

LA CUSTODIA DI SICUREZZA NELL'ORDINAMENTO PENALE TEDESCO

*Alcune riflessioni alla luce di Bundesverfassungsgericht, II Senato, 4 maggio 2011,
2 BvR 2365/09 et al.*

di Sara Porro

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La custodia di sicurezza nell'ordinamento tedesco. - 2.1. Le origini. - 2.2. Il recepimento nel sistema democratico. - 2.3 Il consolidamento; 3. La custodia di sicurezza e il *Grundgesetz*. - 4. La custodia di sicurezza e la CEDU. - 5. La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 4 maggio 2011. - 5.1. Introduzione. - 5.2. Custodia di sicurezza e diritto alla libertà personale. - 5.3. Custodia di sicurezza e tutela dell'affidamento. -; 6. Valutazione critica della sentenza. -; 7. Il sistema del doppio binario nello spazio giuridico europeo. -; 8. Appendice: le massime della sentenza del *Bundesverfassungsgericht*.

1. Premessa.

All'occasione di cinque ricorsi che contestavano la compatibilità con la Legge Fondamentale (*Grundgesetz*¹) di alcuni profili della normativa tedesca in materia di custodia di sicurezza (*Sicherungsverwahrung*), lo scorso mese di maggio il Tribunale Costituzionale Federale (*Bundesverfassungsgericht*²) ha operato un controllo di costituzionalità della disciplina sostanziale complessiva di tale misura di sicurezza detentiva destinata ad autori imputabili. L'analisi è sfociata in una pronuncia di illegittimità costituzionale³ di un'ampia parte delle disposizioni esaminate⁴, le quali si porrebbero in particolare in contrasto con il diritto fondamentale alla libertà personale⁵, nonché con il principio costituzionale della tutela dell'affidamento⁶.

La decisione appare, a prima vista, ridimensionare la custodia di sicurezza quale istituto cardine del sistema c.d. del doppio binario (*System der Zweispurigkeit*), che

1 In seguito: GG.

2 In seguito: BVerfG.

3 BVerfG, 04 maggio 2011, 2 BvR 2365/09 et al., (http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html, consultato il 4 ottobre 2011).

4 Offre una panoramica puntuale delle disposizioni oggetto del controllo di costituzionalità da parte della decisione del BVerfG dello scorso maggio A. MOSBACHER, *Das aktuelle Recht der Sicherungsverwahrung im Überblick*, in *HRRS* 2011, 241 ss.

5 Combinato disposto degli artt. 2 co. 2° frase 2° e 104 co. 1° GG.

6 Combinato disposto degli artt. 2 co. 2° frase 2° e 20 co. 3° GG.

l'ordinamento tedesco adotta sin dal 1933⁷. In questo contesto, la distinzione tra pena a funzione retributiva e determinata dalla dimensione della colpevolezza⁸, da un lato, e misure sicurezza a funzione special-preventiva e fondate su una valutazione di pericolosità dell'autore⁹, dall'altro lato, costituisce storicamente l'esito di un compromesso¹⁰. Nel sistema del doppio binario si incontrano le istanze della scuola classica, la quale attribuisce alla pena una funzione meramente retributiva, e quelle della scuola moderna di Franz von Liszt, che sviluppa un approccio special-preventivo rispetto alla sanzione penale¹¹.

La tensione tra i due poli è risolta attraverso l'istituzione artificiale di una differenza ontologica tra due categorie di reazione del sistema penale al reato. Tale impostazione, già preconizzata dalle riflessioni di Franz Exner¹² e della scuola criminologica positiva italiana, accompagna l'evoluzione della disciplina delle sanzioni penali nell'ordinamento tedesco fino ai nostri giorni. L'analisi di questo sviluppo normativo, limitatamente a quanto concerne la custodia di sicurezza, è necessaria ai fini della comprensione della decisione del BVerfG del maggio scorso.

2. La custodia di sicurezza nell'ordinamento tedesco.

2.1. *Le origini.* – La legge del 1933¹³ articola la strategia di protezione della sicurezza collettiva nei confronti dell'autore imputabile pericoloso in un aumento automatico della misura della pena¹⁴, e nella *Sicherungsverwahrung* applicata in sede di affermazione della responsabilità penale ed eseguita al termine della reclusione. La disposizione della custodia di sicurezza è obbligatoria ogni qualvolta essa appaia necessaria alla tutela della collettività¹⁵. La comminazione di entrambi i provvedimenti è soggetta a requisiti formali relativi alla carriera criminale pregressa del soggetto,

7 Le misure di sicurezza vengono introdotte nel codice penale tedesco del 1871 (*Reichsstrafgesetzbuch*, in seguito: RStGB) dalla legge sui delinquenti abituali pericolosi del 24 novembre 1933 (*Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*, Reichsgesetzblatt I, 995). C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2006, 2 s., n° 4. La legge del 1933 ha un precedente importante nel progetto preliminare di codice penale svizzero presentato da Carl Stooss nel 1983. C. STOOSS, *Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch: Allgemeiner Teil*, 1893.

8 C. ROXIN, *op. cit.*, 2, n° 3.

9 C. ROXIN, *op. loc. cit.*

10 B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, Berlin-Heidelberg, 2009, 220.

11 F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in ZStW 1883, 1 ss.

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

13 V. nota n° 7.

14 § 20a RStGB nella versione risultante dalla legge sui delinquenti abituali pericolosi, cit.

15 § 42e RStGB nella versione risultante dalla legge sui delinquenti abituali pericolosi, cit.

nonché alla valutazione della sua pericolosità rispetto alla commissione di ulteriori reati¹⁶.

Lo scopo della custodia di sicurezza viene individuato nella neutralizzazione dell'autore pericoloso¹⁷. La durata del periodo di detenzione a titolo di *Sicherungsverwahrung*, indeterminata nel massimo, dipende dal raggiungimento di tale finalità, che il tribunale dell'esecuzione verifica con cadenza triennale¹⁸. La misura di sicurezza detentiva è ordinabile anche a carico di minori¹⁹, e disciplinata dalla normativa in vigore al momento della decisione²⁰. Il regime transitorio della legge del 1933 ne prevede, peraltro, anche l'applicabilità retroattiva nei confronti dei condannati con sentenza già passata in giudicato²¹.

Al termine del periodo nazional-socialista, la custodia di sicurezza non è percepita come un prodotto della politica criminale del regime²², e viene recepita nei suoi tratti principali dal sistema penale della Repubblica Federale Tedesca. Il nuovo ordinamento democratico ridefinisce, tuttavia, alcuni profili pregnanti della disciplina della *Sicherungsverwahrung*.

2.2. *Il recepimento nel sistema democratico.* – Nel secondo dopoguerra la custodia di sicurezza viene espunta dal sistema penale minorile²³, e costituisce l'oggetto di

16 §§ 20a co. 1°, 2° e 3° e 42e RStGB nella versione risultante dalla legge sui delinquenti abituali pericolosi, cit., nonché *sub* § 42e in E. SCHÄFER, H. von DOHNANYÍ (a cura di), *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen. Nachtrag: Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931 bis 1935*, Tübingen, 1936, 88 ss.

17 M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in *Dir. pen. cont.* 26 luglio 2011, (<http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/4/-/-/805-il-controllo-dell-autore-imputabile-pericoloso-nella-prospettiva-comparata-la-rinascita-delle-misure-e-di-sicurezza-custodiali/>, consultato il 26 settembre 2011), 4 s.

18 § 42f co. 1° e 3° RStGB nella versione risultante dalla legge sui delinquenti abituali pericolosi, cit.

19 § 20 della legge relativa alla giurisdizione sui minori ed i giovani adulti del 16 febbraio 1923 (*Reichsjugendgerichtsgesetz*, *Reichsgesetzblatt I*, 135) nella versione risultante dal regolamento sulla protezione contro i giovani autori di gravi reati del 4 ottobre 1939 (*Verordnung zum Schutz gegen jugendliche Schwerverbrecher*, *Reichsgesetzblatt I*, 2000), e dal regolamento sulla semplificazione ed uniformazione del diritto penale minorile del 6 novembre 1943 (*Verordnung über die Vereinfachung und Vereinheitlichung des Jugendstrafrechts*, *Reichsgesetzblatt I*, 635).

20 § 2a RStGB nella versione risultante dalla legge sui delinquenti abituali pericolosi, cit.

21 Art. 5 della legge sui delinquenti abituali pericolosi, cit.

22 B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 220.

23 La legge relativa alla giurisdizione sui minori ed i giovani adulti del 4 agosto 1953 (*Jugendgerichtsgesetz*, *Bundesgesetzblatt I*, 751, in seguito: JGG) esclude l'applicabilità della custodia di sicurezza nei confronti dei soggetti condannati sulla base del diritto penale minorile (§§ 7 e 105 co. 1° JGG nella versione originaria), conservando tuttavia la possibilità di disporre il provvedimento custodiale a carico dei giovani adulti giudicati secondo il diritto penale ordinario (§ 106 co. 2° JGG nella versione originaria). La prima legge di

vivaci riflessioni che sfociano nella prima e nella seconda legge di riforma del diritto penale tedesco²⁴.

La novità principale apportata alla normativa in materia di *Sicherungsverwahrung* dalla prima legge di riforma consiste nell'introduzione del requisito della proporzionalità tra il provvedimento detentivo e le esigenze di tutela della collettività²⁵. Tale legge elimina, in secondo luogo, la previsione dell'aumento automatico della misura della pena nei confronti dell'autore considerato pericoloso²⁶, e rielabora alcuni aspetti puntuali della disciplina. L'applicazione della custodia di sicurezza viene sottoposta a requisiti formali più pregnanti relativi al percorso criminale pregresso²⁷, nonché alla condizione materiale della tendenza a delinquere²⁸. La disposizione obbligatoria della misura di sicurezza è limitata all'ipotesi di previa espiazione di una pena detentiva²⁹. Infine, il termine per la verifica circa il raggiungimento dello scopo del provvedimento limitativo della libertà diventa biennale³⁰, e viene autorizzata la sospensione condizionale della custodia³¹.

La seconda legge di riforma, che limita la prima applicazione della custodia di sicurezza ad un periodo massimo di 10 anni³², è l'esito di un dibattito su due aspetti fondamentali della disciplina della *Sicherungsverwahrung*, ossia la finalità del provvedimento detentivo ed il suo regime di applicazione temporale. Quanto all'aspetto finalistico, il ricorso ai lavori preparatori della legge di riforma testimonia un mutamento di prospettiva dalla neutralizzazione del soggetto pericoloso alla prevenzione speciale positiva³³. L'*Alternativ-Entwurf*³⁴ propone di innovare l'assetto anteriore attraverso l'introduzione della misura del ricovero in un istituto socio-

riforma del diritto penale – v. nota n° 24 – esclude l'applicabilità della custodia di sicurezza anche nei confronti dei giovani adulti condannati sulla base del diritto penale ordinario (§ 106 co. 2° JGG nella versione risultante dalla prima legge di riforma del diritto penale).

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

25 § 42a, co. 2° del codice penale della Repubblica Federale Tedesca (*Strafgesetzbuch*, in seguito: StGB) nella versione risultante dalla prima legge di riforma, cit.

