

Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza

Decreto legge 31 marzo 2014, n. 52 (conv. in legge, con modif., dall'art. 1, comma 1, L. 30 maggio 2014, n. 81) «Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari». - *G.U. n. 76, 1 aprile 2014, Serie Generale*

Art. 1.

*Modifiche all'articolo 3-ter del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211,
convertito, con modificazioni, dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9*

1. Al comma 4 dell'articolo 3-ter del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al primo periodo, le parole: «1° aprile 2014» sono sostituite dalle seguenti: «31 marzo 2015»;

b) dopo il primo periodo sono aggiunti i seguenti: «Il giudice dispone nei confronti dell'infermo di mente e del seminfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale, il cui accertamento è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale. Allo stesso modo provvede il magistrato di sorveglianza quando interviene ai sensi dell'articolo 679 del codice di procedura penale. Non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali.».

1-bis. All'articolo 3-ter del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 6, dopo il terzo periodo sono inseriti i seguenti: «A tal fine le regioni, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, nell'ambito delle risorse destinate alla formazione, organizzano corsi di formazione per gli operatori del settore finalizzati alla progettazione e alla organizzazione di percorsi terapeutico-riabilitativi e alle esigenze di mediazione culturale. Entro il 15 giugno 2014, le regioni possono modificare i programmi presentati in precedenza al fine di provvedere alla riqualificazione dei dipartimenti di salute mentale, di contenere il numero complessivo di posti letto da realizzare nelle strutture sanitarie di cui al comma 2 e di destinare le risorse alla realizzazione o riqualificazione delle sole strutture pubbliche»;

b) dopo il comma 8 è inserito il seguente: «8.1. Fino al superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, l'attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo costituisce adempimento ai fini della verifica del Comitato permanente per la verifica dell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza».

1-ter. I percorsi terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione di ciascuna delle persone ricoverate negli ospedali psichiatrici giudiziari alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, di cui ai commi 5 e 6 dell'articolo 3-ter del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9, e successive modificazioni, devono essere obbligatoriamente predisposti e inviati al Ministero della salute e alla competente autorità giudiziaria entro quarantacinque giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. I programmi sono predisposti dalle regioni e dalle province autonome di Trento e di Bolzano attraverso i competenti dipartimenti e servizi di salute mentale delle proprie aziende sanitarie, in accordo e con il concorso delle direzioni degli ospedali psichiatrici giudiziari. Per i pazienti per i quali è stata accertata la persistente pericolosità sociale, il programma documenta in modo puntuale le ragioni che sostengono l'eccezionalità e la transitorietà del prosieguo del ricovero.

1-quater. Le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il

reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima. Per la determinazione della pena a tali effetti si applica l'articolo 278 del codice di procedura penale. Per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo non si applica la disposizione di cui al primo periodo.

2. Al fine di monitorare il rispetto del termine di cui all'articolo 3-ter, comma 4, del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9, come modificato dal comma 1 del presente decreto, le regioni comunicano al Ministero della salute, al Ministero della giustizia e al comitato paritetico interistituzionale di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° aprile 2008, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 126 del 30 maggio 2008, entro l'ultimo giorno del semestre successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto, lo stato di realizzazione e riconversione delle strutture di cui all'articolo 3-ter, comma 6, del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9, nonché tutte le iniziative assunte per garantire il completamento del processo di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari. Quando dalla comunicazione della regione risulta che lo stato di realizzazione e riconversione delle strutture e delle iniziative assunte per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari è tale da non garantirne il completamento entro il successivo semestre il Governo provvede in via sostitutiva a norma dell'articolo 3-ter, comma 9, del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9.

2-bis. Entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto è attivato presso il Ministero della salute un organismo di coordinamento per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari composto da rappresentanti del Ministero della salute, del Ministero della giustizia, delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano, al fine di esercitare funzioni di monitoraggio e di coordinamento delle iniziative assunte per garantire il completamento del processo di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari. A tal fine l'organismo di coordinamento si raccorda con il comitato paritetico interistituzionale di cui all'articolo 5, comma 2, del citato decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° aprile 2008. La partecipazione alle sedute dell'organismo di coordinamento non dà luogo alla corresponsione di compensi, gettoni, emolumenti, indennità o rimborsi spese comunque denominati. Ogni tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il Ministro della salute e il Ministro della giustizia trasmettono alle Camere una relazione sullo stato di attuazione delle suddette iniziative.

3. Agli oneri derivanti dalla proroga prevista dal comma 1, pari a 4,38 milioni di euro per il 2014 ed a 1,46 milioni di euro per il 2015, si provvede mediante corrispondente riduzione, per i medesimi anni, dell'autorizzazione di spesa di cui all'articolo 3-ter, comma 7, del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9. Le relative risorse sono iscritte al pertinente programma dello stato di previsione del Ministero della giustizia per gli anni 2014 e 2015. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con proprio decreto, le occorrenti variazioni di bilancio.

Art. 2.

Entrata in vigore

1. Il presente decreto entra in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e sarà presentato alle Camere per la conversione in legge.

Il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sarà inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.

IL COMMENTO

di Marco Pelissero

Il d.l. 31 marzo 2014, n. 52, conv. in l. 30 maggio 2014, n. 81 proroga nuovamente il termine di chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari, avviato sin dal 2008, ma più chiaramente perseguito dalla l. n. 9/2012. Un esito scontato, viste le lentezze burocratiche ministeriali nel fissare i caratteri delle nuove strutture ed i lunghi tempi di effettiva attuazione a livello regionale. La disciplina si segnala, tuttavia, anche per la modifica di alcuni elementi della disciplina generale delle misure di sicurezza, i cui effetti sul sistema non sembrano essere stati adeguatamente soppesati e che segnalano ancora una volta, da un lato, la necessità di riforme di più ampio respiro del sistema e, dall'altro lato, l'urgenza di potenziare i percorsi terapeutico-riabilitativi non custodiali, dentro e fuori dal circuito penale.

Non solo una legge di proroga

Il d.l. 31 marzo 2014, n. 52, conv. in l. 30 maggio 2014, n. 81, recante disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari condensa due difetti: la parte dedicata alle disposizioni amministrative finalizzate al definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) e delle case di cura e di custodia (CCC) si presenta, al momento, ancora come riforma solo sulla carta, prorogata nella sua attuazione; presentano, invece, il difetto della tecnica di interpolazione le norme, introdotte in sede di conversione del decreto legge, che, pur non modificando formalmente alcuna disposizione del codice penale, ridefiniscono radicalmente il presupposto soggettivo e la durata delle misure di sicurezza¹. A questi due difetti va aggiunto anche il criticabile ricorso alla decretazione d'urgenza, perché di necessario ed urgente c'era ben poco, considerato che da decenni si discute delle modifiche da apportare ai presupposti ed alla durata delle misure di sicurezza e che già nell'autunno del 2013 le regioni avevano informato il Ministro della giustizia sui ritardi nell'attivazione delle strutture che dovranno assicurare il superamento degli OPG e delle CCC. La necessità ed urgenza di provvedere stava pertanto... solo nel non aver provveduto per tempo a prorogare².

L'ennesimo (e non ultimo) rinvio nell'attuazione delle REMS

Il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano ha dichiarato di aver «firmato con rammarico il decreto-legge di proroga per non essere state in grado le Regioni di dare attuazione concreta a quella norma ispirata a elementari criteri di civiltà e di rispetto della dignità di persone deboli».

