

## La riforma delle misure di sicurezza

Marco Pelissero

**Sommario: 1. I nodi delle possibili linee evolutive delle misure di sicurezza personali; 2. La riforma in atto delle misure di sicurezza nella l. n. 81/2014; 3. Una riforma parziale e la necessità di un riflessione complessiva; 4. Postilla.**

### 1. I nodi delle possibili linee evolutive delle misure di sicurezza

Il tema della riforma delle misure di sicurezza si muove sempre ai margini dei problemi più gravi ed urgenti che pone il sistema sanzionatorio; ed infatti, anche nelle riflessioni della prima Commissione Palazzo, alla quale era stato delegato il compito di delineare la riforma del sistema sanzionatorio, il tema fu temporaneamente accantonato: la Commissione presentò un elaborato per la riforma della confisca, mentre si decise di posticipare la riflessione sulle misure di sicurezza personali dopo aver delineato i tratti del sistema sanzionatorio, anche perché era in corso di attuazione il percorso di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) e era pertanto opportuno capire in quale direzione si sarebbe effettivamente mosso il sistema. L'interruzione dei lavori della Commissione, però, non consentì di concludere né la revisione del sistema delle pene, né tanto meno delle misure di sicurezza.

Sebbene la riforma delle misure di sicurezza non sia oggetto della legge delega 28 aprile 2014, n. 67, con questa presenta diversi profili comuni.

Anzitutto, il fatto di essere un *work in progress*, nel senso che, come la legge delega richiede l'attuazione da parte del Governo (e vedremo se e come il Governo darà attuazione alle diverse parti della delega), così la riforma delle misure di sicurezza è stata avviata in sede di conversione del c.d. decreto "svuota-carceri" (d. l. n. 211/2011 conv. in l. n. 9/2012) ed è *in itinere*, perché la sua effettività dipende dalla capacità delle regioni di rendere operative le residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS).

Un secondo elemento comune sta nella mancanza di un organico e complessivo disegno riformatore, perché in entrambi i contesti manca una chiara visione delle connessioni con la disciplina di parte generale: se questo limite è stato ben evidenziato nella relazione di oggi del prof. Palazzo in relazione alla legge delega sulla riforma del sistema sanzionatorio, ugualmente quello che l'art. 3-ter della l. n. 9/2012 definisce il "definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e delle case di cura e di custodia" non rappresenta affatto l'abbandono delle misure di sicurezza personali a carico dei soggetti non imputabili e semi-imputabili, perché nel codice penale rimangono mantenute sia l'una che l'altra misura, costituendo le REMS piuttosto delle modalità di esecuzione di tali misure. Allo stesso modo la l. n. 81/2014 introduce

importanti elementi di riforma della disciplina di parte generale delle misure di sicurezza attraverso disposizioni *extra codicem*, senza alcuna modifica formale degli articoli del codice penale. È questo un dato che storicamente percorre la disciplina delle misure di sicurezza: basti pensare che l'abolizione delle presunzioni di pericolosità sociale è contenuta nell'art. 31 l. 6 ottobre 1986, n. 663, mentre nelle norme del codice penale continuano formalmente a rimanere le ipotesi di presunzione.

Un terzo elemento di contatto tra i due settori di intervento è costituito dal rilievo assunto dalle esigenze punitive che condizionano la conformazione del sistema sanzionatorio. Anche la disciplina delle misure di sicurezza è condizionata dalle esigenze di controllo sociale dell'autore pericoloso: sia la legge delega sulla riforma del sistema sanzionatorio sia il percorso legislativo sul superamento degli OPG segnano, attraverso soluzioni ovviamente diverse, la tendenza verso il contenimento delle controllo custodiale.

Come dicevo innanzi, il settore delle misure di sicurezza è certamente marginale nella riforma complessiva del sistema sanzionatorio ed alla luce del numero dei soggetti destinatari delle misure di sicurezza, specie di quelle detentive; non è invece marginale se ci poniamo nella prospettiva del rispetto della dignità della persona, come purtroppo evidenziarono le condizioni dei soggetti internati negli OPG a seguito dell'indagine della Commissione Marino nel 2011. Pertanto, riflettere sulle misure di sicurezza non diventa marginale nell'ambito di una riflessione complessiva sulla revisione del sistema sanzionatorio, perché dobbiamo collocare la riforma delle misure di sicurezza all'interno di una disciplina che tenga conto della specificità del trattamento sanzionatorio dell'autore di reato sofferente di un disturbo psichico. Il carcere, infatti, non è solo collettore di marginalità sociale, ma anche di disturbo psichico ed il problema del sofferente psichico non interessa solo i soggetti ricoverati negli attuali OPG, ma più ampiamente i destinatari dell'ordinario circuito penitenziario. Ciò significa che la riforma delle misure di sicurezza deve essere supportata da due elementi: l'attuazione del regolamento penitenziario del 2000, che prevede l'istituzione di appositi istituti o sezioni speciali "per infermi e minorati psichici" (art. 111, comma 5 d.p.r. n. 230/2000); il potenziamento delle strutture e del personale dei servizi sanitari di salute mentale. Questi strumenti di intervento per così dire "esterno" rispetto alla disciplina delle misure di sicurezza costituiscono uno strumento indispensabile per garantire l'applicazione sussidiaria di misure penali di controllo.