26 1. StrRG, parte I, art. 1 n° 6.

27 § 42e co. 1° e 2° StGB nella versione risultante dalla prima legge di riforma, cit.

28 § 42e co. 1° n° 3 StGB nella versione risultante dalla prima legge di riforma, cit.

29 § 42e co. 1° StGB nella versione risultante dalla prima legge di riforma, cit.

30 § 42f co. 3° StGB nella versione risultante dalla prima legge di riforma, cit.

31 § 42h StGB nella versione risultante dalla prima legge di riforma, cit.

32 § 67d co. 1° StGB nella versione risultante dalla seconda legge di riforma, cit.

33 M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata*, cit., 5.

34 *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1969, in seguito: AE.

terapeutico³⁵. Tale provvedimento viene concepito come largamente sostitutivo della custodia di sicurezza³⁶, e volto a massimizzare le possibilità di risocializzazione degli internati attraverso iniziative di supporto psichiatrico, psicologico e pedagogico³⁷.

Il ricovero in un istituto socio-terapeutico è recepito dal codice penale, che ne prevede l'applicazione nei confronti degli autori recidivi, oppure primari di gravi reati sessuali, nonché minori di ventisette anni con dimostrata tendenza a delinquere³⁸. L'entrata in vigore della disciplina viene, tuttavia, più volte posticipata a causa di ostacoli finanziari e del graduale declino della fiducia nell'idea della prevenzione speciale positiva³⁹. Nel 1984 la *Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt* è, infine, espunta dall'ordinamento penale, e sostituita da un provvedimento analogo sul piano dell'esecuzione penitenziaria⁴⁰. Il trasferimento facoltativo in un istituto socio-terapeutico durante l'esecuzione della pena, di applicabilità generale, diviene diritto vigente⁴¹, e nel 1998 assume carattere obbligatorio rispetto ai responsabili di gravi reati sessuali⁴².

In merito al regime temporale di applicazione della custodia di sicurezza, in secondo luogo, si rinviene una divergenza sostanziale tra l'*Entwurf* del 1962⁴³, da un lato, e l'*Alternativ-Entwurf* nonché la versione elaborata dalla commissione straordinaria per la riforma del diritto penale⁴⁴, dall'altro lato. Il primo documento, in continuità con il diritto precedente⁴⁵, prevede che le misure di sicurezza siano regolate dalla normativa in vigore al momento della decisione, salvo che la legge disponga altrimenti⁴⁶. Al contrario, nel sistema dell'*Alternativ-Entwurf* e della versione elaborata dalla commissione straordinaria per la riforma del diritto penale, la custodia di

35 § 69 AE.

36 *Sub* § 69 AE.

37 § 69 co. 6° AE.

38 § 65 StGB nella versione risultante dalla seconda legge di riforma, cit. La disposizione è rubricata "*Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt*", e riprende il § 83a della versione speciale elaborata dalla commissione straordinaria per la riforma del diritto penale del 1968 (*Fassung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform*, in seguito: Sa).

39 B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 241 s.

40 B.-D. MEIER, *op. cit.*, 242.

41 § 9 della legge sull'esecuzione penitenziaria (*Strafvollzugsgesetz*, in seguito: StVollzG).

42 Legge sulla lotta contro i reati sessuali ed altri reati pericolosi del 28 gennaio 1998 (*Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*, *Bundesgesetzblatt I*, 160).

43 *Entwurf eines Strafgesetzbuches – E 1962*, Bonn, 1962, in seguito: E 1962.

44 V. nota n° 38.

45 § 2 co. 4° StGB nella versione in vigore al 1 ottobre 1953.

46 § 2 co. 6° E 1962. La regola della retroattività in materia di *Sicherungsverwahrung* viene giustificata dal richiamo della differenza delle finalità sottese alla pena ed alle misure di sicurezza, v. *sub* § 2 E 1962.

sicurezza è, analogamente alla pena, sottoposta al principio di legalità⁴⁷ e disciplinata dal diritto vigente al momento del fatto⁴⁸.

Tale secondo approccio risulta motivato dalla considerazione del potenziale intromissivo e repressivo delle misure di sicurezza⁴⁹, che le renderebbe di fatto equiparabili alla pena⁵⁰, e ne proibirebbe di conseguenza l'applicazione retroattiva⁵¹. L'impostazione suggerita dall'*Alternativ-Entwurf*, pur se inizialmente adottata dalla seconda legge di riforma⁵², non viene tuttavia recepita dal codice penale novellato. Quest'ultimo conferma piuttosto la regola generale anteriore, e da allora rimasta immutata, secondo la quale la custodia di sicurezza è disciplinata dalla legge in vigore al momento della decisione, salva la possibilità di una previsione legislativa diversa⁵³.

2.3. *Il consolidamento.* – Lo sviluppo normativo più recente in materia di custodia di sicurezza è determinato dalla graduale sfiducia nell'idea della prevenzione speciale positiva⁵⁴, nonché, a partire dal 1998, da un movimento di politica criminale di potenziamento della prevenzione speciale negativa⁵⁵. L'ampliamento dell'istituto della *Sicherungsverwahrung* e del suo campo di applicazione è finalizzato a soddisfare il bisogno collettivo di sicurezza⁵⁶ percepito in seguito alla rappresentazione mediatica di fatti di violenza⁵⁷, e si realizza lungo tre linee direttrici⁵⁸.

Innanzitutto, aumentano i destinatari della misura custodiale, che torna a rivolgersi ai minori⁵⁹, può in alcune ipotesi essere ordinata anche a carico degli autori

47 § 1 co. 2° AE.

48 § 3 co. 1° AE e § 2 co. 6° Sa.

49 *Sub* §§ 1 e 2 AE.

50 *Sub* § 3 AE.

51 Posizione del Consiglio delle Regioni (*Stellungnahme des Bundesrates*), Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Drucksache IV/650, 692, *sub* n° 3.

52 § 2 co. 6° 2. StrRG.

53 § 2 co. 6° StGB nella versione del 1975.

54 B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 241 s.

55 M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata*, cit., 6.

56 W. MITSCH, *Was ist Sicherungsverwahrung und was wird aus ihr?*, in *JuS* 2011, 785.

57 R. 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, 410, n° 2.

58 Le tappe dell'evoluzione della disciplina in materia di custodia di sicurezza dal 1998 al 2011 sono puntualmente indicate in BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 8 ss.

59 § 106 JGG nella versione risultante dalla legge di modifica delle disposizioni in materia di reati sessuali e di altre disposizioni del 27 dicembre 2003 (*Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften*, *Bundesgesetzblatt* I, 3007), nonché dalla legge sull'introduzione della custodia di sicurezza postuma del 23 luglio 2004 (*Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung*, *Bundesgesetzblatt* I, 1838), e § 7 JGG nella versione risultante dalla legge sull'introduzione della custodia di sicurezza postuma per le condanne secondo il diritto penale dei

primari⁶⁰, e non è esclusa nemmeno rispetto ai condannati alla pena dell'ergastolo⁶¹. Cade, in secondo luogo, con efficacia *ex tunc* il limite massimo di dieci anni relativo alla prima detenzione a titolo di *Sicherungsverwahrung*⁶², introdotto dalla seconda legge di riforma. Infine, viene gradualmente meno la regola della contestualità tra la decisione di condanna e l'applicazione del provvedimento preventivo⁶³.

Alla custodia di sicurezza primaria, disposta contemporaneamente all'affermazione della responsabilità penale quando in tale momento sia già accertabile la pericolosità del soggetto⁶⁴, è affiancata nel 2002 la riserva sulla custodia di sicurezza⁶⁵. La riserva deve essere pronunciata in sede di condanna sulla base di un sospetto circa la pericolosità dell'autore, e sciolta durante la fase di esecuzione della pena. Nel 2004 viene, inoltre, introdotta la custodia di sicurezza postuma⁶⁶, la quale può essere ordinata durante l'esecuzione della pena a prescindere da qualsiasi indicazione al proposito nella decisione di condanna, nell'ipotesi eccezionale di emersione *ex post* di elementi nuovi in favore di un'alta probabilità di commissione di ulteriori reati⁶⁷. Il regime transitorio della legge sull'introduzione della custodia di sicurezza postuma⁶⁸ prevede l'applicabilità retroattiva dell'istituto anche nei confronti degli autori già condannati⁶⁹.

minori del 8 luglio 2008 (*Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht*, Bundesgesetzblatt I, 1212).

⁶⁰ § 66 co. 3° StGB nella versione risultante dalla legge sulla lotta contro i reati sessuali ed altri reati pericolosi, cit., e § 66a co. 2° StGB nella versione risultante dalla legge di riforma della disciplina della custodia di sicurezza del 22 dicembre 2010 (*Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen*, Bundesgesetzblatt I, 2300).

⁶¹ Legge sull'introduzione della riserva sulla custodia di sicurezza del 21 agosto 2002 (*Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung*, Bundesgesetzblatt I, 3344).

⁶² § 67d co. 3° StGB e § 1a co. 3° della legge introduttiva al codice penale (*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*, in seguito: EGStGB) nella versione risultante dalla legge sulla lotta contro i reati sessuali ed altri reati pericolosi, cit., in combinato disposto con il § 2 co. 6° StGB.

⁶³ A scanso di equivoci, si precisa che nel presente contesto il termine "preventivo" indica la finalità di prevenzione della recidiva perseguita dal provvedimento custodiale *post-delictum*.

⁶⁴ § 66 StGB.

⁶⁵ § 66a StGB inserito dalla legge sull'introduzione della riserva sulla custodia di sicurezza, cit.

⁶⁶ § 66b StGB inserito dalla legge sull'introduzione della custodia di sicurezza postuma, cit. La custodia di sicurezza postuma è stata introdotta a livello federale dopo la dichiarazione di incostituzionalità di alcune iniziative legislative analoghe dei *Länder* Bayern e Sachsen-Anhalt. In quel contesto l'illegittimità costituzionale derivava, in particolare, dalla violazione della regola della competenza concorrente tra *Bund* e *Länder* in materia penale *ex art.* 74 co. 1° n° 1 GG. BVerfG, 10 febbraio 2004, 2 BvR 834/02 (http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20040210_2bvr083402.html, consultato il 9 ottobre 2011).

⁶⁷ Così K. KÜHL, *sub* § 66b, in K. KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2011, 469, n° 1.

⁶⁸ V. nota n° 59.

⁶⁹ § 66b StGB inserito dalla legge sull'introduzione della custodia di sicurezza postuma, cit., in combinato disposto con il § 2 co. 6° StGB.

Il movimento normativo di potenziamento della prevenzione speciale negativa subisce una battuta d'arresto nel dicembre 2010. In tale data, la legge di riforma della disciplina della *Sicherungsverwahrung* espunge dal sistema penale tedesco la previsione della custodia di sicurezza postuma nei confronti dei soggetti imputabili⁷⁰. La legge, contemporanea, sull'internamento terapeutico reintroduce inoltre nell'ordinamento il ricovero preventivo in un istituto socio-terapeutico per gli autori violenti affetti da un disturbo psichico⁷¹. La nuova disciplina è, tuttavia, pertinente solo rispetto ai fatti commessi dopo il 1 gennaio 2011⁷². Quelli precedenti continuano ad essere governati dalle modalità definite dal diritto anteriore, la cui applicazione ha costituito l'oggetto di alcuni studi empirici.

