

ADA FAMIGLIETTI

Ricercatore confermato di Procedura penale – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

La definizione del procedimento penale per incapacità irreversibile dell'imputato

The conclusion of the criminal proceedings for defendant's irreversible incapacity

La riforma Orlando opera la distinzione tra capacità reversibile e irreversibile dell'imputato, modificando l'art. 71 c.p.p., che subordina la sospensione del procedimento all'accertamento dell'incapacità temporanea, e introducendo il nuovo art. 72-bis c.p.p. Tale previsione disciplina la definizione del procedimento per incapacità irreversibile dell'imputato, segnando il definitivo tramonto della logica degli “eterni giudicabili”. L'unico ostacolo alla declaratoria d'improcedibilità per incapacità permanente è l'applicazione delle misure di sicurezza, diverse dalla confisca, nei confronti dell'imputato socialmente pericoloso.

The Orlando reform distinguishes between reversible and irreversible capacity of the defendant, by modifying the art. 71 c.p.p., which subordinates the suspension of proceedings to the verification of temporary incapacity, and by introducing the new art. 72-bis c.p.p. Such a provision governs the conclusion of the proceedings for the irreversible incapacity of the accused, marking the definitive sunset of the logic of the “eternal defendants”. The only obstacle to the declaration of permanent incapacity is the application of security measures, other than confiscation, for the socially dangerous accused.

PREMESSA

La l. 26 giugno 2017, n. 103, nota come “riforma Orlando”¹ introduce significative modifiche al codice penale e al codice di procedura penale². Tra le innovazioni più importanti, spicca la disciplina della definizione del procedimento per incapacità irreversibile dell'imputato, ai sensi dell'art. 72-bis c.p.p., che segna il definitivo tramonto della logica degli “eterni giudicabili”, sottoposti a procedimento perenne perché incapaci di stare in giudizio³. Si tratta di un cambio di passo già preannunciato dalla Corte costituzionale, che, relativamente alla sospensione del processo per incapacità dell'imputato e alla prescrizione del reato, aveva richiamato l'interesse verso il tema della capacità a stare in giudizio.

Un primo tentativo di rimedio alle incoerenze della disciplina previgente era stato rappresentato dalla sentenza costituzionale n. 23 del 2013, che, pur senza dichiarare l'illegittimità delle norme censura-

¹ G.U., Sr. gen., 4 luglio 2017, n. 154.

² In argomento, A. Scalfati, *Tomografia di una riforma*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale, Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 75 ss.; E. Lorenzetto, *Processo penale e legge n. 103 del 2017: la riforma che non c'è*, in *questa Rivista*, 2017, p. 1064 ss.; P. Dell'Anno, *Le tre deleghe sulla riforma processuale introdotte dalla legge n. 103 del 2017*, in *questa Rivista*, 2017, p. 1084 ss.; M. Gialuz-A. Cabiale-J. Della Torre, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 3, p. 173 ss.; G. Spangher, *La riforma Orlando della giustizia penale. Prime riflessioni*, in G. Spangher (a cura di), *La Riforma Orlando, Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pisa, Pacini Giuridica, 2017, p. 11 ss.

³ Al riguardo, A. Pagliano, *L'incapacità irreversibile dell'imputato*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, cit., p. 75 ss.; L. Scomparin, *La nuova causa di improcedibilità per incapacità irreversibile dell'imputato: il traguardo di una soluzione attesa e i residui dubbi sui margini dei poteri proscioglitori del giudice*, in *Legislazione pen.*, 14 novembre 2017, p. 1 ss.; G. Spangher, *Gli “eterni giudicabili”*, in Id. (a cura di), *La Riforma Orlando*, cit., p. 101.

te, aveva rivolto un monito al legislatore, riaprendo un dibattito ventennale in materia⁴. Successivamente, nel 2015 la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della sospensione *sine die* della prescrizione del reato, come disciplinata dall'art. 159, comma 1, c.p. una volta accertata l'incapacità irreversibile dell'imputato di partecipare coscientemente al processo⁵.

Pertanto, sulla base di tali presupposti interpretativi, il legislatore del 2017, spinto da ragioni di economia processuale, opera una netta distinzione tra capacità reversibile e irreversibile dell'imputato. È modificato, in primo luogo, l'art. 71 c.p.p. che subordina la sospensione del procedimento all'accertamento dell'incapacità temporanea e reversibile. Si introduce, poi, il nuovo art. 72-bis c.p.p. a norma del quale: «Se, a seguito degli accertamenti previsti dall'art. 70, risulta che lo stato mentale dell'imputato è tale da impedire la cosciente partecipazione al procedimento e che tale stato è irreversibile, il giudice, revocata l'eventuale ordinanza di sospensione del procedimento, pronuncia sentenza di non luogo a procedere o sentenza di non doversi procedere, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca».

