

LA DISCIPLINA DELL'IMPUTABILITÀ NEL DIRITTO PENALE TEDESCO: SPUNTI COMPARATIVISTICI CON IL SISTEMA ITALIANO

The regulation of mental insanity in German criminal law: comparative reflections on the Italian system

ANDREA DE LIA

Abstract [ITA]: Il saggio analizza in chiave critica la disciplina dell'imputabilità nonché delle misure di sicurezza nel sistema penale tedesco, attraverso una serrata comparazione con l'ordinamento italiano, al fine di trarne spunti in prospettiva di riforma.

Abstract [ENG]: *The essay critically analyzes the discipline of imputability and security measures in the German penal system, through a close comparison with the Italian legal system, to draw ideas from it in view of reform.*

Parole chiave: Incapacità di intendere e di volere - imputabilità - diritto penale tedesco

Key words: *Mental insanity - criminal liability - German criminal law*

SOMMARIO: 1. Premesse. - 2. Minore età e giustizia minorile nel sistema tedesco. - 3. L'imputabilità in Germania. - 3.1. Breve storia della disciplina dell'imputabilità fino all'approvazione del codice del 1974. - 3.2. L'imputabilità nel sistema penale contemporaneo. - 3.3. *Segue.* La semi-imputabilità. - 3.4. *Segue.* L'intossicazione e l'*actio libera in causa*. - 3.5. *Segue.* Cenni a stati emotivi e passionali, nonché alla provocazione. - 4. Le misure di sicurezza personali e la *Zweispurigkeit* determinato dal cumulo di pena e *Maßregeln der Besserung und Sicherung*. - 4.1. Cenni alla disciplina generale. - 4.2. Il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e il collocamento in centro di disintossicazione. - 5. Conclusioni.

1. Premesse.

La disciplina dell'imputabilità rappresenta, tradizionalmente, una delle aree più problematiche e controverse del diritto penale, non solo quello italiano.

A fronte di scienze applicate che non sono in grado di fornire, ancor oggi, degli strumenti affidabili nel processo, del loro complicatissimo dialogo con lo *ius criminale* anche ai fini della costruzione normativa delle categorie, il legislatore italiano ha mostrato un totale immobilismo rispetto alle scelte compiute nel codice Rocco, nonostante il loro palese anacronismo; ciò ha obbligato la giurisprudenza ad un delicato compito di rilettura delle norme e del sistema nel suo complesso, al fine di un adeguamento a rinnovate esigenze, sospinte dal dettato costituzionale e da una progressiva evoluzione del concetto di colpevolezza.

L'istituto della semi-imputabilità (il cui fondamento è assai contestato dalla scienza psichiatrica, specie con riferimento alla concepibilità stessa della diminuzione della capacità di intendere, nonché della concreta possibilità di una gradazione dell'infermità e, dunque, dell'individuazione di una soglia

di rilevanza ai fini del diritto penale), lo sbarramento alla valorizzazione degli stati emotivi e passionali, la severa disciplina dell'intossicazione, hanno destato, negli ultimi anni, un notevole interesse da parte degli studiosi del diritto penale che, di massima, hanno espresso opinioni censorie, auspicando, invano, interventi del legislatore o della Consulta che, dal canto suo, anche di recente, ha confermato, con articolata motivazione, la legittimità delle previsioni che attengono all'intossicazione da alcolici e stupefacenti e alle dipendenze.

Altrettanto problematica si è rivelata l'opzione relativa alle misure di sicurezza, specie nella prospettiva del cumulo da "doppio binario" per i semi-imputabili. Quest'ambito, per la verità, ha fatto registrare, nel suo complesso, notevoli evoluzioni rispetto alle trame codicistiche originarie, attraverso plurimi interventi della Consulta e del legislatore; siffatti sviluppi sono stati mossi da una vasta serie di fattori. In particolare, occorre segnalare:

- il più alto valore assegnato all'individuo, nell'ottica del bilanciamento con esigenze securitarie;
- una più approfondita disamina del sistema penale nel prisma della proporzionalità, che ha fatto emergere un eccesso della risposta ordinamentale all'illecito, anche tenendo conto dell'afflittività (e, per l'effetto, della dubbia natura) delle misure di sicurezza (tanto che molti hanno parlato di *Etikettenschwindel*);
- l'uso "smodato", da parte del legislatore, della pena che, contemporaneamente, ha assunto una polifunzionalità spiccata, acquisendo una forte componente special preventiva/incapacitante e che, quindi, ha finito con l'invadere il campo delle misure di sicurezza;
- l'ipertrofia delle misure di prevenzione, che hanno lasciato il porto della criminalità organizzata, per affrontare in mare aperto le più disparate forme di pericolosità sociale (non solo *ante* e *praeter delictum*), ponendo a forte rischio di indebita compressione gli spazi di libertà individuale ma, nel contempo, andando a generare una potenziale sovrapposizione con le misure di sicurezza;
- l'evoluzione dell'esecuzione penale nel senso della rieducazione e risocializzazione, che ha posto in risalto anche l'esigenza di una modernizzazione e umanizzazione delle misure di sicurezza, se non di una netta sfrondata del loro impianto.

A tal riguardo, si deve aggiungere che, negli ultimi anni, le misure di sicurezza personali hanno fatto registrare, tutto sommato, una scarsa frequenza applicativa; nulla a che vedere, dunque, con la vitalità mostrata dalla confisca. Si tratta di uno degli elementi, allora, che sembra ampiamente giustificare il ricorso alla metafora del "ramo secco". Vi è, però, da interrogarsi sull'opportunità di un taglio netto, oppure di aggiustamenti, che possano garantire un impiego fruttuoso e conforme al dettato costituzionale di questo complicato armamentario.

Ecco, dunque, l'esigenza di un'analisi comparativa e del confronto con un sistema giuridico come quello tedesco, da sempre considerato, insieme al nostro, tra i più avanzati. Posti, pertanto, i due ordinamenti in parallelo, si evidenzieranno, in questa sede, pregi e virtù di opzioni che presentano solo alcune analogie di fondo, al fine di trarne utili spunti per un'eventuale "importazione".

Vi è da sottolineare, con uno spunto preliminare rispetto a quanto si avrà modo di illustrare più compiutamente da qui a breve, che il sistema penale tedesco si rivela assai proteso al rispetto dello *Schuldprinzip*; ciò si coglie, ad esempio, dall'approccio ai reati aggravati dall'evento e all'ipotesi di omicidio preterintenzionale, che rifuggono forme di responsabilità oggettiva¹.

Tale carattere si riflette, allora, anche sulla disciplina dell'imputabilità, sebbene la costruzione di taluni istituti nell'ottica della salvaguardia del suddetto principio cardine abbia generato soluzioni niente affatto immuni da critiche e notevoli problemi in fase applicativa.

¹ Vd. A. DE LIA, *Omicidio preterintenzionale, interferenza di fattori causali sopravvenuti e prevedibilità dell'evento-morte. Note a margine del "caso Cucchi"*, in www.archiviopenale.it, 1 agosto 2022.

Quanto alle misure di sicurezza, anche la Germania, come risaputo, ha scelto da tempo di ricorrere a siffatto strumentario; come si avrà occasione di evidenziare, è stato previsto un ampio arsenale, regolato da un complesso di norme che, per la verità, compongono una disciplina un poco cervellotica.

Fatto è che l'ordinamento tedesco ha optato per la vicarietà, seppur parziale, al fine di evitare o, comunque, ridurre il cumulo da doppio binario. Questa rappresenta, dunque, per quanto si osserverà, una soluzione degna di particolare considerazione in prospettiva *de lege ferenda*.

2. Minore età e giustizia minorile nel sistema tedesco.

Così come in Italia (art. 97 c.p.), in Germania, l'individuo, fino al compimento del quattordicesimo anno di età, è considerato, *iuris et de iure*, non imputabile o, meglio, "incapace di colpevolezza" (§ 19 *StGB*, rubricato *Schuldunfähigkeit des Kindes*)².

La giustizia penale minorile è un portato del XX secolo, allorquando cominciò ad affacciarsi in Germania l'idea riabilitativa, espressa dalla nuova scienza penalistica, che propose il superamento del modello retributivo. La figura dottrinale di spicco, in questo senso, fu incarnata da Franz von Liszt e dal Programma di Marburgo, che sottolineò come il rischio di recidiva fosse implementato dalla punizione del minore, ponendo l'attenzione sulla necessità di prevenire l'illecito. Pian piano, questa impostazione si sposò con l'accertamento dei problemi arrecati dalla modernità e sulla constatazione del fatto che il crimine minorile, in larga parte, fosse dipendente dal fallimento della famiglia e della società. Sicché il sistema di giustizia minorile venne introdotto nel 1923, secondo una linea che successivamente trovò sviluppi fino a tempi moderni, anche attraverso l'innalzamento della soglia di imputabilità al compimento del quattordicesimo anno di età³.

In caso di illeciti, i soggetti infraquattordicenni (*Kinder*) possono essere destinatari di misure educative ai sensi della Legge sull'assistenza dei minori (*Kinder und Jugendhilfegesetz*, in acronimo "KJHG", ossia del Libro VIII del *Sozialgesetzbuch*, "SGB"), oltre che di protezione contemplate dal *Bürgerliches Gesetzbuch* (il codice civile tedesco, in acronimo "BGB")⁴.

² Per un'ampia panoramica, anche in chiave storica, sui rapporti tra minore età e imputabilità, tra i saggi, vd. F. DÜNKEL, *Youth justice in Germany*, in www.oxfordhandbooks.com, 1 gennaio 2016. Nella manualistica, vd., diffusamente, F. STRENG, *Jugendstrafrecht*, Heidelberg, 2008; R. BRUNNER - D. DÖLLING *Jugendgerichtsgesetz Kommentar*, Berlin, 2011; B.D. MEIER - B. BANNENBERG - K. HÖFFLER, *Jugendgerichtsgesetz*, Baden-Baden, 2025; H. OSTENDORF (a cura di), *Jugendgerichtsgesetz*, Baden-Baden, 2026. In sintesi: mentre in Italia la soglia di imputabilità al quattordicesimo anno venne fissata dal codice del 1930 (il codice Zanardelli, del 1889, all'art. 53, aveva stabilito, invece, l'imputabilità del soggetto di età di nove anni) in Germania, l'attuale limite di età di quattordici anni è in vigore, sostanzialmente, dal 1923 (anno di entrata in vigore della Legge sui tribunali per i minorenni, varata durante la Repubblica di Weimar); prima di allora, dal 1871, in base al *Reichsstrafgesetzbuch*, era in vigore un limite di dodici anni. Nel 1923, venne introdotto, inoltre, il processo penale minorile, con l'istituzione di tribunali specializzati, competenti per reati commessi da soggetti fino a diciotto anni di età (in Italia, invece, la creazione della giurisdizione penale minorile risale al r.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404). Durante il nazismo, il suddetto limite di età fu abbassato. Dal novembre 1943, secondo il § 3 della Legge sui tribunali minorili del *Reich*, anche i dodicenni avrebbero potuto essere considerati penalmente responsabili «se la protezione del popolo richiede un'azione penale a causa della gravità del reato». Tale ipotesi venne eliminata nel 1952 nella DDR e nel 1953 nella Repubblica Federale Tedesca, con il ripristino dell'imputabilità inderogabile al compimento del quattordicesimo anno di età. Nel 1953, inoltre, fu introdotta nella RFT la disciplina, alquanto peculiare, per i "giovani adulti" (su cui *infra*), che venne estesa a tutta la Germania dopo la riunificazione. Per un'analisi storica relativa all'Italia, vd. G. PANEBIANCO, *Il sistema penale minorile. Imputabilità, pericolosità ed esigenze educative*, Torino, 2012, *passim*.

³ BGH, Sez. I, 28 giugno 2016, StR 5/16.

⁴ Vd. il documento dal titolo *Staatliche Maßnahmen bei strafbaren Handlungen durch Minderjährige und schuldunfähige Personen*, del 2020, pubblicato sul sito istituzionale del Parlamento tedesco. Sulle c.d. "misure rieducative" in Italia, di cui al r.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404, vd., di recente, A. CONTI, *La trasformazione legislativa delle misure amministrative ex art. 25 r.d.l. n. 1404/1934 tra complicazione strutturale e perdita di efficacia*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2025, 1, 2, 370 ss; G. DODARO, *Le misure rieducative*, in M. Bertolino (a cura di), *La giustizia*

I giovani di età compresa tra i 14 e i 17 anni (cfr. § 1, comma 2, della Legge sui tribunali per i minorenni, *Jugendgerichtsgesetz*, in sigla “JGG”), invece, sono considerati (analogamente a quanto previsto dall’art. 98 c.p.) penalmente responsabili se si accerta che, al momento del reato, essi possedevano un grado di maturità sufficiente a comprendere l’illiceità dell’atto e ad agire di conseguenza (§ 3, comma 1, JGG)⁵.

Secondo il § 3, comma 1, della JGG, un minore è penalmente responsabile se è accertato che, al momento del reato, era sufficientemente maturo nel suo sviluppo morale e intellettuale da comprendere l’illiceità dell’atto e da agire in conformità a tale comprensione. La presenza della maturità richiesta per la responsabilità deve essere valutata dal giudice sulla base dello sviluppo personale del minore, della sua personalità al momento del fatto e delle circostanze dello specifico reato, se necessario con l’assistenza di un esperto. Qualora non sia possibile accertare in modo attendibile la maturità la condanna è comunque preclusa⁶.

La procura e il tribunale minorile sono competenti in via esclusiva per i reati commessi da questi soggetti (*Jugendliche*, ovvero “adolescenti”), sebbene vi siano talune eccezioni (cfr. §§ 102 e 103, comma 2, n. 2 della JGG). Il sistema penale è, per loro, fortemente ispirato a *Erziehungsgedanke* (finalità educativa)⁷.

La JGG fissa un obiettivo primario del diritto penale minorile, ovvero che i minori e i giovani adulti si comportino in modo lecito in futuro e non recidivino. Non si tratta di unico obiettivo, in quanto questo concorre con quello della prevenzione e, laddove necessario, della punizione. Non vi è dubbio che anche le sanzioni penali minorili abbiano e siano intese ad avere un effetto deterrente generale, almeno come “effetto collaterale”⁸.

penale minorile, Torino, 2025, 393 ss. A differenza dell’Italia - vd. G. PANEBIANCO, *Il fronte sanzionatorio*, in op. ult. cit., 574 ss - in Germania non sono previste misure di sicurezza specifiche per il minore infraquattordicenne. Si deve pure rammentare come l’ordinamento italiano contempra per i minori anche delle vere e proprie misure di prevenzione *praeter delictum*. In argomento, vd. G. DODARO, *Le misure di pubblica sicurezza*, op. ult. cit., 423 ss. Per quanto concerne il panorama tedesco, ove sono contemplate delle misure *praeter delictum* di competenza degli organi di polizia, dei *Jugendämter* (ossia Uffici amministrativi per la gioventù) e Tribunali per la famiglia, vd. R. HEFENDEHL, *Polizei und Jugendstrafrecht*, in www.strafrecht-online.org, 16 maggio 2023.

⁵ Vd. A.J. ALBRECHT, *Juvenile justice in Germany*, in *Crime and Justice*, 2004, 1, 443 ss. Sul concetto di maturità correlato all’art. 98 c.p., vd., da ultimo, M. BERTOLINO, *Responsabilità penale, minore età e imputabilità*, in Id. (a cura di), *La giustizia penale minorile*, op. cit., 454 ss.

⁶ BGH, Sez. IV, 13 dicembre 2012, StR 271/12. In precedenza, vd. anche BGH, Sez. IV, 3 febbraio 2005, StR 492/04.

⁷ Vd. § 2, comma 1, JGG: «l’applicazione del diritto penale minorile è principalmente volta a contrastare i nuovi reati commessi da un minore o da un adolescente. Per raggiungere questo obiettivo, le conseguenze legali e, in conformità con il diritto genitoriale di crescere i figli, anche la procedura deve essere orientata principalmente all’idea della educazione». In argomento, vd. R. GRUNEWALD, *Die De-Individualisierung des Erziehungsgedankens im Jugendstrafrecht*, Berlin, 2003; F. DÜNKEL, *Juvenile criminal law in Germany: between protection and justice*, in *Déviance et Société*, 2021, 3, 297 ss. Sul panorama italiano, nella sterminata letteratura, vd. T. GIBELLI, *Pratiche d’interventi nella giustizia penale minorile*, in A. Menghini - E. Mattevi (a cura di), *La rieducazione oggi*, Trento, 2022, 199 ss; L. BARTOLI, *Il processo al minore nel decreto “Caivano”*, in www.lalegislazionepenale.eu, 21 maggio 2025.

⁸ BGH, 20 gennaio 2021, GSSt 2/21. In argomento, vd. anche BVerfG, 31 maggio 2006, 2 BvR 1673/04: «i presupposti e le conseguenze della responsabilità penale differiscono significativamente per i minori rispetto agli adulti. Dal punto di vista biologico, psicologico e sociale, i minori si trovano in una fase di transizione, tipicamente associata a tensioni, incertezze e difficoltà di adattamento, spesso anche nell’acquisizione di regole comportamentali. Inoltre, i minori sono ancora in un’età in cui non solo loro stessi, ma anche altri, sono responsabili del loro sviluppo. Il disadattamento che si manifesta nei reati gravi commessi da un minore è particolarmente evidente, e spesso anche strettamente correlato all’ambiente e alle circostanze che lo hanno plasmato. Per il diritto penale minorile e l’esecuzione delle sentenze a carico dei minori, riveste, pertanto, particolare importanza il principio secondo cui la punizione può essere inflitta e eseguita solo come ultima risorsa. L’esecuzione di una pena detentiva deve mirare a consentire al detenuto di condurre in futuro una vita libera dal crimine. Questo

Il sistema, per tali soggetti, è articolato in tre livelli di intervento, graduati in base alla personalità del minore e alla gravità del fatto. Le misure sono di tipo “educativo” (*Erziehungsmaßregeln*, §§ 9-12 *JGG*), sostanziandosi in prescrizioni, divieti, collocazione in strutture educative; “disciplinare” (*Zuchtmittel*, §§ 13-16a), come l’ammonimento, la condanna al risarcimento del danno, l’imposizione di lavori di pubblica utilità, fino a giungere a brevi privazioni della libertà personale/circolazione; “detentivo” (*Jugendstrafe*, §§ 17-18), in istituti penitenziari minorili, applicabili in caso di inadeguatezza di altri mezzi (§ 17, comma 1) e di fatti di reato di particolare allarme (comma 2), che possono raggiungere la durata massima di dieci anni (quindici, in caso di *Mord*, per i “giovani adulti”, su cui *infra*).

Si è dinnanzi, dunque, ad un sistema assai più complesso ed articolato rispetto a quello nostrano che, di fondo, s’innesta sulla previsione di una diminuzione obbligatoria (art. 98 c.p.) rispetto al trattamento sanzionatorio riservato all’adulto⁹.

L’ordinamento penale-minorile tedesco, per altro verso, pur contemplando una specifica disciplina della sospensione condizionale della pena nei confronti del minore imputabile (§ 21 *JGG*, che evoca

obiettivo della detenzione - spesso definito anche obiettivo di risocializzazione - di integrazione sociale è pensato nell’attuale diritto penale minorile come obiettivo educativo. La legittimità costituzionale di questo obiettivo della reclusione si fonda sul fatto che solo un sistema penale orientato all’integrazione sociale è conforme al dovere di rispettare la dignità umana di ogni individuo. Con l’esigenza, derivante dalla Legge fondamentale, di non trattare mai le persone semplicemente come mezzo per fini sociali, ma sempre anche come fini in sé, come soggetti con propri diritti e interessi da tenere in considerazione, e con il principio di proporzionalità, la reclusione, in quanto limitazione particolarmente grave dei diritti fondamentali, è compatibile solo se, tenendo conto della sua funzione protettiva nella società, è costantemente finalizzata a un futuro libero dal crimine per l’individuo interessato. Al contempo, la necessità di allineare il sistema penale all’obiettivo della riabilitazione deriva anche dal dovere dello Stato di tutelare la sicurezza di tutti i cittadini. A questo proposito, non vi è alcuna contraddizione tra l’obiettivo di reintegrazione coltivato dalla detenzione e la preoccupazione di proteggere la collettività da ulteriori reati. Nell’ambito della detenzione minorile, l’obiettivo di consentire ai minori di condurre una vita libera dal crimine riveste particolare importanza. Ciò deriva dal fatto che l’obbligo dello Stato di minimizzare l’impatto negativo della detenzione sulla capacità del detenuto di condurre una vita normale è particolarmente sentito in questo contesto. Per i giovani delinquenti, la detenzione si verifica in una fase della vita che contribuisce allo sviluppo di una personalità capace di condurre una vita onesta e indipendente. Intervenedo in questa fase della vita attraverso la privazione della libertà, lo Stato si assume una responsabilità particolare per l’ulteriore sviluppo dell’individuo. Può adempiere a questa maggiore responsabilità solo attraverso un sistema carcerario specificamente concepito per promuovere lo sviluppo, in particolare l’apprendimento sociale e l’acquisizione di competenze e conoscenze che facilitino la futura integrazione professionale. Inoltre, l’aspettativa di vita dei giovani delinquenti dopo aver scontato la pena è in genere particolarmente lunga. Vengono rilasciati in età relativamente giovane, un’età che, statisticamente parlando, è ancora relativamente ampia per l’attività criminale. Un reinserimento sociale di successo è, quindi, di particolare importanza sia per il futuro della persona interessata sia per la tutela della collettività da ulteriori reati. La detenzione ha un impatto particolarmente profondo sui giovani. La loro percezione del tempo differisce da quella degli adulti. In genere soffrono maggiormente per la separazione dal loro ambiente sociale abituale e per l’isolamento forzato. La loro personalità è meno definita rispetto a quella degli adulti e il loro potenziale di sviluppo è più ampio. Tutto ciò si traduce in bisogni specifici, particolari opportunità e rischi per il loro ulteriore sviluppo e in una maggiore sensibilità rispetto al tema della detenzione, soprattutto rispetto ai potenziali effetti dannosi della reclusione. Un sistema penale che si impegni a rispettare la dignità umana e il principio di proporzionalità nella pena statale deve tenere conto di queste peculiarità, che, almeno nella fase ancora giovanile dello sviluppo, si applicano in larga misura anche ai giovani adulti». Argomenti analoghi sono stati sostenuti dalla Consulta in relazione al sistema penale minorile. Vd., per tutte, Corte cost., 28 aprile 1994, n. 168.

