

INFERMITÀ DI MENTE E PERICOLOSITÀ SOCIALE TRA OPG E REMS(*)

di Giuliano Balbi

SOMMARIO: 1. Infermo di mente autore di reato e controllo sociale. Considerazioni introduttive. – 2. Infermità di mente e pericolosità sociale come strumenti di elusione dei principi di derivazione illuministico-liberale. – 3. Un gioco a carte truccate: pericolosità sociale e doppio binario. – 4. La l. 81/2014. Le misure di sicurezza detentive tra sussidiarietà e limite di durata. – 5. Sulla vaghezza del concetto di infermità mentale. – 6. Il tempo sospeso. Tra REMS che non aprono e OPG che non chiudono.

1. Infermo di mente autore di reato e controllo sociale. Considerazioni introduttive.

Ragionare del rapporto tra infermità di mente e pericolosità sociale, nelle coordinate delineate dal nostro sistema ordinamentale, ci conduce ad affrontare il problema relativo alle risposte approntate per l'ipotesi di infermo di mente autore di reato. A ben vedere, su di un piano di razionalità astratta, il primo punto con cui confrontarsi dovrebbe attenersi non tanto alle opzioni – *stricto o lato sensu* – custodiali, quanto a quelle terapeutiche.

Che tale approccio sarebbe, in effetti, doveroso, risulta chiaramente dalle coordinate costituzionali di riferimento. Da un lato, infatti, il principio di colpevolezza, di cui al primo comma dell'art. 27 Cost., impone di non punire l'infermo di mente autore di reato perché non legittimamente destinatario di un giudizio di rimprovero; dall'altro, il terzo comma della medesima disposizione, vincolando lo scopo della pena a una funzione *rieducativa*, mostra l'incongruità teleologica dello strumento punitivo rispetto allo specifico esistenziale dell'infermo; da ultimo, perché il primo comma dell'art. 32 Cost., nel porre quale momento fondante della convivenza sociale *la tutela della salute dell'individuo*, obbliga lo Stato ad assicurare a tutti, e dunque anche a tale tipologia di soggetti, un adeguato approccio terapeutico.

Certo, non v'è dubbio che queste istanze debbano convivere con quelle – altrettanto legittime – della difesa sociale, istanze che impongono di tutelare il corpo sociale nei confronti degli infermi di mente pericolosi, *telos* ineludibile per uno stato di diritto, nella sua strumentalità a garantire l'incolumità, ma anche la pacifica convivenza, dei consociati.

In effetti, proprio in ragione della difficoltà di trovare un appagante punto di equilibrio tra le due forze in gioco – da un lato le esigenze terapeutiche e di tutela dell'infermo, dall'altro quelle esponenziali delle istanze di difesa e controllo sociale –, il

* Testo della relazione tenuta presso la Scuola Superiore della Magistratura, nell'ambito dell'incontro di studi "Le misure di sicurezza personali", Scandicci, Villa di Castel Pulci, 3 – 5 giugno 2015.

sistema delle risposte ordinamentali apprestate nei confronti dell'infermo di mente autore di reato costituisce un piano tradizionalmente delicato e difficile, e su cui in qualche modo si gioca una partita dalla posta decisamente elevata, perché mette alla prova l'onestà ideologica di un sistema democratico, la sua capacità di mantenere saldi i principi identitari anche in un ambito in cui verrebbe quasi "comodo" eluderli, perché qui i principi – le garanzie fondamentali – devono esser fatti valere a tutela di soggetti frequentemente stigmatizzati dal corpo sociale, percepiti come diversi, non di rado espulsi dalle stesse famiglie di origine, di persone peraltro prive della benché minima merce di scambio politico-sociale, e in nome della cui tutela ben pochi sarebbero disposti a spendersi davvero.

Se questa è la partita, allora va detto subito che, fino a ben poco tempo fa, l'avevamo decisamente persa. Se le cose, con la chiusura degli OPG e la posizione di un termine massimo di durata per le misure di sicurezza detentive, siano oggi realmente cambiate, è un punto sul quale dovremo seriamente ragionare.

Per il momento, valga il rilievo che nel nostro sistema – quanto meno sino ad ora – i contrapposti interessi in gioco non risultavano minimamente contemperati con equilibrio: l'approccio ordinamentale risultava infatti totalmente sbilanciato a favore della difesa sociale, e pressoché dimentico delle istanze terapeutiche, di recupero e di integrazione dell'infermo di mente autore di reato. Si pensi, ad esempio, che in un'ispezione a sorpresa della Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale, nel 2010, nell'OPG di Barcellona Pozzo di Gotto (ME), si verificò la presenza, per 329 degenti, di un solo medico, peraltro non psichiatra, di due infermieri, un educatore e quarantacinque agenti di polizia penitenziaria¹.

Si dirà: d'accordo, *"ma comunque il sistema non prevede la punibilità dell'infermo di mente autore di reato"*, anzi nei suoi confronti l'ordinamento predispone peculiari strumenti *ad hoc*, la cui applicazione è peraltro subordinata al fatto che egli sia persona socialmente pericolosa.

Certo, in apparenza lo schema del codice Rocco sembrerebbe strutturato in termini razionali, quasi rispettoso dei principi. Ma le cose, sul punto ritornerò, non stanno affatto così. Nel contempo, sarebbe ingeneroso attribuire la responsabilità di tutto ciò al solo legislatore fascista.

2. Infermità di mente e pericolosità sociale come strumenti di elusione dei principi di derivazione illuministico-liberale.

Basti pensare, in una prospettiva di ordine storico, al fatto che, paradossalmente, il folle fosse oggetto di maggiore tutela nell'*ancien régime* di quanto non lo sia poi stato nell'età moderna.

¹ [Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari – Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale](#), 20 luglio 2011.

Le parole di Paolo che, nella seconda lettera ai Corinzi, invitava a tollerare la sua follia² e, soprattutto, il mito medioevale della follia di Cristo sulla Croce, avevano infatti contribuito, nell'alimentare l'antica concezione mistica della follia³, a creare una sorta di immunità per il folle che riuscì a resistere fino all'avvento dello Stato borghese, e che lo stesso Inquisitore non aveva voluto, o forse potuto, violare. E' ancora nel 1654, ad esempio, che Ana de Abella, accusata di stregoneria, viene prosciolta dall'inquisizione di Spagna in ragione della sua *flaqueza de cabeza*⁴.

Mentre nelle monarchie assolute, insomma, la natura trascendente dell'investitura sovrana aveva condotto a individuare nell'eretico, e non nel folle, il pericolo per l'ordine costituito, il nascente Stato borghese, con l'immanenza della propria legittimazione, vide in ogni forma di devianza un pericolo dal quale occorreva difendersi.

La via che si seguì fu, in realtà, quella di sempre, ovvero l'internamento coatto di masse di diseredati, disperati, vagabondi, dissipatori di patrimoni, bestemmiatori, sifilitici e così via. Ma ostando il principio di legalità, oramai stabilizzato nelle legislazioni ottocentesche, a una loro – possibile – diretta carcerizzazione, la soluzione più comoda venne trovata proprio nell'uso spregiudicato del concetto di "follia", concetto non perfettamente definito sul piano scientifico, e dunque gestibile, se non manipolabile, funzionalmente a precisi obiettivi di ordine politico.