La l. n. 103 del 2017 novella anche l'art. 345 c.p.p., consentendo di instaurare un procedimento penale nei casi in cui, dopo la conclusione, emerga che un soggetto prosciolto per incapacità irreversibile sia stato dichiarato tale per errore o venga meno la sua incapacità e, quindi, risulti in condizione di partecipare coscientemente al rito.

LA CAPACITÀ DI STARE IN GIUDIZIO

Il codice del 1988 opera la distinzione teorica fra capacità d'intendere e di volere, e capacità di stare in giudizio. La prima indica la pienezza delle facoltà mentali possedute al momento del fatto di reato, ai sensi dell'art. 88 c.p.⁶. La seconda, invece, corrisponde all'attitudine ad esercitare, durante il procedimento, tutti i poteri connessi alla qualità di imputato⁷, con l'obiettivo di garantire il diritto di autodifesa «sul ritenuto presupposto dell'insufficienza della sola difesa tecnica»⁸.

A tal fine, la disciplina vigente ha stabilito che l'infermità sia rilevante da un punto di vista processuale, quando impedisce la "cosciente partecipazione" dell'imputato al processo.

Nel disegno originario del codice del 1988, l'incapacità doveva essere sopravvenuta al fatto, per distinguersi dal vizio totale di mente al momento della commissione del reato. Così, la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 70 c.p.p. nella parte in cui stabiliva che l'incapacità processuale dovesse insorgere successivamente al fatto di reato. La Corte aveva, quindi, ritenuto incapace di stare in giudizio il soggetto inidoneo a parteciparvi consapevolmente, indipendentemente dal sorgere dell'infermità⁹.

⁴Corte cost., sent. 14 febbraio 2013, n. 23, in *Giur. cost.*, 2013, p. 370, con osservazioni di R. Pinardi, *L'inammissibilità di una questione fondata tra moniti al legislatore e mancata tutela del principio di costituzionalità*, *ivi*, p. 377, e O. Mazza, *L'irragionevole limbo processuale degli imputati «eterni giudicabili»*, *ibidem*, p. 384. Su tale decisione, G. Leo, *Il problema dell'incapace «eternamente giudicabile»: un severo monito della Corte costituzionale al legislatore*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 febbraio 2013; L. Scomparin, *Prescrizione del reato e capacità di partecipare coscientemente al processo: nuovamente sub iudice la disciplina degli "eterni giudicabili"*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1826.

⁵Corte cost., sent. 25 marzo 2015, n. 45, in *Giur. cost.*, 2015, p. 370 ss. Su tale decisione, E.A.A. Dei Cas, *Illegittima la disciplina riservata agli "eterni giudicabili"*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2557 ss.; M. Daniele, *Il proscioglimento per prescrizione dei non più "eterni giudicabili"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 aprile 2015; F. Accardo, *Profili critici dello stato irreversibile di incapacità processuale penale, tra recenti sentenze della Consulta e proposte di riforma*, in *Critica del diritto*, 2016, 1, p. 41 ss.

⁶Art. 88 c.p.: «Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente, da escludere la capacità di intendere e di volere». In argomento, P. Moscarini, *La verifica dell'infermità mentale nell'accertamento giudiziario penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 985 ss.

⁷Al riguardo, V. Cavallari, *La capacità dell'imputato*, Milano, Giuffrè, 1968; G. Conso, *Capacità processuale penale*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960, p. 140; O. Dominiononi, *Imputato*, *ivi*, XX, 1970, p. 812; M.G. Aimonetto, *L'incapacità dell'imputato per infermità di mente*, Milano, Giuffrè, 1992; M. Montagna, *L'imputato*, in G. Dean (a cura di), *Soggetti e atti*, I, *Trattato di procedura penale* diretto da G. Spangher, Torino, Utet, 2009, p. 506.

⁸Così, C. Lorè-P. Moscarini, *La valutazione relativa alla incapacità processuale dell'imputato per infermità di mente*, in *Riv. it. medicina legale*, 1999, p. 375 ss.