Quanto alle direttrici entro le quali dovrebbe muoversi la riforma delle misure di sicurezza, va dato atto del fatto che la disciplina è già profondamente mutata rispetto all'impianto originario del codice Rocco: è caduta la durata minima; sono state abolite tutte le ipotesi di pericolosità sociale; le più recenti sentenze della Corte costituzionale hanno reso ancor più flessibile l'applicazione delle misure di sicurezza personali ai soggetti non imputabili e semi-imputabili, marginalizzando l'applicazione delle misure custodiali in favore della libertà vigilata a contenuto terapeutico (Corte cost. sentenza nn. 253/2003 e 367/2004).

Va sciolto anzitutto il nodo preliminare del mantenimento o della soppressione delle misure di sicurezza. La Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha avuto modo di pronunciarsi proprio su queste misure, in

particolare con riferimento alla disciplina tedesca della custodia di sicurezza riservata a soggetti imputabili pericolosi (*Sicherungsverwahrung*), non considera in contrasto con i diritti della CEDU sanzioni a durata non predeterminata, ma richiede che siano garantiti il principio di proporzione ed il rispetto della dignità del destinatario della sanzione, assicurando allo stesso un percorso terapeutico-riabilitativo, a carattere multidisciplinare, che consenta effettive possibilità di riacquistare la libertà (Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 17 dicembre 2009, M. c. Germania, n. 19359/04). Ciò significa che il mantenimento delle misure di sicurezza deve prevedere una implementazione sul piano dell'esecuzione dei supporti che consentano tale percorso riabilitativo.

Il secondo nodo da sciogliere, una volta scelta l'opzione favorevole al mantenimento nel sistema delle misure di sicurezza personali, investe l'ambito dei loro destinatari. Sono essenzialmente prospettabili due modelli di disciplina: *a)* mantenere le misure di sicurezza anche per i soggetti imputabili e semi-imputabili, introducendo il correttivo del sistema vicariale nel rapporto con la pena detentiva; *b)* prevedere solo misure di sicurezza a carico di soggetti non imputabili, come emerge dalle indicazioni emerse dagli ultimi progetti di riforma del codice penale, a partire da quello della Commissione Grosso (una soluzione che mi pare più in linea con il rispetto del principio di colpevolezza).

Un terzo profilo di disciplina dirimente è costituito dal presupposto soggettivo di applicazione delle misure di sicurezza, essendo da tempo discusso se mantenere l'attuale presupposto della prognosi di recidiva o se optare per il bisogno di cura. Si tratta di due opzioni che riflettono due prospettive diverse: la prima ancora la disciplina delle misure di sicurezza alla prospettiva della prevenzione dei reati, mentre la seconda la colloca più nettamente entro una cornice terapeutica. A mio avviso, nella misura in cui il controllo penale si giustifica se e nei limiti in cui è finalizzato a prevenire la commissione, mi sembra difficile che le misure di sicurezza possano fare a meno della valutazione prognostica del rischio di recidiva; va, tuttavia, formalmente abbandonata la nozione di pericolosità sociale, che è concetto connotativo fortemente stigmatizzante e ne dovrebbe essere delimitata la nozione, superando le obiezioni cui va incontro la generica nozione accolta dal codice penale. Optare, invece, per il bisogno di cura, se ha il vantaggio di dare un immediato messaggio positivo (la cura e non il controllo), rischia di estendere il controllo penale anche a casi in cui non sussista l'esigenza di prevenire la commissione di reati. In assenza di esigenze preventive, non deve intervenire il sistema penale (si tratterebbe di un intervento improprio), ma il servizio sanitario nazionale. Il fatto, poi, che il presupposto di applicazione delle misure di sicurezza (delle quali sarebbe necessario anche modificare il *nomen iuris*, sempre per evitare la carica connotativa del termine "sicurezza") rimanga il giudizio prognostico positivo di recidiva, non significa che l'esecuzione della misura debba essere improntata alla logica custodiale, perché è invece proprio in fase esecutiva che deve essere data attuazione a programmi terapeutico-riabilitativi sul quale, come accennavo innanzi, ha posto l'accento la Corte europea dei diritti dell'uomo per legittimare le misure di sicurezza a durata non predeterminata.