La principale causa della follia? Il diffondersi della stampa e le troppe cose portate a conoscenza delle menti semplici⁵. I suoi sintomi? *"Il disgusto al lavoro e alla vita onorata"*⁶, ma soprattutto *"la brama, divenuta oramai così comune nella infima classe del popolo, di mutar condizione, e così da servi diventar padroni"*⁷. Il passo successivo, o meglio contestuale, consistette nella creazione di stabilimenti *ad hoc* in cui disporre il ricovero, stabilimenti che nel *nomen* ricordavano strutture sanitarie, ma la cui sostanza era decisamente diversa.

Scrivono il Gualandi, nel 1823, a proposito del Regio Ospedale di Aversa: *"come non si può dire parole di disapprovazione in considerando dell'orrido luogo destinato nel terzo piano superiore all'imprigionamento dei furiosi, dove giacciono essi a terra durante la notte e il giorno, carichi di corregge, ignudi, esposti alle ingiurie dei tempi ... con un paglione al fianco spesso infradito e verminoso? ... Ed è terribile il supplizio della fame e della sete che divora*

² PAOLO DI TARSO, *Seconda lettera ai Corinzi*, 11.1.

³ Sul punto, per tutti, C. BLUM, *La folie et la mort dans l'imaginaire collectif du Moyen age et du début de la Renaissance (XII-XVI siècles). Positions du problème*, in H. BRAET, *Death in the Middle Ages*, Lovanio, 1983, p. 260 ss.; D. VASSE, *Folie et mort, pierre angulaire de la Christologie*, in P. BEAUCHAMP, B. SESBOÛÉ, *Announcer la mort du Seigneur. Un dossier théologique*, Lyon, 1971, p. 78 ss. Sulla complessiva problematica, cfr. anche V. ANDREOLI, *Follia e santità*, Milano, 2010, p. 1 ss.

⁴ B. BENNASSAR, *Storia dell'Inquisizione spagnola*, Milano, 2003, VI, 3.

⁵ B. ALIMENA, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, vol. II, Torino, 1896, p. 12.

⁶ A. SETTI, *Dell'imputabilità*, Torino, 1868, p. 226.

⁷ L. FENOGLIO, *Recensione a Trompée. Saggio sul manicomio di Torino con alcuni cenni intorno all'indole ed alla cura delle malattie mentali*, in *Annali universali di Medicina*, 1829, p. 523.

*quei miseri*⁸. L'impossibilità di punire l'infermo di mente autore di reato, in nome delle più nobili istanze del pensiero illuministico, non produsse, insomma, risultati particolarmente commendevoli.

In effetti, viene da pensare che la gestione della follia costituisca una delle anime maggiormente oscure del garantismo ottocentesco, l'angolo buio al cui interno furono governate quelle istanze di controllo sociale (quella *preoccupazione borghese di mettere ordine nel mondo della miseria*, per citare Foucault⁹) difficilmente coniugabili con i principi cardine dell'illuminismo giuridico – con quegli stessi principi che ancora oggi siamo soliti individuare quali limiti invalicabili di un diritto penale democratico, su tutti, i principi di legalità e colpevolezza.

Qualcuno potrebbe pensare che la ricostruzione storica, o storico-ideologica, per quanto culturalmente accattivante, sia qui di scarsa utilità pratica. Fino a che punto può realmente interessarci che alcuni modelli ordinamentali elusero i loro principi fondamentali – colpevolezza, proporzione, responsabilità per il fatto – modulando plasticamente gli strumenti di controllo sociale sul binomio infermità di mente/pericolosità sociale, facendo gioco sulla vaghezza sottesa a tali riferimenti, e recludendo per questa via non poche persone in istituti dalle condizioni vergognose e inumane. Questo è il passato.

O forse no? Meglio, siamo davvero sicuri che il passato non rappresenti qui una inquietante metafora del presente?

In effetti, la totale elusione dei principi fondamentali è avvenuta – e in buona parte avviene ancora – per il tramite del parametro della *pericolosità*.

In realtà, il diritto penale moderno – attraverso l'idea dello scopo, e dunque già in parte con Feuerbach, più accentuatamente con von Liszt – si configura *ab origine* su di una grave patologia congenita (direi di tipo autoimmunitario) che, giustapponendo il piano della gravità del fatto a quello della pericolosità del suo autore, lo predispone a rinnegare se stesso, la sua matrice egalaritaria e liberal-garantista, modulandosi su due livelli: un "*piano nobile*", quello del *fatto di reato*, presidiato dalla legalità, oggetto delle attenzioni di una dottrina attenta all'invalicabile limite delle garanzie, una "*penalistica civile*", dunque, proiettata su di un "*diritto penale dei galantuomini*". Ma accanto ad esso, quasi ignorato dalla dottrina, viene poi allestito un altro livello di penalità, o di parapenalità, modulato sulla pericolosità, strumentale a presidiare da un lato la tutela dell'ordine, dall'altro – quantomeno, storicamente è stato così non di rado – la preservazione delle posizioni politicamente e socialmente dominanti¹⁰.

⁸ D. GUALANDI, *Osservazioni sopra il celebre stabilimento d'Aversa nel Regno di Napoli e sopra molti altri spedali d'Italia destinati alla reclusione, e cura de'pazzi, con alcune considerazioni sopra i perfezionamenti di che sembra suscettivo questo genere di stabilimenti*, Bologna 1823, p. 82 ss.

⁹ M. FOUCAULT, *Storia della follia nell'età classica*, Milano, 1998, p. 58.

¹⁰ Sul punto, ampiamente, cfr. P. COSTA, *Il principio di legalità. Un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI (2007), p. 13 ss.

Certo, oggi – normativamente – sono venute meno le presunzioni di pericolosità¹¹, e – culturalmente – è stata sconfitta la convinzione che l'infermo di mente sia, in quanto tale, pericoloso. Eppure, l'idea dell'infermo di mente pericoloso tende ancora, paradossalmente, a rassicurarci: “è caduto un aereo. E' stato un atto terroristico? No, il pilota è impazzito. Meno male”. Perché che a delinquere siano i diversi è sempre rassicurante, magari un po' razzista, ma comunque rassicurante. In fondo, una cosa che sembra turbare molto l'opinione pubblica è che alcuni terroristi islamici di oggi siano nati qui, abbiano studiato qui. Insomma, che non siano così diversi come ci piacerebbe che fossero, e questo, in qualche modo, ci costringe a porci delle domande su noi stessi.

Da questo punto di vista, al contrario, l'infermo di mente che delinque è una sicurezza. Eppure, dai dati statistici emerge che il sofferente psichico non delinque di più della media¹², tranne un'incidenza un po' più accentuata per quanto riguarda i reati bagatellari, anche se tale maggiore incidenza può, plausibilmente, non essere reale, ma discendere da una minore cifra oscura, essendo il sofferente psichico oggetto di un più accentuato controllo sociale¹³.

Comunque, è proprio al rapporto pericolosità sociale/infermità di mente – epifenomeni elettivi delle misure di sicurezza personali – che dobbiamo dedicare la nostra attenzione, e ciascuno dei due termini del binomio andrà valutato con estrema attenzione, perché entrambi sono attraversati da profonde criticità. Ragioniamo, innanzitutto, della pericolosità sociale.

