

MISURE DI SICUREZZA E DETENUTO PSICHIATRICO NELLA FASE DELL'ESECUZIONE

MARIA LAURA FADDA*

SOMMARIO: – Introduzione. – 1. Il quadro normativo e culturale di riferimento. – 2. Le misure di sicurezza e l'autore di reato malato psichiatrico. – 3. La valutazione del giudice e quella del perito. – 4. Il superamento degli OPG e la nuova normativa.

Abstract – *Il concetto di salute è polisenso e mutevole a seconda delle epoche storiche, delle condizioni economiche e sociali e dell'evoluzione della scienza; la consapevolezza che vi sia un rapporto inscindibile tra salute del corpo e salute della mente in quanto parti integranti dell'unicità della persona costituisce, però, acquisizione culturale generale e nozione condivisa anche dalla comunità scientifica. Tuttavia la legislazione vigente, penale e civile, disciplina diversamente la salute del corpo da quella della mente e ancora diversamente la cura dei malati psichici a seconda che siano o no autori di reato. Il principio, accolto dalla riforma Basaglia e cardine della legislazione civile e amministrativa vigente, della "volontarietà" della cura non vige per i malati psichici autori di reato. Per queste persone, qualora ritenute socialmente pericolose, la cura può essere imposta.*

A chi spetta tale valutazione di pericolosità sociale? Al medico o al giudice? Qual è l'ambito delle risposte della scienza e quello del diritto? In che modo possono dialogare il giudice e il perito?

Lo scritto si propone di offrire un contributo, anche alla luce della recente riforma volta alla dismissione degli ospedali psichiatrici giudiziari prevista dalla L. 9/2012, in ordine all'individuazione del significato attuale di pericolosità sociale, proponendo un quesito "tipo" da sottoporre al perito, di tipo descrittivo e propositivo in ordine alla tipologia di malattia e alla presa in carico del paziente, ma non valutativo in ordine alla sua pericolosità, decisione che, riguardando l'imputabilità e la responsabilità, deve ritenersi squisitamente giuridica.

* Magistrato di sorveglianza di Milano.

Introduzione.

La giurisdizione penale è composta da tre diverse fasi, le indagini, il giudizio e l'esecuzione. Nonostante ognuna presenti caratteristiche proprie e peculiari, esse risultano essenzialmente collegate tra di loro, perché medesima è la finalità che perseguono: la prevenzione della recidiva attraverso la riabilitazione dell'autore del reato.

È fondamentale cercare di favorire una cultura unitaria della giurisdizione penale, in cui tutti gli attori che vi partecipino comprendano che tanto la formazione della prova quanto l'eventuale condanna devono mirare ad assicurare – in osservanza al dettato costituzionale di cui all'art. 27 comma 3 – la finalità rieducativa. Proprio in tale contesto, peraltro, assume un ruolo emblematico la fase dell'esecuzione, come emerge «*non solo sfogliando il codice in combinato disposto con l'ordinamento penitenziario, ma vagliando – con fatica e impegno – le scelte filosofiche, architettoniche, religiose, politiche, di quel determinato periodo storico, per poi mescolarle tra loro e notare che l'intervento sulle carceri resta collegato con una serie di aree: segregazione psichiatrica, difesa della libertà di stampa, diritti dei migranti*»¹.

In particolare, diviene paradigmatica l'utilità e l'opportunità di una visione unitaria della giurisdizione penale in relazione alla commissione di un reato da parte di un malato psichiatrico. Infatti, in questi casi, è di fondamentale importanza avere chiaro il quadro della personalità dell'autore, così da poter inquadrare al meglio l'azione illecita commessa e valutare quale misura di sicurezza sia idonea a curare e prevenire il pericolo di recidiva.

In tema di misure di sicurezza, poi, la fase dell'esecuzione rappresenta il momento terminale di una sequenza in cui sono intervenuti: il pubblico ministero, che ne chiede l'applicazione provvisoria nell'immediatezza dei fatti *ex artt.* 312 c.p.p.² e 206 c.p.; il giudice, che valuta la sussistenza della capacità di intendere e di volere e individua la misura di sicurezza che ritiene opportuna nel caso specifico. La magistratura di sorveglianza, dunque, subentra ormai "a cose fatte", ossia contestualmente alla sentenza

¹ BUZZELLI S., *Il carcere tra eccessi e vuoti: troppe risposte, nessuna risposta*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

² L'articolo 312 del c.p.p., richiamando implicitamente (con l'uso della locuzione «nei casi previsti dalla legge») l'articolo 206 del codice penale, si limita a stabilire che l'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza può essere disposta dal giudice solo su richiesta del pubblico ministero, in presenza di «gravi di indizi di commissione del fatto» (e in assenza delle «condizioni previste dall'articolo 273, comma 2»).

divenuta definitiva, atteso che per i soggetti non imputabili non vi è pena alcuna da espriare. In tal senso, vengono qui in considerazione le misure di sicurezza personali detentive e dunque, in relazione alla problematica dell'autore di reato malato psichiatrico, il ricovero in casa di cura e custodia e il ricovero in OPG previsti dagli artt. 219 e 222 c.p..

In sintesi, la fase dell'esecuzione comprende ciò che attiene all'applicazione, sostituzione e revoca della misura di sicurezza disposta in sentenza, sottratta, però, alla competenza del giudice dell'esecuzione in quanto affidata al magistrato di sorveglianza *ex art. 69 o.p.*.

Secondo la vigente legislazione, la finalità della valutazione relativa all'applicazione, sostituzione, conferma o revoca della misura di sicurezza custodiale è quella di tutelare la collettività dal pericolo di recidiva e, pertanto, è richiesto alla magistratura di sorveglianza di accertare la sussistenza della pericolosità attuale dell'autore di reato malato psichiatrico. In tal senso, l'art. 202 c.p. prevede che *«Le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato. La legge penale determina i casi nei quali a persone socialmente pericolose possono essere applicate misure di sicurezza per un fatto non preveduto dalla legge come reato»* e ai sensi dell'art. 203 c.p. *«La qualità di persona pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell'art. 133»*.

1. Il quadro normativo e culturale di riferimento.

Le norme vigenti in materia di "salute mentale" sono molto diverse le une dalle altre, risultano spesso non coordinate tra loro e talora addirittura contrapposte, poiché formatesi in un processo di stratificazione che vede il codice penale del 1930, la Costituzione, alcune Convenzioni internazionali, la legge Basaglia, pronunce della giurisprudenza della CEDU, e la recente legge n. 9 del 2012.

Il codice penale italiano presuppone un concetto di salute che oggi non può più essere condivisibile, perché fondato su una drastica differenza e separazione – di derivazione illuminista – tra mente e corpo: differente è, invece, la definizione espressa dalla organizzazione Mondiale della Sanità e della Conferenza internazionale della Sanità (New York, 1946), ovvero lo *«stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia, o di infermità. Il possesso del migliore stato di sanità che si possa rag-*

giungere costituisce uno dei diritti fondamentali di ciascun essere umano, qualunque sia la sua razza, la sua religione, le sue opinioni politiche, la sua condizione economica e sociale. I governi hanno la responsabilità della sanità dei loro popoli: essi per farvi parte devono prendere le misure sanitarie e sociali appropriate».

Eppure, è ben diverso per una persona detenuta che si verifichi una malattia della mente oppure del corpo, perché ben diverse sono le conseguenze che si riverberano sull'esecuzione della pena. Infatti, il codice penale prevede la possibilità di scarcerare il condannato affetto da malattia "così grave da non rispondere più ai trattamenti sanitari disponibili e alle terapie" (art. 146 c.p.) oppure affetto da "grave infermità fisica" (art. 147 c.p.). La ratio comune di queste disposizioni è quella di salvaguardare, anche durante l'esecuzione della pena, il senso di umanità (esigenza non del tutto estranea al codice Rocco), rispondere all'esigenza di tutelare la salute del detenuto e garantire il diritto di assistenza durante la malattia da parte dei propri congiunti.