Dovrebbe poi trovare espressa formalizzazione il principio di proporzione, che funge da limite alle istanze preventive nella disciplina delle misure di sicurezza: tale principio, però, non dovrebbe intervenire solo come parametro di giudizio per la discrezionalità giudiziale, ma sarebbe opportuno che filtrasse già nelle scelte fatte dal legislatore sul piano della disciplina positiva, attraverso la previsione di specifiche garanzie individuali in funzione del contenimento delle esigenze preventive (ad es. rendere più serrato il regime di riesame della pericolosità nelle fasi successive di proroga della misura; prevedere limiti di durata massima delle misure di sicurezza).

Infine, va affrontata la questione della durata delle misure di sicurezza: non predeterminata, perché ancorata al persistere del rischio di recidiva in connessione con lo stato patologico del soggetto, secondo la disciplina del riesame periodico; ovvero con la previsioni di limiti di durata massima a garanzia della libertà del soggetto, al fine di evitare il dramma dei c.d. ergastoli bianchi, come da più parti auspicato.

## **2. La riforma in atto delle misure di sicurezza nella l. n. 81/2014**

La legge n. 81/2014 ha rinviato nuovamente (ad aprile 2015) il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e delle case di cura e di custodia a causa della indisponibilità a livello regionale delle REMS, strutture rigorosamente sanitarie nelle quali dovrebbero essere eseguite le indicate misure di sicurezza, che permangono come istituto giuridico. Il rinvio era necessario per permettere alle regioni di attivare queste strutture e potenziare al contempo i dipartimenti di salute mentale, al quale dovrebbero essere destinati i soggetti dimissibili dagli attuali OPG. Va apprezzato il fatto che la l. n. 81/2014 abbia permesso di utilizzare i fondi destinati alle regioni non solo per l'istituzione delle REMS, ma anche per il potenziamento dei servizi regionali di salute mentale, che costituiscono uno snodo essenziale per evitare che la riforma si traduca nella mera dislocazione degli attuali internati nelle costituende strutture regionali.

La riforma del 2014 interviene, tuttavia, su alcuni profili di disciplina generale delle misure di sicurezza, con scelte che solo in alcuni punti sono condivisibili.

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

La disposizione è del tutto condivisibile, in quanto cristallizza sul piano normativo i principi fissati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale nelle sentenze nn. 253/2003 e 367/2004, che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale rispettivamente degli artt. 222 e 206 c.p. per violazione dell'art. 32 Cost., nella

parte in cui tali norme non consentivano di adottare, in luogo del ricovero in OPG, una diversa misura di sicurezza idonea ad assicurare adeguate cure all'infermo di mente ed a far fronte alla sua pericolosità sociale: i giudici della Consulta hanno valorizzato la misura della libertà vigilata, consentendo al magistrato di sorveglianza di integrarla con contenuti terapeutico-riabilitativi. Come hanno ben chiarito i giudici della Consulta, le polarità entro le quali i principi costituzionali consentono l'applicazione di misure di sicurezza sono costituite da due "finalità, collegate e non scindibili...", di cura e tutela dell'infermo di mente e di contenimento della sua pericolosità sociale" che rendono costituzionalmente inammissibile un sistema che risponda ad una sola di queste finalità, imponendo altresì un limite invalicabile alla politica criminale della prevenzione speciale: "le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente" (Corte cost. n. 253/2003).

In tal modo la Corte costituzionale è giunta a costituzionalizzare i principi di *flessibilità* delle misure di sicurezza, così da adeguare gli strumenti di controllo penale alle specificità del soggetto, e di *sussidiarietà* delle misure custodiali, applicabili solo se la libertà vigilata terapeutica non è idonea ad assicurare contemporaneamente esigenze di cura e di difesa sociale. Su questa scia, la l. n. 81/2014 obbliga a dare prevalenza all'applicazione di una misura diversa da quella a contenuto custodiale, "salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale".

b) L'art. 8, comma 1-ter l. n. 81/2014 dispone che per ciascuna persona ricoverata negli attuali OPG siano obbligatoriamente predisposti percorsi terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione, precisando che, "per i pazienti per i quali è stata accertata la persistente pericolosità sociale, il programma documenta in modo puntuale le ragioni che sostengono l'eccezionalità e la transitorietà del prosieguo del ricovero". Questa disposizione non va letta solo in chiave di norma transitoria di passaggio dalla gestione-OPG alla gestione-REMS, perché introduce un importante criterio di giudizio per il riesame della pericolosità sociale ad integrazione di quanto dispone l'art. 208 c.p.: in conformità al principio di sussidiarietà, la durata dell'OPG e della casa di cura e di custodia può essere protratta solo a condizione che siano indicate le ragioni di "eccezionalità" e "transitorietà" del ricovero: l'eccezionalità indica che la misura custodiale può essere mantenuta solo in presenza di un elevato rischio di recidiva, controllabile solo attraverso una misura detentiva; la transitorietà segnala una prospettiva di scopo tendenziale. Si tratta di indicazioni importanti che intendono evitare che il meccanismo delle proroghe consenta di protrarre *sine die* la durata della misura, per esigenze più di difesa sociale che di cura della persona. La disposizione è in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, come prima accennavo) non è di per sé contraria a sanzioni di durata indeterminata, purché l'indeterminatezza non si traduca in carattere assoluto di perpetuità.

