2006, pagg 50 ss.

DER SPIEGEL, *Schrei der Hilflosigkeit* ,20 settembre 1996, consultabile sul sito internet: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-9095363.html>

DER SPIEGEL, *Tod hinterm Deich*, 20 gennaio 1997, consultabile sul sito internet: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-8649391.html>

DER SPIEGEL, *Angst von dem Rückfall*, 10 marzo 1997, consultabile sul sito internet: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-8674485.html>

DESSECKER A., *Die Sicherungsverwahrung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht*, in *ZIS* 8-9/2011, pagg 706 ss.

DI MARTINO A., *Il Tribunale costituzionale tedesco delimita gli effetti nel diritto interno delle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, pubblicato in www.associazionedeicostituzionalisti.it

DI MARTINO A., *Ancora sull'efficacia della CEDU nel diritto interno: il BverfG e la "detenzione di sicurezza"*, pubblicato in www.diritticomparati.it

DI MARTINO A., *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza costituzionale tedesca. Per una prospettiva comparata sull'esperienza italiana*, pubblicato in www.federalismi.it, *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 11/2012, pagg 3 ss.

ESER A., *Zur Entwicklung von Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht*, in *Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für H. Müller-Dietz*, München, 2011, pagg 213 ss.

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

EUSEBI L., *La "nuova" retribuzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, pagg 915 ss.

FERRI E., *Sociologia criminale* vol. 1, Torino 1929.

FORNASARI G., *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, pagg 13 ss.

FRENZ W., *Zusammenfassung von "Anmerkung zum Beschl. des BVerfG vom 26.2.2008 - 1 BvR 1602/07 (Recht am eigenen Bild für Prinzessin Caroline)"* in *NJW* 2008 pagg 3102 - 3105

FREUND G., *Gefahren und Gefährlichkeit im Straf- und Maßregelrecht*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2010, pagg 193 ss.

FRIEDRICHSEN G., *Tiefe Verbitterung*, in *Der Spiegel*, n. 44/97 del 27 ottobre 1997, consultabile sul sito internet <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-8809742.html>

FRIEDRICHSEN G., *Immer alles verdrängt*, in *Der Spiegel*, n. 46/97 del 10 novembre 1997, consultabile sul sito internet <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-8811336.html>

FRIEDRICHSEN G., *Der Wissenschaft entzogen*, in *Der Spiegel*, n. 51/97, del 15 dicembre 1997, consultabile sul sito internet <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-8842996.html>

FROSALI R.A., *Sistema penale italiano*, vol.I, Torino 1958, pagg 30 ss.

GARLAND D., *The Culture of Control*, Oxford, 2011

GEISLER, W., *Die Sicherungsverwahrung im englischen und deutschen Strafrecht : ein Beitrag zur Behandlung und Bestrafung der Rezidivisten*, Berlin, 1967, pagg 43 ss.

GORZEL T., LEFERING G., *Wegschließen- und zwar für immer?!- Zur Umsetzung der Sicherungsverwahrung in der JVA Freiburg*, in *Forum Strafvollzug* N. 3/2010, pagg 136 ss.

F. GRISPIGNI, *Il controprogetto tedesco di Kahl, Listz, Lilienthal e Goldschmidt*, in appendice, Milano, 1911

GRISPIGNI F., *Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania e Austria*, Milano, 1911, pagg 50 ss.

GREGER A., *Herausforderung Sicherungsverwahrung*, in *NStZ* 2010, pagg 676 ss.

GRÜNHUT V., *Gefährlichkeit als Schuldmoment*, in *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1926

GRÜNWALD G., *Sicherungsverwahrung, Arbeitshaus, vorbeugende Verwahrung und Sucherungsaufsicht im Entwurf 1962*, in ZSTW 1964, pagg. 633 ss.

HEINTSCHEL-HEINEGG (a cura di), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2/1, §52-79b StGB*, München, 2005, pagg 69 ss.

HELLMER J., *Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1935*, Berlin, 1961, pagg 16 ss.

