

LA PERICOLOSITÀ SOCIALE
TRA «SOTTIGLIEZZE EMPIRICHE» E 'SPESSORI NORMATIVI':
LA RIFORMA DI CUI ALLA LEGGE N. 81/2014

di Francesco Schiaffo

Abstract. *Nell'ambito delle strategie per il superamento degli OPG, la legge n.81/2014 è intervenuta incidendo sugli assetti fondamentali della disciplina delle misure di sicurezza e, in particolare, sui criteri del giudizio di pericolosità sociale degli infermi e seminfermi di mente. Sotto quest'ultimo profilo, la riforma, per quanto criticata e oggettivamente discutibile per taluni aspetti, è parsa necessaria ad adeguare la disciplina di riferimento a fondamentali parametri di legittimità costituzionale ed impedire, quindi, «una certa dilatazione del concetto di pericolosità sociale» che, nella prassi giudiziaria, era già stata rilevata nel 2011 dalla Commissione parlamentare sul sistema sanitario nazionale.*

SOMMARIO: 1. Gli 'spessori normativi': un modello teorico. – 2. Gli 'spessori normativi': gli esempi legislativi. – 3. Le «sottigliezze empiriche». – 4. La pericolosità sociale tra “malattie infantili” e malattie congenite. – 5. Mito e realtà della particolare propensione criminale del sofferente psichico. – 6. Aneliti di scientificità e rantoli argomentativi nelle valutazioni di pericolosità sociale. – 7. Gli «indicatori esterni» della pericolosità sociale e l'affermazione della rilevanza diagnostica e terapeutica dei fattori ambientali in psichiatria. – 8. L'interpretazione dell'art.133 co.2 n.4 c.p.: le «auctoritates» nell'ermeneutica dell'ontologismo tra psichiatria e Costituzione. – 9. Psichiatria forense e criteri di pericolosità sociale: la riforma di cui alla legge n.81/2014 tra consolidate acquisizioni teoriche e mere indicazioni operative. – 10. L'irrilevanza delle condizioni di cui all'art.133 co.2 n.4 c.p. nel contesto complessivo della riforma. – 10.1. La riforma dei criteri della pericolosità sociale di cui alla legge n.81/2014: fondamento e limiti di legittimità costituzionale. – 10.2. Oltre la irrilevanza della «mancanza di programmi terapeutici individuali»: necessità ed autonomia del divieto di «tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale». – 11. Le «proroghe sistematiche basate su una certa dilatazione del concetto di pericolosità sociale»: i “dimissibili”. – 11.1. Pericolosità sociale e paranoie giurisprudenziali: la «pericolosità latente». – 12. Valutazioni di sintesi: le «ragioni della nostra ripugnanza». – 12.1. Il fondamento costituzionale della riforma. – 12.2. L'irrilevanza della «mancanza di programmi terapeutici individuali»: le soluzioni alternative. – 12.3. Gli esigui margini di illegittimità costituzionale della riforma. – 12.4. Le censure normative delle competenze di settore: fondamento etico ed epistemologico. – 12.5. L'inopportuno riferimento alle «qualità soggettive». – 12.6. La via maestra della libertà vigilata terapeutica. – 12.7. Le «ragioni della nostra ripugnanza».

1. Gli 'spessori normativi': un modello teorico.

«Capisco benissimo che è un ragionamento arduo, astratto, che può essere tacciato di moralismo ingenuo, di predica inutile. Ma cerchiamo di dare una ragione alla nostra ripugnanza alla pena di morte. La ragione è una sola: il comandamento di non uccidere. Io non

ne vedo altra. Al di fuori di questa ragione ultima, tutti gli argomenti valgono poco o nulla, possono essere ritorti con argomenti che hanno, più o meno, la stessa forza persuasiva».

Era il 1981 e Norberto Bobbio concludeva così un suo intervento «contro la pena di morte»¹.

In una prospettiva rigorosamente speculativa – ovvero preclusa, nelle fondamentali opzioni di metodo, alle incertezze della rilevazione e della elaborazione di indici di efficacia della pena –, Bobbio aveva cercato invano argomenti per sostenere la sua critica alla pena capitale nelle teorie che assumono la pena come strumento per la prevenzione della criminalità ed era giunto, per questo, ad una censura di tipo evidentemente morale.

In piena coerenza con le premesse epistemologiche del suo ambito di ricerca, le valutazioni del Maestro della filosofia giuridica italiana esorbitano dai limiti di uno specifico sistema di diritto positivo, non rinviano assolutamente al decalogo biblico, ma, per argomentare una posizione decisamente ed irriducibilmente contraria, non esitano a fare riferimento ad una norma comunque assunta nei termini espliciti di «comandamento».

Posto in una posizione chiaramente alternativa alle «sottigliezze empiriche» delle disposizioni riconducibili alle teorie sulle funzioni sociali della pena², il riferimento ad un «comandamento» rappresenta una norma assolutizzandone lo spessore etico e rendendola, quindi, impermeabile ad ogni ipotesi di falsificazione e valutazione scientifica³.

Pertanto, anche se inequivocabili dati empirici fossero riusciti a dimostrare l'efficacia preventiva della pena capitale, nessuna inferenza ne sarebbe derivata per le conclusioni di Bobbio.

Nella sua prospettiva, la morte, che, in quanto pena, è «incomparabilmente più orrenda dell'omicidio brigantesco»⁴ ed è strutturalmente diversa da un omicidio giustificato per legittima difesa o stato di necessità⁵, in nessun caso avrebbe potuto essere inflitta all'autore di un reato giudicato colpevole.

¹ BOBBIO, *Contro la pena di morte* (1981), in ID., *L'età dei diritti*, Torino, 1992, 181 ss., 202.

² FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, 101 ss., 106 ss.

³ Esclude espressamente che la morale possa avere una «base scientifica razionale» POPPER, *La società aperta e i suoi nemici. II. Hegel e Marx falsi profeti* (1943, V ed. 1966), Roma, 1974, 313.

⁴ Sul punto BOBBIO, *Contro la pena di morte*, cit., 202, rinvia a Dostoevskij: cfr. DOSTOEVSKIJ, *L'idiota* (1869), Torino, 1994, 23 s.

⁵ BOBBIO, *Sanzione*, in *Nss. D. I.*, XVI, Torino, 1969, 530 ss., 539 definisce i caratteri fondamentali della sanzione: «a) la specificazione dei comportamenti che richiedono una risposta; b) la determinazione della misura, se pure entro una certa approssimazione, in cui deve essere contenuta la risposta; c) la designazione della persona o delle persone cui viene attribuita la funzione di decidere se l'atto compiuto sia tra quelli che richiedono una risposta e in quale misura» e, soprattutto, «d) la fissazione di regole in base alle quali deve svolgersi il processo di decisione» permettono la inequivocabile distinzione tra omicidio per legittima difesa o stato di necessità ed esecuzione di una pena capitale e rendono quest'ultima evidentemente diversa e «incomparabilmente più orrenda» del primo: sul punto sia consentito il rinvio al nostro *La necessità di un omicidio: l'ordinamento italiano verso l'abolizione totale della pena di morte*, in *Critica del diritto*, 1999, 224 ss., 242.

2. Gli 'spessori normativi': gli esempi legislativi.

Dopo la legge costituzionale n.1/2007, il «comandamento» cui faceva riferimento Bobbio risulta integralmente positivizzato all'art.27 co.4 Cost.: oggi, infatti, esso esclude qualsiasi rilevanza dello stato (o, come accadeva prima della riforma, delle «leggi militari») di guerra⁶ e dispone, ormai senza condizioni, che «non è ammessa la pena di morte».

Oggi, quindi, il modello teorico proposto con le argomentazioni di Bobbio avrebbe anche una immediata applicazione giuridico-positiva.

Tuttavia, non sarebbe l'unica e, soprattutto, non sarebbe la prima.

Allo stesso modo, infatti, non è disposto da un «comandamento», ma dall'art.220 co.2 c.p.p. il divieto di perizia volta a stabilire, nel procedimento di cognizione, «l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche».

Ne sono agevolmente riconoscibili le ragioni in riferimento ai principi di materialità ed offensività che definiscono i caratteri fondamentali del "diritto penale del fatto".

Oggi quei principi sono espressamente sanciti nella Costituzione repubblicana del 1948 e definiscono i profili di legittimità del nostro sistema penale in alternativa ad altri modelli di ordinamento giuridico-penale che invece, risolvendosi nella punizione di mere intenzioni, pensieri, atteggiamenti interiori o condotte di vita, hanno segnato la storia del diritto penale quale strumento di sopraffazione delle minoranze⁷.

Oggi, infatti, in ragione dei principi di materialità e offensività deducibili, tra gli altri, dagli artt.25 co.2 e 3, 27 co.1 e 3, 13, 19 e 21 Cost.⁸, dovrebbe essere considerata costituzionalmente illegittima qualsiasi ipotesi di rilevanza penale di meri pensieri o scelte di vita. Per la legittima attivazione del controllo penale dovrebbe, invece, essere considerato necessario un fatto offensivo di beni giuridici, ovvero delle fondamentali condizioni per una pacifica convivenza in libertà dei consociati.

Si tratta dell'esito normativo di una conquista di civiltà maturata dopo secoli di oppressione e repressione di libertà che oggi sono unanimemente considerate fondamentali.

Esse, prima dell'affermazione dei principi di materialità ed offensività, sono state disconosciute in quanto tali o, comunque, limitate e sacrificate da chi, considerando prevalenti altri valori ed altre necessità, ha continuato a lastricare di buone intenzioni le vie dell'inferno battute dalle minoranze politiche, economiche, sociali e culturali.

⁶ Sul punto sia consentito il rinvio al nostro *Stato d'eccezione, diritti umani e sistema penale: la politica criminale negli "assiomi oscuri" dell'ordinamento costituzionale*, in AA. VV., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2002, I, 147 ss., 193 ss.

⁷ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, XIX, Torino, 1973, 7 ss., 26 ss.

⁸ Per tutti, sul punto, cfr. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale* (1995), II ed., Napoli, 1997, 15.

Anche la storia del diritto penale, infatti, si colloca nei percorsi di civiltà sintetizzati nel 1861 da John Stuart Mill, quando affermava che *«l'intera storia del progresso sociale è stata un serie di transizioni attraverso le quali un costume o una istituzione dopo l'altra è passata dall'essere presunta come una necessità primaria dell'esistenza sociale nel rango di ingiustizia o tirannia universalmente stigmatizzata. Così è stato per le distinzioni tra schiavi e uomini liberi, nobili e servi della gleba, patrizi e plebei; e così sarà e in parte già è con le aristocrazie di colore, razza e sesso»*⁹.