3. Un gioco a carte truccate: pericolosità sociale e doppio binario.

La pericolosità gioca su plurimi piani nell'ambito del nostro sistema. Come presupposto, e limite, per l'applicazione delle misure di sicurezza; ai fini della commisurazione della pena *ex art. 133 c.p.*, costituendo una ipotesi qualificata di capacità a delinquere; in negativo, come riferimento essenziale in relazione a taluni istituti dal carattere premiale, come la sospensione condizionale della pena, il perdono giudiziale, la liberazione condizionale, l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare e la semilibertà; quale presupposto – e stessa ragione di esistenza – delle misure di prevenzione; come fondamento per la declaratoria di abitualità, professionalità e tendenza a delinquere. Poi vi sono, se possibile ancor più inquietanti per la tensione assoluta con il paradigma del diritto penale del fatto, rilevanti ipotesi di pericolosità sociale occulta: penso ad esempio all'aggravamento di pena predisposto per l'ubriaco abituale ai sensi dell'art. 94 c.p., e alla stessa recidiva, soprattutto in seguito alla rielaborazione dell'istituto nel 2005, ad opera della *ex-Cirielli*.

¹¹ Per tutti, M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 33 ss.; [M.T. COLLICA, La crisi del concetto di autore non imputabile “pericoloso”](#), in *questa Rivista*, 19 novembre 2012, p. 3 ss.

¹² V. U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2013, p. 215.

¹³ Cfr. [F. SCHIAFFO, La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e ‘spessori normativi’: la riforma di cui alla legge n. 81/2014](#), in *questa Rivista*, 11 dicembre 2014, p. 7 ss.

In effetti, va rilevato come quello della *pericolosità* costituisca un parametro peculiarmente in auge nelle scelte del legislatore penale degli ultimi anni. Non più pudicamente relegata ad assolvere la caliginosa funzione del controllo sociale della devianza nelle sue “classiche” applicazioni in tema di misure di prevenzione e misure di sicurezza, ha finito infatti per diventare protagonista assoluta di un *diritto penale securitario* in cui, tramite la canalizzazione mediatica delle paure collettive verso soggetti deboli, percepiti come diversi dal corpo sociale, si sono compiute operazioni di *marketing* politico del tutto indifferenti alle coordinate garantiste del diritto penale del fatto. Il risultato è stato l’uso frequente della norma penale come strumento pressoché impazzito di neutralizzazione simbolica dei problemi sociali, l’ombra lunga e inquietante di un diritto penale antico, che dietro il suo apparente, inutile, rigore, nasconde l’assoluta incapacità – e probabilmente l’intima assenza di volontà – di affrontare davvero i problemi sociali.

In questo schema, la pericolosità è riuscita a insinuarsi in contesti ai quali avrebbe dovuto essere assolutamente estranea. Si pensi ad esempio, lo si diceva, alle norme in materia di recidiva introdotte dalla *ex-Cirielli*, e al loro incidere non solo incongruamente ma – a mio avviso – in modo del tutto illegittimo sulla determinazione dei termini prescrizionali¹⁴. Oppure si ponga attenzione al nuovo art. 131-*bis* c.p. (*Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*), non applicabile – ai sensi del comma 1 – nelle ipotesi di comportamento abituale. Laddove al terzo comma ci vien detto, tra l’altro, che “*il comportamento è abituale nel caso in cui l’autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza*”.

Comunque, tralasciando le incredibili incursioni della pericolosità in ambiti che dovrebbero esserle del tutto estranei sul piano sistematico – perché i relativi fondamenti sono rigorosamente obiettivi: della prescrizione, l’oblio del tempo; della lesività, il *quantum* dell’offesa –, concentriamoci sulla funzione, per così dire, “storica” della pericolosità sociale.

Sul piano formale, siamo soliti pensare al nostro sistema penale come strutturato sullo schema del doppio binario *pena/misura di sicurezza*, l’una modulata sull’idea della responsabilità colpevole – *se posso rimproverarti ti punisco* –, l’altra su quella di pericolosità – *se non posso punirti, perché tecnicamente non colpevole, posso comunque difendermi da te se sei persona socialmente pericolosa, applicandoti una misura di sicurezza*.

Ma questo schema, lungi dal costituire una equilibrata mediazione tra presupposti di differente ascendenza teorica (Scuola classica → libertà di autodeterminazione → pena; Scuola positiva → determinismo → misure di sicurezza. Non è così, perché tra la libertà del volere e la sua negazione non esiste un possibile punto di sintesi o di compromesso), ad altro non corrisponde che a una decisa superfetazione tecnicistica delle istanze di difesa sociale espresse da uno stato totalitario.

¹⁴ Sia consentito rinviare a G. BALBI, *Ancora in tema di recidiva e prescrizione*, in *Arch. pen.*, 2008, p. 31 ss.

Certo, l'istituzione delle REMS potrebbe, auspicabilmente, modificare parzialmente la prospettiva. Sempre che si facciano davvero, sempre che funzionino davvero. Speriamo che le cose vadano così, e sul punto evidentemente ritorneremo.

Ma è innegabile che in tutti questi anni si è giocato con un mazzo di carte truccato, per la sostanziale impossibilità di distinguere – sul piano delle funzioni, dei presupposti e degli scopi – le misure di sicurezza a carattere custodiale da un complessivo sistema di sanzioni penali di cui hanno finito per costituire null'altro che una peculiare *species*. Questo, vuoi per il loro insistere in modo egualmente afflittivo sulle libertà fondamentali, vuoi per la loro stessa, frequente identità – a volte omologia – di luogo.

Nel nostro sistema, insomma, i due binari si sono incrociati di continuo. E quando due binari si incrociano, i rischi sono evidentemente fuori controllo.

Sarebbe tuttavia affrettato evincere da questa premessa la sostanziale identità sistematica – e di effettivo “impatto” – tra pene e misure di sicurezza. L'essere queste ultime modulate sul parametro della pericolosità sociale le rende, infatti, ancor più insidiose per un sistema penale democratico. Perché il “*ti punisco per quel che hai fatto*” corrisponde al paradigma, geneticamente fondante, del contratto sociale, mentre il “*ti punisco per quel farai*”, rinvia al cupo totalitarismo di *Minority report*¹⁵.

Tutto ciò, per più ordini di ragioni:

a) Per il carattere intrinsecamente ambiguo del concetto di pericolosità, potenzialmente carico, anche sul piano semantico, di una molteplicità di significati, non ultima la sua attitudine a canalizzare ostilità nei confronti di gruppi di persone stigmatizzate di volta in volta come socialmente minacciose¹⁶. Si tratta, in altre parole, del modello che può fornire basi pseudo-scientifiche a quelle forme di discriminazione – sociale, politica, culturale, religiosa, razziale – così frequenti nel crepuscolo delle democrazie. In questa prospettiva, non stupisce che il diritto penale di questi ultimi anni, modulandosi sul *telos* della sicurezza¹⁷, proiezione meta-oggettiva della pericolosità, abbia frequentemente individuato proprio nei più deboli i suoi bersagli elettivi: negli emigranti, negli emarginati, negli *homeless*, nelle prostitute di strada, in quelli che fanno graffiti, che lavano i vetri ai semafori, che vagabondano, nei tossici, negli adolescenti delle periferie, e così via.

b) Per i gravi limiti di affidabilità scientifica dei giudizi criminogenetici e predittivi¹⁸, resi peraltro ancor più inattendibili dalla neo-introdotta impossibilità di

¹⁵ Philip Dick, in *Minority report* (1956), ci racconta di un futuro, reso cupo dall'ossessione tecnologica della sicurezza, in cui il sistema “penale” è incentrato sul modello “*precrime*”. Sulla base di precognizioni di soggetti mutanti, i “colpevoli” di omicidio sono arrestati prima che l'omicidio venga commesso (non stupisce, tuttavia, che il sistema di precognizioni venga manomesso per eliminare un potenziale avversario in una lotta di potere).