c) La l. n. 81/2014 introduce nuovi elementi di disciplina relativi al presupposto soggettivo di applicazione delle misure dell'OPG e della casa di cura e di custodia. Non modifica la nozione di pericolosità sociale (art. 203 c.p.), ma richiede che il suo accertamento sia effettuato "sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale", aggiungendo che "non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali" (nuova lett. b del comma 1, art. 3-ter l. n. 9/2012).

Questa interpolazione, in una legge destinata a prorogare il definitivo superamento degli OPG, ridisegna i criteri di accertamento del presupposto soggettivo, limitatamente all'applicazione delle misure di sicurezza riservate ai soggetti con vizio totale o parziale di mente e categorie a questi equiparate sul piano delle conseguenze sanzionatorie (soggetti affetti da sordomutismo o da cronica intossicazione da alcol o sostanze stupefacenti).

Orbene, il fatto che la sola mancanza di programmi terapeutici individuali non possa supportare il giudizio di pericolosità sociale ha un preciso significato garantista, volto ad evitare che sul soggetto gravino i limiti dei servizi sanitari regionali; al contempo funge da stimolo al potenziamento della rete sanitaria territoriale.

Non condivido, invece la decontestualizzazione del giudizio prognostico dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del soggetto (art. 133, comma 2, n. 4 c.p.). Come noto, infatti, la dottrina penalistica e la psichiatria, pur evidenziando i limiti del giudizio di pericolosità sociale (categoria che probabilmente nasce già come categoria in crisi), specie laddove il codice penale ne dà una definizione generica (art. 203), richiedono che tale giudizio tenga conto dei profili psicologici e psichiatrici dell'autore in interazione con il *contesto ambientale* nel quale il soggetto si colloca e dal quale è necessariamente condizionato: la pericolosità sociale non è un dato biologico e psicologico esclusivamente legato alle caratteristiche personali dell'autore, ma va accertata attraverso l'interazione di questi elementi con il complesso dei fattori ambientali, più o meno predisponenti alla commissione di reati. La *pericolosità* va dunque intesa in un'accezione *situazionale*, perché il soggetto non è una monade, ma va calato nel suo contesto sociale e familiare di riferimento. D'altra parte, proprio la nozione di pericolosità sociale situazionale è stata alla base dell'evoluzione della disciplina delle misure di sicurezza, consentendo il superamento della logica manicomiale e l'affermazione della sussidiarietà delle misure custodiali con prevalenza della libertà vigilata terapeutica, perché è proprio il contesto ambientale del quale il giudizio prognostico non può fare a meno ad aver permesso alla Corte costituzionale di superare la centralità dell'OPG come unica misura di sicurezza per i soggetti non imputabili per vizio di mente.

La l. n. 81/2014 si muove in direzione opposta: non modifica la nozione di pericolosità sociale, che continua ad essere definita in termini ampi e generici come probabilità di commettere reati, ma delimita la base del giudizio prognostico, quando si tratta di applicare le misure di sicurezza ai soggetti con vizio totale

o parziale di mente: in deroga all'art. 203, comma 2 c.p., secondo il quale la pericolosità sociale si desume dalle circostanze indicate nell'art. 133 c.p., la nuova formulazione dell'art. 3-ter, comma 4 l. n. 12/2012 impone di prendere in considerazione esclusivamente le qualità soggettive della persona e senza tener conto delle condizioni di cui all'art. 133, comma 2, n. 4 c.p., ossia senza tener conto delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo. La delimitazione della base del giudizio finisce per introdurre elementi presuntivi nell'accertamento della pericolosità sociale.