HILBEROTH S., KIEL M., *Vereinbarkeit nachträglicher Sicherungsverwahrung mit Rückwirkungsverbot aus Art. 7 EMR- EGMR v. 17.12.2009 – Individualbeschwerde-Nr. 19359/04K*, in RUB RR- Rechtsprechungs- Report der Ruhr- Universität Bochum, n. 1/2010, pagg 87 ss.

HOFFMAN-RIEM W., *Die Caroline II-Entscheidung des BVerfG*, in NJW 2009, pagg 20 ss.

JESCHECK H.H., *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1969, pagg 16 ss

JESCHECK H.H., WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, pagg 814 ss.

H.H JESCHECK, W. RUB, G. WILLMS, *Lehrbuch des Strfrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, pag 136.

KAMMEIR H., *Maßregelvollzugsrecht. Kommentar*, Berlin-New York, 1995

KAMMEIR H., *Maßregelvollzugsrecht. Kommentar*, Berlin-New York, 2010

KAPPELLER A., *Sicherungsverwahrung in Germania, proposta di legge di modifica*, consultabile sul sito internet www.filodiritto.com

KERN L., *Aktuelle Befunde zur Sicherungsverwahrung. Ein Beitrag zur Problematik des §66 StGB*, in ZfStrVo 1997, pagg 19 ss.

KINDHÄUSER U., NEUMANN U., PAEFFGEN H.U. (a cura di), *Strafgesetzbuch. Nomoskommentar*, I, Baden-Baden, 2005, pagg 120.

KINZIG J., *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand. Ergebnisse einer theoretischen und empirischen Bestandsaufnahme des Zustandes einer Maßregel*, Freiburg, 1996, pagg 550 ss.

KINZIG J., *Das Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung*, in *NJW* 2002. pagg. 3204 ss.

KINZIG J., *Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland*, in *NStZ* 2010, pagg 238 ss.

KOLLER M., *Neuordnung der Sicherungsverwahrung*, 2011, consultabile sul sito internet <http://www.bdk-deutschland.de>

T. KÖNIG, *Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages*, consultabile sul sito internet <http://www.bundestag.de>

KREUZER A., *Nachträgliche Sicherungsverwahrung- rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz?*, in *ZIS* 4/ 2006, pagg 145 ss.

KREUZER A., BARTSCH T., *Rechts und Vollzug der Sicherungsverwahrung- Diskussionsstand und Reformvorschläge*, in *Forum Strafvollzug* 3/2010, pagg 124 ss.

KREUZER A., *Neuordnung der Sicherungsverwahrung: Fragmentarisch und fragwürdig trotz sinnvoller Ansätze*, in *StV* 2/2011, pagg 122 ss.

KREUZER A., BARTSCH T., *Urteil des BVerfG v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09*, in *STV* 2011, pagg 470 ss.

A. KREUZER, *Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung (Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz v. 17. November 2011)*, consultabile sul sito internet www.arthurkreuzer.de.

LAUE C., *Entscheidung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zur Sicherungsverwahrung in Forens Psychiatric Psychol Kriminol*, 2010, pagg 147 ss.

KREUZER A., *Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung (Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz v. 17. November 2011)*, consultabile sul sito internet www.arthurkreuzer.de

LAUFHÜTTE H.V , RISSING-VAN SAAN R., TIEDEMANN K. (a cura di), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, III*, Berlin, 2008

LEYGRAF J., *Ist die nachträgliche Sicherungsverwahrung am Ende? Rechtsfolgen der Entscheidung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vom 17.12.2009*, in *Der Nervenarzt*, n. 81,2010, pagg 867 ss, consultabile sul sito internet www.springerlink.com

LEO G. , *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, pubblicato in www.penalecontemporaneo.it

MANNA A., *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione : dalle finzioni giuridiche alla terapia sociale*, Torino, 1997, pagg 150 ss.

MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 1992, pagg 560 ss.

MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, III ed., Milano, 2006

MAZZA O., *Le persone pericolose (in difesa della presunzione di innocenza)*, pubblicato in www.penalecontemporaneo.it

H. MAYER, *Strafrecht*, Stuttgart, 1953, pagg 370 ss.

MEIER B.D, *Strafrechtliche Sanktionen*, Berlin-Heidelberg, 2006, pagg 370 ss.