Le ragioni di quest'ultima proroga vanno retrodatate al 2008, quando il d.p.c.m. 1 aprile 2008, in attuazione del d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230 sul riordino della medicina penitenziaria, dispose il progressivo superamento degli OPG attraverso tre fasi: *a)* dimissione e trasferimento in apposite sezioni degli istituti penitenziari dei soggetti, la cui pericolosità fosse diminuita o cessata; *b)* costituzione di macro-bacini in modo da rendere i sei OPG punto di riferimento delle regioni limitrofe; *c)* presa in carico, da parte dei servizi territoriali di ogni regione, degli internati di provenienza dal loro territorio³. Il progetto fallì sia per l'inesistenza di sezioni speciali all'interno degli istituti penitenziari in grado di ospitare gli internati dimessi, sia per l'incapacità dei servizi territoriali di garantire supporti terapeutico-riabilitativi individualizzati adeguati, vuoi per insufficienza di personale e strutture vuoi per una certa resistenza della psichiatria territoriale ad inserire questa tipologia di soggetti nei circuiti destinati ai pazienti non autori di reato. L'effetto fu la permanenza della centralità delle misure di sicurezza custodiali.

A seguito delle sollecitazioni delle indagini della Commissione parlamentare, presieduta dal sen. Ignazio Marino, che aveva evidenziato lo stato di degrado dei sei OPG⁴, il Parlamento, in sede di conversione del c.d. "decreto-svuota carceri" (d.l. 22 dicembre 2011, n. 211 conv. in l. 17 febbraio 2012, n. 9) inserì l'art. 3-ter, rubricato «*Definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e delle case di cura e di custodia*» da attuare entro il 31 marzo 2013, data a partire dalla quale sarebbero cessati nuovi ricoveri, con contestuale trasferimento degli internati in strutture sanitarie regionali⁵. Il quadro normativo, che evidenziava una chiara tensione verso la sanitarizzazione delle modalità di esecuzione delle misure di sicurezza detentive e non verso la loro abolizione⁶, non fu attuato nei tempi fissati dalla legge, considerato che lo stesso decreto ministeriale, che entro il 31 marzo 2012 avrebbe dovuto indicare i requisiti strutturali, tecnologici e orga-

¹ F. Fiorentin, *La riforma sceglie tre linee guida fondamentali per coniugare salute del reo e libertà personale*, in *Guida dir.*, 21 giugno 2014, n. 26, 19.

² A. Pugiotto, *OPG della vergogna, non sarà l'ultimo rinvio*, in *Il Manifesto*, 15 aprile 2014.

³ F. Della Casa, *Basta con gli OPG! La rimozione di un fossile vivente quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 66; G. Varraso, *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: la delicata attuazione dell'art. 3-ter d.l. 211/2011*, in *www.penalecontemporaneo.it*; A. Pugiotto, *La follia giuridica dell'internamento nei manicomi criminali*, in *Volti e maschere della pena*, a cura di F. Corleone e A. Pugiotto, Roma, 2013, 126; M. Pelissero, *La soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari: realtà ed apparenze*, in *Leg. pen.*, 2012, 372.

⁴ Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari, Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacie e l'efficienza del servizio sanitario nazionale, 20 luglio 2011, in *Atti del Senato della Repubblica*, Doc. XXII-bis, n. 4. Per una indagine all'interno degli OPG si veda l'analisi di A. Pannitteri, *La pazzia dimenticata. Viaggio negli ospedali psichiatrici giudiziari*, Roma, 2013. La situazione di degrado era peraltro già emersa in passato: v. E. Musco, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978, 146.

⁵ Per un commento alla legge v. F. Della Casa, *op. cit.*, 64 ss.; M. Pelissero, *La soppressione*, cit., 366; G. Gatta, *La riforma degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2013, 128 ss.

⁶ Critico A. Pugiotto, *La follia giuridica*, cit., 135.

nizzativi, anche con riguardo ai profili della sicurezza, delle nuove strutture sanitarie regionali, fu emanato solo il 1° ottobre 2012. Si spiega così la proroga con d.l. 25 marzo 2013, n. 24, conv. in l. 23 maggio 2013, n. 57⁷. Oggi assistiamo alla ulteriore proroga al 31 marzo 2015, necessaria per la mancata attuazione delle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (c.d. REMS).

Sul piano delle disposizioni amministrative per il superamento degli OPG la l. n. 81/2014 prevede che «le regioni, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, nell'ambito delle risorse destinate alla formazione, organizzano corsi di formazione per gli operatori del settore finalizzati alla progettazione e alla organizzazione di percorsi terapeutico-riabilitativi e alle esigenze di mediazione culturale»; possono altresì modificare, entro il 15 giugno 2014, i programmi presentati in precedenza al fine di provvedere alla riqualificazione dei dipartimenti di salute mentale e, soprattutto, di verificare la possibilità di limitare il numero complessivo dei posti letto da realizzare nelle REMS (nuovo comma 6 dell'art. 3-ter l. n. 9/2012). Quest'ultima indicazione non va letta nella logica della *spending review*, che oramai da tempo incombe sulla pubblica amministrazione, senza che ai risparmi di spesa corrisponda sempre una maggiore efficienza, ma come strumento finalizzato ad evitare che le nuove strutture riproducano su scala ridotta la logica custodiale degli attuali OPG⁸: un rischio che va assolutamente evitato per non dichiarare già in anticipo il fallimento della riforma. La sussidiarietà del controllo custodiale richiede, invece, una contrazione nel ricorso a tali strutture a favore del potenziamento della presa in carico da parte dei servizi territoriali, laddove le esigenze di difesa sociale e di cura possono essere adeguatamente soddisfatte attraverso percorsi terapeutici in libertà. Dunque, sebbene non sia eliminabile il ricorso a strutture di sicurezza per una quota degli internati, il contenimento di questa quota passa attraverso il potenziamento dell'assistenza psichiatrica territoriale, la cui inadeguatezza avrebbe come effetto riflesso un nuovo sovraffollamento delle strutture detentive.

Altra disposizione importante sul piano amministrativo, in attesa della costituzione delle REMS, è l'art. 1-ter della l. n. 81/2014 che prevede la predisposizione e l'invio al Ministero della salute ed all'autorità giudiziaria, entro quarantacinque giorni dalla data di entrata in vigore della legge, dei percorsi terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione di ciascuna delle persone ricoverate negli OPG sulla base di programmi predisposti d'intesa tra i competenti dipartimenti ed i servizi di salute mentale regionali, in accordo e con il concorso delle direzioni degli stessi OPG. La gestione individualizzata dei programmi di intervento, che rileva in sede di verifica dell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza (v. nuovo comma 8.1, art. 3-ter l. n. 9/2012), impone di considerare le possibilità di attivare percorsi extra-custodiali per ogni singolo ricoverato: l'art. 1-ter prevede, infatti, che solo «per i pazienti per i quali è stata accertata la persistente pericolosità sociale, il programma documenta in modo puntuale le ragioni che sostengono l'eccezionalità e la transitorietà del prosieguo del ricovero». Si tratta ad evidenza di una disposizione finalizzata a ridurre il numero degli internati attraverso una verifica individualizzata sulla imprescindibile necessità di mantenere la misura dell'OPG.

Spetta alle regioni comunicare al Ministero della salute, al Ministero della giustizia ed al comitato paritetico interistituzionale istituito con d.p.c.m. 1 aprile 2008, lo stato di realizzazione delle REMS e le iniziative assunte per garantire il completamento del processo di superamento degli OPG; qualora dalla comunicazione della regione emerga che lo stato di realizzazione e riconversione delle strutture e delle iniziative assunte sia tale da non garantirne il completamento entro il successivo semestre, il Governo provvede in via sostitutiva. Peraltro, già la l. n. 9/2012 prevedeva il potere sostitutivo del Governo in caso di inattività delle regioni, senza che alla minaccia siano state sinora seguita una effettiva attivazione dei poteri sostitutivi.

Il monitoraggio ed il coordinamento delle iniziative per garantire il completamento del processo di superamento degli OPG sono demandati ad un organismo istituito presso il Ministero della salute e composto da rappresentanti del Ministero della salute, del Ministero della giustizia, delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano.

L'art. 3 della l. n. 81/2014 prevede, infine, una nuova copertura finanziaria per garantire l'attuazione del programma.

È purtroppo sin d'ora prevedibile che la proroga al 31 marzo 2015, per quanto supportata sul piano finanziario e pungolata dalla minaccia dell'intervento dei poteri sostitutivi del Governo, sia destinata ad esse-

⁷ Sui requisiti previsti da questo decreto, v. F. Della Casa, *op. cit.*, 87 ss.