¹⁶ Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2013, p. 544 s.

¹⁷ Cfr., in particolare, A. CAVALIERE, *Può la “sicurezza” costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in W. HASSEMER, E. KEMPF, S. MOCCIA, a cura di, *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, p. 111 ss.

¹⁸ V., tra gli altri, L. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Riv. it. med. leg.*, 1993, p. 569 ss.; M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico al Codice penale*, III, Milano, 2011, p. 467 ss.

valutare le condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, c.p.¹⁹ La prognosi di pericolosità costituisce infatti un giudizio quasi vaticinante: si chiede al perito di dire *oggi*, sulla base di ciò che è avvenuto *ieri*, cosa accadrà *domani*; un giudizio, insomma, in parte scientifico, in parte naturalistico, di predizione percettiva, se non blandamente intuitiva, insomma sfuggente a un riscontro empirico scientificamente rigoroso²⁰.

In proposito, mi viene in mente l'opinione espressa negli anni '60, in tema di pornografia, dal giudice Potter Stewart, componente della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America: *"la pornografia? Non so cosa sia, ma so riconoscerla quando la vedo"*²¹. Riguardo alla pericolosità, i termini del discorso mi sembrano inversi: sappiamo cos'è, e siamo anche in grado di definirla. Il punto è che quando siamo al suo cospetto rischiamo di non riconoscerla o, quel che è più grave, rischiamo di vederla anche quando non c'è.

c) Perché dietro il riferimento alla pericolosità si è troppo spesso, consapevolmente, nascosto tutt'altro. Storie di solitudine, di deprivazione – materiale o affettiva –, di povertà, di esclusione sociale stante l'assenza di qualsiasi politica inclusiva, storie di un sud totalmente abbandonato, senza strutture, senza accoglienza, storie di desertificazione politica, sociale, culturale. Non a caso, la Commissione parlamentare d'inchiesta del 2010 rilevava la necessità *«di porre un argine al fenomeno delle proroghe sistematiche della misura di sicurezza, basate su una certa dilatazione del concetto di pericolosità sociale: sovente la proroga risulta disposta non già in ragione di una condizione soggettiva di persistente pericolosità, ma per la carenza di un'adeguata offerta di strutture residenziali e riabilitative esterne»*. La misura di sicurezza come sostitutivo di strutture sociali assenti, la pericolosità come ammortizzatore sociale. Sbaglio, o qualcosa ci è sfuggito di mano?

d) Perché la modulazione su di un parametro – la pericolosità sociale – del tutto evanescente, e l'elusione del divieto di retroattività *ex art. 200 c.p.*, sottendono

¹⁹ Sul punto ampiamente, e da posizioni significativamente differenti, M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, f. 8, p. 922 ss.; F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale*, cit., p. 15 ss. Va peraltro rilevato come la Corte Costituzionale debba pronunciarsi circa la legittimità della neo-introdotta disciplina. In proposito, cfr. [Tribunale di Sorveglianza di Messina, ordinanza del 16 luglio 2014](#), in *questa Rivista*, 14 novembre 2014, con nota di [R. BIANCHETTI, Sollevata questione di legittimità costituzionale in merito ai nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale del seminfermo di mente](#).

²⁰ Per tutti, G. KAISER, *Befinden sich die kriminalrechtlichen Massregeln in der Krise?*, Heidelberg, 1990, p. 14 ss. Cfr. anche A. MANNA, *Imputabilità, pericolosità, misure di sicurezza: verso quale riforma?*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1426 ss.; D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, Napoli, 1996, p. 294 s.; [M.T. COLLICA, La crisi del concetto di autore](#), cit., p. 6 ss. Per un complessivo ripensamento della categoria della pericolosità sociale, cfr. F. GIUNTA, *Verso una nuova pericolosità sociale (perennemente in cerca d'autore)*, in *Cultura e diritti*, 2012, 3, p. 93 ss.; M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 459 ss.

²¹ Corte Suprema degli Stati Uniti, [Jacobellis v. Ohio](#), 378 U.S. 184 (1964). *Concurring opinion* del giudice Stewart: *"I have reached the conclusion [...] that under the First and Fourteenth Amendments criminal laws in this area are constitutionally limited to hard-core pornography. I shall not today attempt further to define the kinds of material. I understand to be embraced within that shorthand description; and perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. But I know it when I see it"*.

plausibili limiti di legittimità, limiti già gravi, ma assolutamente intollerabili fintanto che si accompagnavano alla mancata individuazione del massimo di durata e a una compressione della libertà personale svincolata da qualsiasi riferimento alla gravità del fatto realizzato.

Se è dunque alle modifiche introdotte sul punto dalla l. 81/2014 che si dovrà ora dedicare attenzione, va comunque detto che, per l'esperienza sinora maturata, *la misura di sicurezza a carattere custodiale ha finito per costituire null'altro che una pena detentiva a legalità limitata*, in cui la dimensione terapeutica, educativa, rieducativo-trattamentale, si è dispersa nelle esigenze, vere o presunte, della difesa sociale.

In altre parole, rompendo così un pur rassicurante tabù, si può senz'altro dire che, nel nostro ordinamento, l'infermo di mente autore di reato, se socialmente pericoloso, **viene punito**, e finora è stato – frequentemente – punito in modo più grave di quanto non sia accaduto per i soggetti sani.

Certo, un intervento *stricto* o *lato sensu* punitivo, a tempo indeterminato, parametrato su di un concetto totalmente incerto, indifferente alla gravità di quanto realizzato, operato in un luogo pressoché indifendibile, nell'erosione dei principi di offensività, colpevolezza, proporzione, uguaglianza, e umanità della pena, travolgeva lo stesso modello identitario – e legittimamente fondante – del diritto penale del fatto in uno stato democratico.

Non c'è dubbio, in effetti, che le recenti riforme introdotte in materia abbiano modificato le complessive coordinate di riferimento, e da plurime prospettive. Perché se il "luogo" acquista una sua identità terapeutica, e la durata della misura non è più svincolata dal fatto e dalla sua gravità, alcune delle considerazioni sin qui svolte devono essere, quantomeno in parte, ripensate.

4. La l. 81/2014. Le misure di sicurezza detentive tra sussidiarietà e limite di durata.

Per quanto introdotte in modo strano e, in taluni aspetti fondamentali, senza alcun preavviso – e dunque senza un compiuto dibattito alle spalle o un consapevole approfondimento delle implicazioni che ne conseguono –, le modifiche apportate sono estremamente rilevanti.

La l. 81/2014, legge di conversione del decreto 31 marzo 2014, n. 52, costituiva infatti l'ennesimo provvedimento di proroga alla chiusura degli OPG²². Sennonché, e direi inaspettatamente, viene approvato in aula un emendamento, presentato dai deputati del PD Manconi e Lo Giudice, che ha un impatto fortissimo sulla disciplina degli istituti di cui ci stiamo occupando, limitandone l'*an*, ma soprattutto il *quantum*.