MILITELLO V. (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, Torino, 1993, pagg 10 ss.

MITSCH W., *Was ist Sicherungsverwahrung und was wird aus ihr?*, in *JuS* 2011, pagg 785 ss.

MOCCIA S., *Politica Criminale e riforma del sistema penale. L'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica Federale Tedesca*, Napoli, 1984, pagg 74 ss.

MORELLI R., *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo alla luce delle recenti novità del Trattato di Lisbona*, in www.issirfa.cnr.it, pagg. 14 ss

MOSBACHER A., *Das aktuelle Recht der Sicherungsverwahrung im überblick*, in *HRRS*, 6-7/2011 pagg 229 ss., consultabile sul sito internet www.hrr-strafrecht.de.

MÜLLER H.E., *Die Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention*, in *StV* 2010, pagg 207 ss.

MÜLLER V.R , *Sofort freilassen?*, in *Frankfurter Allgemeine- Zeitung für Deutschland*, del 29 maggio 2010, consultabile sul sito internet <http://www.faz.net>

MÜLLER V.R, *Straßburger Richter rügen Deutschland*, in *Frankfurter Allgemeine-Zeitung für Deutschland* del 14 gennaio 2011 consultabile sul sito internet <http://www.faz.net>

MORELLI R., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla luce delle recenti novità del Trattato di Lisbona*, pagg 13 ss., consultabile sul sito internet www.issirfa.cnr.it

MUSCO E., *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978

NAUCKE W., *I confini del diritto penale. Abbozzo del problema in sette tesi*, in *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, a cura di G. BORRÈ E G. PALOMBARINI, Milano, 1998, pagg 95 ss.

PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, pagg 419 e ss.

PAGLIARO A., *Prevenzione generale e specifica (o speciale)*, in *Enc. Dir., Annali*, I, Torino, 2007, pagg 895 ss.

PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, pagg 849 ss.

PALIERO C.E., *Metodologie de lege referenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, pagg 523 ss.

PEGLAU J., *Das Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung*, in *NJW* 2007, pagg 1558 ss.

PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008

PELISSERO M., *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, pubblicato in www.penalecontemporaneo.it

PORRO S., *La custodia di sicurezza nell'ordinamento penale tedesco- Alcune riflessioni alla luce di Bundesverfassungsgericht, II Senato, 4 maggio 2011, 2 BvR 2365/09*, pubblicato in www.penalecontemporaneo.it.

POSECK R., *Das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung*, in *NJW* 2004, pagg 2559 ss.

PÖSL M., *Die Sicherungsverwahrung im Fokus von BVerfG, EGMR und BGH*, consultabile sul sit internet www.zjs-online.com

PRITTWITZ C., *Populismo e opportunismo nella politica criminale*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. COCCO, Padova, 2005, pagg 81 ss.

RADKTE H., *Konventionwidrigkeit des Vollzugs erstmaliger Sicherungsverwahrung nach Ablauf der früheren Höchstfrist?*, in *NStZ* 2010, pagg 537 ss.

RAUTENBERG E.C., *Wegschließen für immer?*, in *NJW* 2001, pagg 2608 ss.

RENIKOWSKI J., *Das Elend mit der rückwirkend verlängerten und der nachträglich angeordneten Sicherungsverwahrung*, in *ZIS* 2011, pagg 531 ss.

RESS G., *Supranationaler Menschenrechtsschutz und der Wandel der Staatlichkeit*, in *ZaoRV* 2004, pagg. 625 ss.

ROCCHI F., *Da una decisione sulle misure di sicurezza una possibile ricaduta nell'ordinamento italiano – Corte eur. Dir. Uomo, Sez. V, 17 dicembre 2009, n. 19359/04, M. c. Germania*, in *Cass pen.* 2010, pagg 3275 ss.