⁹ Anche in tema di misure di sicurezza, il sistema penale tedesco presenta un’architettura composita. Mentre in Italia l’art. 225 c.p., nonché il d.P.R. n. 448/1988, prevedono l’applicazione, per il minore imputabile, di riformatorio giudiziario e libertà vigilata, il § 7 *JGG* richiama ospedale psichiatrico, centro di disintossicazione, sorveglianza e revoca della patente di guida, oltre al ricorso eccezionale alla custodia di sicurezza.

l'art. 168, comma 2, c.p.), è fortemente orientato al principio dell'intervento minimo/sussidiarietà. Ciò determina che, a monte, l'azione penale, in deroga al principio generale di obbligatorietà (diversamente da quanto avviene nel sistema italiano, governato dall'art. 112 Cost. e dal controllo del giudice sulle scelte operate dal pubblico ministero), viene intrapresa solo se assolutamente necessaria (*Opportunitätsprinzip*). Il § 45 della *JGG* prevede:

(1) Il pubblico ministero può (*kann*), senza il consenso del giudice, astenersi dal perseguire il minore se sussistono le condizioni dell'articolo 153 del Codice di procedura penale¹⁰. (2) Il pubblico ministero si astiene (*sieht ab*) dal perseguire se è già stata attuata o avviata una misura educativa e non ritiene necessario né il coinvolgimento di un giudice ai sensi del paragrafo 3, né la presentazione di accuse. Un tentativo da parte del giovane di raggiungere un accordo con la vittima equivale a una misura educativa. (3) Il pubblico ministero deve proporre al giudice del tribunale dei minori di adottare misure educative e disciplinari qualora non ritenga necessaria la pena. Se il giudice del tribunale dei minori accoglie la proposta, il pubblico ministero deve astenersi dal promuovere l'azione penale¹¹.

Ampi poteri sono, altresì, attribuiti - § 47 *JGG* - al giudice, a seguito dell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, mediante opzioni che presentano qualche analogia col perdono giudiziale (art. 169 c.p.), il non luogo a procedere per irrilevanza del fatto (di cui all'art. 27 d.P.R. n. 448/1988), la sospensione del processo con messa alla prova (art. 28), il percorso di rieducazione (art. 27-*bis*), differenziandosi dai modelli nostrani in ragione dell'insussistenza di vincoli derivanti dalla natura e dal trattamento sanzionatorio previsto per il reato commesso.

¹⁰ Si tratta dell'archiviazione del procedimento per lieve entità del fatto (*Geringfügigkeit der Tat*), istituito contemplato anche dall'art. 27 del d.P.R. n. 448/1988.

¹¹ Le forme di *Diversion* previste dal sistema processuale penale minorile tedesco (tra cui la giustizia riparativa, su cui *infra*), partono «dal presupposto che molti reati commessi da adolescenti e giovani adulti sono espressione di comportamenti episodici e legati allo sviluppo, che spesso si risolvono spontaneamente senza necessità di una condanna penale. Tuttavia, tali comportamenti possono anche segnalare *deficit* educativi o l'inizio di una carriera criminale. Il compito degli operatori del procedimento è quindi quello di rispondere in modo graduato e pedagogico, con misure adeguate e proporzionate, per prevenire la recidiva e favorire lo sviluppo positivo del giovane. Un elemento centrale è la reazione tempestiva dello Stato: spesso, la sola conduzione delle indagini è sufficiente a raggiungere l'obiettivo educativo del diritto penale minorile. La *Diversion*, in questo contesto, rappresenta uno strumento chiave per evitare il procedimento giudiziario formale e, soprattutto, la stigmatizzazione che può derivare da una condanna. Il legislatore privilegia quindi risposte educative rispetto alla mera repressione penale. La *Diversion* si applica principalmente a reati lievi o di media gravità. La *Diversion* non esclude l'applicazione di altre norme di archiviazione del procedimento (ad esempio, §§ 153, 153a, 154 *StPO*). Il § 45, comma 1, *JGG* si applica a comportamenti tipici dell'età, di lieve entità e con scarso impatto, soprattutto in caso di prima infrazione. Non sono richieste ulteriori misure educative oltre agli effetti già prodotti dalla scoperta del reato e dalle indagini. Può essere applicato anche se l'imputato non confessa, purché la colpevolezza sia comunque accertata e non vi sia opposizione. Il § 45, comma 2, prevede l'archiviazione con imposizione di misure educative (ad esempio, interventi dei genitori, della scuola, della formazione o dei servizi sociali). L'obiettivo è promuovere la consapevolezza dell'illecito e prevenire recidive. L'accordo con la vittima (mediazione) è considerato equivalente a una misura educativa. In caso di recidiva, si valuta attentamente se la ripetizione del comportamento non indichi *deficit* educativi più gravi. Il comma 3, infine, rappresenta il livello più elevato di *Diversion*, con intervento diretto del giudice minorile. Consente una reazione rapida e un dialogo diretto tra giudice e imputato, con possibilità di imporre misure come lavori socialmente utili, risarcimenti o corsi di formazione sociale. È applicabile solo in presenza di confessione» (*Neue Diversionsrichtlinie Bremen. Gemeinsame Richtlinien der Senatorin für Justiz und Verfassung, des Senators für Inneres und Sport und der Senatorin für Arbeit, Soziales, Jugend und Integration zur Anwendung des § 45 Jugendgerichtsgesetz, bei jugendlichen und heranwachsenden Beschuldigten*, Bremen, 6 dicembre 2024).

Un'opzione è rappresentata dalla mediazione vittima-autore del reato (*Täter-Opfer-Ausgleich*), finalizzata al risarcimento del danno, nonché, soprattutto, alla riconciliazione a seguito della frattura provocata dall'illecito e alla rieducazione, in vista della riduzione dei tassi di recidiva¹².

A partire dagli anni '70, le discussioni sulla politica criminale si sono orientate verso un miglioramento dei diritti delle vittime e la reintegrazione degli autori di reato. I primi progetti pilota di mediazione per minori e giovani adulti sono stati avviati in Germania tra il 1985 e il 1989 nelle città di Braunschweig, Reutlingen, Colonia e Monaco/Landshut. Nel 1990, il sistema processuale-penale è stato modificato ed è stata introdotta la mediazione tra vittima e autore di reato come misura sia di *Diversion* sia educativa. La legge non prevede restrizioni sui reati: teoricamente, la mediazione tra vittima e autore di reato è possibile per tutte le categorie di reati. La maggior parte dei casi di mediazione tra vittima e autore di reato è stata avviata dai pubblici ministeri e la stragrande maggioranza dei procedimenti attivati ha fatto registrare la conclusione di un accordo finale tra giovane accusato e persona offesa. Il contenuto dell'accordo di mediazione include diverse forme di risoluzione, come scuse, risarcimento per danni materiali, risarcimento per danni immateriali, prestazioni in favore della vittima e restituzione dei beni. I dati delle statistiche federali sulla mediazione tra vittima e autore di reato rivelano risultati positivi riguardo agli esiti della mediazione e al livello elevato di disponibilità a partecipare al processo di mediazione, in particolare tra gli accusati. Il pubblico ministero minorile può sospendere il procedimento se il minore tenta di raggiungere una riconciliazione con la persona offesa e se né la partecipazione del giudice né l'avvio di un procedimento sono necessari. Dopo che le accuse sono state formulate, il giudice minorile può, a sua volta, sospendere il procedimento con il consenso del pubblico ministero, tenendo conto degli sforzi del giovane autore di reato verso la mediazione tra vittima e autore di reato. Gli effetti di una procedura di mediazione con esito favorevole sono rappresentati dalla definitiva archiviazione del caso o, comunque, dalla mitigazione delle conseguenze giuridiche dell'illecito¹³.

Come criterio generale per la determinazione della pena, la mediazione vittima-autore del reato è disciplinata dal § 46a *StGB*, già a partire dal 1986¹⁴. Nel diritto penale minorile, tale strumento è stato espressamente previsto, invece, nel 1990 (§ 10, comma 1, n. 7 della *JGG*), in termini (anche) di alternativa al diritto e al processo penale (*id est*, in termini di vera e propria *Diversion*). Ad ogni modo, la disciplina procedurale è di competenza dei singoli *Länder* tedeschi, che decidono anche in merito all'istituzione e al mantenimento degli enti preposti (che possono essere pubblici e privati). I dettagli della procedura sono regolamentati da linee guida statali o da regolamenti amministrativi. Assai variegata è la disciplina relativa ai costi di procedura e ai finanziamenti degli enti preposti¹⁵.

Il procedimento penale minorile tedesco contempla un'ampia gamma di misure cautelari¹⁶, mentre (così come quello italiano: vd. art. 33 d.P.R. n. 448/1988) non prevede la presenza del pubblico (§ 48

¹² Si rammenta, in proposito, che la giustizia riparativa in Italia, prima delle recenti riforme, è stata sperimentata, innanzitutto, nel contesto del processo penale minorile, sulla base del comma 2 dell'art. 28 del d.P.R. n. 448/1988. In argomento, vd. G. MANNOZZI - C. PERINI, *La giustizia riparativa*, in M. Bertolino (a cura di), *La giustizia penale minorile*, op. cit., 645 ss.

¹³ A. PAROSANU, *Mediation in penal matters for juveniles in Germany*, in *Romanian Journal of Sociology*, 2011, 1-2, 23 ss. Per quanto riguarda le statistiche, sul sito *web* del Ministero della Giustizia tedesco sono riportati soltanto dati relativi agli anni 2020-2021, ormai risalenti, dunque.

¹⁴ Su questo istituto vd., nella letteratura italiana, G. MANCA, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo*, Milano, 2019, 11 ss.

¹⁵ Sulla giustizia riparativa per i minori autori di reato, vd., di recente, D. LAMPE, *Konfliktbearbeitung im Jugendrecht. Der Täter-Opfer-Ausgleich und die Jugendhilfe (im Strafverfahren) nach Reformen im JGG und SGB VIII - Potentiale, Möglichkeiten und Herausforderungen*, in *TOA-Magazin. Fachzeitschrift zum Täter-Opfer-Ausgleich*, 2025, 1, 25 ss.

¹⁶ Vd. il § 71, che consente l'applicazione di "prescrizioni" e *einstweilige Unterbringung* (collocamento in comunità), nonché il § 72, in tema di *Untersuchungshaft* (custodia cautelare).

JGG)¹⁷ e, per quello a carico degli adolescenti, l'azione civile (§ 81)¹⁸.

Il sistema si applica fino al compimento del ventunesimo anno di età, se lo sviluppo mentale del reo è paragonabile a quello di un minore (*Reifeverzögerung*) o se (*Jugendverfehlung*) il reato costituisce un comportamento criminale tipico di un minore (§ 105, comma 1, della *JGG*)¹⁹.

Gli individui di età compresa tra i diciotto e i ventuno anni sono definiti “giovani adulti” (*Heranwachsende*). La procura minorile e il tribunale minorile hanno la competenza esclusiva per i reati commessi anche da tali soggetti (le eccezioni sono previste dai §§ 102 e 103 della *JGG*, in combinato di-

¹⁷ BGH, Sez. II, 6 novembre 1996, StR 391/96: «l'esclusione del pubblico si applica all'intero processo e, pertanto, salvo diversa disposizione del tribunale, tale restrizione involge la pubblicazione della sentenza. Ciò risulta già evidente dalla formulazione e dal contesto della legge. L'esclusione del pubblico si riferisce al processo. Tuttavia, secondo la terminologia giuridica, il processo comprende anche la pronuncia della sentenza. In definitiva, il fattore determinante ai fini di questo approdo è lo scopo delle disposizioni che prevedono eccezioni al principio di pubblicità nei procedimenti contro minori e giovani adulti. L'idea fondamentale alla base di queste disposizioni è, soprattutto, quella di risparmiare al giovane imputato l'esposizione e i conseguenti svantaggi per il suo sviluppo personale, sociale e professionale che deriverebbero da un processo e da condanna pubblici. Anche la pubblicazione della sentenza sarebbe contraria a tale scopo. La legge, pertanto, la esclude espressamente da pubblicità». Regola analoga è sancita, in Italia, dall'art. 13 d.P.R. n. 488/1988.

¹⁸ OLG Stuttgart, 17 gennaio 2001, 5 Ws 1/2001: «nei procedimenti contro un minore occorre tenere conto degli scopi e dei principi specifici di tale procedura. Secondo la *JGG*, le disposizioni generali, comprese quelle incorporate nel codice di procedura penale, nonché quelle che attengono alla tutela delle vittime, si applicano solo nella misura in cui non contraddicano i principi fondamentali del sistema penale minorile. Il principio fondamentale di preminenza delle disposizioni e dei principi della *JGG* implica che il raggiungimento dell'obiettivo educativo debba essere tutelato da potenziali compromissioni, anche derivanti dalla rivendicazione dei legittimi interessi personali della vittima. Pertanto, l'espressa esclusione dell'azione civile contro un minore si spiega evidentemente con la considerazione da parte del legislatore che l'obiettivo educativo debba prevalere sugli interessi della vittima e che un contenzioso civile sarebbe generalmente pregiudizievole per tale obiettivo primario». Tale regola, come risaputo, è contemplata anche dall'art. 10 d.P.R. n. 448/1988.

¹⁹ Vd. BGH, Sez. I, 6 dicembre 1988, StR 620/88: «il legislatore inizialmente aveva fissato la responsabilità piena al compimento dell'età di diciotto anni, ritenendo che solo in casi eccezionali oltre quella soglia si sarebbe potuta verificare un'imaturità del soggetto. Questa aspettativa non si è rivelata fondata. È ormai chiaro che l'adolescenza, come fase dello sviluppo, non è definita da limiti di età. I confini sono fluidi. Anche dopo aver superato i diciassette anni, non si riscontra un cambiamento di pensiero e di sentimento facilmente identificabile, un punto di svolta. Il sistema attuale consente una valutazione di immaturità per gli ultradiciottenni: il reo è trattato secondo la legge minorile se è stato commesso un reato minorile, ovvero nei casi di atti che, in base al loro aspetto esteriore o alle motivazioni del reo, mostrano caratteristiche di immaturità minorile. Pertanto, l'attenzione deve concentrarsi sul comportamento tipico degli adolescenti. D'altra parte, ciò esprime anche lo sforzo, nell'interesse del giovane, di assoggettare al diritto penale minorile tutto ciò che è caratterizzato da un comportamento e un aspetto giovanili. La decisione deve essere presa in base alle circostanze specifiche di ciascun singolo caso». In argomento, vd. R. HEFENDEHL, *Heranwachsende im Jugendstrafrecht*, in www.strafrecht-online.org, 19 luglio 2023: «ai giovani adulti si applica il diritto penale minorile in ipotesi di “atteggiamento immaturo” “di sete d'avventura”. Esempi sono condotte predatorie per procacciarsi capi di vestiario particolari, il furto di veicoli a motore senza motivazione materiale (c.d. “joyride”), il taccheggio come prova di coraggio e fatti di danneggiamento attraverso graffiti. Nonostante questi gruppi di casi formati dalla giurisprudenza, è dubbio che esistano veri e propri reati qualificabili “minorili”, perché anche tra molti adulti il crimine è significativamente caratterizzato da motivazioni o atteggiamenti infantili, come impulsività, sete d'avventura, seduzione, etc. La giurisprudenza ha risposto a tale rilievo, comunque, affermando che la natura di illecito penale “minorile” non può essere esclusa dal fatto che anche gli adulti commettono fattispecie analoghe». La dottrina ha elaborato taluni parametri per supportare la giurisprudenza in tale complessa valutazione. Si tratta delle *Marburger Richtlinien*, dell'intervista di Mannheim nonché degli *Esser-Kriterien*. In argomento, vd. G. ESSER - A. FRITZ - M.H. SCHMIDT, *Die Beurteilung der sittlichen Reife Heranwachsender im Sinne des § 105 JGG - Versuch einer Operationalisierung*, in *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1991, 1, 356 ss; R. KÖLBEL - U. EISENBERG, *Jugendgerichtsgesetz: JGG*, München, 2025, sub § 105.

sposto con il § 112). In ogni caso, l'autorità giudiziaria, potendo ricorrere alla valutazione di periti, è tenuta a decidere se applicare le sanzioni previste dalla *JGG* o dallo *StGB* (§ 105, comma 1, *JGG*)²⁰. In quest'ultimo caso²¹, il giudice può, comunque, concedere una riduzione della pena in luogo dell'ergastolo (§ 106, comma 1, *JGG*)²².

Anche in Germania, per altro verso, è vivo il dibattito in ordine all'ipotesi di riforma relativa all'abbassamento della minore età, che molti, alla luce delle statistiche criminali, intenderebbero fissare a dodici anni, nonché, più in generale, in ordine ad una presunta eccessiva tenuità del trattamento riservato ai minori²³, specie in corrispondenza con eventi criminali con riflessi mediatici²⁴.

In conclusione, i due sistemi a confronto mostrano taluni elementi convergenti (tra cui, soprattutto, la spiccata propensione alla ri-educazione; impiego della pena e della detenzione come *extrema ratio*) ma anche notevoli differenze, tra cui quelle più marcate sono rappresentate dalla figura del giovane adulto e dal sistema sanzionatorio che, in Germania, è caratterizzato da una maggiore autonomia rispetto a quello previsto per gli adulti, e garantisce una maggiore flessibilità/modularità, finalizzata ad una più incisiva personalizzazione della risposta al crimine minorile.

3. L'imputabilità in Germania.

²⁰ Vd. BGH, Sez. V, 25 settembre 2007, StR 375/07: «l'applicabilità del diritto penale minorile al giovane adulto è dipendente da una valutazione di immaturità, da condurre caso per caso. Anche reati particolarmente efferati possono essere compiuti da soggetti infraventunenni che presentino una ridotta capacità di discernimento e autocontrollo degli impulsi»; BGH, Sez. V, 2 febbraio 2023, StR 285/22: «stabilire se un giovane adulto, al momento del reato, fosse ancora equiparabile a un minore per quanto riguarda il suo sviluppo mentale e morale, ai sensi del § 105, comma 1, n. 1 *JGG*, è essenzialmente una questione di fatto, per la quale al giudice del tribunale minorile è concessa una notevole discrezionalità. Un giovane adulto che è ancora in fase di sviluppo, impressionabile e le cui forze evolutive sono ancora in gran parte attive, deve essere considerato equiparabile a un minore. Se, tuttavia, il reo ha già completato lo sviluppo caratteristico di un giovane adulto, non deve più essere considerato equiparabile a un minore e si applica il diritto penale generale. L'applicazione del diritto penale minorile o per adulti non è una questione di regole ed eccezioni; la disposizione sopra citata non stabilisce una presunzione per l'applicazione generale dell'una o dell'altra legge. Se il tribunale, dopo aver esaurito tutte le possibilità, non riesce a risolvere i dubbi, deve desumere le sanzioni dal diritto penale minorile».

²¹ Sulle difficoltà che attengono alla valutazione dell'applicabilità per i giovani adulti della *JGG* piuttosto che il diritto penale sostanziale "ordinario", vd. B. RÖPCKE - N. BARTH - J. HEBEBRAND, *Die Reifebeurteilung Heranwachsender nach § 105 JGG und der Umgang mit jungen erwachsenen Straftäterinnen und Straftätern aus entwicklungspsychologischer Sicht*, in *Zeitschrift für Kinder und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie*, 2020, 4, 318 ss.

²² In argomento, vd. BGH, Sez. II, 2 luglio 2025, StR 597/24: «lo scopo di questa disposizione è quello di consentire il (re)inserimento dei giovani nella società, anche se hanno commesso i reati più gravi. Ciò si basa sull'idea che, negli adolescenti che si sono sviluppati in modo adeguato alla loro età, il processo di maturazione non sia necessariamente così irrimediabilmente completo da rendere impossibile, con opportuni interventi educativi, un successivo reinserimento. L'applicazione del § 106 *JGG* è a discrezione del tribunale. Tale decisione discrezionale, che deve essere fondata su solide basi fattuali, è principalmente guidata dalla questione se ci si possa ragionevolmente aspettare che il giovane adulto venga reintegrato con successo nella società dopo aver scontato una pena detentiva più lunga, totale o parziale. Nel formulare tale prognosi, oltre alla vita precedente del giovane, al reato commesso e al suo comportamento successivo al reato, occorre tenere conto anche del suo futuro sviluppo a causa dell'impatto della sentenza. Anche nel caso di una struttura di personalità antisociale ampiamente consolidata, sono necessari argomenti convincenti».

²³ T. PREUß, *Die Herabsetzung des Strafmündigkeitsalters auf 12 Jahre - Notwendige Präventions- und Repressionsmaßnahme oder politischer Reflex?*, in *ZJJ*, 2020, 4, 348 ss.; A. BAUR - C. RUEB - E. SCHAFFELD - J.M. FEGERT, *Zur Absenkung der Strafmündigkeitsgrenze*, in *KriPoZ*, 2024, 4, 245 ss.