Dalla prima prospettiva, quella dell'*an*, viene sancito il principio della natura sussidiaria delle misure di sicurezza della Casa di cura e di custodia e dell'Ospedale psichiatrico giudiziario, portando in tal modo a compimento la strada tracciata dalla Corte Costituzionale con le note sentenze nn. 253/2003 e 367/2004. In particolare, la

²² Per una ricostruzione dell'iter normativo che precede la l. 81/2014, v. [P. Di Nicola, La chiusura degli opg: un'occasione mancata](#), in *questa Rivista*, 13 marzo 2015, p. 4 ss.

prima di esse, dichiarando la parziale illegittimità dell'art. 222 c.p., rilevava come «*le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente*». E l'OPG, un danno alla salute del paziente frequentemente lo recava. Traggo, a campione, dalla relazione del 2011 della ricordata Commissione parlamentare: a Barcellona Pozzo di Gotto si avverte ovunque «*un lezzo nauseabondo per la presumibile presenza di urine sia sul pavimento sia sugli effetti lettereschi*»; a Montelupo Fiorentino: servizi igienici «*luridi, con urine sul pavimento e cattivo odore che si avverte in molti ambienti*»; a Reggio Emilia: «*inesistenza di attività educative o ricreative e sensazione di completo e disumano abbandono*»; ancora a Reggio Emilia ma anche a Barcellona Pozzo di Gotto: «*contenzione di persone nude, legate a letti, anche metallici, con strette legature a mani e piedi, che impediscono ogni movimento*». Si potrebbe – purtroppo – continuare.

Fatto sta che la l. 81/2014 stabilisce, nella prima parte della lett. b) del primo comma dell'art. 1, che «*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*».

La sussidiarietà gioca peraltro un ruolo anche in relazione al *riesame della pericolosità*. Il nuovo comma 1-ter dell'art. 8, l. n. 9/2012 – cui non credo debba riservarsi un ruolo da svolgere solo nella fase di transizione²³ –, stabilisce infatti, a integrazione del disposto dell'art. 208 c.p., che l'applicazione delle misure di sicurezza dell'OPG e della CCC possa essere protratta solo a condizione che siano indicate le ragioni della eccezionalità e della *transitorietà* del ricovero.

Sugli OPG, in particolare sulla loro “chiusura”, ritornerò a breve. Quel che mi interessa per il momento rilevare è che nella riforma del 2014 ritroviamo un altro aspetto di eccezionale rilevanza, ovvero la posizione di un limite di durata per le misure di sicurezza personali detentive, e dunque per gli OPG, le CCC, le CDL, le CA. Qualche dubbio per quanto attiene al RG, che ha in qualche modo smarrito il suo originario carattere custodiale. Riterrei, comunque, che il limite vada applicato anche a tale misura.

Dopo la riforma, dicevamo, il tempo di applicazione, pur continuando ad essere modulato sul paradigma della pericolosità – con tutte le perplessità che ciò ancora comporta²⁴ –, viene nel contempo sottoposto a un limite di durata, corrispondente al massimo edittale previsto per il fatto di reato realizzato dal soggetto. Più esattamente, il nuovo art. 8, comma 1-quater l. n. 9/2012 dispone che «*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*»²⁵.

²³ Nello stesso senso, M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga*, cit., p. 926 s.

²⁴ Sul punto v. 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, p. 98 s.

²⁵ Cfr. F. FIORENTIN, *La riforma sceglie tre linee guida per coniugare salute del reo e libertà personale*, in *Guida dir.*, 21 giugno 2014, n. 26, p. 19 ss.

Possiamo ragionare su questa disposizione muovendo da prospettive differenti. Quantomeno, per circoscrivere il campo, da una prospettiva di ordine tecnico-applicativo, e da una più propriamente politico-criminale.

In relazione alla prima, alcuni rilievi: la norma ha, evidentemente, portata retroattiva ai sensi dell'art. 200, comma 2, c.p., con tutto ciò che ne consegue in tema di necessaria disapplicazione della misura precedentemente disposta. Se il soggetto ha realizzato un fatto punito con l'ergastolo, la disciplina previgente non muta. Negli altri casi, il limite di applicazione andrà individuato nel massimo edittale. Facendo tuttavia la disposizione riferimento all'art. 278 c.p.p. – norma originariamente destinata alla sola determinazione della durata massima delle misure cautelari –, tale limite, riguardo alle circostanze eventualmente presenti, andrà rimodulato, ma soltanto in relazione alle ipotesi di cui agli artt. 61, n. 5 (*minorata difesa*) e 62 n. 4 c.p. (*speciale tenuità del danno nei reati contro il patrimonio*), nonché alle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e a quelle ad effetto speciale. Ai sensi dell'art. 278, non si avrà riguardo né alla recidiva né alla continuazione. Nel calcolo del termine massimo della misura di sicurezza dovrà prendersi in considerazione soltanto il periodo di effettiva esecuzione della stessa. Qualora vi siano intervalli con applicazione di misure di sicurezza non detentive, tali periodi non dovranno essere computati. Si dovrà invece tener conto del periodo trascorso a seguito di applicazione provvisoria della misura²⁶.

In effetti, non può non rilevarsi come il riferimento all'art. 278 c.p.p. crei alcuni problemi di ordine interpretativo, problemi tendenzialmente da risolvere facendo riferimento alla prassi, ma si tratta pur sempre di una prassi consolidata *in materia di misure cautelari*, e dunque non necessariamente in piena sintonia con la *ratio* delle misure di sicurezza.

Per quanto attiene alla recidiva (che qui, muovendoci in un terreno pur sempre presidiato dalla pericolosità, avrebbe potuto finalmente “*giocare in casa*”), va detto che non può essere presa in considerazione neanche nelle ipotesi qualificate in cui avrebbe potuto, in astratto, essere chiamata in causa quale aggravante ad effetto speciale. L'art. 278, come hanno rilevato anche le SS.UU.²⁷, non apre infatti alcun possibile spazio in tal senso. Nel contempo, appare corretto ritenere – anche qui, peraltro, ci soccorre una decisione delle SS.UU.²⁸ – che, nel caso di concorso di più aggravanti ad effetto speciale, per la determinazione del limite si possa operare l'ulteriore aumento previsto dall'art. 63, quarto comma, c.p.

Per quanto attiene alla continuazione, va detto subito che l'esclusione di cui all'art. 278 c.p.p. è da intendersi *in bonam partem*. Qualora ve ne siano gli estremi, appare dunque corretto individuare il limite per l'applicazione della misura nel massimo edittale previsto per la violazione più grave, senza procedere ad alcun ulteriore aumento, in un'ottica di assorbimento che peraltro appartiene alla complessiva disciplina delle misure di sicurezza – e penso ad esempio all'ipotesi di cui

²⁶ V. F. FIORENTIN, *La riforma*, cit., p. 25.

²⁷ Cass., sez. un., 24 febbraio 2011, n. 20798.