ROSENAU H., *Die nachträgliche Sicherungsverwahrung – Feindstrafrecht oder Bewährungsprobe für den Rechtsstaat?*, 2006, pagg 310 ss., consultabile sul sito internet <http://www.jura.uni-augsburg.de/>

ROSENAU H., PETERS M., *Anmerkung zu BVerfG Beschluss v. 23.08.2006*, in *JZ* 2007, pagg 584 ss.

ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I*, München, 1996, pagg 15 ss.

ROXIN C., a cura di MOCCIA S., *Politica criminale e sistema del diritto penale : saggi di teoria del reato*, Napoli 1998, pagg 249 ss.

SAITTO F., *Germania, Il Bundesverfassungsgericht supera un proprio precedente in materia di libertà personale interpretando il diritto alla luce della giurisprudenza CEDU*, consultabile sul sito internet www.dpce.it/online

SAUER H., *Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsjudikatur*, 2005, consultabile sul sito internet <http://www.zaoerv.de>

M. SCHEYLI, *Konstitutioneller Anspruch des EGMR und Umgang mit nationalen Argumenten*, in *EuGRZ* 2004, pagg 630 ss.

SCHÜLER-SPRUNGORUM H., *Maßregelvollzug und gesellschaftliche Solidarität*, in *ZfStrVo*, 2005, pagg 230 ss.

SILVA SANCHEZ J.M., *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società industriali*, Milano, 2004

STEINBERGER H., *Entwicklungslinien in der neueren Rechtsprechung der Bundesverfassungsgericht zu völkerrechtlichen Fragen*, in http://www.zaoerv.de/48_1988/48_1988_1_a_1_17.pdf

STRATENWERTH G., *Die Rechtsfertigung freiheitsbeschränkender sichernder Maßnahmen*, in *ZStR* 1988, pagg105 ss.

TEGA D., *Il sistema di protezione CEDU dei diritti e l'ordinamento italiano*, in uniroma1.it

H. TRÖNDLE, T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 2007, pagg 557 ss.

ULLENBRUCH T., *Verschärfung der Sicherungsverwahrung auch rückwirkend - populär, aber verfassungswidrig?*, in *NStZ* 1998, pagg 326 ss.

VOLKER E., WEDEKIND, *Die Reform des strafrechtlichen Berufsverbots (§§ 70-70b StGB)*. In <http://tobias-lib.uni-tuebingen.de/volltexte/2006/2206/>

VOLPINI L., MANELLO T., DE LEO G., *La valutazione del rischio di recidiva da parte degli autori di reato: una proposta*, in *Rass. penit. crimin.*, 2008, pagg 147 ss, consultabile sul sito <http://www.rassegnapenitenziaria.it>

VON LISTZ F., *Die Zukunft des Strafrecht*, Berlin 1905, pagg 4 ss.

VON LISTZ F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1911. pagg 251 ss.

VON LISTZ F., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, traduzione e Prefazione di A.A CALVI, Milano, 1962

VON LISTZ F. *Die Forderungen der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs* in E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978, pagg 44 ss.

Giurisprudenza tedesca

Bundesverfassungsgericht

BverfG, 8.10.1985, in *NStZ*, 1986, pagg185 ss.

BverfG, 26.03.1987, in *NJW*, 1987, pagg 2427 ss.

BverfG, 3.12.1998, in *NStZ*, 1999, pagg 156 ss.

BVerfG, 26.4.2001, in *NJW* 2001, pag. 1921

BverfG, 5.02.2004, in *NJW* 2004, pagg 739 ss.

BverfG, 10.02.2004 in *NJW* 2004, pagg 750 ss.

BverfG, 14.10.2004, in *NJW* 2004, pagg 3407 ss.

BverfG, 23.08.2006 in *NJW* 2006, pagg 3483 ss.

BverfG, 26.02.2008, in *NJW* 2008, pagg 614 ss.

BverfG, 04.05.2011, in *NJW* 2011, pagg 1931 ss.

Bundesgerichtshof

BGH, 12.05.2010, in *NStZ* 2010, pagg 567 ss

BGH, 9.11.2010, in *NStZ* 2011, pagg. 149 ss.