²⁴ T. FISHER, *Strafmündigkeitsalter von Kindern senken?*, in *www.lto.de*, 18 marzo 2023.

Il sistema tedesco mostra rilevanti particolarità anche con riguardo alla disciplina del vizio di mente, e, posto in comparazione con quello italiano, evidenzia una maggiore attenzione al principio di colpevolezza (seppur generando un numero considerevole di criticità, cui si accennerà da qui a breve), oltre che alla presunzione di innocenza.

In tale, ultima prospettiva si deve osservare che mentre in Italia la giurisprudenza, perlomeno in talune occasioni, ha sostenuto come graverebbe sull'imputato, a fronte della presunzione di capacità correlata al soggetto maggiorenne, di dimostrare (perlomeno secondo il canone del più probabile che non) il ricorrere dei requisiti richiesti per l'applicazione degli artt. 88-89 c.p.²⁵ - sebbene l'imputabilità costituisca, secondo orientamenti maggioritari, una componente della colpevolezza - in Germania (anche per via della diversa struttura del processo, che presenta taluni caratteri inquisitori) si propende per la soluzione per cui, in caso di dubbio sulla sussistenza della capacità, il giudice debba comunque prosciogliere l'imputato.

Se, dopo aver completato la valutazione delle prove, permangono dubbi fattuali irrisolvibili circa la natura e la gravità dello stato psichico, la decisione deve essere pronunciata a favore dell'autore del reato, riconoscendone l'incapacità di essere ritenuto penalmente responsabile ai sensi del § 20 StGB²⁶.

Il sistema tedesco appare, dunque, maggiormente orientato a una rigorosa applicazione del principio *in dubio pro reo*.

Una più controversa apertura al principio *in dubio pro reo* si registra in ordine all'applicazione del § 21 StGB, in tema di vizio parziale, qualora dal dibattimento siano emersi elementi di valutazione tali da escludere quello totale. Perlomeno secondo una parte della giurisprudenza, infatti, tale figura si innesterebbe sul concetto di "significativa riduzione" (*erhebliche Verminderung*) della capacità di controllo delle proprie azioni, che rappresenterebbe questione di diritto svincolata da suddetto principio²⁷; si tratta, però, di una soluzione tutt'altro che pacifica²⁸.

3.1. Breve storia della disciplina dell'imputabilità fino all'approvazione del codice del 1974.

Il codice penale del *Reich*, del 1871 (prima delle riforme degli anni '70)²⁹, al § 51, in tema di

²⁵ Vd. A. DE LIA, *L'imputabilità "contesa" tra colpevolezza e difesa sociale. Uno studio storico-comparativo tra il diritto penale italiano e inglese, moderno e contemporaneo*, in www.quotidianolegale.it, 20 aprile 2026.

²⁶ BGH, Sez. I, 18 febbraio 2016, StR 659/15.

²⁷ Vd. BGH, Sez. II, 1 aprile 2009, StR 601/08; BGH, Sez. II, 30 agosto 2006, StR 198/06; BGH, Sez. IV, 26 agosto 1999, StR 329/99.

²⁸ Vd. BGH, Sez. V, 6 marzo 2013, StR 13/13; BGH, Sez. III, 2 settembre 2010, StR 273/10; BGH, Sez. IV, 25 luglio 2006, StR 141/06; BGH, Sez. I, 8 maggio 2001, StR 168/01. Sul punto, vd. anche *infra*.

²⁹ Così come in Italia, a partire dal XIX secolo, molti studiosi tedeschi si soffermarono sul tema del libero arbitrio, già centrale tanto nella speculazione filosofica (retributiva) di Immanuel Kant, quanto nella teoria (general-preventiva) di Anselm Feuerbach. In argomento, occorre rammentare che se in Italia, sull'alternativa tra libero arbitrio e determinismo, si fronteggiarono la Scuola Classica e quella Positiva, pure in Germania si sviluppò una lotta tra scuole (*Schulstreit*), tra la *Klassische Schule*, sostenitrice del libero arbitrio e della retribuzione (*Vergeltung*), che ebbe tra i propri esponenti Karl Binding (K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung; eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, Leipzig, 1872-1920), e la *Moderne Schule* (o *Soziologische Schule*), di cui rappresentante fu, col "programma di Marburgo", Franz von Liszt (F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Marburg, 1882), il quale individuò una matrice "sociologica" del crimine, rilevando come lo strumentario penale dovesse volgere ad uno "scopo" in prospettiva *de futuro*, ovvero di prevenzione, proponendo l'introduzione a sistema di specifiche misure (in argomento, vd. anche A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti*, Napoli, 2000, 60 ss; nella manualistica, M. ROMANO - G. GRASSO - T. PADOVANI,

Zurechnungsfähigkeit (sanità mentale), prevedeva, contrariamente al codice Zanardelli, poco dopo varato, soltanto l'incapacità (di intendere, *Einsichtsfähigkeit*, e volere, *Handlungsfähigkeit*, o *Steuerungsfähigkeit*) totale (la semi-imputabilità venne introdotta attraverso una riforma del 1933, su cui *infra*). Ad ogni modo, l'approccio all'infermità mentale si fondò, *ab initio*, su una concezione fisico-organica e nosologica della malattia mentale valorizzabile nel prisma dell'imputabilità³⁰.

Nel corso del XX secolo, tuttavia, questo approccio venne modificato, riconoscendosi portata esimente anche a disturbi non clinicamente classificati e non dipendenti da anomalie organiche³¹.

In merito al rapporto tra assunzione di sostanze alcoliche/ubriachezza, *da un lato*, e imputabilità, *dall'altro*, il codice non prevedeva una disciplina specifica. La giurisprudenza, così, si orientò a ritenere che lo stato di ebbrezza "piena" potesse importare un difetto di imputabilità. Successivamente, però, venne accolta una linea più severa, con l'impiego dello schema dell'*actio libera in causa* per le ipotesi di incapacità preordinata (o, comunque, nei casi in cui il reato effettivamente commesso in stato di alterazione fosse stato precedentemente preveduto e voluto dal soggetto agente); venne ammessa la responsabilità colposa nell'ipotesi di illeciti realizzati in stato di alterazione volontaria/colposa e, nel

Commentario sistematico del codice penale, vol. III, Milano, 2011, 419 ss). Per il resto, le tesi "lombrosiane" non vennero accolte nel panorama tedesco, che fu dominato, piuttosto, quanto all'impostazione determinista, dall'idea del condizionamento sociologico. Su questa linea si pose, ad esempio, G. ASCHAFFENBURG, *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*, Heidelberg, 1903. Chiaramente, la situazione mutò con l'avvento del Nazismo, che propugnò idee deterministe legate alla teoria della superiorità della razza. Vd. A. ZIMMERMANN, *Le radici darwiniste del sistema giuridico nazista*, in www.creation.com, 20 ottobre 2024. Si accennerà, da qui a breve, alla tematica. In questa sede valga, invece, rilevare come la dialettica tra libero arbitrio e determinismo proseguì nella seconda metà del XX secolo, attraendo l'interesse di studiosi di punta nel panorama scientifico tedesco. Tra questi, E. MEZGER, *Probleme der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit*, München, 1949, il quale rilevò come il libero arbitrio rappresentasse entità indimostrabile scientificamente ma, nel contempo, irrinunciabile nel diritto penale, poiché solo muovendo da essa si potrebbe giustificare l'intervento penale. Sulla dialettica tedesca tra determinismo e libero arbitrio fondamentale è anche il richiamo di K. ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, Berlin, 1965, il quale concluse che non vi fossero, *illo tempore*, prove certe a sostegno di nessuna delle due impostazioni a confronto. Engisch si pose, dunque, su di una posizione di agnosticismo metodologico: il diritto penale avrebbe dovuto intervenire per il mancato esercizio individuale di facoltà di autodeterminazione che la società attribuisce al singolo, coltivando esigenze preventive piuttosto che retributive, rappresentando la libertà d'azione una "utile finzione" per l'operatività dello *ius criminale*. In questo quadro, Engisch sviluppò, dunque, una *Charaktertheorie* (teoria del carattere): il diritto penale dovrebbe intervenire rispetto al modo di essere del soggetto. La questione, negli ultimi anni, si è arricchita col dibattito relativo ai rapporti tra neuroscienze e diritto penale. In argomento, nella vasta letteratura, vd. R. MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, Baden-Baden, 2014; T. HILLENKAMP, *Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht-Versuch einer Zwischenbilanz*, in *ZStW*, 2015, 1, 10 ss; S. MOSCH, *Schuld, Verantwortung und Determinismus im Strafrecht: Eine Grundlegung unter Bezugnahme auf die Neurowissenschaften*, Baden-Baden, 2018. Nella manualistica, J. WESSELS - W. BEULKE - H. SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 2017, 205 ss.

³⁰ Vd. W. SCHILD, *Dimensionen der Schuldunfähigkeit. Eine alternative Kommentierung der §§ 20, 21 StGB aus 1990*, Hamburg, 2009, *passim*. Ciò secondo la costruzione promossa, in ambito psichiatrico, seppur con diverse sfumature, da E. KRAEPELIN, *Compendium der Psychiatrie: Zum Gebrauche für Studierende und Ärzte*, Leipzig, 1883, E. BLEULER, *Dementia praecox oder Gruppe der Schizophrenien*, Leipzig, 1911, nonché K. SCHNEIDER, *Klinische Psychopathologie*, Stuttgart, 1946.

³¹ Vd. BGH, Sez. V, 8 marzo 1955, StR 49/55; BGH, Sez. IV, 22 luglio 1959, StR 250/59; BGH, Sez. IV, 8 ottobre 1965, StR 148/65. Si deve osservare, in proposito, che, a lungo, la giurisprudenza tedesca affrontò il tema dell'imputabilità attraverso un metodo spiccatamente casistico, senza l'ambizione di edificare, cioè, un solido impianto teorico ed in difetto di una precisa indicazione del concetto di imputabilità e dei parametri per definirlo.

1933, venne introdotta, con il § 330a³², per il *Vollrausch* (ubriachezza piena), una fattispecie incriminatrice autonoma, a carattere sussidiario³³.

In ordine alla collocazione dell'imputabilità nella teoria generale del reato, occorre rammentare che alla fine del XIX secolo, si sviluppò, soprattutto per opera di von Liszt, un concetto "psicologico" di colpevolezza (*psychologischer Schuldbegriff*). In questo quadro, l'imputabilità, dunque, venne vista come pre-requisito della colpevolezza³⁴.

Nei primi del '900, invece, si alimentò, sotto la spinta della diffusione in filosofia del neokantismo, con Reinhard von Frank un concetto normativo di colpa (*normativer Schuldbegriff*) - accolto anche dalla giurisprudenza - osservandosi come già nell'esperienza di vita reale l'elemento psichico non potesse ridursi a dolo e colpa e che tale complessità dovesse essere tenuta in debita considerazione dal diritto penale³⁵. Da ciò, Frank concluse che alla colpevolezza appartenesse anche l'imputabilità, ovvero sia la "normale costituzione mentale" dell'autore del reato, nel più ampio contesto della tesi per cui la colpevolezza dovesse essere valutata, per l'appunto, secondo la logica della "normalità delle circostanze"³⁶.

Seguì, negli anni '30 - per riassumere un percorso assai più articolato, che contraddistinse l'evoluzione del concetto di colpevolezza - la teoria finalistica dell'azione (*Finale Handlungslehre*), elaborata da Hans Welzel, che rappresentò un avanzamento dell'elaborazione di Frank. L'Autore, in particolare, collocò l'elemento psichico (dolo/colpa) all'interno del fatto tipico, con la conseguenza che le uniche

³² Secondo cui «1. Chiunque, dolosamente o colposamente, si mette in stato di ebbrezza attraverso il consumo di bevande alcoliche o altri mezzi inebrianti, è punito con la reclusione fino a due anni o con una multa se, in tale stato, commette un fatto costituente reato e non può essere punito per tale fatto poiché, a causa dell'ebbrezza, era privo di capacità di intendere e di volere o perché la sua imputabilità non è stata accertata con certezza. 2. La pena non può essere superiore, per genere e misura, a quella prevista per il reato commesso in stato di ebbrezza».

³³ Vd. RG, 22 gennaio 1936, D 542/35; RG, 21 aprile 1939, D 203/39; BGH, Sez. IV, 12 aprile 1951, StR 78/50; BGH, Sez. III, 26 maggio 1971, StR 62/71: «la commissione di un reato in stato di ubriachezza volontaria o colposa piena costituisce una condizione di punibilità per la fattispecie di cui al § 330a StGB. Qualora lo stato di alterazione sia stato auto-determinato in un momento in cui il soggetto abbia ideato, perlomeno agendo con dolo eventuale, un reato successivamente effettivamente commesso in stato di incapacità, non si applica la figura sopra indicata, bensì lo schema dell'*actio libera in causa*». Vd. anche BGH, Sez. II, 23 novembre 1951, StR 491/51: «se l'imputato è consapevole o avrebbe dovuto esserlo, versando in colpa, del fatto che assumendo sostanze alcoliche avrebbe costituito un pericolo, egli risponderà a rigore di *Vollrausch*. Significato e scopo del § 330a del codice penale tedesco è quello di colmare una lacuna. Questa disposizione mira a rendere possibile perseguire un individuo in stato di ebbrezza che sia responsabile di un reato commesso sotto l'effetto dell'alcol ma che non possa risponderne ai sensi del § 51. Se, invece, l'autore del reato si è ubriacato con l'intento di commettere uno specifico reato in tale stato, e poi lo ha compiuto in stato di ebbrezza (la cosiddetta *actio libera in causa*), allora non si applica il § 330a. Secondo la logica di questa disposizione, in tal caso, essa non può trovare applicazione, poiché l'autore del reato è già responsabile del suo atto nonostante lo stato di incapacità. Se, invece, non vi è preordinazione o dolo rispetto al fatto di reato commesso in stato di ebbrezza, e l'individuo realizza un illecito in tale condizione, anche un reato doloso, egli risponderà in base al § 330a». Nel contempo, con la sentenza richiamata la Corte diede conto della sussistenza di un orientamento per il quale la figura incriminatrice *de qua*, al ricorrere della prevedibilità del pericolo di commissione del reato, avrebbe dovuto lasciare il passo alla responsabilità per quest'ultimo, qualora previsto dal legislatore nella forma colposa. Ad avviso della Corte, però, «si tratta di una interpretazione che non trova solido fondamento, anche se talora è stata sostenuta dall'esigenza di tutela di beni giuridici differenti. Tuttavia, il carattere di sussidiarietà del § 330a non giustifica tale soluzione». In senso analogo, vd. BGH, Sez. I, 2 maggio 1961, StR 139/61; BGH, Sez. I, 26 ottobre 1965, StR 394/65.

³⁴ F. VON LISZT, *Das Deutsche Reichsstrafrecht*, Berlin, 1881.

³⁵ In argomento, vd. anche M. RONCO, *Voluntas ut ratio*, Torino, 2023, 49 ss.

³⁶ R. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen, 1907.

componenti della colpevolezza vennero individuate, per l'appunto, nell'imputabilità, nella disciplina dell'errore sul divieto, nell'inesigibilità/rimproverabilità e nelle scusanti³⁷.

Durante il periodo nazista, il panorama tedesco fece registrare, invece, contestualmente alla fine del neokantismo³⁸, il sorgere di teorie che modificarono la struttura della colpevolezza. In particolare, la Scuola di Kiel sostenne una visione unitaria del reato, con l'abbandono di quella tripartita, ove la colpevolezza venne concepita non più come rimproverabilità individuale, bensì come infrazione degli obblighi verso la comunità (*Volksgemeinschaft*), come violazione del dovere di fedeltà allo Stato (*Pflichtverletzung*), assumendo il diritto penale la funzione di sanzionare l'atteggiamento interiore (*Gesinnung*) piuttosto che la lesione di un bene giuridico, con l'affermazione di un diritto penale dell'autore (*Täterprinzip*), piuttosto che del fatto (*Tatprinzip*)³⁹.

Ben presto, dunque, la colpevolezza perse il ruolo di fondamento e giustificazione dell'intervento penale, lasciando il passo ad una responsabilità da condotta di vita (*Lebensführungsschuld*). Lo strumentario penale divenne, così, un mezzo di lotta contro il nemico del regime nazista, un vero e proprio *Feindstrafrecht*. L'imputabilità venne svuotata di significato, l'antisocialità della condotta divenne elemento tale da giustificare *ex se* l'intervento penale, oltre che una vasta serie di altre misure⁴⁰.

Quanto alla pericolosità sociale (*Gefährlichkeit*) e alle misure di sicurezza (*Maßregeln*) nel contesto dell'idea di un "doppio binario" (*System der Zweispurigkeit*), esse furono oggetto della speculazione teorica dello svizzero Carl Stooss, nel 1893⁴¹, accolta in seguito anche in Germania, ma siffatte misure, propugnate da von Liszt e da Franz Exner⁴², vennero introdotte soltanto con la "legge contro i delinquenti abituali pericolosi e sulle misure di sicurezza e miglioramento" (*Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*) del 24 novembre 1933⁴³.

Suddetto intervento normativo, mirò a rafforzare la lotta contro la criminalità abituale, introducendo pene più severe e misure di sicurezza. L'obiettivo principale era, dunque, la repressione dei reati commessi da recidivi e la protezione della collettività attraverso l'isolamento e la "rieducazione" dei soggetti considerati pericolosi.

Un individuo sarebbe stato considerato abituale e, dunque, pericoloso, laddove già condannato per tre volte (una sorta di "*three strikes...you are out*" *ante litteram*); sicchè, all'esito di un'ulteriore infrazione il giudice avrebbe potuto aumentare la pena e disporre una misura di sicurezza, *post delictum*, anche a carattere detentivo (internamento in istituti di correzione, ospedali psichiatrici). Le misure di sicurezza (tra cui figuravano la custodia di sicurezza, la sorveglianza speciale, l'interdizione dall'eser-

³⁷ H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* (1935), in Id., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin-New York, 1975, p. 29 ss. In argomento, di recente, vd. M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, vol. II, Milano, 2026, 270.

³⁸ Su questo argomento, nella letteratura nostrana, vd. A. NISCO, *Neokantismo e scienza del diritto penale*, Torino, 2019.

³⁹ Vd. K. AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung*, Baden-Baden, 2019, *passim*.

⁴⁰ In argomento, nella letteratura nostrana, vd. F. FORZATI, *L'illecito personologico fra destrutturazione del Tatstrafrecht e affermazione del Täterprinzip*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 4, 1990 ss.

⁴¹ C. STOOSS, *Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch*, Basel und Genf, 1893. In argomento, vd. E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, Milano, 1978, 43 ss.

⁴² F. EXNER, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, Berlin, 1914.

⁴³ Su cui vd., *ex multis*, C. MÜLLER, *Das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24. November 1933*, Berlino, 1997. Nella letteratura italiana, M. PIFFERI, *Problemi costituzionali del diritto penale tra riformismo e ascesa del paradigma autoritario*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, Milano, 2019, 309 ss. Sulle reciproche influenze tra Germania e Italia, vd. E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, 196.

cizio di alcune attività, l'espulsione per gli stranieri, la castrazione chirurgica), inoltre, avrebbero potuto essere applicate a chi, pur non recidivo, a seguito della commissione di un reato, fosse stato, comunque, giudicato un pericolo per la società.

Si trattava di misure dalla durata indeterminata, risultando esse applicabili fino alla cessazione dello stato di pericolosità⁴⁴. La natura di siffatte misure, però, presto mutò, per via dell'introduzione, nel 1935, del principio di analogia, allorché, cioè, venne dato il via (§ 2 del *RStGB*) alla ben nota criminalizzazione di fatti non espressamente tipizzati dalla legge, ma ritenuti contrari al «sano sentimento del popolo tedesco» (*gesundes Volksempfinden*), secondo un principio, che ebbe la propria fucina nella *Kieler Schule*, e poi caduto insieme al regime nazista⁴⁵.

Tale sistema andò ad affiancarsi ad un portentoso strumentario preventivo (propriamente) *ante e praeter delictum* che affondava le proprie radici nel diritto amministrativo di polizia prussiano-ottocentesco, finalizzato alla *Gefahrenabwehr* (prevenzione dei pericoli)⁴⁶.

Nel periodo nazista, poi, detti mezzi furono oggetto di eccessivo impiego, al di fuori di qualsivoglia garanzia processuale; la custodia protettiva (*Schutzhaft*) fu introdotta subito dopo l'incendio del *Reichstag* (1933), permettendo alla *Gestapo* di arrestare chiunque fosse considerato un nemico politico. L'arresto preventivo di polizia (*Polizeiliche Vorbeugungshaft*), contemplato dall'*Eclat* (decreto) del 14 dicembre 1937 sulla "lotta preventiva contro il crimine", costituì l'arnese con cui la polizia criminale (*Kripo*) avrebbe potuto internare nei campi di concentramento i cosiddetti "asociali" (vagabondi, prostitute, mendicanti, ubriacconi, etc.) o persone ritenute "delinquenti professionali" basandosi solo sullo stile di vita deviante, o sul mero sospetto⁴⁷.

Siffatto sistema venne a cadere con il regime nazista e, attualmente, in Germania non esiste uno strumentario di misure preventive personali quale quello vigente in Italia; provvedimenti che limitano la libertà individuale, svincolati dalla commissione di reati, sono contemplati dalle normative (*Polizei-recht*) dei singoli *Länder* ed hanno portata estremamente ridotta, quanto ad intensità e durata.