⁹Corte cost., sent. 20 luglio 1992, n. 340, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2737, con osservazione di M.G. Aimonetto, *Sospensione del processo penale per infermità di mente dell'imputato*, *ivi*, p. 2744. In argomento, A. Giarda, *Infermità mentale dell'imputato al tempo del fatto e sospensione del processo*, in *Corriere giur.*, 1992, p. 1219; E. Aprile, *Incapacità processuale, diritto di autodifesa e sospensione del processo penale dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 340/92*, in *Nuovo dir.*, 1992, p. 747.

L'incapacità processuale comprende sia la patologia, sia l'assenza di elementi tali da condurre al proscioglimento¹⁰. Pertanto, quando non deve essere pronunciata sentenza proscioglitrice o di non luogo a procedere, e vi è ragione di ritenere che l'imputato non è in grado di partecipare coscientemente al processo, il giudice, se occorre, dispone anche d'ufficio perizia, ai sensi dell'art. 70, comma 1, c.p.p., con le forme previste per il dibattimento, anche laddove ci si trovi in una fase anteriore¹¹. L'inciso "se occorre" autorizza il giudice a disporre anche la mera acquisizione di documenti idonei a suffragare l'incapacità, al fine di evitare un inutile dispendio di energie, a fronte di tentativi di simulare un'infermità inesistente da parte dell'imputato¹². Vi possono essere casi in cui la perizia è inutile, sia perché il *deficit* è percepibile *ictu oculi* ed è desumibile da manifestazioni conclamate, riconoscibili secondo la comune esperienza pure in assenza di specifiche conoscenze mediche, sia nel caso di una precedente perizia espletata per verificare l'imputabilità o nell'ipotesi di un peggioramento ricovero in apposita struttura¹³.

Nell'ipotesi in cui il giudice ritenga necessario effettuare perizia, nella fase degli accertamenti non si verifica una sospensione del processo. È inoltre possibile disporre la perizia già in fase di indagini preliminari; in tal caso, le modalità dell'accertamento peritale saranno le stesse previste per l'incidente probatorio. Inoltre vengono sospese le indagini e il pubblico ministero compie i soli atti che non richiedono la partecipazione cosciente della persona sottoposta al procedimento.

Nel caso in cui sia accertata l'incapacità reversibile di stare in giudizio dell'imputato, il giudice sospende il processo e si procede ad una verifica periodica delle condizioni dell'accusato, per garantire una ripresa del giudizio al ripristino delle condizioni di capacità.

L'innovazione normativa operata dalla l. n. 103 del 2017 subordina l'operatività del meccanismo sospensivo all'accertamento della reversibilità dell'infermità. Si tratta di un'importante precisazione, che supera una pronuncia della Corte costituzionale secondo cui solo le infermità fisiche irreversibili, tali da pregiudicare la possibilità di comprendere e di essere parte attiva del procedimento, possono essere ricondotte alla disciplina degli accertamenti e alla sospensione delle attività procedurali¹⁴.

La prima verifica dell'incapacità avviene sei mesi dopo l'ordinanza di sospensione e le eventuali nuove verifiche avvengono a distanza di sei mesi l'una dall'altra, ai sensi dell'art. 72, comma 2, c.p.p. Allo scadere del sesto mese dalla pronuncia dell'ordinanza di sospensione del procedimento, o anche prima quando ne ravvisi l'esigenza, il giudice dispone ulteriori accertamenti peritali sullo stato di mente dell'imputato. Analogamente provvede a ogni successiva scadenza di sei mesi, qualora il procedimento non abbia ripreso il suo corso.

Con il provvedimento di sospensione, il giudice nomina un curatore speciale dell'imputato, designando, di preferenza, l'eventuale rappresentante legale. Il curatore può richiedere l'assunzione di prove, può assistere agli atti disposti sull'imputato, può proporre ricorso per cassazione avverso l'ordinanza di sospensione¹⁵.

La sospensione, inoltre, non impedisce al giudice l'assunzione delle prove, alle condizioni e nei limiti stabiliti dall'art. 70, comma 2, c.p.p. norma espressiva del principio del *favor rei*¹⁶. È inoltre consentito

¹⁰ E. Tomassini, *Imputato*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3003. In argomento, volendo, A. Famiglietti, *Sospensione del processo per incapacità dell'imputato: linee ricostruttive e permanenti incertezze*, in *questa Rivista*, 2014, p. 124 ss.

¹¹ Cass., sez. I, 8 luglio 2010, Coraci, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2308.

¹² *Rel. prog. prel. c.p.p.*, in G.U., suppl. ord. n. 2, 24 ottobre 1988, n. 250, p. 30.