Il legislatore ha ritenuto, pertanto, contrario al senso di umanità far rimanere in carcere persone nei cui confronti le cure mediche siano inutili, ovvero che si trovino in uno stadio troppo avanzato della malattia o che siano afflitte da patologie così gravi da rendere vana la finalità rieducativa della pena. Il differimento della pena, però, è previsto come rimedio residuale o di chiusura del sistema, soltanto quando si verifica una malattia che colpisca l'integrità del corpo ed è in questa ipotesi che il magistrato di sorveglianza è chiamato a fare una valutazione caso per caso, procedendo alla comparazione tra le esigenze, parimenti tutelate, di salvaguardare il diritto alla salute e di garantire che le pene inflitte vengano eseguite al fine di tutelare la collettività dal pericolo di recidiva.

Tra le varie ipotesi che possono essere considerate vi è anche la possibilità di applicare la detenzione domiciliare anziché la scarcerazione *tout court*, misura custodiale meno afflittiva prevista per necessità umanitarie e di cura all'art. 47-ter comma 1-ter o.p., svincolata da qualsiasi limite di pena ed applicabile pure ai condannati all'ergastolo.

Del tutto diversamente succede nel caso di sopravvenienza, durante l'esecuzione di una pena detentiva, di una malattia psichica, poiché in questo caso, ai sensi dell'art. 148 c.p., è imposto al magistrato di sorveglianza di far entrare il condannato in ospedale psichiatrico giudiziario.

Perché non si ritiene contrario al senso di umanità far permanere il malato psichico in una struttura custodiale come l'ospe-

dale psichiatrico giudiziario? Perché non è invece consentito di fare la medesima valutazione caso per caso, bilanciando tra esigenze di sicurezza e diritto alla cura che è stata prevista dal legislatore solo per il detenuto affetto da grave infermità fisica?

La ragione è sostanzialmente rinvenibile nell'opinione, diffusa nella cultura psichiatrica degli anni '30, ossia al tempo in cui sono state dettate queste norme: la malattia del corpo riduce la pericolosità, ma quella della mente la aumenta a causa dell'imprevedibilità (caratteristica tipica della "follia") del gesto violento e pertanto non vi è necessità di introdurre normativamente una delibazione della magistratura per stabilire se in punto di fatto, caso per caso, tale pericolo sussista. Secondo quel legislatore la malattia mentale equivale a pericolosità.

In tale prospettiva non c'è bisogno di esaminare il caso concreto, perché la collettività è tutelabile solo con l'internamento del reo-folle, pertanto risulta inutile considerare l'ipotesi di concedere una detenzione domiciliare, come misura a custodia attenuata sufficiente a garantire la collettività dal pericolo di recidiva. Quindi, secondo il dettato normativo, la detenzione domiciliare per motivi di salute *ex art. 47-ter* comma 1-*ter* o.p. può essere concessa senza limiti di pena espianda, anche all'ergastolano o a chi ha commesso gravi reati (previa verifica della sua idoneità a contenere la pericolosità sociale residua), ma non al reo-folle.

Ciò premesso, può, dunque, agevolmente concludersi che la precipua finalità della normativa sia, nel disegno originario del legislatore, la tutela sociale e, soltanto in via subordinata, la cura.

Peraltro, la normativa penale del 1930 contrasta anche con le norme assistenziali e terapeutiche emesse a partire dalla fine degli anni '70, che individuano il malato mentale come titolare di una serie di diritti di rilevanza tale da imporre limitazioni alla potestà coercitiva dello Stato nei suoi confronti. Infatti, la normativa civilistica pone al centro l'individuo e la cura dovutagli, strettamente connessa al principio volontaristico nonché di autodeterminazione riconosciuti in ambito sanitario, nonché espressione dell'art. 32 Cost. e di numerose fonti internazionali, tra cui la Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina (c.d. Convenzione di Oviedo, del 4-4-1997 e ratificata con L. 28-3-2001 n. 145)³. Coesistono così nel nostro ordinamento due sistemi normativi diversi e paralleli che si occupano del malato psichico, a seconda che que-

³ VECCHIONE D., Relazione tenuta al corso organizzato dal CSM 19 settembre 2011.

sta persona abbia commesso un reato, oppure sia un cittadino libero che non ha commesso reati.

L'unico provvedimento coercitivo previsto nel primo caso è il T.S.O., con carattere eccezionale, di natura amministrativo-sanitaria e non più di polizia. La sua formazione procedimentale è piuttosto complessa in quanto prevede l'intervento congiunto dell'autorità sanitaria, che fa la proposta e la convalida, dell'autorità amministrativa (il sindaco), e di quella giudiziaria (il giudice tutelare); inoltre, è impugnabile dall'interessato o da chiunque ne abbia interesse. Il principio ispiratore non è la tutela dell'ordine pubblico – come per le misure di sicurezza previste dal c.p. – ma la migliore tutela di colui che non è in grado di rendersi conto della necessità di curarsi, che necessita di trattamenti sanitari urgenti, e che rifiuta il trattamento.

Peraltro, la L. 180 non tratta mai la problematica della contenzione fisica, anche se ad essa si fa ricorso, per lo più appellandosi all'art. 54 c.p.⁴.

La legislazione civile, dunque, ha abolito il concetto di pericolosità che prima dell'entrata in vigore della L. 180 era insito in quello di malattia mentale, trasformando così la cura da custodialistica-coercitiva a terapeutica-riabilitativa.

Risultano, pertanto, evidenti all'interno di un siffatto sistema penale le istanze di difesa sociale, mentre non si colgono quelle di tipo terapeutico-riabilitativo. Il folle era considerato incurabile, pericoloso, irresponsabile e quindi da isolare dalla società e da rinchiudere, spesso per sempre, in un'istituzione manicomiale. L'OPG è diventato proprio la fusione del carcere e del manicomio, con la finalità di preservare la collettività dal pericolo di recidiva del "reo-folle", senza considerare la possibilità di curare il paziente.

⁴ Secondo una ricerca commissionata dall'Istituto Superiore di Sanità nel 2001 e relativa alle contenzioni effettuate a livello nazionale, risulta che ben l'80% dei 289 S.P.D.C. censiti ha praticato almeno una contenzione con mezzi meccanici. L'analisi di un campione casuale di 112 servizi per un periodo di osservazione di due settimane ha consentito di appurare che la contenzione meccanica è stata usata nel 46% dei servizi; sono stati "contenuti" almeno una volta 101 pazienti, corrispondenti all'8% della coorte osservata per motivi variabili. In 19 casi è stato il comportamento violento del paziente, in 28 casi un comportamento genericamente definibile "ostile" nei confronti del personale o degli altri ospiti, in 54 casi sono state "altre cause", in G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidari*, in *Rivista Italiana di diritto e medicina legale*.

In Italia, però, dalla chiusura dei “manicomi”, l’assistenza dei malati psichiatrici non è più stata di tipo contenitivo, simile alla prigionia, ma di carattere principalmente terapeutico passando da un’impostazione basata sulla sorveglianza del paziente ad una massima attenzione terapeutica, anche attraverso il coinvolgimento dei parenti e, in senso lato, della società.