3. Le «sottigliezze empiriche».

Esistono dei «punti in cui la "crosta" normativa del sistema penale è così "sottile" da potersi "rompere" in qualsiasi momento o comunque da far presentire l'esistenza di sorgenti e giacimenti da cui in qualsiasi momento potrebbero esplodere zampilli di esperienza capaci di inondare e vivificare le costruzioni concettuali edificate dal giurista».

Sarebbero queste le «sottigliezze empiriche»¹⁰ che caratterizzano ampi settori del sistema penale.

Per la loro individuazione, il processo offre una facile prospettiva: il ricorso a perizie e consulenze tecniche, infatti, è un indice evidente della insufficienza delle competenze specificamente giuridiche e della necessità del contributo delle scienze empiriche.

Perizie e consulenze tecniche, tuttavia, restano momenti del tutto eventuali di una vicenda giudiziaria.

La necessità del contributo di competenze diverse da quelle specificamente giuridiche appare, invece, stabile e costante solo nella prospettiva dei caratteri di generalità e astrattezza del dato positivo vigente.

Si tratta, però, di una prospettiva evidentemente diversa da quella processuale.

La "sottigliezza", infatti, non risulterebbe soltanto dalla complessità del fatto da accertare in sede giudiziaria e non ci si confronterebbero soltanto i protagonisti del processo. Piuttosto *«la "crosta" normativa»* è resa particolarmente *«"sottile"»* dalle scelte del legislatore, ovvero dal protagonista della storia del diritto penale.

Come è noto, la storia del diritto penale ha vissuto una stagione in cui il legislatore ha condiviso anche gli assunti della Scuola positiva.

Negando la possibilità della libera autodeterminazione del reo ed affermando la necessaria coerenza con un paradigma rigorosamente causale, essa proponeva soluzioni normative orientate a strategie politico-criminali fedeli ai parametri del determinismo: in ragione della necessità di acquisire conoscenze precise per intervenire adeguatamente sulle strutture sociali, biologiche e psicologiche che determinano l'autore del reato e di quest'ultimo rappresentano, quindi, le vere cause, le disposizioni

⁹ MILL, *Utilitarianism* (1861), II ed., Londra, 1864, 94 s.

¹⁰ FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 103.

della legge dovevano essere necessariamente “sottili” e far trasparire – o, addirittura, emergere – il contesto sociale e individuale in cui il reato è stato commesso.

Era il 1930 e il legislatore fascista procedeva alla riforma del codice penale.

Ovviamente, nel fondamentale testo legislativo per la definizione delle condizioni di rilevanza giuridica di responsabilità individuali per il danno cagionato con la condotta criminosa non fu attribuita alcuna rilevanza alle eventuali responsabilità per la organizzazione e per la gestione del contesto economico e sociale in cui il reato è stato commesso.

Piuttosto, con il sistema delle misure di sicurezza, il nuovo codice penale riconobbe parzialmente, ma esplicitamente soltanto i profili personali – e, in particolare, psicologici – del paradigma causale.

In particolare, quegli stessi profili furono considerati di fondamentale rilevanza per la definizione della pericolosità sociale dell'autore del fatto di reato, la quale rappresenta, ancora oggi, uno dei settori in cui la «“crosta” normativa» dell'ordinamento giuridico-penale è così sottile da rasentare la trasparenza.

Se, tuttavia, oltre quella “crosta” sussistono realmente consolidate acquisizioni empiriche a cui attingere per la valutazione dell'operatore del diritto, appare oggi più che mai dubbio.

4. La pericolosità sociale tra “malattie infantili” e malattie congenite.

Nel dibattito criminologico appare, ormai, ampiamente diffuso e sufficientemente consolidato il consenso per le valutazioni critiche sul fondamento scientifico della pericolosità sociale.

In particolare le critiche potrebbero essere efficacemente rappresentate con le parole di chi, nel 1984, ricostruiva il dibattito sulla pericolosità sociale e, a mo' di epigrafe, ne proponeva una sintesi già nel titolo del suo intervento definendola una «malattia infantile della criminologia»¹¹.

Ancora in quegli anni, tuttavia, l'ordinamento italiano fondava la rilevanza giuridica della pericolosità sociale in termini che, in talune scelte normative, risultavano addirittura indiscutibili ed insuperabili.

Infatti, sebbene la disciplina delle misure di sicurezza fosse stata introdotta nel codice del 1930 in adesione ai postulati della Scuola positiva – e, quindi, presentava «sottigliezze empiriche» ampie e diffuse –, ancora negli anni '70 emergevano, nel suo ambito, insormontabili ‘spessori normativi’ che, in qualche modo, ne palesavano il reale orientamento politico-criminale e politico-sociale¹².

¹¹ In tal senso DEBUYST, *La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie*, in *Criminologie*, 1984, 7 ss. che considerava la pericolosità sociale un «costrutto criminologico riconducibile alla affermazione di uno schema causale» (7 ss.) contrapposto al carattere multidisciplinare della criminologia (14 ss.).

¹² Per una chiara definizione della «concezione statuale e penale sociale» ovvero della «pretesa che lo Stato si occupasse della personalità e del “destino” del delinquente e che cercasse con i mezzi a disposizione di riadattarlo o di

Nella disciplina delle misure di sicurezza si ponevano, infatti, come insormontabili 'spessori normativi' le presunzioni legislative di sussistenza e/o persistenza della pericolosità sociale.

Absolute ed invincibili, esse risultavano impermeabili non solo all'attività dell'interprete, ma anche a qualsiasi evidenza contraria dei fatti. Il legislatore che le aveva prodotte appariva, quindi, evidentemente e deliberatamente disinteressato «*al miracolo dell'essere*» ovvero, secondo l'intramontabile insegnamento di Hannah Arendt, già solo per questo esposto al pericolo di derive autoritarie e totalitarie¹³.

In particolare, solo nel 1974 la Corte costituzionale, con la sentenza n.110, dichiarò l'illegittimità dell'art.207 co.2 c.p. che, impedendo il riesame dell'internato prima del termine minimo stabilito dal giudice, si risolveva in una presunzione legislativa di durata della pericolosità sociale, ovvero, secondo la Corte, in una violazione delle garanzie per la libertà personale di cui all'art.13 Cost..

E trascorsero ben otto anni prima che la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n.139/1982, ripropose gli argomenti già rappresentati nella sentenza n.110/1974 per dichiarare illegittima anche la presunzione di sussistenza della pericolosità sociale stabilita all'art.222 c.p. per l'imputato proscioltto per infermità mentale.

Infine, soltanto nel 1986, accogliendo i rilievi formulati dalla Corte costituzionale quattro anni prima, fu stabilito al secondo comma dell'art.31 della legge n.663 che «*tutte le misure di sicurezza personale sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa*».

Fu così definitivamente superato un sistema di presunzioni legislative costruito in riferimento ad una «*malattia infantile della criminologia*» che appariva evidentemente determinato anche da una patologia analoga, ma probabilmente congenita della psichiatria.

Infatti, nel protocollo terapeutico più consolidato nella più antica tradizione psichiatrica «*come principio fondamentale (...) troviamo un principio o, per meglio dire, un precetto (...) secondo cui non è mai possibile guarire un alienato lasciandolo all'interno della sua famiglia*»¹⁴ e «*tutta la psichiatria gioca sull'isolamento come garanzia doppia: da un lato si allontanano i soggetti pericolosi dalla società, dall'altro nell'isolamento vengono curati*»¹⁵.

In tal senso, fino al 1978, era orientata la legge n.36 del 1904 che, nell'ambito delle «*disposizioni sui manicomi e sugli alienati*», prevedeva espressamente la possibilità di una pericolosità sociale determinata dalla infermità mentale.

selezionarlo (cioè eliminarlo)» quale fondamento del sistema delle misure di sicurezza cfr., per tutti, MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978, 39.

¹³ ARENDT, *Le origini del totalitarismo* (1951, IV ed. 1966), Milano, 1967, II ed., Torino, 1999, 642.

¹⁴ FOUCAULT, *Il potere psichiatrico. Corso al Collège de France (1973-1974)* (2003), Milano, 2010, 98, riconduce una formulazione fondamentale di questo principio ad un testo del 1817 secondo cui «*colui che viene ammesso in un manicomio "entra in un mondo nuovo nel quale deve essere del tutto separato da parenti, amici e conoscenti"*» (FODÉRE, *Traité du délire appliqué à la médecine, à la morale et à la législation*, II, Paris, 1817, 252).

¹⁵ ROVATTI, *Restituire la soggettività. Lezioni sul pensiero di Franco Basaglia*, Merano, 2013, 27.

In particolare, l'art.1 co.1 della legge n.36/1904 disponeva che «*debbono essere custodite e curate nei manicomi le persone affette per qualunque causa da alienazione mentale, quando siano pericolose a sé e agli altri*». Ai sensi degli artt.2 e 3 della stessa legge, un ruolo decisivo nel procedimento per l'ammissione «*in via definitiva*» o, viceversa, per il «*licenziamento*» dell'internato era svolto dalle relazioni del direttore del manicomio, al quale, in ragione delle sue specifiche competenze psichiatriche, erano attribuite la «*piena autorità sul servizio interno sanitario*» e «*l'alta sorveglianza (...) per tutto ciò che concerne il trattamento dei malati*» (art.4 co.1 legge n.36/1904).

Solo nel 1978, con l'art.11 della legge n.180 furono abrogati, tra gli altri, gli artt.1, 2, 3 e 4 della legge n.36/1904.

Da allora, soltanto le disposizioni del codice penale sulle misure di sicurezza attribuiscono specifica rilevanza giuridica all'ipotesi della pericolosità sociale dell'infermo di mente.

5. Mito e realtà della particolare propensione criminale del sofferente psichico.

La legge n.180/1978 e le sentenze, pressoché coeve, della Corte costituzionale n.110/1974 e n.139/1982 hanno significativamente eroso il sistema legislativo che attribuiva particolare rilevanza giuridica alla pericolosità sociale dell'infermo di mente¹⁶.

Oggi, infatti, la pericolosità sociale dell'infermo di mente, al pari di ogni altra ipotesi di pericolosità sociale, non può mai essere presunta e la sua eventuale rilevanza è relegata esclusivamente entro i margini del diritto penale sostanziale e processuale, ovvero entro i margini segnati dal sistema di garanzie più rigoroso dell'intero ordinamento giuridico.

In particolare, però, ormai neppure nell'ambito del diritto penale ha rilevanza giuridica il pregiudizio atavico secondo cui il sofferente psichico è necessariamente pericoloso.

D'altra parte, oggi risulta altrettanto primitiva anche l'idea secondo cui l'eventuale pericolosità sociale del sofferente psichico autore di un fatto di reato si caratterizzi per una particolare eziologia che determina la necessità di strategie altrettanto particolari di controllo.

