

SEZIONE SECONDA

DIRITTO ALLA SALUTE E RICOVERO  
IN OSPEDALE PSICHIATRICO GIUDIZIARIO



Alessandro Laurito

*Le REMS e la sfida del nuovo modello terapeutico-riabilitativo  
nel trattamento del folle reo*

SOMMARIO: 1. La disciplina delle misure di sicurezza detentive alla luce della l. n. 81 del 2014 e della sentenza della Corte costituzionale n. 186 del 2015 – 1.1. La fissazione di un termine massimo di durata delle misure di sicurezza detentive – 1.2. La limitazione dei parametri su cui fondare il giudizio di pericolosità sociale per infermi e seminfermi di mente – 2. Il passaggio da OPG e CCC a REMS. La complessa vicenda normativa: da una colpevole inerzia ad un'impreparata (ma non più procrastinabile) riforma. Lo stato attuale delle REMS – 2.1. Sanitarizzazione e territorializzazione al banco di prova. Il reclamo *ex art. 35-bis* l. n. 354 del 1975 – 2.2. La custodia del folle reo: quale ruolo nelle REMS? "Incognito sconosciuto": i casi-limite di infermità psichica. L'esperienza del "Club S.P.D.C. aperti no restraint" – 3. Il confine fra cura e contenzione chimica: profili di (il)liceità della contenzione

1. *La disciplina delle misure di sicurezza detentive alla luce della l. n. 81 del 2014 e della sentenza della Corte costituzionale n. 186 del 2015*

Con l'ultimo tassello dell'*iter* di riforma del trattamento del folle reo<sup>1</sup> (l. n. 81 del 2014), il legislatore non si è limitato a superare la logica prettamente custodiale – che informava il ricovero negli Ospedali psichiatrici giudiziari e nelle Case di cura e custodia, assicurando agli internati un percorso terapeutico-riabilitativo nelle nuove REMS<sup>2</sup> – ma ha profondamente inciso sulla disciplina delle misure di sicurezza detentive e sui presupposti necessari per disporre l'internamento di infermi o seminfermi di mente socialmente pericolosi.

Prima di analizzare le disposizioni di carattere amministrativo, che regolano le modalità con cui devono essere eseguite le misure di sicurezza dell'OPG e CCC nelle REMS<sup>3</sup>, pare quindi opportuno soffermarsi sulle novità introdotte

<sup>1</sup> Ci si riferisce al d.l. n. 52 del 2014 convertito con modificazioni dalla l. n. 81 del 2014.

<sup>2</sup> L'acronimo sta per Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, v. *infra*.

<sup>3</sup> Le nuove REMS non sostituiscono le misure di sicurezza dell'OPG e CCC previste dal

dalla riforma, tramite un processo di eterointegrazione di istituti fondamentali della parte generale del diritto penale che, probabilmente, avrebbe richiesto un'organica e ponderata novella<sup>4</sup>.

### 1.1. *La fissazione di un termine massimo di durata delle misure di sicurezza detentive*

Con l'art. 1, comma 1-*quater*, d.l. n. 52 del 2014 si è fissato un limite massimo di durata delle misure di sicurezza detentive, per la cui determinazione si rinvia alla gravità del fatto di reato secondo i criteri stabiliti dall'art. 278 c.p.p.<sup>5</sup>

Vengono, così, accolte le istanze di quella parte della dottrina<sup>6</sup>, che

---

codice penale: le REMS rappresentano, infatti, solo il luogo in cui tali misure devono essere eseguite.

<sup>4</sup> Analogamente a quanto avvenuto con l'abolizione delle fattispecie di pericolosità presunta ad opera dell'art. 31, l. n. 663 del 1986 (riforma Gozzini), cfr. M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 8/2014, 930. Parte della dottrina non ha comunque esitato a parlare di «epocale riforma», così G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare)*, in *Penalecontemporaneo.it*, 6 giugno 2014.

<sup>5</sup> Sono diverse le problematiche interpretative sorte in conseguenza di tale rinvio: in primo luogo il termine di durata massima delle misure di sicurezza viene parametrato sulla base della gravità del fatto di reato, mentre il giudizio di pericolosità sociale continua a fondarsi anche sulla capacità a delinquere del reo; in secondo luogo con il rinvio all'art. 278 c.p.p. non si tiene conto della continuazione di reati (parte della dottrina ritiene comunque necessario fare riferimento al reato più grave fra quelli in continuazione). Occorre poi stabilire le modalità di computo del termine massimo di durata nelle ipotesi in cui si alternino periodi di applicazione della misura detentiva a periodi di applicazione di una misura non detentiva; se debba computarsi il periodo di internamento in fase di applicazione provvisoria della misura; se, una volta scaduto il termine massimo di durata, sia possibile applicare una misura di sicurezza a carattere non detentivo. Per un'approfondita disamina di tali problemi v. G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati!*, cit.; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit.; G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale fra OPG e REMS*, in *Penalecontemporaneo.it*, 20 luglio 2015.

<sup>6</sup> Così E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978, 282; A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997, 75; ID, *Le misure di sicurezza*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, III, Torino, 2014, 339; M.T. COLLICA, *Vizio di mente. Nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007, 240; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 195.

da tempo invocava l'eliminazione di uno dei connotati più afflittivi del binario custodiale di garanzia<sup>7</sup>, ovvero la protrazione *sine die* della misura di sicurezza al persistere della pericolosità sociale dell'agente.

Da un punto di vista strettamente normativo la modifica non dovrebbe suscitare troppo scalpore: la fissazione di un limite massimo di durata introduce una nuova presunzione assoluta di non pericolosità sociale quale conseguenza del mero decorso del tempo, rimettendo alle misure di sicurezza non detentive l'onere di contenere la ("residuale") pericolosità sociale dell'agente<sup>8</sup> (ad eccezione dei delitti puniti con l'ergastolo).

Nulla di diverso da quanto accade, ad esempio, per l'inapplicabilità dell'Ospedale psichiatrico giudiziario nelle ipotesi di delitti colposi o di contravvenzioni: in tali casi non rileva, infatti, che il folle reo, sul piano naturalistico, manifesti una particolare predisposizione alla commissione di un nuovo fatto di reato.

La scelta di fissare un limite massimo di durata delle misure di sicurezza

<sup>7</sup> Sulla distinzione fra norma-comando e norma-garanzia v. P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 632, secondo cui la tutela degli interessi oggetto di protezione penale si realizza « [...] sia attraverso la norma-comando sia attraverso la norma-garanzia *stricto sensu*: attraverso la norma-comando nella prospettiva dell'intimidazione, e quindi della prevenzione generale; attraverso la norma-garanzia nella prospettiva della prevenzione speciale».

<sup>8</sup> Sulle presunzioni di non pericolosità v. I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, 198 ss.; come è noto, la disciplina delle misure di sicurezza si è sempre caratterizzata per il ricorso a presunzioni assolute o relative circa la sussistenza o la persistenza della pericolosità sociale. Per quanto concerne la fase del riesame, con la sentenza della Corte costituzionale (Corte cost., 5 aprile 1974, n. 110) si è rimesso al giudice di sorveglianza il potere di revocare la misura di sicurezza prima della scadenza della durata minima prevista per legge, sottraendo tale prerogativa al Ministro di Grazia e Giustizia e trasformando, così, la presunzione di persistente pericolosità da assoluta a relativa. La Corte costituzionale (Corte cost., 8 luglio 1982, n. 139 per quanto riguarda gli infermi totali di mente e Corte cost. 15 luglio 1983, n. 249 per i seminfermi di mente) ha dichiarato illegittima la presunzione di persistente pericolosità sociale nella fase di applicazione della misura di sicurezza da parte del giudice della cognizione o dell'esecuzione, quale immediata conseguenza dell'accertamento dell'infermità di mente al momento della commissione del fatto, tenuto conto dell'ampio lasso di tempo intercorso fra il reato e l'applicazione della misura, durante il quale potrebbe mutare lo stato patologico del soggetto (si parla infatti di attualizzazione del giudizio di infermità mentale). Solo con l'art. 31 della legge "Gozzini" verrà definitivamente abolita la presunzione assoluta di pericolosità sociale quale immediata conseguenza dell'infermità di mente. Infine le sentenze della Corte costituzionale (Corte cost., 2-18 luglio 2003, n. 253 e Corte cost., 29 novembre 2004, n. 367) hanno espunto dall'ordinamento la presunzione assoluta in base alla quale all'accertamento dell'infermità o seminfermità di mente e della pericolosità dell'agente dovesse seguire automaticamente l'applicazione dell'OPG o della CCC, e non anche una diversa misura in funzione sussidiaria.

detentive sembra, viceversa, esporsi ad alcuni profili di criticità laddove si prenda in considerazione, da un punto di vista teleologico, l'equilibrio fra pene e misure di sicurezza derivante dal noto compromesso tra la Scuola classica e quella positiva, che ha condotto alla codificazione di un sistema dualistico<sup>9</sup>, quale sintesi delle diverse funzioni assolte dalle due tipologie "sanzionatorie".

Senza entrare nel merito del complesso dibattito relativo alle funzioni della pena e della misura di sicurezza nell'ordinamento italiano, pare tuttavia che la fissazione del precitato limite di durata, che nelle nobili intenzioni del legislatore della riforma avrebbe dovuto porre fine al fenomeno dei cc.dd. ergastoli bianchi<sup>10</sup>, abbia profondamente inciso sull'efficacia specialpreventiva positiva e/o negativa, che contraddistingue le misure di sicurezza<sup>11</sup>.

Rimanendo nell'ambito delle misure di sicurezza detentive riservate ai soggetti colpiti da infermità psichica, la riforma ha inteso assegnare alle REMS una funzione residuale, quale *extrema ratio* nel trattamento del folle reo, tramite la positiva inserzione nell'art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011 dei principi di sussidiarietà e flessibilità, da tempo elaborati dalla Corte costituzionale<sup>12</sup>. Il legislatore ha voluto, quindi, circoscrivere il trattamento di natura custodiale a quei soggetti che, più di altri, necessitano di un costante ed incisivo supporto terapeutico-riabilitativo<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Ci si riferisce alle ipotesi in cui sia possibile applicare cumulativamente pena e misura di sicurezza, secondo il modello del c.d. doppio binario. Si devono, invece, ritenere monistici quei sistemi che prevedono l'applicazione di un'unica misura sanzionatoria nei confronti dello stesso soggetto, o perché unica è la sanzione contemplata dall'ordinamento, o perché unica è la sanzione applicabile nei confronti dello stesso soggetto (o pena o misura di sicurezza). Rientrano fra i sistemi monistici anche quelli integralmente vicariali, nei quali pena e misura di sicurezza sono del tutto fungibili. Sul punto v. G. GRASSO, *Pre Art-199*, in *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 2011, 421 ss.

<sup>10</sup> Si prendano alcuni casi eclatanti riportati dalla Commissione parlamentare d'inchiesta, come ad esempio quello di una persona internata per 22 anni per una rissa nell'OPG di Reggio Emilia o per 18 anni per una rapina di 7000 lire nell'OPG di Barcellona Pozzo di Gotto.

<sup>11</sup> Sul punto cfr. A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica fra "cura" e "custodia" nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2015, 1377 ss.

<sup>12</sup> Il riferimento è alle sentenze della Corte costituzionale (Corte cost., 2-18 luglio 2003, n. 253 e Corte cost., 29 novembre 2004, n. 367), su cui v. M.T. COLLICA, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso*, in *Dir. pen. proc.*, 3/2004, 300 ss.

<sup>13</sup> Non sembra, tuttavia, che il legislatore abbia recepito la proposta di quella parte della dottrina che ritiene necessario sostituire il presupposto della pericolosità sociale con il "bisogno di cura", così M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, 679; A. MANNA, *Sull' "abolizione" degli ospedali psichiatrici giudiziari: pericolosità sociale o bisogno di terapia?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2013, 1329 ss.; M.T.

Desta allora qualche perplessità il fatto che alla scadenza di un termine prefissato *ex lege* e parametrato sulla base della gravità del reato consegua automaticamente la dimissione dell'infermo dalla struttura, interrompendo così un percorso di recupero che avrebbe, forse, potuto conseguire migliori risultati.

Analoghe considerazioni valgono per l'efficacia specialpreventiva a contenuto negativo che, in alcuni e limitati casi, assume primaria importanza nel bilanciamento fra cura e custodia dell'infermo di mente autore di un reato.