Inoltre, si ritiene qui importante sottolineare che, all’interno del carcere, i detenuti affetti da disagio psichico non ricoverati in OPG rappresentano gli ultimi tra gli ultimi. Basti pensare che nel corso del tempo sono stati sviluppati appositi programmi riabilitativi per le categorie di detenuti considerate “problematiche”: per i tossicodipendenti sono state emanate leggi, come il D.P.R. 309/1990, e sono entrati nelle carceri i presidi sanitari territoriali (Sert) con la finalità di gestire l’aspetto sanitario e riabilitativo; per i *sex offenders* sono stati predisposti specifici progetti di presa in carico ed il testo dell’art. 4-bis o.p. prevede, per poter accedere ai benefici penitenziari, un anno di osservazione obbligatorio all’interno delle carceri, con la partecipazione di professionisti esperti ex art. 80 o.p.

Peraltro, nonostante quanto disposto dall’art. 20 dell’o.p., i servizi di salute mentale del territorio non sono mai entrati stabilmente negli istituti detentivi, per cui, anche considerato l’esiguo numero di ore a disposizione degli psicologi, la presa in carico è rimasta soprattutto di tipo farmacologico.

Il problema della presenza di detenuti con disagio psichiatrico è molto diffuso in tutto il territorio nazionale: in Lombardia, secondo una ricognizione risalente all’aprile del 2012, nelle 18 carceri sono presenti 992 persone affette da patologie psichiatriche certificate (circa il 10% della popolazione detenuta totale), di cui 190 affetti da psicosi, 221 da disturbo depressivo maggiore, 153 da sindrome bipolare, 428 da disturbo di personalità con gravi agiti ego distonici ed auto diretti. Non conosciamo se tali patologie, come probabile, preesistessero alla carcerazione o se, invece, siano insorte successivamente.

Non si deve dimenticare, ad ogni modo, che nell’ordinamento penitenziario è ancora presente sia l’art. 41 o.p. sia l’art. 77 del Reg. di es. (successivo alla c.d. legge Basaglia), che consentono l’utilizzo dei mezzi di contenzione o coercizione fisica, seppure sotto controllo sanitario nonché con le medesime modalità e finalità dei mezzi impiegati presso le strutture sanitarie.

Eppure da circa 20 anni in campo medico vi sono state significative novità relativamente alla cura di tali patologie. Tra

queste emergono principalmente i neurolettici di nuova generazione che, se assunti con regolarità, consentono di stabilizzare i sintomi e di compensarli, provocano meno effetti collaterali e permettono di vivere una vita normale; inoltre, è prevista la possibilità di essere dichiarati invalidi civili e di lavorare in liste protette. Oggi la malattia mentale, come ad esempio la psicosi o la schizofrenia, è controllabile, e dunque qualora dovesse verificarsi uno scompenso sarebbe a causa della resistenza ai farmaci o della loro non regolare assunzione. Ed è proprio su questi presupposti che, per lo più, i reati possono essere commessi. Dunque, la nascita degli psicofarmaci, cioè la scoperta di sostanze neuroattive, ha in certo qual modo cambiato radicalmente la psichiatria nella misura in cui ha reso più gestibile il malato rispetto al passato, diventando una disciplina che cura e talvolta guarisce: con gli psicofarmaci molti malati, non tutti, guariscono.

Inoltre, le stesse forme organizzative dell'assistenza psichiatrica sono radicalmente mutate, per cui è divenuto inutile l'*asylum*, salvo il ricovero in caso di acuzie; è migliorata la qualità e quantità delle conoscenze, metodologie di approccio e comprensione, che prendono in esame non più in sé la "malattia mentale", ma la persona che vive questa esperienza⁵. Però, soltanto la presenza di una rete territoriale assistenziale, può consentire di affrontare con tempestività le ragioni della mancata assunzione dei farmaci, esattamente nello stesso modo in cui può intervenire nel caso di ricaduta nell'abuso da parte del tossicodipendente che sta espiando la pena in affidamento terapeutico. Così come, attualmente, nessuno sosterebbe che la tossicodipendenza è soltanto un problema sanitario e non anche sociale, la stessa consapevolezza deve maturare in rapporto al malato psichiatrico.

Peraltro, la maggior parte delle persone con questo tipo di problematica, se curata stabilmente, può reinserirsi nel tessuto sociale, tanto che, attualmente, non costituisce un fattore di rischio per la sicurezza sociale più alto di quello rappresentato dal resto della popolazione.

Anche il malato di HIV è ormai, stanti i progressi della medicina, un malato cronico che, seppure non guarisce, qualora assuma la terapia con regolarità, può condurre una normale esistenza.

⁵ DELL'ACQUA P., *Di cosa parliamo quando parliamo di pericolosità sociale*, in <http://www.news-forumsalutementale.it/>, 13 febbraio 2012.

Il raffronto con la malattia da HIV può essere utile per evidenziare la discrasia tra la previsione legislativa, risalente ai primi anni '90, e la situazione attuale, caratterizzata da progressi scientifici di grande portata, ma non recepiti nelle norme. Infatti, la malattia da HIV rappresenta l'unica ipotesi di patologia considerata dal legislatore così grave da imporre il differimento della pena *ex art. 146 c.p.*, qualora siano raggiunti determinati parametri ritenuti sintomatici di raggiunta inefficacia della cura.

L'evoluzione della medicina però ora permette di considerare l'HIV non più una malattia che mette in pericolo di vita e dunque non più rientrante nella presunzione assoluta di «*incompatibilità con lo stato di detenzione*» nei «*casi di Aids conclamata o di grave deficienza immunitaria*» dettata all'*art. 286-bis c.p.p.* Tale articolo fu aggiunto al codice di procedura penale in un periodo storico di elevata emergenza sanitaria nelle carceri, luogo di promiscuità e di contagio della malattia. La situazione di assoluta incompatibilità con la detenzione fu poi corretta dalle sentenze della Corte costituzionale nn. 438 e 439 del 18 ottobre 1995, che dichiararono l'illegittimità degli *artt. 146 1° comma n. 3 c.p.* e *286-bis 1° comma c.p.p.*, nella parte in cui prevedevano, rispettivamente, il differimento della pena (relativo ai detenuti con condanna definitiva) e il divieto di custodia cautelare in carcere (relativo agli imputati) nei confronti delle persone affette da HIV, anche quando l'espiazione della pena e l'applicazione della misura cautelare potevano «*avvenire senza pregiudizio alla salute del soggetto e di quella degli altri detenuti*». Da ultimo, poi, la Corte ha specificato, nella sentenza n. 264/2009, che: «*ai fini del differimento obbligatorio non basta che il condannato sia affetto da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'art. 286-bis, comma 2, cod. proc. pen., ben potendo l'una e l'altra patologia essere normalmente fronteggiate con gli appositi presidi di diagnosi e cura esistenti all'interno degli istituti penitenziari o attraverso provvedimenti di ricovero in luoghi esterni a norma dell'art. 11 dell'ordinamento penitenziario, ma occorre l'ulteriore condizione che la malattia non solo sia gravemente debilitante, ma sia giunta alla sua fase terminale, così da escludere, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, la rispondenza del soggetto ai trattamenti disponibili o alle terapie curative*». È stata così negata la sussistenza di qualunque automatismo nella concessione della sospensione dell'esecuzione della pena, ovvero meramente basato sulla sussistenza (con i parametri indicati dalla norma) della gravità della malattia.

2. Le misure di sicurezza e l'autore di reato malato psichiatrico.

Attualmente le problematiche di maggior rilievo in tema di misure di sicurezza applicate ai malati psichici sono:

- 1) *manca di adeguato supporto specialistico alle decisioni della magistratura,*
- 2) *eccessiva durata nel tempo.*

Il primo aspetto involge il problema del rapporto intercorrente tra diritto e scienza psichiatrica.

In passato, infatti, sussisteva un vero e proprio connubio, in quanto entrambe muovevano verso una prospettiva di forte difesa sociale e vedevano nella malattia mentale una vera e propria disfunzionalità organica insita nel cervello. Oggi, invece, questa idea è radicalmente mutata, grazie all'evoluzione non solo della scienza psichiatrica ma anche della giurisprudenza, soprattutto della Corte costituzionale), in tema di pericolosità presunta e di adeguatezza della misura di sicurezza alla cura (sentenze n. 253/2003 e n. 367/2004).