3.2. L'imputabilità nel sistema penale contemporaneo.

La colpevolezza (*Schuldprinzip*) è pacificamente ritenuta, anche nel panorama giuridico tedesco contemporaneo, una condizione essenziale dell'intervento penale (*Strafbarkeitsvoraussetzung*) e, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale federale, è sancita (oltre che dal § 46 *StGB*) dal principio di inviolabilità di cui ai §§ 1, comma 1, 2, comma 1, della Legge fondamentale e da quello dello Stato di diritto, di cui al successivo § 20, comma 3⁴⁸.

⁴⁴ M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 luglio 2011.

⁴⁵ J. RINCEANU, *La disciplina della custodia di sicurezza (Sicherungsverwahrung) nello specchio della giurisprudenza costituzionale tedesca*, in F. Sgubbi - D. Fondaroli (a cura di), *Il mercato della legge penale*, Padova, 2011, 115 ss.

⁴⁶ H. MUMME, *Ernst Ferdinand Klein's Auffassung von der Strafe und den sichernden Maßnahmen*, Hamburg, 1936; E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1965, 212 ss; A. ESER, *Zur Entwicklung von Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht*, in G. Britz (a cura di), *Grundfragen staatlichen Strafens: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70 Geburtstag*, München, 2001, 213 ss.

⁴⁷ A. SCHWEGEL, *Der Polizeibegriff im NS-Staat*, Tübingen, 2005.

⁴⁸ Vd., ad esempio, BVerfG, 26 febbraio 1969, 2 BvL 15/68. Nella manualistica, K. KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2017, 371.

Quanto all'imputabilità, come componente della colpevolezza, per i soggetti maggiori degli anni diciotto, vige una presunzione relativa di capacità⁴⁹; il § 20 *StGB*, sotto la rubrica "*Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen*" (ossia "incapacità di essere ritenuto penalmente responsabile a causa di disturbi mentali"), stabilisce che «una persona non è colpevole di alcun illecito se, al momento della commissione dell'atto, è incapace di comprendere l'illiceità dell'atto o di agire in conformità a tale comprensione a causa di un disturbo mentale patologico, un grave turbamento della coscienza, una disabilità intellettiva o un altro grave disturbo mentale».

Per "disturbo mentale patologico", in particolare, si intendono le condizioni causate da lesioni/anomalie organiche (traumatismi cerebrali, Alzheimer, epilessia, Parkinson, meningite, e così via); i "disturbi della coscienza" sono di natura psicopatologica e attengono alla capacità intellettiva (ad esempio, ipnosi, sonnambulismo); la "disabilità intellettiva" si riferisce a stadi di compromissione mentale congenita in difetto di una causa dimostrabile (demenza/ritardo mentale grave); il "grave disturbo mentale" comprende, infine, una vasta gamma di anomalie psichiatriche. Queste ultime includono disturbi di personalità⁵⁰, nonché dipendenze patologiche (vd. *Infra*)⁵¹.

Sicché, il legislatore tedesco ha recepito un "modello integrato", "eclettico", di incapacità⁵² ben prima che tale soluzione venisse consacrata, in Italia, dalla sentenza "Raso"⁵³.

La giurisprudenza, sul punto, ha chiarito che il difetto di imputabilità dipende da un nesso causale tra vizio di mente e specifico fatto di reato.

La questione se sussista la causa di esclusione della responsabilità di cui al § 20 *StGB*, nonché la valutazione dell'assenza o della significativa compromissione della capacità di intendere o di autocontrollo dell'imputato al momento del reato, sono questioni di diritto che devono essere risolte dal giudice. Spetta al giudice, con l'ausilio di un esperto⁵⁴, determinare il grado di gravità e, in particolare, l'impatto del disturbo diagnosticato sul comportamento tenuto dal reo. Il funzionamento psicologico del reo deve essere stato compromesso dal modello di comportamento psicosociale. A sostegno di ciò, è necessaria una spiegazione concreta e coerente su come il disturbo accertato, che rientra in una delle caratteristiche di cui alla citata disposizione, abbia inciso sulla capacità di consapevolezza o di controllo nella specifica situazione di fatto e perché l'atto possa essere attribuito al corrispondente stato⁵⁵.

⁴⁹ J. KASPAR, sub § 20, in H. Satzger - W. Schluckebier - G. Widmaier (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Köln, 2021.

⁵⁰ Su cui, vd. BGH, Sez. VI, 8 dicembre 2025, StR 125/25; BGH, Sez. V, 16 gennaio 2024, StR 322/23; BGH, Sez. IV, 2 marzo 2021, StR 543/20; BGH, IV Sez., 9 maggio 2000, StR 59/00.

⁵¹ W. JOECKS - C. JÄGER, *Strafgesetzbuch Studienkommentar*, München, 2021, sub § 20, 99.

⁵² In argomento, vd. W. PERRON - B. WEIBER, sub § 20, in A. Schönke - H. Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2019.

⁵³ Cass., Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 9163. Sull'impianto del codice penale tedesco, vd. anche M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Torino, 1990, 291 ss.

⁵⁴ Cfr. BGH, Sez. V, 23 febbraio 2011, StR 24/11, che, in linea con gli orientamenti giurisprudenziali dominanti, ha chiarito come la questione dell'imputabilità sarebbe di natura eminentemente giuridica, riservata al giudice e che il responso tecnico non è, comunque, vincolante per le corti. Sul punto, allora, si coglie una netta differenza concettuale rispetto al panorama italiano, ove l'imputabilità è qualificata come questione di fatto e non di diritto. Vd. anche Cass., Sez. VI, 18 giugno 2025, n. 30491, che ha ribadito che «la questione dell'imputabilità è questione di fatto rimessa all'apprezzamento del giudice, insindacabile in sede di legittimità se motivata sulla base delle risultanze tecniche».

⁵⁵ BGH, Sez. V, 15 gennaio 2025, StR 616/24. In argomento, vd. anche BGH, Sez. V, 17 dicembre 2025, StR 581/25; BGH, Sez. II, 25 maggio 2022, StR 257/21; BGH, Sez. II, 16 settembre 2020, StR 159/20; BGH, Sez. II, 26 maggio 2020, StR 114/20; BGH, Sez. I, 26 marzo 2019, StR 684/18; BGH, Sez. I, 21 dicembre 2016, StR 399/16; BGH, Sez. IV, 10 settembre 2013, StR 287/13. Vd. anche BGH, Sez. II, 4 dicembre 2024, StR 352/24: «per determinare se la capacità di un imputato di essere ritenuto penalmente responsabile fosse esclusa al mo-

Quanto alla capacità di intendere e di volere, il tema è oggetto di un'annosa controversia, innescata dalla difficoltà di dialogo tra diritto e scienze applicate che, d'altro canto, non hanno raggiunto un livello di evoluzione tale da garantire la certezza della valutazione psichiatrica dell'imputato. Tali problematiche s'incentrano sull'accertamento della sussistenza di uno dei quattro criteri legali enunciati dai §§ 20-21 *StGB* (come risultanti dalla *Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts*, del 4 luglio 1969, entrata in vigore il 1 gennaio 1975), sia del grado di gravità di eventuali anomalie accertate in sede diagnostica⁵⁶.

Le disposizioni *de quibus* riferiscono l'incapacità di intendere alla "illiceità del fatto", *id est* la possibilità per l'autore del fatto di rendersi conto che il proprio comportamento sia *contra ius*. Allorquando manchi tale requisito, si concretizza, dunque, secondo la scienza penalistica tedesca, una sorta di errore di diritto (*Verbotsirrtum*), disciplinato anche dal § 17 *StGB*, oppure un errore sui fatti *ex* § 16 *StGB* (*Tatbestandsirrtum*), laddove il disturbo mentale abbia condizionato la percezione della realtà⁵⁷.

In merito alla capacità di controllare le proprie azioni, ovverosia di "agire in conformità con tale consapevolezza", come richiamata dal § 20 *StGB*, essa può essere definita, per i reati di azione, come la possibilità dell'individuo di astenersi da un comportamento. Viceversa, per i reati di omissione, il concetto corrispondente è la capacità di agire come richiesto dall'ordinamento.

La capacità di controllare le proprie azioni riguarda l'abilità di agire in conformità con la comprensione dell'illecito, ossia la capacità di autocontrollo, di controllo volitivo e di presa di decisione. Il fattore determinante è la capacità motivazionale di controllare le proprie azioni, in conformità con le norme, anche a fronte di forti desideri e bisogni, e di inibire l'esecuzione di motivazioni che violano le norme⁵⁸.

Il nesso tra la capacità di intendere e quella di volere è di tipo gerarchico, dunque. Chi non possiede la capacità di comprendere l'illiceità delle proprie azioni non può neppure autocontrollarsi nel senso previsto dalla legge, sebbene l'imputabilità dipenda dal possesso di entrambe⁵⁹, tanto è vero che, se-

mento del fatto per uno dei motivi specificati nel § 20 o significativamente ridotta ai sensi del § 21, il primo passo - se necessario, applicando il principio del ragionevole dubbio - è quello di rispondere alla domanda se e, in caso affermativo, di quale disturbo rilevante soffrisse l'imputato. Il secondo passo è quello di esaminare se tale disturbo effettivamente accertato possa essere legalmente ricondotto a uno dei paradigmi del § 20. Sulla base di ciò, il terzo passo è quello di chiarire se un disturbo abbia avuto un impatto rilevante sulla capacità di consapevolezza o di controllo dell'imputato al momento del reato. Il giudice si avvale dell'assistenza di un perito per la valutazione dei fatti. Tuttavia, la questione della presenza di uno dei requisiti di cui al citato § 20 e l'esame della mancanza o della significativa compromissione della capacità di consapevolezza o di controllo dell'imputato al momento del reato sono questioni di diritto. La loro valutazione richiede spiegazioni specifiche e coerenti su come la menomazione accertata abbia influenzato la capacità dell'imputato di agire nella situazione specifica al momento del reato, e quindi la sua capacità di consapevolezza o controllo». Nella giurisprudenza nostrana vd., da ultimo, sul nesso causale tra vizio di mente e fatto di reato, Cass., Sez. III, 5 marzo 2026, n. 8653: «ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, i disturbi della personalità possono correttamente rientrare nel concetto di "infermità", se di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere o di volere, sia escludendola che scemandola grandemente, a condizione che sussista un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale».

⁵⁶ M. WERTZ E ALT., *Qualität von Schuldfähigkeitsgutachten: Mindestanforderungen, unterbringungsrelevante Gefährlichkeitsprognose und Berücksichtigung im richterlichen Urteil*, in *Recht & Psychiatrie*, 2021, 4, 202 ss.

⁵⁷ Vd. BGH, Sez. V, 29 marzo 2023, StR 79/23. Nella manualistica, vd. G. STRATENWERTH - L. KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2011, 165. In tema di rapporti tra errore (di fatto, di diritto, sulle cause di giustificazione) dipendente dal vizio di mente, la giurisprudenza tedesca - così come quella italiana - ritiene che detto errore non possa essere valorizzato. Vd., ad esempio, BGH, Sez. II, 27 ottobre 2010, StR 505/10.

⁵⁸ BGH, Sez. V, 30 settembre 2021, StR 325/21.

⁵⁹ BGH, Sez. V, 26 febbraio 2025, StR 733/24; BGH, Sez. I, 12 febbraio 2020, StR 25/20.

condo la giurisprudenza, la capacità di volere deve essere esaminata solo allorquando sia stato accertato che sussiste quella di intendere⁶⁰.

3.3. Segue. La semi-imputabilità.

In linea di principio, le stesse anomalie contemplate nel § 20 *StGB* possono rappresentare fattore diminuyente della responsabilità, ai sensi di quanto dispone il § 21⁶¹.

Nonostante il chiaro tenore letterale della disposizione in disamina, la giurisprudenza, perlomeno in passato⁶², ha escluso che essa possa essere applicata nel caso di ridotta capacità di intendere. In particolare, è stato osservato:

Tale disposizione, per quanto riguarda la capacità di discernimento, non può essere soddisfatta nel caso di un reo che riconosca o possa riconoscere l'illiceità delle proprie azioni. Una capacità di discernimento significativamente ridotta diventa irrilevante ai fini dell'applicazione del § 21 *StGB*. Ad ogni modo tale previsione normativa favorisce una interpretazione giurisprudenziale tesa a consentire una riduzione della pena anche per questa ipotesi, oltre che per la ridotta capacità di autocontrollo. Vengono ripetutamente emesse sentenze che affermano qualcosa del tipo: la capacità di intendere dell'imputato era significativamente ridotta. Pertanto, sussistono le condizioni di cui al § 21 per la riduzione della pena⁶³.

Di recente, però, la Corte federale tedesca ha riaffermato:

Una ridotta capacità di discernimento, di per sé, non è sufficiente a stabilire l'assenza o la limitata responsabilità penale. Piuttosto, la questione cruciale è se l'autore del reato, nonostante una capacità di discernimento generalmente ridotta, fosse consapevole dell'illiceità delle proprie azioni nel caso specifico; una comprensione limitata o ridotta dell'illiceità è logicamente impossibile. Se l'autore del reato ha riconosciuto l'illiceità del proprio atto, ha agito con piena colpevolezza, indipendentemente dalla sua ridotta capacità di discernimento. Il § 21 *StGB*⁶⁴ può essere applicato solo se l'autore del reato non era consapevole dell'illiceità delle proprie azioni e tale mancanza di consapevolezza è a lui imputabile. Se tale rilievo non può essere formulato, perché difetta totalmente la capacità intellettuale, si applica il § 20, con la conseguente esclusione della pena⁶⁵.

Così come in Italia, dunque, la categoria della semi-imputabilità è alquanto controversa, già sotto il profilo della sua concepibilità in termini scientifici⁶⁶, laddove l'art. 89 c.p. finisce con il rivestire la funzione di accordare un trattamento più favorevole all'autore del reato affetto da *deficit* mentali poi-

⁶⁰ BGH, Sez. V, 11 maggio 2022, StR 125/22.

⁶¹ Tale disposizione, sotto la rubrica "*Verminderte Schuldfähigkeit*", così recita: «Se la capacità del reo di comprendere l'illiceità dell'atto o di agire in conformità a tale comprensione è significativamente ridotta al momento della commissione dell'atto per uno dei motivi specificati nel § 20, la pena può essere mitigata conformemente al § 49 comma 1».

⁶² Vd. BGH, Sez. II, 2 febbraio 1966, StR 529/65; BGH, Sez. IV, 6 marzo 1986, StR 40/86; BGH, Sez. IV, 17 novembre 1994, StR 441/94; BGH, Sez. III, 19 gennaio 2000, StR 577/99; BGH, Sez. II, 21 aprile 2005, StR 124/05.

⁶³ H. SAB, *Die Differenzierung von Einsichts- und Steuerungsfähigkeit bei der Schuldfähigkeitsprüfung aus juristischer und psychiatrischer Sicht*, in www.springermedizin.de, 1 novembre 2024.

⁶⁴ In ordine al § 21 *StGB*, occorre rilevare che, mentre in Italia l'art. 89 c.p. prevede un'attenuante obbligatoria (seppur sottoposta a bilanciamento), in Germania, la diminuzione della pena rappresenta oggetto di una valutazione tendenzialmente discrezionale del giudice: vd. BGH, 24 luglio 2017, GStt 3/17; BGH, Sez. I, 22 maggio 2019, StR 651/18. In argomento, vd. anche, però, BGH, Sez. I, 25 marzo 2014, StR 65/14 che, esprimendo una posizione consolidata in giurisprudenza, ha chiarito come l'esclusione della diminuzione della pena debba essere adeguatamente giustificata, al ricorrere di elementi di senso negativo (come la brutalità dell'azione criminosa; l'importanza del bene giuridico aggredito; il numero delle persone offese o degli illeciti realizzati, e così via), compiutamente soppesati.

⁶⁵ BGH, Sez. I, 5 marzo 2026, StR 55/26.

⁶⁶ In argomento, vd. M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in Trattato di diritto penale diretto da C.F. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, *Parte generale*, Parte III, tomo I, 90 ss.

ché, nella prassi, tale elemento è valutato come generico fattore di minor colpevolezza⁶⁷ (ovverosia senza un effettivo vaglio della sua portata causale rispetto al fatto illecito compiuto), se non addirittura come strumento per regolamentare casi che, molto spesso, dovrebbero più correttamente essere inquadrati nell'alveo dell'incapacità totale⁶⁸.

La frequenza di applicazione di questa disposizione è aumentata costantemente e considerevolmente negli ultimi decenni. Le ragioni di questo aumento sono molteplici. Oltre all'incremento dell'abuso di alcol, droghe e farmaci, si possono citare la pratica delle perizie e anche una notevole indulgenza da parte dei tribunali nell'applicare la disposizione a favore dell'imputato, poiché, se viene riconosciuta la responsabilità attenuata, la sentenza ha maggiori probabilità di passare in giudicato risultando più accettabile per il condannato. La base operativa del § 21 *StGB* è probabilmente da ricondurre principalmente a gravi anomalie mentali, nonché a parafilie sessuali e disturbi di dipendenza. Contemporaneamente, dall'inizio degli anni '90, la casistica mostra una minore propensione da parte dei tribunali a concedere l'assoluzione per fatti di grave allarme, probabilmente correlata alla valutazione sociale più rigorosa dei reati commessi sotto l'influenza di alcol e sostanze. La disposizione si applica nella prassi a casi in cui i vizi incidono sulla capacità di inibizione degli impulsi⁶⁹.

Insomma, quale figura di confine, la semi-imputabilità, anche in Germania, si presta ad un esercizio del potere giurisprudenziale alquanto ampio e, soprattutto, ad essere impiegata come strumento "comfortante" del bisogno di pena per le fatti di reato di grave disvalore commessi da soggetti che, piuttosto, mostrerebbero segni di totale incapacità⁷⁰.

3.4. Segue. L'intossicazione e l'actio libera in causa.

Quanto all'*intossicazione cronica*, da alcol e stupefacenti, è pacifico che la stessa possa determinare (così come per l'art. 95 c.p.) uno stato di incapacità di intendere o di volere inquadrabile nel contesto dei §§ 20-21 *StGB*⁷¹.

Il legislatore tedesco, per altro verso, ha deciso di confermare, in tema di *intossicazione acuta*, l'incriminazione autonoma di *Vollrausch* (intossicazione piena, volontaria o colposa), attraverso il § 323a *StGB*⁷², ovverosia, mediante una fattispecie per cui la realizzazione di un fatto di reato (in tutti i suoi elementi costitutivi, ivi incluso quello psichico)⁷³ da parte dell'incapace (che non possa invocare la ricorrenza, al momento del fatto, di cause di giustificazione o scusanti)⁷⁴ assurge a condizione di pu-

⁶⁷ M.T. COLLICA, *Il reo imputabile*, in G. De Vero (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, in Trattato teorico-pratico di diritto penale diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, vol. I, Torino, 2020, 470-471.

⁶⁸ In argomento, vd. S. TIGANO, *La semi-infermità di mente. I diversi piani del giudizio*, Pisa, 2022, *passim*.

⁶⁹ J. KASPAR, sub § 21, in H. Satzger - W. Schluckebier - G. Widmaier (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit.

⁷⁰ Sulle problematiche sollevate dal § 21 *StGB*, sul difficile dialogo tra scienza e diritto, vd. H.L. KRÖBER, *Konzepte und Implikationen der verminderten Schuldfähigkeit*, in *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, 2020, 14, 381 ss.

⁷¹ Vd., *ex plurimis*, tra le più recenti, BGH, Sez. V, 12 maggio 2022, StR 99/22; BGH, Sez. V, 30 settembre 2021, StR 325/21.

⁷² Tale disposizione così recita: «1. Chiunque, intenzionalmente o per negligenza, si ubriaca con bevande alcoliche o altre sostanze inebrianti è punito con la reclusione fino a cinque anni o con una multa se, in questo stato, commette un atto illecito e non può essere punito per esso perché era incapace di responsabilità penale a causa dell'alterazione o perché ciò non può essere escluso. 2. La pena non deve essere più severa di quella prevista per l'atto commesso in stato di ebbrezza. 3. L'atto sarà perseguito solo su richiesta, autorizzazione o domanda di perseguimento se l'atto connesso all'intossicazione possa essere perseguito solo su richiesta, autorizzazione o domanda di perseguimento».

⁷³ Sulla problematica convivenza tra dolo/colpa e difetto di imputabilità, vd., di recente, A. DE LIA, *L'imputabilità "contesa" tra colpevolezza e difesa sociale. Uno studio storico-comparativo tra il diritto penale italiano e inglese, moderno e contemporaneo*, op. cit.

⁷⁴ W. JOECKS - C. JÄGER, *Strafgesetzbuch Studienkommentar*, op. cit., sub § 323a, 900 ss.

nibilità (una parte della scienza penalistica qualifica - anche in base alla collocazione topografica - la figura in termini di reato di pericolo concreto, rispetto al bene giuridico-sicurezza pubblica, sebbene l'aggancio al reato commesso dall'incapace possa anche legittimare una lettura diversa, ovvero sia l'attribuzione al *Vollrausch* di una natura "mista", di "pericolo-danno", in considerazione della varietà di fattispecie incriminatrici idonee a far scattare la responsabilità, nonché tenendo conto delle condizioni di procedibilità)⁷⁵.

Insomma, la responsabilità s'innesta, di base, sul rimprovero del porsi in stato di alterazione, non richiedendosi (e, anzi, rappresentando elemento costitutivo "negativo") la capacità di intendere e di volere (anche parziale, poiché in tal caso si applicherebbe il § 21 *StGB*) al momento della commissione del fatto di reato⁷⁶.