Appare, infatti, risalente, continuamente confermato, consolidato e, ormai, definitivamente acquisito il dato statistico secondo cui il sofferente psichico non compie più reati di quelli commessi da chi non ha analoghi problemi di salute¹⁷.

¹⁶ Sulla erosione del sistema normativo originariamente previsto nel codice penale per la disciplina della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario cfr. PICCIONE, [Morte di un'istituzione totale? Il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari](#), in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti* (www.rivistaaic.it), 14.03.2012, 2 ss.; ID., *Politica delle libertà costituzionali e soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Giur. cost.*, 2013, 105 ss., 109 ss..

¹⁷ Il dato risulta, ormai, pacificamente riconosciuto anche nella manualistica e trattatistica più autorevole e diffusa: per tutti, cfr. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense* (1989), V ed., Torino, 2013, 215 laddove

Piuttosto, sotto questo profilo, emerge un'unica differenza di rilievo che riguarda soltanto l'incidenza statistica dei reati bagatellari.

Essa, nell'ambito di un dato complessivo sostanzialmente analogo tra le due tipologie delinquenti di riferimento, risulta maggiore in rapporto ai sofferenti psichici che, pertanto, sembrano più propensi di altri alla realizzazione di fattispecie di limitata offensività¹⁸.

In proposito, tuttavia, va considerato innanzitutto che, in assenza di sentenze di condanna, i dati delle statistiche ufficiali sono riferiti essenzialmente al numero di delitti denunciati su cui incide negativamente il pregiudizio sociale, ancora largamente diffuso, circa la particolare pericolosità sociale dell'infermo di mente. Soprattutto nei contesti di maggiore disgregazione sociale, infatti, il sofferente psichico è esposto ad un controllo sociale più rigoroso perché maggiormente partecipato nella fase che precede l'intervento degli organi di polizia: è presumibile che sia anche questa la causa della maggiore facilità di emersione dei reati bagatellari commessi dal sofferente psichico.

Per la rilevazione delle dimensioni effettive della delittuosità del sofferente psichico risulta, quindi, notevolmente meno incisiva la cifra oscura che, per altre tipologie delinquenti, determina differenze anche significative tra criminalità emersa e criminalità reale¹⁹: ciò nonostante, nelle statistiche ufficiali risulta per i sofferenti psichici una delittuosità che non è diversa dalla delittuosità media del contesto sociale di riferimento.

6. Aneliti di scientificità e rantoli argomentativi nelle valutazioni di pericolosità sociale.

Nonostante l'omogeneità costantemente registrata tra i dati sulla delittuosità del sofferente psichico e gli indici medi di delittuosità, è proprio in riferimento all'autore di reato non imputabile per infermità mentale che la prassi giudiziaria sembra postulare ancora un fondamento scientifico per un giudizio del tutto particolare di pericolosità sociale.

La relativa valutazione richiederebbe, pertanto, specifiche competenze scientifiche che legittimerebbero il ricorso a perizie e consulenze tecniche o – come accade, per esempio, nella prassi consolidata dei procedimenti di sorveglianza per il riesame della pericolosità sociale – l'attribuzione di un ruolo decisivo alle relazioni ed ai pareri dei professionisti del servizio psichiatrico territoriale che, nell'ambito dei

espressamente si afferma che «per lo meno, i malati di mente non delincono in misura superiore al resto della popolazione».

¹⁸ Cfr., per tutti, COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, in questa Rivista, 19.11.2012, 14 s. con ampia e autorevole bibliografia

¹⁹ Sulla "cifra oscura" cfr., per tutti, FORTI, *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su «cifre oscure» e funzione generalpreventiva della pena* (1982), in AA. VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. MARINUCCI e E. DOLCINI, Milano, 1985, 53 ss.

lavori del gruppo di osservazione e trattamento allargato all'ASL ai sensi dell'art.20 d.P.R. n.230/2000, sono trasmessi al magistrato di sorveglianza *ex art.71-bis o.p.*.

In riferimento ad altri contesti giudiziari ovvero ad altre tipologie delinquenziali sembra, invece, ormai ampiamente condivisa la posizione di chi ha ritenuto che, nella valutazione della pericolosità sociale, «*troppo spesso i tribunali si adeguano semplicemente all'opinione di psichiatri e psicologi*», che «*i clinici assumono troppa responsabilità e troppo poca ne assumono i tribunali. Ma è con i tribunali e con il legislatore che la responsabilità deve restare*» perché «*bilanciare ordine e libertà è un problema sociopolitico e non clinico ed è un dovere dei tribunali e dei legislatori*»²⁰.

Il giudizio sulla pericolosità sociale dell'infermo psichico rivela, tuttavia, l'anelito verso un particolare fondamento scientifico che, date le acquisizioni ormai consolidate della criminologia, è impossibile da soddisfare e trasforma, piuttosto, le relative motivazioni in rantoli argomentativi.

I parametri di riferimento sono offerti, oggi, esclusivamente dalla psichiatria forense che, però, nella trattatistica più rappresentativa ed autorevole prima ne propone una dettagliata definizione ampiamente condivisa e poi, in termini altrettanto condivisi e senza concedere margini al dubbio, ritiene «*indispensabile lavorare per il superamento dell'equivoco, riduttivo e non scientifico concetto di "socialmente pericoloso"*»²¹.

Il problema è evidentemente rappresentato dallo statuto epistemologico della psichiatria forense che è una scienza evidentemente caratterizzata dal ruolo assolutamente prevalente della fase applicativa.

Ciò la espone alle sollecitazioni professionali dell'operatore giuridico impegnato con ipostatizzazioni normative di categorie nosografiche che potrebbero essere anche molto risalenti e, quindi, a significative limitazioni nell'incessante evoluzione per congetture e confutazioni che, come accade per ogni altra scienza²², ne caratterizza la fase, puramente teorica e sperimentale, della ricerca.

Per quanto specificamente concerne la pericolosità sociale dell'infermo psichico, si tratterebbe della ipostatizzazione legislativa di categorie nosografiche riconosciute, tra gli altri, agli artt.203 e 133 c.p. e risalenti, tuttavia, ad oltre 80 fa.

Data l'assenza, oggi unanimemente riconosciuta, di un fondamento razionale, esse costituiscono ormai le uniche ragioni per cui si discute di pericolosità sociale anche in settori scientifici diversi da quello propriamente giuridico.

Se fosse abolito l'art.203 c.p. e fossero modificate le altre disposizioni collegate del codice penale, non avrebbero più alcun motivo le prestazioni professionali dello

²⁰ COHEN, GROTH, SIEGEL, *The Clinical Prediction of Dangerousness*, in *Crime and Delinquency*, 1978, 28 ss., 38 s..

²¹ Così, per tutti, FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., 223. Nelle precedenti edizioni del trattato le considerazioni critiche dell'Autore erano limitate alla «*nozione di pericolosità sociale psichiatrica*», di cui era ritenuta «*auspicabile*» l'abolizione: cfr. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense* (1989), II ed., Torino, 1997, 158.

²² Nell'ambito della sua vasta produzione scientifica, un'efficace ed esemplare rappresentazione della evoluzione della scienza per congetture e confutazioni è offerta da Popper laddove afferma che «*ogni confutazione dovrebbe essere considerata un grande successo, non solo per lo scienziato che ha confutato la teoria, ma anche per quello che ha creato la teoria confutata e che dunque suggerì originariamente, anche se solo indirettamente, l'esperimento confutante*»: cfr. POPPER, *Verità, razionalità ed accrescersi della conoscenza scientifica* (1960), in ID., *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica* (1962, III 1969), Bologna, 1972, I, 369 ss., 416

psichiatra forense sollecitate dal giurista e, quindi, di pericolosità sociale si discuterebbe esclusivamente nei tempi e nei modi della storia del diritto penale.

7. Gli «indicatori esterni» della pericolosità sociale e l'affermazione della rilevanza diagnostica e terapeutica dei fattori ambientali in psichiatria.

Pur nella riconosciuta assenza di un fondamento scientifico, le prestazioni professionali dell'esperto di settore sollecitate dal giurista occupato con la valutazione della pericolosità sociale dell'infermo psichico sono, quindi, all'origine dell'impegno profuso nell'ambito della psichiatria forense per la definizione dei criteri del relativo giudizio.

Risulta ampiamente condivisa, sotto questo profilo, la distinzione tra indicatori interni e indicatori esterni della pericolosità sociale²³.

L'autonoma rilevanza attribuita a questi ultimi – e, in particolare, alle «*caratteristiche dell'ambiente familiare e sociale di appartenenza*»²⁴ –, sembra corrispondere pienamente agli indirizzi della psichiatria che ne hanno determinato il superamento del modello classico, ovvero il superamento del «*dualismo cartesiano di anima e corpo che tanto aveva condizionato e ancora condiziona la psichiatria organicista*»²⁵.

Nella nuova prospettiva, infatti, appariva evidente che «*la contrapposizione di psiche e soma è una semplice astrazione, atta a disturbare piuttosto che a favorire qualsivoglia comprensione*»²⁶, perché legittima e reitera il «*dogma somatico*» e dimentica che «*oggetto [...] della psichiatria è l'uomo, e non solo il suo corpo*» ovvero l'uomo che, «*nella sua totalità, sta fuori e oltre ogni possibile e afferrabile oggettivazione*» ma comprende «*la sua anima, la sua personalità*»²⁷ e, quindi, evidentemente anche l'ambiente in cui si svolge la sua esistenza.

Si tratta dei fondamentali postulati dell'indirizzo fenomenologico della psichiatria, ma, generalizzando il riferimento alla rilevanza diagnostica e terapeutica dei fattori ambientali, posizioni analoghe sembrano sostenute anche nell'ambito di altri indirizzi che pure hanno contribuito in modo determinante al definitivo superamento del modello organicista.

Non sembrano molto diversi, infatti, i postulati del condizionamento psichico proposti dal comportamentismo²⁸, la necessità di «*parlare di rappresentazioni mentali e porre un livello di analisi del tutto separato da quello biologico o neurologico*» affermata dal

²³ Per tutti, FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., 219.

²⁴ Per tutti, FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., 219.

²⁵ Così GALIMBERTI, *Psichiatria e fenomenologia* (1979), VII ed., Milano, 2011, 184.

²⁶ JASPERS, *Psicopatologia generale* (1913), Roma, 2000, 243.

²⁷ JASPERS, *Autobiografia filosofica* (1956), Napoli, 1969, 29 e 32.