Cosa chiede il diritto alla scienza? In generale, il giudice vuole essere rassicurato dalla scienza e dunque anche dalla psichiatria, ossia vuole un supporto tecnico alle sue decisioni. L'apertura verso il sapere empirico e le scienze sociali ha rappresentato – almeno a livello programmatico – un salto verso la cultura della modernità e un elemento essenziale di legittimazione per il sistema penale:⁶ *«da sempre, fin dalle più antiche espressioni normative, la legge si è occupata dei malati di mente, della loro "specificità", della loro ridotta o del tutto assente responsabilità, del loro essere diversi, della loro custodia, dei diritti che sono loro negati e di quelli di cui possono fruire. È pertanto naturale che nelle norme si riversino e si rivelino le acquisizioni empiriche o scientifiche, ma anche le credenze, le superstizioni, i miti, le opinioni, e quant'altro in una data epoca costituiscono il modo di percepire la malattia mentale e il malato»*⁷.

Il rapporto tra diritto e psichiatria necessita oggi, però, di essere completamente rifondato, partendo dall'assegnazione di una vera e propria autonomia di giudizio al giudice e dalla con-

⁶ FIANDACA G., *Il diritto e il processo penale. Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche*, in http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2005_n5/mono_G_Fiandaca.pdf.

⁷ PONTI G.L. - MERZAGORA I., *Psichiatria e Giustizia*, Raffaello Cortina, Milano, 2002.

creta possibilità di incaricare come periti dei professionisti esperti. Questi ultimi, in particolare, dovrebbero essere specializzati in psichiatria forense, in grado di individuare le condotte che hanno una reale valenza di malattia, distinguendole da quelle riconducibili al disagio sociale o all'adesione ad un modello culturale deviante, e di scegliere un percorso terapeutico adatto, anche in collegamento con i servizi territoriali.

Non si deve, inoltre, dimenticare che la psichiatria non costituisce una scienza monolitica, ma che al suo interno sono presenti molte scuole di pensiero, ognuna delle quali potrà influenzare lo specifico perito nominato, pertanto, è opportuno che il giudice sia in grado di valutare la qualità della prestazione richiesta, cercando di non recepirla acriticamente.

Ma soprattutto è importante *riesaminare il quesito da sottoporre al perito*.

La valutazione della capacità di intendere e di volere al momento del fatto è rimessa al perito, ma avviene che, poiché spesso l'accertamento della pericolosità sociale dipende dalla presenza e gravità della malattia, allora, anche questa valutazione (inerente la pericolosità) finisce per essere rimessa al perito. Già M. Canepa evidenziava che «*il parere del perito è trasformato dal magistrato in un giudizio sulla responsabilità e quindi sulla libertà del soggetto che deve essere giudicato, ma il perito non ha la competenza per esprimersi sulla responsabilità e sull'imputabilità e pertanto il perito dovrebbe limitarsi alla comprensione clinico-fenomenologica dell'atto criminoso ed elaborare un programma di trattamento finalizzato alla risocializzazione*»⁸.

Su questo punto, dunque, vi deve essere da parte di noi giudici un cambiamento di mentalità, riappropriandoci di questa valutazione e di un concetto squisitamente giuridico quale quello relativo alla pericolosità sociale di un individuo. Questo punto è piuttosto delicato e merita una breve riflessione.

Generalmente si chiede al perito di dire *“se tizio sia affetto da... e se in relazione a tale patologia, sia anche socialmente pericoloso”*.

Ma cos'è la pericolosità sociale?

Come è noto, la nozione di “pericolosità sociale” compare nell'ordinamento giuridico italiano nel 1930, quale frutto del compromesso storico-ideologico nato dalla contrapposizione, dalla fine dell'800 alla prima metà del '900, tra la Scuola positiva e la Scuola classica, ricomposte dal codice Rocco attraverso il sistema

⁸ CANEPA M. - MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, 1996, pag. 348-353.

del doppio binario, introdotto per la prima volta in un Paese europeo, con previsione delle pene e delle misure di sicurezza. La pena trova il suo fondamento nella imputabilità del reo (responsabilità-pena) e nella colpevolezza, mentre le misure di sicurezza riguardano la pericolosità e hanno la funzione di prevenzione sociale. Manca, dunque, nel nostro sistema giuridico una sanzione unica in grado di assolvere alle diverse finalità di retribuzione, prevenzione generale e prevenzione speciale.

Peraltro, nel tempo, la finalità e i caratteri delle pene e delle misure di sicurezza si sono in parte sovrapposte poiché la pena ha assunto una finalità di prevenzione speciale, secondo anche il dettato della Carta costituzionale, e dall'altro, le misure di sicurezza hanno esplicitato il loro carattere coercitivo, quasi di pena detentiva, aggravata dall'indeterminatezza del termine finale.

La dottrina oggi si interroga "sul significato e sul ruolo della nozione di pericolosità sociale dell'autore di reato nell'odierno diritto penale italiano; il che induce ad alcune riflessioni più generali in ordine alla eventuale, persistente validità del "doppio binario", oltre che su un possibile ripensamento delle misure di sicurezza"⁹. Il doppio binario si traduce, quindi, in uno strumento di *aggravamento della risposta sanzionatoria al di là dei limiti della colpevolezza*, in funzione di controllo della pericolosità sociale, senza che il principio di proporzione riesca a costituire un argine alle istanze preventive, se non nei casi estremi di manifesta sproporzione¹⁰.

Come già indicato, un secondo punto altrettanto delicato è la durata non predeterminata delle misure di sicurezza, che solleva questioni attinenti la legittimità costituzionale dell'intero sistema e relative alla possibile violazione dei principi della CEDU.

Ci si può chiedere, ad esempio, se l'impianto codicistico rispetti la riserva di legge prevista dall' art. 25 Cost., secondo cui le misure di sicurezza possono essere applicate "*nei casi previsti dalla legge*", assunto già di per sé indeterminato. Questa indeterminatezza, peraltro, non si dissolve nemmeno laddove vengano considerate le disposizioni dettate dal codice penale, poiché anche l'art. 203 c.p. si riferisce ad una categoria indefinita quale è la pericolosità sociale, che a sua volta rinvia agli altrettanto generali parametri contenuti nell'art. 133 c.p.

⁹ COLLICA M.T., *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

¹⁰ PELISSERO M., *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

Neppure soccorre la previsione dettata all'art. 208 c.p., che stabilisce soltanto un limite minimo di durata della misura di sicurezza, decorso il quale deve seguire il riesame, da parte del magistrato di sorveglianza, dell'attualità della pericolosità sociale che, se non attenuata, determinerà la proroga della misura anche per infinite volte in quanto il limite massimo non è determinato. Inoltre, l'amplissimo potere discrezionale conferito al giudice, non ancorato a criteri sufficientemente determinati nonostante le rilevanti conseguenze in punto di libertà personale, è stato utilizzato spesso nella pratica per stabilire proroghe confacenti non ai criteri dell'art. 133 c.p., ma piuttosto alla indisponibilità sul territorio di strutture idonee ad accogliere coloro che venivano dimessi dagli ospedali psichiatrici giudiziari. In questo modo, purtroppo, le carenze dello Stato sociale sono state sopperite dalle limitazioni della libertà personale, come evidenziato anche nella relazione finale della commissione Marino¹¹. Peraltro, allo stato, l'astrattamente infinita possibilità di proroga collegata soltanto alla pericolosità sociale, appare anche stridente con le acquisizioni scientifiche in ordine alla cura dei malati psichiatrici che non prevedono la segregazione. Pertanto, porre un tetto di durata agli internamenti consentirebbe di improntare la misura non alla pura e semplice eliminazione del pericolo sociale, bensì ad un recupero del soggetto stesso inteso come tentativo di reinserimento nella società, in ossequio alla finalità rieducativa a cui la sanzione penale deve tendere, in ottemperanza del comma 2 dell'art. 27 Cost.