Muovendo, infatti, dal presupposto secondo cui la finalità rieducativa della pena *ex art. 27*, terzo comma, Cost. non possa estendersi *de plano* alle misure di sicurezza – poiché talune di esse sono rivolte a soggetti, come gli infermi di mente, rispetto ai quali non è sempre possibile parlare, propriamente, di rieducazione, ma di cura e riabilitazione – ne discende che le misure di sicurezza non sono sottoposte allo stringente vincolo di cui all'*art. 27*, terzo comma, Cost.: è, quindi, ipotizzabile che esse, talvolta, non possano spiegare un effetto riabilitativo<sup>14</sup>.

COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso" del reato*, in *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, a cura di A. Gaboardi [et al.], Torino, 2013, 295; *contra* G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale e promozione dei diritti fondamentali della persona malata di mente*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2015, 612 ss.; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 923; ID., *Quale futuro per le misure di sicurezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2013, 1283; ID., *La politica penale delle interpolazioni*, in *Penalecontemporaneo.it*, 30 maggio 2016, 68. Pur non avendo il legislatore recepito il bisogno di cura quale fondamento per l'applicazione delle misure di sicurezza, che restano, quindi, ancora vincolate all'accertamento della pericolosità sociale, non si può non tener conto della centrale importanza che la terapia e la riabilitazione assumono per l'internamento del folle reo. L'*art. 1*, comma 1, lett. b), d.l. n. 52 del 2014 circoscrive, infatti, il ricovero in REMS ai casi in cui «[...] ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate». Per l'importanza che riveste il fatto di reato nell'ambito del giudizio di pericolosità v. anche R. BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere. Appunti "sistematici" per una riforma "mirata" del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2013, 718 ss.

<sup>14</sup> In questo senso I. CARACCIOLI, *op. cit.*, 97 ss.; così anche M. PELISSERO, *Misure di sicurezza*, in *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, 658, secondo cui l'*art. 27*, terzo comma, Cost., si riferisce alle sole pene; ciò non legittima, però, l'esecuzione di misure di sicurezza che si fondino esclusivamente sulla neutralizzazione del folle reo, poiché un simile trattamento si porrebbe in contrasto con il rispetto della dignità umana *ex art. 2* Cost.; nonostante l'infermo di mente affetto da irreversibile patologia non possa tendere ad una piena riabilitazione, non è, tuttavia, ipotizzabile un internamento che non garantisca tutto il supporto terapeutico di cui egli necessita. Sembra, allora, che le nuove REMS possano garantire l'equilibrio fra cura e custodia, secondo le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale (nella nota sentenza Corte cost., 2-18 luglio 2003, n. 253). La Consulta ha, infatti, sottolineato che la restrizione della libertà personale dell'infermo di mente non può mai recare danno, anziché vantaggio, alla sua condizione di salute:

Il riferimento cade, per ciò che qui rileva, sui casi d'infermità mentale irrecuperabile, rispetto ai quali ogni intervento riabilitativo non è in grado di sortire alcun effetto. Si tratta di ipotesi in cui la misura di sicurezza si giustifica solo quale forma di contenimento del folle reo attraverso la terapia, risultando vano anche solo tendere al recupero dell'infermo: non a caso anche coloro, che prospettavano l'opportunità di fissare un termine massimo di durata delle misure di sicurezza per i non imputabili, suggerivano poi di rimettere al giudice la facoltà di derogarvi<sup>15</sup>.

Tale limite massimo di durata potrebbe, infatti, determinare una contrazione delle esigenze di difesa sociale e, spesso, un'interruzione del percorso terapeutico e/o riabilitativo<sup>16</sup>.

Si deve presumere che l'infermo di mente, che si trovi nella REMS alla

---

è quindi necessario che anche i casi di malattia mentale irrecuperabile si giovino di un percorso terapeutico, pur non potendo tendere alla piena riabilitazione dell'infermo. Parte della dottrina, muovendo da una diversa estensione del concetto di "rieducazione", vi ricomprende anche la funzione delle misure di sicurezza, v. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 82, secondo cui «Per quest'ultime il Costituente non aveva bisogno di delineare la funzione, essendo rieducative per definizione: mutando soltanto il contenuto della rieducazione a seconda che le misure di sicurezza si applichino a soggetti capaci o incapaci di intendere o di volere» e in nota «Per questi ultimi dovendo la misura di sicurezza assumere una funzione esclusivamente curativa»; G. VASSALLI, *L'abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, in *Giur. cost.*, 1982, 1202 ss.; sostiene l'assoluta incompatibilità degli OPG con l'art. 27, terzo comma, Cost., D. PICCIONE, *Libertà dall'ospedale psichiatrico in dismissione e rischi di regressione istituzionale*, in *Rivistaaic.it*, 4/2014, 4; v. anche ID., *Politica delle libertà costituzionali e soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Giur. cost.*, 6/2013, 5157 ss.; sull'art. 27, terzo comma, Cost., v. per tutti G. FIANDACA, *Art. 27, comma 3, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna, 1991, 222 ss.

<sup>15</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 199, ma v. ID., *La politica penale*, cit., 67. In questo senso era orientato anche il progetto Grosso, che rimetteva al giudice la facoltà di prorogare il termine massimo di durata della misura riservata ai non imputabili in via eccezionale ed al ricorrere di una serie di presupposti, sul punto v. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 201. Nel sistema attualmente vigente la misura di sicurezza detentiva conserva una durata indeterminata nel massimo per i delitti puniti con l'ergastolo, su cui v. le osservazioni critiche di M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 928; A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015, § 10, parla di ergastoli nascosti.

<sup>16</sup> Sottolinea i profili di criticità, sia dal punto di vista teorico sistematico, che per quanto concerne la funzione di difesa sociale, cui dovrebbero assolvere le misure di sicurezza, G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati!*, cit.; ID., *Revoca del ricovero in OPG per decorso della durata massima: un primo provvedimento*, in *Penalecontemporaneo.it*, 16 giugno 2014; v. anche P. DI NICOLA, *La chiusura degli OPG: un'occasione mancata*, in *Penalecontemporaneo.it*, 13 marzo 2015.

scadenza del termine prefissato dalla legge, sia ancora socialmente pericoloso e, nella maggior parte dei casi, in grado di pervenire ad un migliore recupero dal punto di vista terapeutico: ne sarebbe stata altrimenti disposta l'immediata dimissione.

Peraltro il d.l. n. 52 del 2014 ha stabilito che il magistrato di sorveglianza non possa fondare il giudizio di pericolosità sociale sulla base delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo o sulla sola mancanza di programmi terapeutici individuali. L'internamento del folle reo nelle REMS fino alla scadenza del termine massimo di durata può, quindi, giustificarsi esclusivamente sulla base di cc.dd. fattori endogeni<sup>17</sup>: si renderà, allora, necessario contenere l'internato attraverso la cura, nei casi più gravi di infermità psichica, ovvero tendere ad un miglioramento della patologia.

Sarebbe stato, forse, più prudente configurare una presunzione relativa di non pericolosità legata al decorso di un determinato lasso di tempo, preservando così il *quid proprium* delle misure di sicurezza ed al contempo ridimensionando il contenuto potenzialmente afflittivo di una restrizione della libertà personale senza limiti di durata<sup>18</sup>.

La riforma non ha, viceversa, modificato il c.d. doppio binario<sup>19</sup>, primo

<sup>17</sup> Sulla distinzione fra fattori endogeni ed esogeni v. G. GUARNIERI, voce *Capacità a delinquere*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, 867.

<sup>18</sup> Peraltro l'art. 1, comma 1-ter, d.l. n. 5 del 2014 dispone che per i pazienti per i quali sia stata accertata la persistente pericolosità sociale, occorra motivare l'eccezionalità e la transitorietà, che legittimano il prosieguo del ricovero. Parte della dottrina sostiene che la disposizione non sia limitata alla transizione da OPG e CCC a REMS, ma che aggravi in via generale l'onere di motivazione in capo al giudice in sede di riesame della pericolosità sociale (riesame che diverrebbe ancor più complesso nel caso in cui si imponesse al giudice di ulteriormente motivare la deroga al limite massimo di durata stabilito *ex lege* o la prognosi di "recidiva" formulata sulla base delle condizioni di cui all'art. 133, secondo comma, n. 4 c.p. o per la sola mancanza di programmi terapeutici individuali, v. *infra*). Sull'importanza di tale disposizione per quanto concerne la fase del riesame v. M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 927; ID., *Le misure di sicurezza personali e le alternative al modello custodiale*, in *Giur. it.*, 6/2016, 1542; G. BALBI, *op. cit.*, 10; A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali*, cit., § 8.

<sup>19</sup> Benché il nostro sistema tenda a canalizzare nella pena la neutralizzazione del delinquente pericoloso, come è avvenuto, ad esempio, in materia di recidiva o per talune fattispecie di reato, non è escluso che il legislatore, sulla scorta degli orientamenti che si stanno registrando in altri ordinamenti europei, possa in futuro incrementare le ipotesi di cumulo sanzionatorio, cui la riforma in esame avrebbe, forse, potuto porre un freno. Sul punto v. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 38 ss.; F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2012, 1334 ss.; M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *Arch. pen.*, 2/2014, 460.

fra tutti quello relativo ai seminfermi di mente, che dopo le aperture della sentenza “Raso” sembra costituire la valvola di sfogo entro cui ricomprendere i disturbi della personalità<sup>20</sup>: si potrebbe invece *de iure condito* valorizzare, laddove possibile, la riduzione della durata della pena *ex art.* 89 c.p. in funzione di quella (massima) della misura di sicurezza, così da pervenire ad

<sup>20</sup> Malgrado le aperture della sentenza “Raso”, che ha ricompreso i disturbi della personalità nell’ambito delle infermità penalmente rilevanti, la giurisprudenza tende spesso a ricondurre tali disturbi nel vizio parziale di mente, in un’ottica compromissoria che garantisce, comunque, l’irrogazione della pena, seppur diminuita, oltre all’applicazione della misura di sicurezza, cfr. G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamentali*, Torino, 2011, 379. Nonostante le condivisibili perplessità circa il potenziale cumulo sanzionatorio di cui è destinatario il seminfermo di mente e, più in generale, avuto riguardo alla stessa nozione di capacità di intendere o di volere grandemente scemata, si comprende, tuttavia, la prudenza degli organi giudiziari, tenuto conto della complessa ricostruzione del concetto di disturbo di personalità, che potrebbe comportarne un’incontrollata applicazione, a discapito delle esigenze di certezza della pena. Sarebbe, forse, necessario rivalutare un rinvio formale così ampio alla categoria dell’infermità *ex art.* 88 e 89 c.p. (parte della dottrina qualifica l’infermità come un elemento normativo extragiuridico, così M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, I, Milano, 2012, 51; EAD., *Il “crimine” della pericolosità sociale: riflessioni da una riforma in corso*, in *Penalecontemporaneo.it*, 24 ottobre 2016, 6). Mentre, infatti, nel sistema originario del Codice Rocco la nozione di infermità nel diritto sostanziale e nel diritto processuale penale era ancorata ad una visione organicista e nosografica della malattia mentale e, quindi, a presupposti scientifici ben definiti, l’attuale modello sincretico, bio-psico-sociale, con cui si ricostruisce l’infermità penalmente rilevante, pare comprometterne la tassativa delimitazione. Le conseguenze si riverberano, in fase processuale, anche sul riparto di competenze fra perito e giudice: il modello di accertamento misto, empirico e normativo, che dovrebbe caratterizzare il giudizio sull’imputabilità alla luce delle indicazioni della sentenza “Raso”, si risolve spesso in una subordinazione del secondo al primo, nonostante il ruolo di *peritus peritorum*, che dovrebbe comunque spettare al giudice, e che solo un recupero in termini di stretta legalità potrebbe, forse, garantire. Alla luce della riforma del sistema delle misure di sicurezza si prospettano, inoltre, due possibili ricadute sul piano applicativo: da una parte la finalità terapeutico-riabilitativa delle nuove REMS potrebbe indurre giudici e psichiatri ad applicare con più frequenza le misure di sicurezza, mancando il condizionamento negativo derivante dalle condizioni di degrado di buona parte dei vecchi OPG, (in questo senso P. DELL’ACQUA, S. D’AUTILIA, *Abbandonare quei luoghi, abitare le soglie*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2013, 1373); dall’altra la fissazione di un termine massimo di durata e la modificazione della base del giudizio di pericolosità sociale potrebbe, viceversa, portare ad un « [...] clima di generalizzato sfavore nei confronti delle misure di sicurezza custodiali [...] » e di conseguenza « [...] a un eccesso di prudenza nel riconoscimento del vizio di mente, specie in ragione delle criticità che caratterizzano l’accertamento in questione », immettendo altri infermi di mente nel circuito carcerario, v. A. MASSARO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive nel processo di “definitivo superamento” degli ospedali psichiatrici giudiziari: la lettura della Corte costituzionale con la sentenza n. 186 del 2015*, in *Arch. pen. web*, 2/2015, 15.

un rapporto parzialmente vicariale fra le due “sanzioni”.