²⁸ «*Concedetemi una dozzina di bambini sani, ben formati e di portarli in un mondo costruito a modo mio e vi garantisco che, a prenderli a caso, farò di ognuno di loro uno specialista a piacere – dottore, avvocato, artista, commerciante e persino mendicante o ladro, senza alcun riguardo al suo talento, alla sua propensione, alla sua tendenza, alla sua vocazione o alla sua tradizione familiare*»: è la nota sfida di WATSON, *Behaviorism* (1924), Piscataway (New Jersey), 2009, 82.

cognitivismo²⁹ oppure i riferimenti esclusivi all'interazione sistemica proposti nell'ambito della teoria del campo o della scuola di Palo Alto che, in termini ben più radicali e raccogliendo implicitamente la critica falsificazionista della psicanalisi freudiana³⁰, rinuncia a qualsiasi «*ipotesi intrapsichica (che è fondamentalmente inverificabile)*» per applicare «*a problemi psicologici e psichiatrici [...] un concetto elaborato nel settore delle telecomunicazioni, cioè quello di "scatola nera"*». In questa prospettiva, infatti, si afferma in termini più espliciti che, dato che «*l'hardware elettronico è così complesso*», «*talvolta conviene trascurare la struttura interna di un dispositivo e studiare esclusivamente i suoi rapporti specifici di ingresso-uscita*», ovvero «*studiare la funzione del dispositivo nel sistema più grande di cui fa parte*»³¹.

Ne deriva, in ogni caso, il superamento dell'«*impostazione meramente naturalistica della psicopatologia*»³² che risulta evidentemente condiviso anche da chi postula la rilevanza di «*indicatori esterni*» per la valutazione della pericolosità sociale dell'infermo di mente autore di un fatto di reato.

8. L'interpretazione dell'art.133 co.2 n.4 c.p.: le «*auctoritates*» nell'ermenutica dell'ontologismo tra psichiatria e Costituzione.

Nell'essenziale riferimento alla «*statistica antropometrica ed ezio-patologica*» risulta naturalistico ed organicista anche il modello criminogenetico proposto nella fondamentale opera di Cesare Lombroso³³.

È notorio il ruolo della criminologia lombrosiana nella definizione delle strategie per la prevenzione della criminalità che furono condivise dalla Scuola positiva per trovare, poi, una applicazione legislativa nelle disposizioni sulle misure di sicurezza previste nel codice Rocco.

Tuttavia, proprio tra i criteri del giudizio di pericolosità sociale per l'applicazione delle misure di sicurezza, contraddicendo qualsiasi modello organicista, fu attribuito autonomo e specifico rilievo anche alle «*caratteristiche dell'ambiente familiare e sociale di appartenenza*» che oggi, superando i parametri diagnostici e terapeutici della psichiatria classica, la psichiatria forense considera tra gli «*indicatori esterni*» per la «*valutazione della presenza e persistenza di pericolosità sociale psichiatrica*»³⁴.

²⁹ GARDNER, *La nuova scienza della mente. Storia della rivoluzione cognitiva* (1985), Milano, 1988, 18.

³⁰ «*Quanto all'epica freudiana dell'Io, del Super-io e dell'Es, non si può avanzare nessuna pretesa ad uno stato scientifico, più fondatamente di quanto lo si possa fare per l'insieme delle favole omeriche dell'Olimpo. Queste teorie descrivono alcuni fatti, ma alla maniera dei miti. Esse contengono delle suggestioni psicologiche assai interessanti, ma in una forma non suscettibile di controllo*»: è la nota critica del sistema freudiano proposta da POPPER, *La scienza: congetture e confutazioni* (1957), in ID., *Congetture e confutazioni*, cit., 61 ss., 69.

³¹ WATZLAWICK, BEAVIN, JACKSON, *Pragmatica della comunicazione umana. Studio dei modelli interattivi delle patologie e dei paradossi* (1967), Roma, 1971, 36 s.

³² GALIMBERTI, *Psichiatria e fenomenologia*, cit., 184.

³³ LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie* (1876), V ed., Torino, 1896, 126 ss.

³⁴ Cfr. *supra* nota 21.

È innegabile, infatti, che, ai sensi dell'art.203 co.1 c.p., i parametri legislativi per il giudizio di pericolosità sociale trovano un riferimento essenziale nella «*persona*» che ha commesso un fatto di reato «*quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati*»; tuttavia, il co.2 dello stesso articolo, recuperando i criteri per la commisurazione della pena, rinvia espressamente all'art.133 c.p., dove, al n.4 del co.2, è stabilito che la capacità a delinquere va desunta anche da parametri che non riguardano direttamente la persona del reo, ma le sue «*condizioni di vita individuale, familiare e sociale*».

In assenza di qualsiasi riferimento nei lavori preparatori del codice Rocco, non avrebbe alcun fondamento l'ipotesi secondo cui, per la valutazione della pericolosità sociale dell'infermo psichico, il legislatore del 1930, con la disposizione di cui al combinato disposto degli artt.203 co.2 e 133 co.2 n.4 c.p., abbia inteso condividere i postulati delle teorie che sostenevano la necessità di superare l'orientamento organicista della psichiatria classica e che, proprio in quegli anni, anche in Italia iniziavano ad avere un'eco al di fuori del dibattito di settore.

Infatti, va considerato innanzitutto che si tratta di disposizioni che sono previste per la valutazione della pericolosità sociale di chiunque abbia commesso un fatto di reato, ovvero di disposizioni che non sono riferite soltanto all'infermo di mente.

Nella rilevanza attribuita alle «*condizioni di vita individuale, familiare e sociale*» emerge, piuttosto, il rinvio alle opzioni di un determinismo che non è riconducibile alle coeve elaborazioni psicopatologiche proposte nell'ambito dell'indirizzo fenomenologico della psichiatria e che, pur prendendo in considerazione i fattori ambientali, ne valutava solo la rilevanza diagnostica.

Proponendo soluzioni di internamento, evidentemente ne escludeva, invece, qualsiasi rilevanza terapeutica.

Privilegiando il profilo diagnostico, si è ritenuto, oggi, che la norma di cui al combinato disposto degli artt.203 co.2 e 133 co.2 n.4 c.p. sia conforme all'acquisizione secondo cui la pericolosità sociale «*non è un dato biologico o psicologico esclusivamente legato alle caratteristiche personali dell'autore, ma va accertata attraverso l'interazione di questi elementi con il complesso dei fattori ambientali*» e «*va, dunque, intesa in una accezione situazionale, perché il soggetto non è una monade, ma va calato nel contesto sociale e familiare di riferimento*»³⁵.

Nonostante il senso originario completamente diverso delle disposizioni di cui agli artt.203 co.2 e 133 co.2 n.4 c.p., non si tratta di una interpretazione eccentrica della norma, quanto piuttosto dell'esito immediato di una rigorosa applicazione del fondamentale canone dell'ontologia ermeneutica, secondo cui «*la mens auctoris non è un criterio valido per stabilire il significato di un'opera*»³⁶.

Più in generale, in questa prospettiva, si ritiene che il rapporto tra l'interprete e il testo non può essere posto «*in termini di una semplicistica opposizione*», poiché anche

³⁵ PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Diritto penale e processo*, 2014, 917 ss., 923 (l'evidenziazione grafica è dell'A.).

³⁶ GADAMER, *Verità e metodo. Elementi di una ermeneutica filosofica* (1986), Milano, 2001, *Prefazione alla seconda edizione tedesca* [1965], 1005 (l'evidenziazione grafica è dell'A.).

L'interprete sta «dentro a delle tradizioni»³⁷ che colmano la «distanza temporale» che lo separa dalla redazione del testo da interpretare³⁸ e diventano «auctoritates», ovvero inevitabili pregiudizi, più o meno legittimi³⁹, che l'interprete verifica e, ancor prima, subisce, in quanto «costitutivi della sua realtà storica più di quanto non lo siano i suoi giudizi»⁴⁰.

Evidentemente anche le acquisizioni maturate nel corso dell'evoluzione della psichiatria e della psichiatria forense successiva al 1930 oggi sono «auctoritates» che chi interpreta il combinato disposto degli artt.203 co.2 e 133 co.2 n.4 c.p. non può ignorare, ma, anzi, deve opportunamente prendere in considerazione.

Nell'ermeneutica dell'ontologismo, tuttavia, proprio alla interpretazione giuridica è attribuito un ruolo esemplare di come la «distanza temporale» tra il testo (giuridico) e il suo interprete possa essere colmata da “tradizioni”, “auctoritates” o “pregiudizi”. Questi definiscono la realtà storica dell'interprete del diritto non solo e non tanto quando si risolvono in tradizioni giurisprudenziali o valutazioni scientifiche o etico-sociali postulate dalla stessa disposizione da interpretare, ma anche e soprattutto quando modificano lo stesso oggetto dell'interpretazione nel momento in cui, intanto, altre e nuove disposizioni di legge sono entrate in vigore e, pur senza incidere sulla lettera del testo da interpretare, ne modificano i parametri sistematici di riferimento⁴¹.

Il giurista, in quanto tale, deve subire e considerare innanzitutto questo tipo di «auctoritates»: la Costituzione del 1948 ne è 'solo' l'esempio più vistoso e il lavoro svolto dalla Corte costituzionale in ogni sentenza interpretativa di rigetto è 'solo' la dimostrazione più efficace di come l'*auctoritas* delle disposizioni costituzionali, ben prima delle “tradizioni” o dei “pregiudizi” derivati da altri settori scientifici, possa e debba cambiare la norma che l'interprete elabora dalla lettera della disposizione di legge.

9. Psichiatria forense e criteri di pericolosità sociale: la riforma di cui alla legge n.81/2014 tra consolidate acquisizioni teoriche e mere indicazioni operative.

Sulla rilevanza delle «condizioni di vita individuale, familiare e sociale» di cui all'art.133 co.2 n.4 c.p. quali «indicatori esterni» per la valutazione della pericolosità sociale dell'infermo di mente autore di un fatto di reato sono recentemente intervenute le disposizioni di cui all'ultima parte del co.4 dell'art.3-ter del d.l. n.211/2011 come modificato dalla legge n.81/2014 di conversione del d.l. n.52/2014⁴².

³⁷ GADAMER, *Verità e metodo*, cit., 583.

³⁸ GADAMER, *Verità e metodo*, cit., 603 ss.

³⁹ GADAMER, *Verità e metodo*, cit., 563 ss.

⁴⁰ GADAMER, *Verità e metodo*, cit., 573.

⁴¹ Sul punto GADAMER, *Verità e metodo*, cit., 671 ss.

⁴² Per un commento alla legge appena promulgata cfr. l'editoriale di GATTA, [Aprite le porte agli internati!](#), in *questa Rivista*, 6 giugno 2014.

In particolare, le disposizioni citate prevedono espressamente che l'«accertamento» della pericolosità sociale «dell'infermo di mente e del seminfermo di mente» «è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale».