Il Tribunale di sorveglianza di Messina, con ordinanza del 16 luglio 2014, ha sollevato questione di legittimità costituzionale di questa disciplina, adducendo la violazione di una pluralità – a mio parere eccessiva – di parametri costituzionali (artt. 1, 2, 3, 4, 25, 27, 29, 30, 31, 32, 34, 77 e 117 Cost.). Il caso, in particolare, riguardava un soggetto che aveva chiesto la revoca anticipata della casa di cura e di custodia; pur trattandosi di un soggetto che aveva evidenziato condizioni psichiche stabili e che aveva tenuto una buona condotta, partecipando alle attività trattamentali a contenuto terapeutico, il Tribunale di sorveglianza riteneva che l'esclusione, ex l. n. 81/2014, di alcuni fattori dalla base del giudizio di pericolosità sociale, pur trattandosi di elementi acquisiti al fascicolo processuale, rendesse impossibile o radicalmente alterata la prognosi di pericolosità sociale, "in quanto tale prognosi altro non è che la previsione in chiave probabilistica dei comportamenti che il soggetto potrà assumere proprio nel contesto delle condizioni individuali, familiari, socio-assistenziali e sanitarie di cui la norma prescrive di non tener conto, con la conseguenza che sarà ardua e profondamente incerta ed affidata ad un volontarismo giudiziario arbitrario, cognitivamente inadeguato e teleologicamente disorientato, la scelta di se e di quale misura mantenere o adottare e del suo contenuto prescrittivo". I giudici sostanzialmente richiamano una sorta di pericolosità sociale latente, che potrebbe manifestarsi in ragione dei fattori sociali esterni interagenti con le condizioni psichiche del soggetto.

A mio avviso, posta in questi termini, la questione di legittimità costituzionale è inammissibile, perché la pronuncia di incostituzionalità avrebbe un effetto *in malam partem* nel giudizio *a quo*. Ipotizziamo piuttosto di trovarci in un'altra situazione, ossia dinanzi ad un soggetto rispetto al quale vi siano elementi per fondare una prognosi positiva di recidiva, che tuttavia non sussisterebbe se il soggetto fosse inserito in un certo contesto relazionale. Ebbene, in questo caso la riforma del 2014 introduce una disposizione in sfavore del soggetto perché la limitazione della base del giudizio conduce ad una sorta di presunzione di pericolosità sociale in violazione dell'art. 3 Cost.

Per sanare il contrasto, può essere proposta una interpretazione costituzionalmente orientata della limitazione della base del giudizio di pericolosità, nel senso che il contesto non può mai fondare un giudizio sfavorevole di pericolosità sociale, ma può essere addotto a sostegno di una prognosi di non recidiva.

c) La l. n. 81/2014 introduce inoltre una novità ancor più significativa nella disciplina generale delle misure di sicurezza con riferimento alla loro durata massima che il codice Rocco non predeterminata, ma

ancora al persistere della pericolosità sociale sulla base del meccanismo del riesame periodico. Pur senza intervenire formalmente sulle norme del codice penale, il legislatore ne stravolge l'impianto, facendo prevalere le esigenze di garanzia su quelle di difesa sociale. Si introduce un limite massimo di durata alle misure di sicurezza detentive, provvisorie o definitive, ossia, stando alla classificazione dell'art. 215 c.p., alla colonia agricola o casa di lavoro, all'ospedale psichiatrico giudiziario, alla casa di cura e di custodia ed al riformatorio giudiziario. Alcuni commentatori hanno proposto una lettura ristretta della nuova disciplina, sostenendo che sia applicabile solo alle misure dell'ospedale psichiatrico giudiziario e alla casa di cura e di custodia, in ragione del fatto che la previsione del limite massimo viene fissata in una legge che si occupa in modo specifico di queste misure. Ritengo che il dato letterale, riferendosi più genericamente alle misure di sicurezza detentive, sia più favorevole alla lettura estensiva della nuova disciplina da estendere a tutte le misure di sicurezza privative della libertà personale.

Nell'individuare il limite massimo di durata il legislatore aveva a disposizione diverse soluzioni. Avrebbe anzitutto potuto predeterminare limiti generali per le singole misure di sicurezza, come ad esempio, prevedeva, sino al 2002, il codice penale tedesco, che fissava per la custodia di sicurezza, nei casi di prima applicazione, la durata massima di dieci anni. Tale criterio si espone all'obiezione del rischio di esiti sproporzionati nei casi in cui tale limite sia superiore alla pena massima prevista per il reato commesso, con la conseguenza che la misura di sicurezza potrebbe durare di più della pena che sarebbe stata applicata se l'autore del fatto fosse stato dichiarato imputabile.

Altra soluzione poteva essere incentrata sulla durata della pena che al soggetto sarebbe stata inflitta se fosse stato dichiarato imputabile, secondo il modello utilizzato dal codice penale spagnolo. Mi chiedo, tuttavia, come sia possibile determinare tale limite, seguendo un ragionamento ipotetico che dovrebbe tener conto del grado di colpevolezza che al soggetto si sarebbe potuto rimproverare in caso di accertata imputabilità; mi sembra, cioè, che questo criterio presuntivo consenta al giudice di prendere in considerazione al più il disvalore inerente alla tipicità oggettiva del fatto e rischi di lasciare al giudice un ampio potere discrezionale.