Il legislatore, peraltro, con l'ultimo inciso del primo comma del § 323a *StGB*, ha inteso ovviare ad un potenziale "cortocircuito" (ossia ad un "*non liquet*"), prevedendo che in caso di dubbio sulla sussistenza di una condizione psichica tale da determinare l'imputabilità o la semi-imputabilità, ma in presenza di alterazione, si debba applicare proprio la disposizione in disamina⁷⁷.

In estrema sostanza, la norma punisce l'alterazione (si potrebbe rilevare, in vero, "pericolosa" o "dannosa")⁷⁸, dovuta ad assunzione di sostanze di tipologia e quantità tali che il soggetto fosse (o avrebbe dovuto essere) consapevole degli effetti (non voluti) che sarebbero stati determinati da detta assunzione, ossia del pericolo (inveratosi; ci si riferisce, infatti, alla *Rauschtat*, in termini di *actio subsequens*) di commissione, da parte sua, di reati, sulla base di una forma di "precolpevolezza" (*Vorverschulden*)⁷⁹.

Secondo la giurisprudenza, la responsabilità per l'illecito *de quo* insorgerebbe, in altri termini - esclusa l'ipotesi dell'incapacità preordinata o, comunque, di previsione e volizione del fatto di reato prima dell'auto-intossicazione (laddove si attiverebbe l'*actio libera in causa*, su cui *infra*) - solo allorché il soggetto fosse stato (almeno) in grado di prevedere la possibilità che, a seguito dell'alterazione provocata dall'assunzione di sostanze (nella forma dell'incapacità totale, del "grave disturbo mentale" di cui al § 20 *StGB*), egli avrebbe potuto commettere qualche illecito penale⁸⁰.

Tale lettura, seppur non universalmente accettata in dottrina, risponde all'esigenza di minimizzare le frizioni con lo *Schuldprinzip*.

⁷⁵ Su questi temi, a livello monografico, vd. R. KUSCH, *Der Vollrausch*, Berlin, 1984.

⁷⁶ BGH, Sez. V, 31 gennaio 2024, StR 196/23.

⁷⁷ In argomento, vd. F. DENCKER, § 323a *StGB*. *Tatbestand oder Schuldform?*, in *JZ*, 1984, 10, 453 ss.

⁷⁸ BGH, Sez. IV, 21 aprile 2020, StR 264/19: «l'oggetto dell'accusa e quindi il fondamento della condanna ai sensi del § 323a non è l'atto commesso in stato di ebbrezza, bensì l'intossicazione intenzionale o colposa. Creando il reato definito nel § 323a, il legislatore ha qualificato l'intossicazione come un illecito autonomo e sanzionabile, data la generale pericolosità e imprevedibilità di una persona gravemente intossicata. Tuttavia, il legislatore ha subordinato la responsabilità penale al fatto che, e in quale misura, l'accresciuto pericolo rappresentato da una persona in stato di ebbrezza per gli interessi legittimi di terzi o del pubblico in generale si sia effettivamente manifestato in un atto illecito concreto: l'atto commesso in stato di ebbrezza. L'intossicazione senza conseguenze rimane priva di ripercussioni legali. Al contrario, chi commette un reato in stato di ebbrezza è punibile per tale stato di ebbrezza, ma non può essere punito per l'atto commesso perché, a causa dell'intossicazione, non era in grado di intendere e di volere, o almeno ciò non può essere escluso».

⁷⁹ Su questo concetto, vd., *ex plurimis*, U. NEUMANN, *Zurechnung und Vorverschulden*, Berlin, 1985; nella dottrina italiana, N. PISANI, *La "colpa per assunzione" nel diritto penale del lavoro*, Napoli 2012, 109 ss e, in precedenza, R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 191 ss.

⁸⁰ Vd. BGH, Sez. III, luglio 2002, StR 207/02, non essendo, tuttavia, richiesta la previsione del tipo di reato poi concretamente realizzato in stato di incapacità (vd. BGH, 11 gennaio 2024, StR 280/23).

Il § 323a *StGB* criminalizza la creazione di uno stato di pericolo pubblico, ovvero uno stato imprevedibile, incontrollabile e quindi pericoloso per gli interessi giuridici altrui. Gli interessi giuridici tutelati sono quelli di terzi protetti dal diritto penale in relazione ad altri reati. Questa ampia portata di tutela chiarisce che si tratta, in sostanza, di un'estensione della responsabilità penale oltre l'ambito dell'intenzione e della colpa, in una sfera soggettiva di responsabilità che non richiede più la prevedibilità della specifica violazione degli interessi giuridici, bensì la conoscenza generale della pericolosità e dell'incontrollabilità di una determinata situazione. In sostanza, il § 323a deve, quindi, essere considerato un supplemento ai §§ 20 e 21 e un'estensione degli elementi soggettivi di responsabilità oltre la negligenza. Formalmente, si tratta di un reato di pericolo, atteso che il legislatore si è astenuto dal regolamentare questa estensione generale di responsabilità nella parte generale, dove avrebbe dovuto sostanzialmente essere collocata. Di fatto, la previsione può essere considerata pienamente coerente con il principio di colpevolezza se la conoscenza della pericolosità dello stato di ebbrezza per la commissione di reati è richiesta come elemento soggettivo del reato. La giurisprudenza giunge a questo risultato⁸¹.

Sicché il sistema positivo è disegnato in maniera tale da poter determinare (almeno sulla carta, atteso che la giurisprudenza tedesca, talvolta, procede attraverso una sorta di equazione tra assunzione di sostanze/auto-alterazione e prevedibilità del pericolo di commissione di un reato)⁸² una forte restrizione dell'area di operatività della disposizione in disamina e, di riflesso, di estendere quella di impunità (*id est* vuoti di tutela penale: un vero e proprio *Dammbruch*) per fatti commessi nel corso di intossicazione acuta⁸³.

Si tratta di un'impostazione (al di là della difficoltà di accertamento in concreto cui essa conduce)⁸⁴ notevolmente diversa, allora, da quella sposata dal sistema giuridico italiano, laddove è ben risaputo che gli artt. 92 e 93 c.p., in tema di alterazione volontaria o colposa, fanno scattare la responsabilità per il fatto di reato commesso dal soggetto in stato di incapacità prescindendo dalla prevedibilità di tale elemento da parte dell'individuo al momento in cui si è posto in stato di incapacità⁸⁵.

Posto che, sul lato subiettivo, la responsabilità *ex* § 323a *StGB* scatta - perlomeno per gli orientamenti giurisprudenziali prevalenti e le correnti dottrinali più garantiste - nel caso di previsione/prevedibilità della generica pericolosità dello stato di alterazione, volontario/colposo, da parte dell'assunto-re, secondo una particolare linea esegetica, qualora, invece, nel caso in cui siffatto stato psichico si riflettesse su una specifica fattispecie di reato (ad esempio, il soggetto era o avrebbe dovuto essere consapevole della circostanza che in caso di ebbrezza e perdita di coscienza, mettendosi alla guida, avrebbe

⁸¹ H. OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, Berlin, 1998, 417.

⁸² Cfr. BGH, Sez. V, 12 dicembre 2018, StR 385/18: «secondo una linea di pensiero, non è richiesta la prevedibilità concreta dell'atto commesso in stato di ebbrezza. Questo perché il legislatore, al § 323a, ha qualificato l'atto di porsi in stato di incapacità come un reato autonomo, giuridicamente definibile e sanzionabile, data la generale pericolosità e imprevedibilità di una persona gravemente ubriaca. Tuttavia, ha subordinato la responsabilità penale al fatto che, e in che misura, il maggiore pericolo rappresentato da una persona ubriaca per gli interessi legittimi di terzi o del pubblico in generale si sia effettivamente manifestato in un atto illecito concreto. Già nella sentenza BGH, Sez. V, 7 maggio 1957, StR 127/57, si è stabilito che è richiesto che l'autore del reato sappia o dovrebbe sapere di poter, in stato di ebbrezza, commettere qualsiasi tipo di reato; *tuttavia, tale prevedibilità è generalmente evidente*».

⁸³ Su questo modello, vd., nella letteratura italiana, V. MILITELLO, *Modelli di responsabilità penale per incapacità procurata e principio di colpevolezza*, in A.M. Stile (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, 479 ss.

⁸⁴ Nel panorama nostrano, vd. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 1995, 299-300.

⁸⁵ In argomento, vd. anche S. FIORE, *Prospettive dommatiche e fondamento politico-criminale della responsabilità ex art. 92 comma 1 c.p.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1994, 1, 139 ss (il quale, condivisibilmente, ha rilevato, comunque, "l'impraticabilità" del modello tedesco in Italia).

potuto provocare un omicidio), escluso il *Vollrausch*, l'alterazione non "scomoderebbe" neppure l'ipotesi di *actio libera in causa* (colposa), atteso che «diverse azioni possono essere considerate imprudenti, non vi è alcuna problematica giuridica a collegare l'accusa di negligenza alla condotta precedente»⁸⁶.

Insomma, per le figure criminose astratte che ammettono la responsabilità a titolo di colpa, la previsione/prevedibilità del reato poi effettivamente commesso in stato di alterazione, secondo questa impostazione, condurrebbe ad escludere l'applicazione del § 323a *StGB*, lasciando il campo alla figura di parte speciale tipizzata a titolo di colpa (omicidio, lesioni, e così via)⁸⁷.

Tale linea si rivela, allora, particolarmente problematica nella misura in cui, al di là della forzatura rispetto alla scelta operata dal legislatore con l'introduzione del *Vollrausch* (con la correlata funzione sussidiaria che si è inteso imprimere a tale figura), essa pone l'interprete di fronte ad enormi difficoltà, obbligandolo a sondare la mente dell'individuo, *ante factum*, al fine di indagare non solo se egli avesse preveduto/potesse prevedere la propria pericolosità, ma addirittura se questi avesse preveduto/potuto prevedere la commissione, da parte sua, di uno specifico (e, poi, in quale misura di dettaglio?) illecito. Insomma, un compito arduo, se non, addirittura, impossibile, nonché foriero di arbitrio giurisprudenziale.

Complicati sono i rapporti tra la figura *de qua* e l'errore; di massima si ritiene valorizzabile soltanto quello in cui sarebbe incorso un soggetto-agente modello in stato di sobrietà⁸⁸; tuttavia, una parte della dottrina tedesca sostiene che, perlomeno per alcune fattispecie di non elevato allarme sociale, qualora lo stato di alterazione determinasse un effetto dispercettivo (ad esempio, un individuo, ubriaco, scambia, all'uscita di un locale, un cappotto altrui con il proprio), si debba escludere la responsabilità per il fatto realizzato in stato di alterazione (nel caso prospettato, il furto) e, di riflesso, per *Vollrausch*⁸⁹.

Quanto all'aspetto probatorio, cui si è già poc'anzi accennato, è stato affermato in giurisprudenza come gli accertamenti clinici circa la concentrazione di sostanze nei liquidi biologici e le perizie, seppur non potendo sostituire un più generale accertamento sulla concreta capacità individuale di intendere e di volere dell'individuo, rimessa ad un equo apprezzamento del giudice⁹⁰, possano fornire utili elementi di valutazione⁹¹.

Fatto è che le corti tedesche, nella prassi, impiegano sistematicamente parametri scientifici da cui viene desunta, di massima, l'incapacità totale (con conseguente applicazione del § 323a *StGB*) o parziale (nel qual caso si afferma la responsabilità ai sensi del § 21), attraverso le analisi di laboratorio⁹².

⁸⁶ BGH, Sez. IV, 22 agosto 1996, StR 217/96. L'inutilità dell'*actio libera in causa* colposa è stata sottolineata a più riprese dalla dottrina tedesca. Vd., ad esempio, E. HORN, *Actio libera in causa - eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 1969, 10, 289 ss; I. PUPPE, *Grundzüge der actio libera in causa*, in *JuS*, 1980, 5, 346 ss.

⁸⁷ R. RENGIER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., 406.

⁸⁸ In senso analogo si è espressa la giurisprudenza nostrana. Vd. Cass., Sez. VI, 13 maggio 2020, n. 14795. Conformemente, in dottrina, vd. E. MEZZETTI, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, Bologna, 2023, 362 ss.

⁸⁹ R. RENGIER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, vol. II, München, 2021, 411; B. HECKER, sub § 323a, in in A. Schöнке - H. Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit. Diversa è l'impostazione della giurisprudenza nostrana, che, come già si è ricordato, nel caso di alterazione volontaria e colposa, esclude la possibilità di valorizzare l'errore determinato da alterazione. Vd., da ultimo, Cass., Sez. III, 23 marzo 2026, n. 10840.

⁹⁰ BGH, Sez. II, 2 ottobre 2007, StR 412/07; BGH, Sez. IV, 19 novembre 2014, StR 497/14.

⁹¹ BGH, Sez. V, 2 giugno 2010, StR 171/10.

⁹² Vd., *ex multis*, vd. BGH, Sez. IV, 22 novembre 1990, StR 117/90; BGH, Sez. III, 1 marzo 1991, StR 470/90; BGH, Sez. II, 14 giugno 1995, StR 274/95; BGH, Sez. I, 9 luglio 1996, StR 511/95; BGH, Sez. 4, 20 maggio 1999, StR 188/99. Più di recente, vd. BGH StR 280/23 cit.

Secondo un orientamento, il § 323a *StGB* potrebbe trovare spazio solo laddove raggiunta la piena prova dell'incapacità assoluta⁹³. Secondo un'altra tesi, che risulta maggioritaria, invece, l'applicazione della figura speciale potrebbe essere esclusa (con conseguente responsabilità "piena" o, *ex* § 21, "ridotta") solo laddove venisse dimostrata, oltre ogni ragionevole dubbio, la capacità di intendere e di volere (totale o parziale) al momento del fatto⁹⁴. Tale ultima soluzione ha trovato avallo in pronunciamenti giurisprudenziali che - forse non a torto - hanno rimarcato come, nel sistema tedesco, l'incertezza circa lo stato di incapacità non possa comunque sfociare in una soluzione in contrasto col principio *in dubio pro reo*⁹⁵.

Sulla difesa grava un onere di allegazione (*Darlegungslast*), ovverosia di fornire elementi per un successivo approfondimento officioso circa la sussistenza dell'incapacità assoluta, secondo il principio inquisitorio, attraverso la nomina di un perito (§ 244 *StPO*).

È necessario anche precisare, ancora in tema di rapporti con la disciplina generale dell'imputabilità, che, secondo la giurisprudenza tedesca formatasi sulla singolare e assai problematica figura in disamina, l'auto-intossicazione potrebbe essere comunque valutata nel prisma dei §§ 20-21 *StGB* qualora avesse determinato lo stato di incapacità interagendo con anomalie mentali (*der Tropfen, der das Fass zum Überlaufen bringt*, ossia, secondo metafora nostrana, "la goccia che fa traboccare il vaso")⁹⁶. Anche in questa prospettiva, dunque, si coglie una significativa differenza rispetto al sistema italiano, atteso che la giurisprudenza ritiene che «l'intossicazione cronica è l'unica situazione che può incidere sull'imputabilità in capo al soggetto che commette il fatto sotto l'effetto di sostanze»⁹⁷.

Quanto al trattamento sanzionatorio, la giurisprudenza ritiene che l'individuazione della pena tra minimo e massimo edittale debba essere operata sulla base di criteri oggettivi (ad esempio, gravità dell'offesa provocata in stato di alterazione, numero di soggetti danneggiati, e così via), non potendo

⁹³ Vd. T. FISCHER, *Strafgesetzbuch, sub* § 323a, München. 2022, 2590.

⁹⁴ H. TRÖNDLE, *Vollrauschatbestand und Zweifelsgrundsatz*, in AA.VV., *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, vol. I, Berlin, 1985, 665 (spec. 682).

⁹⁵ Vd. BGH, Sez. II, 28 novembre 2003, ARS 343/03; BGH, Sez. IV, 23 luglio 1998, StR 188/98; BGH, Sez. IV, 20 aprile 1989, StR 87/89; BGH, Sez. IV, 18 agosto 1983, StR 142/82.

⁹⁶ Cfr BGH, Sez. I, 12 gennaio 2021, StR 488/20. Si veda, altresì, BGH, Sez. II, 17 febbraio 1999, StR 483/98: «in ordine ai casi in cui l'assunzione di sostanze alteranti s'innesta su un *deficit* mentale, provocando un effetto sinergico, in termini di incapacità o ridotta capacità di intendere e di volere, si applicano i §§ 20 e 21. A parere del Senato, nei casi in cui sia presente una psicosi, non è determinante se la soglia della responsabilità penale attenuata o assente sia stata superata solo da un evento contingente, come ad esempio il consumo di alcol. In tali casi, l'evento contingente non ha causato "in definitiva" la condizione, ma l'ha semplicemente innescata». Più di recente, vd. BGH, Sez. V, 6 dicembre 2023, StR 372/23: «quando concorrono diversi fattori che possono compromettere la responsabilità penale - in questo caso: lieve disabilità intellettiva ed elevato stato di ebbrezza nel contesto di un disturbo da uso di alcol preesistente - la valutazione della responsabilità penale richiede un'analisi approfondita. Se più fattori sono rilevanti contemporaneamente, non devono essere considerati isolatamente, ma valutati nell'ambito di una valutazione complessiva e completa. In caso di assunzione di sostanze alteranti, il giudice deve valutare la questione dello "impatto significativo" dell'intossicazione al momento del reato sulla capacità di intendere e di volere dell'imputato, di per sé e in relazione alla sua potenziale interazione con la condizione iniziale accertata di vizio di mente, al fine di accertare il ricorrere delle condizioni di cui ai §§ 20 e 21 *StGB*». Vd. anche BGH, Sez. I, 26 febbraio 2019, StR 614/18, con cui la Corte ha rilevato che l'assunzione di sostanze in concomitanza con *deficit* mentali patologici, laddove determinasse uno stato di semi-imputabilità, potrebbe essere ponderata ai fini dell'esclusione dell'attenuante di cui al § 21.

⁹⁷ Cass., Sez. I, 4 luglio 2022, n. 46492.

essere valutati *contra reum*, di contro, elementi che attengono alla sfera psichica (intensità del dolo, motivi abietti o futili, etc.)⁹⁸.

La figura, teoricamente, sul piano della *Konkurrenz*, sebbene anche tale questione risulti alquanto controversa, sembra poter concorrere con altro titolo di reato, qualora lo stato di alterazione non sia riconoscibile come causa efficiente di tutte le fattispecie realizzate nel corso dello stato di alterazione, ovvero qualora l'individuo debba rispondere di alcune di esse in base alla logica dell'*actio libera in causa*⁹⁹.

Ancora, in ordine al § 323a *StGB*, occorre rimarcare, ad ogni modo, che mentre alcuni hanno sostenuto l'indispensabilità di tale previsione all'interno dell'ordinamento (sottolineandone la funzione di colmare vuoti di tutela)¹⁰⁰, l'opzione legislativa è stata da taluni aspramente criticata, in ragione di una frizione col principio di colpevolezza e, tenendo conto del carico sanzionatorio (pena della reclusione fino a cinque anni), per un (preteso) difetto di proporzionalità¹⁰¹.

In ordine alla figura incriminatrice in disamina, tuttavia, si deve rilevare che la maggiore criticità che essa sembra sollevare non è quella della compatibilità con il principio di colpevolezza, bensì del *vulnus* nell'intelaiatura del sistema che essa è idonea a generare: si pensi all'ipotesi in cui un soggetto, consapevolmente, assuma sostanze e, resosi incapace, commetta una violenza sessuale, nella forma dello stupro (*Vergewaltigung*), figura punibile in base al § 177 *StGB* (in talune circostanze, con una pena della reclusione ben superiore a cinque anni); ammettendo la prevedibilità dell'azione criminosa in capo al reo, esclusa l'*actio libera in causa*, si finirebbe per sanzionare, comunque, il soggetto con una pena - quella prevista dal § 323a *StGB* - che potrebbe essere assai poco proporzionata rispetto al concreto disvalore del fatto¹⁰².

Quanto, ora, all'*actio libera in causa*, nella sua forma "dolosa", essa, non esplicitamente contemplata dal legislatore tedesco, presuppone un *Doppelvorsatz*, ovvero sia la volontarietà del porsi in stato di incapacità e del fatto di reato commesso successivamente, perlomeno nella forma del *dolus eventualis*. Sicché, tale concetto, in realtà, non abbraccia soltanto l'incapacità auto-procurata preordinata (al fine di commettere il reato o di procacciarsi una scusa, di cui all'art. 87 c.p.).

In dottrina, l'istituto è stato oggetto (oltre che di veementi critiche)¹⁰³ di numerose e variegata formulazioni teoriche (oltre che di censure alla luce del principio di colpevolezza)¹⁰⁴. Fatto è che le tesi

⁹⁸ BGH, Sez. IV, 26 ottobre 2000, StR 340/00; BGH, Sez. III, 28 giugno 2000, StR 156/00; BGH, Sez. II, 21 maggio 1997, StR 115/97; BGH, Sez. II, 9 febbraio 1996, StR 17/96.

⁹⁹ In argomento, vd. T. FISCHER, *Strafgesetzbuch, sub § 323a*, op. cit., 2594. Nel senso descritto nel testo, vd. anche C. ROXIN - L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, München, 2020, 1052.

¹⁰⁰ Ad esempio, J. HRUSCHKA, *Die actio libera in causa*, in *JZ*, 1996, I, 64 ss.