Anche la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo si è interessata alle misure di sicurezza, pronunciandosi in merito alla *custodia di sicurezza* vigente in Germania, una misura di sicurezza detentiva di durata indeterminata da eseguirsi una volta scontata la pena, e finalizzata a consentire una tutela della collettività contro i delinquenti pericolosi oltre i limiti imposti dal principio di colpevolezza per il fatto commesso¹².

Secondo le decisioni del 17 dicembre 2009 ric. n. 19359/04 e del 13 gennaio 2011, ric. n. 6587/04, questa misura costituirebbe una *pena aggiuntiva* e la sua applicazione retroattiva viola l'art. 7 CEDU, in quanto i requisiti della accessibilità e della prevedibilità, al momento del fatto, degli effetti della pronuncia, risulterebbero non sufficientemente garantiti. È agevole notare le molte affinità

¹¹ www.senato.it/documenti/.../Relazione_OOPPGG_doc_XXII-bis_4.pdf.

¹² RECANELLO F., *La custodia di sicurezza nell'ordinamento tedesco*, in www.dirit-topenalecontemporaneo.it.

della custodia di sicurezza con le nostre misure di sicurezza custodiali alle quali si applica il principio stabilito dall'art. 200 c.p.

La Convenzione europea, seppure imponga agli Stati membri di tutelare, anche in via preventiva, i suoi cittadini, tuttavia non ammette che ciò avvenga in violazione dei diritti fondamentali convenzionalmente stabiliti, tra i quali soprattutto gli artt. 5, 7 e 15¹³. A fondamento di questo assunto si pone la recentissima sentenza *Torreggiani*, dove i giudici di Strasburgo hanno affermato che qualsiasi pena che comporti il sacrificio di altri diritti fondamentali oltre la soglia preventivamente determinata, rende la pena disumana e degradante, dunque illegale nella sua esecuzione.

Di grande attualità risultano, però, anche il diritto ad un equo processo (art. 6 CEDU) e ad un ricorso effettivo (art. 13 CEDU). Così, ad esempio, nel caso *Winterwerp c. Paesi Bassi* (1979), nel quale si legge: «*Salvo situazioni d'emergenza, dovrà essere considerata illegittima la misura restrittiva della libertà disposta a causa di un'infermità psichica quando la malattia mentale del destinatario della misura non sia stata diagnosticata in maniera appropriata. Il disturbo diagnosticato dovrà essere di natura o di gravità tale da richiedere misure restrittive della libertà. La legittimità del perdurare di tali misure sarà condizionata dalla permanenza del disturbo diagnosticato*».

3. La valutazione del giudice e quella del perito.

Dobbiamo dunque chiederci: la valutazione sulla pericolosità sociale svolta dallo psichiatra su quali regole scientifiche si basa?

Quale metodo scientifico, verificabile, quale protocollo utilizza? Come fa il medico a rispondere in scienza e coscienza al quesito se non utilizza gli strumenti della sua professione?

È evidente che per compiere una siffatta valutazione non si può utilizzare nessuno dei criteri che fondano la diagnosi psichiatrica, poiché non avrebbero alcuna valenza terapeutica. Di fatto, la domanda a cui si cerca di rispondere non è "come curare il paziente" ma "come salvaguardare la società", ad esempio da possibili recidive.

¹³ ABBADESSA G., *La Corte di Strasburgo ritorna sulla custodia di sicurezza nell'ordinamento tedesco: la difesa sociale non ammette il sacrificio delle garanzie convenzionali*, nota a Corte EDU, sez. V, sent., Pres. Spielman, ric. n. 30060/04, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

In questo contesto, dunque, viene attribuita al medico una responsabilità che non competerebbe strettamente a lui, né in quanto perito né in quanto, eventualmente, sanitario di un presidio pubblico territoriale investito di una relazione di cura e alleanza terapeutica, magari faticosamente costruita. Anzi, secondo alcuni, la perizia psichiatrica rappresenterebbe un "ibrido" in quanto composta da esigenze e metodologie differenti: il diritto, volto alla sicurezza e alla difesa dell'ordine sociale esistente, e la scienza medica, volto alla tutela della salute della persona¹⁴.

Occorre, inoltre, evidenziare che tale valutazione non è ancorata all'oggi, ma ha natura predittiva, poiché si chiede al perito di saper leggere gli avvenimenti futuri; del resto, la stessa dottrina psichiatrica più recente pone in discussione la possibilità di anticipare, a medio-lungo termine, l'ulteriore commissione di un reato.

I periti forensi mostrano ormai una diffusa insofferenza verso l'assenza di una metodologia standard per svolgere le proprie valutazioni che presenti un livello di affidabilità e idoneità tale da assumere un certo grado di scientificità. Al contrario, la mancanza di procedure perlomeno standardizzate ha portato l'indagine peritale ad una «ampia convergenza di vedute nel panorama internazionale circa la sua radicale estraneità ad ogni pretesa di scientificità»¹⁵.

Sul punto, un'autorevole voce medica afferma: «Condivido l'opinione assai diffusa secondo la quale la nozione di pericolosità sociale psichiatrica è concettualmente amorfa, imprecisa, inadeguata e fondamentalmente funzionale a esigenze di controllo piuttosto che terapeutiche. [...] Allo stato, dunque, è impossibile dare un contenuto "scientifico" alla risposta al quesito circa la pericolosità sociale psichiatrica, se intesa nella sua originaria accezione di "prognosi". Questa deve essere lasciata al magistrato e si deve porre una distinzione fondamentale tra pericolosità sociale psichiatrica e pericolosità sociale giudiziaria. ... il diritto alla salute, costituzionalmente garantito a tutti i cittadini, non può più vedere esclusi quei malati di mente per i quali, l'aver commesso un reato, comporta una subordinazione delle istanze terapeutiche a quelle prognostiche. A noi il compito di attrezzarci con tutti gli strumenti utili e necessari: il primo dei quali, a mio modo di vedere, è rap-

¹⁴ VENTURINI E., *Le questioni*, in *Il folle reato* di E. VENTURINI, D. CASAGRANDE, L. TORESINI, Ed. F. Angeli, Milano, 2010, pagg. 146 ss.

¹⁵ MANGIONE, *La misura di prevenzione fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, p. 135.

presentato dalla possibilità di sostituire nel nostro bagaglio nozionistico e operativo la nozione di pericolosità sociale psichiatrica con quella di necessità di cure e di assistenza specialistica»¹⁶.

In sostanza, che la pericolosità sia il naturale effetto di una patologia non sembrerebbe dimostrabile, anzi, analisi multivariate hanno confermato che le malattie mentali gravi non sono predittive di violenza futura. Quest'ultima allora viene associata ad altri fattori, quali: biografici (violenze subite in passato, carcerazione giovanile, abusi fisici), clinici (abusi di sostanze, minacce percepite) o di contesto (disoccupazione, vittimizzazione). Spesso, invece, la valutazione della recidiva si basa sulla considerazione delle sole caratteristiche psicopatologiche individuali, non tenendo sufficientemente in considerazione le componenti sociali, ambientali, culturali e transazionali, che evidentemente si pongono alla base della verifica di uno scompenso comportamentale¹⁷.