In preparazione alla visita in Germania del Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura del 2005, l'Università di Brema ha intervistato al riguardo i Ministeri della Giustizia dei *Länder* ed alcuni detenuti a titolo di custodia di sicurezza. Dalla consultazione è emerso che, nella maggioranza dei casi, la *Sicherungsverwahrung* viene eseguita in istituti specifici, oppure in reparti separati all'interno degli istituti penitenziari. Gli internati a titolo preventivo godono di condizioni di detenzione moderatamente più favorevoli rispetto a quelli che scontano la pena. I primi sono, in particolare, inseriti in comunità abitative, e dispongono di celle singole che possono in parte arredare autonomamente. È loro concesso, inoltre, di indossare abiti civili, di trascorrere un numero d'ore maggiore all'aria aperta, nonché di effettuare telefonate e ricevere visite più frequentemente⁷³.

In alcuni *Länder*, tuttavia, a causa della mancanza di strutture sufficienti, gli internati a titolo di *Sicherungsverwahrung* non sono separati dai condannati che scontano la pena, e di conseguenza condividono con questi ultimi i luoghi e le condizioni di detenzione⁷⁴. In aggiunta, esiste la tendenza generalizzata, da parte dei tribunali dell'esecuzione che dispongono al proposito di un'ampia discrezionalità⁷⁵, a

70 § 66b StGB nella versione risultante dalla legge di riforma della disciplina della custodia di sicurezza, cit.

71 *Therapieunterbringungsgesetz* introdotta dall'art. 5 della legge di riforma della disciplina della custodia di sicurezza, cit., abbreviata: ThUG.

72 Art. 316a co. 1° EGStGB nella versione risultante dalla legge di riforma della disciplina della custodia di sicurezza, cit.

73 J. FEEST, M. KÖHNE, *sub* vor § 129, in J. FEEST (a cura di), *AlternativKommentar zum Strafvollzugsgesetz*, München, 2006, 641 s., n° 9 ss.

74 J. FEEST, M. KÖHNE, *op. loc. cit.*

75 W. FRISCH, *Dogmatische Grundfragen der bedingten Entlassung und der Lockerungen des Vollzugs von Strafen und Maßregeln*, in ZStW 1990, 711.

concedere periodi di interruzione della detenzione o la sospensione condizionale della custodia solo in pochissimi casi eccezionali⁷⁶.

Gli internati nella custodia di sicurezza, da parte loro, valutano negativamente le condizioni complessive di detenzione, in ragione in particolare della durata tendenzialmente indeterminata della misura⁷⁷ e dell'assenza di un'offerta di supporto psicologico in preparazione al reinserimento nella società⁷⁸. Nella maggior parte dei casi essi non percepiscono, inoltre, una differenza reale tra l'esecuzione della pena e quella della custodia di sicurezza. Ne consegue la diffusa interpretazione, tra i soggetti ad essa sottoposti, della *Sicherungsverwahrung* come una seconda pena⁷⁹. Tale ultimo rilievo conduce ad interrogarsi circa i possibili profili di tensione tra la disciplina tedesca della custodia di sicurezza e le garanzie fondamentali contenute nel *Grundgesetz*.

3. La custodia di sicurezza e il *Grundgesetz*

La dottrina tedesca individua 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 dalla *renaissance* recente della custodia di sicurezza, riguarda la compatibilità con la Legge Fondamentale dell'applicabilità retroattiva di una disciplina sanzionatoria più severa rispetto a soggetti già condannati. Tale eventualità ricorrerebbe, in particolare, nelle ipotesi di proroga della misura di sicurezza in corso di esecuzione oltre il limite decennale previsto per il primo internamento a titolo preventivo dal diritto in vigore al momento della condanna⁸⁰, oppure di applicazione della custodia di sicurezza postuma⁸¹.

76 J. FEEST, M. KÖHNE, *op. loc. cit.*

77 K. LAUBENTHAL, N. NESTLER, *Strafvollstreckung*, Berlin-Heidelberg, 2010, 149, n° 352.

78 J. FEEST, M. KÖHNE, *op. loc. cit.*

79 Bartsch riporta nella sua recente tesi di dottorato i risultati di un sondaggio da lui stesso condotto circa la percezione della custodia di sicurezza da parte degli internati a tale titolo. Su un campione di quaranta intervistati, ventotto hanno risposto di interpretare la *Sicherungsverwahrung* come una seconda pena, sette di riconoscere una differenza tra la reclusione e la misura di sicurezza detentiva, cinque non hanno preso posizione. T. BARTSCH, *Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme*, Baden-Baden, 2010, 287 ss.

80 § 67d co. 3° StGB e § 1a co. 3° EGStGB nella versione risultante dalla legge sulla lotta contro i reati sessuali ed altri reati pericolosi, *cit.*, in combinato disposto con il § 2 co. 6° StGB.

81 § 66b StGB inserito dalla legge sull'introduzione della custodia di sicurezza postuma, *cit.*, in combinato disposto con il § 2 co. 6° StGB. In merito alla custodia di sicurezza postuma sembra, invero, opportuno

Della custodia di sicurezza in termini generali viene, innanzitutto, criticato il potenziale contrasto con il principio fondamentale della dignità umana, garantito dall'art. 1 co. 1° GG⁸². Al proposito si sostiene che il soggetto detenuto a titolo di *Sicherungsverwahrung* sarebbe ridotto da persona ad oggetto, e strumentalizzato a fini di lotta contro la criminalità⁸³. Il BVerfG ha, finora, rigettato questa posizione, affermando che la Legge Fondamentale concepisce la persona come membro del gruppo sociale, al quale è consentito difendersi dall'autore pericoloso anche attraverso misure limitative della libertà personale. La dignità dell'internato a titolo preventivo⁸⁴ sarebbe garantita, perlomeno sulla carta, dall'offerta di trattamenti psicologici e psichiatrici durante l'esecuzione del provvedimento custodiale, dalle verifiche periodiche circa la perdurante necessità della misura, e dalla possibilità di ottenere la sospensione condizionale della detenzione⁸⁵.

Nell'istituto della custodia di sicurezza è stata, inoltre, ravvisata un'interferenza illegittima nel diritto al godimento della libertà personale, protetto dal combinato disposto degli artt. 2 co. 2° frase 2° e 104 co. 1° frase 1° GG⁸⁶. La posizione tradizionale, cui anche il BVerfG ha aderito anteriormente alla pronuncia del maggio 2011, sostiene al contrario la compatibilità della *Sicherungsverwahrung* con il diritto costituzionale alla libertà personale, nella misura in cui il provvedimento detentivo sia proporzionale alle esigenze di tutela della collettività⁸⁷. La legittimità costituzionale della custodia di sicurezza esige, inoltre, che il controllo di proporzionalità diventi progressivamente più rigoroso con il prolungarsi del periodo di detenzione⁸⁸.

La *Sicherungsverwahrung* colliderebbe infine, secondo i suoi critici, con il principio del *ne bis in idem* contenuto all'art. 103 co. 3° GG⁸⁹. L'osservazione è motivata dalle somiglianze esistenti tra la pena detentiva e la custodia di sicurezza, in particolare per quanto riguarda le rispettive modalità di esecuzione. A tale obiezione

distinguere i casi di applicazione dell'istituto a fatti commessi prima oppure dopo l'entrata in vigore della relativa normativa. Il problema della retroattività appare pertinente alla prima serie di ipotesi, e non invece connaturato alla custodia di sicurezza postuma *tout court*. La letteratura tedesca non opera tuttavia, perlomeno espressamente, una simile differenziazione.

82 Come riportano R. RISSING-VAN SAAN, J. PEGLAU, *sub* § 66, cit., 425, n° 39.

83 R. RISSING-VAN SAAN, J. PEGLAU, *op. loc. cit.*

84 V. nota n° 63.

85 Da ultimo in questo senso BVerfG, 5 febbraio 2004, 2 BvR 2029/01, (http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20040205_2bvr202901.html, consultato il 9 ottobre 2011), n° 70 ss.

86 Come riportano R. RISSING-VAN SAAN, J. PEGLAU, *op. cit.*, 425 s., n° 40.

87 BVerfG, 5 febbraio 2004, cit., n° 94 ss., in particolare n° 96. Il principio di proporzionalità è codificato al § 62

StGB.

88 BVerfG, 5 febbraio 2004, cit., n° 104.

89 R. RISSING-VAN SAAN, J. PEGLAU, *op. cit.*, 426, n° 41.

viene generalmente opposto il rilievo della differenza sostanziale tra il carattere retributivo della pena, e quello special-preventivo della custodia di sicurezza⁹⁰. In adesione a tale impostazione, il BVerfG ha valutato l'applicazione cumulativa di pena e *Sicherungsverwahrung* compatibile con la garanzia fondamentale del *ne bis in idem*⁹¹, a condizione che la custodia di sicurezza venga eseguita sulla base di criteri che la distinguano, in concreto, dalla reclusione (*Abstandsgebot*⁹²).

All'applicabilità retroattiva del trattamento sanzionatorio più severo rispetto a soggetti già condannati⁹³, in secondo luogo, è stata obiettata l'incompatibilità con il divieto di retroattività in materia penale *ex art. 103 co. 2° GG* o, sussidiariamente, con la garanzia fondamentale di tutela dell'affidamento risultante dal combinato disposto degli artt. 2 co. 2° e 20 co. 3° GG⁹⁴. Al riguardo, il BVerfG afferma innanzitutto che l'efficacia *ex tunc* della disciplina sanzionatoria più severa in materia di custodia di sicurezza non viola l'art. 103 co. 2° GG. Con ragionamento analogo a quello sviluppato circa il rapporto tra *Sicherungsverwahrung* e *ne bis in idem*, il Tribunale Costituzionale Federale sostiene, infatti, che la custodia di sicurezza, non avendo natura di pena, non è coperta dalla regola costituzionale di irretroattività⁹⁵.

Nella formulazione del BVerfG, "il campo di applicazione dell'art. 103 co. 2° GG è limitato a quei provvedimenti statali che rappresentano una reazione sovrana di disapprovazione nei confronti di un comportamento antiggiuridico e colpevole, e a causa di tale 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 co. 2° GG. 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 co. 2° GG, nonostante dipenda direttamente dalla commissione di un reato"⁹⁶.

90 R. RISSING-VAN SAAN, J. PEGLAU, *op. loc. cit.*

91 BVerfG, 27 settembre 1995, 2 BvR 1734/90, *NStZ-RR* 1996, 122.

92 BVerfG, 5 febbraio 2004, cit., n° 127 ss.

93 § 67d co. 3° StGB e § 1a co. 3° EGStGB nella versione risultante dalla legge sulla lotta contro i reati sessuali ed altri reati pericolosi, cit., in combinato disposto con il § 2 co. 6° StGB, circa l'espunzione con efficacia retroattiva del termine massimo decennale, nonché § 66b StGB inserito dalla legge sull'introduzione della custodia di sicurezza postuma, cit., in combinato disposto con il § 2 co. 6° StGB, in materia di custodia di sicurezza postuma.