¹³ R.E. Kistoris, sub art. 70 c.p.p., in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, I, Torino, Utet, 1989, p. 350; M.G. Aimonetto, *L'incapacità*, cit., p. 122; A. Gualazzi, *Gli accertamenti volti a verificare identità fisica, età e capacità processuale dell'imputato*, in M. Montagna (a cura di), *La giustizia penale differenziata. Gli accertamenti complementari*, III, Torino, Giappichelli, 2011, p. 418 ss.; nonché, volendo, A. Famiglietti, *Sospensione del processo per incapacità dell'imputato*, cit., p. 127.

¹⁴ Corte cost., ord. 21 ottobre 2013, n. 243, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1405; su tale decisione, G. Leo, *La Consulta sulla disciplina dell'impedimento a comparire, di durata non determinabile, che discenda da patologie fisiche dell'imputato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 novembre 2013. Nel caso di specie, il rimettente aveva disposto più volte il rinvio dell'udienza a causa del reiterato impedimento a comparire dell'imputato, in età molto avanzata e affetto da una grave patologia cardiaca che non ne consentiva la partecipazione al dibattimento se non alla presenza di un medico specialista e con trasporto in autoambulanza, aggiungendo che, nelle more del procedimento, si era dovuto provvedere a ricovero ospedaliero.

¹⁵ R.E. Kistoris, sub art. 70 c.p.p., cit., p. 355.

¹⁶ M. Stellin, *Imputato, Quadro essenziale*, in A. Scalfati (a cura di), *Atti della difesa nel processo penale*, I, Torino, Giappichelli, 2016, p. 176.

il trasferimento dell'azione in sede civile senza che il relativo procedimento venga sospeso, in quanto l'art. 71, comma 6, c.p.p. fa salvi i diritti del danneggiato.

La sospensione è revocata con ordinanza non appena risulti che lo stato mentale dell'imputato ne consente la cosciente partecipazione al procedimento ovvero che nei confronti dello stesso deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere.

LE DECISIONI COSTITUZIONALI

Esistono molte decisioni costituzionali riguardanti sia la nozione di incapacità, sia gli effetti processuali e sostanziali della sospensione processuale: il panorama giurisprudenziale rappresenta la complessità della materia.

Si parte dall'ordinanza n. 298 del 1991, nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 72 c.p.p. e 252 norme att. c.p.p., in relazione all'art. 97 Cost., circa la reiterazione degli accertamenti peritali con periodicità semestrale; questione bocciata con declaratoria di manifesta inammissibilità per le generiche soluzioni normative suggerite¹⁷. Nel 1995, la Corte ha poi dichiarato infondate sia la questione di legittimità costituzionale dell'art. 71 c.p.p., sia quella dell'art. 72 c.p.p., sollevate per violazione del principio di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione: canone estraneo al tema dell'esercizio della funzione giurisdizionale nel suo complesso e in relazione ai diversi provvedimenti che ne costituiscono espressione¹⁸.

Bisogna attendere il 2004, per avere una sentenza che amplia la nozione di incapacità fino a configurarvi qualunque stato di infermità che renda non sufficienti le facoltà mentali dell'imputato come gli esiti di una patologia ischemica che precluda una compiuta espressione verbale¹⁹. È stata così estesa l'area dell'incapacità, comprendendo tutti gli stati di infermità che non consentono all'imputato di essere parte attiva della vicenda processuale e di esprimersi, esercitando il suo diritto di autodifesa.

Nel 2011, viene dichiarata manifestamente infondata la questione d'illegittimità dell'art. 150 c.p., sollevata per violazione del canone di uguaglianza, nella parte in cui non configura come causa di estinzione del reato anche l'incapacità permanente di partecipare al processo²⁰.

L'eterogeneità delle situazioni poste a confronto non ha consentito di superare la perenne giudicabilità. Tuttavia nel 2013 la Corte costituzionale, con una sentenza monito, giustificata dall'impossibilità di fornire una soluzione di esclusiva pertinenza legislativa, torna nuovamente ad occuparsi degli "eterni giudicabili"²¹. In tale decisione sono suggerite alcune soluzioni al legislatore: in primo luogo, la conclusione del procedimento con una dichiarazione di impromuovibilità o improcedibilità dell'azione penale con possibilità di revoca, ove la prognosi d'incapacità irreversibile dovesse essere smentita prima del decorso dei termini prescrizionali²². Altra proposta concerne la previsione di un numero predeterminato di accertamenti ai sensi dell'art. 72 c.p.p.; infine si suggerisce la decorrenza di una data frazione del termine di prescrizione al cui esito disporre la conclusione della vicenda giudiziaria.