¹⁰¹ In argomento, vd., a livello monografico, con ampi richiami bibliografici, F.M. WALTHER, *Der Vollrausch als Straftat*. Berlin, 2021, *passim*. Vd. anche, per una panoramica delle problematiche in relazione al principio di colpevolezza (nella sua declinazione della "corrispondenza" tra elemento psicologico e fatto, ovvero sia del *Koinzidenzprinzip*, sancito dal § 8 *StGB*), F. STRENG, sub § 20, in AA.VV., *Münchener Kommentar*, vol. I, München, 2003; C. GEISLER, sub § 323a, in *loc. ult. cit.*, vol. VI, München, 2022; A. POPP, sub § 323a, in AA.VV., *Leipziger Kommentar*, vol. XVIII, Leipzig, 2021.

¹⁰² In argomento, vd. R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, op. cit. L'Autore, con riferimento alla disciplina tedesca, ha rimarcato, non a torto, come essa, in considerazione della pena prevista dal § 323a *StGB*, non sia idonea a contemplare, in taluni casi, l'intero disvalore del fatto (spec. 196).

¹⁰³ Vd., ad esempio, M. HETTINGER, *Die actio libera in causa; Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit?*, Berlin, 1988; K. AMBOS, *Der Anfang vom Ende der actio libera in causa?*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, 35, 2296 ss.

¹⁰⁴ In argomento, nella letteratura italiana, vd. A. MENGHINI, *Actio libera in causa*, San Giuliano Milanese, 2015, 167 ss.

principali sono rappresentate dalla *Ausnahmmodell* (modello dell'eccezione)¹⁰⁵, dall'*Ausdehnungsmodell* (modello di espansione)¹⁰⁶, dal *Modell der mittelbaren Täterschaft* (modello di perpetrazione indiretta)¹⁰⁷, dal *Tatbestandsmodell* o *Vorverlagerungsmodell* (modello del fatto tipico o dell'avanzamento)¹⁰⁸.

Le problematiche sottese all'*actio libera in causa* sono ben note in Italia, in termini di frizione con i principi che regolano la materia penale e, in particolare, con quello di colpevolezza; in Germania la dottrina le ha poste in luce con acribia. Per il vero, forse ancor con maggior vigore, in ragione del difetto di positivizzazione e, dunque, al cospetto del principio di legalità. Fatto è che - al netto dell'opportunità dell'impiego dell'istituto in ottica di politica criminale - anche in questa prospettiva l'ordinamento d'oltralpe mostra una maggiore mitezza, nella misura in cui non è previsto, per l'ipotesi di incapacità preordinata, giocoforza, alcun aumento di pena.

Per il resto, il sistema tedesco è assai più aperto del nostro (vd. la disciplina della *ubriachezza/stupefazione abituale*, di cui all'art. 94 c.p.)¹⁰⁹ alla valorizzazione *pro reo* delle c.d. "crisi di astinenza"¹¹⁰.

Secondo consolidata giurisprudenza, la mera dipendenza da droghe o alcol non incide, di per sé, sul controllo di sé stessi. In caso di intossicazione acuta, la capacità di controllare le proprie azioni, ad ogni modo, può essere completamente compromessa o significativamente ridotta. Gravi sintomi di astinenza possono annullare la capacità di controllare le proprie azioni nei reati contro il patrimonio, anche se solo in casi eccezionali. I sintomi di astinenza ancora imminenti possono talvolta rendere irresistibile l'impulso a commettere un reato contro il patrimonio se la paura dei sintomi di astinenza, che il reo ha già sperimentato come estremamente spiacevoli e che percepisce come imminenti, riduce significativamente la sua capacità di inibizione. In quanto dipendenza da sostanze, la tossicodipendenza, a causa della molteplicità di possibili cause, manifestazioni e conseguenze fisiche e psicologiche, può soddisfare sia i criteri del § 20 *StGB* sia quelli di cui al successivo § 21¹¹¹.

¹⁰⁵ Secondo questa tesi (patrocinata da Hruschka, H.H. JESCHECK - T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, nonché da Fischer e Neumann) l'*actio libera in causa* costituirebbe un'eccezione al principio di colpevolezza e alla regola della concordanza, oltre che ai §§ 20-21 *StGB*, giustificata sulla base di esigenze preventive e di giustizia sostanziale, nonché dalla necessità di contrastare una sorta di "abuso del diritto" da parte del reo.

¹⁰⁶ Per i sostenitori di questa impostazione (tra cui Streng), occorrerebbe estendere, per l'appunto, sulla base della precolpevolezza, il concetto di commissione del fatto di cui al citato § 8 *StGB* fino alla realizzazione del fatto di reato.

¹⁰⁷ Per cui l'*actio libera in causa* altro non sarebbe che l'applicazione dello schema dell'autore mediato. Il reo utilizzerebbe sé stesso, ovvero sia un soggetto incapace, per perpetrare il reato. Tale impostazione è stata sostenuta, ad esempio, da G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1991, 493, Puppe e Roxin.

¹⁰⁸ In estrema sintesi, l'addebito viene giustificato, secondo questa linea esegetica, sotto il profilo della dipendenza causale dell'evento realizzato in stato di incapacità ad una condotta riferibile al reo, nonché alla piena corrispondenza tra evento e rappresentazione-volizione *ante factum*. Si tratta della tesi maggiormente seguita dalla dottrina (è stata abbracciata, tra gli altri, seppur in maniera diversificata, da Binding, Cramer, von Frank, Hirsch, Kolz, Lampe, Maurach, Mezger, Rudolphi, Schünemann, Wolter; con diverse sfumature anche da Schmidhäuser) e dalla giurisprudenza. Per più dettagliati riferimenti bibliografici, vd. T. HILLENKAMP - K. CORNELIUS, *Probleme aus dem Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Köln, 2023, 108 ss.

¹⁰⁹ Siffatta disciplina è stata recentemente "blindata" dalla Consulta con la sentenza Corte cost., 26 febbraio 2026, n. 21, che ha statuito che la scelta del legislatore di non valorizzare *pro reo* i disturbi da dipendenza non sarebbe affatto suscettibile di censure di legittimità costituzionale.

¹¹⁰ Vd. K.R. MAATZ, *Drogenbedingte Verminderung der Schuldfähigkeit - zum gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, in www.gfich.org, 29 dicembre 2003.

¹¹¹ BGH, Sez. I, 2 maggio 2023, StR 41/23.

Come ha osservato autorevole dottrina, proprio l'ipotesi di semi-imputabilità viene impiegata non infrequentemente dalle corti tedesche per i casi di reati realizzati a causa di crisi di astinenza da sostanze stupefacenti¹¹².

3.5. Segue. Cenni a stati emotivi e passionali, nonché alla provocazione.

L'ordinamento tedesco si distingue - come si è accennato - per una concezione normativa della colpevolezza (*Schuld*), che si traduce in un giudizio di rimproverabilità (*Vorwerbarkeit*) nei confronti dell'individuo per non aver agito in conformità della legge. Sicché, l'imputabilità si pone come elemento portante della responsabilità penale¹¹³.

Per l'effetto di questa particolare sensibilità rispetto a tale principio, nel concetto di *Schuldfähigkeit* possono rientrare - contrariamente al sistema italiano (vd. art. 90 c.p.) - anche gli stati emotivi e passionali (che vengono ricondotti al termine *Affekt*)¹¹⁴. Tant'è che una parte della dottrina e della giurisprudenza tedesca riconoscono come, seppur in casi eccezionali, talune reazioni incontrollate, frutto di "corto circuito" (*Kurzschlusshandlung*), possano compromettere la sanità mentale e, dunque, essere valorizzate nel prisma dell'imputabilità. Si tratta di situazioni in cui l'individuo reagisce rispetto a prolungate vessazioni, ovvero di *raptus*, determinati da eventi improvvisi non previsti o prevedibili, e che scatenano, quasi sempre in combinazione con fattori concausali congeniti o acquisiti, comportamenti violenti giudicabili come incontrollabili (nel caso di comportamenti indotti da fattori esterni, ci si riferisce a "affetti astenici").

Per *Affekt* si intendono situazioni di estrema eccitazione in cui l'individuo non è più in grado di controllare normalmente il proprio comportamento, di valutare ragioni e contro-ragioni. Si tratta di stati di profondo turbamento della coscienza, che derivano da fattori interni-stenici (rabbia, odio, ecc.), ma anche da reazioni dovute a fattori esterni-astenici come panico, terrore, *shock*. Si tratta di questioni difficilmente ponderabili nell'ottica dell'elemento psichico. La giurisprudenza, in questa prospettiva, impiega taluni elementi indicatori, quali: il restringimento della coscienza (l'attenzione dell'individuo si focalizza, in modo ossessivo, soltanto su un obiettivo, ignorando tutto il resto); la rilevante distorsione cognitiva (il soggetto agisce nel contesto di una rilevante dispercezione del reale); il "corto circuito" (l'uomo agisce in maniera esplosiva, non meditata, improvvisa, subito dopo l'evento scatenante o quello che è percepito come tale); amnesia (dopo l'azione, il soggetto non rammenta più di aver agito o di avere provocato l'evento lesivo); *shock post-delittuoso* (l'individuo, presa cognizione della propria iniziativa, mostra un grave stato di incredulità e prostrazione); alienazione della personalità (l'atto compiuto è del tutto estraneo alle abitudini, al modo di essere di chi lo ha realizzato; si rivela di massima privo di una giustificazione razionale, di una finalizzazione)¹¹⁵.

Si tratta di soluzioni che vengono agevolate dal peculiare sistema tedesco e che, di frequente, chiamano in campo il tema della precolpevolezza, nel senso che le corti tendono ad escludere la fruibilità dei §§ 20 e 21 *StGB* nel caso in cui la situazione scatenante sia stata prevedibile, se non addirittura prevista, dal soggetto agente e, ciò nonostante, questi non si sia comportato in maniera tale da prevenirla/evitarla, adottando valide contromisure¹¹⁶.

¹¹² C. ROXIN - L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, op. cit., 1031.

¹¹³ In argomento, vd. anche K. VOLK, *Introduzione al diritto penale tedesco. Parte generale*, Padova, 1993, 92 ss; S. D'AMATO, *Imputabilità, vizio di mente e responsabilità*, Torino, 2025, 305.

¹¹⁴ Vd., BGH, Sez. V, 15 marzo 2007, StR 76/06; BGH, Sez. II, 11 giugno 2014, StR 117/14; OLG München, Sez. I, 10 giugno 2021, 2 Ks 128 Js 129099/20; BGH, Sez. V, 20 giugno 2023, StR 58/23.

¹¹⁵ W. PERRON - B. WEIßER, sub § 20, op. cit., 378-380.

¹¹⁶ Vd. W. FRISCH, *Grundprobleme der Bestrafung verschuldeter Affekttaten*, in *ZStW*, 1989, 1, 538 ss. Nella dottrina italiana, vd. D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, Napoli, 2020, *passim*.

Gli stati emotivi sono valorizzabili nel prisma dell'imputabilità e del § 21 laddove si possa affermare che l'imputato non potesse prevenire la situazione che ha condotto al profondo turbamento, adottando possibili precauzioni. Occorre, quindi, considerare la vicenda nel suo complesso, tenendo conto del comportamento tenuto dal soggetto agente prima della commissione del crimine. In genere, occorre tenere conto che gli stati emotivi possono essere tenuti in considerazione solo in casi del tutto eccezionali¹¹⁷.

Più di recente, la Corte federale, intervenendo su di un caso di femminicidio (che in Germania non è oggetto di previsione incriminatrice autonoma, come, invece, in Italia; rappresenta proprio questo il caso in cui di frequente giunge all'attenzione delle corti tedesche il tema dell'*Affekt*), ha stabilito:

L'imputato e la vittima erano conviventi. Già agli inizi della loro relazione, i rapporti tra i due divennero tesi, e l'imputato minacciava e offendeva verbalmente la compagna. Allorquando questa decise di interrompere la relazione sentimentale, l'imputato si comportò in modo aggressivo. Nel periodo immediatamente precedente al reato, l'imputato dormiva male e mangiava a malapena. Si sentiva come in un *tunnel*, i suoi pensieri furono ossessionati dalla fine della relazione. Durante un incontro da lui organizzato, minacciò di morte l'*ex* fidanzata; inoltre, nutriva pensieri suicidari. Concordò con la propria terapeuta di contattarla immediatamente qualora avesse avuto intenzione di fare del male a sé stesso o ad altri. Il giorno dell'omicidio, l'imputato notò la donna con il suo nuovo compagno e perse il controllo, accoltellando plurime volte la vittima. La condanna per *Mord*, ex § 211 *StGB* deve essere annullata, atteso che la pronuncia si fonda su un incongruente richiamo a motivi vili. Per le stesse ragioni, l'inadeguata valutazione complessiva mette in discussione anche la sussistenza giuridica degli altri presupposti per la responsabilità omicidiaria. Se, come in questo caso, impulsi emotivi o passionali hanno avuto un ruolo nell'atto, il giudice deve generalmente valutare se l'imputato fosse in grado di controllarli mentalmente e di dirigerli volontariamente. Tale questione richiede un esame esplicito. Il giudice *a quo*, del resto, ha rimarcato come l'imputato si trovasse da settimane in uno stato di eccezionale disagio psicologico. Occorre verificare la capacità di autocontrollo, per l'effetto di evidenti sentimenti di disperazione e sconforto, nella prospettiva della significativa riduzione della capacità dell'imputato di governare le proprie azioni¹¹⁸.

Quanto, in particolare, alle violenze in siffatti contesti, la giurisprudenza più recente ritiene che possano ricorrere i requisiti del *Mord* allorquando l'omicidio sia espressione di "antiquati diritti di possesso" e della volontà di punire un comportamento che contraddice tale concezione. È, quindi, considerata "abbietta" la motivazione sottostante all'omicidio (tanto da sostanziare la figura sopra richiamata, disciplinata dal § 211 *StGB*, punita con l'ergastolo) se l'autore del reato abbia agito per rinnegare la libertà del *partner*, o per puro sentimento di gelosia¹¹⁹.

Al contrario, si ritengono valorizzabili, anche nel prisma dell'imputabilità, i sentimenti di disperazione, il senso interiore di impotenza, una profonda paura della perdita o una situazione di vita percepita come senza speranza a seguito della separazione¹²⁰.

Per altro verso, il § 213 *StGB*¹²¹ contempla una fattispecie a pena ridotta per il reato di omicidio volontario, commesso dal reo in stato d'ira derivante da un comportamento ingiusto (aggressione fisica, verbale, vessazioni, minacce, etc.) tenuto dalla vittima (*id est*, in caso di provocazione), a condizione che si tratti di una reazione correlata causalmente e temporalmente al fatto ingiusto altrui¹²², purché detta reazione sia associabile ad un modello, ovverosia se sia possibile affermare che, di massima, un soggetto mediamente ragionevole, trovandosi nella medesima condizione, avrebbe potuto re-agire in

¹¹⁷ BGH, Sez. III, 5 febbraio 1997, StR 436/96.

¹¹⁸ BGH, Sez. II, 29 ottobre 2008, StR 349/08.

¹¹⁹ BGH, Sez. V, 6 dicembre 2022, StR 479/22.

¹²⁰ LG Aachen, 18 dicembre 2023, 52 Ks 14/23.

¹²¹ Tale disposizione così stabilisce: «se l'omicida, senza sua colpa, è stato provocato all'ira da maltrattamenti o gravi insulti inflitti a lui o a un suo parente dalla persona uccisa, e ciò lo ha immediatamente spinto a commettere l'atto, oppure se sussiste un altro caso meno grave, la pena è la reclusione da uno a dieci anni».

¹²² Sull'esclusione nel caso di provocazione reciproca, vd. BGH, Sez. III, 1 marzo 2012, StR 425/11.

maniera analoga, secondo un metro di giudizio che richiama, seppur per limitati profili, il concetto di *Unzumutbarkeit* (inesigibilità)¹²³.

La giurisprudenza, in taluni contesti, ha fatto riferimento ad un «atto improvviso che costituisce una reazione comprensibile al comportamento provocatorio della vittima»¹²⁴; in ragione dell'alto valore della vita umana, la Corte federale ha precisato, allora, che l'applicazione della norma è vincolata a reazioni ad offese non banali e ad un rigoroso accertamento di requisiti quali lo stretto collegamento causale e, di massima, anche temporale tra offesa (improvvisa) e reazione¹²⁵.

Non si ritiene, per altro verso, necessario che la condotta della vittima, prossima alla reazione, costituisca l'unico elemento di riferimento per l'interprete, essendo, invece, necessario valutarla in un contesto più ampio (la giurisprudenza fa riferimento ad una "analisi olistica"), che possa esprimere l'idea di "grave ingiustizia", potendo applicarsi la figura incriminatrice *de qua* anche nel caso di reazione ad un comportamento dell'ucciso che costituisca la classica "goccia che fa traboccare il vaso" (si pensi alle ipotesi di prolungati maltrattamenti in ambito familiare, a continue vessazioni in ambiente lavorativo, e così via)¹²⁶. La giurisprudenza, peraltro, ammette l'applicazione congiunta dei §§ 213 e 21 *StGB*¹²⁷.

4. Le misure di sicurezza personali e la *Zweispurigkeit* determinato dal cumulo di pena e *Maßregeln der Besserung und Sicherung*.

Anche in materia di misure di sicurezza il panorama tedesco presenta rilevanti ed interessanti peculiarità. Esso si contraddistingue, tra l'altro, per via della pionieristica idea della c.d. "terapia sociale" (*Sozialtherapie*), che, nata agli inizi del XX secolo in ambito sociologico-psichiatrico¹²⁸, prometteva di rappresentare uno dei pilastri del diritto penale moderno e di marcare il suo passaggio da una visione retributiva e incapacitante ad una centrata sulla risocializzazione e sulla prevenzione speciale¹²⁹.

L'introduzione della terapia sociale in ambiente penalistico è, però, legata alla seconda *Große Strafrechtsreform* del 1969 e s'ispirò a modelli scandinavi, che avevano precocemente testato forme di trattamento personalizzato per detenuti "difficili"; già a partire dagli anni '50, in Germania, vennero istituite, così, alcune strutture sperimentali, che furono, poi, disciplinate dal codice penale attraverso la citata riforma, confluita nel "nuovo" codice del 1975 al § 65 *StGB*, la cui entrata in vigore venne, però, rinviata, per via di problemi attinenti ai costi di gestione di tale strumentario, oltre che dell'emergere di sentimenti di sfiducia circa la reale capacità risocializzante degli istituti, e, all'epilogo, mai entrata in vigore¹³⁰.

Dal punto di vista dogmatico, la terapia sociale, nella formulazione originaria, intendeva inserirsi nel sistema a doppio binario, caratterizzato da pene (*Strafe*) e misure di sicurezza e miglioramento

¹²³ Vd. BGH, Sez. I, 21 maggio 2004, StR 170/04.

¹²⁴ BGH, Sez. IV, 9 febbraio 1995, StR 37/95

¹²⁵ BGH, Sez. V, 1 settembre 2011, StR 266/11; BGH, Sez. I, 26 febbraio 2015, StR 574/14; BGH, Sez. I, 12 gennaio 2016, StR 577/15.

¹²⁶ BGH, Sez. I, 4 dicembre 1990, StR 577/90; BGH, Sez. I, 11 giugno 1996, StR 330/96; BGH, Sez. V, 6 maggio 2008, StR 163/08; BGH, Sez. III, 21 dicembre 2010, StR 454/10; BGH, Sez. III, 8 luglio 2014, StR 228/14.

¹²⁷ BGH, Sez. II, 30 luglio 2008, StR 270/08.

¹²⁸ Per un'ampia disamina e riferimenti bibliografici, vd. H.P. SCHMIEDEBACH - S. PRIEBE, *Social psychiatry in Germany in the twentieth century: ideas and models*, in *Medicine History*, 2004, 4, 449 ss.

¹²⁹ In argomento, vd. S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, Napoli, 1984, *passim*.

¹³⁰ Su questi temi vd., diffusamente, nella letteratura nostrana, A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, Torino, 1997, 141 ss.

(*Maßregeln der Besserung und Sicherung*), attraverso una logica spiccatamente vicariale (*Prinzip des Vikariierens*): l'esecuzione della misura avrebbe dovuto aver luogo prima di quella detentiva e qualora (e nel momento in cui) il condannato (che avrebbe potuto essere sottoposto a siffatta misura indipendentemente dal proprio consenso) fosse stato trattato con successo in un istituto di terapia sociale, il tempo trascorso in siffatte strutture sarebbe stato computato ai fini della pena da scontare, condizionalmente sospesa per la parte residua in regime di libertà vigilata (in base a quanto correlativamente previsto dal § 67 *StGB*).

L'obiettivo della *Sozialtherapie* così disegnata era, quindi, quello di superare la logica carcerocentrica, oltre che il ricorso alla custodia di sicurezza (di cui al § 66 *StGB*), di risocializzare i delinquenti "pericolosi" (recidivi, autori di crimini di matrice sessuale, giovani delinquenti, soggetti affetti da disturbi psichici. Il tutto qualora il giudice avesse ritenuto utile il ricorso alla misura in luogo del carcere, in base alle prospettive formulabili in relazione al singolo individuo e che avrebbero potuto essere garantite dalle strutture *ad hoc*), attraverso un approccio multidisciplinare includente psicologia, pedagogia sociale e formazione professionale, abbattendo i tassi di recidiva, attraverso la riduzione del ricorso alla pena carceraria e del "cumulo" da doppio binario.

A differenza della detenzione ordinaria, la terapia sociale avrebbe dovuto caratterizzarsi per forme di terapia collettiva, per l'impiego di personale altamente specializzato, per la strutturazione del sistema verso diagnosi e prognosi di carattere eminentemente individualizzato, finalizzato a monitorare l'evoluzione dell'applicazione della misura e al rilascio dell'internato nonché alla concessione del beneficio della sospensione condizionata della pena.