⁸ M. Sacco, *Bollettino dalla trincea dei servizi psichiatrici territoriali*, in *Volti e maschere della pena*, cit., 150. Sulle posizioni critiche v. richiami in F. Della Casa, *op. cit.*, 98.

re seguita da una ulteriore proroga, in quanto la relazione delle regioni sullo stato di attuazione delle strutture e sui tempi di realizzazione sono ben lunghi, purtroppo, dal garantire il rispetto dei nuovi termini⁹.

Flessibilità e sussidiarietà nella disciplina delle misure di sicurezza personali

Il nuovo comma 4 dell'art. 3-ter l. n. 12/2012 prevede che il giudice, o il magistrato di sorveglianza in sede di accertamento della pericolosità sociale (art. 679 c.p.p.), disponga «nei confronti dell'infermo di mente e del seminfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale».

La disposizione non fa che cristallizzare sul piano della legislazione ordinaria principi già fissati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale nelle sentenze che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dapprima dell'art. 222 c.p. e successivamente dell'art. 206 c.p. per violazione dell'art. 32 Cost., nella parte in cui tali norme non consentivano di adottare, in luogo del ricovero in OPG, una diversa misura di sicurezza idonea ad assicurare adeguate cure all'infermo di mente ed a far fronte alla sua pericolosità sociale: i giudici della Consulta hanno valorizzato la misura della libertà vigilata, sfruttando la genericità delle prescrizioni che la connotano, così da consentire al magistrato di sorveglianza di integrarla con contenuti terapeutico-riabilitativi¹⁰. Come hanno ben chiarito i giudici della Consulta, le polarità entro le quali i principi costituzionali consentono l'applicazione di misure di sicurezza sono costituite da due «finalità, collegate e non scindibili..., di cura e tutela dell'infermo di mente e di contenimento della sua pericolosità sociale» che rendono costituzionalmente inammissibile un sistema che risponda ad una sola di queste finalità, imponendo altresì un limite invalicabile alla politica criminale della prevenzione speciale: «le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente»¹¹.

La Corte costituzionale è così giunta a costituzionalizzare due principi fondamentali¹²: la *flessibilità* della disciplina delle misure di sicurezza, al fine di adeguare le forme del controllo penale alle specificità del soggetto, e la *sussidiarietà* delle misure custodiali, applicabili solo laddove la soluzione della libertà vigilata a contenuto "terapeutico" non sia idonea a garantire il temperamento tra esigenze di cura e di difesa sociale. Questi principi costituivano già *jus receptum*, considerato che la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 219 c.p., per violazione degli artt. 3 e 32 Cost., nella parte in cui tale articolo non consentirebbe al giudice di applicare la libertà vigilata a contenuto terapeutico, analogamente a quanto statuito nelle sentenze n. 253/2003 e 367/2004 innanzi richiamate: «risulta ormai presente nella disciplina sulle misure di sicurezza il principio secondo il quale si deve escludere l'automatismo che impone al giudice di disporre comunque la misura detentiva, anche quando una misura meno drastica, e in particolare una misura più elastica e non segregante come la libertà vigilata, accompagnata da prescrizioni stabilite dal giudice medesimo, si riveli capace, in concreto, di soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura e tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale»¹³.

Allineandosi ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, la l. n. 81/2014 obbliga a dare prevalenza all'applicazione di una misura diversa da quella a contenuto custodiale, «salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale»¹⁴. Il binomio cura e difesa sociale costituisce dunque la *ratio* di

⁹ A. Pugiotto, *OPG della vergogna*, cit.

¹⁰ Corte cost. 18 luglio 2003, n. 253, in *Giur. cost.*, 2003, con nota di A. Famiglietti, *Verso il superamento della pena manicomiale*, e Corte cost. 17 novembre 2004, n. 367, in *questa Rivista*, 2005, con nota di F. Triulzi, *Infermità di mente e misure di sicurezza detentive*. Su queste pronunce, v. M.T. Collica, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso*, in *questa Rivista*, 2004, 303 ss.; G. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, 250.

¹¹ Corte cost. 18 luglio 2003, n. 253, cit.

¹² A riguardo v. M. Pelissero, *Quale futuro per le misure di sicurezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1279.

¹³ Corte cost., luglio 2009, n. 208. Sui tale sentenza v. G. Dodaro, *op. cit.*, 253.

¹⁴ Evidenzia il collegamento con le pronunce della Corte costituzionale F. Fiorentin, *La riforma*, cit., 21.

intervento delle misure di sicurezza che devono essere applicate in modo flessibile, mantenendo la sussidiarietà dell'intervento delle misure detentive.

Questa indicazione del legislatore consente di superare la giurisprudenza che aveva escluso la possibilità di disporre, in luogo della misura dell'OPG quella della CCC, sul presupposto che si trattasse di misure non fungibili e fondate su presupposti diversi: «In tema di misure di sicurezza personali, in caso di proscioglimento per infermità psichica, non può essere disposta, in luogo del ricovero in manicomio giudiziario, l'assegnazione ad una casa di cura e custodia, trattandosi di misure non fungibili, fondate su presupposti diversi»¹⁵.

Tuttavia, flessibilità nell'applicazione delle misure di sicurezza non significa rinunciare al principio di riserva di legge, perché il giudice deve comunque applicare una delle misure di sicurezza previste dal sistema. La giurisprudenza di merito, per cercare di limitare i ricoveri in OPG, si era spinta a dare una interpretazione molto elastica della libertà vigilata a contenuto terapeutico, ammettendo che il soggetto potesse essere assegnato a strutture residenziali della rete sanitaria di tipo custodiale-contenitivo diverse dagli OPG e dalle CCC¹⁶: dissentendo da questo orientamento, la Corte di cassazione ha dichiarato «illegittimo il provvedimento con cui il tribunale del riesame sostituisca la misura di sicurezza provvisoria del ricovero presso una casa di cura psichiatrica interna al dipartimento dell'amministrazione penitenziaria con altra misura di sicurezza provvisoria presso una struttura comunitaria psichiatrico-residenziale da individuarsi a cura del locale centro di salute mentale, poiché è precluso al giudice applicare misure di sicurezza diverse da quelle previste dalla legge, pena la violazione del principio di legalità, di cui all'art. 25, comma 3, Cost., che sottende una stretta riserva di legge»¹⁷.

Anche sulla base della l. n. 81/2014, la flessibilità del sistema delle misure di sicurezza si deve muovere nel rispetto della riserva di legge che gli artt. 199 c.p. e 25, comma 3 Cost. prevedono anche per le misure di sicurezza, precludendo l'individuazione di nuove misure non previste dal sistema penale.

La pericolosità sociale decontestualizzata: nuova forma mascherata di pericolosità sociale presunta?

Come accennavo innanzi, a differenza del decreto legge che lo scorso anno aveva prorogato il superamento degli OPG, la l. n. 81/2014 introduce nuovi elementi di disciplina delle misure di sicurezza che interessano anzitutto il presupposto soggettivo di applicazione: prevede infatti che l'accertamento della pericolosità sociale, ai fini dell'applicazione delle misure dell'OPG o della CCC, sia effettuato «sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale», aggiungendo che «non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali» (nuova lett. *b* del comma 1, art. 3-ter l. n. 9/2012).

Questa interpolazione, in una legge destinata a prorogare il definitivo superamento degli OPG, ridisegna il presupposto soggettivo limitatamente all'applicazione delle misure di sicurezza riservate ai soggetti con vizio totale o parziale di mente e categorie a questi equiparate sul piano delle conseguenze sanzionatorie (soggetti affetti da sordomutismo o da cronica intossicazione da alcol o sostanze stupefacenti): si introduce, pertanto, una disciplina speciale in relazione a questi destinatari delle misure di sicurezza, lasciando intatta la nozione generale di pericolosità sociale di cui all'art. 203 c.p. Per comprendere la *ratio* dell'intervento e la sua incidenza sulla disciplina vigente è necessario avere chiaro il contesto della disciplina vigente.