La l. n. 81/2014 ha invece optato per una soluzione ancora diversa, rapportando la durata massima delle misure di sicurezza detentive alla pena edittale massima prevista per il reato-presupposto commesso. Si tratta di una soluzione ragionevole che, tuttavia, lascia adito a problemi interpretativi non affrontati dalla riforma.

Anzitutto, la previsione edittale massima della pena va calcolata in base all'art. 278 c.p.p., che, in tema di durata massima delle misure cautelari, rinvia alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato, senza tener conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione della circostanza aggravante prevista al numero 5) dell'articolo 61 c.p. e della circostanza attenuante prevista dall'articolo 62 n. 4 c.p., nonché delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. L'art. 278 c.p.p., però,

non prende in considerazione il concorso di reati ed espressamente dispone che non si debba tenere conto della continuazione. A mio avviso, in caso di concorso di reati la durata massima della misura non va ancorata alla durata che deriverebbe dal cumulo delle pene, ma al limite edittale massimo previsto per il più grave dei reati in concorso. Quest'ultima soluzione mi sembra preferibile perché rispecchia la disciplina prevista dall'art. 209 c.p. che privilegia il principio di assorbimento nel caso di concorso tra misure di sicurezza da applicare ad una persona giudicata per più fatti.

Il limite di durata massima non trova applicazione in caso di delitti puniti con la pena dell'ergastolo, ai quali si applica la disciplina generale della non predeterminazione della durata e del riesame della pericolosità sociale. Si tratta di una soluzione che lascia perplessi perché, a fronte di reati puniti con la pena dell'ergastolo, in concreto però non applicata dal giudice per effetto della prevalenza delle attenuanti, non trova applicazione il limite di garanzia della durata massima, considerato che il rinvio all'art. 278 c.p.p. non consente di tener conto delle circostanze attenuanti concorrenti.

Ai fini della determinazione del limite massimo di durata della misura detentiva, si deve tener conto anche del periodo trascorso a seguito di applicazione provvisoria della stessa, mentre, qualora l'esecuzione di una misura di sicurezza detentiva sia intervallata da periodi di applicazione della libertà vigilata, il termine massimo di durata va calcolato scomputando tali periodi: quest'ultima soluzione – non prevista espressamente dalla legge – sembra in linea con la determinazione del limite di durata massima rispetto a misure privative della libertà personale.

Altra questione di rilevante impatto pratico, ma non affrontata dal legislatore, riguarda la disciplina dei casi nei quali sia stato superato il limite di durata massima della misura. Una parte dei giudici di sorveglianza ritiene che non sia possibile applicare più alcuna misura, con la conseguenza che il soggetto potrebbe essere esclusivamente affidato al controllo del servizio sanitario. Una soluzione diversa è invece quella che consente di applicare la libertà vigilata con prescrizioni terapeutiche, la quale, non essendo misura custodiale, non soggiace ai limiti di durata massima. Questa soluzione consente di mantenere il controllo penale, ma in caso di violazione delle prescrizioni inerenti alla libertà vigilata, sintomatiche del riacutizzarsi della pericolosità sociale, non sarebbe possibile disporre l'applicazione della misura custodiale, in conformità all'art. 232 c.p., in quanto il decorso del termine massimo di durata costituisce un limite invalicabile al perseguimento delle esigenze di difesa sociale; il giudice potrà solo limitarsi a modificare il contenuto delle prescrizioni ed una nuova misura di sicurezza detentiva potrebbe essere applicata solo qualora il soggetto commettesse un nuovo reato, al quale andrebbe rapportato il nuovo limite massimo di durata della misura.

In forza dell'art. 200, comma 2 c.p., la nuova disciplina sulla durata delle misure di sicurezza trova immediata applicazione con la conseguenza che il giudice, in caso di superamento del limite massimo, deve revocare la misura, indipendentemente dalla sussistenza di adeguati supporti sanitari esterni. Proprio

anche in ragione dell'impatto che la nuova disciplina ha sulla prassi applicativa, sarebbe stato quanto mai doveroso un chiarimento da parte del legislatore.