Il trattamento del seminfermo di mente sconta, come è noto, una duplice criticità: sul piano normativo, in quanto il folle reo risulta destinatario di due provvedimenti restrittivi della libertà personale, e sul piano amministrativo, poiché la Casa di cura e custodia ha sempre rappresentato una mera appendice dell’Ospedale psichiatrico giudiziario. Neppure la riforma del 2014 ha, infatti, distinto il ricovero nelle REMS sulla base della piena o parziale infermità psichica dell’agente<sup>21</sup>.

Si sarebbero, infine, dovuti circoscrivere anche i cc.dd. reati presupposto ed i reati attesi necessari per fondare il giudizio di pericolosità sociale dell’infermo di mente, come auspicato da larga parte della dottrina: un possibile rimedio a detta lacuna è, forse, quello di tener conto in via interpretativa della gravità del fatto di reato *ex art.* 133 c.p. ai fini della sussidiarietà della misura di sicurezza detentiva.

### 1.2. *La limitazione dei parametri su cui fondare il giudizio di pericolosità sociale per infermi e seminfermi di mente*

Il secondo profilo su cui è intervenuto il d.l. n. 52 del 2014 consiste nella restrizione dei parametri in base ai quali fondare il giudizio di pericolosità sociale ai sensi dell’art. 203 c.p.

L’attuale formulazione dell’art. 3-ter, comma 4, d.l. n. 211 del 2011, prevede che per la prognosi di “recidiva” dell’infermo o seminfermo di mente autore di un reato, da cui discenda l’applicazione dell’OPG o CCC, non si possa tener conto delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo *ex art.* 133, secondo comma, n. 4 c.p., né della sola mancanza di programmi terapeutici individuali, ma occorra viceversa guardare alle «qualità soggettive della persona»<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Il Disegno di legge n. 2067 ed il progetto elaborato dagli Stati Generali dell’Esecuzione Penale sono invece orientati verso il superamento del doppio binario nei confronti dei seminfermi di mente, v. *infra*.

<sup>22</sup> Occorre peraltro distinguere le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo, che la riforma ha espressamente escluso dal giudizio di pericolosità sociale, rispetto alla mancanza di programmi terapeutici individuali, che possono viceversa rilevare, purché congiuntamente ad altri parametri. Non si è, inoltre, coordinata la riforma con quanto previsto *ex art.* 232 c.p., ove si stabilisce che il soggetto non può essere posto in libertà vigilata (che costituisce la misura di sicurezza applicabile in via sussidiaria rispetto ad OPG e CCC), laddove non sia possibile affidarlo ai soggetti obbligati a provvedere alla sua educazione e assistenza o agli istituti di assistenza sociale; al contempo la mancanza di programmi terapeutici individuali costituisce il principale motivo di fallimento della

I primi commentatori hanno da subito evidenziato le ricadute applicative dell'esclusione dei cc.dd. fattori esogeni dalla base necessaria per formulare il giudizio di pericolosità, primo fra tutti il rischio di un ritorno al paradigma organicista<sup>23</sup>, che associ in via (nuovamente) presuntiva la pericolosità sociale alla sola malattia mentale, in ciò coadiuvato dal successo che le neuroscienze stanno acquisendo all'interno del processo penale<sup>24</sup>.

L'intento, assolutamente meritorio, del legislatore di circoscrivere il più possibile l'internamento fondato sulla c.d. pericolosità latente<sup>25</sup> rischia, quindi, di risolversi in una discutibile semplificazione del giudizio di pericolosità, che non dovrebbe prescindere da una valutazione di carattere situazionale<sup>26</sup>.

---

libertà vigilata con prescrizioni terapeutiche; sul punto v. F. FIORENTIN, *Al vaglio di costituzionalità i parametri di accertamento della pericolosità sociale dei mentally ill offenders*, in *Arch. pen. web*, 3/2014, 5 ss.; A. MASSARO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza*, cit., 7 e 12; EAD., *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1385.

<sup>23</sup> Il rischio è paventato da larga parte della dottrina, v. da ultimo M.T. COLLICA *La riformata pericolosità sociale degli infermi non imputabili o semimputabili al vaglio della Corte Costituzionale: una novità da ridimensionare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2016, 429.

<sup>24</sup> Così, recentemente S. MOCCIA, *I nipotini di Lombroso: neuroscienze e genetica nel diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2016, 681 ss.; la dottrina non ha mancato di rilevare la difficoltà di sottoporre la prognosi di "recidiva" al vaglio dei cc.dd. criteri "Daubert", in base ai quali se ne dovrebbe valutare la "scientificità", M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale*, cit., 461.

<sup>25</sup> Si tratta dei casi in cui l'internamento è giustificato sulla base dei soli fattori esogeni. Occorre peraltro distinguere le ipotesi in cui la protrazione dell'internamento per ragioni di c.d. pericolosità latente discenda da una superficiale valutazione del caso sottoposto all'esame del magistrato di sorveglianza, come sembra desumersi dalle osservazioni di F. SCHIAFFO, *La riforma continua del «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»: la tormentata vicenda legislativa dell'art. 3-ter del d.l. n.211/2011*, in *Crit. dir.*, 1/2013, 8 avuto riguardo ad alcuni provvedimenti, che sarebbero stati verosimilmente riformati in sede di impugnazione, rispetto ai casi in cui l'internamento sia adeguatamente motivato dal giudice e si fondi su ragioni di difesa sociale e di cura dell'infermo di mente (ci si riferisce, ad esempio, alla vicenda oggetto dell'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Messina, su cui v. *infra*, ovvero a quella del Trib. di Roma, 3 giugno 2014, Giud. Paola di Nicola, con nota di G.L. GATTA, *Revoca del ricovero*, cit.).

<sup>26</sup> Cfr. per tutti M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 116; Preme inoltre sottolineare l'inversione di tendenza rispetto al giudizio sull'imputabilità: mentre, infatti, la riforma sembra orientata ad ancorare la prognosi di "recidiva" su un modello di spiegazione monocausale, al contrario a partire dalla c.d. sentenza "Raso", Cass., Sez. un. pen., 8 marzo 2005, n. 9163, la giurisprudenza ricorre ad una spiegazione multifattoriale delle cause di infermità mentale idonee ad escludere o scemare grandemente la capacità di intendere o di volere, secondo una concezione integrata della malattia mentale, su cui v. per tutti M. BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle sezioni unite*, in *Dir. pen.*

Le critiche alla riforma muovono in primo luogo dall'irragionevolezza, *ex art. 3 Cost.*, di un intervento di modifica che non tenga conto delle acquisizioni della scienza psichiatrica, la quale da tempo insiste sull'importanza dei condizionamenti esterni nell'ambito del giudizio di pericolosità<sup>27</sup>. La questione investe il più ampio e assai dibattuto problema dei rapporti fra scienza e diritto: occorre, cioè, preliminarmente stabilire i limiti entro cui le norme possano emanciparsi dal substrato empirico, che esse disciplinano, per sopperire ad esigenze di carattere normativo e politico<sup>28</sup>.

Secondo parte della dottrina, inoltre, i fattori esogeni potrebbero comunque assumere rilevanza nel giudizio di pericolosità sociale, per il tramite di quanto disposto dall'art. 133, secondo comma, n. 2 c.p., avuto riguardo alla condotta e alla vita del reo antecedenti al reato<sup>29</sup>, ovvero come corollario delle «qualità soggettive della persona»<sup>30</sup>, cui la riforma del 2014 subordina la valutazione della probabilità di «recidiva» dell'infermo o seminfermo di mente autore di un reato.

Ciascuna delle interpretazioni proposte, delle quali si condividono pienamente gli intenti (garantire il maggior collegamento possibile fra l'accertamento della pericolosità e la condizione personale del soggetto

---

*proc.*, 7/2005, 853 ss.

<sup>27</sup> V. sul punto G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale*, cit., 614; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 925.

<sup>28</sup> Sull'importanza dei cc.dd. «vincoli di realtà» derivanti dalla Costituzione v. D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2006, 806 ss.; v. anche Corte cost., 9 aprile 1981, n. 96, con nota di P. GRASSO, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. cost.*, 1981, 806 ss; Nulla esclude tuttavia che il legislatore qualifichi un determinato fenomeno discostandosi dal substrato empirico che lo caratterizza: si pensi agli stati emotivi o passionali *ex art. 90 c.p.*, che non escludono o diminuiscono l'imputabilità, nonostante sul piano naturalistico il soggetto agente, spesso, non sia capace di intendere o di volere, v. M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, II, Torino, 2015, 411, che parla di divorzio fra imputabilità e naturalistica capacità di intendere e di volere. Si vedano altresì, sul versante dell'elemento soggettivo, le considerazioni di M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Torino, 2006, 53, secondo cui «"dolo" e "colpa" non sono concetti corrispondenti a ben determinate realtà pregiudiziali, "ontologiche", ma mere qualifiche normative, esclusivamente funzionali all'applicazione di un certo tipo di disciplina; che quindi, in quanto tali, possono assumere strutturalmente i più diversi contenuti [...]».

<sup>29</sup> Purché assumano rilevanza «esclusivamente per il modo in cui sono stati vissuti dall'autore del fatto di reato». Così F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra "sottigliezze empiriche" e "spessori normativi": la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Penalecontemporaneo.it*, 11 dicembre 2014, 27, ma vedi le osservazioni critiche di G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale*, cit., 618, nota 34.

<sup>30</sup> G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale*, cit., 617.

agente ed evitare, al contempo, una rischiosa decontestualizzazione del relativo giudizio), non sembra tuttavia risolutiva. Occorre, infatti, preliminarmente definire il rapporto che intercorre fra fattori esogeni ed endogeni nell'accertamento della pericolosità sociale: o si stabilisce espressamente che per il giudizio di pericolosità sociale rilevano tanto fattori endogeni, quanto fattori esogeni, entrambi operanti, quindi, come condizioni necessarie e solo nel loro complesso sufficienti<sup>31</sup>, ovvero si ritiene che il giudizio di pericolosità sociale si possa fondare su fattori esogeni o endogeni, anche isolatamente considerati<sup>32</sup>, con la conseguenza che l'autore potrà essere ritenuto pericoloso anche solo in ragione delle sue condizioni di vita individuale, familiare e sociale o per la sola mancanza di programmi terapeutici individuali. *Tertium datur*: escludere la rilevanza dei fattori esogeni nel giudizio di pericolosità sociale per l'applicazione delle misure di sicurezza detentive, come previsto dalla riforma del 2014.

Si è poi denunciata l'irragionevole disparità di trattamento, *ex art. 3 Cost.*, che la nuova disciplina avrebbe introdotto sia tra autori infermi di mente pericolosi, che fra autori infermi e non infermi di mente, pericolosi.

Per quanto concerne la disparità di trattamento fra autori infermi di mente pericolosi, da parte di alcuno si è ritenuto che l'esclusione dei fattori esogeni dalla base del giudizio di pericolosità sociale possa determinare l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva in capo ad un soggetto che, in virtù degli stessi fattori esogeni esclusi dalla riforma, non sarebbe stato, viceversa, dichiarato pericoloso (poiché, ad esempio, inserito in un contesto sociale o familiare particolarmente favorevole), così equiparandolo a colui che, nonostante la presenza del medesimo contesto di favore, sarebbe stato ugualmente dichiarato pericoloso<sup>33</sup>.

Si è quindi proposta una lettura costituzionalmente orientata delle modifiche introdotte, circoscrivendone la portata ai soli casi in cui ne possano seguire effetti *in bonam partem*: i fattori esogeni potrebbero,

<sup>31</sup> In questo senso F. TAGLIARINI, voce *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 1983, 18, nota 107; v. anche P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 347, secondo cui «Tutti questi elementi hanno una caratteristica funzionale comune: essi tendono a fornire la base per un giudizio sulla personalità del delinquente nel suo complesso, anche al di fuori del singolo episodio criminoso concretamente addebitato. Per quanto attiene alla pericolosità, si tratterà, in particolare, di vedere se, dall'analisi di tali elementi, si evidenzia una serie di qualità nel senso sopra indicato».

<sup>32</sup> Cfr. G. GRASSO, *Art. 203*, in *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano 2011, 470; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 871 ss.

<sup>33</sup> M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 925; sul punto v. anche le considerazioni di D. POTETTI, *La pericolosità sociale del malato di mente nell'art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011*, in *Cass. pen.*, 9/2015, 3326.

dunque, operare soltanto per escludere o far cessare l'internamento del folle reo<sup>34</sup>, ma non per fondarlo.