Come noto, la pericolosità sociale costituisce una categoria scomoda del sistema penale, categoria attraversata da «una profonda crisi»¹⁸ e periodicamente rimbalzata tra psichiatria e giustizia¹⁹, in quanto

¹⁵ Cass., Sez. I, 31 gennaio 2003, in *Cass. pen.*, 2004, 2009 (fattispecie in cui il tribunale del riesame, investito dell'impugnazione avverso l'ordinanza di applicazione provvisoria, ex art. 222 c.p., della misura di sicurezza del ricovero in OPG per la durata minima di cinque anni all'esito dell'assoluzione dell'imputato dal delitto di uxoricidio per vizio totale di mente, ha applicato, ai sensi dell'art. 219 c.p., il ricovero in una casa di cura protetta).

¹⁶ Trib. Milano 6 novembre 2008, in *Foro ambr.*, 2008, 381.

¹⁷ Cass., Sez. V, 8 gennaio 2010, n. 9656. Sulla questione v. F. Della Casa, *op. cit.*, 81.

¹⁸ G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, 664.

¹⁹ Una categoria «al centro di un 'conflitto di competenza'» come ha lucidamente scritto M. Bertolino, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, 484. Sui rapporti tra giustizia penale e sistema sanitario nel controllo della malattia mentale, v. A. Ceretti-R. Cornelli, *Malattia mentale e controllo sociale: nuove configurazioni all'inizio del nuovo millennio*, in *Criminalia*, 2006, 323

l'incertezza propria, ed ineliminabile, dei giudizi prognostici è accentuata dell'accoglimento di una nozione generica di pericolosità sociale consistente nella probabilità di commissione di reati, desumibile dagli indici altrettanto generici dell'art. 133 c.p.²⁰: una «laconicità normativa che lascia certamente insoddisfatti»²¹. Una parte della dottrina, facendo anche leva sulla genericità di questa nozione, ha proposto di sostituire la pericolosità sociale con il *bisogno di cure*, come nuovo presupposto per l'applicazione delle misure di sicurezza, abbandonando così una prospettiva di pura difesa sociale in linea con l'art. 27, comma 3, Cost.²². Questa prospettiva troverebbe conferma nella l. n. 9/2012 il cui progetto di sanitarizzazione delle strutture, che andranno a sostituire gli OPG, confermerebbe l'indirizzo dottrinale favorevole a sostituire il presupposto della pericolosità sociale con il bisogno di cure²³. A mio avviso, si tratta di una lettura forzata della l. n. 9/2012 che ha certamente potenziato la prospettiva terapeutico-riabilitativa, ma solo come criterio guida delle modalità di esecuzione delle misure di sicurezza, lasciando intatto il presupposto della pericolosità sociale: mantenere il presupposto della pericolosità sociale e imporre al contempo che le modalità esecutive delle misure siano improntate ai bisogni di cura del loro destinatario non costituiscono due prospettive tra loro incompatibili. Che la l. n. 9/2012 non possa essere letta in chiave di sostituzione della pericolosità sociale con il bisogno di cure trova conferma nella l. n. 81/2014 che, intervenendo proprio sulla disciplina della pericolosità sociale, ne ribadisce la necessità come presupposto per l'applicazione delle misure di sicurezza. Allo stato attuale della disciplina, pertanto, ogni riflessione su un'eventuale sostituzione della pericolosità sociale con il bisogno di cure come presupposto soggettivo delle misure di sicurezza può costituire solo oggetto di una riflessione sulle prospettive di riforma.

Le riflessioni della scienza giuridica e psichiatrica da tempo evidenziano la necessità di garantire una base ampia al giudizio di pericolosità sociale, non limitandolo alla personalità del soggetto. Il profilo personale, psicologico e psichiatrico, dell'autore non è di per sé significativo, se è avulso dal *contesto ambientale* nel quale il soggetto si colloca e dal quale è necessariamente condizionato: la pericolosità sociale non è un dato biologico e psicologico esclusivamente legato alle caratteristiche personali dell'autore, ma va accertata attraverso l'interazione di questi elementi con il complesso dei fattori ambientali, più o meno predisponenti al commissione di reati. La *pericolosità* va dunque intesa in un'accezione *situazionale*, perché il soggetto non è una monade, ma va calato nel contesto sociale e familiare di riferimento²⁴.

La nozione di pericolosità sociale situazionale ha avuto importanti effetti in psichiatria e nella evoluzione della disciplina delle misure di sicurezza. In ambito psichiatrico ha condotto al superamento della logica manicomiale, perché il rischio che un malato mentale commetta reati non è in molti casi superiore a quello che interessa un soggetto "sano"²⁵ ed è sempre condizionato dal contesto nel quale il soggetto opera, ove diventa determinante la capacità del sistema sanitario di prendere in carico il soggetto attraverso programmi

ss. Sui limiti della psichiatria nella predizione dei comportamenti futuri v. F. Pariante-M. Verucci- M. Marchetti, *La pericolosità sociale derivante da vizio di mente*, in *Trattato di medicina legale e scienze affini*, diretto da G. Giusti, Padova, 1999, 680 ss.; G. Giusti, *Manuale di medicina forense, per i giuristi*, Padova, 2008, 674.

²⁰ E. Musco, *La misura di sicurezza*, cit., 191 ss.; A. Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle 'finzioni giuridiche' alla 'terapia sociale'*, Torino, 1997, 69 ss.; M.A. Pasculli, *Le misure di sicurezza*, in *Persone e sanzioni. Commentario sistematico al codice penale*, diretto da M. Ronco, Bologna, 2006, 777; Id., *Neuroscienze e giustizia penale. Profili sostanziali*, Roma, 2012, 97 ss.; A. Calabria, *Pericolosità sociale*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 1995,453. In giurisprudenza v. Cass., Sez. I, 14 ottobre 2010, n. 40808, in www.iusexplorer.it.

²¹ M. Bertolino, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano, 2009, 194; Grasso, *op. cit.*, 469; P. Veneziani, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, Milano, 2014, 417.

²² A. Manna, *Sull'abolizione degli ospedali psichiatrici giudiziari: pericolosità sociale o bisogno di terapia?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1329 ss.; Id., *Le misure di sicurezza*, in *Il reato. Parte generale*, vol. II, *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi-S. Canevrari-A. Manna-M. Papa, Torino, 2013, 334 ss.; M.T. Collica, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, in *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, a cura di A. Gaboardi-A. Gargani-G. Morgante-A. Presotto-M. Serraino, Torino, 2013, 269 ss.; M. Pavarini, *Le conseguenze giuridiche del reato*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera-N. Mazzacava- M. Pavarini- M. Zanotti, vol. II, Torino, 2001, 481.

²³ A. Manna, *Le misure di sicurezza*, cit., 334 ss.

²⁴ M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 107 ss.; M.T. Collica, *La crisi*, cit., 289; A. Gargani, *Misure di sicurezza. Disposizioni generali*, in *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, a cura di G.A. De Francesco, Torino, 2011, 474-475; L. Grassi, *Pericolosità sociale e diritto penale diseguale*, in *Quest. giust.*, 1989, 428 ss.; L. Grassi-C. Nunziata, *Infermità di mente e disagio psichico nel sistema penale*, Padova, 2003, 65 ss. Per una chiara inclusione di indicatori "esterni" ai fini del giudizio di presenza e persistenza della pericolosità sociale, v. U. Fornari, *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2008, 231.

²⁵ U. Fornari, *Trattato*, cit., 227.

terapeutici individualizzati extracustodiali. In ambito penale, la nozione di pericolosità sociale situazionale è alla base delle pronunce della Corte costituzionale che nel 2003 e 2004 hanno imposto il principio di sussidiarietà dell'OPG rispetto alla libertà vigilata terapeutica, che va privilegiata come misura di controllo del rischio di recidiva. È proprio la consapevolezza che i programmi terapeutico-riabilitativi costituiscono parte integrante, direi preminente, del contesto "ambientale" nel quale va collocato il giudizio prognostico ad aver consentito alla Corte costituzionale di superare la centralità dell'OPG come unica misura di sicurezza per i soggetti non imputabili per vizio di mente, realizzando in tal modo un equilibrato temperamento tra esigenze di difesa sociale ed assistenza alla persona.