Dunque, la verifica circa la sussistenza di pericolosità sociale è una valutazione propria del giudice, a lui deve essere demandata e lui deve assumersene la responsabilità. Ciò avverrà, poi, secondo i vari criteri andatisi a delineare nel tempo: la verifica circa la commissione di altri reati, il comportamento tenuto durante il tempo intercorso dall'inizio della detenzione o in misura di sicurezza, il rapporto con gli organi di P.S., la relazione dell'Uepe sulla presenza di idonei riferimenti, le possibilità evolutive o peggiorative del disagio, la consapevolezza di malattia in quanto presupposto per la sottoposizione volontaria e continua alle cure.

Per tutte le ragioni sopra descritte, occorre ripensare a fondo il quesito da formulare al perito, che dovrà essere congiuntamente:

- 1) Descrittivo: al fine di fornire il maggior numero di elementi di conoscenza in ordine alla natura della patologia e alla sua storia, il ruolo che ha avuto nel delitto, il mantenimento o meno di rapporti con i servizi, la sussistenza o meno di pregressi ricoveri, l'eventuale compresenza di dipendenze, l'assunzione regolare o meno di terapia. In tal senso, non pare però sufficiente riferirsi solo al D.S.M. poiché l'indagine non dovrebbe riguardare solo i sintomi della malattia, ma

¹⁶ FORNARI U., *Attualità in tema di pericolosità sociale psichiatrica*, Relazione tenuta al Congresso su "Pericolosità sociale e società pericolosa", Aversa 6-8 novembre 2008, in www.siacm.org/contenuti.

¹⁷ FORNARI U., *Psicopatologia e psichiatria forense*, Utet, Torino 1997, pp. 152, 153.

dovrebbe essere anche volta ad esplorare la personalità globale del soggetto¹⁸.

- 2) Propositivo: per consentire al giudice di predisporre sin da subito la presa in carico integrata del paziente, mediante una prognosi di cura e di gestione sociale. Può dunque essere formulato così:

“Accerti il perito se... sia sofferente di malattie psichiatriche, quali e di quale gravità ed esprima un parere sulla prognosi della malattia nel caso specifico e sulle modalità terapeutiche adatte a prevenire la recidiva e/o contenere le manifestazioni sintomatologiche della stessa”.

Dobbiamo restituire al perito il ruolo di terapeuta e sollevarlo da quello di giudice poiché non è accettabile che dal suo discrezionale giudizio dipenda, per il peritato, la libertà o l'internamento.

Deve essere chiaro - e questa consapevolezza va diffusa anche all'interno della magistratura - che il problema della salute mentale è un problema sociale e non soltanto medico. È stato detto che *«povertà assoluta, disuguaglianze sociali, scarsa educazione, debiti, sono potenti fattori di rischio per la depressione, l'uso di alcool o di sostanze psicotrope, per il suicidio e per altre patologie psichiatriche»*¹⁹.

Del resto anche gli stessi C.P.S. e D.S.M. hanno questa funzione di presa in carico integrata e non soltanto sanitaria, così come l'hanno i Sert per la problematica della tossicodipendenza. Non dobbiamo ritenere soltanto gli psichiatri responsabili del benessere mentale delle persone, ma il territorio e i cittadini stessi: quindi lo scopo da perseguire è quello della presa in carico da parte di una rete sociale, che garantisca - attraverso il coordinamento e l'intervento di una pluralità di attori con professionalità diverse, ma integrate - la regolare assunzione della terapia e altresì un ruolo sociale non più segregante al malato che deve sentirsi cittadino, passaggio fondamentale anche ai fini del contenimento della recidiva e della garanzia del buon funzionamento del percorso terapeutico.

Pertanto, sin dalla prima fase processuale, cioè quella di cognizione, dovrebbe essere previsto un progetto di presa in carico integrata così da coinvolgere immediatamente il servizio territoriale di competenza, l'Uepe e gli stessi servizi sociali comu-

¹⁸ LANG-FIORINO, *Il futuro dei disturbi di personalità nel DSM IV*, in BERTOLINO-MERZAGORA BETSOS (a cura di) *Crimini, criminali e malattia mentale. Scienze giuridico-penali e scienze empirico-sociali a confronto*, Atti del convegno di Milano, 11-12 maggio 2006, Bruylant, 2007, p. 107 ss.

¹⁹ SARACENO B., *Riabilitare la città*, in www.dignitas.sestaopera.it.

nali. In questa visione dovrebbero altresì essere implementati i servizi di *housing* sociale, per quella fascia di malati che non soffrono di patologie così gravi da dover abitare in comunità terapeutica, ma che non hanno un'abitazione propria e non possono rientrare in famiglia.

Infatti, superata la fase di acuzie, il modello di cura contenitivo deve tornare di tipo territoriale, anche perché la mera custodia, pur se in comunità, non produce a lungo termine (così come per i tossicodipendenti) effetti evolutivi e responsabilizzanti.

Infine, potrebbe essere utile anche provvedere, nel caso non ci siano familiari idonei o disponibili, alla nomina di un amministratore di sostegno, figura disciplinata dalla legge n. 6/2004, mirante a «*tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni di vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente*». Tale soluzione appare pienamente in linea con la progressiva evoluzione della psichiatria e della psicologia, nonché con le trasformazioni del sentire comune a proposito dei disabili mentali e degli esseri deboli in genere. Pure l'introduzione di questa peculiare figura prevede il coinvolgimento di una rete sociale e del coinvolgimento di professionalità diverse: i giudici (giudice tutelare e pubblico ministero), gli operatori dei servizi del territorio, le organizzazioni di volontariato, ma anche i medici legali, cercando di scongiurare l'approdo a *status* di totale "alienazione" formale - destinati quasi sempre a provocare seri peggioramenti del malessere²⁰.

Tra le figure deputate a chiedere al giudice tutelare la nomina dell'amministratore di sostegno vi è - oltre alla persona stessa e i suoi familiari - anche il pubblico ministero, che può così svolgere un ruolo importante sin dall'inizio del processo: consentendo l'ingresso di una figura che, nell'interesse del paziente, sia garante della presa in carico da parte del servizio territoriale e dell'attuazione del progetto di cura e di sostegno.

In sintesi è opportuna una riflessione approfondita a partire dalla stessa magistratura, per superare questo binomio malattia-pericolosità e giungere finalmente alla consapevolezza della sussistenza di una struttura più complessa, riguardante specificamente la triade malattia-persona-corpo sociale. Occorre cercare di evitare compromissioni eccessive della libertà personale, che invece dovrebbero solo rappresentare una *extrema ratio*, mirando a trovare una soluzione reale al bilanciamento dei fondamentali

²⁰ CENDON P., *L'Amministratore di sostegno*, in www.cesvot.it.

interessi costituzionali in gioco: la libertà personale, il diritto alla salute, la tutela sociale.

La previsione della misura di sicurezza deve rappresentare una conseguenza soltanto della presenza e attualità della pericolosità sociale e non della mera sussistenza di una malattia mentale.

Così si è giustamente espresso il magistrato di sorveglianza di Firenze, revocando la misura di sicurezza della libertà vigilata applicata dopo un periodo di ricovero in misura custodiale, pur sussistendo ancora la malattia mentale di psicosi paranoide cronica associata ad un disturbo antisociale di personalità. In questo caso, non è stata prorogata la libertà vigilata in funzione di mera "coazione benigna alle cure", come invece era stato richiesto dagli stessi sanitari del presidio territoriale, affermando – sulla scorta di decisioni sul punto della Corte di cassazione – la sussistenza di un preciso dovere di cura e obbligo di garanzia in capo al medico psichiatra di paziente autore di reati affetto da infermità psichica, ma non socialmente pericoloso affinché siano evitate possibili, ma non probabili recidive. Tale posizione di garanzia dello psichiatra verso atti auto o etero aggressivi del paziente si desumerebbe, *a contrariis*, anche dal disegno di legge approvato dal Senato il 25-1-2012, laddove all'art. 4, riguardante le disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, afferma che le persone che hanno cessato di essere socialmente pericolose devono essere senza indugio dimesse e prese in carico sul territorio dai Dipartimenti di salute mentale²¹.