### **3. Una riforma parziale e la necessità di un riflessione complessiva**

Il superamento degli OPG si presenta allo stato attuale ancora come progetto in itinere più che realtà consolidata; un progetto iniziato ben prima della l. n. 9/2012, con il d.p.c.m. 1 aprile 2008 che, in attuazione del d. lgs. 22 giugno 1999, n. 230 sul riordino della medicina penitenziaria, aveva avviato il progressivo superamento degli OPG che avrebbe dovuto svilupparsi attraverso tre fasi: a) la dimissione ed il trasferimento in apposite sezioni degli istituti penitenziari dei soggetti, la cui pericolosità fosse diminuita o cessata; b) la costituzione di macro-bacini, in modo da rendere i sei OPG punto di riferimento delle regioni limitrofe; c) la presa in carico, da parte dei servizi territoriali di ogni regione, degli internati di provenienza dal loro territorio. Il progetto fallì sia per l'inesistenza di sezioni speciali all'interno degli istituti penitenziari per gli internati dimessi, sia per l'incapacità dei servizi territoriali di garantire supporti terapeutico-riabilitativi individualizzati adeguati. L'effetto fu la permanenza della centralità delle misure di sicurezza custodiali e l'avviso con la l. n. 9/2012 del superamento degli OPG e delle case di cura e di custodia che si è chiuso, sul piano legislativo, con la l. n. 81/2014. Forse molti dei problemi che oggi si pongono e che hanno sollecitato il Parlamento ad intervenire con urgenza non si sarebbero posti se la gestione degli OPG non si fosse ridotta alla funzione custodiale, ma avesse garantito condizioni di vita rispettose della dignità umana ed effettivi percorsi terapeutico-riabilitativi.

Da un punto di vista più generale, la disciplina che in questi anni ha interessato le misure di sicurezza personali evidenzia che ogni intervento sul sistema sanzionatorio non può non tener conto del contesto normativo nel quale le norme vanno ad inserirsi. Una riforma delle misure di sicurezza non può ridursi a meri interventi contingenti, perché l'urgenza è cattiva consigliera e finisce per non tener conto delle norme di sistema e delle risposte che necessariamente questi interventi finiscono per porre. Alcuni interrogativi li ho già evidenziati, ma altri se ne pongono: qual è lo stato giuridico degli soggetti che saranno ricoverati nelle REMS? Quali funzioni sono attribuite al personale sanitario, ed in particolare va loro riconosciuta anche una funzione di controllo sui soggetti ricoverati con ciò che ne consegue sul versante della responsabilità penale (art. 40 cpv. c.p.)? Interrogativi che non tarderanno a porsi nella prassi ed ai quali il legislatore non ha dato risposte.

L'effettivo superamento degli OPG non deve limitarsi alla chiusura delle attuali sei strutture sul territorio nazionale. Richiede di avviare una prospettiva volta se non al superamento, quantomeno al contenimento entro margini di sussidiarietà, della logica custodiale. Al raggiungimento di questo obiettivo non bastano le REMS sanitarizzate, ma è necessario il potenziamento delle possibilità di presa in carico di questi pazienti da parte dei servizi territoriali. Rimarrà sempre un nocciolo duro di soggetti per i quali questi percorsi non custodiali non saranno possibili e per i quali in passato gli OPG hanno rappresentato l'unica, abnorme,

risposta ad una condizione di abbandono sociale che si è riprodotta nella logica escludente dell'istituzione totale, e che devono trovare nel prossimo futuro condizioni di vita e supporti terapeutici adeguati nelle costituende REMS.

#### **4. Postilla**

Il 13 febbraio 2015 la seconda *Relazione trimestrale al Parlamento sul programma di superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari* ha evidenziato una costante diminuzione delle persone ricoverate in OPG, dovuta non alla riduzione degli ingressi (che risultano nel tempo aumentati), ma al potenziamento dell'attività dei servizi territoriali per la salute mentale, che ha favorito e accelerato il numero delle dimissioni e l'avvio di programmi di trattamento, sia in regime ambulatoriale che residenziale. La relazione evidenzia che, se si attendesse il completamento del processo di realizzazione dei progetti regionali delle REMS, sarebbe impossibile adempiere alla chiusura degli OPG alla data del 31 marzo 2015 prevista dalla l. n. 81/2014.

Considerato che alla data del 30 novembre 2014 risultavano ancora presenti in OPG 761 persone e che alla data del 1° aprile 2015, dovranno essere accolte in strutture alternative circa 450 persone, l'indisponibilità delle REMS avrebbe giustificato un'ulteriore proroga. Eppure nessuna proroga è intervenuta, così che gli OPG ancora operano (quello di Castiglion delle Stiviere è stato "ricconvertito" in sei REMS con un'operazione che appare più di facciata che di sostanza) e, in attesa che le REMS entrino a regime, sono state individuate strutture temporanee residenziali di proprietà di soggetti privati ovvero di soggetti pubblici gestite da soggetti privati accreditati dal servizio sanitario nazionale. È fondamentale che queste strutture rimangano effettivamente temporanee e che si proceda quanto prima al completamento del percorso di superamento degli OPG.