Sembra, tuttavia, che l'irragionevole disparità di trattamento permanente, qualsiasi efficacia si intenda attribuire nel giudizio di pericolosità sociale ai suddetti fattori esogeni, sia che essi operino *in bonam* che *in malam partem*: due soggetti, che abbiano commesso lo stesso fatto di reato a causa della stessa infermità mentale, finirebbero per vedersi applicata, o meno, una misura di sicurezza detentiva per ragioni loro non imputabili, legate, ad esempio, alla mancanza di strutture territoriali di assistenza in una Regione e non in un'altra. Pare, quindi, che in questi casi la disparità di trattamento non discenda dalla norma in sé, ma dal rinvio che essa opera a condizioni esterne al soggetto agente, per fondare, tuttavia, un giudizio di pericolosità le cui ripercussioni sulla libertà personale sono di carattere eminentemente soggettivo; ciò vale sia nei casi d'inefficienza del sistema amministrativo di gestione della malattia mentale, sia per le particolari condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.

Per quanto riguarda invece la disparità di trattamento fra autori pericolosi, infermi e sani di mente, si è contestata l'irragionevolezza di fondare il giudizio di pericolosità sociale dell'autore sano di mente su tutti i parametri della capacità a delinquere e di restringerlo, viceversa, nei confronti degli autori infermi o seminfermi di mente<sup>35</sup>. Non sembra, tuttavia, che al legislatore sia preclusa la facoltà di regolare in maniera differenziata situazioni tra loro disomogenee: l'elemento distintivo potrebbe, infatti, ravvisarsi proprio nell'infermità mentale e nell'incidenza che su di essa hanno i fattori esogeni rispetto ad un autore sano di mente.

Questi ed altri profili di (ritenuta) incostituzionalità della riforma hanno condotto il Tribunale di sorveglianza di Messina<sup>36</sup> a sollevare questione di legittimità costituzionale. Nell'ordinanza di rinvio viene altresì richiamata l'attenzione sulla funzione specialpreventiva su cui dovrebbe fondarsi

<sup>34</sup> Così M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 925; In questo senso anche F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale*, cit., 15; Pare inoltre opportuno richiamare la soluzione interpretativa proposta da F. FIORENTIN, *Al vaglio di costituzionalità*, cit., 7, secondo cui «il giudice applicherà la misura di sicurezza detentiva soltanto se ritenga che una misura di specie diversa non assicurerebbe la corretta somministrazione delle cure necessarie al contenimento della sintomatologia relativa alla patologia clinica [...]».

<sup>35</sup> Sul punto v. F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale*, cit., 15.

<sup>36</sup> Trib. sorv. Messina, 16 luglio 2014, con nota di R. BIANCHETTI, *Sollevata questione di legittimità costituzionale in merito ai nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale del seminfermo di mente*, in *Penalecontemporaneo.it*, 14 novembre 2014; l'ordinanza lamenta la violazione di tredici disposizioni costituzionali, nello specifico gli artt. 1, 2, 3, 4, 25, 27, 29, 30, 31, 32, 34, 77 e 117 Cost.

l'applicazione delle misure di sicurezza detentive: si tratta del binomio fra cura e custodia che, sulla scorta delle indicazioni della Corte costituzionale nella nota sentenza n. 253 del 2003, legittima l'internamento in OPG e CCC.

Secondo l'ordinanza di rimessione, infatti, da una parte si « [...] "sanziona" la collettività, trasferendo su di essa il rischio giudizialmente incontrollato di nuove condotte antisociali e criminose», dall'altra verrebbero traditi gli obiettivi terapeutici e riabilitativi, che devono caratterizzare il recupero del soggetto internato, in violazione dell'art. 32 Cost<sup>37</sup>.

Analogamente alla fissazione del termine massimo di durata, la limitazione della base del giudizio di pericolosità sociale introduce una presunzione assoluta di non pericolosità sociale per l'internamento in REMS di quei soggetti che versino in condizioni di vita individuale, familiare e sociale particolarmente gravi o che non possano in alcun modo accedere a forme alternative di assistenza. La ("residuale") pericolosità dell'agente varrà a fondare l'applicazione di misure di sicurezza personali non custodiali, in primo luogo la libertà vigilata con prescrizioni terapeutiche, da tempo indicata dalla Corte costituzionale come alternativa idonea a garantire la sussidiarietà delle misure di sicurezza detentive<sup>38</sup>.

L'esclusione in via assoluta e senza prova contraria dell'internamento in REMS di coloro che, in considerazione di fattori esogeni, possano compromettere radicalmente il proprio percorso terapeutico-riabilitativo sembra tuttavia pregiudicare proprio quelle esigenze di cura su cui si fondano le nuove strutture: pare, infatti, un controsenso disporre la cessazione di un percorso terapeutico riabilitativo in REMS poiché non si può tener conto, ai fini del giudizio sulla pericolosità sociale, della mancanza di condizioni esterne idonee a garantire un analogo percorso terapeutico; altrettanto grave sarebbe, poi, se il mancato internamento e l'eventuale recrudescenza della malattia mentale elevassero il pericolo di "recidiva", a discapito della pubblica sicurezza.

Alla restrizione della base del giudizio di pericolosità si potrebbero

---

<sup>37</sup> Trib. sorv. Messina, 16 luglio 2014, 18; per quanto concerne la violazione dell'art. 32 Cost., v. p. 21 ove si sostiene che «la rimessione in libertà o in libertà vigilata, per effetto della nuova normativa, di soggetti affetti da patologie psichiatriche e bisognevoli di assistenza e cure, sebbene in condizioni di vita individuale, familiare e sociale controindicate, se non criminogene, ed in assenza di un progetto terapeutico individuale, espone tali soggetti al rischio di commettere non solo atti eterolesivi ma anche atti autolesivi, pregiudicando la loro salute ed il loro diritto a trattamenti terapeutici e socio-riabilitativi adeguati».

<sup>38</sup> Sui problemi di coordinamento della riforma con la disciplina della libertà vigilata v. nota 22. La Corte di Cassazione ha ritenuto la libertà vigilata con prescrizioni terapeutiche contrastante con il principio della riserva di legge in materia di misure di sicurezza, v. Cass., Sez. V pen., 8 gennaio 2010, n. 9656.

allora muovere le stesse considerazioni critiche relative alla fissazione di un termine massimo di durata: sembra delinarsi uno scollamento fra gli obiettivi della riforma, che aspirano ad un efficace percorso terapeutico-riabilitativo del folle reo, e l'assoluta irrilevanza, sul piano normativo, del contesto cui egli appartiene, che potrebbe, tuttavia, essere determinante ai fini della riabilitazione stessa.

Si sarebbe, forse, potuto ricorrere ad una presunzione relativa, temperata, come anche per il termine massimo di durata, dalla necessaria giustificazione delle ragioni che fondino l'eccezionalità e la transitorietà del ricovero sulla base dei soli fattori esogeni, *ex art. 1, comma 1-ter, d.l. n. 52 del 2014*, rendendo in tali casi più gravoso l'onere motivazionale in capo al giudice (aggravio non limitato, peraltro, alla sola fase del riesame della pericolosità).

Con la sentenza n. 186 del 2015, la Consulta ha, tuttavia, dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, ritenendo errato il presupposto interpretativo da cui muoveva il giudice remittente, ad avviso del quale, come anticipato, la riforma avrebbe inciso sulla pericolosità sociale degli infermi di mente, differenziandola rispetto a quella generale di cui all'art. 203 c.p.<sup>39</sup>

Secondo la Corte «Basta leggere la disposizione impugnata per comprendere che le frasi sulle quali si appunta la censura non riguardano la pericolosità sociale come categoria generale, ma si riferiscono più specificamente alla pericolosità che legittima il “ricovero in un ospedale psichiatrico o in una casa di cura”».

Non si sarebbe, quindi, introdotta una nuova pericolosità sociale degli infermi di mente, ma differenziati i criteri per la scelta della misura di sicurezza concretamente applicabile.

Dalla soluzione interpretativa della sentenza si ricava quello che è stato efficacemente definito un «sistema bifasico, scandito da un doppio giudizio prognostico [...] Al primo giudizio, “a base totale”, resterebbe affidato l'accertamento della pericolosità sociale del soggetto imputabile o “semi-infermo”. Qualora questa fase si concludesse con una prognosi di pericolosità, interverrebbe il secondo giudizio, “a base parziale”, finalizzato alla scelta della misura applicabile»<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> L'opinione era largamente condivisa in dottrina, v. M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 922; M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale*, cit., 461; A. MASSARO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza*, cit., 10; G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale*, cit., 613; più precisamente verrebbero a differenziarsi i criteri in base ai quali fondare il giudizio di pericolosità sociale nei confronti di infermi e seminfermi di mente, rimanendo invariato il concetto di pericolosità sociale quale probabilità di “recidiva”.

<sup>40</sup> Così A. MASSARO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza*, cit., 11, ripresa testualmente da

Volgendo tuttavia l'attenzione alla fattispecie complessa da cui discende l'applicabilità delle misure di sicurezza, che consta del fatto di reato e dell'accertamento della pericolosità sociale<sup>41</sup>, sembra che alla modificazione della base del giudizio per l'applicazione dell'OPG e CCC consegua, automaticamente, una distinzione anche in termini di fattispecie.

Dal confronto fra le diverse fattispecie complesse (quella, cioè, necessaria per disporre l'internamento in OPG e CCC, e le altre, che legittimano l'applicazione delle restanti misure di sicurezza), si evince, infatti, che unico elemento differenziale è la maggiore o minore estensione della base per formulare il giudizio di pericolosità, rimanendo invariato il fatto di reato, che ne costituisce il presupposto.

Poiché la riforma ha espunto dalla base del giudizio di pericolosità per l'applicazione dell'OPG e CCC il parametro di cui all'art. 133, secondo comma, n. 4 c.p., la fattispecie necessaria per integrare tutte le altre misure di sicurezza consta, allora, di un elemento in più.

Il rapporto di specialità in astratto si fonda sull'assunto secondo il quale una fattispecie può dirsi speciale laddove contenga un elemento in più rispetto alla generale, tale per cui, laddove la fattispecie speciale mancasse, verrebbe integrata quella generale.

L'elemento specializzante costituisce, tuttavia, un elemento negativo implicito della fattispecie generale: esso esclude, infatti, che l'accadimento concreto sussumibile nella fattispecie speciale possa rientrare, altresì, nell'ambito applicativo di quella generale (derogata, per l'appunto, da quella speciale)<sup>42</sup>.

Tirando allora le fila del ragionamento, la fattispecie per l'applicazione dell'OPG e CCC lungi dal configurare una disciplina di carattere speciale, costituisce, viceversa, la fattispecie generale per l'applicazione delle misure di sicurezza; le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo, delle quali non si può tener conto, confermerebbero la natura negativa

---

Cass., Sez. VI pen., 18 novembre 2015, n. 49469. Sulla sentenza della Corte costituzionale v. anche A. PUGIOTTO, *La giurisprudenza difensiva in materia di opg a giudizio della Corte costituzionale*, in *Rivistaaic.it*, 4/2015, 6; M. PELISSERO, *Le misure di sicurezza*, cit., 1542; M.T. COLLICA *La riformata pericolosità sociale*, cit., 436; M. FIORENTINI, *La pesatura del cuore. Il giudizio di pericolosità sociale all'indomani della sentenza costituzionale n. 186 del 2015*, in *Studium iuris*, 2/2016, 180.

<sup>41</sup> Così M. GALLO, voce *Capacità penale*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, 886, nota 5; per una critica v. F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961, 127, nota 256; *amplius* B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, 183 ss.

<sup>42</sup> V. M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., 220 ss.; sulla struttura logica del rapporto di specialità fra fattispecie v. recentemente A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, Torino, 2014, 100.

dell'elemento specializzante (che, in questo caso, viene esplicitato dalla stessa disposizione di legge).

Non deve, poi, sorprendere che la fattispecie generale abbia un ambito applicativo più ristretto di quella speciale: ciò dipende dal maggior numero di misure di sicurezza applicabili sulla scorta della fattispecie speciale e dalla natura alternativa, e non cumulativa, dei parametri di cui all'art. 133 c.p. idonei a fondare, ciascuno singolarmente, il giudizio di pericolosità sociale.