94 Come riporta K. KÜHL, *sub § 66b*, cit., 469, n° 1.

95 In dottrina, un approccio alternativo propone l'estensione alla custodia di sicurezza della garanzia della irretroattività, sebbene in forma non assoluta. A. KREUZER, *Nachträgliche Sicherungsverwahrung – rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz?*, in *ZIS* 2006, 148.

96 "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

Meno apodittico è il ragionamento del Tribunale Costituzionale Federale sul piano della garanzia fondamentale della tutela dell'affidamento. Il BVerfG argomenta, al proposito, che il combinato disposto degli artt. 2 co. 2° e 20 co. 3° GG proibisce, di regola, l'efficacia *ex tunc* delle norme giuridiche anche extra-penali. Il divieto di retroattività così risultante avrebbe, tuttavia, validità generale nei soli casi in cui l'inizio dell'efficacia temporale della disposizione sia anteriore all'entrata in vigore della norma stessa (*echte Rückwirkung*). Allorquando, invece, una disposizione faccia riferimento ad elementi di fatto e di diritto precedenti alla sua creazione per produrre effetti giuridici per il futuro, la retroattività sarebbe solamente apparente (*unechte Rückwirkung*). Tale seconda ipotesi non sarebbe coperta dalla regola della irretroattività di maniera generale, bensì soggetta di volta in volta al bilanciamento degli interessi in gioco⁹⁷.

Il BVerfG qualifica l'applicazione della disciplina sanzionatoria più severa in materia di custodia di sicurezza rispetto a soggetti già condannati come un caso di retroattività apparente⁹⁸. Tradizionalmente, il Tribunale Costituzionale Federale ha inoltre considerato legittima la scelta del Legislatore di accordare alla sicurezza collettiva prevalenza sull'affidamento dell'internato circa il persistere della normativa esistente al momento della condanna⁹⁹. Proprio in merito a tale questione, tuttavia, la decisione del maggio 2011 opera un deciso *révirement*, alle cui origini si rinviene la giurisprudenza recente della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di *Sicherungsverwahrung*.

4. La custodia di sicurezza e la CEDU.

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, circa l'espunzione con efficacia *ex tunc* del limite massimo di dieci anni previsto per il primo internamento a titolo di *Sicherungsverwahrung*.

Analogamente in merito alla custodia di sicurezza postuma, BVerfG, 23 agosto 2006, 2 BvR 226/06, (http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20060823_2bvr022606.html, consultato il 16 ottobre 2011), e BVerfG, 5 agosto 2009, 2 BvR 2098/08 *et al.*, (http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20090805_2bvr209808.html, consultato il 16 ottobre 2011).

⁹⁷ BVerfG, 5 febbraio 2004, cit., n° 170 ss.

⁹⁸ BVerfG, 23 agosto 2006, cit., n° 15.

⁹⁹ BVerfG, 5 febbraio 2004, cit., n° 170 ss., circa l'espunzione con efficacia retroattiva del limite temporale di dieci anni per il primo internamento a titolo di *Sicherungsverwahrung*, nonché BVerfG, 23 agosto 2006, cit., n° 14 ss., in merito alla custodia di sicurezza postuma.

Nello spazio giuridico europeo, la custodia di sicurezza deve confrontarsi, oltre che con i diritti fondamentali protetti dal *Grundgesetz*, anche con le garanzie contenute nella Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali¹⁰⁰. In particolare, appare necessario valutare la compatibilità della disciplina della *Sicherungsverwahrung* con l'art. 5 co. 1° CEDU che tutela il diritto alla libertà personale¹⁰¹, e con l'art. 7 co. 1° frase 2° CEDU che sancisce il divieto di applicazione retroattiva di un trattamento sanzionatorio più severo. In alcune decisioni recenti, proprio tali disposizioni hanno costituito il parametro adottato dalla Corte Europea per valutare la legittimità convenzionale dell'espunzione con efficacia *ex tunc* del termine massimo decennale previsto per il primo internamento nella *Sicherungsverwahrung*¹⁰², nonché della custodia di sicurezza postuma¹⁰³.

La prima pronuncia rilevante risale al dicembre 2009, e riguarda un caso di applicazione retroattiva nei confronti di un soggetto già internato per la prima volta a titolo preventivo¹⁰⁴ della regola che autorizza la proroga della *Sicherungsverwahrung* oltre il termine di dieci anni, prescritto dal diritto vigente al momento della condanna¹⁰⁵. La decisione è stata, in seguito, confermata rispetto a tre fattispecie analoghe nel gennaio 2011¹⁰⁶. Al proposito, la Corte Europea ha innanzitutto affermato in termini generali la compatibilità della custodia di sicurezza con il diritto alla libertà personale, tutelato dall'art. 5 co. 1° CEDU¹⁰⁷. La lettera a) di tale disposizione autorizza, infatti, la detenzione regolare "in seguito a condanna da parte di un tribunale competente". Questa formulazione esigerebbe la sussistenza di una relazione causale

100 In seguito: CEDU.

101 Come riportano R. RISSING-VAN SAAN, J. PEGLAU, *sub* §§ 66a e 66b, in H. W. LAUFHÜTTE, R. RISSING-VAN SAAN, K. TIEDEMANN (a cura di), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, cit., 493, n° 16 e 532 ss., n° 47 ss.

102 § 67d co. 3° StGB e § 1a co. 3° EGStGB nella versione risultante dalla legge sulla lotta contro i reati sessuali ed altri reati pericolosi, cit., in combinato disposto con il § 2 co. 6° StGB.

103 § 66b StGB inserito dalla legge sull'introduzione della custodia di sicurezza postuma, cit., in combinato disposto con il § 2 co. 6° StGB.

¹⁰⁴ V. nota n° 63.

105 CEDU, 17 dicembre 2009, M. v. Germania (n° 19359/04).

106 CEDU, 13 gennaio 2011, Kallweit v. Germania (n° 17792/07); CEDU, 13 gennaio 2011, Mautes v. Germania (n° 20008/07); CEDU, 13 gennaio 2011, Schummer v. Germania (n° 27360/04 e 42225/07), con nota in lingua italiana di 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.* 11 marzo 2011,

(<http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/430->

[tre_sentenze_sulla_custodia_di_sicurezza_sicherungsverwahrung_nell_ordinamento_tedesco_e_sull_obbligo_dello_stato_di_adequarsi_ai_giudicati_della_corte/](http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/430-tre_sentenze_sulla_custodia_di_sicurezza_sicherungsverwahrung_nell_ordinamento_tedesco_e_sull_obbligo_dello_stato_di_adequarsi_ai_giudicati_della_corte/))

107 CEDU, 17 dicembre 2009, M. v. Germania, cit., n° 93 ss.

tra la sentenza di condanna ed il provvedimento privativo della libertà¹⁰⁸. Tale condizione sarebbe, secondo la Corte Europea, sicuramente soddisfatta dalla custodia di sicurezza applicata contestualmente all'affermazione di responsabilità penale.

Diverso sarebbe, tuttavia, il caso di estensione della custodia di sicurezza già in corso di esecuzione oltre il limite decennale da parte del tribunale dell'esecuzione¹⁰⁹. Secondo la Corte Europea, le determinazioni del tribunale dell'esecuzione non rientrano nella nozione di condanna *ex art. 5 co. 1° lett. a) CEDU*, salvo che esse si limitino a dare concreta attuazione alla sentenza. Tale ultima eccezione non può, però, includere l'ipotesi di un trattamento sanzionatorio più severo, comminato sulla base di una disposizione non esistente al momento della condanna. Ne consegue, secondo la Corte Europea, che l'applicazione retroattiva rispetto a soggetti già detenuti a titolo preventivo della norma che espunge dalla disciplina il termine massimo di dieci anni previsto per il primo internamento non sarebbe autorizzata dall'*art. 5 co. 1° lett. a) CEDU*.

L'estensione del provvedimento privativo della libertà personale oltre il periodo di dieci anni a carico di autori che si trovano nella fase di esecuzione della misura non potrebbe, inoltre, essere legittimata nemmeno dalla lettera c) dell'*art. 5 co. 1° CEDU*. Questa disposizione, nella parte in cui consente la detenzione di un soggetto finalizzata alla presentazione dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato, si riferirebbe, a parere della Corte Europea, alla diversa ipotesi della custodia cautelare¹¹⁰.

Solo la lettera e) dall'*art. 5 co. 1° CEDU*, la quale autorizza la privazione della libertà nei confronti di un alienato, legittimerebbe secondo la Corte Europea l'applicazione retroattiva del trattamento sanzionatorio più severo, limitatamente agli autori affetti da una seria malattia mentale¹¹¹. All'infuori di tale caso, l'applicazione retroattiva nei confronti dei soggetti già detenuti per la prima volta a titolo preventivo, da parte del tribunale dell'esecuzione, della regola che autorizza la custodia di sicurezza ultradecennale costituirebbe, di conseguenza, una violazione della libertà personale garantita dall'*art. 5 co. 1° CEDU*¹¹².

La Corte Europea esamina, in secondo luogo, la compatibilità dell'espunzione con efficacia *ex tunc* del limite decennale di durata del primo provvedimento custodiale

108 CEDU, 17 dicembre 2009, M. v. Germania, cit., n° 88.

109 CEDU, 17 dicembre 2009, M. v. Germania, cit., n° 96 ss.

110 Il termine "*pre-trial detention*" non è menzionato espressamente in CEDU, 17 dicembre 2009, M. v. Germania, cit., bensì in CEDU, 13 gennaio 2011, Haidn v. Germania (n° 6587/04), n° 90.

111 CEDU, 17 dicembre 2009, M. v. Germania, cit., n° 103.

112 CEDU, 17 dicembre 2009, M. v. Germania, cit., n° 105.

con il divieto di retroattività della pena sancito dall'art. 7 co. 1° frase 2° CEDU¹¹³. Si tratta della medesima questione che il BVerfG, adottando a parametro la disposizione interna corrispondente costituita dall'art. 103 co. 2° GG, risolve nel senso della compatibilità costituzionale. Secondo il Tribunale Costituzionale Federale la custodia di sicurezza, non avendo natura di pena, non sarebbe infatti coperta dalla garanzia costituzionale della irretroattività¹¹⁴.

L'approccio del BVerfG, criticato da una parte della dottrina tedesca in termini di "truffa delle etichette" (*Etikettenschwindel*)¹¹⁵, non viene seguito dalla Corte Europea. Essa afferma, al contrario, che la nozione autonoma di pena contenuta all'art. 7 co. 1° frase 2° CEDU¹¹⁶ comprende anche la *Sicherungsverwahrung*, a prescindere dalla qualificazione che l'ordinamento tedesco accorda alla custodia di sicurezza¹¹⁷. Per giungere a tale conclusione, la Corte di Strasburgo prende in considerazione diversi indicatori.