Il fatto che non sia stato prorogato il termine del 31 marzo 2015 si espone ad una duplice rilievo: costituisce, da un lato, il segno della volontà del legislatore di non concedere termini ulteriori, quasi che un'ulteriore proroga, dopo le due precedenti, avrebbe potuto rallentare il processo di superamento degli OPG; dall'altro lato, però, vedo il rischio sia dell'abbassamento dei riflettori dell'opinione pubblica sulle condizioni degli internati sia della trasformazione delle soluzioni temporanee in soluzioni definitive.

Più recentemente la Corte costituzionale si è pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Messina (Corte cost. 23 luglio 2015, n. 186) con una sentenza che ha dichiarato non fondata la questione attraverso un percorso argomentativo che lascia alquanto perplessi. Secondo i Giudici della Consulta la questione sollevata dal *petitum* muoverebbe "dal presupposto che le disposizioni censurate abbiano modificato, relativamente ai 'non imputabili e ai semimputabili', la nozione di pericolosità sociale, che costituisce il presupposto soggettivo delle misure di sicurezza". Ad avviso dei Giudici, invece, l'esclusione, ai fini del giudizio di pericolosità sociale, delle condizioni di vita individuale,

familiare e sociale del soggetto e dell'assenza di programmi terapeutici individuali non avrebbe determinato una modificazione della nozione di pericolosità, ma si riferirebbe "più specificamente alla pericolosità che legittima il 'ricovero in un ospedale psichiatrico o in una casa di cura'... È solo per disporre il ricovero di una persona in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e di custodia che il giudice deve accertare, "senza tenere conto delle condizioni di cui all'art. 133, secondo comma, numero 4, del codice penale", che "ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale". La limitazione, quindi, non riguarda in generale la pericolosità sociale, ma ha lo scopo di riservare le misure estreme, fortemente incidenti sulla libertà personale, ai soli casi in cui sono le condizioni mentali della persona a renderle necessarie".

Di qui la pronuncia di infondatezza della questione nei limiti in cui era stata sollevata dal giudice *a quo*: l'infondatezza starebbe nella difformità di oggetto, tra quello assunto dall'ordinanza di rimessione e la lettura che la Corte costituzionale dà delle disposizioni impugnate; da un lato, si assumerebbe – così ritiene la Corte – la modificazione della nozione di pericolosità sociale per effetto della l. n. 81/2014, dall'altra si afferma che tale legge non avrebbe modificato tale nozione, ma avrebbe inciso solo sui criteri da utilizzare per applicare alcune misure di sicurezza.

È indubbio, come ci ricorda la Corte costituzionale, che le disposizioni della l. n. 81/2014 sono "da leggere nell'ambito della normativa volta al definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari"; è anche indubbio che la legge detti criteri limitativi per il giudizio di pericolosità sociale ai fini dell'applicazione dell'OPG o della casa di cura e di custodia; al contempo però la Corte evita di affrontare la questione con una impropria sentenza di infondatezza.

È vero che l. n. 81/2014 non ha modificato la nozione di pericolosità sociale, che rimane sempre quella di carattere generale fissata dall'art. 203 c.p., ma ha limitato i parametri giudiziari di accertamento della stessa ai fini dell'applicazione di alcune misure di sicurezza detentive. Giustamente la Corte costituzionale scrive che "la disposizione censurata non ha modificato, neppure indirettamente, per le persone inferme di mente o seminferme di mente, la nozione di pericolosità sociale, ma si è limitata ad incidere sui criteri di scelta tra le diverse misure di sicurezza e sulle condizioni per l'applicazione di quelle detentive". Tuttavia, diversamente da quanto ritengono i giudici della Consulta, anche l'ordinanza di rimessione del giudice *a quo* non incentra il giudizio sulla modificazione della nozione di pericolosità sociale, ma sui criteri di accertamento della stessa ed era sul terreno della limitazione imposta dalla l. n. 81/2014 alla base del giudizio prognostico che la Corte costituzionale avrebbe dovuto affrontare e risolvere al questione. Si tratta, pertanto, di una pronuncia di tipo elusivo che attraverso l'argomento della infondatezza evita di affrontare un nodo essenziale della nuova disciplina; credo che alla base della pronuncia vi sia la volontà (politica) di non mettere in discussione una legge della quale non si mette in dubbio la fondatezza dell'obiettivo di politica criminale, ma che presenta pur tuttavia limiti nelle soluzioni adottare per raggiungerlo.

Trattandosi, tuttavia, di una pronuncia di infondatezza, la stessa non conferisce alle disposizioni impugnate alcuna patente di costituzionalità e la questione potrà essere nuovamente sottoposta all'esame della Corte in modo più diretto sotto il profilo della limitazione dei parametri per l'accertamento della pericolosità sociale. A questo punto, alla Corte sarebbe difficile eludere la questione attraverso una nuova sentenza che dichiari infondata la questione.