²⁸ Cass., sez. un., 27 novembre 2014, (informazione provvisoria).

all'art. 209 c.p. in tema di *persona giudicata per più fatti*. Proprio tale fattispecie, tuttavia, solleva dei dubbi circa l'individuazione del termine massimo di applicazione della misura. Il concorso di reati non è richiamato infatti, e dunque neanche eccepito, dall'art. 278 c.p.p., e dunque dovrebbe seguire la normale disciplina di cui agli artt. 80 e 81 primo comma c.p., con conseguente individuazione del limite massimo di applicazione della misura attraverso il ricorso ai criteri del cumulo materiale per il concorso materiale e del cumulo giuridico per il concorso formale. Quest'ultima ipotesi, tuttavia, pone problemi peculiari, vuoi per l'intrinseca difficoltà di operare in termini di commisurazione per il fatto realizzato dall'infermo di mente, difficoltà che plausibilmente condurrebbe a rileggere l'aumento *fino* al triplo come aumento *del* triplo, fermo restando l'intrinseco limite consistente nell'esito di un cumulo materiale comunque non oltrepassabile –, vuoi per l'assenza di qualsiasi riconoscibile motivazione razionale in grado di sorreggere la scelta di prevedere per il concorso formale un regime molto più rigoroso di quello predisposto per il reato continuato, con conseguenti dubbi di legittimità *ex art. 3 Cost.* Dubbi che potrebbero, in effetti, condurre a seguire un'altra via, ovvero estendere analogicamente l'assorbimento previsto dall'art. 209 c.p. – *nel caso di più fatti è applicata una sola misura di sicurezza* – anche alla durata massima della stessa, e dunque non operare il cumulo, ma far coincidere il limite massimo di applicazione con il massimo edittale predisposto per il reato più grave²⁹. In quanto analogia favorevole, non vi sarebbe preclusione, anche se non può sottacersi l'esistenza di qualche perplessità circa l'effettiva presenza dell'identità di *ratio*.

Mutando prospettiva, e dunque ponendoci in un'ottica essenzialmente politico-criminale, va detto che il sistema prescelto non sembra avere effettivi precedenti in altri modelli ordinamentali. Certamente non in quello spagnolo, incongruamente richiamato nei lavori preparatori. In quell'ordinamento, infatti, l'art. 103 c.p. prevede che il giudice stabilisca un limite massimo di applicazione della misura corrispondente alla durata della pena che avrebbe inflitto se si fosse trattato di un soggetto imputabile³⁰. Non il massimo edittale, dunque. Si tratta di una soluzione probabilmente peggiore di quella prescelta dal legislatore italiano, perché implica una commisurazione modulata su di un soggetto diverso da quello reale, e dunque una sorta di ossimoro perché, in realtà, non individualizzata. Se l'agente fosse stato sano, quel reato, forse, non lo avrebbe neanche commesso. La soluzione introdotta nel nostro Paese ha invece una sua congruità razionale.

Ci convince? Si poteva fare di meglio? E' evidente che ci sono pro e contro. D'altronde, quel che è certo è che non si poteva continuare con una privazione della libertà personale, anche eterna, svincolata da tutto se non da un parametro – la

²⁹ Conf., M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga*, cit., p. 928. Di diverso avviso, per l'applicabilità del cumulo giuridico, G.L. 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 questa Rivista, 6 giugno 2014.

³⁰ La seconda parte del primo comma della disposizione stabilisce, infatti, che *“el internamento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable y, a tal efecto, el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo”*.

pericolosità – totalmente incerto e arbitrario. Riporto, a campione, casi tratti dalla relazione della Commissione parlamentare d’inchiesta: a Reggio Emilia, una persona internata da 22 anni per una rissa, a Barcellona da 18 anni per una rapina di 7000 lire. Un altro da 25 anni perché fermato davanti a una scuola vestito da donna. In un diritto penale del fatto, legittimato da certezza, uguaglianza, proporzione, legalità, colpevolezza, rieducazione, non potevano esistere pene travestite da altro, e travestite anche male, che sottendevano la violazione di tutto quello su cui si fonda un diritto penale democratico. Certo, alcune persone pericolose ora vengono rimesse in libertà, e dunque si paga un prezzo in termini di controllo sociale³¹, ma è una valuta meno pregiata di quanto non lo sia il rispetto dei principi che presidiano la libertà personale in uno stato di diritto.

E’ una soluzione opportuna? Credo di sì, ma non lo so per certo. Quello di cui sono invece convinto è che si tratta di una soluzione in qualche modo doverosa. Mi spiego meglio. E’ opportuno tenere aperti Abu Ghraib e Guantanamo per combattere il terrorismo? Non lo so, potrebbe anche essere. E’ opportuna la tortura per assicurarsi informazioni di grande importanza? Forse sì. Ma non è questo il punto. Il fatto è che uno stato democratico, e proprio in ragione del suo specifico differenziale rispetto a uno stato autoritario, non è in alcun modo legittimato a fare nulla di tutto ciò.

Per chi ritenesse eccessivo – e fuori luogo – il riferimento alla tortura, valga ricordare che un rapporto del 2010 del *Comitato prevenzione tortura* del Consiglio d’Europa, recatosi a ispezionare nel 2008 gli OPG di Napoli e di Aversa, concludesse – *per la durata, le condizioni di semi-abbandono dei ristretti e la sporadicità del controllo medico, l’ampio uso di farmaci e la frequente utilizzazione dei letti di contenzione, anche per nove, dieci giorni consecutivi* – con il riscontro della lesione pressoché sistematica dei diritti fondamentali della persona, attraverso la costante pratica di trattamenti *inumani e degradanti*³².

Certo, il prezzo da pagare in termini di controllo e di difesa sociale sarà maggiore se non si riuscirà a predisporre sul territorio adeguate strutture di accoglienza e di sostegno, se i piani terapeutici non avranno alcun seguito, se i Dipartimenti di igiene mentale verranno meno, e non necessariamente per cause a loro addebitabili: scarse risorse, scarso personale, blocco del *turn-over*, e così via. Tutti problemi che andavano affrontati e risolti prima. Non lo si è fatto, d’accordo. Ma far pagare agli infermi l’incapacità dello Stato di gestire i problemi sociali, questo no, non si può fare³³.

Cosa invece si può, si deve, fare nel momento in cui scade il termine massimo di applicazione della misura? La stessa, evidentemente, va revocata. Nel contempo direi che non vi sono reali ostacoli normativi al disporre, anche contestualmente, l’applicazione di una misura non detentiva, ma non presso strutture chiuse – case di cura convenzionate, comunità terapeutiche, etc. –, cosa che determinerebbe una

³¹ Cfr., ad es., Tribunale di Roma, 3 giugno 2014, in *questa Rivista*, 16 giugno 2014, con nota di [G.L. GATTA, Revoca del ricovero in OPG per decorso della durata massima: un primo provvedimento.](#)

³² Per consultare il Rapporto [clicca qui](#).

³³ Al contrario estremamente critica, con peculiare riferimento ai limiti della riforma in termini di controllo sociale, [P. DI NICOLA, Prime riflessioni su chiusura OPG](#), in [www.questionegiustizia.it](#).

evidente, illegittima, elusione del dettato normativo. E' la stessa Corte di Cassazione, peraltro, ad aver ritenuto che la cd. "*libertà vigilata terapeutica*", con assegnazione a strutture residenziali di tipo custodiale-contenitivo diverse dagli OPG e dalle CCC violi il principio di legalità delle misure di sicurezza³⁴.