In dottrina si sono registrate prese di posizione assai critiche nei confronti della pronuncia n. 23 del 2013; il monito, infatti, costituisce «una decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata»²³ cui, tuttavia, deve riconoscersi «un'efficacia persuasiva assai limitata»²⁴. Tra le numerose soluzioni, si è

¹⁷ Corte cost., ord. 26 giugno 1991, n. 298, in *Giur. cost.*, 1991, p. 2331.

¹⁸ Corte cost., ord. 28 giugno 1995, n. 281, in *Giur. cost.*, 1995, p. 1986 ss. con osservazione di E. Bindi, *La disciplina normativa degli "eterni giudicabili" e il buon andamento dell'amministrazione della giustizia*.

¹⁹ Corte cost., sent. 26 gennaio 2004, n. 39, in *Dir. e giustizia*, 2004, 10, p. 9, con commento di G. Pansini, *La Consulta allarga le ipotesi di sospensione del processo*.

²⁰ Corte cost., ord. 4 novembre 2011, n. 289, in *Cass. pen.*, 1992, p. 949, con nota di L. Scomparin, *Sospensione del processo per incapacità irreversibile dell'imputato: una normativa suscettibile di perfezionamenti, nuovamente "salvata" dalla Corte costituzionale*. Sulla stessa decisione, v. l'osservazione di S. Lonati, *Sulla disciplina normativa degli "eterni giudicabili" è il legislatore che può (e deve) intervenire*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 539 ss.

²¹ Corte cost., sent. 14 febbraio 2013, n. 23, cit.

²² Soluzione prefigurata anche dalla dottrina; si v. L. Scomparin, *Sospensione del processo per incapacità irreversibile dell'imputato*, cit., p. 957 ss.

²³ R. Pinardi, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 88.

²⁴ R. Pinardi, *L'inammissibilità di una questione fondata*, cit., p. 379.

anche proposto di «sganciare la sospensione del processo dalla sospensione della prescrizione in presenza di un impedimento irreversibile dell'imputato»²⁵.

L'art. 159, comma 1, c.p., infatti, stabiliva la sospensione della decorrenza del termine di prescrizione del reato fino a quando non fosse revocata l'ordinanza di sospensione del procedimento. Tale disciplina, pur garantendo il diritto di difesa personale e di partecipazione cosciente dell'imputato al processo, contrastava con il principio costituzionale di ragionevole durata, espressione del giusto processo regolato dalla legge.

È così dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 159, comma 1, c.p. nella parte in cui non esclude la sospensione del termine di prescrizione del reato, all'esito dell'accertata incapacità irreversibile dell'imputato²⁶. In tal modo, viene eliminato un nervo scoperto del sistema, che potenziava la piaga degli "eterni giudicabili", con una soluzione temporanea e solo in parte soddisfacente²⁷. Il Giudice delle leggi, infatti, richiamando il precedente del 2013, nuovamente evidenzia l'impossibilità di sostituirsi al legislatore e di operare una scelta più opportuna. Il sindacato di legittimità costituzionale, rigorosamente ancorato all'oggetto di scrutinio sottoposto, elimina unicamente l'effetto sospensivo della prescrizione all'esito di accertata infermità irreversibile dell'imputato.

A tal fine, le incongruenze della disciplina erano immutate nei confronti degli imputati di reati imprescrittibili, con la sottoposizione a periodici accertamenti sulla capacità processuale fino alla morte²⁸. Analogamente, nell'ipotesi di reato prescrivibile, non sarebbe sfuggito alla sorte di perenne giudicabile l'imputato che avrebbe visto dichiarato il suo *status* di incapace irreversibile solo al termine del procedimento.

Pertanto la sentenza n. 45 del 2015 era prodromica all'introduzione del nuovo art. 72-bis c.p.p., raccogliendo le sollecitazioni di quanti avevano evidenziato nel tempo le criticità della sospensione *sine die* del procedimento per incapacità processuale dell'imputato²⁹.

LA SENTENZA DI NON DOVERSI PROCEDERE PER INCAPACITÀ IRREVERSIBILE DELL'IMPUTATO

La disciplina introdotta dalla l. n. 103 del 2017 ruota essenzialmente sulla distinzione tra capacità reversibile e irreversibile dell'imputato, modificando, in primo luogo, l'art. 71 c.p.p. che subordina la sospensione del procedimento all'accertamento dell'incapacità temporanea, e introducendo il nuovo art. 72-bis c.p.p. L'improcedibilità per incapacità a stare in giudizio, infatti, può essere dichiarata solo a seguito di una diagnosi di irreversibilità dello *status*, senza che sia necessario attendere il decorso della prescrizione del reato per l'operatività dell'effetto estintivo, e con seguente beneficio anche per gli imputati di delitti imprescrittibili.