È evidente – ed è stato opportunamente osservato⁴³ – che la disposizione contraddice palesemente le indicazioni operative per i professionisti di settore che sono state elaborate nell'ambito della psichiatria forense e che oggi, nella prospettiva dei canoni dell'ontologia ermeneutica, fungono da «auctoritates» per la definizione di un contenuto normativo del tutto diverso da quello originario per la disposizione di cui al combinato disposto degli artt.203 co.2 e 133 co.2 n.4 c.p.. istantaneo tempestivo

Tuttavia, una considerazione delle «riflessioni della scienza giuridica e psichiatrica» eventualmente limitata all'impegno profuso «da tempo» ad evidenziare «la necessità di garantire una base ampia al giudizio di pericolosità sociale»⁴⁴ sarebbe soltanto parziale.

Infatti, ben prima di concrete indicazioni operative da fornire ai professionisti di settore per adeguarne il lavoro alle posizioni scientifiche più avanzate emerse dalle ceneri del modello organicista, nel dibattito scientifico della psichiatria generale e forense si è affermata innanzitutto – e sembra ben più consolidata – l'acquisizione di quanto sia «indispensabile lavorare per il superamento dell'equivoco, riduttivo e non scientifico concetto di “socialmente pericoloso”»⁴⁵ e di come la pericolosità sociale sia solo una «malattia infantile della criminologia»⁴⁶.

10. L'irrilevanza delle condizioni di cui all'art.133 co.2 n.4 c.p. nel contesto complessivo della riforma.

Le ragioni della riforma di cui alla legge n.81/2014 che esclude le «condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale» dalla base del giudizio di pericolosità sociale del seminfermo e dell'infermo di mente autore di un fatto di reato appaiono evidenti nelle altre modifiche che la stessa legge ha apportato alla parte conclusiva del co.4 dell'art.3-ter del d.l. n.211/2011.

Infatti, oltre alla generica esclusione della rilevanza delle «condizioni di vita individuale, familiare e sociale» di cui all'art.133 co.2 n.4 c.p. per la valutazione della pericolosità sociale dell'infermo o seminfermo di mente, oggi il co.4 dell'art.3-ter del d.l. n.211/2011 come modificato dalla legge n.81/2014, dispone, all'ultimo periodo, che, in particolare, «non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali».

⁴³ PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, cit., 924.

⁴⁴ PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, cit., 923.

⁴⁵ Cfr. *supra* par.6 nota 21.

⁴⁶ Cfr. *supra* nota 11.

Il senso della generica esclusione della rilevanza delle «condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale» ne risulta chiarito sotto un duplice profilo.

10.1. La riforma dei criteri della pericolosità sociale di cui alla legge n.81/2014: fondamento e limiti di legittimità costituzionale.

In primo luogo, infatti, in applicazione del più elementare procedimento ermeneutico che, ai sensi dell'art.12 disp. prel. c.c., deduce il «senso» delle disposizioni legislative «dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore», l'espressa esclusione di un «elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale» è un chiaro indice dell'orientamento *in bonam partem* degli interventi sui criteri della pericolosità sociale introdotti dal legislatore con la legge n.81/2014.

Secondo i canoni volutaristici dell'interpretazione storica (o psicologica)⁴⁷ risulterebbe chiaramente anomala e ardua da sostenere l'ipotesi di un orientamento diverso per disposizioni simili inserite con la stessa riforma nello stesso comma dello stesso articolo della stessa legge: anche l'irrilevanza delle «condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale», dunque, sembra stabilita per escludere elementi che altrimenti potrebbero essere idonei a «supportare il giudizio di pericolosità sociale».

Non si tratta, tuttavia, soltanto dei criteri sostanzialmente psicologici di un'esegesi molto elementare che trova il suo riferimento essenziale nella mitologia antropomorfa ed autoritaria del legislatore sostenuta dal volutarismo giuridico; in ogni regime che sia diverso dal modello essenziale della monarchia assoluta, essa risulta evidentemente priva di qualsiasi reale fondamento.

Piuttosto, si tratta del principio del *favor libertatis* che, anche in riferimento ai canoni ben più complessi della interpretazione sistematica, trova notoriamente un fondamento nella disposizione di cui all'art.13 Cost..

Entrambe le limitazioni introdotte con la legge n.81/2014 alla base del giudizio di pericolosità sociale dell'infermo e seminfermo di mente autore di un fatto di reato sono poste *in bonam partem* e sono, quindi, norme favorevoli.

Ne deriva, pertanto, anche l'impossibilità di un sindacato di legittimità costituzionale che non sia fondato sulla irragionevolezza discriminatoria in riferimento al parametro del principio di uguaglianza di cui all'art.3 Cost.⁴⁸.

Potrebbe essere questo il caso della legge n.81/2014 che modifica il co.4 dell'art.3-ter del d.l. n.211/2011 introducendo una disciplina evidentemente

⁴⁷ Si tratta delle «metodologie chiuse» dell'interpretazione, superate nella sostanziale unità del metodo interpretativo e originate dalla «concezione volutaristica del diritto strettamente connessa, storicamente ed ideologicamente, al dogmatismo teologico e, come questo, prodotto evidente del principio di autorità», fondato sulla volontà superiore del legislatore o, comunque, della legge: cfr. PARESCHE, *Interpretazione*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1972, 152 ss., 215 ss., 220 ss.

⁴⁸ Per tutti, PULITANÒ, *Diritto penale* (2005), V ed., Torino, 2013, 126.

differenziata dei criteri del giudizio di pericolosità sociale per il fatto di reato commesso da un infermo o un seminfermo di mente⁴⁹.

Resta da verificare, tuttavia, se un'irragionevole discriminazione sia posta a favore di questi ultimi o, al contrario, esclusivamente nella parte in cui la disposizione non è applicabile per la valutazione della pericolosità sociale di chiunque abbia commesso un fatto di reato.

A nostro avviso, è quest'ultimo l'unico margine di illegittimità costituzionale ipotizzabile per la disposizione di cui all'ultima parte del co.4 dell'art.3-ter del d.l. n.211/2011 come modificato dalla legge n.81/2014.

L'esclusione della rilevanza delle «condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale» introdotta con la legge n.81/2014 rappresenta, infatti, una soluzione doverosa per realizzare i requisiti minimi indispensabili ed utili a ricondurre la disciplina della pericolosità sociale ad essenziali parametri di legittimità costituzionale che, soprattutto in riferimento alla condizione dell'infermo o del seminfermo di mente, appaiono palesemente violati⁵⁰.

Si tratta, infatti, di persone non autosufficienti e bisognose di cure o, comunque, di un percorso di riabilitazione sociale, per le quali la condizione di svantaggio sociale diventa il pretesto per una rimodulazione del tutto particolare del confine tra libertà e sanzione detentiva.

Infatti, nel paradossale riferimento ad esigenze di tutela del diritto alla salute di cui all'art.32 Cost.⁵¹, la sanzione detentiva risulta prolungata in termini palesemente discriminatori.

Ma, soprattutto, sono palesi le violazioni di fondamentali principi costituzionali che realizza la disciplina legislativa di riferimento.

In particolare, violano palesemente il principio della personalità della responsabilità penale di cui all'art.27 co.1 Cost. le disposizioni che, considerando criteri di pericolosità sociale anche le «condizioni di vita individuale, familiare e sociale», hanno realizzato le condizioni giuridiche perché fossero confermati i giudizi di pericolosità sociale di internati trascurati o, comunque, non presi in carico dal servizio sanitario nazionale, pur a fronte di quadri clinici adeguati a percorsi terapeutici e riabilitativi extramurari.

È evidente, infatti, che, in casi simili, la privazione della libertà personale dell'internato non sarebbe in alcun modo riconducibile alla sua persona o alla sua

⁴⁹ In tal senso, cfr. gli argomenti di cui alla lett.b del par.3 della [Ordinanza del 16.7.2014 del Tribunale di sorveglianza di Messina](#), in *questa Rivista* con commento di BIANCHETTI, [Sollevata questione di legittimità costituzionale in merito ai nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale del seminfermo di mente](#).

⁵⁰ V. *infra* par. 12.7; sul punto sia consentito il rinvio a SCHIAFFO, *Le strategie per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: il d.l. n.52/2014 e lo sguardo corto dell'interprete*, in corso di stampa in *Critica del diritto*, 2014, par.8.

⁵¹ In riferimento alle disposizioni sui criteri del giudizio di pericolosità sociale di cui alla legge n.81/2014 ritiene che «se sono assenti programmi terapeutici individuali, la nuova disciplina, che si muove entro una chiara ratio di garanzia, rischia di tradursi negativamente sul diritto alla salute (art.32 Cost.)» evidentemente ritenuto garantito ed effettivo grazie alla permanenza in OPG, PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, cit., 926.

condotta, ma esclusivamente alla impossibilità di essere preso in carico dalla famiglia o dal servizio sanitario nazionale, ovvero ad elementi a lui del tutto estranei.

Peraltro, nella prospettiva della dommatica del reato, la disposizione di cui all'art.27 co.1 Cost. è stata assunta come riferimento fondamentale per l'affermazione, nel sistema penale di uno stato laico e pluralista, di «una deeticizzata categoria della responsabilità personale» che comprenderebbe «sia il fatto dell'imputabile che quello del non imputabile»⁵².

In particolare, «richiamandosi ai parametri di ragionevolezza espressi [...] dalla norma di cui all'art.3 Cost.», essa recupererebbe dalla tradizionale categoria della colpevolezza, compromessa dalle opzioni fondamentalmente etiche della funzione retributiva della pena, esclusivamente un «concetto concreto di proporzionalità, i cui criteri di valutazione dovrebbero essere dati dal titolo di imputazione soggettiva e dalla gravità del fatto sotto il profilo della dannosità sociale»⁵³.

10.2. Oltre la irrilevanza della «mancanza di programmi terapeutici individuali»: necessità ed autonomia del divieto di «tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale».

Il senso della generica esclusione della rilevanza delle «condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale» è chiarito anche sotto un ulteriore profilo dalla disposizione di cui all'ultimo periodo del co.4 dell'art.3-ter del d.l. n.211/2011 che, dopo le modifiche di cui alla legge n.81/2014, prevede che «non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali».

È evidente, infatti, che, pur a fronte di un quadro clinico migliorato e, quindi, adeguato ad un percorso terapeutico extramurario, se il Dipartimento di Salute Mentale dell'ASL di residenza non lo ha programmato e la famiglia dell'internato non è disposta ad accoglierlo, si realizzano «condizioni di vita [...] familiare e sociale» che sono tutt'altro che favorevoli all'internato poiché, ai sensi del combinato disposto degli artt. artt.203 co.2 e 133 co.2 n.4 c.p., potrebbero determinarne, invece, la pericolosità sociale.