Sembra allora che i profili di contrasto della riforma con il dettato costituzionale non attengano principalmente all'irragionevolezza delle scelte del legislatore (che, comunque, modificando la base del giudizio di pericolosità, ha distinto le fattispecie applicabili agli infermi e seminfermi di mente rispetto a quelle degli altri autori pericolosi), bensì alla funzione che l'ordinamento riconosce alle misure di sicurezza detentive per gli infermi di mente. Se non possono non condividersi le premesse da cui muove il d.l. n. 52 del 2014 e, cioè, la necessità di contenere le ipotesi di pericolosità latente o i cc.dd. ergastoli bianchi, le radicali conclusioni cui si è pervenuti con la riforma continuano a destare alcune perplessità sia sul fronte della cura che su quello della custodia: si dovrebbe, forse, distinguere «[...] la critica al sistema delle misure di sicurezza [...] dalla critica al funzionamento concreto degli O.P.G [...]»<sup>43</sup>, che talvolta rischia di comprometterne i rivoluzionari obiettivi<sup>44</sup>.

Pare, infine, opportuno dare conto di alcune delle proposte elaborate durante gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale<sup>45</sup> nel tavolo dedicato alle

<sup>43</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 141.

<sup>44</sup> V. anche le osservazioni di M.T. COLLICA, *Verso la chiusura degli O.P.G.: una svolta (ancora) solo annunciata?*, in *Leg. pen.*, 4/2014, 281, secondo cui «Pur apprezzando il messaggio della legge, che non intende, come detto, far gravare sul soggetto infermo di mente le disfunzioni delle amministrazioni sanitarie regionali, che non riescono a garantire la presa in carico di quanti non sono più in condizioni di pericolosità sociale conclamata, non risulta condivisibile lo strumento con cui si è inteso realizzare l'obiettivo. Il fine, cioè, non giustifica i mezzi utilizzati dal legislatore: si pone, infatti, il rischio di introdurre una disciplina ancora più problematica in termini di tutela della salute del soggetto».

<sup>45</sup> Su cui v. G. GIOSTRA, *Si schiude un nuovo orizzonte per l'esecuzione penale? Delega penitenziaria e Stati generali: brevi considerazioni a margine*, in *Quest. giust.*, 2/2015, 61 ss.; M. RUOTOLO, *Gli Stati generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *Penalecontemporaneo.it*, 11 marzo 2016; F. FIORENTIN, *La conclusione degli "Stati Generali" per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in *Penalecontemporaneo.it*, 7 giugno 2016; M. PELISSERO, *Gli Stati generali sull'esecuzione penale: i problemi noti messi a nudo e la necessità di risposte di sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2016, 1125 ss.; nello specifico, per quanto riguarda le misure di sicurezza, v. M. PELISSERO, *Le misure di sicurezza personali*, cit., 1545; ID., *La politica penale delle interpolazioni*, cit., 66; M.T. COLLICA, *La riformata pericolosità sociale*, cit., 440 ss.; M. BERTOLINO, *Il "crimine" della pericolosità sociale*, cit.; F.

misure di sicurezza<sup>46</sup>: pur lasciando inalterate le regole di accertamento della pericolosità sociale e la previsione di un termine massimo di durata, la proposta si segnala per una condivisibile gradualità e progressione nella scelta della misura di sicurezza applicabile<sup>47</sup>.

In primo luogo, dette misure vengono riservate ai soggetti non imputabili, eliminando di fatto il doppio binario nei confronti dei seminfermi di mente, al cui percorso terapeutico riabilitativo dovrebbe quindi provvedere l'istituzione carceraria.

Le misure di sicurezza che il giudice può disporre sono differenziate in base alla gravità del reato commesso: se il massimo edittale non supera i tre anni, il giudice si limita a segnalare al DSM competente la sentenza di proscioglimento e la perizia, con l'invito a predisporre un percorso terapeutico riabilitativo per l'infermo di mente; laddove invece il reato commesso sia punito con una sanzione superiore a tre anni nel massimo, il giudice può ricorrere ad una misura obbligatoria di cura e controllo, che dovrebbe sostituire la libertà vigilata, cui può associare una serie di prescrizioni finalizzate a garantire un effettivo percorso di cura. Nell'ipotesi di reati sanzionati con una pena non inferiore nel minimo a quattro anni, può disporsi il ricovero in un servizio per pazienti psichiatrici giudiziari (SPPG): in tal caso viene circoscritto anche il novero dei reati presupposto (delitti contro l'incolumità pubblica o contro la persona), nonché dei reati attesi, necessari per l'applicazione della misura di cura e controllo; occorre infatti che «sussista il fondato motivo di ritenere probabile la commissione di altro reato della medesima indole e almeno di pari gravità». Non sembra che la proposta si discosti dalla pericolosità sociale quale presupposto applicativo delle misure di sicurezza, nonostante siano valorizzate le esigenze di cura e riabilitazione, che fondano, congiuntamente alla prognosi di "recidiva", l'applicazione del ricovero coattivo in SPPG: è, infatti, necessario che all'infermo di mente occorran cure ad elevata intensità<sup>48</sup>.

---

PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro?*, in *Penalecontemporaneo.it*, 30 maggio 2016, 58 ss.

<sup>46</sup> Disponibile in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it) (ultimo accesso 12.04.2017).

<sup>47</sup> Così anche M. BERTOLINO, *Il "crimine" della pericolosità sociale*, cit., 24.

<sup>48</sup> Come si ricava, peraltro, dall'art. 222 c.p. (nel testo della proposta di riforma), rubricato "Misure giudiziarie di cura e controllo". Sembra, inoltre, che per disporre la misura di sicurezza detentiva occorra tanto la pericolosità sociale quanto il bisogno di cura, mentre il venir meno di uno soltanto dei due presupposti legittimerebbe la revoca ai sensi dell'art. 207 c.p. (nel testo elaborato dalla proposta di riforma). È poi necessario coordinare la disciplina prevista per l'applicazione provvisoria della misura di sicurezza, che si arricchisce della necessaria prognosi di assoluzione ai sensi dell'art. 88 c.p., con quella in via generale dettata dall'art. 222 c.p. (come modificato dalla proposta di riforma) che trova applicazione con la «pronuncia della sentenza di primo grado che stabilisce

2. *Il passaggio da OPG e CCC a REMS. La complessa vicenda normativa: da una colpevole inerzia ad un'impreparata (ma non più procrastinabile) riforma. Lo stato attuale delle REMS*

Il definitivo superamento di quell'«autentico orrore» cui il Capo dello Stato ha fatto riferimento nel discorso di fine anno e che, per rievocare l'espressione di uno dei principali fautori delle strutture manicomiali, ha spesso assunto le sembianze di «un'immensa latrina»<sup>49</sup>, subisce una sorprendente accelerazione a partire dal 2008, colmando in tempi relativamente brevi l'abissale divario che per trent'anni<sup>50</sup> aveva distinto il trattamento del folle da quello del folle reo<sup>51</sup>.

Il primo passo consiste nell'attuazione della delega di cui all'art. 2, comma 283, della finanziaria 2008 (l. n. 244 del 2007), cui il Governo ha provveduto con il d.P.C.M. 1° Aprile 2008, al fine di ultimare il riordino

---

il proscioglimento per infermità psichica dell'imputato [...] ».

<sup>49</sup> Così C. LOMBROSO, *La cattiva organizzazione della polizia ed i sistemi carcerari*, in *Il momento attuale*, Milano, 1903, 9 con riferimento al manicomio criminale di Aversa. Nel 1975 i manicomi criminali cambiano nome, divenendo Ospedali psichiatrici giudiziari, v. E. MUSCO, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, 772, che rimprovera al legislatore di aver mutato soltanto il *nomen iuris*, senza intervenire sulla natura essenzialmente custodiale e repressiva di tali strutture. Secondo T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario e la tutela della salute*, in *Tutela della salute e diritto privato* a cura di F. D. Busnelli e U. Breccia, Milano, 1978, 247 « [...] se la legge avesse veramente inteso promuovere un'efficace riforma delle sue (per unanime riconoscimento) decrepite strutture, il primo passo avrebbe dovuto consistere nel sancirne l'equiparazione, sul piano organizzativo, all'ospedale psichiatrico comune [...] ».

<sup>50</sup> Ci si riferisce alla riforma Basaglia, l. n. 180 del 1978.

<sup>51</sup> Dopo aver, infatti, constatato che la natura ibrida degli OPG, a cavallo fra ospedale e carcere, si era risolta in un'esaltazione della funzione custodiale, l'alternativa percorribile era la seguente: o normalizzare l'infermità psichica all'interno del carcere, abolendo quindi la distinzione fra imputabili e non imputabili, ovvero incrementare il supporto terapeutico e riabilitativo del folle reo nell'ambito delle misure di sicurezza. Sui progetti relativi alla c.d. carcerizzazione v. M.T. COLLICA, *La crisi del concetto*, cit., 305. Non sono mancate critiche anche alla c.d. sanitarizzazione, sia da parte di coloro che per motivi di sicurezza pubblica si schieravano a favore di una conservazione delle precedenti strutture e sia da parte di chi ha ritenuto le REMS «espressione di una strisciante perpetuazione della logica manicomiale». Sul punto v. F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! La rimozione di un "fossile vivente" quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2013, 97; per un'approfondita ricostruzione v. anche L. CARACENI, *L'insostenibile peso dell'ambiguità. Verso il crepuscolo delle misure di sicurezza psichiatriche*, in *Proc. pen. giust.*, 6/2013, 126 ss.; M.C. ORNANO, *Il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario: aspetti problematici ed esperienze operative della gestione dell'autore di reato affetto da disagio mentale*, in *Cass. pen.*, 5/2013, 2086 ss.

della medicina penitenziaria intrapreso con il d.lgs. n. 230 del 1999<sup>52</sup>. L'obiettivo della riforma del '99 era quello di superare l'idea secondo la quale il diritto alla salute dovesse declinarsi in maniera differente a seconda che i destinatari delle cure si trovassero in stato di detenzione od internamento, ovvero in libertà. Mentre nel d.lgs. n. 230 del 1999 non si faceva espresso riferimento al problema degli Ospedali psichiatrici giudiziari, se ne trova invece un'esplicita menzione nell'art. 5 del d.P.C.M. 1° aprile del 2008, ove si stabilisce che «sono trasferite alle regioni le funzioni sanitarie afferenti agli Ospedali psichiatrici giudiziari ubicati nel territorio delle medesime»<sup>53</sup>. La questione risiede nella logica priorità che si dovrebbe riconoscere alle componenti di ciascun acronimo: prima che una realtà "giudiziaria", l'OPG dovrebbe essere un ospedale, e, prima di una casa di custodia, la CCC dovrebbe rappresentare un luogo di cura<sup>54</sup>. Si comprende, allora, come il processo di sanitarizzazione avviato nel 2008 sia stato per troppo tempo disatteso<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> A sua volta attuazione della delega di cui all'art. 5 della l. n. 419 del 1988. Con il d.lgs. n. 230 del 1999 si è regolato il passaggio della medicina penitenziaria al Servizio Sanitario Nazionale e « [...] si introduceva la radicale innovazione dell'affido alle Aziende Sanitarie Locali dell'organizzazione dell'assistenza sanitaria in carcere. Dopo una breve e modesta fase sperimentale in alcune regioni italiane (Lazio, Puglia, Toscana) il progetto è rimasto inattuato e abbandonato [...] », così R. MALANO, *Attualità delle problematiche riguardanti i manicomi giudiziari. Una revisione storica dei progetti di legge riguardanti il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario e la modifica dell'attuale sistema della non imputabilità per gli infermi di mente autori di reato*, in *Riv. it. med. leg.*, 4-5/2008, 1031; v. anche G. LA GRECA, *Delega al governo per il riordino della medicina penitenziaria - commento*, in *Dir. pen. proc.*, 1/1999; B. BENIGNI, *La salute in carcere: una riforma da applicare*, in *Antigone*, 1/2009; C. CANTONE, *La riforma della sanità penitenziaria: Problemi e percorsi possibili*, in *Quaderni ISSP*, 11/2012, 7 ss.; F. DELLA CASA, *op. cit.*, 66. Per una più completa disamina di questi aspetti si rinvia a G. CAMERA, *Liberi, detenuti malati o affetti da tossicodipendenza, internati in strutture penitenziarie dedicate: diverse prospettive del diritto alla salute*, in *questo volume*.

<sup>53</sup> V. però le osservazioni critiche di G. DI ROSA, *Il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2013, 1404 secondo cui «L'ottimo intendimento dichiarato di assicurare a detenuti e internati le stesse cure dei cittadini in stato di libertà stenta tuttavia a realizzarsi, a causa della mancata condivisione di un pensiero di accoglienza reale dei malati provenienti dal carcere da parte di tutti i preposti alla gestione delle strutture sanitarie esterne».