È però opportuno chiedersi se la previsione dell'art. 72-bis c.p.p. si ponga in contrasto con l'art. 70, comma 1, c.p.p. nel quale si ritiene preponderante il proscioglimento dichiarabile allo stato degli atti rispetto alla verifica delle reali condizioni mentali dell'imputato³⁰.

Risulta, quindi, necessaria un'analisi delle relazioni intercorrenti tra l'art. 72-bis c.p.p. e l'art. 70, comma 1, c.p.p. Quest'ultima disposizione prevede che il giudice disponga perizia al fine di accertare la capacità processuale dell'imputato, solo quando non deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere. Questa clausola di salvaguardia sembra fare implicito riferimento all'obbligo di immediata declaratoria di cause di non punibilità di cui all'art. 129 c.p.p., che rappresenta l'attuazione del principio del *favor rei* nel vigente codice. Tale disposizione, improntata ad esigenze di economia processuale e di giustizia, stabilisce che in qualsiasi stato e grado del processo in cui sia possibile pervenire ad una decisione di merito, il giudice, direttamente investito della cognizione sul fatto, ha il potere di emettere sentenza di proscioglimento.

²⁵ O. Mazza, *L'irragionevole limbo processuale*, cit., p. 387.

²⁶ Corte cost., sent. 25 marzo 2015, n. 45, cit.

²⁷ G. Romeo, *Gli "eterni giudicabili": di nuovo alla Consulta il problema della sospensione del processo e della prescrizione nei casi di incapacità irreversibile esclusa da infermità mentale irreversibile*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 novembre 2013.

²⁸ R. Bricchetti, *L'estinzione del reato farà dichiarare l'improcedibilità*, in *Guida dir.*, 2015, 16, p. 64 ss.

²⁹ L. Scomparin, *Prescrizione del reato e capacità di partecipare coscientemente al processo*, cit., p. 1832 ss.; M. Daniele, *Il proscioglimento per prescrizione dei non più "eterni giudicabili"*, cit.

³⁰ L. Scomparin, *La nuova causa di improcedibilità per incapacità irreversibile dell'imputato*, cit., p. 5.

Non sembra potersi dubitare dell'operatività di tale precetto anche nei casi di accertata incapacità, laddove l'art. 72, comma 2, c.p.p. consente la revoca dell'ordinanza di sospensione non appena risulti che lo stato mentale dell'imputato ne consente la cosciente partecipazione al procedimento, ovvero che nei confronti del medesimo debba essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere.

Più complesso, invece, appare il rapporto fra la nuova sentenza di non doversi procedere per accertata incapacità irreversibile dell'imputato e l'obbligo di immediata declaratoria di cause di non punibilità, a causa dell'assenza testuale della locuzione «quando non deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere» nell'art. 72-bis c.p.p.

In base al consolidato insegnamento in materia, la nuova declaratoria di improcedibilità rientra nel catalogo delle decisioni di *absolutio ab observatione iudicii* o *absolutio ab instantia*³¹, sottratte all'applicazione dell'art. 129, comma 2, c.p.p., quali sentenze meramente processuali.

Ma a sostegno di un'opzione inversa militano, oltre che indubbie ragioni di ordine costituzionale, ulteriori argomentazioni, concernenti il rapporto fra improcedibilità per incapacità irreversibile e disciplina di cui all'art. 70 c.p.p. Il provvedimento di cui all'art. 72-bis c.p.p., infatti, segue sempre gli accertamenti, che possono essere disposti solo laddove non debba essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere. In virtù del combinato disposto delle norme in esame, quindi, può essere ricavato uno spazio per l'operatività del proscioglimento di merito, con esiti differenti in punto di effetti del giudicato rispetto alla nuova causa di improcedibilità³². Pertanto la conclusione potrà essere pienamente liberatoria per l'imputato incapace quando la prova dell'insussistenza del fatto o dell'estraneità ad esso risulti evidente, nelle fasi precedenti all'acquisizione della prova, ovvero prima o durante gli accertamenti di cui all'art. 70 c.p.p., o nel corso della sospensione disposta ai sensi degli artt. 71 e 72 c.p.p.

Qualche considerazione merita anche l'art. 345, comma 2, c.p.p., che, a seguito della l. n. 103 del 2017, consente di instaurare un procedimento penale nei casi in cui, dopo la conclusione, emerga che l'incapacità sia venuta meno o sia stata dichiarata tale per errore.