La disposizione secondo cui «non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali» e quella secondo cui l'«accertamento» della pericolosità sociale «dell'infermo di mente e del

⁵² MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 92, al quale si rinvia anche per i fondamentali riferimenti bibliografici relativi al dibattito che, in una prospettiva teorico-generale, ha animato la dottrina tedesca in relazione alle proposte per un superamento del concetto di colpevolezza.

⁵³ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 92 s. Del tutto coerente con la necessità di rispettare criteri di proporzionalità appare l'altra fondamentale riforma della disciplina codicistica delle misure di sicurezza realizzata con la legge n.81/2014 che, introducendo il co.1-quater all'art.1 del d.l. n.52/2014, dispone che «le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima».

seminfermo di mente» «è effettuato [...] senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale» sembrano, quindi, orientate entrambe ad escludere qualsiasi rilevanza della mancata iniziativa di chiunque dovrebbe attivarsi per favorire il percorso di dimissione dell'internato.

Il riferimento all'ipotesi della «*sola mancanza di programmi terapeutici individuali*» sembra risolversi, quindi, in una specificazione delle «*condizioni di vita [...] sociale*» utile a sollecitare l'iniziativa dei Dipartimenti di Salute Mentale e necessaria a rendere inequivocabile l'irrilevanza dell'ipotesi contraria della loro inerzia.

Si tratta, tuttavia, di una *lex specialis* che non supera, né rende superflua la *lex generalis* del riferimento meno preciso alla irrilevanza delle «*condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale*».

Infatti, anche se predisposto dal Dipartimento di Salute Mentale dell'ASL competente e trasmesso, quindi, al magistrato di sorveglianza per il riesame della pericolosità sociale, il programma terapeutico-riabilitativo individuale potrebbe limitarsi a registrare la indisponibilità della famiglia dell'internato ad accoglierlo e l'assenza di strutture residenziali (socio)sanitarie idonee alla sua presa in carico.

In tal caso, emerge un ambito di applicabilità del tutto autonomo per la disposizione aggiunta al co.4 dell'art.3-ter del d.l. n.211/2011 con la legge n.81/2014, secondo cui l'«*accertamento*» della pericolosità sociale «*dell'infermo di mente e del seminfermo di mente*» «è effettuato [...] senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale».

Le due disposizioni, dunque, appaiono assolutamente necessarie, da un lato, e quanto meno opportune, dall'altro, a garantire la libertà dell'infermo o seminfermo di mente autore di un fatto di reato contro intollerabili violazioni del principio della personalità della responsabilità penale di cui all'art.27 co.1 Cost..

11. Le «proroghe sistematiche basate su una certa dilatazione del concetto di pericolosità»: i “dimissibili”.

Quando la pericolosità sociale dell'internato è confermata esclusivamente in ragione della mancanza o oggettiva impossibilità di percorsi terapeutici extramurari, l'ospedale psichiatrico giudiziario svolge funzioni reali e latenti che sono molto diverse da quelle manifeste definite nel codice penale⁵⁴, si risolvono nella presa in carico di un

⁵⁴ Una nota e limpida distinzione tra le «*conseguenze oggettive per una unità specifica (persona, sottogruppo, sistema sociale o culturale), che contribuiscono all'adattamento o all'aggiustamento di essa e a tal fine sono state volute*» (funzioni manifeste) e le «*conseguenze dello stesso genere che non sono né volute né riconosciute*» (funzioni latenti) è riconducibile a MERTON, *Teoria e struttura sociale* (1949, III ed. 1968), Bologna, 2000, 191 ss. che la esemplifica con le danze per la pioggia praticate dalle tribù degli indiani d'America, apparentemente utili a favorire la pioggia, ma in realtà occasioni periodiche e necessarie a favorire la coesione sociale.

sofferente psichico e risultano, pertanto, evidentemente sostitutive delle funzioni che, invece, dovrebbero svolgere i servizi psichiatrici territoriali⁵⁵.

Si tratta, peraltro, di situazioni che, ancora oggi, sono tutt'altro che rare tra gli internati negli ospedali psichiatrici giudiziari e che già da tempo sono note agli operatori di settore⁵⁶.

Nel 2011 esse furono rilevate anche nella "Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari" della Commissione parlamentare d'inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del sistema sanitario nazionale istituita dal Senato, laddove si afferma 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 bensì per la carenza di un'adeguata offerta di strutture residenziali e riabilitative esterne*»⁵⁷.

Le considerazioni della Commissione, peraltro, sembrano avere chiaramente orientato anche la legge n.9/2012 che, in sede di conversione, aggiunse al d.l. n.211/2011 l'art.3-ter.

Infatti, nonostante i numerosi interventi successivi di riforma – e i profili tecnicamente discutibili della disposizione –, l'art.3-ter del d.l. n.211/2011, condividendo il vocabolario del lavoro quotidiano degli operatori di settore, sembra riferirsi alla categoria dei "dimissibili" quando ipotizza la presenza di persone che non sarebbero più socialmente pericolose, ma sono comunque trattenute in OPG solo perché non si riesce a progettare percorsi terapeutici extramurari.

In particolare, è evidentemente riferita a situazioni di questo tipo la disposizione di cui al co.4 dell'art.3-ter del d.l. n.211/2011 che, ancora oggi, prevede che «*le persone che hanno cessato di essere socialmente pericolose devono essere senza indugio dimesse*»⁵⁸.

⁵⁵ Sul punto sia consentito il rinvio a SCHIAFFO, *Le funzioni latenti del sistema penale: l'ospedale psichiatrico giudiziario*, in *Critica del diritto*, 2012, 270 ss., 278 ss.

⁵⁶ Risultano esemplari, sotto questo profilo gli Atti del Convegno "Pericolosità Sociale e Società Pericolosa: l'uomo in trappola" svoltosi nel 1998 nell'OPG di Aversa e pubblicati nel numero monografico della rivista *Interazioni Psichiatria Giustizia, Rivista semestrale dell'Ospedale Psichiatrico Giudiziario di Aversa*, 1999, Anno I, Numero 1.

⁵⁷ Senato della Repubblica, XVI legislatura, Doc.22-bis n.4, Commissione parlamentare d'inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del sistema sanitario nazionale, Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari (approvata dalla Commissione nella seduta n.125 del 20 luglio 2011), 6.

⁵⁸ In termini molto simili ipotizza chiaramente l'esistenza di persone che non sarebbero più socialmente pericolose e che, tuttavia, sarebbero trattenute in OPG solo perché non si riesce a progettare percorsi terapeutici extramurari una disposizione che la legge n.57/2013 ha aggiunto al co.6 dell'art.3-ter del d.l. n.211/2011 e che prevede che nei programmi regionali siano definiti «*tempi certi e impegni precisi per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, prevedendo la dimissione di tutte le persone internate per le quali l'autorità giudiziaria abbia già escluso o escluda la sussistenza della pericolosità sociale*».

Sebbene quella dei “dimissibili” sia una categoria che non ha alcuna rilevanza giuridica⁵⁹ e che sembra definita solo dalla esigenza di una maggiore efficacia comunicativa nella gestione quotidiana del lavoro degli operatori di settore, una sua esemplificativa, ma precisa quantificazione è emersa, infine, nella normativa della Regione Campania proprio a seguito delle disposizioni di cui alla legge n.81/2014.

Il co.1-ter aggiunto all’art.1 del d.l. n.52/2014 con la legge di conversione n.81/2014 prevede, infatti, che «*i percorsi terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione di ciascuna delle persone ricoverate negli ospedali psichiatrici giudiziari alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto [...] devono essere obbligatoriamente predisposti e inviati al Ministero della salute e alla competente autorità giudiziaria entro quarantacinque giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*».

Nell’Allegato A del decreto della Regione Campania n.104 del 30.9.2014 risulta che, alla scadenza del termine di cui al co.1-ter dell’art.1 del d.l. n.52/2014 (determinata al 15 luglio 2014), erano stati inviati al Ministero della salute ed alla competente autorità giudiziaria 108 progetti terapeutico-riabilitativi individuali su 110 internati assistiti dal sistema sanitario regionale e che per 72 dei 108 pazienti valutati è stato proposto un progetto terapeutico-riabilitativo extramurario⁶⁰.

Si tratta, evidentemente, di 72 persone per le quali, al riesame successivo, il magistrato di sorveglianza potrebbe escludere la pericolosità sociale o, almeno, decidere la trasformazione della misura del ricovero in OPG in quella della libertà vigilata secondo le indicazioni della sentenza n.253/2003 della Corte costituzionale⁶¹ o l’applicazione di una licenza finale *ex art.53 co.1 o.p.*.

Altrettanto evidentemente il dato è emerso in modo del tutto occasionale per le persone internate al 1 giugno 2014 in ragione della disposizione che è prevista al co.1-ter aggiunto all’art.1 del d.l. n.52/2014 con la legge di conversione n.81/2014 e che ha posto un termine per la predisposizione obbligatoria di «*percorsi terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione di ciascuna delle persone ricoverate negli ospedali psichiatrici giudiziari alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*».

Il diritto alla libertà personale di coloro che erano internati in OPG al 1 giugno 2014 ne è risultato garantito in modo palesemente più efficace.

⁵⁹ Nella prospettiva delle categorie della modalità nei postulati del pensiero empirico proposti da KANT, *Critik der reinen Vernunft* (1781), III ed., Riga, 1790, 265 ss., è evidente che in uno stato di diritto la libertà può essere declinata solo secondo i termini di certezza della «*necessità*» e non secondo quelli meramente eventuali della «*possibilità*». Infatti, nell’ordinamento italiano, in riferimento alla conclusione di un regime detentivo, assume esplicita rilevanza giuridica esclusivamente la posizione del «*dimittendo*», per il quale l’art. 88 del Regolamento penitenziario di cui al d.P.R. n.230/2000 prevede un «*particolare programma di trattamento*».

⁶⁰ Cfr. la Tabella 3 del paragrafo 3 dell’Allegato A al decreto n.104/2014 del Commissario *ad acta* per la prosecuzione del Piano di rientro del settore sanitario della Regione Campania pubblicato sul *Bollettino Ufficiale della Regione Campania* n.69 del 6 ottobre 2014.

⁶¹ Sul punto, da ultimo, PICCIONE, *Politica delle libertà costituzionali e soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 112.

Una analoga efficacia per le garanzie del diritto alla libertà personale di coloro che si sono ritrovati o si ritroveranno internati in OPG dopo il 1 giugno 2014 deriva solo dalle disposizioni di cui all'art.3-ter co.4 del d.l. n.211/2011 come modificato dalla legge n.81/2014, che, per la valutazione della pericolosità sociale dell'infermo e del seminfermo di mente, escludono la rilevanza della «*mancanza di programmi terapeutici individuali*» e delle «*condizioni di vita individuale, familiare e sociale*» di cui all'art.133 co.2 n.4 c.p..