Innanzitutto, essa sottolinea il legame imprescindibile tra la *Sicherungsverwahrung* e la sentenza di condanna¹¹⁸, e rileva che la custodia di sicurezza implica una privazione della libertà personale che si realizza concretamente in condizioni analoghe alla reclusione¹¹⁹. Secondo la legge tedesca sull'esecuzione penitenziaria, inoltre, tanto le pene quanto le misure di sicurezza perseguono gli scopi di prevenzione speciale negativa e positiva¹²⁰. Infine, a parere della Corte Europea la durata indeterminata della *Sicherungsverwahrung* risultante dalla novella del 1998 renderebbe tale misura uno dei provvedimenti più severi, se non il più severo, previsto dall'ordinamento tedesco¹²¹.

Così motivata la pertinenza dell'art. 7 co. 1° frase 2° CEDU rispetto alla custodia di sicurezza, la Corte Europea ricorda, infine, che il divieto di retroattività riguarda le misure che costituiscono una pena in senso sostanziale, e non un mero provvedimento di esecuzione della sanzione. L'estensione della detenzione preventiva oltre il periodo massimo decennale previsto dal diritto in vigore al momento della condanna sarebbe una vera e propria sanzione addizionale, a cui si applica la regola della irretroattività.

113 CEDU, 17 dicembre 2009, M. v. Germania, cit., n° 106 ss.

114 BVerfG, 5 febbraio 2004, cit., n° 129.

115 J. KINZIG, *Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland*, in *NStZ* 2010, 237.

116 CEDU, 17 dicembre 2009, M. v. Germania, cit., n° 120 e 126, in conformità a CEDU, 9 febbraio 1995, *Welch v. The United Kingdom* (n° 17440/90).

117 CEDU, 17 dicembre 2009, M. v. Germania, cit., n° 122 ss., in particolare n° 133.

118 CEDU, 17 dicembre 2009, M. v. Germania, cit., n° 124.

119 CEDU, 17 dicembre 2009, M. v. Germania, cit., n° 126 s.

120 CEDU, 17 dicembre 2009, M. v. Germania, cit., n° 130, con riferimento ai §§ 2 e 129 StVollzG.

121 CEDU, 17 dicembre 2009, M. v. Germania, cit., n° 132.

Di conseguenza, secondo il foro di Strasburgo la proroga della *Sicherungsverwahrung* per un tempo indeterminato rispetto a soggetti già internati per la prima volta a tale titolo violerebbe l'art. 7 co. 1° frase 2° CEDU¹²².

All'indomani della decisione del dicembre 2009, una parte della dottrina tedesca rileva come l'argomentazione svolta dalla Corte Europea in merito all'incompatibilità tra l'espunzione con efficacia *ex tunc* del termine massimo decennale e la garanzia convenzionale della libertà personale *ex art. 5 co. 1° CEDU*, potrebbe essere pertinente pure rispetto alla custodia di sicurezza postuma. Anche nel caso di *nachträgliche Sicherungsverwahrung*, infatti, farebbe difetto il collegamento causale richiesto dalla lettera a) dell'art. 5 co. 1° CEDU tra la sentenza di condanna e il provvedimento custodiale¹²³. Nel gennaio 2011, la Corte Europea conferma tale lettura¹²⁴. Secondo il foro di Strasburgo la disposizione della *Sicherungsverwahrung* in un momento posteriore alla condanna e da parte del tribunale dell'esecuzione non sarebbe sussumibile al di sotto della previsione dell'art. 5 co. 1° lett. a) CEDU¹²⁵. Analogamente all'estensione retroattiva della detenzione oltre il limite di dieci anni, alla custodia di sicurezza postuma non sarebbe applicabile nemmeno la lettera c) di questa disposizione, che si limiterebbe a legittimare la custodia cautelare¹²⁶. Solo nei casi in cui l'autore sia affetto da una seria malattia mentale, la disposizione della custodia di sicurezza postuma sarebbe autorizzata dalla lettera e) dell'art. 5 co. 1° CEDU¹²⁷.

All'infuori di tali ipotesi eccezionali, dall'analisi della Corte Europea consegue la tendenziale incompatibilità anche della *nachträgliche Sicherungsverwahrung* con il diritto alla libertà personale garantito dalla Convenzione. Sebbene le posizioni adottate dal foro di Strasburgo nei confronti della disciplina tedesca in materia di custodia di

122 CEDU, 17 dicembre 2009, *M. v. Germania*, cit., n° 134 ss.

123 J. KINZIG, *Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland*, cit., 238 s.; E. H. MÜLLER, *Die Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention*, in *StV* 2010, 211 s.; H. POLLÄHNE, *Europäische Rechtssicherheit gegen deutsches Sicherheitsrecht? Zur EGMR-Entscheidung in Sachen nachträgliche (Verlängerung der) Sicherungsverwahrung*, in *KritJ* 2010, 263 ss. Kinzig e Pollähne allargano il dubbio di legittimità convenzionale anche alla riserva sulla custodia di sicurezza *ex § 66a StGB*.

124 CEDU, 13 gennaio 2011, *Haidn v. Germania*, cit., n° 58 ss. La decisione concerne un caso di applicazione della custodia di sicurezza postuma sulla base della disciplina regionale del Bayern, in seguito dichiarata incostituzionale dal BVerfG per violazione della regola della competenza concorrente tra *Bund* e *Länder* in materia penale *ex art. 74 co. 1° n. 1° GG*. BVerfG, 10 febbraio 2004, cit. La pronuncia appare, tuttavia, rilevante anche rispetto alla normativa federale che sostituisce la normativa regionale riprendendone i tratti fondamentali, *i.e.* la legge sull'introduzione della custodia di sicurezza postuma, cit.

125 CEDU, 13 gennaio 2011, *Haidn v. Germania*, cit., n° 88.

126 CEDU, 13 gennaio 2011, *Haidn v. Germania*, cit., n° 90.

127 CEDU, 13 gennaio 2011, *Haidn v. Germania*, cit., n° 91.

sicurezza abbiano efficacia vincolante solo rispetto ai casi oggetto di ricorso, il loro peso politico conduce al *revirement* operato dal BVerfG nello scorso mese di maggio.

5. La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 4 maggio 2011¹²⁸.

5.1. *Introduzione.* - Lo scorso 4 maggio, in seguito alle ricordate decisioni della Corte Europea, la questione della legittimità costituzionale della proroga retroattiva della prima detenzione a titolo preventivo¹²⁹ oltre il limite decennale previsto dal diritto in vigore al momento della condanna¹³⁰, nonché della custodia di sicurezza postuma¹³¹ è stata di nuovo sollevata di fronte al BVerfG. Al riguardo, i ricorrenti facevano valere la violazione del diritto costituzionale alla libertà personale risultante dal combinato disposto degli artt. 2 co. 2° frase 2° e 104 co. 1° frase 1° GG, della garanzia fondamentale alla tutela dell'affidamento *ex* combinato disposto degli artt. 2 co. 2° e 20 co. 3° GG, nonché del divieto di retroattività in materia penale sancito dall'art. 103 co. 2° GG¹³².

Le questioni si sovrappongono a quelle già decise dal BVerfG nel senso della compatibilità costituzionale nel 2004¹³³ e nel 2006¹³⁴. In ragione della recente evoluzione giurisprudenziale avvenuta al livello europeo, tuttavia, il Tribunale Costituzionale Federale le ritiene ammissibili per un secondo sindacato di legittimità. Secondo il BVerfG, infatti, le decisioni della Corte Europea, pur non avendo efficacia obbligatoria *erga omnes* nell'ordinamento interno, possono assumere una funzione di ausilio nell'interpretazione del *Grundgesetz*, entro il limite degli spazi di discrezionalità lasciati

¹²⁸ BVerfG, 04 maggio 2011, cit. Per dei commenti di parte tedesca alla sentenza si vedano, tra gli altri, A. DESSECKER, *Die Sicherungsverwahrung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in ZIS 2011, 706; A. KREUZER, T. BARTSCH, *nota a BVerfG - 2 BvR 2365/09 et al.* del 04 maggio 2011, in StV 2011, 470; A. MOSBACHER, *Das aktuelle Recht der Sicherungsverwahrung im Überblick*, cit.; J. PEGLAU, *Das BVerfG und die Sicherungsverwahrung - Konsequenzen für Praxis und Gesetzgebung*, in NJW 2011, 1924; M. SACHS, *Freiheit der Person - Sicherungsverwahrung - BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 - 2 BvR 2365/09 u.a.*, NJW 2011, 1931, in JuS 2011, 854; F. STRENG, *Die Zukunft der Sicherungsverwahrung nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Zum Urteil des Zweiten Senats des BVerfG vom 4. 5. 2011*, in JZ 2011, 827.

¹²⁹ V. nota n° 63.

130 § 67d co. 3° StGB e § 1a co. 3° EGStGB nella versione risultante dalla legge sulla lotta contro i reati sessuali ed altri reati pericolosi, cit., in combinato disposto con il § 2 co. 6° StGB.

131 § 66b StGB inserito dalla legge sull'introduzione della custodia di sicurezza postuma, cit., in combinato disposto con il § 2 co. 6° StGB.

132 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 1.

133 BVerfG, 5 febbraio 2004, cit.

134 BVerfG, 23 agosto 2006, cit.

aperti dalla Legge Fondamentale¹³⁵. In tali termini, esse costituiscono un mutamento rilevante dell'ordinamento, il quale giustifica un nuovo esame di costituzionalità rispetto a quesiti già risolti sulla base del diritto precedente¹³⁶.

Sul merito, il ragionamento del Tribunale Costituzionale Federale si sviluppa in tre parti: il BVerfG chiarisce il ruolo della CEDU nel sistema giuridico tedesco, prima di analizzare la compatibilità della disciplina della custodia di sicurezza con il diritto costituzionale alla libertà personale e, limitatamente alle disposizioni oggetto di ricorso, con la garanzia fondamentale alla tutela dell'affidamento. Circa il primo profilo¹³⁷, il BVerfG ricorda che nell'ordinamento interno la CEDU ha rango di legge ordinaria, ed è quindi subordinata al *Grundgesetz*¹³⁸. La funzione di ausilio nell'interpretazione della Legge Fondamentale che il sistema giuridico tedesco riconosce alla Convenzione ed alla giurisprudenza della Corte Europea¹³⁹ non impone, di conseguenza, un allineamento dell'ordinamento interno con quello convenzionale. Il *Grundgesetz* rimane il parametro decisivo del sindacato di costituzionalità, rispetto al quale la CEDU esercita tuttavia un effetto coadiuvante.

5.2. *Custodia di sicurezza e diritto alla libertà personale.* - All'interno della cornice metodologica così definita, il BVerfG esamina, in secondo luogo, la compatibilità della *Sicherungsverwahrung* con il diritto costituzionale alla libertà personale¹⁴⁰. L'analisi al proposito non si limita, peraltro, alle sole disposizioni oggetto di ricorso, e relative all'espunzione con efficacia *ex tunc* del limite massimo decennale e alla custodia di sicurezza postuma. In ragione della complessità della materia, il Tribunale Costituzionale Federale estende il suo sindacato di conformità al combinato disposto degli artt. 2 co. 2° frase 2° e 104 co. 1° frase 1° GG¹⁴¹ alla disciplina sostanziale complessiva della *Sicherungsverwahrung*¹⁴².