La norma estende la regola contemplata dal comma 1, relativa al difetto di una condizione di procedibilità, alla declaratoria di non doversi procedere per incapacità irreversibile dell'imputato, configurando una nuova condizione di procedibilità atipica. Secondo parte della dottrina, la modifica risulta «pleonastica»³³, persino «completamente ridondante»³⁴ a causa del rinvio, già contenuto nell'art. 345, comma 2, c.p.p. alla mancanza di una condizione di procedibilità diversa da quelle indicate nel comma 1.

Tale innovazione, in deroga all'art. 649 c.p.p., consente la riapertura *in toto* del procedimento penale solo laddove si accerti che l'incapacità sia venuta meno o sia stata dichiarata per errore: ipotesi che, in assenza di controlli periodici obbligatori, appare alquanto teorica.

L'APPLICAZIONE DELLE MISURE DI SICUREZZA DIVERSE DALLA CONFISCA

Ostativa alla declaratoria d'improcedibilità per incapacità permanente è l'applicazione delle misure di sicurezza, diverse dalla confisca, nei confronti dell'imputato socialmente pericoloso. Nel bilanciamento fra interessi contrapposti, l'ultima parte dell'art. 72-bis c.p.p. ritiene prevalente la tutela della collettività rispetto alle esigenze di ragionevole durata del procedimento e al diritto di difesa dell'imputato incapace.

In passato, già *de iure condendo*, sono state mosse obiezioni. Infatti precludere la sentenza di improcedibilità nei casi di accertata pericolosità sociale «consente il perdurare del procedimento nonostante sia accertato che la malattia mentale dell'imputato non gli consentirà più, purtroppo, una partecipazione consapevole»³⁵. Tuttavia, l'art. 72-bis c.p.p. permette la declaratoria di improcedibilità dell'imputato

³¹ E. Marzaduri, sub art. 529 c.p.p., in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, V, Torino, Utet, 1989, p. 497; L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 353 ss.

³² L. Scomparin, *La nuova causa di improcedibilità per incapacità irreversibile dell'imputato*, cit., p. 6.

³³ M. Gialuz-A. Cabiale-J. Della Torre, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale*, cit., p. 175; in senso analogo G. Spangher, *Gli "eterni giudicabili"*, cit., p. 101.

³⁴ L. Scomparin, *La nuova causa di improcedibilità per incapacità irreversibile dell'imputato*, cit., p. 9.

³⁵ L. Kalb, *Per un effettivo recupero di "umanità" nell'esecuzione penale*, in *questa Rivista*, 2016, 5, p. 6.

irreversibilmente incapace ma non socialmente pericoloso. In tal caso, non essendo il prosciolto sottoposto a controlli psichiatrici obbligatori, non sarà più accertata la sua eventuale pericolosità sociale sopravvenuta³⁶.

Si ritiene, inoltre, che la nuova disposizione operi sia nei confronti dell'imputato infermo di mente al momento della commissione del fatto e incapace di partecipare al procedimento, sia nei confronti dell'incapace processuale imputabile, socialmente pericoloso³⁷.

Infine, nonostante un difetto di coordinamento tra l'art. 71 c.p.p. e l'art. 72 c.p.p., è ipotizzabile che nei confronti dell'imputato socialmente pericoloso e definitivamente incapace sia nuovamente disposta la sospensione del procedimento³⁸. Il blocco delle attività procedurali sarà finalizzato alla sottoposizione dell'imputato a controlli periodici sul proprio status, «ma non ai sensi dell'art. 72 c.p.p. e dunque per aggiornare la valutazione sulla capacità di stare in giudizio (anche se non può escludersi a priori che a tale conclusione l'accertamento giunga comunque), ma ai sensi dell'art. 313, comma 2, c.p.p. (al fine di verificare la permanenza della pericolosità sociale che legittima il protrarsi della misura)»³⁹.

Pertanto l'art. 72-bis c.p.p. consente la possibilità di prolungare la misura di sicurezza non oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato, avuto riguardo alla previsione edittale massima, ai sensi della l. 30 maggio 2014, n. 81, di conversione del d.l. 31 marzo 2014, n. 52.

Vi si stabilisce, infatti, che «le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle Rems non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima». Si è inoltre previsto che l'accertamento della pericolosità sociale dell'infermo di mente sia effettuato sulla base delle qualità soggettive dell'individuo, senza tenere conto delle condizioni di cui all'art. 133, comma 2, n. 4) c.p. Infine, è stato precisato che la sola mancanza di programmi terapeutici individuali non sia elemento sufficiente per fondare il detto giudizio⁴⁰.