Senza tali disposizioni – e dato che la legislazione vigente non prevede un obbligo analogo a quello di cui al co.1-ter del d.l. n.52/2014 per la generica predisposizione di programmi terapeutico-riabilitativi individuali –, per loro sarebbe molto più concreto il rischio di tornare nel limbo dei “dimissibili”.

11.1. Pericolosità sociale e paranoie giurisprudenziali: la «*pericolosità latente*».

Ai “dimissibili”, dunque, è evidentemente riferibile la *ratio legis* delle disposizioni di cui alla legge n.81/2014 che, per la valutazione della pericolosità sociale dell'infermo e del seminfermo di mente, escludono la rilevanza della «*mancanza di programmi terapeutici individuali*» e delle «*condizioni di vita individuale, familiare e sociale*» di cui all'art.133 co.2 n.4 c.p..

Troppo spesso, però, non risulta argomentata con gli indici di cui agli artt.203 e 133 co.2 n.4 c.p. la rilevanza giuridica che presso la giurisprudenza di sorveglianza hanno assunto le situazioni degli internati trattenuti in OPG esclusivamente in ragione della mancanza o impossibilità di percorsi terapeutici extramurari.

Piuttosto, in casi simili la pericolosità sociale dell'internato è confermata sulla base di sorprendenti acrobazie argomentative che, seppur anomale, risultano ampiamente condivise presso la giurisprudenza di sorveglianza ed erano presumibilmente note anche al legislatore quando è intervenuto con la legge n.81/2014.

Infatti, gli argomenti usati dalla giurisprudenza di sorveglianza per confermare la pericolosità sociale dei “dimissibili” potrebbero essere le ragioni che hanno indotto il legislatore a precisare e specificare il divieto di «*tenere conto della condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale*» con la disposizione secondo cui «*non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali*».

Si tratta, in particolare, di orientamenti giurisprudenziali efficacemente rappresentati dalla decisione di prorogare la misura di sicurezza anche quando «*l'internato non ha creato particolari problemi, ha partecipato al corso di yoga e al laboratorio teatrale, ha frequentato il corso per giardiniere, ha fruito di licenze con i familiari*» e sebbene «*gli operatori del servizio territoriale competente hanno partecipato alla riunione d'equipe, concludendo per la sperimentabilità del soggetto in idonea struttura esterna, poiché i familiari, pur molto affezionati e disponibili, non sono in grado di gestirlo nel quotidiano*».

In questo caso, infatti, «*non disponendo la ASL [di riferimento] di strutture adeguate e disponibili al caso concreto*», è stata ritenuta «*necessaria una ulteriore proroga*» della misura di sicurezza applicata all'internato «*in quanto la patologia psichiatrica che lo*

affligge potrebbe peggiorare, riacutizzandone la pericolosità latente, qualora [l'internato] non seguisse la terapia che gli viene attualmente garantita dall'OPG»⁶².

Sebbene evidentemente non abbia una consistenza probatoria diversa dalla pericolosità presunta di cui alle disposizioni dichiarate illegittime con le sentenze della Corte costituzionale del 1974 e del 1982 e poi abrogate dalla legge n.663/1986⁶³, il riferimento alla «*pericolosità latente*» ricorre spesso nelle ordinanze della giurisprudenza di sorveglianza⁶⁴ che si risolvono in una sostanziale elusione dell'obbligo di motivazione per tutti i provvedimenti giurisdizionali stabilito al comma 6 dell'art.111 della Costituzione.

Contro le ordinanze che ricorrono alla «*pericolosità latente*» per motivare la decisione di prorogare la misura di sicurezza potrebbe essere agevolmente proposto appello al Tribunale di sorveglianza ai sensi dell'art.680 c.p.p..

Se ciò accade solo raramente e tra gli internati in ospedale psichiatrico giudiziario dilaga una evidentissima condizione di marginalità economica e sociale, il sistema giuridico e sociale dell'internamento risulta chiaramente selettivo ed arbitrario.

In particolare, il relativo contesto giudiziario è notoriamente strutturato secondo *standard* operativi che prevedono poco spazio per la difesa, troppo spesso evidente anche nei moduli talvolta predisposti dalle cancellerie per i provvedimenti del magistrato.

In particolare, l'internato è penalizzato dalle sue difficili «*condizione di vita familiare e sociale*» non solo perché, prima della legge n.81/2014, poteva derivarne la conferma della sua pericolosità sociale, ma innanzitutto perché la marginalità sociale ed economica troppo spesso rende impossibile la scelta di un difensore di fiducia e l'internato si ritrova assistito, invece, da un difensore nominato sul momento d'ufficio.

Non può sorprendere, quindi, che l'esito rischia di essere rappresentato da palesi violazioni di fondamentali principi costituzionali e, comunque, da un gravissimo *deficit* di effettività del diritto di difesa di cui all'art.24 Cost..

12. Valutazioni di sintesi: le «ragioni della nostra ripugnanza».

Sebbene discutibile per taluni aspetti, la riforma dei criteri di pericolosità sociale di cui alla legge n.81/2014 rappresenta comunque un'importante evoluzione verso una maggiore conformità ai principi costituzionali della disciplina delle misure di sicurezza.

12.1. Il fondamento costituzionale della riforma.

⁶² Ufficio di sorveglianza di Santa Maria Capua Vetere, proc. n.71/2010 R.G.M.S.D., ordinanza del 1.3.2012.

⁶³ V. *supra* par.4.

⁶⁴ Cfr., tra le altre, Ufficio di sorveglianza di Messina, proc. n.2909/10 Reg. Es. Mis. Sic., ordinanza del 10.11.2011; Ufficio di sorveglianza di Santa Maria Capua Vetere, proc. n.97/2009 R.G.M.S.D., ordinanza del 18.1.2012.

Almeno in riferimento all'infermo e al seminfermo di mente risulta, infatti, finalmente superata l'intollerabile violazione del principio della personalità della responsabilità penale di cui all'art.27 co.1 Cost.⁶⁵.

Si tratta, infatti, di un principio posto a tutela di imputabili e non imputabili⁶⁶, che sarebbe palesemente compromesso da una disciplina codicistica della pericolosità sociale che consentisse la proroga della misura di sicurezza del ricovero in OPG esclusivamente in ragione delle difficoltà del sistema sociosanitario e/o socioassistenziale a definire una soluzione di presa in carico del paziente alternativa all'internamento.

Se oggi è impossibile che si creino situazioni di questo tipo, ciò è dovuto semplicemente alle disposizioni di cui alla legge n.81/2014 che, per la valutazione della pericolosità sociale dell'infermo e del seminfermo di mente, escludono la rilevanza della «*mancaza di programmi terapeutici individuali*» e delle «*condizioni di vita individuale, familiare e sociale*» di cui all'art.133 co.2 n.4 c.p..

12.2. L'irrelevanza della «*mancaza di programmi terapeutici individuali*»: le soluzioni alternative.

Se la irrilevanza delle «*condizioni di vita individuale, familiare e sociale*» appare necessaria per adeguare ai parametri di legittimità di cui all'art.27 co.1 Cost. i criteri per la valutazione della pericolosità sociale dell'infermo e del seminfermo di mente, la irrilevanza della «*mancaza di programmi terapeutici individuali*» ne è una particolare specificazione⁶⁷ che sembra risolversi in una opportuna sollecitazione per i Dipartimenti di Salute Mentale ad attivarsi per la definizione di un percorso terapeutico-riabilitativo in favore dei propri pazienti internati in OPG.

Evidentemente sarebbe stata del tutto superflua una sollecitazione in tal senso se la riforma avesse esteso a favore di tutti gli internati l'obbligo di predisporre un progetto terapeutico-riabilitativo individuale che, invece, è stato introdotto all'art.1 co.1-*ter* del d.l. n.52/2014 esclusivamente per gli internati presenti al 1 giugno 2014⁶⁸.

In ambito regionale, una soluzione di questo tipo risulta adottata in Campania, dove si è scelto di «*ascrivere alla responsabilità del Direttore Generale dell'Azienda di riferimento*» il conseguimento dell'obiettivo di «*assicurare la predisposizione e l'invio all'Autorità Giudiziaria competente [...] dei progetti terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione per tutte le persone di competenza presenti negli attuali OPG e nelle realizzande*

⁶⁵ V. *supra* par.10.1.

⁶⁶ Il superamento del concetto di colpevolezza implica, infatti, il riferimento della elaborazione dommatica del reato alla categoria della responsabilità, riferibile ad imputabili e non imputabili: v. *supra* note 52 e 53.

⁶⁷ V. *supra* par.10.2.

⁶⁸ V. *supra* par.11.

Strutture residenziali per le misure di sicurezza (REMS) ed entro 30 giorni dal loro ingresso nelle predette strutture»⁶⁹.

12.3. Gli esigui margini di illegittimità costituzionale della riforma.

Resta, evidentemente, ancor lunga la strada da percorrere per una disciplina giuridica delle misure di sicurezza adeguata alla consapevolezza di quanto sia «*indispensabile lavorare per il superamento dell'equivoco, riduttivo e non scientifico concetto di "socialmente pericoloso"*» e, in particolare, di come la pericolosità sociale sia, in realtà, solo una «*malattia infantile della criminologia*».

In questa prospettiva e in considerazione degli obiettivi ormai raggiunti con la disciplina vigente, il primo profilo di illegittimità da superare coinvolge proprio la disposizione della legge n.81/2014 che impedisce di «*tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale*», nella parte in cui non è applicabile per la valutazione della pericolosità sociale di chiunque abbia commesso un fatto di reato⁷⁰.

12.4. Le censure normative delle competenze di settore: fondamento etico ed epistemologico.

È innegabile che, in riferimento specifico all'infermo e seminfermo di mente, la disposizione si risolva nell'insormontabile 'spessore normativo' di una censura delle competenze di settore, resa particolarmente odiosa dalla radicale e faticosa evoluzione della psichiatria, oggi orientata a considerare «*l'uomo e non solo il suo corpo, ma lui stesso nella totalità della sua persona*»⁷¹ e, quindi, a riconoscere la rilevanza diagnostica e terapeutica dei fattori ambientali⁷².

Non sarebbe, tuttavia, la prima "censura" – e, verosimilmente, neppure l'ultima – che il carattere deontologico del sistema del diritto positivo vigente impone ai dati ontologici proposti dalle scienze empiriche: il divieto di perizia su personalità e carattere di cui all'art.220 co.2 c.p.p.⁷³ ne è solo un efficace esempio che, peraltro, condivide il riferimento alla psicologia e psichiatria forense.

Né, d'altra parte, si tratta di censure di derivazione esclusivamente etica.