Né sarà evidentemente possibile una ulteriore riconversione della libertà vigilata in misura detentiva, quand'anche il soggetto mostrasse *una nuova pericolosità* ai sensi del terzo comma dell'art. 232 c.p.³⁵ La soluzione maggiormente virtuosa consisterebbe nel coinvolgere Dipartimenti di igiene mentale e strutture "aperte" presenti sul territorio. D'altronde, l'art. 1-ter della l. n. 81/2014 prevede la predisposizione di percorsi terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione da operare sulla base di programmi predisposti d'intesa tra i competenti dipartimenti e i servizi di salute mentale regionali. Ma il punto, lo dicevamo, è che strutture "aperte" adeguate – in gran parte del Paese, soprattutto nel meridione – non ci sono, e che gli stessi Dipartimenti di igiene mentale non saranno plausibilmente in grado di far fronte a tale coinvolgimento. Né la risposta "istituzionale" possono essere le famiglie che, se ci sono, comunque non sono in grado di farcela. Rischi per la difesa sociale, dicevamo; ma a questo punto anche per la persona "dimessa". Dove andrà, cosa farà, dove dormirà, come mangerà, chi più la curerà? Perché non basta dover predisporre *percorsi terapeutico-riabilitativi* se non c'è nessuno che provveda alla loro attuazione.

Diversamente, se il termine massimo non è scaduto e vi è ancora pericolosità sociale, dovrà disporsi la traslazione dagli OPG alle REMS. D'accordo. Ma se le REMS non ci sono – e sul punto, inevitabilmente, ritornerò – cosa si fa? In effetti, ciò che desta reali perplessità, anche gravi, nella riforma, non è la posizione del limite massimo di durata per le misure di sicurezza, non – evidentemente – la chiusura degli OPG, quanto la fragilità del territorio e del tessuto sociale, ma anche di quello istituzionale, la loro assoluta inadeguatezza a reggere il peso della riforma³⁶. Nel contempo, mutando prospettiva, l'altro vero limite consiste nel fatto che il sistema continui a essere modulato sul binomio misure di sicurezza/pericolosità sociale, senza essere stato in grado di ridefinire i suoi parametri – come invece si prospettava nei progetti di riforma del codice penale Grosso del 2001³⁷ e Pisapia del 2007³⁸ – in termini di interventi a

³⁴ Cass., 8 gennaio 2010, n. 9656.

³⁵ Cfr. M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga*, cit., p. 929.

³⁶ Sul punto cfr. i rilievi – in taluni casi, a mio avviso, eccessivamente critici – di [P. DI NICOLA, La chiusura degli opg](#), cit., p. 8 ss.

³⁷ In particolare, l'art. 96 – *Misure di sicurezza e riabilitative* – disponeva: "*Misure di sicurezza e riabilitative possono essere applicate, in conformità alle disposizioni di questo capo, agli autori di delitto, che siano stati prosciolti perché non imputabili, quando la misura risponda a un bisogno di trattamento e di controllo, determinato dal persistere delle condizioni di incapacità che hanno dato causa al delitto. Le misure non possono comportare restrizioni sproporzionate rispetto alla gravità del fatto. Non si fa luogo alla applicazione di una misura, e la misura applicata viene revocata, quando la sua finalità possa essere efficacemente perseguita con strumenti di carattere non penalistico*". Il successivo art. 97 – *Misure per i non imputabili per infermità o altro grave disturbo della personalità* –, integrava la disciplina stabilendo che "*Nei confronti dell'autore, non imputabile per infermità o altro grave disturbo della personalità, o per ubriachezza abituale o intossicazione abituale da sostanze stupefacenti, possono essere applicate, alle condizioni di cui all'articolo 96, le seguenti misure: a) ricovero in una struttura con finalità terapeutiche o di disintossicazione; b) obbligo di sottoporsi ad un trattamento ambulatoriale presso strutture sanitarie; c) obbligo di sottoporsi a visita periodica presso strutture sanitarie o di presentazione periodica ai servizi*

carattere terapeutico modulati sul parametro della “necessità di cure”³⁹. Ancora pericolosità e infermità di mente, dunque. E anche quest’ultima pone problemi.

5. Sulla vaghezza del concetto di infermità mentale.

Come ben sappiamo, infatti, non è particolarmente chiaro quale sia il paradigma di infermità mentale rilevante per il sistema penale, e dunque quali siano le tipologie di soggetti destinatari delle risposte ordinamentali di cui ci stiamo occupando. In effetti, il concetto di infermità di mente risulta – allo stato – decisamente vago.

Se il legislatore del ’30 aveva infatti assunto a implicito riferimento gli schemi della prima psichiatria nosografica, muovendosi sul presupposto strettamente organicistico che la malattia di mente in altro non consistesse che in una lesione organica del sistema nervoso centrale, non v’è dubbio che tale opzione, e le sue apparenti certezze, siano state successivamente travolte dalla diffusione del pensiero freudiano. Ma tutto ciò non ha determinato l’affermazione di un nuovo, riconoscibile, modello di infermità mentale: di fronte agli sfumati contorni dell’inconscio, la psichiatria è venuta infatti a trasformarsi in una serie di teorie e tecniche frequentemente estranee e critiche tra loro. Tutto questo ha determinato un problema di assoluta gravità per il sistema penale, al punto che la condanna o il proscioglimento dell’imputato, l’applicazione o meno delle misure di cui ci stiamo occupando – già fragilizzata dalla nebulosità scientifica della prognosi di pericolosità –, hanno finito

sociali. Le misure possono essere disposte soltanto se è stato commesso un delitto doloso o colposo contro la persona o contro la incolumità pubblica, o un delitto contro il patrimonio, per il quale sia prevista la pena della reclusione. Le misure vengono eseguite preferibilmente presso strutture facenti parte del normale circuito assistenziale. Può essere disposto il ricovero in una struttura chiusa soltanto se vi sia concreto pericolo che il soggetto, in assenza di una di tale misura, commetta un delitto doloso o colposo contro la vita, la integrità fisica, la libertà personale, la libertà sessuale o l’incolumità pubblica, o comunque con violenza o minaccia contro la persona”.

³⁸ Art. 21 – Imputabilità – “[...] d) siano considerate cause di esclusione dell’imputabilità: l’infermità, i gravi disturbi della personalità, la cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti, se rilevanti rispetto al fatto commesso; e) sia esclusa ogni presunzione di imputabilità, definendo i limiti in cui l’incapace di intendere o di volere per ubriachezza o stupefazione risponda per il fatto commesso per l’essersi posto colpevolmente nelle condizioni predette; f) nei casi in cui l’agente non abbia la capacità di intendere o di volere sia applicata una misura di cura e di controllo; g) le misure di cura e di controllo siano applicate tenendo conto della necessità della cura; che la loro durata non possa superare quella della pena che si applicherebbe all’agente imputabile; h) la durata massima della misura di cura e di controllo determinata dal giudice non possa comunque superare il limite massimo di durata della pena edittale prevista per il reato contestato; i) l’esecuzione della misura di cura e di controllo venga interrotta quando non risulti più necessaria a fini riabilitativi. 2. Prevedere per i non imputabili le seguenti misure di cura e di controllo, eventualmente applicabili in via alternativa o graduata: a) ricovero in strutture terapeutiche protette o in strutture con finalità di disintossicazione; b) ricovero in comunità terapeutiche; c) libertà vigilata associata a trattamento terapeutico; d) obbligo di presentazione, eventualmente associata a trattamento terapeutico; e) affidamento a servizi socio-sanitari; f) svolgimento di una attività lavorativa o di una attività in favore della collettività. 3. Prevedere che il giudice possa sempre disporre una misura: a) meno restrittiva conforme al buon andamento del percorso riabilitativo; b) più restrittiva in caso di violazione delle prescrizioni”.

³⁹ Per la correttezza di tale soluzione, A. MANNA, *Sull’“abolizione” degli ospedali psichiatrici giudiziari: pericolosità sociale o bisogno di terapia?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1329 ss.

non di rado per dipendere dalla scuola seguita dal perito psichiatra nominato dal giudice⁴⁰.