La l. n. 81/2014 interviene in direzione opposta rispetto alla valorizzazione della pericolosità sociale situazionale. Non modifica la nozione di pericolosità sociale, che continua ad essere definita, purtroppo, in termini ampi e generici come probabilità di commettere reati, ma delimita la base del giudizio prognostico, quando si tratta di applicare le misure di sicurezza ai soggetti con vizio totale o parziale di mente: in deroga all'art. 203, comma 2 c.p., secondo il quale la pericolosità sociale si desume dalle circostanze indicate nell'art. 133 c.p., la nuova formulazione dell'art. 3-ter, comma 4 l. n. 12/2012 impone di prendere in considerazione esclusivamente «*le qualità soggettive della persona e senza tener conto delle condizioni di cui all'art. 133, comma 2, n. 4 c.p.*», ossia senza tener conto delle «condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo». La pericolosità sociale va, dunque, accertata decontestualizzando l'autore del reato dall'ambiente e dai fattori esterni interagenti con la sua personalità.

La nuova disciplina può essere letta in chiave di garanzia per il soggetto: il giudizio di pericolosità, costituendo presupposto per l'applicazione di misure che incidono sulla libertà personale, non può essere condizionato da elementi che non dipendono dal soggetto, ma dal contesto familiare e relazionale, talvolta di marginalità sociale, nel quale il soggetto si colloca²⁶. Se non che l'effetto della delimitazione della base del giudizio di pericolosità sociale presenta profili negativi che sopravanzano di gran lunga l'apparente *ratio* di garanzia che ne starebbe alla base.

La riforma si esprime a favore di una *pericolosità sociale decontestualizzata* attraverso l'introduzione di elementi di astrazione del giudizio rispetto ai fattori che potrebbero essere presi in considerazione; ci consegna un'immagine antropologicamente distorta dell'autore del reato, come un soggetto da laboratorio sottratto alla influenza dei fattori esterni; sembra guardare con favore al ritorno ad una *nozione biologica di pericolosità sociale*, che pensavamo abbandonata ai libri storici di criminologia, ancorata esclusivamente alle caratteristiche personali, psicologiche e psichiatriche dell'autore, affidando nuovamente alla psichiatria il giudizio di pericolosità sociale, quando la stessa psichiatria da tempo sottolinea l'impossibilità di prescindere dal contesto ai fini della formulazione del giudizio prognostico. Sul punto la l. n. 81/2014 introduce un'irragionevole delimitazione della base del giudizio prognostico in contrasto con i principi che sono stati alla base delle pronunce che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale delle presunzioni di pericolosità sociale e delle sent. n. 254/2003 e 367/2004 sulla libertà vigilata a contenuto terapeutico.

Preoccupa anche il significato che la nuova disciplina può assumere alla luce delle acquisizioni delle neuroscienze in ordine alla incidenza dei fattori genetici sui giudizi prognostici sul pericolo di commissione di condotte violente²⁷. Allo stato attuale della ricerca, i risultati non sono suffragati da sufficienti conferme scientifiche e diventa difficile il loro accoglimento secondo i principi fissati dalla sentenza Daubert ed accolti anche dalla Corte di cassazione in tema di causalità²⁸; d'altra parte, nei pochi casi in cui le neuroscienze sono entrate nel processo, i giudici italiani ne hanno fatto un uso estremamente prudente, riconoscendo loro solo una funzione integrativa della valutazione peritale²⁹. Tuttavia, considerato che la pericolosità sociale consta di un giudizio prognostico, già oggi c'è il rischio che la diagnosi di una qualche anomalia neurologica alla base del reato possa supportare la prognosi di pericolosità³⁰, in quanto è alto il pericolo che il diritto giurisprudenziale «si lasci sedurre ora dal fascino dell'autorità della legge ora da quello della scien-

²⁶ F. Fiorentin, *La riforma*, cit., 22.

²⁷ M.T. Collica, *La crisi*, cit., 283 ss.

²⁸ Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, in *Foro it.*, 2012, II, 10.

²⁹ Sul punto v. M. Bertolino, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in «*Verità*» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, a cura di G. Forti-G. Varraso-M. Caputo, Napoli, 2014, 131 ss.; Id., *Imputabilità penale fra cervello e mente*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 931 ss. M.T. Collica, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in www.penalecontemporaneo.it, 22.

³⁰ I. Merzegora Betsos, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, Milano, 2012, 110.

za»³¹. Ciò premesso ed appurati i limiti attuali della scientificità delle indagini neurologiche specie in relazione alla predittività dei comportamenti umani, non v'è dubbio che i fattori individuali non possono di per sé bastare per formulare un giudizio di pericolosità sociale, in quanto è necessario considerare la loro interazione con gli altri fattori di contesto, personali ed ambientali³². Tuttavia, se in conformità al dettato della nuova disciplina, si tagliano fuori dalla base del giudizio i fattori ambientali e si incentra il giudizio di pericolosità sociale esclusivamente sulla personalità dell'autore, allora anche i risultati delle indagini neuroscientifiche potrebbero rafforzare il loro peso predittivo nel giudizio sulla pericolosità sociale. Si accentua così il rischio che la pretesa «vulnerabilità genetica» reintroduca «un riduzionismo monofattoriale e anti-scientifico nella valutazione dei comportamenti complessi»³³. Così come le neuroscienze rischiano di trasmettere una immagine riduttiva della malattia mentale, riportandola ad una dimensione esclusivamente biologia³⁴, altrettanto vale per l'immagine che questi nuovi saperi possono dare della pericolosità sociale, una volta che la si sia decontestualizzata dai fattori ambientali e sociali nei quali il soggetto si colloca.

In ragione di questi rilievi, mi sembra che la nuova disciplina presenti profili di illegittimità costituzionale in relazione all'art. 3 Cost.: non solo è irragionevole imporre per legge una base parziale nel giudizio di pericolosità, scelta non corroborata da criteri scientificamente fondati, ma la sua applicazione è foriera di irragionevoli disparità di trattamento, perché potrebbe portare a considerare socialmente pericolosi soggetti che, inseriti in un certo contesto relazionale, non presenterebbero particolari rischi di recidiva. Si introduce surrettiziamente una presunzione di pericolosità sociale.

Per evitare il contrasto con l'art. 3 Cost., si può optare per una interpretazione restrittiva della nuova norma, sostenendo che le condizioni di vita individuali, familiare e sociale non possono fondare un giudizio positivo di pericolosità sociale, ma possono essere lette in favore del soggetto quali fattori in grado di escludere il rischio di recidiva.

La decontestualizzazione dell'autore dall'ambiente relazionale è ribadita dall'ulteriore delimitazione della base del giudizio prognostico, nella parte in cui l'art. 3-ter cit., come riformato dalla legge n. 81/2014, prevede che la «sola mancanza di programmi terapeutici individuali» non può costituire «elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale». Anche tali programmi e la capacità dei servizi psichiatrici territoriali di garantire idonei percorsi individuali entrano a comporre il contesto nel quale il soggetto si colloca ed in tal senso si è sviluppata la giurisprudenza in tema di accertamento della pericolosità sociale³⁵. Anche questa delimitazione, al pari di quella che interessa l'art. 133, comma 2 n. 4 c.p., opera in relazione al complesso delle misure applicabili ai soggetti infermi di mente o seminfermi di mente, ossia OPG, CCC e libertà vigilata terapeutica.