<sup>54</sup> A differenza, ad esempio, di quanto disposto dall'art. 1, comma 1, della l. n. 36 del 1904, in cui la custodia veniva anteposta alla cura: «Debbono essere *custodite e curate* nei manicomi le persone affette per qualunque causa da alienazione mentale, quando siano pericolose a sè o agli altri e riescano di pubblico scandalo e non siano e non possano essere convenientemente custodite e curate fuorché nei manicomi».

<sup>55</sup> Soprattutto se si tiene conto del fatto che non rientrava nelle originarie intenzioni del legislatore quella di prevedere un'esclusiva gestione sanitaria interna alle REMS: si riservavano ancora all'amministrazione penitenziaria « [...] compiti relativi all'amministrazione

Da una lettura delle linee guida di cui all'allegato C del d.P.C.M. *de quo* non sfugge, infatti, come il programma di – graduale – superamento degli OPG, ripartito in tre fasi e caratterizzato da una rinnovata centralità delle funzioni terapeutico-riabilitative e dal principio di territorializzazione, rappresenti una svolta epocale: la responsabilità della gestione sanitaria degli OPG è assunta dalle Regioni<sup>56</sup>, si prevede la stesura da parte dei DSM<sup>57</sup> di un programma finalizzato alla dimissione degli internati che abbiano «concluso la misura di sicurezza», si stabilisce il reinserimento in carcere dei ricoverati in OPG per infermità psichica sopravvenuta<sup>58</sup>, nonché lo svolgimento degli accertamenti psichici *ex art.* 112 d.P.R. n. 230 del 2000 (reg. esec. ord. penit.) all'interno degli «istituti ordinari».

Il decreto prevede, inoltre, la ripartizione degli internati sulla base del territorio di provenienza (ponendo quindi le basi della c.d. territorializzazione), al fine di predisporre programmi terapeutico-riabilitativi<sup>59</sup> idonei a

---

della sicurezza e lo stesso D.P.C.M. 1 Aprile 2008, che ha avviato il superamento degli ospedali psichiatrici giunto a completamento negli anni successivi, muoveva dal medesimo presupposto», così A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1367. Occorre, cioè, superare l'idea per cui «Custodire e curare ben difficilmente sono compatibili e il primo fine finisce per prevalere», v. G. ZAPPA - C. A. ROMANO, *Infermità mentale, pericolosità sociale e misure di sicurezza alla prova degli anni Duemila*, in *Rass. penit. crim.*, 2-3/1999, 88.

<sup>56</sup> «*Ex lege*, tutto il personale afferente alla medicina penitenziaria è transitato al Ministero della Salute, non esclusi i direttori di OPG», così A. CALOGERO, *La chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *www.rivistadignitas.it*, 20 febbraio 2013.

<sup>57</sup> U. FURNARI, *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2015, 13: «Il dipartimento di salute mentale (DSM) è l'insieme delle strutture e dei servizi che hanno il compito di farsi carico della domanda legata alla cura, all'assistenza e alla tutela della salute mentale nell'ambito del territorio definito dall'Azienda sanitaria locale (ASL). Il DSM è dotato delle seguenti infrastrutture: servizi per l'assistenza diurna; i Centri di Salute Mentale (CSM); servizi semiresidenziali, quali i Centri Diurni (CD); servizi residenziali, quali le strutture residenziali (SR) distinte in residenze terapeutico-riabilitative e socio-riabilitative; infine, i Servizi Psichiatrici di Diagnosi e Cura (SPDC)»; secondo A. CALOGERO, *Superamento degli OPG – Attuazione del DPCM 1 aprile 2008*, in *www.siaecm.org* i «Dipartimenti di Salute Mentale, con queste difficoltà croniche e con risorse finanziarie insufficienti ed inferiori a tutti gli altri paesi europei, non possono farsi carico anche dei pazienti del circuito penitenziario».

<sup>58</sup> A condizione che siano state attivate le sezioni di cura e riabilitazione in carcere, come disposto dagli artt. 65 ord. penit., e dagli artt. 111, comma 5 e comma 7, d.P.R. n. 230 del 2000 e 115, comma 4, d.P.R. n. 230 del 2000.

<sup>59</sup> Nell'art. 3-ter, comma 5, l. n. 9 del 2012 tali programmi vengono definiti «percorsi terapeutico – riabilitativi», senza alcun riferimento alla necessaria individualizzazione del percorso, successivamente inserita dal d.l. Balduzzi (art. 6, comma 3, d.l. n. 158 del 2012), che peraltro subordinerà all'adozione di tali programmi l'erogazione dei fondi di cui al comma 6 dell'art. 3-ter d.l. n. 211 del 2011 («decreto del Ministro della salute di approvazione di uno specifico programma di utilizzo proposto dalla medesima regione, che deve consentire la realizzabilità di progetti terapeutico-riabilitativi *individuali*»).

garantire l'effettiva ripresa in carico da parte delle Regioni degli internati provenienti dai propri territori<sup>60</sup>. Si tratta, come è evidente, di obiettivi ambiziosi, che richiedono un'attenta valutazione delle molteplici ricadute applicative non solo di carattere organizzativo, burocratico e finanziario<sup>61</sup>, ma anche, come si vedrà, più strettamente "giuridico"<sup>62</sup>.

Ad accelerare il superamento degli OPG concorre l'ispezione del Comitato europeo per la prevenzione della tortura<sup>63</sup>, che denuncia lo stato di degrado in cui versano gli OPG di Aversa e Napoli, e, poco tempo dopo, l'inchiesta della Commissione Marino<sup>64</sup>. Una volta assurta agli onori (o orrori) della cronaca la condizione dei circa mille internati

Benché il requisito dell' "individualità" scompaia nel d.l n. 24 del 2013 (art. 1, comma 1, lett. c)), così tornando all'originaria formulazione "percorsi terapeutico-riabilitativi", esso assumerà nuovamente rilievo con la legge di conversione n. 57 del 2013 ("progetti terapeutico-riabilitativi «individuali»"). Sul punto v. anche F. SCHIAFFO, *La riforma continua*, cit., 3. Nella l. n. 81 del 2014 tali percorsi assumeranno, infatti, centrale importanza nel processo di superamento degli OPG e nella disciplina generale delle misure di sicurezza detentive: ci si riferisce alla restrizione dei parametri per formulare il giudizio di pericolosità sociale per infermi e seminfermi di mente (non si può tener conto della sola mancanza di programmi terapeutici individuali) ed alla fase di riesame della misura, ove è necessario che «il programma documenti in modo puntuale le ragioni che sostengono l'eccezionalità e la transitorietà del prosieguo del ricovero».

<sup>60</sup> Si stabilisce l'affidamento a «strutture OPG con livelli diversificati di vigilanza [...] strutture di accoglienza e [...] affido ai servizi psichiatrici sociali e territoriali», v. F. DELLA CASA, *op. cit.*, 67, nota 14.

<sup>61</sup> Su cui v. A. SALVATI, *Il passaggio dell'assistenza sanitaria in carcere al sistema sanitario nazionale*, in *Amministrazione in cammino*.luiss.it, 20 maggio 2010, 8 ss. (ultimo accesso 12.04.2017).

<sup>62</sup> Si pensi all'applicabilità o meno, all'interno delle nuove REMS delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario.

<sup>63</sup> Il cui report è disponibile in *www.cpt.coe.int*. (ultimo accesso 12.04.2017). In ossequio alla logica dei corsi e ricorsi storici, il Comitato ravvisa una violazione dei diritti umani proprio nell'OPG di Aversa, il primo manicomio criminale fondato nel 1876 e definito da Lombroso un'immensa latrina. Dal 14 al 26 settembre 2008 la delegazione del CPT ha monitorato le condizioni di alcuni commissariati di polizia, case circondariali, ospedali psichiatrici giudiziari e centri di identificazione ed espulsione. V. anche il *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia* della Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, in *www.senato.it* (ultimo accesso 12.04.2017). La degradante condizione degli OPG era nota da molto tempo, ben prima del 2008, v. A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali*, cit., § 3.

<sup>64</sup> Nata al fine di monitorare più in generale l'efficienza del Servizio sanitario nazionale, come si evince dalla deliberazione di cui al 30 luglio 2008, in *www.senato.it* (ultimo accesso 12.04.2017), ove non si fa riferimento alla specifica situazione degli OPG. Tuttavia nel 2010 viene pubblicato il report del CPT ed in data 11 giugno 2010 la Commissione Marino effettua un sopralluogo a sorpresa negli OPG di Aversa e Barcellona Pozzo di Gotto, da cui prende piede il rapido cammino di riforme culminato con la l. n. 81/2014, v. F. DELLA CASA, *op. cit.*, 83.

in OPG<sup>65</sup>, la rilevanza politica del problema<sup>66</sup> conduce il Parlamento ad inserire nella legge di conversione (l. n. 9 del 2012) del c.d. Decreto svuota carceri (d.l. n. 211 del 2011) l'art. 3-ter, che, sull'onda di una «sdegnata emergenza»<sup>67</sup>, non si riferisce più ad un graduale, ma ad un definitivo<sup>68</sup>, superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari<sup>69</sup>, fissato originariamente per il 1° febbraio 2013.

Si stabilisce, altresì, che entro il 31 marzo 2012 il Ministro della Salute adotti un decreto di natura non regolamentare<sup>70</sup> per la definizione dei «requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi, anche con riguardo ai profili di sicurezza» delle future REMS<sup>71</sup>, di cui si individuano tre direttrici fondamentali: esclusiva gestione sanitaria all'interno delle strutture, attività perimetrale di sicurezza e di vigilanza esterna<sup>72</sup>, destinazione delle strutture ai soggetti provenienti, di norma<sup>73</sup>, dal territorio regionale.

<sup>65</sup> Lo studio a cura di V. ANDREOLI, *Anatomia degli ospedali psichiatrici giudiziari italiani*, in *www.rassegnapenitenziaria.it*, 2002, 17 analizza il numero di internati dal 1950 al 2000: da un'iniziale presenza pari a circa 2000 internati nel primo decennio monitorato, il numero si è poi stabilizzato fra i 1000 ed i 1500 internati ogni anno.

<sup>66</sup> Secondo S. FERRACUTI, *Rems. Notifica dei provvedimenti agli internati. Se l'ufficiale giudiziario non c'è chi li raccoglie?*, in *www.quotidianosanita.it*, 4 maggio 2016, «Il processo è stato improntato ad una esigenza politica di rapidità» e «la fantasia ideologica (e gli interessi elettorali) hanno vinto sul senso pratico».

<sup>67</sup> L'efficace espressione è di A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1359: alla nota locuzione “perenne emergenza” di S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, si aggiunge, infatti, anche lo “sdegno” per le inumane condizioni in cui versano gli internati. V. anche S. MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2013, 1095, ove l'Autore sottolinea «l'insopportabile dimensione antiumana degli ospedali psichiatrici giudiziari».

<sup>68</sup> Sulle scelte terminologiche del legislatore v. anche C. MAZZUCATO – G. VARRASO, *Chiudere o...aprire? Il “superamento” degli OPG tra istanze di riforma e perenni tentazioni di “cambiare tutto per non cambiare niente”*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2013, 1340 ss.

<sup>69</sup> O meglio della «struttura in cui le medesime sono eseguite», così F. DELLA CASA, *op. cit.*, 69, posto che le misure di sicurezza previste dal codice sono ancora quelle dell'OPG e della CCC.

<sup>70</sup> Sui problemi che sorgono dall'adozione di decreti ministeriali non regolamentari v., fra gli altri, F. MODUGNO - A. CELOTTO, *Un non regolamento statale nelle competenze concorrenti*, in *Quad. cost.*, 2003, 355 ss.

<sup>71</sup> Che tuttavia la l. n. 9 del 2012 non definisce, servendosi di una circonlocuzione («strutture destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario»). Un primo riferimento è rinvenibile solo nel Decreto interministeriale del 1° ottobre 2012.

<sup>72</sup> Peraltro «ove necessario in relazione alle condizioni dei soggetti interessati», così l'art. 3-ter, comma 3, d.l. n. 211 del 2011: sulla base del tenore letterale della disposizione si potrebbe, quindi, escludere qualsiasi attività di vigilanza perimetrale.