Il BVerfG conferma, innanzitutto, l'impostazione tradizionale secondo la quale l'interferenza nel godimento della libertà personale costituita dalla custodia di

135 Il ruolo di ausilio ermeneutico rispetto alla Legge Fondamentale attribuito dall'ordinamento tedesco al sistema convenzionale è motivato dal principio costituzionale dell'apertura al diritto internazionale (*Völkerrechtsfreundlichkeit*, BVerfG, 14 ottobre 2004, 2 BvR 1481/04, http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104.html, consultato il 27 ottobre 2011) ed ai diritti umani (art. 1 co. 2° GG).

136 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 79 ss.

137 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 85 ss.

138 Art. 59 co. 2° GG.

139 V. nota n° 135.

140 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 95 ss.

141 Ai sensi del § 78 della legge sul Tribunale Costituzionale Federale del 12 marzo 1951 (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*).

142 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 166.

sicurezza è legittima nella misura in cui essa risulti proporzionale alle esigenze di tutela della collettività¹⁴³. Rispetto alla giurisprudenza precedente, il controllo di proporzionalità diventa però ora più articolato e rigoroso. La regola della proporzionalità non si esaurirebbe, in particolare, nel profilo sostanziale relativo ai requisiti di applicabilità della misura, e nemmeno in quello procedurale del controllo periodico circa la perdurante pericolosità del soggetto¹⁴⁴. Alla luce del disposto dell'art. 7 co. 1° frase 2° CEDU, che sottopone tutte le sanzioni punitive al divieto di retroattività, il controllo di proporzionalità riguarderebbe anche e soprattutto le modalità di esecuzione della *Sicherungsverwahrung*¹⁴⁵. Solo in presenza di una distinzione concreta, nella fase di esecuzione, tra pena e custodia di sicurezza, quest'ultima sarebbe al contempo conforme al principio di proporzionalità, nonché sottratta alla garanzia di irretroattività in materia penale *ex art. 7 co. 1° CEDU*.

Il BVerfG decide, insomma, di non aderire all'equiparazione tra pena e misure di sicurezza operata dal foro di Strasburgo. Esso esige, tuttavia, la sussistenza di una differenza reale tra i due provvedimenti, corrispondente al loro diverso carattere, rispettivamente retributivo e preventivo (*Abstandsgebot*)¹⁴⁶. Il Tribunale Costituzionale Federale formula, a tal fine, alcune linee fondamentali che dovrebbero figurare nella disciplina della *Sicherungsverwahrung* per distinguerla dalla pena. Si tratta, in particolare, dell'orientamento della misura detentiva al riottenimento della libertà, della limitazione della sua invasività al livello minimo necessario per garantire la sicurezza collettiva¹⁴⁷, nonché dell'approccio terapeutico mirato alla riduzione della pericolosità del soggetto e della durata della detenzione¹⁴⁸.

Il BVerfG aggiunge, inoltre, che al solo Legislatore spetterebbe di definire nel dettaglio le modalità di esecuzione della custodia di sicurezza, in quanto tale materia sarebbe sottratta alla discrezionalità dei poteri esecutivo e giudicante¹⁴⁹. Secondo il Tribunale Costituzionale Federale, i criteri concreti di esecuzione dovrebbero senz'altro tenere in conto il carattere di *ultima ratio* della *Sicherungsverwahrung*¹⁵⁰, e prevedere la redazione di un piano preciso, compilato in seguito ad una visita medica specialistica, a base della detenzione¹⁵¹. Essi dovrebbero, inoltre, imporre che la custodia di sicurezza

143 In questo senso già BVerfG, 5 febbraio 2004, cit., n° 94 ss.

144 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 98 e 118.

145 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 100 ss.

146 L'obbligo di distinzione concreta tra reclusione e custodia di sicurezza è già menzionato, seppur in termini meno incisivi, in BVerfG, 5 febbraio 2004, cit., n° 127 ss.

147 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 108.

148 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 101.

149 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 110.

150 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 112.

151 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 113.

venga eseguita in reparti separati degli istituti penitenziari¹⁵², e che a favore degli internati possano essere concessi permessi di libera uscita¹⁵³. Sarebbe necessario, infine, che i detenuti a titolo preventivo dispongano di assistenza legale durante la custodia¹⁵⁴, nonché di supporto adeguato anche in seguito alla liberazione¹⁵⁵.

Il Tribunale Costituzionale Federale riconosce che la normativa attuale in materia di *Sicherungsverwahrung* si è, al contrario, sviluppata senza un approccio complessivo orientato alla risocializzazione dell'autore¹⁵⁶. Esso ricorda che, nella prassi, la reclusione e la custodia di sicurezza sono eseguite in condizioni analoghe, e rileva inoltre la carenza di supporto psicologico e psichiatrico a favore degli internati. Il BVerfG valuta, infine, come insoddisfacente la consuetudine di concedere solo eccezionalmente dei periodi di interruzione della detenzione, e come insufficiente il supporto fornito in seguito alla liberazione. Per questi motivi, la disciplina tedesca della *Sicherungsverwahrung* sarebbe incompatibile con l'obbligo di distinzione tra pena e misure di sicurezza. Di conseguenza, la custodia di sicurezza nel suo assetto attuale non soddisferebbe il requisito della proporzionalità, e costituirebbe quindi un'interferenza illegittima nel diritto costituzionale al godimento della libertà personale¹⁵⁷.

Dalla dichiarazione di incostituzionalità della normativa sostanziale complessiva in materia di *Sicherungsverwahrung* per contrarietà al combinato disposto degli artt. 2 co. 2° frase 2° e 104 co. 1° frase 1° GG consegue l'obbligo, per il Legislatore tedesco, di elaborare una nuova disciplina della custodia di sicurezza. Essa dovrà, secondo il BVerfG, corrispondere ad una concezione della detenzione preventiva finalizzata alla risocializzazione dell'autore, ed essere improntata ad un approccio terapeutico conforme ai criteri di esecuzione menzionati dalla legge del 2010 sull'internamento terapeutico¹⁵⁸, nonché nella sentenza stessa¹⁵⁹. Per evitare il vuoto normativo, il Tribunale Costituzionale Federale dispone, infine, che la normativa attuale rimane in vigore fino ad un nuovo intervento legislativo, entro il limite massimo del 31 maggio 2013, ma può essere applicata solo dopo un rigoroso controllo

152 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 115.

153 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., *loc. cit.*

154 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 117.

155 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 116.

156 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 119 ss.

157 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 128 ss.

158 § 2 della legge sull'internamento terapeutico, cit.

159 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 129 s. In virtù della competenza concorrente tra *Bund* e *Länder* in materia penale *ex art. 74 co. 1° n° 1 GG*, al *Bund* spetterà in particolare la determinazione delle linee generali della disciplina, mentre i *Länder* definiranno le regole esecutive della misura.

di proporzionalità, ed in particolare nei casi di pericolo di commissione di gravi reati violenti o sessuali¹⁶⁰.

5.3. *Custodia di sicurezza e tutela dell'affidamento.* - Nella terza parte della decisione, il BVerfG esamina la questione della compatibilità dell'espunzione con efficacia *ex tunc* del termine massimo decennale previsto per il primo internamento a titolo preventivo¹⁶¹, nonché della custodia di sicurezza postuma¹⁶², con la garanzia fondamentale della tutela dell'affidamento *ex* combinato disposto degli artt. 2 co. 2° e 20 co. 3° GG¹⁶³. In continuità con la giurisprudenza anteriore, il parametro di valutazione adottato dal Tribunale Costituzionale Federale non è l'art. 103 co. 2° GG, che nell'ordinamento interno corrisponde all'art. 7 co. 1° CEDU nel sancire il divieto di retroattività in materia penale. Diversamente dalla Corte Europea, il BVerfG considera, infatti, che nell'ordinamento tedesco la *Sicherungsverwahrung*, in quanto misura di sicurezza, è sottratta alla regola della assoluta irretroattività valevole per la sola pena¹⁶⁴.

Rispetto alle decisioni precedenti, la garanzia fondamentale della tutela dell'affidamento è ora interpretata in modo più stringente, e coadiuvata dalle indicazioni derivanti dagli artt. 5 co. 1° e 7 co. 1° frase 2° CEDU¹⁶⁵. Secondo il Tribunale Costituzionale Federale, la proroga oltre il previo limite decennale della misura in corso di esecuzione e l'applicazione della custodia di sicurezza postuma costituirebbero, in particolare, un'interferenza nell'affidamento dei detenuti circa il diritto in vigore al momento della condanna¹⁶⁶. Ciò sarebbe vero, peraltro, a prescindere dalla qualificazione dell'efficacia *ex tunc* della normativa in esame in termini di retroattività effettiva oppure apparente. Tale interferenza nell'affidamento sarebbe legittima solo se strettamente proporzionale rispetto agli altri interessi in gioco¹⁶⁷.

160 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 167 ss.

161 § 67d co. 3° StGB e § 1a co. 3° EGStGB nella versione risultante dalla legge sulla lotta contro i reati sessuali ed altri reati pericolosi, cit., in combinato disposto con il § 2 co. 6° StGB.

162 § 66b StGB inserito dalla legge sull'introduzione della custodia di sicurezza postuma, cit., in combinato disposto con il § 2 co. 6° StGB.

163 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 131 ss.

164 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 141.

165 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 137 ss.

166 In merito alla custodia di sicurezza postuma sembrerebbe, tuttavia, opportuno distinguere i casi di applicazione della misura a fatti commessi prima oppure dopo l'entrata in vigore della relativa normativa. L'efficacia rispetto al passato non è, infatti, connaturata all'istituto *tout court*, ma dipende piuttosto dal suo regime di applicazione temporale, risultante dal § 2 co. 6° StGB. Né la decisione in esame, né la dottrina tedesca operano però, perlomeno espressamente, una simile differenziazione.

167 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 133 ss.

Tuttavia, nell'ipotesi in cui non fosse garantita la dovuta distinzione tra le modalità di esecuzione della pena e quelle della custodia di sicurezza, sotto l'influenza dell'art. 7 co. 1° frase 2° CEDU la garanzia della tutela dell'affidamento assumerebbe una valenza pressoché assoluta¹⁶⁸, rendendo superfluo il bilanciamento degli interessi. Al di fuori di questo caso, il controllo di proporzionalità dovrebbe essere operato alla luce dell'art. 5 co. 1° CEDU. Secondo il BVerfG, in adesione alla giurisprudenza della Corte Europea, la lettera e) di tale disposizione autorizzerebbe, sola, l'applicazione retroattiva di una disciplina sanzionatoria più severa, limitatamente agli autori affetti da una seria malattia mentale. Nell'ordinamento tedesco, tale ultima nozione sarebbe concretizzata, in particolare, dall'espressione di "disturbo psichico" contenuta nella legge del 2010 sull'internamento terapeutico¹⁶⁹.