Il fatto che il giudizio di pericolosità non possa essere fondato sulla sola mancanza di idonei supporti terapeutici esterni funge chiaramente da stimolo per una più efficace attivazione dei servizi territoriali di salute mentale, specie in considerazione del fatto che è la stessa l. n. 81/2014 a richiedere l'attivazione di percorsi terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione delle persone ricoverate negli attuali OPG (v. nuovo art. 8, comma 1-ter, l. n. 12/2012). Già la Commissione Marino aveva evidenziato le ragioni sottese alla proroga delle misure di sicurezza, sovente «disposta non già in ragione di una condizione soggettiva di persistente pericolosità, ma bensì per la carenza di un'adeguata offerta di strutture residenziali e riabilitative esterne, che dovrebbero essere individuate e messa a disposizione dai competenti Dipartimenti di salute mentale»³⁶. Alla luce di questo quadro, il messaggio della legge è chiaro: l'incapacità delle amministrazioni sa-

³¹ M. Bertolino, *Imputabilità penale*, cit., 937. Sui rischi di derive deterministiche nel diritto penale condizionato dalle neuroscienze v. M. A. Pasculli, *Neuroscienze e giustizia penale*, cit., 105; Nisco, *Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà del volere*, in *questa Rivista*, 2012, 500. Sui rapporti tra neuroscienze e libero arbitrio v. O. Di Giovine, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009, 201 ss.; id. (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, Padova, 2013.

³² A. Forza, *La sfida delle neuroscienze: verso un cambiamento di paradigma?*, in *questa Rivista*, 2012, 1378. Sui limiti delle neuroscienze v. M. Cazzaniga, *Chi comanda? Scienza, mente e libero arbitrio*, Torino, 2013, 113 ss.

³³ U. Fornari, *Le neuroscienze forensi: una nuova forma di neopositivismo?*, in *Cass. pen.*, 2012, 2727.

³⁴ M. Bertolino, *Il "breve" cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in *Criminalia*, 2008, 332.

³⁵ M.T. Collica, *Vizio di mente. Nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007, 98 ss.; F. Fiorentin, *La riforma*, cit., 23.

³⁶ «In questo modo, il luogo della cura e dell'esecuzione della misura di sicurezza sembra essere condizionato dall'inefficienza dei servizi psichiatrici, i quali non riescono a provvedere alle necessità più complesse e gravose dei pazienti psichiatrici autori di reato» (*Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 6). Su tale prassi v. E. Calvanese-R. Bianchetti, *L'internamento in ospedale psichiatrico giudiziario: le revocche delle misure nelle ordinanze del magistrato di sorveglianza di Mantova (anni 1992-2003)*, in *Rass. penit. crim.*, 2005, 27 ss.; critico A. Pugiotto, *La follia giuridica*, cit., 121.

nitare regionali nel predisporre programmi terapeutici individuali non può tradursi nell'applicazione di disposizioni penali a sfavore del soggetto³⁷. Questa norma si salda con quanto già previsto dall'art. 3-ter, comma 4 l. n. 9/2012, secondo il quale «le persone che hanno cessato di essere socialmente pericolose devono essere senza indugio dimesse e prese in carico, sul territorio, dai Dipartimenti di salute mentale»³⁸.

Senonché la proroga della misura per l'assenza di programmi individuali di supporto da parte dei servizi psichiatrici territoriali non era sempre dettata da ragioni di difesa sociale, ma piuttosto dalla consapevolezza che l'applicazione della misura costituiva l'unico strumento per garantire un percorso terapeutico-riabilitativo nei confronti di soggetti che sarebbero rimasti altrimenti soli, tra inefficienza della pubblica amministrazione sanitaria e obbligo di dimissioni dall'OPG³⁹. Paradossalmente, se sono assenti programmi terapeutici individuali, la nuova disciplina, che si muove entro una chiara *ratio* di garanzia, rischia di tradursi negativamente sul diritto alla salute (art. 32 Cost.).

Il riesame della pericolosità sociale

La l. 81/2014 inserisce nell'art. 8, l. n. 9/2012 due nuovi commi (commi 1-ter e 1-quater) che introducono importanti novità nella disciplina del riesame e della durata delle misure di sicurezza in funzione di rafforzamento delle garanzie individuali, per evitare i c.d. *ergastoli bianchi*, ossia il ricovero in OPG protratto per lunghi anni attraverso la disciplina del riesame della pericolosità sociale, anche in presenza di reati presupposto non gravi.

Come è già stato evidenziato, l'art. 8, comma 1-ter dispone che per ciascuna persona ricoverata negli attuali OPG siano obbligatoriamente predisposti percorsi terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione, precisando che, «per i pazienti per i quali è stata accertata la persistente pericolosità sociale, il programma documenta in modo puntuale le ragioni che sostengono l'eccezionalità e la transitorietà del prosieguo del ricovero». La norma introduce un importante criterio di giudizio per il riesame della pericolosità del soggetto, ad integrazione di quanto dispone l'art. 208 c.p. che si limita a richiedere una valutazione sul persistere della pericolosità del soggetto. In una logica di ricorso sussidiario alle misure di sicurezza detentive, la durata dell'OPG e della CCC può essere protratta solo a condizione che siano indicate le ragioni della «eccezionalità» e della «transitorietà» del ricovero. L'eccezionalità indica che la misura custodiale può essere mantenuta solo in presenza di un elevato rischio di recidiva, controllabile solo attraverso una misura detentiva (il cui livello di sicurezza esterna, garantito attraverso accordi con le prefetture, dovrà essere rapportato al tipo di ricoverati con una corrispondente diversificazione delle REMS)⁴⁰; il requisito della transitorietà, invece, segnala una prospettiva di scopo tendenziale, più che di obiettivo sicuramente raggiungibile: è necessario cioè che la misura sia strutturata in modo da garantire la possibilità che il soggetto riacquisti la libertà. Si tratta di una indicazione importante finalizzata ad evitare che, attraverso il meccanismo delle proroghe, sia protratta *sine die* la durata delle misure di sicurezza, guardando più alla difesa sociale che alle esigenze terapeutiche della persona. La disposizione si pone in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che non è di per sé contraria a sanzioni di durata indeterminata, purché l'indeterminatezza non si traduca in carattere assoluto di perpetuità⁴¹; con particolare riferimento alla misura di sicurezza prevista dall'ordinamento tedesco per i soggetti imputabili pericolosi (la custodia di sicurezza), la Corte europea ha affermato la necessità che in fase esecutiva siano assicurati idonei supporti interdisciplinari a sostegno dell'internato, al fine di salvaguardare la sua dignità e garantire un percorso che assicuri possibilità effettive di riacquistare la libertà⁴². Dunque, riesame della pericolosità e percorsi terapeutici individualizzati

³⁷ Sul punto v. G. Gatta, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare)*, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁸ Sul significato di questa espressione v. M. Pelissero, *La soppressione*, cit., 373.

³⁹ Sul punto v. F. Della Casa, *op. cit.*, 94-95.

⁴⁰ Sulla questione della sicurezza nelle REMS, v. F. Della Casa, *op. cit.*, 90 ss.; F. Federici, *Il superamento degli O.P.G.: una riforma possibile?*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴¹ G. Mannozi, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in V. Manes-V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 355 ss.

⁴² C. eur. dir. uomo, Sez. V, 17 dicembre 2009, M. c. Germania (n. 19359/04), in *Cass. pen.*, 2010, 3275 (solo massima), con nota di F. Rocchi, *La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza detentiva tedesca della Sicherungsverwahrung e i suoi ri-*

costituiscono due elementi strettamente connessi, che evidenziano ancora una volta l'impossibilità di scindere nel giudizio di pericolosità la personalità dell'autore dai fattori esterni interagenti.

La disciplina sui percorsi terapeutici individuali di dimissione assume un importante significato nella fase di transizione verso il superamento degli OPG: spetterà infatti al giudice, che abbia ricevuto il programma individualizzato, disporre un nuovo riesame della pericolosità, qualora siano disponibili sul territorio strutture in grado di assicurare un trattamento extra-custodiale⁴³.