4. Il superamento degli opg e la nuova normativa.

Come è noto, il 21-2-2012 è entrata in vigore la legge n. 9 che, all'art. 3-ter intitolato "Disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari", stabiliva un termine finale per il «*completamento del processo di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari già previsto dall'allegato C del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 1° aprile 2008...*». Questa legge è stata poi prorogata con il decreto-legge n. 24/2013 che prevede «*entro il 31 marzo 2014 le dimissioni per tutte le persone internate*» ma precisando: «*per le quali l'autorità giudiziaria abbia già escluso o escluda la sussistenza della pericolosità sociale*», «con

²¹ VENTURINI M.L., ordinanza 15-2-2012, in www.personaedanno.it.

l'obbligo per le ASL di presa in carico all'interno di progetti terapeutico-riabilitativi individuali che assicurino il diritto alle cure e al reinserimento sociale nonché di favorire l'esecuzione di misure di sicurezza alternative al ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o all'assegnazione a casa di cura e custodia.» (e ciò, stante la normativa, si riferisce quindi anche alle "nuove strutture" ex art. 3-ter, 2° comma, legge n. 9/2012).

La legge n. 9/2012 è intervenuta senza prevedere alcuna gradualità, probabilmente prendendo atto che non era già stata rispettata quella stabilita dal DPCM del 2008, secondo il quale si sarebbe dovuto realizzare uno "snellimento" di tutti gli OPG trasferendo i detenuti ricoverati ex artt. 148 c.p. (sopraggiunta infermità mentale nel condannato) e 112 D.P.R. 230/2000 (osservazioni psichiatriche) *"nelle sezioni di cura e riabilitazione, all'interno delle carceri"*.

La stessa legge, inoltre, ha previsto l'approntamento delle strutture destinate ad accogliere le persone a cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o della casa di cura e custodia, caratterizzate da una *gestione esclusivamente sanitaria*. Le caratteristiche di queste strutture sono state stabilite dal decreto del Ministro della Sanità del 1.10.2012 con previsione di controlli soltanto al di fuori degli spazi perimetrali e da parte della polizia di Stato.

È stato commentato che non vi è *«nessuna vicinanza dunque tra questo provvedimento che chiude i sei opg e la Legge 180 che chiude nel 1978 gli ospedali psichiatrici civili: quella riforma non si limitava alla chiusura degli ospedali ma ridefiniva lo statuto del malato di mente e i limiti del trattamento psichiatrico. La riforma dei codici penale e di procedura penale, che sola potrebbe davvero superare l'opg, bisognerà invece aspettarla ancora, sperando che il nuovo provvedimento non offra l'ennesima scusa per rinviarla»*²². Infatti, è rimasto invariato il quadro giuridico di riferimento: il *superamento* dell'OPG non significa abolizione delle misure di sicurezza custodiali dell'OPG e della CCC. È rimasto il già confutato sistema del doppio binario, con tutte le norme del codice penale che si pongono a suo fondamento.

Pertanto, a legislazione sostanzialmente invariata, può concludersi su questo punto che non è stata abolita la figura giuridica dell'internato, cioè della persona sottoposta a misura di sicurezza custodiale, il cui statuto è disciplinato dagli artt. 123 comma 1

²² GIANNICCHEDDA M.G., *Opg: chiuderne sei... ma per aprirne quanti?*, in «Il Manifesto», 17 febbraio 2012.

(dichiarazioni e richieste di persone detenute e internate), 174 comma 2 (prolungamento dei termini di comparizione), 666 comma 4 (audizione da parte del magistrato di sorveglianza del luogo ove si trova l'internato se posto fuori della circoscrizione del giudice), 677 comma 2 c.p.p. (competenza della magistratura di sorveglianza), nonché da numerose norme dell'ordinamento penitenziario che ne individuano i diritti, il tipo di trattamento che dovrebbe essere offerto e il ruolo del magistrato di sorveglianza.

Tra queste ultime, in particolare, devono essere ricordati gli artt. 679 c.p.p. e 69 o.p., che prevedono il controllo della magistratura di sorveglianza sull'esecuzione delle misure di sicurezza personali, e l'art. 5 D.P.R. n. 230/2000, che prevede le visite del magistrato di sorveglianza nei luoghi ove la misura si svolge. Inoltre, non si possono non menzionare le norme dell'ordinamento penitenziario che riguardano il trattamento e i benefici, come la possibilità di un percorso che preveda il lavoro, l'assistenza religiosa se richiesta e le attività ricreativo-sportive (art. 15), nonché il lavoro all'esterno (art. 21), il permesso di necessità per gravi motivi (art. 30).

È vigente l'art. 15 o.p. che prevede che anche per l'internato sia svolto il trattamento comprendente il lavoro, la religione, le attività ricreative e sportive. Anche per gli internati dovrebbe essere redatta la relazione di sintesi. La sopravvivenza di tale impianto normativo può porre problemi di coordinamento dal momento che la legge ha espressamente previsto che la gestione delle strutture che dovranno ospitare i malati che non saranno dimessi, sia "esclusivamente sanitaria". Occorre dunque chiedersi, e la domanda non è di poco conto, cosa voleva intendere il legislatore prevedendo la "gestione esclusivamente sanitaria"? Voleva significare che la *mission* della presa in carico doveva essere sanitaria, cioè di cura. Anche su questo punto, però, se le caratteristiche e i limiti delle cure non sono chiari, tale gestione non è di per sé *tranquillizzante*, basti pensare al dibattito in ordine all'uso dei mezzi di contenzione.

Ci si può chiedere, tra l'altro, se in queste strutture sia prevista la libera adesione alla cura (innovazione che sarebbe auspicabile in questo ambito, considerato che la convinta partecipazione del malato al progetto di cura è di importanza fondamentale per la riuscita dello stesso), oppure se questa possa avvenire anche contro la volontà del paziente.

Se manca l'adesione alla cura e sussistono tutti i presupposti, può essere chiesto il T.S.O. per un paziente inserito in queste

comunità? Non è scontata una risposta affermativa, anzi ci sono casi in cui il giudice tutelare non l'ha disposto, ritenendo che già l'internamento significasse possibilità d'imposizione della cura e dunque non fosse necessario un provvedimento ulteriore, in forza degli artt. 204 e ss c.p. e della sentenza che imponeva la misura di sicurezza custodiale²³. Tale conclusione è però molto problematica anche ai sensi dell'art. 13 Cost. e gli stessi sanitari sanno benissimo a quali rischi vanno incontro nell'imporre cure coatte.

Nel decreto Balduzzi del 1-10-2012 è previsto che lo svolgimento delle funzioni di cui all'ordinamento penitenziario, compresi i rapporti con la magistratura, saranno "regolamentati" da "accordi" regionali. Ciò significa che tali accordi potrebbero anche essere diversi regione per regione? Quale sarà lo specifico oggetto di questi accordi? Poiché è evidente che un accordo non può derogare a norme primarie, come sono quelle del codice e dell'ordinamento penitenziario, questi molto probabilmente riguarderanno esclusivamente le modalità organizzative della presa in carico e l'articolazione di servizi che attualmente vengono svolti dalla polizia penitenziaria (come traduzioni, notifiche delle udienze e provvedimenti di trasformazione delle misure di sicurezza, aggiornamento della posizione giuridica).