Il BVerfG conclude che, nell'ordinamento costituzionale tedesco interpretato alla luce della Convenzione Europea, l'espunzione con efficacia *ex tunc* del limite decennale previsto per il primo internamento a titolo preventivo, nonché la custodia di sicurezza postuma, sarebbero legittime solo nelle ipotesi in cui tre condizioni sussistessero cumulativamente: la chiara distinzione tra le modalità esecutive della pena e quelle della custodia di sicurezza; un alto grado di pericolo concreto di commissione di gravi reati violenti o sessuali; il disturbo psichico dell'autore ai sensi della legge del 2010 sull'internamento terapeutico¹⁷⁰.

Secondo il Tribunale Costituzionale Federale, i §§ 67d co. 3° e 66b StGB in combinato disposto con i §§ 1a co. 3° EGStGB e 2 co. 6° StGB non soddisferebbero, nella formulazione attuale, tali requisiti sotto un duplice profilo. In primo luogo, essi non garantirebbero la necessaria distinzione tra le modalità esecutive della reclusione e quelle della *Sicherungsverwahrung*. La loro efficacia retroattiva sarebbe di conseguenza incompatibile con una garanzia di tutela dell'affidamento di valenza pressoché assoluta per effetto dell'art. 7 co. 1° frase 2° CEDU. Inoltre, l'applicabilità *ex tunc* delle disposizioni più severe rispetto alla generalità degli autori esorbiterebbe dai limiti imposti dall'art. 5 co. 1° lett. e) CEDU.

Il BVerfG dichiara, di conseguenza, le disposizioni relative all'espunzione con efficacia *ex tunc* del limite decennale previsto per il primo internamento a titolo preventivo, nonché alla custodia di sicurezza postuma, illegittime anche per violazione della garanzia fondamentale della tutela dell'affidamento. Pure esse rimangono, tuttavia, in vigore fino ad un nuovo intervento legislativo, entro il limite massimo del 31 maggio 2013¹⁷¹. In tale periodo transitorio la loro applicazione dovrà, però, essere

168 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 139.

169 § 1 co. 1° n° 1 ThUG.

170 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 156.

171 BVerfG, 04 maggio 2011, cit., n° 167 ss.

limitata agli autori affetti da un disturbo psichico¹⁷² e che presentino un alto rischio di commissione di gravi reati violenti e sessuali¹⁷³.

6. Valutazione critica della sentenza.

Nella decisione del BVerfG dello scorso maggio è agevole leggere, come è stato sostenuto anche da una parte della dottrina tedesca¹⁷⁴, una soluzione di compromesso tra la giurisprudenza anteriore del Tribunale Costituzionale Federale¹⁷⁵ e le posizioni adottate recentemente dalla Corte Europea in materia di *Sicherungsverwahrung*¹⁷⁶. Gli snodi fondamentali della sentenza riguardano il ruolo della CEDU nell'ordinamento tedesco, le modalità concrete di esecuzione della custodia di sicurezza alla luce del diritto fondamentale al godimento della libertà personale, nonché i limiti costituzionali all'applicabilità retroattiva della disciplina relativa alla misura detentiva.

Partendo dalle reazioni alla pronuncia da parte dei penalisti e dei costituzionalisti tedeschi, è possibile valutare criticamente la soluzione delineata dal Tribunale Costituzionale Federale in merito a tali questioni.

Quanto al primo aspetto, l'ordinamento tedesco è uno dei pochi sistemi giuridici europei che attribuiscono alla CEDU il rango di legge ordinaria. Nella maggioranza degli Stati membri del Consiglio d'Europa, la Convenzione Europea è sovraordinata alla legge ordinaria, e in alcuni casi ha persino rango costituzionale. Nonostante la funzione di ausilio nell'interpretazione della Legge Fondamentale che il BVerfG riconosce alla CEDU, l'esperienza maturata negli altri Paesi Europei sembra sollecitare una riflessione più avanzata. Ci si potrebbe, in particolare, interrogare circa l'opportunità di una possibile attribuzione di prevalenza alla Convenzione Europea sulla legge ordinaria anche da parte dell'ordinamento tedesco¹⁷⁷. Dal punto di vista transnazionale, sembrerebbe inoltre altrettanto auspicabile, *de iure condendo*, il riconoscimento di efficacia vincolante alle decisioni della Corte Europea nei confronti della Corte Supreme nazionali, al fine di migliorare la certezza del diritto ed incentivare l'apertura dei sistemi interni al diritto internazionale¹⁷⁸.

172 Ai sensi del § 1 co. 1° n° 1 ThUG.

173 BVerfG, 04 maggio 2011, cit, n° III.2.a del dispositivo.

174 A. KREUZER, T. BARTSCH, *nota a BVerfG - 2 BvR 2365/09 et al.*, cit., 472 s.

175 In particolare BVerfG, 5 febbraio 2004, cit.

176 CEDU, 17 dicembre 2009, M. v. Germania, cit.; CEDU, 13 gennaio 2011, Kallweit v. Germania, cit.; CEDU, 13 gennaio 2011, Mauter v. Germania, cit.; CEDU, 13 gennaio 2011, Schummer v. Germania, cit.; CEDU, 13 gennaio 2011, Haidn v. Germania, cit.

177 A. KREUZER, T. BARTSCH, *op. cit.*, 474.

178 A. KREUZER, T. BARTSCH, *op. loc. cit.*

In secondo luogo, le determinazioni puntuali circa le modalità concrete di esecuzione della custodia di sicurezza contenute nella decisione dello scorso maggio costituiscono un'evoluzione positiva nel senso della specificazione del significato della regola della proporzionalità, rispetto alle indicazioni vaghe abbozzate al proposito dalla giurisprudenza precedente del Tribunale Costituzionale Federale¹⁷⁹. Ciò nondimeno, va rilevato che l'argomentazione del BVerfG omette di considerare espressamente un ostacolo maggiore alla valutazione della proporzionalità tra la misura privativa della libertà e le esigenze di tutela della sicurezza pubblica. Il Tribunale Costituzionale Federale non tiene conto, infatti, dell'esistenza inevitabile di larghi margini di incertezza relativi alla diagnosi di pericolosità¹⁸⁰. Una lettura della regola della proporzionalità alla luce dell'ineliminabilità degli errori diagnostici potrebbe suggerire la reintroduzione di un limite massimo temporale per la detenzione preventiva¹⁸¹, perlomeno nell'ipotesi che essa sia applicata agli autori primari¹⁸².

Ma lo snodo più problematico della decisione appare, invero, la legittimazione espressa, benché limitata al caso formalmente eccezionale dell'autore affetto da un disturbo psichico, dell'efficacia *ex tunc* dell'espunzione del limite massimo decennale previsto per il primo internamento a titolo preventivo¹⁸³, nonché della custodia di sicurezza postuma¹⁸⁴.

A tale soluzione può essere mossa una critica triplice.

In primo luogo, come è stato evidenziato anche da una parte della dottrina tedesca, la nozione di disturbo psichico contenuta nella legge del 2010 sull'internamento terapeutico¹⁸⁵ è più ampia di quella di grave malattia mentale *ex art.* 5 co. 1° lett. e) CEDU. La costruzione del BVerfG travalica, di conseguenza, i vincoli posti dalla Convenzione Europea alla legittimità dell'applicazione di un provvedimento restrittivo della libertà personale non risultante direttamente da una decisione di condanna¹⁸⁶.

Appare criticabile, inoltre, che la verifica del BVerfG circa i limiti costituzionali all'applicabilità retroattiva della disciplina in materia di custodia di sicurezza sia

179 Il riferimento è in particolare a BVerfG, 5 febbraio 2004, cit. A. KREUZER, T. BARTSCH, *op. cit.*, 476.

180 A. KREUZER, T. BARTSCH, *op. cit.*, 474; F. STRENG, *Die Zukunft der Sicherungsverwahrung nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 828 ss., 834.

¹⁸¹ V. nota n° 63.

182 F. STRENG, *op. cit.*, 830, 834.

183 § 67d co. 3° StGB e § 1a co. 3° EGStGB nella versione risultante dalla legge sulla lotta contro i reati sessuali ed altri reati pericolosi, cit., in combinato disposto con il § 2 co. 6° StGB.

184 § 66b StGB inserito dalla legge sull'introduzione della custodia di sicurezza postuma, cit., in combinato disposto con il § 2 co. 6° StGB.

185 § 1 co. 1° n° 1 ThUG.

186 A. KREUZER, T. BARTSCH, *op. cit.*, 473; F. STRENG, *op. cit.*, 831 s.

circoscritta all'analisi dei §§ 67d co. 3° e 66b StGB, in combinato disposto con i §§ 1a co. 3° EGStGB e 2 co. 6° StGB¹⁸⁷. Questo approccio sembra riconducibile alla circostanza che la giurisprudenza della Corte Europea sulla *Sicherungsverwahrung* si è finora focalizzata espressamente su tali profili specifici. Ciò nondimeno, non si può trascurare al riguardo che l'intera normativa relativa alla custodia di sicurezza produce effetti rispetto al passato nei termini definiti dal § 2 co. 6° StGB.

Quest'ultima disposizione prevede, come regola generale, che la custodia di sicurezza sia regolata dal diritto in vigore "al momento della decisione". Il concetto di decisione è indeterminato, e potrebbe riferirsi tanto alla sentenza di condanna che alle determinazioni adottate successivamente da parte del tribunale dell'esecuzione. In entrambi i casi, la norma contenuta al § 2 co. 6° StGB autorizza l'applicazione della disciplina eventualmente più severa intervenuta tra il momento di commissione del fatto e quello della "decisione". Di conseguenza, ed alla luce della garanzia fondamentale della tutela dell'affidamento, sarebbe stato ragionevole e necessario che lo scorso maggio il BVerfG intraprendesse un esame esplicito del regime generale di applicazione temporale della normativa in materia di *Sicherungsverwahrung*.

Infine, merita di essere sottolineato come la soluzione del Tribunale Costituzionale Federale circa i limiti costituzionali all'applicabilità retroattiva della disciplina della custodia di sicurezza, derivati dal combinato disposto degli artt. 2 co. 2° e 20 co. 3° GG, continui a fare apoditticamente perno sul dogma della distinzione ontologica tra pena e misure di sicurezza. Il rifiuto del BVerfG di considerare la normativa relativa alla *Sicherungsverwahrung* sotto l'angolo visuale del divieto di retroattività in materia penale contenuto all'art. 103 co. 2° GG è motivato dalla volontà di assicurare alcuni margini di flessibilità all'applicazione temporale della misura detentiva.

Nello spazio giuridico europeo, tuttavia, la dicotomia artificiale di pena e misure di sicurezza si confronta oggi con l'approccio pragmatico della Corte Europea rispetto alla nozione autonoma di pena *ex art. 7 co. 1° frase 2° CEDU*¹⁸⁸. Anche oltre i confini dell'ordinamento tedesco, il peso politico della posizione adottata al proposito dal foro di Strasburgo sembra imporre un ripensamento profondo delle garanzie individuali di cui è necessario dotare l'apparato delle misure di sicurezza, ed è suscettibile di riportare in primo piano la riflessione circa la compatibilità *tout court* del sistema del doppio binario con il principio fondamentale del *ne bis in idem*

7. Il sistema del doppio binario nello spazio giuridico europeo.

187 Circa la relazione tra custodia di sicurezza postuma e retroattività, v. però note n° 81 e 166.

188 CEDU, 9 febbraio 1995, *Welch v. The United Kingdom*, cit., 27 ss., CEDU, 17 dicembre 2009, *M. v. Germania*, cit., n° 106 ss.