Sebbene la disciplina del comma 1-ter cit. presenti carattere transitorio, essendo finalizzata al programma di superamento definitivo degli OPG e delle CCC, non di meno essa esprime principi più generali di proporzione e sussidiarietà che dovrebbero sempre costituire criteri di giudizio in sede di riesame della pericolosità sociale: quanto più una misura di sicurezza si protrae nel tempo, tanto più devono essere stringenti i presupposti di applicazione, in modo da assicurare la proporzione tra sacrificio della libertà personale e soddisfazione delle esigenze preventive; e la sussistenza di questi presupposti deve essere vagliata con particolare attenzione nei casi di misure detentive. Ne consegue che eccezionalità e tendenziale temporaneità delle misure di sicurezza vanno assunte come criteri generali di giudizio per una interpretazione restrittiva della disciplina sul riesame della pericolosità (art. 208 c.p.), in conformità alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed al principio di proporzione che deve costituire limite alle istanze preventive.

La durata delle misure di sicurezza

La seconda, ancor più significativa novità attiene alla introduzione di limiti alla durata delle misure di sicurezza (nuovo art. 8, comma 1-*quater* l. n. 9/2012), che segnala un netto distacco della l. n. 81/2014 dalla logica originaria del codice Rocco, sul punto influenzato dalla scuola positiva che, in funzione di prevenzione della pericolosità sociale, aveva previsto misure di sicurezza di durata non predeterminata. La riforma, che ancora una volta non tocca formalmente le norme del codice penale, pur stravolgendone l'impianto, pone limiti alle esigenze di difesa sociale in nome del rispetto delle garanzie individuali, come da tempo sollecitavano la dottrina e gli stessi progetti di riforma del codice penale⁴⁴.

Il limite massimo di durata si applica solo alle misure di sicurezza detentive, provvisorie o definitive, ossia, stando alla classificazione dell'art. 215 c.p., alla colonia agricola o casa di lavoro, all'ospedale psichiatrico giudiziario, alla casa di cura e di custodia ed al riformatorio giudiziario. L'unica perplessità riguarda il riformatorio giudiziario che, classificato dal codice penale tra le misure detentive (come era in effetti *ab origine*), per effetto degli artt. 22 e 36 d.p.r. n. 448/1988 si esegue ora mediante affidamento del minore ad una comunità pubblica o privata convenzionata. La dottrina ha evidenziato che le nuove modalità esecutive hanno «sostanzialmente modificato la natura del riformatorio giudiziario» che ha perso natura custodialistica⁴⁵. Se così è, allora, al riformatorio giudiziario non è applicabile la nuova disciplina sulla durata massima, una soluzione che lascia perplessi perché si traduce in una disposizione di sfavore nei confronti dei minori.

Nel determinare il limite massimo di pena erano possibili diverse opzioni⁴⁶. Ancorare la durata ad un limite massimo fissato dal legislatore per tutte le misure o per ogni singola misura: tale soluzione, essendo indipendente dalla gravità del reato-presupposto, si espone all'obiezione di determinare la durata massima in modo sproporzionato rispetto a quei reati che hanno un limite edittale massimo più basso, con la conseguenza che il soggetto non imputabile e pericoloso potrebbe subire una limitazione della libertà personale maggiore di quella che avrebbe subito se fosse stato giudicato imputabile. Altra soluzione poteva essere quella proposta dal codice penale spagnolo, secondo il quale la durata dell'*internamiento en un centro educativo especial* non può eccedere «il tempo che sarebbe durata la pena privativa della libertà personale, qua-

flessi sul sistema del doppio binario" italiano; C. eur. dir. uomo, 13 gennaio 2011, ric. n. 17792/07, Kallweit c. Germania; ric. n. 20008/07, Mateus c. Germania; ric. n. 27360/04 e 42225/07, Schummer c. Germania. Per un commento alle sentenze v. G. ABBADESSA, *Tre sentenze sulla 'custodia di sicurezza' (Sicherungsverwahrung) nell'ordinamento tedesco, e sull'obbligo dello Stato di adeguarsi ai giudicati della Corte*, in www.penalecontemporaneo.it; M. Pelissero, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di M. Pavarini e L. Stortoni, Bologna, 2013, 220 ss.; Id., *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari nel tempo della crisi*, in questa *Rivista*, 2012, 1017; F. Rocchi, *L'istituto della Sicherungsverwahrung: il dialogo tra la Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale*, in *Libertà dal carcere*, cit., 327 ss.

⁴³ F. Fiorentin, *La riforma*, cit., 29.

⁴⁴ Su tali progetti v. ampiamente A. Nappi, *La crisi del sistema delle sanzioni penali*, Napoli, 2010, 184 ss.

⁴⁵ G. Grasso, *Art. 223*, in M. Romano-T. Padovani-G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 2011, 540.

⁴⁶ Sul punto v. A. Manna, *Le misure di sicurezza*, cit., 339; M. Pelissero, *Pericolosità sociale*, cit., 194 ss.

lora il soggetto fosse stato dichiarato responsabile e, a questo effetto, il giudice o il tribunale fisserà in sentenza questo limite massimo» (art. 103). Tale disciplina, particolarmente garantista nell'agganciare la durata massima alla pena che sarebbe stata in concreto applicata ad un soggetto imputabile, presenta il grave limite di rendere difficile la determinazione del *quantum* di pena applicabile, perché il giudice non potrebbe considerare il profilo della colpevolezza del soggetto e si atterrebbe solo alla gravità oggettiva del fatto. Una terza soluzione è quella di fissare la durata massima delle misure di sicurezza detentive attraverso la pena editale massima prevista per il reato-presupposto commesso. Si tratta dell'opzione preferibile, che a mio avviso non mostra segni di retribuzionismo⁴⁷, ma offre una soluzione plausibile conforme a criteri di ragionevolezza.

Il legislatore si è mosso in quest'ultima direzione: il comma 1-*quater* dell'art. 8 cit. stabilisce che le misure di sicurezza detentive «non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione editale massima» che, per espressa disposizione di legge, va determinata in base all'art. 278 c.p.p.

Quest'ultima norma, scritta per determinare la durata massima delle misure cautelari, stabilisce che si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato; non si tiene conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione della circostanza aggravante prevista al numero 5) dell'articolo 61 c.p. e della circostanza attenuante prevista dall'articolo 62 n. 4 c.p., nonché delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. Come spesso accade quando ci si limita ad effettuare un rinvio senza soppesare gli effetti della traslazione della norma in altro contesto, l'art. 278 c.p.p. non prende in considerazione il concorso di reati ed espressamente dispone che non si debba tenere conto della continuazione: in caso di concorso di reati sembra più corretto procedere ad ancorare la durata massima della misura al limite editale massimo previsto per il più grave dei reati in concorso. Questa soluzione mi sembra da preferire a quelle che propongono di rapportare il limite di durata alla pena massima editale derivante dall'applicazione del cumulo delle pene⁴⁸, secondo la disciplina del concorso di reati: non tanto per il principio del *favor rei*, quanto piuttosto perché appare più in sintonia con quanto prevede l'art. 209 c.p. che regola il concorso di misure di sicurezza, in caso di persona giudicata per più fatti, privilegiando il principio di assorbimento⁴⁹.

In presenza di delitti puniti con la pena dell'ergastolo, la l. 81/2014 prevede che non si applichi la disciplina della durata massima: di conseguenza, attraverso il meccanismo generale del riesame della pericolosità (art. 208 c.p.) la misura di sicurezza può durare indefinitamente, sino a che la pericolosità del soggetto giustifichi la misura custodiale. Si tratta di una soluzione che lascia perplessi perché, a fronte di reati puniti con la pena dell'ergastolo, in concreto però non applicata dal giudice per effetto della prevalenza delle attenuanti, non trova applicazione il limite di garanzia della durata massima, considerato che il rinvio all'art. 278 c.p.p. non consente di tener conto delle circostanze attenuanti concorrenti.

Ai fini della determinazione del limite massimo di durata della misura detentiva, si deve tener conto anche del periodo trascorso a seguito di applicazione provvisoria della stessa⁵⁰: lo conferma indirettamente l'art. 8, comma 1-*quater* cit. che riferisce il limite massimo di durata alle misure applicate in via definitiva o provvisoria, in linea con il principio di fungibilità (art. 206, comma 3 c.p.)⁵¹.