<sup>73</sup> Secondo F. DELLA CASA, *op. cit.*, 71 l'inciso “di norma” garantirebbe un temperamento alla regola, ad esempio, nelle ipotesi in cui un infermo di mente abbia origini straniere o

Gli aspetti problematici della riforma attengono da una parte alla regolazione dei rapporti con l'Amministrazione penitenziaria<sup>74</sup> e dall'altra alle esigenze di "custodia" di alcuni internati con patologie particolarmente gravi. Nello specifico occorre chiarire se e come possa trovare applicazione la normativa penitenziaria<sup>75</sup> e come il nuovo trattamento del folle reo debba essere coordinato con le competenze della magistratura di sorveglianza<sup>76</sup> e delle forze dell'ordine, trattandosi comunque di soggetti che per l'ordinamento italiano stanno scontando una misura di sicurezza. D'altro canto le strutture di cinque dei sei OPG presenti in Italia erano incompatibili con i requisiti minimi necessari per garantire un effettivo percorso terapeutico e riabilitativo<sup>77</sup> (ad eccezione dell'OPG di Castiglione delle Stiviere), rima-

---

nel caso di un soggetto la cui famiglia si sia trasferita in una Regione diversa. Tuttavia un simile inciso, se interpretato strumentalmente, può comportare una sistematica deroga al generale requisito della territorializzazione.

<sup>74</sup> Si è profilato, ad esempio, il problema di una doppia direzione, penitenziaria e sanitaria, così A. CALOGERO, *Superamento degli OPG*, cit., eventualità tuttavia esclusa da F. SCARPA, *Audizione in qualità di direttore dell'OPG di Montelupo Fiorentino*, in *Atti parlamentari, Senato, XVI Legislatura. Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio Sanitario nazionale, resoconto stenografico n. 84, seduta n. 87 del 13 Ottobre 2010, 10-11*, in [www.senato.it](http://www.senato.it) (ultimo accesso 12.04.2017).

<sup>75</sup> F. DELLA CASA, *op. cit.*, 92 «le disposizioni incompatibili [...] grosso modo, sono la maggioranza: si sta alludendo a tutte quelle norme che risultano profondamente stonate, anzi addirittura stridenti, qualora se ne ipotizzi l'applicabilità all'interno di un ambiente ad esclusiva valenza sanitaria: tanto per fare qualche esempio, si pensi anzitutto, alle limitazioni relative alla permanenza all'aperto (art 10 ord. penit), all'apparato disciplinare (artt. 38-50 ord. penit.), all'impiego della forza fisica (ammesso dall'art 41 comma 1 ord penit [...] al regime di sorveglianza particolare (art 14-bis ord penit) o al regime c.d. di carcere duro previsto dall'art 41-bis ord.penit. [...] sottolineato che le disposizioni sinora richiamate sono tutte relative alla vita che si svolgerà all'interno delle nuove strutture regionali, sembrano, per contro, applicabili senza incertezze le disposizioni inerenti alla collocazione dell'interessato nella c.d. area penale esterna»; v. anche C. MAZZUCATO - G. VARRASO, *Chiudere o...aprire?*, cit., 1348.

<sup>76</sup> Si pensi ad esempio al "banale" problema della notifica degli atti, riportato da S. FERRACUTI, *Rems. Notifica dei provvedimenti*, cit.; sul punto cfr. anche quanto disposto dall'art. 3 dell'«Accordo concernente disposizioni per il definitivo superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari. Conferenza Unificata Stato Regioni» del 26 febbraio 2015, in [www.statoregioni.it](http://www.statoregioni.it) (ultimo accesso 12.04.2017). Un confronto costante con la magistratura di sorveglianza è un elemento fondamentale per garantire piena attuazione agli scopi della riforma, secondo P. DOMIANO [et al.] *Intervista ai professionisti delle REMS di Bologna e Parma*, in *Sestante*, 1/2015, 21 «Il percorso terapeutico e riabilitativo di ciascun ospite non può prescindere da una adeguata ed efficace relazione e collaborazione con l'autorità giudiziaria. È quest'ultima, infatti, che autorizza lo svolgimento del percorso di cura all'esterno, mediante la concessione di permessi e licenze».

<sup>77</sup> F. SCARPA, *Audizione in qualità di direttore*, cit., 11.

nendo quindi preclusa una loro potenziale riqualificazione.

Il comma 4 dell'art. 3-ter d.l. n. 211 del 2011 dispone inoltre che «a decorrere dal 31 marzo 2013 le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia sono eseguite esclusivamente all'interno delle strutture sanitarie di cui al comma 2»<sup>78</sup> e che «le persone che hanno cessato di essere socialmente pericolose devono essere senza indugio dimesse e prese in carico, sul territorio, dai Dipartimenti di salute mentale»<sup>79</sup>.

Ai commi 8 e 9 dell'art. 3-ter d.l. n. 211 del 2011 sono previsti stringenti controlli per garantire l'attuazione della riforma: da una parte il monitoraggio del Comitato permanente per la verifica dell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza, dall'altra l'esercizio dei poteri sostitutivi del Governo nelle ipotesi di mancato rispetto da parte delle Regioni del termine di cui al comma 1.

Peraltro, l'erogazione dei fondi stanziati alle Regioni dal comma 6 dell'art. 3-ter d.l. n. 211 del 2011 viene subordinata, con il decreto Balduzzi (art. 6, comma 3, d.l. n. 158 del 2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 189 del 2012) all'approvazione, da parte del Ministro della Salute, di un apposito programma di utilizzo di tali fondi predisposto da ciascuna Regione, che consenta la realizzabilità dei progetti terapeutico-riabilitativi individuali.

Il 1° ottobre 2012 viene emanato il decreto interministeriale di cui al comma 2 dell'art. 3-ter d.l. n. 211 del 2011 (nonostante la scadenza fosse stata fissata per il 31 marzo 2012), all'interno del quale sono per la prima volta definiti i requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi delle future REMS. Nell'allegato A del decreto si stabiliscono: l'esclusiva

<sup>78</sup> La disposizione, se interpretata letteralmente, potrebbe porsi in contrasto con il principio di sussidiarietà delle misure di sicurezza detentive, v. F. SCHIAFFO, *La riforma continua*, cit., 5.

<sup>79</sup> Si tratta della categoria dei c.d. dimissibili, coloro, cioè, che hanno cessato di essere pericolosi ed il cui internamento è stato generalmente prorogato sulla base di una mera pericolosità latente. Tuttavia l'inciso "senza indugio" ed il riferimento alla cessazione della pericolosità sociale, se interpretati nel loro significato letterale, sembrerebbero riconoscere legislativamente la «realizzazione di ipotesi di sequestro di persona a carico di pubblici ufficiali e/o incaricati di pubblico servizio impegnati a vario titolo nella amministrazione della giustizia», così F. SCHIAFFO, *La riforma continua*, cit., 6; A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali*, cit., § 4.

gestione sanitaria interna<sup>80</sup>, un numero massimo di 20 posti letto<sup>81</sup>, il personale occorrente<sup>82</sup>, la responsabilità della gestione all'interno della struttura assunta da un medico dirigente psichiatra. L'organizzazione del lavoro è rimessa alla definizione di linee guida professionali e di percorsi assistenziali, nonché di procedure scritte adottate da ciascuna REMS<sup>83</sup> nell'ambito delle direttive dei DSM competenti.

La tardiva emanazione del decreto interministeriale ha reso inevitabile l'ulteriore rinvio del termine per il superamento degli OPG: infatti la scadenza prevista al quarto comma dell'art. 3-ter d.l. n. 211 del 2011 viene differita al 1° aprile 2014 ad opera del d.l. n. 24 del 2013, convertito con modificazioni dalla l. n. 57 del 2013.

L'ennesima proroga è infine disposta dal d.l. n. 52 del 2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 81 del 2014, che ha fissato come termine il 31 marzo 2015.

Tale ultimo intervento legislativo prevede, oltre a disposizioni di carattere generale concernenti la disciplina delle misure di sicurezza detentive (la

<sup>80</sup> Si è temuto, peraltro, che le strutture venissero appaltate ai privati convenzionati con il Servizio sanitario nazionale, in virtù della disposizione, contenuta nell'Allegato A del decreto del 1° ottobre 2012, secondo cui «Le strutture residenziali sanitarie per l'esecuzione della misura di sicurezza devono essere realizzate e gestite dal Servizio sanitario delle Regioni e delle province Autonome di Trento e Bolzano [...]», v. F. DELLA CASA, *op. cit.*, 88.

<sup>81</sup> Il numero massimo di degenti per struttura sembra costituire un fondamentale spartiacque fra una realtà manicomiale ed una residenza psichiatrica: occorre quindi evitare che il limite di 20 degenti sia aggirato tramite la costruzione di più padiglioni nella stessa struttura, v. *ibidem*, 89. Sul punto v. anche le riflessioni di P. DELL'ACQUA – S. D'AUTILIA, *Abbandonare quei luoghi*, cit., 1360, ad avviso dei quali «L'individuo patisce l'alterità. La vita nelle istituzioni costringe a vivere assieme agli altri ma in realtà spinge (sottilmente) a costruire muri invalicabili a difesa della propria indicibile e insopprimibile individualità».

<sup>82</sup> Sembra opportuno aver definito il limite minimo di personale necessario in ciascuna struttura (12 infermieri a tempo pieno, 6 OSS a tempo pieno, 2 medici psichiatri a tempo pieno, 1 educatore o tecnico della riabilitazione psichiatrica a tempo pieno, 1 psicologo a tempo pieno, 1 assistente sociale per fasce orarie programmate, 1 amministrativo per fasce orarie programmate): durante le ispezioni della Commissione Marino presso l'OPG di Barcellona Pozzo di Gotto, per 329 internati erano disponibili un medico, due infermieri, un educatore e quarantacinque agenti di polizia penitenziaria, v. *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari – Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale*, in *www.senato.it*, 20 luglio 2011 (ultimo accesso 12.04.2017).

<sup>83</sup> Aventi ad oggetto una serie di profili, fra cui, ad esempio, i trattamenti terapeutico riabilitativi, la definizione del programma individualizzato, la gestione delle emergenze, le modalità di raccordo con gli altri servizi del DSM, le modalità di attivazione delle Forze dell'Ordine, v. G. DODARO, *Ambiguità e resistenze nel superamento dell'OPG in Regione Lombardia: verso l' "istituzionalizzazione ospedaliera" del malato di mente autore di reato?*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2013, 1389 ss.

restrizione dei parametri del giudizio di pericolosità sociale e la fissazione di un termine massimo di durata), una serie di scadenze in capo alle Regioni finalizzate a garantire la completa attuazione alla riforma. Viene riconosciuta la possibilità di modificare entro il 15 giugno 2014 i «programmi presentati in precedenza» al fine di riqualificare i DSM, contenere il numero complessivo di posti letto e destinare le risorse alla realizzazione o riqualificazione delle strutture pubbliche<sup>84</sup>. Si dispone inoltre che i percorsi terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione di ciascuna delle persone ricoverate siano obbligatoriamente predisposti ed inviati al Ministero della salute ed all'autorità giudiziaria entro quarantacinque giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione. Entro sei mesi le Regioni sono, altresì, tenute a comunicare lo stato di realizzazione delle nuove strutture; viene, infine, ribadita la possibilità che il Governo intervenga in via sostitutiva.

Non essendo stato ulteriormente prorogato il termine previsto dal d.l. n. 52 del 2014, a partire dal 31 marzo 2015 gli OPG sono “definitivamente” chiusi.

Quale futuro per le nuove REMS?

Da un'analisi della prima relazione al Parlamento sullo stato di attuazione della riforma<sup>85</sup> emergono diverse note positive ed alcune criticità. Si registra una diminuzione delle presenze, da 880 internati alla data del 31 gennaio 2014 a 793 in data 9 settembre 2014 (tenendo conto, tuttavia, dell'ingresso di 84 persone negli OPG fra il 1° giugno ed il 1° settembre 2014), probabilmente in conseguenza delle novità introdotte con il d.l. n. 52 del 2014. Analizzando le ordinanze dei magistrati di sorveglianza, la relazione sottolinea come molte di esse contengano un «preciso e dettagliato esame delle condizioni del soggetto», e prescrivano un termine entro cui gli organi territorialmente competenti devono definire un Progetto Terapeutico Riabilitativo Individualizzato (PTRI). Viene riportata anche la sollecitazione, rivolta ai Provveditorati Regionali, a predisporre, all'interno degli Istituti penitenziari ordinari, le strutture previste dagli artt. 111 e 112 d.P.R. n. 230 del 2000 e 148 c.p., così da circoscrivere il numero di ingressi nelle REMS ed evitare un'eccessiva eterogeneità dei soggetti presenti all'interno delle strutture.

<sup>84</sup> Secondo G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati!*, cit., la disposizione è finalizzata a «privilegiare soluzioni alternative all'internamento negli OPG e nelle CCC [...] per rivedere i propri programmi e 'dirottare' i finanziamenti statali per la riconversione degli OPG e la creazione delle nuove strutture a beneficio delle strutture pubbliche presenti sul territorio e alla riqualificazione dei dipartimenti di salute mentale»; v. anche M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 920.