La scelta legislativa del 2014 sembra dunque ispirata al principio di *favor libertatis* e a quanto affermato dalla Corte costituzionale nel 2003 in materia di internamento dell'infermo di mente, autore di delitti dolosi con pena superiore nel massimo ai due anni di reclusione, per un tempo non inferiore a due anni, quando non sia proporzionato alle caratteristiche dell'imputato e al suo livello di pericolosità sociale⁴¹. La Corte costituzionale, nel solco dei principi costituzionali e della sua consolidata tradizione, dichiarando l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 222 c.p., ha collocato il rispetto della persona all'apice della gerarchia dei valori, rimettendo al giudice la possibilità di scegliere fra le diverse misure di sicurezza, quella che in concreto sia la più adatta a contemperare le finalità di cura dell'infermo di mente e di contenimento dei possibili rischi per la collettività.

È significativo al riguardo che la l. n. 103 del 2017, nell'attuazione della delega contenuta nell'art. 16, lett. d), stabilisca che «tenuto conto dell'effettivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e dell'assetto delle nuove residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS)» – il Governo dovrà prevedere la «destinazione alle REMS prioritariamente dei soggetti per i quali sia stato accertato in via definitiva lo stato di infermità al momento della commissione del fatto, da cui derivi il giudizio di pericolosità sociale», ma anche «dei soggetti per i quali l'infermità di mente sia sopravvenuta durante l'esecuzione della pena, degli imputati sottoposti a misure di sicurezza provvisorie e di tutti coloro per i quali occorra accertare le relative condizioni psichiche, qualora le sezioni degli istituti penitenziari alle quali sono destinati non siano idonee, di fatto, a garantire i trattamenti terapeutico-riabilitativi, con riferimento alle peculiari esigenze di trattamento dei soggetti e nel pieno rispetto dell'articolo 32 della Costituzione»⁴².

³⁶ Prevedeva tale scenario, a commento di Corte cost., sent. 25 marzo 2015 n. 45, M. Daniele, *Il proscioglimento per prescrizione dei non più "eterni giudicabili"*, cit.

³⁷ L. Scomparin, *La nuova causa di improcedibilità per incapacità irreversibile dell'imputato*, cit., p. 6.

³⁸ G. Spangher, *Gli "eterni giudicabili"*, cit., pp. 101-102.

³⁹ L. Scomparin, *La nuova causa di improcedibilità per incapacità irreversibile dell'imputato*, cit., p. 6.

⁴⁰ Al riguardo, E. Mariucci, *Soggetti sottoposti a misura di sicurezza detentiva dopo gli Ospedali psichiatrici giudiziari: quale status?*, in *questa Rivista*, 2017, p. 337 ss.

⁴¹ C. cost., sent. 18 luglio 2003 n. 253, in *Giur. cost.*, 2003, p. 2109 ss., con osservazione di A. Famiglietti, *Verso il superamento della «pena manicomiale»*, *ivi*, p. 2118 ss. Secondo T. GROPPI, *La sentenza n. 253 del 2003: la Corte e il "diritto mite"*, in *www.giurcost.org*, 29 luglio 2003, tale pronuncia di accoglimento si segnala perché mette in discussione «il mito rivoluzionario ed ottocentesco» della legge generale e astratta, uguale per tutti, ed evidenzia il ruolo determinante del giudice nell'evoluzione di un «diritto per regole», che diviene sempre più «"diritto per principi" fortemente esposto ai "casi" della vita».

⁴² In prospettiva fortemente critica, F. Schiaffo, *Psicopatologia della legislazione per il superamento degli Opg: un raccapricciante acting out nella c.d. "Riforma Orlando"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 giugno 2017.

Pertanto, ai sensi dell'art. 72-*bis* c.p.p., sono due gli epiloghi possibili: l'improcedibilità per incapacità irreversibile dell'imputato potrà essere dichiarata nel caso in cui sia stata applicata in via provvisoria una misura di sicurezza diversa dalla confisca, fino al limite massimo della propria durata e sempre che non sia già stata pronunciata l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, ripristinata dalla sentenza costituzionale n. 45 del 2015.

Resta preclusa, invece, la chiusura del procedimento nei confronti dell'imputato irreversibilmente incapace al quale dovrà essere applicata una misura di sicurezza diversa dalla confisca, per un reato punito con la pena dell'ergastolo e nei cui confronti sia accertata la permanenza della pericolosità sociale.