La legge nulla dispone in ordine caso in cui l'esecuzione di una misura di sicurezza detentiva sia intervallata da periodi di applicazione della libertà vigilata: è da ritenere che il termine massimo di durata debba essere calcolato scomputando i periodi trascorsi in esecuzione di una misura di sicurezza non detentiva, in quanto la legge fissa il termine di durata massima in relazione alle misure privative della libertà personale.

Il fatto che la disciplina del limite massimo di durata valga solo per le misure di sicurezza detentive consente al giudice di ordinare l'applicazione della libertà vigilata (con prescrizioni terapeutiche nel caso di infermi e semi-infermi di mente), qualora allo scadere del termine massimo di durata permanga ancora la pe-

⁴⁷ In tal senso si era espresso in passato A. Manacorda, *Il manicomio giudiziario. Cultura psichiatrica e scienza giuridica nella storia di un'istituzione totale*, Bari, 1982, 32.

⁴⁸ In tal senso G. Gatta, *Aprite le porte*, cit.; F. Fiorentin, *La riforma*, cit., 25.

⁴⁹ Su tale disciplina, v. M.A. Pasculli, *Le misure di sicurezza*, cit., 794 ss.

⁵⁰ F. Fiorentin, *La riforma*, cit., 25.

⁵¹ Su tale principio v. G. Grasso, *Art. 206*, in *Commentario sistematico*, cit., 484.

ricolosità del soggetto: per le misure non detentive vale, infatti, la disciplina generale del codice penale che non prevede limiti massimi di durata.

La nuova disciplina va raccordata con l'art. 232 c.p. secondo il quale, se la persona con infermità psichica in stato di libertà vigilata mostra una nuova pericolosità sociale, il giudice può disporre il ricovero in una casa di cura e di custodia: è da ritenere che, per effetto della l. n. 81/2014, il passaggio alla misura custodiale non sia possibile, qualora sia decorso il termine massimo di durata che costituisce un limite invalicabile al perseguimento delle esigenze di difesa sociale, a meno che il soggetto non abbia commesso un nuovo reato, rispetto al quale dovrà essere fissato il limite massimo di durata della misura per lo stesso applicata⁵².

In forza dell'art. 200, comma 2 c.p., la nuova disciplina sulla durata delle misure di sicurezza trova immediata applicazione con la conseguenza che il giudice deve revocare la misura, se sono stati superati i limiti massimi di durata⁵³, indipendentemente dalla sussistenza di adeguati supporti sanitari esterni. Questo effetto potrebbe porre in alcuni casi problemi di inadeguatezza della funzione preventiva degli strumenti penali: in questa direzione si segnala l'anomala ordinanza del Tribunale di Roma che, a seguito della interruzione della misura dell'OPG per essere decorso il limite massimo di durata, ha disposto la liberazione dell'internato e la contestuale comunicazione del provvedimento all'OPG ad una serie di autorità amministrative, di polizia e giudiziarie, «trattandosi di un problema (sanitario e di sicurezza) che va al di là del caso singolo sottoposto all'esame»⁵⁴.

Ora, a parte la possibilità, non considerata dal tribunale, di applicare la libertà vigilata, mi pare che la preoccupazione del giudice sia stata in questo caso eccessiva, in quanto l'«altissima pericolosità sociale», di cui si dà conto nell'ordinanza, riguarda un soggetto ricoverato in OPG per il reato di lesioni personali, più precisamente per aver cagionato con un punteruolo una ferita lacero contusa al padiglione auricolare guaribile in giorni due (!): considerato che per il reato contestato è prevista la pena edittale massima di tre anni, la durata del ricovero in OPG dal 2009 (con qualche intervallo in libertà vigilata) mi pare già di per sé sproporzionata per eccesso, considerato che un soggetto riconosciuto «sano» di mente sarebbe stato condannato ad una pena ben più contenuta.

Una riforma tra Scilla e Cariddi

Il definitivo superamento degli OPG richiede ancora tempi lunghi per la sua effettiva concretizzazione e la riforma dovrà evitare di incagliarsi su due versanti contrapposti. Da un lato, le nuove REMS non devono diventare un surrogato in chiave «ridotta» della logica manicomiale degli OPG che dal 2008 si cerca di superare: se ciò accadesse, si abbatterebbero solo cinta murarie e cancelli delle più o meno fatiscenti attuali strutture, ma non le cinta mentali che possono condizionare le modalità di trattamento ben più della privazione della libertà personale. Dall'altro lato, vedo il rischio che, pur di attuare la riforma, si possa cadere nell'eccesso opposto di far cessare l'esecuzione di misure di sicurezza che oggi, in talune realtà, costituiscono purtroppo l'unico, e improprio, supporto alla condizione di grave vulnerabilità psichica in cui versano alcuni autori di reato: anche a voler tralasciare le esigenze di difesa sociale che, misurandosi con giudizi prognostici, rischierebbero di tradursi nell'applicazione estensiva delle misure, i maggiori spazi di libertà che si aprirebbero nell'applicazione più limitata delle misure custodiali potrebbero significare il venir meno di quel minimo di supporto psichiatrico che negli OPG è comunque assicurato.

Per evitare il fallimento di una riforma che sul versante della giustizia penale è portatrice di un messaggio di civiltà non meno dirompente di quello della legge Basaglia, è necessaria una forte implementazione dei servizi territoriali di salute mentale: il fatto che il magistrato di sorveglianza, nell'ordinanza prima richiamata, nel disporre la cessazione della misura dell'OPG per superamento del limite massimo di durata, abbia sentito la necessità di comunicare il provvedimento ad una serie di autorità, giudiziarie e sanitarie, segnala in modo preoccupante la mancanza di adeguati supporti terapeutici ed assistenziali esterni. L'effettivo superamento, non solo sulla carta, delle misure custodiali passa dunque attraverso il potenziamento dei servizi psichiatrici territoriali, in grado di offrire programmi individuali a soggetti particolarmente vulnerabili

⁵² Evidenzia la criticità del sistema F. Fiorentin, *La riforma*, cit., 26.

⁵³ G. Gatta, *Aprite le porte*, cit.

⁵⁴ Trib. Roma, VII sez. penale, 3 giugno 2014, con osservazioni di G. Gatta, *Revoca del decorso in OPG per decorso della durata massima: un primo provvedimento*, in www.penalecontemporaneo.it.

che riacquistano la libertà, a volte dopo molti anni, ed ai quali vanno assicurate le condizioni per riacquistare una nuova dimensione sociale senza pregiudicare le esigenze di difesa sociale.

Sul piano della tecnica legislativa non si può, infine, non evidenziare il limite di un ulteriore intervento parcellizzato sulla disciplina delle misure di sicurezza, che questa volta non si limita a prorogare una riforma attesa da più di due anni, ma incide su tradizionali elementi caratterizzanti della disciplina delle misure di sicurezza. Come nel 1986 furono abolite le ipotesi di pericolosità sociale presunta senza intervenire sulle norme del codice penale, allo stesso modo oggi le nuove norme sulla delimitazione della base del giudizio di pericolosità sociale e sui limiti di durata massima delle misure di sicurezza detentive hanno trovato una collocazione *extra codicem*. Un po' come accade in generale per il sistema sanzionatorio, le innovazioni normative più qualificanti ed innovative della disciplina delle misure di sicurezza si collocano essenzialmente fuori dall'area delle disposizioni codicistiche. Non so se anche per le misure di sicurezza si stia consumando il commiato dal codice penale, ma credo che, laddove possibile, sia necessario intervenire direttamente sulle norme di quest'ultimo, una soluzione che avrebbe potuto essere seguita in questo caso. Per il momento, nell'attesa di un più ampio ed organico intervento riformatore⁵⁵, dobbiamo accontentarci della politica dei piccoli passi che procede, non senza difficoltà di assestamento, tra interventi degli organi di garanzia e interpolazioni legislative.

⁵⁵ Critico sulla mancata eliminazione delle misure di sicurezza e della pericolosità sociale, già a commento della l. n. 9/2012, Della Casa, *op. cit.*, 98.