Il legislatore del 2012 non ha nemmeno disciplinato *ex novo* la procedura di assegnazione ad una comunità, dunque deve ritenersi ancora applicata la procedura prevista all'art. 658 c.p.p.: impulso del P.M., cui viene trasmessa la sentenza che dispone la misura di sicurezza o l'ordinanza che la conferma e trasmissione della stessa al Dap, titolare unico della relativa decisione. Peraltro, sembrerebbe opportuno prevedere il coordinamento di tale procedura con l'avvenuta attribuzione alle regioni della competenza in materia sanitaria, attesa la necessità di aggiornare in tempo reale il registro delle presenze e della disponibilità dei posti liberi, cioè i flussi di ingresso e uscita determinati anche dalle possibili misure di sicurezza custodiali imposte in via provvisoria *ex art.* 206 c.p., dei possibili fallimenti dei programmi sul territorio e dunque difficilmente pronosticabili quantitativamente. Rimane dunque non disciplinato, il problema del sovraffollamento eventuale di queste strutture: se non c'è posto per l'ingresso, cosa succede?

Una questione particolare, infine, riguarda le donne internate, oggi presenti soltanto presso l'OPG di Castiglione delle Stiviere e che con la chiusura dovrebbero tornare nel territorio di

²³ Giudice Tutelare presso il Tribunale di Reggio Emilia 15-3-2012.

appartenza, anche se, in considerazione del loro numero esiguo, è probabile prevedere la costruzione di poche comunità, ma non in ciascuna regione.

Altra questione riguarda la "sopravvivenza" dell'art. 148 c.p. intitolato *Infermità psichica sopravvenuta al condannato* che stabilisce: «*Se, prima dell'esecuzione di una pena restrittiva della libertà personale o durante l'esecuzione, sopravviene al condannato una infermità psichica, il giudice, qualora ritenga che l'infermità sia tale da impedire l'esecuzione della pena, ordina che questa sia differita o sospesa e che il condannato sia ricoverato in un manicomio giudiziario, ovvero in una casa di cura e di custodia. Il giudice può disporre che il condannato, invece che in un manicomio giudiziario, sia ricoverato in un manicomio comune se la pena inflittagli sia inferiore a tre anni di reclusione o di arresto, e non si tratti di delinquente o contravventore abituale, o professionale, o di delinquente per tendenza*».

Sulla scorta di questa norma, il DPCM del 2008 stabilì che il ricovero dei detenuti qui considerati dovesse avvenire in specifici reparti degli istituti penitenziari, orientamento confermato anche dalla recente circolare del Dap del 20-12-2012. Tuttavia, tale scelta di mantenere in detenzione in carcere le persone afflitte da sofferenza psichica, può creare problemi di legittimità: perché mai persone in esecuzione di pena, ma affetti da infermità psichica devono essere collocate in carcere in reparti *ad hoc*? Il contrasto non si pone soltanto tra legge ordinaria (codice penale) e la fonte di rango inferiore (DPCM), ma anche con il testo costituzionale (artt. 3, 27, 32) data l'ingiustificata disparità di trattamento tra il detenuto malato nel corpo (art. 147 c.p.), che può essere scarcerato per motivi umanitari e il detenuto malato psichico (art. 148 c.p.), per cui è prevista una disciplina *in pejus*.

Anche la CEDU è intervenuta di recente sul punto, caso *Claes c. Belgio*, (n. 43418/09), condannando l'inadeguatezza del trattamento dei disabili mentali incarcerati in Belgio e stabilendo che «*costituisce violazione dell'art. 5 §1 della Convenzione il mantenimento, per un lungo periodo di tempo, in detenzione provvisoria di un malato di mente in un istituto non adeguato alle sue condizioni, per rottura del legame tra lo scopo della detenzione e le condizioni in cui la stessa si è realizzata. Non costituisce violazione dell'art. 3 della Convenzione l'internamento di una persona malata di mente in un istituto non idoneo a fornire il trattamento di cui lo stesso necessita ove non si riscontri un aggravamento delle condizioni mentali della persona internata, non raggiungendosi il livello minimo di gravità per qualificare il trattamento come inumano ai sensi dell'art. 3*».

Secondo la disciplina vigente, dunque, i detenuti affetti da disagio psichico dichiarato ex art. 148 c.p. non potranno entrare nelle comunità ad esclusiva gestione sanitaria, che saranno create grazie alla legge n. 9/2012 e previste solo per gli *internati*.

5. Il ruolo della magistratura di sorveglianza.

In base alla normativa vigente, permane in capo alla magistratura di sorveglianza il compito di vigilare sia sui reparti detentivi, che ospiteranno i detenuti affetti da patologia psichiatrica, sia sulle comunità, che ospiteranno gli internati.

In ordine ai primi è importante avere la consapevolezza che vi entreranno persone problematiche, in eventuale stato di scompenso psichico e che, dunque, potrebbero richiedere un regime detentivo più contenitivo rispetto a quello di cui fruiscono gli altri detenuti. Nonostante ciò, non risulta che siano state stabilite specifiche caratteristiche tecniche o logistiche per l'allestimento di questi reparti, mentre sarebbe almeno opportuna la previsione, oltre agli spazi per il pernottamento, anche quelli per lo svolgimento di attività riabilitative e ricreative. Questa necessità, peraltro, rimane di fondamentale importanza, anche se va ad inserirsi in un contesto attuale di risorse economiche carenti, poiché è preponderante l'esigenza di assicurare lo svolgimento di programmi riabilitativi oltre al costante sostegno psichiatrico e psicologico.

Trattandosi di detenuti e non di internati, il magistrato di sorveglianza applicherà l'ordinaria disciplina dell'ordinamento penitenziario e, ove possibile, incoraggiando l'Amministrazione ad attuare la rete esterna di sostegno e la presa in carico del territorio.

Per quanto riguarda gli internati, occorre evidenziare che trattasi di "soggetti deboli", spesso privati anche dei diritti minimi, primo fra tutti quello della certezza della durata della misura. Siccome l'esclusiva gestione sanitaria può anche non costituire una garanzia sufficiente, la magistratura di sorveglianza deve agire in funzione di giudice di prossimità, pur sempre nella consapevolezza che – se è vero che la popolazione psichiatrica commette meno crimini della popolazione normale – è presente una fascia minoritaria di malati mentali con alta pericolosità fino all'*acting-out* criminale, da cui la società, e la famiglia in particolare, deve essere tutelata.

In conclusione, occorre un forte ripensamento circa le caratteristiche e gli obiettivi delle misure di sicurezza per i sofferenti psichici, che coinvolga la magistratura, la psichiatria ed il welfare,

per costruire forme di presa in carico rispettose dei diritti, delle esigenze di cura e anche della tutela della collettività. Ma ancor prima occorre una riforma del sistema sanzionatorio del libro primo del codice penale, rispettosa delle libertà individuali e improntata all'evoluzione della scienza, che separi definitivamente la pericolosità sociale dalla malattia mentale, restituendo piena dignità alle persone, anche se rei, affetti da disagio psichico. Perché non ipotizzare che anche il reo infermo di mente possa usufruire di specifiche misure alternative alla detenzione, strumenti esecutivi certamente più plasmabili in base alle caratteristiche mutevoli e peculiari del caso concreto, tra l'altro già previste dal legislatore a fronte di diverse infermità?

Certamente non si possono trascurare gli enormi passi che si dovrebbero fare anche nel campo formativo. Allo stato attuale ci troviamo di fronte ad una "riforma a valle"²⁴ che richiede, da un lato, l'adeguamento di numerosi concetti (pericolosità sociale, imputabilità, follia) alle mutate conoscenze scientifiche e sensibilità giuridiche e, dall'altro lato, lo sviluppo di strutture idonee all'accoglimento dei detenuti affetti da disagi psichici nonché di soggetti in grado di accompagnarli lungo il percorso rieducativo e riabilitativo.

²⁴ DELLA CASA F., *Basta con gli OPG! La rimozione di un fossile vivente come primo passo di un arduo percorso riformatore*, in Riv. it. di dir. e proc. pen. 2013, pag. 64.