Oberlandesgericht

OLG Karlsruhe, 08.10.1998

Landesgericht

LG Mannheim, 31.08.1998

Giurisprudenza Comunitaria

CEDU, 22 gennaio 2004, Jahn c. Germania (n° 46720/99 72203/01 72552/01)

CEDU, 26 febbraio 2004, Görgülü c. Germania (n° 74969/01)

CEDU, 8 aprile 2004, Assanidze c. Georgia (n° 71503/01)

CEDU, 24 giugno 2004, Hannover c. Germania (n° 59320/00)

CEDU, 10 febbraio 2005, Uhl c. Germania, (n° 64387/01)

CEDU, 17 dicembre 2009, M. c. Germania (n° 19359/04)

CEDU, 13 gennaio 2011, Kallweit c. Germania (n° 17792/07)

CEDU, 13 gennaio 2011, Mateus c. Germania (n° 20008/07)

CEDU, 13 gennaio 2011, Schummer c. Germania (n° 27360/04 e 42225/07)

CEDU, 13 gennaio 2011, Haidn c. Germania (n° 6587/04)

CEDU, 14 aprile 2011, Jendrowiak c. Germania (n° 30060/04)

CEDU, 7 febbraio 2012, von Hannover c. Germania (n. 2), (n° 40660/08, 60641/08)

Siti internet

<http://www.altrodiritto.unifi.it>

[http://alex.onb.ac.at/Historische Rechts- und Gesetztexte Ondine](http://alex.onb.ac.at/Historische_Rechts-_und_Gesetztexte_Ondine), Österreichische Nationalbibliothek

<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btp/13/13204.asc>-*Plenarprotokoll 13/204*

<http://www.cpt.coe.int/en/visits.htm>

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1162763>- *Report by the commissioner for human rights on his visit to Germany*

<http://www.cpt.coe.int/en/states/deu.htm>- *Report to the German Government on the visit to Germany carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*

<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/034/1703403.pdf>- *Sicherungsverwahrung, Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen*

http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Konzept_Sicherungsverwahrung_BMJ.pdf?__blob=publicationFile- *Konzept des Bundesministeriums der Justiz für die Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht vom 4.Mai 2011*

<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/087/1708760.pdf>- *Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Drucksache 17/8760, 28.01.2012 „Antrag der Fraktion der SPD, Neuregelung des Rechts der Sicherungsverwahrung“*

<http://gesetzgebung.beck.de/sites/gesetzgebung.beck.de>- *Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung“ , 30.03.2012*

<http://www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg45-00.html>, *Pressemitteilung Nr. 45/2000 vom 12. April 2000, Beschluss vom 3. Dezember 1998*

<http://www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg04-010.html>- *Pressemitteilung Nr. 10/2004 vom 5. Februar 2004 - Urteil vom 5. Februar 2004*

<http://www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg04-011.html>- *Pressemitteilung Nr. 11/2004 vom 10. Februar 2004 - Urteil vom 10. Februar 2004*

<http://www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg06-078.html>- *Pressemitteilung Nr. 78/2006 vom 5. September 2006 - Urteil vom 23. August 2006*

<http://www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg11-031.html>- *Pressemitteilung Nr. 31/2011 vom 4. Mai 2011 - Urteil vom 4. Mai 2011*

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=002-1190>- *Information Note on the Court's case-law n° 125 (M. V. Germany)*

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=003-3396000-3809672>- *Press Releases - Chamber judgments Kallweit Mautes Schummer v. Germany*

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102621>- *Press Releases - Chamber judgments Haidn v. Germany*

http://www.liberale.de/files/5781/Sicherungsverwahrung_FragenAntworten.pdf -
“*Fragen und Antworten zur Sicherungsverwahrung*”, 9. August 2010.

<http://biblioteca.camera.it/application/xmanager/projects/biblioteca/attachments/documenti/files/000/000/148/LS2010-6.pdf> - *Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung vom 22. Dezember 2010* - Legge per la nuova regolamentazione della custodia di sicurezza e su norme collaterali“, in *Legislazione straniera* 6/2010, p. 11-12.

http://www.vafk.de/themen/aktuell/news/sorgerechtsentzug_durch_adoption.htm.