Con la riforma del sistema penitenziario del 1985, invece, l'istituto della terapia sociale - espunto il § 65 *StGB* - è stato previsto (§ 9 della *Strafvollzugsgesetz*, in sigla "*StVollzG*") in termini di misura alternativa alla detenzione, prevedendosi che la durata del trattamento, presso istituti o reparti specializzati delle strutture carcerarie, per imputabili e non imputabili (non essendo previsti, quindi, dei *clusters*), venga comunque interamente computata nell'ambito della pena complessiva da scontare¹³¹.

4.1. Cenni alla disciplina generale.

Ancor oggi, il sistema tedesco è basato sulla logica del doppio binario¹³², con la previsione di misu-

¹³¹ Su questo istituto, vd. F. ROCCHI, *Le misure di sicurezza custodiali in Germania e Francia*, in S. Moccia - A. Cavaliere (a cura di), Napoli, 2023, 133 ss (spec. 150). Le strutture di terapia sociale in Germania sono, oggi, reparti specializzati di strutture carcerarie (come quello istituito presso il carcere di Tegel, a Berlino) o istituti autonomi (sei, in totale, tra cui quello di Bochum), distribuiti nei *Länder*. Queste strutture si distinguono dal carcere per il fatto che gli internati vivono in piccole "sotto-comunità" di una decina di membri, per l'impiego di personale di particolare esperienza e professionalità nonché di programmi ad alta specializzazione, a carattere eminentemente individuale.

¹³² H.H. JESCHECK, *Introduzione*, in S. Vinciguerra (a cura di), *Il codice penale tedesco*, Padova, 2003, 23 ss; G. FORNASARI - A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2012, 109 ss; A. COSTANTINI, *Custodia e cura dell'infermo di mente-autore di reato nel modello tedesco delle "misure di miglioramento e sicurezza"*, in M. Pelissero - L. Scomparin - G. Torrente (a cura di), *Dieci anni di REMS*, Napoli, 2022, 483 ss. Il principio di legalità (di cui al nostrano art. 199 c.p.), anche in materia di misure di sicurezza, è sancito dal § 1 *StGB*, oltre che dal § 104, comma 1, della Legge fondamentale. Vd. BVerfG, 5 febbraio 2004, 2 BvR 2029/01. Una simmetria si coglie anche rispetto all'applicabilità del principio *tempus regit actum*, di cui all'art. 200 c.p. e, correlativamente, § 2, comma 6, *StGB* (sulle criticità di tale approccio, vd. M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Milano, 2024, 1005 ss). Altre analogie si colgono, alla luce dell'art. 202, comma 2, c.p., in merito all'applicabilità della misura di sicurezza all'istigazione a commettere un delitto (su cui vd. A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità*, Padova, 2000, 124 ss. Del resto, tale fattispecie in Germania sostanzia reato. Vd. § 30 *StGB*) e al tentativo inidoneo (§ 23, comma 3, *StGB*. In argomento vd., sempre nell'ambito della letteratura nostrana, S.

re personali, elencate dal § 61 *StGB*, detentive e non detentive/interdittive (ossia, per quest'ultime, sorveglianza, §§ 68 ss¹³³; ritiro della patente di guida, §§ 69 ss; interdizione dall'esercizio di professioni, §§ 70 ss), informate al principio di proporzionalità (espressamente contemplato dal § 62)¹³⁴, ovvero sia su un rapporto di congruenza tra tipo ed entità/durata della misura e gravità del pericolo sociale¹³⁵, da valutarsi, in concreto e, così come in Italia, senza ricorso a presunzioni¹³⁶, sia al momento dell'irrogazione, sia dell'esecuzione della misura stessa che, in caso di imputabilità/semi-imputabilità (diversamente da quanto stabilito dall'art. 211 c.p.), può precedere quella della pena, secondo i complessi criteri dettati dal § 67¹³⁷.

SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012, 921 ss).

¹³³ Questo istituto poliforme prevede (vd. § 68e *StGB*) una serie di provvedimenti che sono assimilabili alla libertà vigilata (artt. 228 ss c.p.), al divieto di soggiorno e di frequentazione di particolari locali (artt. 233-234 c.p.), mentre l'espulsione dello straniero (di cui all'art. 235 c.p.) non è contemplata tra le misure di sicurezza, bensì nel diritto amministrativo di polizia tedesco.

¹³⁴ A. DESSECKER, *Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Eine Untersuchung zum Maßregelrecht*, Berlin, 2004; W. FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2014, 3-4, 164 ss, spec. 167 ss. In Italia, invece, il principio di proporzionalità in materia di misure di prevenzione è implicito, operando il codice un generico riferimento alla pericolosità sociale (vd. artt. 202 e 203 c.p.). In argomento, vd. V. MASARONE, *Misure di sicurezza detentive e CEDU*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2022, 1, 369 ss; M. PELISSERO, *Proporzionalità e punizione giusta: una garanzia fragile, da rafforzare*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2025, 3, 1103 ss. Sul tema della proporzionalità nel diritto penale tedesco vd., in generale, E.R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005, 278 ss e più, di recente, seppur per accenni, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2021, 100-101.

¹³⁵ In argomento, vd. BVerfG, 27 marzo 2012, 2 BvR 2258/09. Così come in Italia - vd., *ex multis*, F. ROCCHI, *Il futuro del "doppio binario"*, in www.lalegislazionepenale.eu, 13 febbraio 2025. Nella manualistica, A. MANNA - A. SERENI, *Diritto penale. Parte generale. Teoria e prassi*, Milano, 2024, 561 - la dottrina tedesca ha messo in luce l'estrema opinabilità dei giudizi prognostici correlati alla pericolosità sociale nel campo delle misure di sicurezza e miglioramento. Vd., ad esempio, U. KINDHÄUSER - E. HILGENDORF, *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 2022, sub §§ 61 e 62, 427 ss. Sulle metodologie applicabili (quella intuitiva, quella statistica, quella clinica, nonché quella "eclettica"), vd. J. KASPAR, sub § 61, in H. Satzger - W. Schluckebier - G. Widmaier (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit.

¹³⁶ Sugli interventi della Corte costituzionale e sull'abrogazione dell'art. 204 c.p. ad opera della l. 10 ottobre 1986, n. 663, c.d. "legge Gozzini", che hanno segnato la sorte della presunzione di pericolosità, vd., ampiamente, M. ROMANO - G. GRASSO - T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, op. cit., 432 ss. In argomento vd. anche, di recente, per un'analitica ricostruzione, Corte cost., 17 ottobre 2024, n. 162.

¹³⁷ Si riporta qui di seguito, per comodità del lettore, parte del testo tradotto della disposizione vigente, rubricata "ordinanza di esecuzione": «1. Se, in aggiunta a una pena detentiva, viene disposto il collocamento in un istituto conformemente ai §§ 63 e 64, tale misura deve essere attuata prima della pena. 2. Il tribunale può stabilire che la pena o parte di essa debba essere scontata prima dell'imposizione della misura, se in tal modo lo scopo della misura risulta più facilmente raggiungibile. Se, oltre a una pena detentiva fissa superiore a tre anni, viene disposto il ricovero in una struttura di disintossicazione, il tribunale deve generalmente disporre che parte della pena debba essere scontata prima del provvedimento. Tale parte della pena è stabilita in modo che, dopo la sua esecuzione e il successivo ricovero, possa decorrere il termine per la sospensione condizionale dei due terzi della pena. 3. Il tribunale può successivamente emettere, modificare o revocare un ordine ai sensi del comma 2, se le circostanze relative al condannato lo rendono opportuno. 4. Se la misura di sicurezza viene eseguita in tutto o in parte prima della pena, la durata della misura di sicurezza eseguita viene computata ai fini della pena nella misura di due terzi. 5. Se la misura viene applicata prima della sentenza o prima del termine della pena, il tribunale sospende l'esecuzione della parte restante della pena in regime di libertà vigilata alle condizioni di cui al § 57, qualora siano stati scontati due terzi della pena. Il tribunale può anche disporre la sospensione dopo che sia stata scontata metà della pena, a condizione che siano soddisfatte le condizioni di cui al § 57. 6. Il tribunale stabilisce che il credito di cui al comma 4 sia concesso anche rispetto ad una pena inflitta in un altro procedimento, se la sua esecuzione costituirebbe un onere eccessivo per il condannato. Nell'assumere tale decisione, si tiene in particolare considerazione il rapporto tra la durata della precedente privazione della libertà e la durata delle pene inflitte, il

Nell'esecuzione di una misura di sicurezza detentiva, il diritto fondamentale alla libertà della persona interessata deve essere bilanciato con la necessità di proteggere il pubblico da potenziali violazioni di interessi legalmente tutelati, secondo il principio di proporzionalità. La libertà personale può essere limitata solo nella misura in cui ciò sia indispensabile per l'interesse pubblico. Nel necessario bilanciamento tra gli interessi di sicurezza pubblica e il diritto alla libertà del detenuto, si deve tenere conto del rischio di reati che possano giustificare il provvedimento. Il rischio deve, pertanto, essere valutato caso per caso, tenendo conto della natura e della gravità dei reati previsti, nonché della probabilità, della frequenza e della possibilità che vengano commessi in futuro. Occorre, inoltre, considerare la condotta pregressa del condannato e le circostanze rilevanti per il suo futuro sviluppo. Quanto più a lungo dura la privazione della libertà, tanto maggiore è il peso attribuito al diritto fondamentale alla libertà e tanto più stringenti diventano i requisiti costituzionali per il livello di giustificazione richiesto per una prognosi negativa. Nell'ambito della valutazione, occorre anche spiegare in che misura gli eventuali pericoli possano essere affrontati mediante condizioni adeguate. È necessaria una giustificazione specifica qualora un tribunale intenda discostarsi da una perizia psichiatrica, anche su singoli aspetti¹³⁸.

In Italia, la dottrina maggioritaria ha negato che, al di là dell'etichetta, le misure di sicurezza personali rivestano natura amministrativa, evidenziandone, anche per via del coefficiente di afflittività, le molteplici analogie con la pena¹³⁹; la giurisprudenza, dal canto suo, pur intervenendo a più riprese sulla disciplina e demolendone alcuni elementi in contrasto insanabile con lo statuto di garanzie proprie del diritto penale, non ha sposato la posizione netta assunta dagli studiosi del diritto penale e, piuttosto, ha ravvisato una forte analogia tra misure di sicurezza (la cui presenza nell'ordinamento è, comunque, garantita dall'art. 25 Cost.) e di prevenzione¹⁴⁰ (la cui natura è, però, a sua volta, particolarmente controversa)¹⁴¹, mostrando, pertanto, un tendenziale *self restraint* circa le scelte di fondo attuate dal legislatore italiano quasi un secolo fa, e una posizione alquanto ambigua.

In Germania il panorama è solo in parte analogo; se, infatti, la giurisprudenza tedesca a più volte rimarcato, posta la mancata applicazione integrale dello statuto di garanzie dello *Strafrecht*, l'esigenza di una differenziazione "ontologica" tra pena, *da un lato*, e misure di sicurezza e miglioramento, *dall'altro* (negando, cioè, che quest'ultime possano rivestire una funzione punitiva o esclusivamente incapacitante)¹⁴², la particolare conformazione del sistema codicistico (e, in particolare, il carattere tendenzialmente vicariale del rapporto tra conseguenze giuridiche del reato) ha generato, tutto sommato, giudizi dottrinali assai meno censori rispetto a quelli formulati dagli studiosi italiani¹⁴³.

Quanto alla durata delle misure personali detentive, contrariamente a quanto previsto in Italia¹⁴⁴, gran parte di esse possono avere durata massima indeterminata, ossia prolungata finché sussistono le esigenze che vi sottendono. Del resto, la giurisprudenza tedesca e quella di Strasburgo hanno rilevato come, in linea di principio, il *sine die* delle misure *de quibus* non sarebbe affatto illegittimo¹⁴⁵.

successo della terapia conseguita e il rischio concreto, nonché la condotta del condannato nel procedimento di esecuzione. Il credito è generalmente escluso se il reato alla base della pena inflitta in un altro procedimento è stato commesso dopo che la misura è stata disposta. Il comma 5, secondo periodo, si applica di conseguenza».

¹³⁸ BVerfG, 4 ottobre 2012, 2 BvR 442/12.

¹³⁹ A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2015, 601.

¹⁴⁰ Vd. Corte cost., 6 dicembre 2013, n. 291.

¹⁴¹ Vd. A. DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in www.archiviopenale.it, 6 marzo 2017; A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019.

¹⁴² In senso analogo, vd. Corte cost., 18 luglio 2003, n. 253.

¹⁴³ Per un'efficace panoramica, vd. J. KINZIG, sub § 61, in A. Schönke - H. Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., spec. 1041-1043.

¹⁴⁴ Sulla riforma introdotta con la l. 30 maggio 2014, n. 81, vd. Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 22, che ne ha sottolineato la finalità di eliminare il fenomeno dei c.d. "ergastoli bianchi".

¹⁴⁵ BVerfG, 5 febbraio 2004, 2 BvR 2029/01; Corte EDU, Quinta Sezione, 9 giugno 2011, *Schmitz v. Germania*.

Si tratta di uno strumentario che, già da anni, ha fatto registrare una notevole espansione, anche a livello di applicazione pratica¹⁴⁶.

Si discute di un articolato quadro di misure (quelle detentive sono rappresentate da internamento in ospedale psichiatrico, § 63 *StGB*, per soggetti prosciolti per incapacità o condannati previo accertamento di capacità ridotta ex § 21; ricovero in istituto per la disintossicazione da dipendenza, § 64; custodia di sicurezza, *Sicherungsverwahrung*, per soggetti che hanno già scontato la pena e che risultano persistentemente pericolosi, § 66)¹⁴⁷.

Per quanto concerne, in particolare, l'ospedale psichiatrico giudiziario (*Maßregelvollzug*) e il ricovero in istituto di disintossicazione (che rappresentano le misure che più direttamente si riferiscono al tema oggetto della nostra trattazione), il § 67 *StGB*, al comma 4, stabilisce il principio della "vicarietà parziale": il tempo trascorso presso queste strutture è (in parte) computato ai fini della durata complessiva della pena, fermo il potere del giudice di sospendere l'esecuzione di quella residua se il trattamento ha avuto successo e ricorrono i requisiti della liberazione condizionale di cui al § 57¹⁴⁸.

Le misure *de quibus* - che possono essere disposte anche nel caso di proscioglimento per vizio totale di mente nonché laddove il processo non possa celebrarsi per incapacità dell'imputato di stare in giudizio (§ 71 *StGB*)¹⁴⁹ - hanno generato importanti pronunciamenti delle corti nazionali nonché della Corte EDU e hanno fatto registrare rilevanti evoluzioni negli ultimi anni, cui è opportuno accennare.

4.2. Il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e il collocamento in centro di disintossicazione.

Si deve osservare che la *Sicherungsverwahrung* ha rappresentato, tradizionalmente, la misura più controversa tra quelle previste dal legislatore tedesco, impegnando a più riprese la Corte EDU nonché la Corte costituzionale tedesca, che hanno espresso pronunce che hanno fissato dei principi generali applicabili all'intero ordito delle *Maßregeln der Besserung und Sicherung*¹⁵⁰.

In particolare, la Corte di Strasburgo - Corte EDU, Quinta Sezione, 17 dicembre 2009, *M. v. Germania* - ha affermato che le misure di sicurezza personali a carattere detentivo dovrebbero essere considerate pene (e, in quanto tali, sottoposte alle garanzie previste per la materia, tra cui il principio di irretroattività) tutte le volte in cui l'internamento avesse caratteri assimilabili al carcere. Con la conseguenza che fattori quali l'impiego delle medesime strutture in cui sono alloggiati i detenuti "ordinari"

¹⁴⁶ M. MAIWALD, *La riforma continua: Germania*, in S. Canestrari - L. Foffani (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Milano, 2005, 147 ss.

¹⁴⁷ Per maggiori dettagli sulla articolata disciplina e sulle modifiche intervenute nel corso del tempo, vd. M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, op. cit. In argomento, vd. anche F. ROCCHI, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità*, Napoli, 2020, 353 ss, la quale rileva come in Germania, espunto l'istituto della recidiva (di cui al § 48 *StGB*), le misure di sicurezza e, in particolare, proprio quella disciplinata dal § 66, abbiano rappresentato lo strumento per colpire tale fenomeno, in un sistema in cui, per di più, non sono contemplate figure di delinquente qualificato quali quelle contenute nel Capo II del Titolo IV, Libro I, del codice penale nostrano.

¹⁴⁸ L'ultimo comma del § 67 *StGB* compendia una regola d'equità, che consente una sorta di "travaso" del presofferito in regime di ospedale psichiatrico giudiziario e istituto per dipendenze in un procedimento diverso da quello in cui le misure *de quibus* sono state disposte. Si tratta di una disciplina, imposta dalla Corte costituzionale tedesca, che non trova equivalente nel sistema nostrano.

¹⁴⁹ Siffatte misure di sicurezza, così come in Italia (art. 206 c.p.) possono essere applicate anticipatamente dal giudice, ai sensi del § 126a *StPO*. Di contro, differentemente da quanto previsto dall'art. 205, comma 2, c.p., esse possono essere imposte solo con la sentenza di condanna o proscioglimento.

¹⁵⁰ In argomento, vd. T. ZIMMERMANN, *Das neue Recht der Sicherungsverwahrung*, in *HRRS*, 2013, 5, 164 ss.

nonché la prevalenza dell'approccio punitivo e incapacitante rispetto a quello terapeutico-riabilitativo determinerebbero la natura punitiva della misura, indipendentemente dalla qualificazione giuridica operata dal legislatore. Talché, in definitiva, l'illegittimità della retroattività della previsione, introdotta nel 1998, della durata indeterminata della misura stessa¹⁵¹.

Successivamente, il legislatore tedesco è intervenuto, allora, con la legge *Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung* del 22 dicembre 2010, che, tra l'altro, ha introdotto il *Therapieunterbringungsgesetz* ("ThUG"), ossia l'internamento, potenzialmente a durata indeterminata, a fini di cura, in strutture non penitenziarie, di autori di reato violenti affetti da "disturbo psichico", quale misura di carattere, almeno formalmente, civile-amministrativo. Ciò al fine di evitare che, per l'effetto del pronunciamento della Corte EDU, venissero rimessi in libertà individui pericolosi, già condannati (tra cui semi-imputabili), non sottoposti al ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario¹⁵².

Nel 2011, la Corte costituzionale federale tedesca si è pronunciata sul trattamento sanitario obbligatorio a carico di individui internati in ospedali psichiatrici giudiziari¹⁵³. Il *Bundesverfassungsgericht*, pur non dichiarando di per sé incostituzionale tale procedura, ha, piuttosto, sottolineato che il ricorso alla stessa debba essere limitato dal legislatore secondo la logica dell'*extrema ratio*¹⁵⁴.

È seguita la sentenza BVerfG, 4 maggio 2011, 2 BvR 2635/09, che ha dichiarato l'incostituzionalità della disciplina della custodia di sicurezza, rimarcando, più in generale, come le *Maßregeln der Besserung und Sicherung* dovessero essere ridisegnate dal legislatore secondo il principio di "distanziamento", ovvero sia ristrutturata allo scopo di renderle nettamente distinte dalla punizione/reclusione¹⁵⁵.

Poco dopo, con BVerfG, 27 marzo 2012, 2 BvR 2258/09, il *Bundesverfassungsgericht*, nel sancire la legittimità del sistema del doppio binario e, di massima, della vicarietà parziale, ha ribadito la necessità di rispetto del principio di proporzionalità e di distanziamento anche in ordine al ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario¹⁵⁶.

Sicché, il legislatore tedesco è intervenuto con la legge del 5 dicembre 2012, sull'attuazione del principio di separazione (*Abstandsgebot*). Con siffatta iniziativa, il *Bundestag* ha posto mano alla disciplina generale delle misure e ha ridisegnato la custodia di sicurezza, stabilendo come essa debba essere scontata in luoghi diversi dall'ambiente carcerario vero e proprio, con trattamenti individualizzati

¹⁵¹ Su questa pronuncia, vd. G. CHIODO, *I confini ancora incerti tra alcune misure di sicurezza detentive e il regime detentivo speciale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2021, 4, 1598 ss.

¹⁵² J. KINZIG, *Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung*. in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2011, 4, 177 ss. L'iniziativa legislative è stata ritenuta legittima da BVerfG, 11 luglio 2013, 2 BvR 2301/11.

¹⁵³ BVerfG, 23 marzo 2011, 2 BvR 882/09, secondo la quale «il diritto sancito dal § 2, comma 2, della Legge fondamentale, nella prospettiva del trattamento medico di una persona detenuta contro la sua volontà in un ospedale psichiatrico di massima sicurezza, implica che il trattamento obbligatorio è ammissibile solo se il detenuto è incapace, a causa di malattia, di comprendere la necessità del trattamento o di agire in conformità a tale comprensione. Le misure di trattamento obbligatorio possono essere utilizzate solo come ultima risorsa e solo se promettono il successo rispetto all'obiettivo del trattamento che ne giustifica l'uso e non impongono alla persona interessata oneri sproporzionati rispetto al beneficio atteso. Sono necessarie specifiche garanzie procedurali per la tutela dei diritti fondamentali del detenuto. I presupposti essenziali per l'ammissibilità del trattamento obbligatorio richiedono una regolamentazione giuridica chiara e specifica. Ciò vale anche per i requisiti procedurali»; analogamente, BVerfG, 12 ottobre 2011, 2 BvR 633/11.