In proposito, come è noto, le Sezioni unite della Cassazione⁴¹ hanno ritenuto che il concetto di infermità di mente rilevante per il sistema penale debba essere inteso in modo estremamente ampio, sì da ricomprendere anche i meri disturbi della personalità, per quanto atipici. Soluzione, questa, decisamente problematica se si pone attenzione al fatto che quello di *disturbo della personalità* è un paradigma decisamente fluido. Basti pensare che il DSM-5 (*Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali*) lo definisce come «*un modello di esperienza interiore e di comportamento che devia marcatamente dalle aspettative relative alla cultura dell'individuo*». Il timore che ne segue, in termini di legittimità, non attiene – evidentemente – alla possibilità di un proscioglimento non del tutto convincente, quanto al fatto che tale quadro esistenziale, unito alla estemporaneità della prognosi di pericolosità, possa giustificare l'applicazione di misure di sicurezza compressive della libertà personale. Diciamo meglio: tutto ciò era assolutamente intollerabile in un quadro normativo incentrato sull'indeterminatezza del limite massimo di applicazione della misura, e su di un quadro fenomenologico caratterizzato dalla indifendibile presenza degli OPG, ma – sia pur in parte sdrammatizzato – resta indiscutibilmente ancora oggi un problema.

Comunque, del venir meno dell'indeterminatezza temporale delle misure, si è detto. Sulla chiusura degli OPG, si impongono alcune – veloci, e conclusive – valutazioni.

6. Il tempo sospeso. Tra REMS che non aprono e OPG che non chiudono.

Non si possono che salutare con soddisfazione la chiusura degli OPG e la contestuale istituzione delle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, operate ai sensi delle leggi nn. 9 del 2012, 57 del 2013 e 81 del 2014, ma in proposito va preliminarmente rilevato come il sistema di riferimento si connota per una profonda ambiguità, già sul piano, per così dire, identitario: scompaiono infatti gli OPG, ma rimane la misura di sicurezza del *ricovero in OPG*; nelle REMS la polizia non c'è, ma tuttavia c'è (o dovrebbe esserci), sia pur perimetrale, e, soprattutto, si tratta pur sempre di una misura di sicurezza fondata sul logoro binomio infermità di mente/pericolosità sociale, al punto che l'opzione *lato sensu* custodiale, con tutti i suoi effetti – quanto meno – stigmatizzanti, rischia seriamente di rimanere inalterata. Non a caso c'è chi ha paventato il rischio che tutto si disperda in una semplice operazione di immagine, in un *maquillage* mediaticamente accattivante, e che alla fine ci troveremo al cospetto di tanti piccoli OPG a più marcata collocazione territoriale⁴².

⁴⁰ Sulla complessiva problematica, v. M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990. Cfr. anche G. BALBI, *Infermità di mente e imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 844 ss.; M.T. COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007, p. 41 ss.

⁴¹ Cass., sez. un., 8 marzo 2005, n. 9163.

⁴² Per la definizione delle REMS quali "neo strutture manicomiali", v., ad es., [S. CECCONI, G. DEL GIUDICE, P. GONNELLA, Chiusura Ospedali Psichiatrici Giudiziari: superare ritardi e incongruenze](#), in [www.stopopg.it](#). Ma di

La critica, forse, è eccessivamente ingenerosa, perché sul piano strutturale – e dunque funzionale – le modifiche previste sono radicali, e nel contempo apprezzabilissime. Il rapporto tra struttura e funzione è qui infatti inscindibile: se più non si tratta di una specie di carcere malamente camuffato, ma di un istituto orientato a istanze essenzialmente terapeutiche, ecco che lo stesso baricentro funzionale della misura si sposta dal controllo sociale alla risocializzazione. E, in effetti, dall'allegato A) al Decr. Min. Sanità del 1/10/2012 traiamo in proposito indicazioni decisamente incoraggianti: ogni struttura, destinata al massimo a venti internati, deve possedere adeguati spazi verdi esterni. Le camere essere singole o doppie, solo eccezionalmente quadruple, ciascuna con bagno separato con doccia, con arredi e attrezzature tali da garantire "sicurezza, decoro e comfort"; all'interno, una serie di locali di servizio comune (cucina, dispensa, lavanderia, guardaroba, locale soggiorno/pranzo, e uno per le attività lavorative), locali per le attività sanitarie (uno per le visite mediche; uno per le riunioni di *équipe*, uno per le attività di gruppo, uno per colloqui e consultazioni psicologico/psichiatriche). Devono nel contempo venire predisposti peculiari programmi terapeutico-riabilitativi e di inclusione sociale. Per i 20 pazienti sono poi previsti, tutti rigorosamente a tempo pieno, 12 infermieri, 6 operatori socio-sanitari, 2 medici psichiatri (con reperibilità notturna e festiva), 1 educatore o tecnico di riabilitazione psichiatrica, 1 assistente sociale.

Tutto molto accattivante, in effetti, ma nel contempo – in un Paese come il nostro – decisamente improbabile.

In effetti, il Paese non è affatto pronto. Ci sono molte regioni in fortissimo ritardo, su tutte Veneto, Piemonte, Calabria e Liguria, soprattutto il Veneto che addirittura è stato commissariato. Alcune regioni stanno chiedendo "ospitalità" ad altre: dal Molise si andrà in Abruzzo, dall'Umbria alla Toscana, e così via – ma qui stiamo parlando di esseri umani, non di pacchi da collocare qui e là; in alcuni casi le regioni si sono rivolte a strutture private accreditate, venendosi in tal modo a creare, peraltro, un discreto *business*. Castiglione dello Stiviere si trasforma in REMS⁴³. In Toscana, addirittura, si era prospettata l'eventualità di convertire in REMS un'ala del carcere di Sollicciano, con l'inquietante conseguenza che in tal modo non si sarebbe passati dagli OPG alle REMS, ma dagli OPG al carcere. Le REMS che stanno partendo, comunque, sono tendenzialmente a carattere temporaneo, e dunque non conformi al modello normativo. Nel contempo si stanno manifestando problemi enormi di sicurezza, interni (a chi mai spetta garantirla?) e esterni (le forze dell'ordine non stanno in alcun modo fornendo la loro disponibilità). Più in generale, gli OPG non riescono a chiudere perché non si sa dove destinare gli internati, socialmente pericolosi, per i quali non sia trascorso il limite del massimo edittale. Insomma, a fronte di un quadro normativo che chiude gli OPG e apre le REMS, i primi non chiudono e le seconde non aprono.

necessario superamento delle R.E.M.S., ad esempio, si parla anche in un recente documento di Psichiatria democratica: [Chiudere gli Ospedali Psichiatrici Giudiziari, superare le REMS: le proposte di Psichiatria Democratica per governare il cambiamento](#), in www.psichiatriademocratica.com.

⁴³ V. G. ALBERTI, [Chiudono gli ospedali psichiatrici giudiziari \(?\): la situazione e le prospettive in Lombardia](#), in *questa Rivista*, 31 marzo 2015.

Le cose, in un posto normale, non funzionano così. D'accordo, questo non è un posto normale, e allora – sempre che il temporaneo non si cronicizzi – ci vorrà del tempo. Quel che si tende tuttavia a dimenticare, in proposito – ed è ancor più vero per chi è debole, per chi è malato, per chi è ristretto – è che con il passare del tempo, passa la vita.