Nella prospettiva epistemologica del falsificazionismo, infatti, la prevedibile falsificazione di qualsiasi acquisizione scientifica ne rende inopportuna l'applicazione

⁶⁹ Così dispone il punto 5.3 del decreto n.104/2014 del Commissario ad acta per la prosecuzione del Piano di rientro del settore sanitario della Regione Campania pubblicato sul *Bollettino Ufficiale della Regione Campania* n.69 del 6 ottobre 2014.

⁷⁰ V. *supra* par.10.1.

⁷¹ V. *supra* nota 27.

⁷² V. *supra* par.7.

⁷³ V. *supra* par.2.

su ampia scala prima che essa abbia raggiunto uno stato di consolidamento avanzato e ritenuto sufficiente, nella comunità scientifica di riferimento, alla (momentanea) conclusione della fase sperimentale.

Deriva, invece, da una valutazione etica la necessità che il consolidamento dell'acquisizione scientifica sia non solo sufficiente, ma anche adeguato alla gravità degli esiti della sua applicazione.

In particolare, se la misura della gravità degli esiti è data dalla tutela dei diritti dell'uomo, è evidente che, poiché «solo l'uomo e con lui ogni creatura razionale è scopo in sé stesso»⁷⁴, egli non può diventare strumento di falsificazione e, quindi, deve restare fuori dai laboratori che segnano le tappe dell'incessante progresso della ricerca, per congetture e confutazioni, in qualsiasi settore scientifico⁷⁵.

12.5. L'inopportuno riferimento alle «qualità soggettive».

Non è molto diversa, d'altra parte, la prospettiva che rende, invece, condivisibili le valutazioni critiche della legge n.81/2014 laddove, integrando il co.4 dell'art.3-ter del d.l. n.211/2011, prevede che l'accertamento della pericolosità sociale dell'infermo e seminfermo di mente sia «effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona».

La disposizione ripropone palesemente le considerazioni della Commissione parlamentare d'inchiesta sul sistema sanitario nazionale istituita dal Senato che nel 2011 criticava il «fenomeno delle proroghe sistematiche della misura di sicurezza [...] dispost[e] non già in ragione di una condizione soggettiva di persistente pericolosità»⁷⁶.

Ciò nonostante, la limitazione della valutazione di pericolosità sociale alle «qualità soggettive della persona» stabilita nella legge n.81/2014 risulta discutibile, superflua e soprattutto fuorviante, in ragione del pericolo di derive lombrosiane ed eugenetiche che potrebbero provenire dalla euforia neuroscientifica recentemente emersa anche nella giurisprudenza⁷⁷, ma ancora evidentemente lontana da una consolidata ed affidabile razionalizzazione scientifica⁷⁸.

⁷⁴ KANT, *Critik der praktischen Vernunft* (1788), IV ed., Riga, 1797, 155 s.

⁷⁵ V. *supra* nota 22.

⁷⁶ V. *supra* nota 57.

⁷⁷ Sul punto, per tutti, cfr. FORNARI, *Le neuroscienze forensi: una nuova forma di neopositivismo*, in *Cass. pen.*, 2012, 2719 ss.

⁷⁸ Anche nella giurisprudenza di merito, il recente orientamento favorevole alla rilevanza di elementi deducibili da indagini di tipo neuroscientifico e genetico che è notoriamente emerso nelle decisioni del GIP di Como del 20.5.2011 e, precedentemente, nella sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Trieste n.5 del 18.9.2009 (in riferimento ad entrambe cfr., per tutti, COLLICA, [Il ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità](#), in *questa Rivista*, 15 febbraio 2012, 1 ss.) è tutt'altro che consolidato: cfr. la sentenza n.5/2012 della stessa Corte d'Assise d'Appello di Trieste che, sul punto, ha condiviso la perizia dei Dott. Mario Novello e Carlo Schenardi laddove si rinviava peraltro, alla diversa opinione espressa nella comunità scientifica internazionale. In particolare i periti rinviavano ad «un articolo pubblicato su *European Journal of human Genetic*», la rivista della European Society of Human Genetics, dove, in riferimento alla precedente sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Trieste, si conclude nel senso che «non vi è alcun fondamento

12.6. La via maestra della libertà vigilata terapeutica.

In ogni caso, sarebbe solo parziale la censura di consolidate acquisizioni scientifiche che deriverebbe dall'adeguamento dei criteri normativi del giudizio di pericolosità sociale ad imprescindibili parametri di legittimità costituzionale.

Infatti, l'esclusione della rilevanza «*delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale*» non si colloca in una banale scacchiera concettuale dove, esclusi i fattori ambientali della pericolosità sociale, troverebbe spazio un «*riduzionismo monofattoriale e antiscientifico nella valutazione dei comportamenti complessi*»⁷⁹.

Piuttosto, la riforma dei criteri legislativi per il giudizio di pericolosità sociale di cui alla legge n.81/2014 si inserisce nel sistema giuridico vigente che, oltre alla necessità di un continuo adeguamento legislativo ed esegetico ai parametri di legittimità costituzionale, all'art.133 co.2 n.2 c.p. dispone che la capacità a delinquere – e quindi, ex art.203 co.2 c.p., anche la pericolosità sociale – va desunta anche «*in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato*».

Si tratta, evidentemente, di indici che, anche meglio del criterio di cui al n.4 del co.3 dell'art.133 c.p., evocano l'interesse per «*l'uomo [...] nella totalità della sua persona*» proposto dall'indirizzo fenomenologico della psichiatria.

Se, infatti, il mero riferimento alle «*condizioni di vita individuale, familiare e sociale*» si inserisce in una valutazione chiaramente prognostica della condotta dell'autore di un fatto di reato e, data la lettera della disposizione, non implica necessariamente la considerazione della interazione dei fattori ambientali con la persona (che potrebbe addirittura subirli ed esserne, quindi, la prima vittima), la “generica” valutazione dell'intera «*vita del reo, antecedent[e] al reato*» assume un valore

*scientifico per potere affermare che varianti genetiche, ritenute idonee a predisporre all'aggressione, possano rendere i loro portatori incapaci di reprimere un comportamento aggressivo e, quindi, incapaci di scegliere correttamente comportamenti socialmente accettabili. Infatti, un gene non esercita alcun effetto in termini di “responsabilità” e tale termine, di carattere filosofico e giuridico, non dovrebbe essere usato per descrivere meccanismi biologici. C'è un pericolo nell'uso di parole che attribuiscono ruoli alla biologia in ordine alla responsabilità. Il caso discusso sopra può inoltre evidenziare l'importanza delle parole usate dai professionisti per designare gli effetti dei geni. Quando un giudice accerta la responsabilità e gli stessi genetisti esprimono gli effetti dei geni in termini di responsabilità, è da attendersi una certa confusione»: cfr. FORZANO, BORRY, CAMBON-THOMSEN, HODGSON, DE VRIES, VAN EL, CORNEL, [Italian appeal court: a genetic predisposition to commit murder?](#), in *European Journal of Human Genetics* 2010, 519 ss., 520. (sia la sentenza che la perizia sono attualmente inedite). Per la dottrina penalistica, BERTOLINO, [Prove neuroscientifiche di verità penale](#), in questa Rivista, 15 ss. ritiene che «nemmeno gli studi neuroscientifici sono attualmente in grado di fornire affidabili informazioni predittive», ma che «deve essere valorizzato il contributo che le neuroscienze possono offrire per la valutazione della capacità di intendere e di volere», anche in riferimento ai disturbi della personalità poiché «anche per essi le neuroscienze sembrano in grado di assicurare un substrato di fisicità cerebrale».*

⁷⁹ Così, PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, cit., 925 in riferimento ad una citazione di FORNARI, *Le neuroscienze forensi: una nuova forma di neopositivismo*, cit., 2727.

anamnestico che, riferito alle modalità con cui le condizioni ambientali sono state vissute dal reo, esclude le palesi violazioni del principio della personalità della responsabilità penale che, invece, sarebbero possibili applicando il criterio di cui all'art.133 co.2 n.4 c.p..

Anche dopo la riforma di cui alla legge n.81/2014, per l'infermo e il seminfermo di mente resta possibile, dunque, una valutazione di pericolosità sociale comunque riconducibile a fattori ambientali che, tuttavia, ai sensi dell'art.133 co.2 n.2 c.p. assumono rilevanza esclusivamente per il modo in cui sono stati vissuti dall'autore del fatto di reato.

Se, tuttavia, la pericolosità sociale dell'autore del fatto di reato non imputabile per vizio totale o parziale di mente è confermata esclusivamente in ragione delle modalità secondo cui egli ha vissuto le sue condizioni di vita familiare e sociale, sarebbe quanto meno inopportuna una misura di sicurezza che preclude «*il primo passo verso la cura del malato [che] è il ritorno alla libertà*»⁸⁰.

Piuttosto, in casi di questo tipo appare evidentemente preferibile la libertà vigilata terapeutica che, nella sentenza n.253/2003, la Corte costituzionale ha indicato come alternativa al ricovero in OPG. Essa, infatti, appare non solo conforme al principio della sussidiarietà del ricovero in OPG esplicitamente affermato nella stessa sentenza, ma anche e soprattutto pienamente adeguata ad incidere efficacemente sulle cause reali della pericolosità sociale del paziente.

12.7. Le «ragioni della nostra ripugnanza».

I criteri legislativi per la valutazione della pericolosità sociale dell'infermo e del seminfermo di mente che residuano dopo la riforma di cui alla legge n.81/2014 appaiono, dunque, adeguati alla via maestra della libertà vigilata quale alternativa all'OPG, indicata dalla Corte costituzionale nella sentenza n.253/2003 e, comunque, non incorrono nella violazione dell'art.27 co.1 della Costituzione.

Diversamente, la violazione del principio della personalità della responsabilità penale di cui all'art.27 co.1 Cost. risulterebbe palese ed inequivocabile se, in applicazione dell'art.133 co.2 n.4 c.p., fosse prorogata la privazione della libertà personale dell'internato esclusivamente a causa della disorganizzazione o dei *deficit* di bilancio nella gestione dei servizi psichiatrici territoriali.

Non è riferibile, invece, ad una specifica disposizione di legge, ma soltanto ad un deplorabile contesto sociale la palese ed intollerabile violazione dei «*doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*» di cui all'art.2 Cost., determinata dalla impossibilità di accogliere fuori dall'OPG l'internato pronto ad essere ammesso ad un percorso terapeutico-riabilitativo extramurario.

⁸⁰ BASAGLIA, *La distruzione dell'ospedale psichiatrico come luogo di istituzionalizzazione* (1965), in ID., *L'utopia della realtà*, Torino, 2005, 17 ss..

Non sono, quindi, “comandamenti”, ma precise disposizioni costituzionali le «*ragioni della nostra ripugnanza*» di giuristi per una situazione troppo spesso dimenticata (ma, fino ad oggi, troppo ampiamente diffusa) dentro gli ospedali psichiatrici giudiziari.