¹⁵⁴ T. NITSCHKE, *Zur Legitimation von Zwang im Maßregelvollzug*, in *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 2015, 4, 384 ss.

¹⁵⁵ Sulla complessa vicenda, vd. anche, nella letteratura italiana, S. PORRO, *La custodia di sicurezza nell'ordinamento penale tedesco*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 novembre 2011; F. PALAZZO - M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, 97 ss.

¹⁵⁶ H. POLLÄHNE, *Keine sinnlosen Sonderopfer*, in *ww.lto.de*, 18 aprile 2012.

ed eminentemente volti alla rieducazione, con riformulazione del § 67 *StGB* in tema di vicarietà; i sopra richiamati interventi normativi, peraltro, hanno ricevuto avallo da Corte EDU, Grande Camera, 4 dicembre 2018, *Illnseher v. Germania*¹⁵⁷.

Proseguendo l'iter della nostra, rapida ricostruzione, si deve rammentare che con la sentenza BVerfG, 26 agosto 2013, 2 BvR 371/12, intervenuta sul caso "Mollath" è stata fortemente messa in dubbio la compatibilità della misura dell'ospedale psichiatrico giudiziario con il principio di proporzionalità, nonché l'attendibilità dei giudizi prognostici correlati alla pericolosità sociale¹⁵⁸.

La disciplina del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario è stata scrutinata, più di recente, dalla sentenza Corte EDU, Quinta Sezione, 7 gennaio 2016, *Bergmann v. Germania* (intervenuta, dunque, poco prima della riforma dei §§ 63 e 64 *StGB*, su cui *infra*), con la quale si è stabilito che un internamento *sine die* non costituisce, di per sé, un trattamento contrario ai principi sanciti dalla normativa sovranazionale e, in particolare, all'art. 5, n. 1 della Convenzione.

La Corte ha ribadito, nell'occasione, che un individuo non possa essere privato della libertà sol perché affetto da infermità mentale, a meno che non siano soddisfatti i c.d. "criteri *Winterwerp*" (Corte EDU, 24 ottobre 1979, *Winterwerp v. Paesi Bassi*)¹⁵⁹: (i) deve essere dimostrato in modo attendibile che l'individuo è affetto da infermità mentale; (ii) il disturbo mentale deve essere di un tipo o di un grado tale da giustificare il ricovero coatto, nell'ottica della pericolosità sociale; e (iii) la validità del ricovero continuato dipende dalla persistenza di tale disturbo. Inoltre, la detenzione di una persona in quanto paziente psichiatrico è, in linea di principio, "legittima" solo se effettuata in un ospedale, una clinica o altra istituzione appropriata¹⁶⁰.

In seguito, con la legge 28 aprile 2016 (*Gesetz zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 des Strafgesetzbuches und zur Änderung anderer Vorschriften*), il legislatore tedesco è intervenuto sulla disciplina del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario per infermi e semi-infermi di mente.

In estrema sintesi, la novella è stata finalizzata al rafforzamento del principio di proporzionalità e di *extrema ratio*, stabilendo più stringenti vincoli in ordine all'applicazione della misura in ragione dell'entità del pericolo correlata alla tipologia di illeciti, nonché alla durata/mantenimento della misura, rendendo necessario il ricorso al parere di esperti esterni alla struttura, al fine di garantire un giudizio sulla persistenza della pericolosità maggiormente imparziale.

Il ricovero coatto in un ospedale psichiatrico (*Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus*) ai sensi del § 63 *StGB*¹⁶¹ rappresenta una misura eccezionalmente gravosa che costituisce una compromissione particolar-

¹⁵⁷ Su questo pronunciamento, vd. G. NIVEAU E ALT., *Psychiatric Commitment: Sixty Years Under the Scrutiny of the European Court of Human Rights*, in *Front Psychiatry*, 2021, 4, 1 ss.

¹⁵⁸ J. KASPAR, *Der Fall "Mollath" und die Folgen*, in AA.VV., *Verantwortung und Zurechnung im Spiegel von Strafrecht und Psychiatrie*, Baden-Baden, 2014, 103 ss.

¹⁵⁹ Su cui vd. anche FR. MAZZACUVA, *La materia penale e il doppio binario della Corte europea*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 4, 1899 ss.

¹⁶⁰ Sulla pronuncia *Bergmann*, vd. C. YILMAZ, *Sentencing mentally disordered offenders*, Groningen, 2025, 24, 64, 309.

¹⁶¹ Il testo vigente del § 63 *StGB* così recita: «se qualcuno ha commesso un reato in stato di non imputabilità (§ 20) o di imputabilità diminuita (§ 21), il tribunale ordina il ricovero in un ospedale psichiatrico se la valutazione complessiva del reo e del suo fatto dimostra che, a causa delle sue condizioni, c'è da attendersi la commissione di ulteriori e rilevanti fatti antigiuridici che arrechino o rischino di arrecare gravi danni psichici o fisici alle vittime o gravi pericoli o la causazione di gravi danni economici, e che egli sia pertanto pericoloso per la collettività. Se il reato commesso è di lieve entità, la misura può essere adottata solo se è probabile che l'individuo commetta un grave illecito a causa della sua condizione».

mente grave dei diritti della persona interessata. Può essere disposto solo se è accertato che la persona da ricoverare fosse incapace di intendere e di volere o aveva una capacità di intendere e di volere ridotta a causa di un difetto mentale al momento del reato, e che la commissione del reato è stata motivata da tale difetto. Inoltre, il ricovero richiede un'elevata probabilità che la persona da ricoverare commetta in futuro gravi atti illeciti, causando danni psicologici o fisici significativi o mettendo in pericolo le vittime, oppure provocando gravi danni economici; gli atti previsti devono destare serie preoccupazioni per la sicurezza pubblica. La prognosi di pericolosità deve essere elaborata sulla base di una valutazione completa della personalità del reo, della sua storia pregressa e del reato commesso. Deve inoltre includere la tipologia di atti illeciti che l'imputato potrebbe commettere e l'entità del pericolo¹⁶².

La riforma ha investito anche il ricovero di cui al § 64 *StGB* (misura applicabile a soggetti pericolosi affetti da dipendenze, anche se pienamente imputabili), prevedendo - anche nell'ottica di contenimento dei costi di gestione delle strutture - che la misura possa essere applicata solo in caso di concreta prevedibilità di effetti benefici dell'internamento e limitando la durata di quest'ultimo a due anni (§ 67d)¹⁶³.

La disciplina dell'*Unterbringung in einer Entziehungsanstalt* è stata, infine, ulteriormente ritoccata con la l. 26 luglio 2023 (*Ersatzfreiheitsstrafe, Strafzumessung, Auflagen und Weisungen sowie Unterbringung in einer Entziehungsanstalt*), che, in estrema sintesi, ha maggiormente posto l'accento sull'esigenza curativa perseguita dalla misura, piuttosto che sul pericolo sociale che essa intende prevenire.

Ai sensi del § 64 *StGB*¹⁶⁴, nella sua versione attuale, è necessario che la propensione all'abuso di alcol o altre sostanze inebrianti abbia contribuito in modo preponderante alla commissione di un grave reato da parte dell'autore, e che tale propensione sia prevedibile anche in futuro in difetto di un trattamento. La propensione è considerata preponderante causa del reato se è risultata più determinante di altre circostanze nella sua commissione. Alla luce di ciò, non si può applicare la misura nell'ipotesi di un nesso sintomatico, in particolare nei casi in cui il reato sia commesso per finanziare il proprio stile di vita, potenzialmente dispendioso, dovuto all'utilizzo di droghe. Lo stesso vale se, per la commissione del reato, è stato essenziale non il disturbo da uso di sostanze, bensì un comportamento antisociale non correlato alla tossicodipendenza. Pertanto, a differenza di quanto previsto dalla precedente versione del citato § 64, tale nesso è assente non solo quando i reati erano finalizzati unicamente al finanziamento delle spese di sostentamento o alla generazione di profitto, ma anche quando questo era lo scopo predominante. Il ricovero in una struttura di riabilitazione per tossicodipendenti può essere disposto solo se, sulla base di elementi di fatto, si può prevedere che la persona guarirà grazie al trattamento in tale struttura entro il periodo di due anni, oppure che la persona sarà protetta dalla ricaduta nella tossicodipendenza per un

¹⁶² BGH, Sez. II, 25 giugno 2025, StR 203/25. In questa prospettiva, dunque, si coglie una rilevante diversità rispetto al sistema italiano, laddove mentre la misura "tedesca" può essere applicata, di massima, solo in caso di prognosi relativa a reati di rilevante disvalore, l'art. 222 c.p. esclude il ricorso alla misura soltanto per reati che, in base al riferimento a pena edittale, possono qualificarsi come bagatellari.

¹⁶³ Su questo intervento normativo, vd. L. FIERRO, *La riforma del ricovero in un ospedale psichiatrico ai sensi del § 63 StGB*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2017, 9, 69 ss.; A. COSTANTINI, *Custodia e cura dell'infermo di mente-autore di reato nel modello tedesco delle "misure di miglioramento e sicurezza"*, op. cit.; F. ROCCHI, *Le misure di sicurezza custodiali in Germania e Francia*, op. cit., 171 ss.

¹⁶⁴ Tale disposizione così recita: «se una persona ha una propensione a consumare bevande alcoliche o altre sostanze inebrianti in modo eccessivo e viene condannata per un atto illecito prevalentemente attribuibile a tale propensione, oppure non viene condannata solo perché la sua innocenza è provata o non può essere esclusa, il tribunale deve disporre il ricovero in una struttura di trattamento per la dipendenza se sussiste il rischio che la persona commetta gravi atti illeciti a causa di tale propensione. La propensione richiede un disturbo da uso di sostanze che abbia causato e continui a causare una compromissione permanente e grave della qualità della vita, della salute, della capacità lavorativa o delle prestazioni della persona. L'ordinanza deve essere emessa solo se, sulla base di prove fattuali, si può prevedere che il trattamento in una struttura di trattamento guarirà la persona entro il termine specificato nel § 67d, comma 1, nn. 1 2 3, o che le impedirà di ricadere nella propensione per un periodo di tempo considerevole e la dissuaderà dal commettere gravi atti illeciti attribuibili a tale propensione».

periodo di tempo considerevole e impedita dal commettere gravi reati riconducibili alla propria tossicodipendenza. Un “alto grado di probabilità”, basato sui fatti, per il buon esito del trattamento, come richiesto anche per il provvedimento di custodia cautelare ai sensi del § 63, è necessario e sufficiente affinché il giudice possa formulare la prognosi. Non si richiede una garanzia certa e incondizionata di successo, ma che la personalità e le circostanze di vita del condannato forniscano indicazioni concrete di un percorso terapeutico efficace. Tali indicazioni non devono solo suggerire la possibilità di un cambiamento terapeutico, ma anche supportare un riscontro positivo di un’elevata probabilità di successo concreto. Affinché il giudice possa valutare se sussista una prospettiva di successo nella misura ora richiesta dal legislatore, le motivazioni della sentenza devono spiegare in modo sufficiente le circostanze specifiche ritenute significative ai fini prognostici per il successo della terapia oltre il periodo di trattamento in regime di ricovero psichiatrico protetto. Se vi sono fattori negativi (significativi) che potrebbero sfavorire la prospettiva di un trattamento efficace, questi devono essere presi in considerazione e inclusi in una valutazione complessiva. La disponibilità a sottoporsi alla terapia in autonomia - anche se questo rappresenta un fattore significativo a favore della prognosi - non è sufficiente a stabilire una prospettiva di successo sufficientemente concreta se, al contempo, sussistono circostanze significative sfavorevoli alla prognosi stessa. Data la probabilità di successo del trattamento prescritta dalla norma, il giudice dovrà esaminare in modo più approfondito le circostanze sfavorevoli alla prognosi e motivare perché, nonostante ciò, debba concludersi per una prognosi positiva¹⁶⁵.

Quanto, ancora, all’ospedale psichiatrico giudiziario¹⁶⁶, la misura può essere disposta e mantenuta, in occasione della revisione richiesta dall’interessato e di quella periodica di cui al § 67e *StGB* (la competenza in materia spetta alla *Strafvollstreckungskammer*, ossia alla camera per l’esecuzione delle pene, istituita presso il *Landgericht*, il tribunale regionale), soltanto laddove quelle, meno gravose, previste nel codice penale (in particolare, la sorveglianza. Vd. § 67b) dal codice civile, nonché dalla disciplina amministrativa prevista dai singoli *Länder*, non si rivelassero adeguate, secondo il principio di sussidiarietà¹⁶⁷; quanto alla fase esecutiva, la Corte costituzionale tedesca ha affermato:

Una decisione relativa alla prosecuzione del ricovero in un ospedale psichiatrico non è costituzionalmente giustificata se il giudice dell’esecuzione, nel valutare se il provvedimento debba cessare di efficacia, non verifichi la natura e il grado di probabilità di futuri reati che possono essere commessi dal detenuto. La libertà personale può essere limitata solo per motivi particolarmente gravi e nel rispetto di rigorose garanzie formali. Nel decidere sulla continuazione di una misura detentiva, occorre tenere conto del principio di proporzionalità, considerando l’esigenza di sicurezza pubblica e il diritto alla libertà del detenuto come reciproci elementi di compensazione e soppesandoli in ogni singolo caso. Il potenziale pericolo per la pubblica incolumità deve essere valutato in relazione alla durata della privazione della libertà. La valutazione deve estendersi a stabilire se e quale tipo di atti illeciti il detenuto potrebbe commettere, al grado di pericolosità (frequenza e tasso di recidiva) e al peso degli interessi legali minacciati. Il pericolo derivante dal detenuto deve essere sufficientemente specificato; la natura e

¹⁶⁵ BGH, Sez. I, 18 ottobre 2023, StR 214/23.

¹⁶⁶ In Germania, le strutture dedicate all’internamento di soggetti autori di reato con problemi psichici sono rappresentate da grandi ospedali psichiatrici giudiziari oppure da reparti specializzati all’interno di ospedali comuni, non essendosi optato per istituti di piccola capacità ricettiva, dislocati sul territorio, come le REMS nostrane. R. PESSINA E ALT., *Possibilità e limiti dei servizi di psichiatria forense: legislazione e organizzazione in un’ottica internazionale e nazionale*, in *Riv. Psichiatria*, 2019, Supp. 2, 21 ss. Sulle caratteristiche di tali strutture, nonché degli *Entziehungsanstalten*, che sono cliniche specializzate, sul personale impiegato, sui programmi per gli internati, vd. l’analitico esame condotto da J.L. MÜLLER E ALT., *Standards für die Behandlung im Maßregelvollzug nach §§ 63 und 64StGB*, in *Nervenarzt*, 2017, supp. 1, 1 ss.

¹⁶⁷ U. KINDHÄUSER - E. HILGENDORF, *Strafgesetzbuch*, op. cit. Si tratta, dunque, di una sussidiarietà interna ed esterna. Rispetto al sistema italiano, vd. Corte cost. n. 253/2003 cit. Con tale pronunciamento, in estrema sintesi, la Consulta ha posto l’accento sui principi di proporzionalità e di sussidiarietà nell’ambito delle misure di sicurezza personal’, stabilendo come «il giudice adotta, tra le misure che l’ordinamento prevede, quella che in concreto appaia idonea a soddisfare le esigenze di cura e tutela della persona nonché di contenimento della pericolosità sociale». Ciò facendo riferimento, però, esclusivamente alle misure contemplate dal sistema penale (cioè, ad una sussidiarietà interna).

il grado di probabilità di futuri atti illeciti devono essere determinati. Occorre tenere in considerazione la condotta passata del detenuto, i reati commessi fino ad oggi e le circostanze che sono cambiate da quando è stato disposto il provvedimento. Quanto più a lungo dura la privazione della libertà, tanto più stringenti diventano i requisiti di proporzionalità e le esigenze costituzionali in merito alla profondità della giustificazione di una prognosi negativa. Allo stesso tempo, l'intensità del controllo di costituzionalità aumenta con la crescente restrizione della libertà. Nell'ambito del controllo di proporzionalità, occorre anche valutare in che misura eventuali pericoli possano essere affrontati mediante opportune disposizioni attraverso lo strumento della sorveglianza. Le disposizioni di legge relative alla revisione periodica del ricovero in ospedale psichiatrico servono a tutelare il principio di proporzionalità nella restrizione del diritto fondamentale alla libertà. Il giudice dell'esecuzione deve garantire una decisione tempestiva prima della scadenza del termine di revisione, tenendo conto che la persona interessata deve generalmente essere ascoltata personalmente e, se necessario, esaminata da un esperto¹⁶⁸.

5. Conclusioni.

Tirando le fila dell'indagine, il raffronto tra i due ordinamenti consente di formulare una prima considerazione: tanto il modello tedesco quanto quello italiano, in materia di imputabilità, seppur in misura differente, generano una tensione irrisolta tra paradigma della colpevolezza e istanze di difesa sociale.

Il diritto tedesco, ad ogni modo, al netto dell'impiego di norme definitorie più moderne (§§ 20 e 21 *StGB*), che tengono conto dell'evoluzione del concetto di vizio di mente propugnato dalle scienze applicate, sposando una concezione eclettica, appare maggiormente informato al *Schuldprinzip*, quale presupposto indefettibile dell'intervento penale.

Ciò specie tenendo conto, oltre che della linea assunta in ordine alla delinquenza minorile (tanto con riguardo al diritto sostanziale e alla figura del giovane adulto, quanto al processo), della più accentuata sensibilità per il principio *in dubio pro reo* nelle ipotesi di incertezza sull'incapacità, dell'approccio al tema dell'intossicazione e all'*actio libera in causa*, alla crisi d'astinenza nonché al tema degli stati emotivi e passionali.

L'ordinamento italiano, per contro, pur conservando il pregio della maggiore linearità testuale delle disposizioni codicistiche, risente di categorie normative risalenti, di clausole ampie ma poco determinate e di un impianto che, specie in materia di intossicazione volontaria o colposa, continua a riflettere l'atteggiamento arcigno del legislatore fascista.

Le analogie tra i due sistemi si colgono, invece, soprattutto nella persistente centralità del giudizio peritale, nella strutturale difficoltà di tradurre il sapere psichiatrico in criteri giuridici verificabili e nella tendenza della prassi a impiegare la semi-imputabilità quale figura di compromesso tra proscioglimento e pena.

Proprio l'analisi comparata, tuttavia, impedisce letture semplificatorie o apologetiche: il sistema tedesco, pur più sofisticato e "modernizzato", non è affatto esente da gravi criticità.

In primo luogo, la categoria della semi-imputabilità ex § 21 *StGB*, come figura di confine, si presta, anche in Germania, a un uso arbitrario da parte delle corti, che rischia di surrogare il pieno accertamento del vizio totale, fungendo da dispositivo di stabilizzazione del bisogno di pena dinanzi a fatti di elevato allarme sociale.

Inoltre, la disciplina del *Vollrausch*, per quanto concepita per colmare zone di impunità e, nel contempo, per evitare l'asperità di un ricorso all'*actio libera in causa* "Italian style", continua a sollevare riserve sul terreno della proporzione e della coerenza sistematica, perché può produrre, a seconda della struttura del caso concreto, irragionevoli salvacondotti (in considerazione della difficoltà dell'indivi-

¹⁶⁸ BVerfG, 3 luglio 2019, 2 BvR 2256/17.

duazione dell'elemento psichico antecedente all'intossicazione e della gravità dei fatti di reato realizzati in costanza di intossicazione) e *deficit* di tutela.

Analoghi problemi vengono sollevati dalla valorizzazione degli *Affekten*, atteso che se *da un lato* la previsione compendiata nell'art. 90 c.p. si è prestata a ben note ed argomentate riserve al cospetto del principio di colpevolezza¹⁶⁹, *dall'altro* occorre pure tenere conto della estrema opinabilità e difetto di scientificità dei giudizi che attengono a tali elementi (seppur a fronte di modelli, quale quello tedesco, in cui sono stati elaborati "indici di incapacità", la cui affidabilità, però, è alquanto incerta).

In quarto luogo, il settore delle *Maßregeln der Besserung und Sicherung*, nonostante le importanti correzioni imposte dalla giurisprudenza costituzionale e convenzionale, nonché l'impostazione (tendenzialmente) vicariale (che incide sul cumulo da doppio binario), rimane esposto al rischio di slittamenti funzionali in senso incapacitante, specie quando la durata dell'internamento si prolunghi *sine die*, sulla base di un giudizio prognostico sulla pericolosità che continua a poggiare su basi epistemologicamente fragili.

In tale quadro, le prospettive *de lege ferenda* per l'ordinamento italiano potrebbero, allora, svilupparsi lungo direttrici tra loro complementari. Una prima linea di riforma potrebbe investire gli artt. 88 e 89 c.p., al fine di tipizzare con maggiore determinatezza i criteri di rilevanza del disturbo mentale, esplicitando il necessario accertamento del nesso eziologico tra condizione psicopatologica e specifico fatto di reato.

Una seconda linea di intervento dovrebbe riguardare la disciplina dell'intossicazione, ormai difficilmente difendibile nella sua formulazione attuale: una revisione del codice dovrebbe condurre, allora, all'eliminazione dell'art. 94 c.p., sull'intossicazione abituale, al fine di consentire l'applicazione dei parametri generali.

Infine, appare opportuna una razionalizzazione del doppio binario, mediante una più netta separazione funzionale e strutturale tra pena e misure di sicurezza, con l'introduzione di strumenti che eliminino, o comunque riducano, seguendo l'esempio offerto, tra gli altri paesi, proprio dalla Germania, il cumulo tra pena e misure personali detentive.

¹⁶⁹ Nella manualistica, vd. M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2012, 46 ss.