L'interpretazione estensiva della nozione di pena *ex art. 7 co. 1° frase 2° CEDU* operata dalla Corte Europea nel contesto tedesco fino a ricomprendere la *Sicherungsverwahrung*¹⁸⁹, potrebbe contenere due implicazioni anche per gli Stati membri del Consiglio d'Europa che, come l'Italia, adottano il sistema del doppio binario¹⁹⁰. La prima, e più immediata, sembra consistere nel sollecitare questi ordinamenti nazionali ad istituire dei limiti garantistici pregnanti a cui sottoporre l'applicazione delle misure di sicurezza.

Tali garanzie individuali rispetto all'intromissione nella sfera della libertà personale per finalità di prevenzione della recidiva apparirebbero, in particolare, ricalcabili su quelle già conosciute, nello stato costituzionale di diritto, dalla materia penale vera e propria. Ne conseguirebbe il ruolo cardine, all'interno del sistema garantistico pertinente alle misure preventive¹⁹¹, di un'interpretazione rigorosa del principio di legalità rispetto alla generalità delle sanzioni punitive, che enfatizzi soprattutto la regola di stretta irretroattività.

Ma l'affiancamento di pena e custodia di sicurezza all'interno della medesima nozione autonoma di pena *ex art. 7 co. 1° frase 2° CEDU* operato dalla Corte Europea¹⁹² potrebbe avere delle conseguenze di portata ancora più ampia. Non sembra escludibile, infatti, che tale approccio riaccenda la discussione circa la compatibilità, nello spazio giuridico europeo, delle misure di sicurezza *tout court* con la garanzia fondamentale del *ne bis in idem*. La legittimità dei provvedimenti preventivi cumulabili alla pena dipenderebbe, allora, dalla praticabilità concreta di una distinzione effettiva tra le due categorie di sanzioni, che ne renda visibile la diversa finalità attraverso modalità di esecuzione radicalmente differenziate. Laddove tale via si rivelasse di fatto non percorribile, al Legislatore interno non rimarrebbe che il superamento del sistema del doppio binario.

8. Appendice: le massime della sentenza del *Bundesverfassungsgericht*.

1. *Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, die neue Aspekte für die Auslegung des Grundgesetzes enthalten, stehen rechtserheblichen Änderungen*

¹⁸⁹ CEDU, 17 dicembre 2009, M. v. Germania, cit., *loc. cit.*

¹⁹⁰ Nel spazio giuridico europeo, i Paesi che adottano il sistema del doppio binario sono, invero, l'eccezione e non la regola. Si tratta di Austria, Danimarca, Germania, Italia, Liechtenstein, San Marino, Repubblica Slovacca e Svizzera. J. KINZIG, *Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland*, cit., 234.

¹⁹¹ V. nota n° 63.

¹⁹² CEDU, 17 dicembre 2009, M. v. Germania, cit., *loc. cit.*

gleich, die zu einer Überwindung der Rechtskraft einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts führen können.

Le decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che contengono nuovi aspetti relativi all'interpretazione della Legge Fondamentale equivalgono a dei mutamenti rilevanti dell'ordinamento, i quali possono condurre al superamento dell'autorità di cosa giudicata di una decisione del Tribunale Costituzionale Federale.

2. a) Die Europäische Menschenrechtskonvention steht zwar innerstaatlich im Rang unter dem Grundgesetz. Die Bestimmungen des Grundgesetzes sind jedoch völkerrechtsfreundlich auszulegen. 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 (BVerfGE 74, 358 <370>; stRspr).

a) Nell'ordinamento interno, la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo è subordinata alla Legge Fondamentale. L'interpretazione delle disposizioni della Legge Fondamentale deve, tuttavia, essere orientata al diritto internazionale. Al livello costituzionale, il testo convenzionale e la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo costituiscono un ausilio per la determinazione del contenuto e della portata dei diritti fondamentali e dei principi dello stato di diritto della Legge Fondamentale (BVerfGE 74, 358 <370>; giurisprudenza costante).

b) Die völkerrechtsfreundliche Auslegung erfordert keine schematische Parallelisierung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der Europäischen Menschenrechtskonvention (vgl. BVerfGE 111, 307 <323 ff.>).

b) L'interpretazione orientata al diritto internazionale non richiede l'istituzione schematica di un parallelo tra le previsioni della Legge Fondamentale e quelle della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo (v. BVerfGE 111, 307 <323 ss.>).

c) Grenzen der völkerrechtsfreundlichen Auslegung ergeben sich aus dem Grundgesetz. Die Berücksichtigung der Europäischen Menschenrechtskonvention darf nicht dazu führen, dass der Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz eingeschränkt wird; das schließt auch die Europäische Menschenrechtskonvention selbst aus (vgl. Art. 53 EMRK). 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.

c) Dalla Legge Fondamentale risultano dei limiti all'interpretazione orientata al diritto internazionale. La presa in considerazione della Convenzione Europea per la

Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo non può condurre alla restrizione della protezione dei diritti fondamentali garantita dal Grundgesetz; ciò è escluso dalla stessa Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo (v. art. 53 CEDU). Questo freno alla recezione può diventare rilevante soprattutto nell'ipotesi di relazioni giuridiche multipolari, nelle quali il "più" di libertà per un titolare di diritti fondamentali significa al contempo un "meno" per l'altro. Le possibilità di un'interpretazione orientata al diritto internazionale terminano laddove essa non appaia più accettabile alla luce dei criteri riconosciuti di interpretazione della legge e della Costituzione.

3. a) *Der in der Sicherungsverwahrung liegende, schwerwiegende Eingriff in das Freiheitsgrundrecht (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) ist nur nach Maßgabe strikter Verhältnismäßigkeitsprüfung und unter Wahrung strenger Anforderungen an die zugrundeliegende Entscheidung und die Ausgestaltung des Vollzugs zu rechtfertigen. Dabei sind auch die Wertungen des Art. 7 Abs. 1 EMRK zu berücksichtigen.*

a) L'interferenza considerevole nel godimento della libertà personale (art. 2 co. 2° frase 2° GG) costituita dalla custodia di sicurezza è giustificabile solo dietro un rigoroso controllo di proporzionalità ed in presenza di requisiti severi relativi alla decisione alla base del provvedimento, ed all'organizzazione della sua esecuzione. Al proposito bisogna tenere in considerazione anche le previsioni dell'art. 7 co. 1° CEDU.

b) *Die Sicherungsverwahrung ist nur zu rechtfertigen, wenn der Gesetzgeber bei ihrer Konzeption dem besonderen Charakter des in ihr liegenden Eingriffs hinreichend Rechnung und dafür Sorge trägt, dass über den unabdingbaren Entzug der "äußeren" Freiheit hinaus weitere Belastungen vermieden werden. Dem muss durch einen freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug Rechnung getragen werden, der den allein präventiven Charakter der Maßregel sowohl gegenüber dem Unterbrachten als auch gegenüber der Allgemeinheit deutlich macht. Der Freiheitsentzug ist - in deutlichen Abstand zum Strafvollzug ("Abstandsgebot", vgl. BVerfGE 109, 133 <166>) - so auszugestalten, dass die Perspektive der Wiedererlangung der Freiheit sichtbar die Praxis der Unterbringung bestimmt.*

b) La custodia di sicurezza è giustificabile solo allorquando il Legislatore, nel concepire il provvedimento, ne tenga sufficientemente in conto il potenziale intromissivo, e si preoccupi di evitare carichi ulteriori rispetto alla privazione imprescindibile della libertà personale. Tale obiettivo deve essere perseguito attraverso un'esecuzione della misura orientata al riottenimento della libertà ed improntata ad un approccio terapeutico, la quale renda chiaro tanto all'internato che alla collettività il carattere esclusivamente preventivo del provvedimento. La privazione della libertà personale deve essere strutturata in maniera chiaramente distinta dall'esecuzione della pena ("obbligo di distinzione", v. BVerfGE 109, 133 <166>), di tal guisa che la prospettiva di riottenimento della libertà determini visibilmente la prassi detentiva.

c) *Das verfassungsrechtliche Abstandsgebot ist für alle staatliche Gewalt verbindlich und richtet sich zunächst an den Gesetzgeber, dem aufgegeben ist, ein entsprechendes Gesamtkonzept der Sicherungsverwahrung zu entwickeln und normativ festzuschreiben. Die zentrale Bedeutung, die diesem Konzept für die Verwirklichung des Freiheitsgrundrechts des Untergebrachten zukommt, gebietet eine gesetzliche Regelungsdichte, die keine maßgebliche Fragen der Entscheidungsmacht von Exekutive und Judikatur überlässt, sondern deren Handeln in allen wesentlichen Bereichen determiniert.*

c) L'obbligo costituzionale di distinzione vincola tutti i poteri statali, e si rivolge innanzitutto al Legislatore, il quale ha il compito di sviluppare corrispondentemente e definire normativamente il concetto complessivo della custodia di sicurezza. Il significato centrale che spetta a tale concetto per la realizzazione del diritto alla libertà personale dell'internato impone una disciplina legislativa puntuale della materia, la quale non rimetta nessuna questione determinante alle prerogative decisionali dei poteri esecutivo e giurisdizionale, ma al contrario determini la loro azione sotto tutti i profili sostanziali.

d) *Die Ausgestaltung des Abstandsgebots muss bestimmten verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen genügen (näher unter C. I. 2. a) ee).*

d) La strutturazione concreta dell'obbligo di distinzione deve soddisfare alcuni requisiti costituzionali minimi (più nel dettaglio *sub C. I. 2. a) ee*).

4. *Der in der nachträglichen Verlängerung der Sicherungsverwahrung über die frühere Zehnjahreshöchstfrist hinaus und in der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung liegende, schwerwiegende Eingriff in das Vertrauen des betroffenen Personenkreises ist angesichts des damit verbundenen schwerwiegenden Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) verfassungsrechtlich nur nach Maßgabe strikter Verhältnismäßigkeitsprüfung und zum Schutz höchster Verfassungsgüter zulässig. Das Gewicht der berührten Vertrauensschutzbelange wird durch die Wertungen der Europäischen Menschenrechtskonvention in Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 EMRK verstärkt.*

L'interferenza importante nell'affidamento dei destinatari della misura costituita dall'estensione *ex post* della custodia di sicurezza oltre il previo limite decennale e dall'applicazione postuma della custodia di sicurezza è, alla luce della considerevole limitazione del diritto al godimento della libertà personale (art. 2 co. 2° frase 2° GG) ad essa collegata, ammissibile solo dietro un controllo rigoroso di proporzionalità, ed al fine di tutelare i beni costituzionali di più alto rango. Il rilievo degli interessi alla tutela dell'affidamento è rafforzato dalle valutazioni della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo *ex artt. 5 co. 1° e 7 co. 1° CEDU*.