<sup>85</sup> *Relazione sullo stato di attuazione delle iniziative per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari aggiornata al 30 settembre 2014*, in *Penalecontemporaneo.it*, 4 dicembre 2014, con nota di G. ALBERTI, *Chiusura degli OPG: si profila un'ennesima proroga del termine*.

Alla data del 1 giugno 2014 sono dichiarati dimissibili 476 soggetti. Preme, tuttavia, sottolineare come tra le schede che negano la dimissibilità degli internati ve ne sia una quota pari al 22,5 % che «include le motivazioni più disparate, talvolta non chiaramente esplicitate», disattendendo così le indicazioni del d.l. n. 52 del 2014, che all'art. 1, comma 1-ter, prescrive 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».

Meno confortante è invece lo stato di avanzamento per la realizzazione delle strutture, non solo per i casi del tutto peculiari della Regione Veneto, che non aveva inviato alcun programma, e della Regione Sicilia<sup>86</sup>, ma soprattutto avuto riguardo alla stima dei tempi di realizzazione delle singole strutture indicata da ogni Regione, che oscilla mediamente tra uno e tre anni. Infatti nelle «Prospettive» inserite nella parte finale della Relazione si sottolinea che «Nonostante il differimento al 31 marzo 2015 del termine per la chiusura degli OPG, sulla base dei dati in possesso del Ministero della salute appare non realistico che le Regioni riescano a realizzare e riconvertire le strutture entro la predetta data».

La previsione si riflette nelle conclusioni dell'ultima Relazione sul processo di superamento degli OPG<sup>87</sup> trasmessa al Parlamento il 22 gennaio 2016, in cui si ribadisce come alcune Regioni non siano state in grado di predisporre neppure tutte le strutture provvisorie che avevano preventi-

<sup>86</sup> Cfr. la *Relazione sullo stato di attuazione delle iniziative per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari del 30 settembre 2014*, cit., 14: «Occorre evidenziare che, per quanto concerne, specificamente, la regione Siciliana, in materia di sanità penitenziaria è stato emanato esclusivamente il decreto legislativo 20 giugno 2005, n.125, recante “Norme di attuazione dello Statuto speciale della regione siciliana, concernenti il trasferimento di funzioni in materia di medicina penitenziaria”, ai sensi del quale sono state trasferite alla regione le funzioni sanitarie di cui all'art 8 del richiamato d.lgs. n.230/1999 con riferimento “ai soli settori della prevenzione e dell'assistenza ai detenuti e agli internati tossicodipendenti”. A tutt'oggi, invece, non risulta ancora emanato alcun decreto legislativo per il trasferimento, in particolare, delle funzioni relative agli ospedali psichiatrici giudiziari». Benché la Regione Sicilia abbia aperto due REMS, essa rimane « [...] la regione con il maggior numero di misure di sicurezza non eseguite», così F. CORLEONE, *Seconda relazione trimestrale sull'attività svolta dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, in *Penalecontemporaneo.it*, 27 dicembre 2016, 10, con nota di G.L. GATTA, *O.P.G. e R.E.M.S.: a che punto siamo? Le relazioni del Commissario unico per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*, Franco Corleone. La Liguria è al momento l'unica Regione senza REMS.

<sup>87</sup> *Relazione al Parlamento sul processo di superamento degli OPG. Dicembre 2015*, in *Penalecontemporaneo.it*, 16 febbraio 2016, con nota di G. ALBERTI, *Superamento degli OPG: a che punto siamo?*

vato, ovvero, laddove predisposte, esse risultano talvolta insufficienti. Le conseguenze di tale ritardo non sono di lieve entità: alla data del 31 marzo 2015 erano presenti 689 internati negli OPG. Alla data del 15 dicembre 2015 nelle REMS erano presenti 455 ricoverati, ma risultavano ancora internate in OPG 164 persone e, soprattutto, erano 98 quelle in stato di libertà che non avevano fatto ingresso in alcuna REMS.

Con il d.P.C.M. del 19 febbraio 2016 il Governo, in base a quanto disposto dall'art. 3-ter, comma 9, d.l. n. 211 del 2011, ha nominato un Commissario unico per provvedere, in via sostitutiva, alla definitiva chiusura degli OPG di Barcellona Pozzo di Gotto e Montelupo Fiorentino (al 28 febbraio 2017 l'OPG di Barcellona Pozzo di Gotto ospitava ancora 6 internati) ed al tempestivo ricovero di tutti gli infermi di mente destinatari di una misura di sicurezza detentiva presso le REMS competenti (al 28 febbraio 2017 erano ben 290, infatti, le misure di sicurezza ineseguite, a fronte di 569 pazienti in REMS, di cui circa il 40% in esecuzione provvisoria)<sup>88</sup>.

### 2.1. *Sanitarizzazione e territorializzazione al banco di prova. Il reclamo ex art. 35-bis l. n. 354 del 1975*

Malgrado l'avvio claudicante delle nuove REMS, si deve constatare come gli obiettivi della riforma intrapresa con il d.P.C.M. del 1° aprile 2008 rappresentino una vera rivoluzione copernicana nel trattamento del folle reo.

La tutela del diritto alla salute, di cui all'art. 32 Cost., deve trovare eguale, se non maggiore, attuazione nei luoghi in cui l'ordinamento dispone una restrizione della libertà personale<sup>89</sup>: se tale restrizione dovesse infatti comportare un'inefficace tutela del diritto alla salute, o, peggio ancora, un trattamento degradante, ciò determinerebbe non solo un'irragionevole disparità di trattamento, ma contravverrebbe a quanto previsto dall'art. 27, terzo comma, Cost., laddove si ritenga di poter estendere l'ambito applicativo di tale disposizione anche alle misure di sicurezza<sup>90</sup>, o dall'art. 13, quarto

<sup>88</sup> Sul punto v. F. CORLEONE, *Seconda Relazione Semestrale sulle attività svolta dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, in *Penalecontemporaneo.it*, 7 marzo 2017, con nota di G. L. GATTA, *Chiusura completa degli O.P.G.: finalmente a un passo dalla meta*.

<sup>89</sup> Cfr. T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., 237.

<sup>90</sup> C.F. GROSSO, voce *Responsabilità penale*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 724; A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1334; v. anche le considerazioni di P. NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, 295, secondo cui vi sarebbe «un complesso di norme costituzionali che prevedono il rispetto di

comma, Cost.<sup>91</sup>, che imporrebbe di sanzionare ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

Inoltre nel caso degli OPG, prima, e delle REMS, oggi, la funzione custodiale dovrebbe essere servente rispetto a quella terapeutico-riabilitativa<sup>92</sup>. Infatti nelle REMS (e prima negli OPG e CCC) « [...] la tutela della salute non assume [...] il semplice ruolo di limite al contenuto ed alle modalità del trattamento, ma quello, ben più pregnante ed incisivo, di scopo del trattamento stesso, nel senso che questo è funzionalmente predisposto per ripristinare la salute (in questo caso mentale) dell'internato»<sup>93</sup>.

Peraltro l'orientamento interpretativo, del tutto condivisibile, che esclude l'applicabilità all'interno delle nuove strutture delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario<sup>94</sup>, che si caratterizzano per un contenuto

---

taluni diritti fondamentali del cittadino e che possono essere riferiti anche ai detenuti (2,3,7,8,13,15,32, ecc.).»

<sup>91</sup> I. CARACCIOLI, *op. cit.*, 49, «Un criterio così generale come quello, ad esempio, di cui al comma 4 dell'art 13 Cost. (“è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone *comunque* sottoposte a restrizione di libertà”) non può logicamente tener fuori dalla sua sfera d'azione la restrizione di “libertà personale” conseguente all'irrogazione di una pena o di una misura di sicurezza detentiva. E, se per la pena il divieto assoluto di ogni forma di violenza risulta esplicitamente dalla prima parte del comma 3 dell'art. 27 Cost. (“le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità”), lo stesso non può dirsi per la misura di sicurezza, alla quale il suddetto art. 27 non ha modo (se non in via di estensione analogica, peraltro inammissibile, trattandosi – come diremo – di norma specificamente dettata per disciplinare il contenuto della sola pena) di essere riferito».

<sup>92</sup> Si deve avere particolare riguardo all'aspetto della riabilitazione, « [...] se consideriamo il rapporto tra personale sanitario e riabilitativo, notiamo una netta prevalenza del primo con il rischio che il trattamento degli internati dimessi dagli OPG sia più sanitario che riabilitativo», così M. PELISSERO, *Il definitivo superamento*, cit., 1026; ID., *Quale futuro per le misure di sicurezza?*, cit., 1275. Anche G. DODARO, *Ambiguità e resistenze*, cit., 1391, sottolinea il rischio di una medicalizzazione del trattamento, in considerazione della sproporzione fra personale sanitario (medici e infermieri) e quello che dovrebbe occuparsi della riabilitazione; v. anche G. DODARO, *L'impatto di saperi, culture e sentimenti d'insicurezza dei servizi psichiatrici sulle politiche per il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario*, in *boa.unimib.it*, 2013, 4 (ultimo accesso 12.04.2017), ove l'A. sostiene che si tratti di «pratiche culturali e operazioni tipiche della psichiatria da SPDC».

<sup>93</sup> T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., 239.

<sup>94</sup> Cfr. nota 75. F. SCARPA, *Dopo l'Ospedale Psichiatrico Giudiziario: valutazioni e riflessioni “oltre il confine”*, in *Sestante*, 1/2015, 35 ritiene che l'ordinamento penitenziario sia stato comunque “calato” all'interno delle nuove REMS a seguito del precitato “Accordo concernente disposizioni per il definitivo superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari. Conferenza Unificata Stato Regioni”: in esso, tuttavia, si fa esclusivo riferimento ai “diritti” disciplinati dalla l. n. 354 del 1975 e dai capi I e II del Titolo I del d.P.R. n. 230 del 2000: sulla base di tale disposizione si potrebbe, allora, argomentare che l'applicazione della disciplina penitenziaria all'interno delle REMS debba limitarsi

marcatamente custodiale, consente di circoscrivere una serie di incompatibilità fra la funzione terapeutico-riabilitativa e la normativa penitenziaria stessa: si pensi, ad esempio, a quanto previsto in materia di sanzioni disciplinari<sup>95</sup> ovvero di mezzi di coercizione<sup>96</sup>.

Sembra quindi che il nuovo volto delle misure di sicurezza di cui agli artt. 219 c.p. e 222 c.p. riporti il trattamento del folle reo nei binari dell'art 32 Cost. e, più in generale, del rispetto della dignità umana<sup>97</sup>. Sul piano del "dover essere normativo" le nuove strutture, quanto meno per come delineate dal decreto interministeriale del 1° ottobre 2012, lasciano ben sperare: l'auspicio è che rimangano tali anche nella concreta gestione dei degenti, evitando qualsiasi deriva di medicalizzazione del trattamento, a scapito della riabilitazione e del reinserimento nel tessuto sociale<sup>98</sup> dell'infermo di mente, e sempre a condizione che vi sia una realtà territoriale in grado di fronteggiare adeguatamente la complessa gestione di tali pazienti<sup>99</sup>.

Ad analoghe conclusioni non poteva giungersi avuto riguardo agli

ai profili che operino in "*bonam partem*", escludendo viceversa l'estensibilità di tutte le disposizioni incompatibili con il percorso terapeutico riabilitativo. *In primis* potrebbero quindi trovare applicazione le disposizioni di cui agli articoli 35-*bis* e 35-*ter* ord. penit.

<sup>95</sup> Sul punto v. le osservazioni di T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico*, cit., 250 ss. Le disposizioni analizzate dall'Autore sono rimaste pressoché invariate nel d.P.R. n. 230 del 2000. Sembra, peraltro, che fosse più consona la formulazione di cui all'art. 280, R.d. n. 787 del 1931, in cui si faceva riferimento, nell'irrogazione delle sanzioni disciplinari nei confronti degli infermi di mente, alle «esigenze tecnico-sanitarie», a differenza della «sufficiente capacità naturale che consenta loro coscienza dell'infrazione commessa ed adeguata percezione della sanzione conseguente» di cui all'art. 20 d.P.R. n. 431 del 1976 ed all'attuale art. 20 d.P.R. n. 230 del 2000; sul punto v. anche A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli*, cit., 93. Permangono nella disciplina attuale le criticità legate all'applicazione nei confronti degli infermi in REMS delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario concernenti i rapporti con l'esterno, come ad esempio il visto di controllo della corrispondenza o i permessi di colloquio, ovvero la corrispondenza telefonica, disciplinati, rispettivamente, all'art. 20, comma 2 e 3, d.P.R. n. 230 del 2000; v. ancora le osservazioni di A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli*, cit., 92; sul punto cfr. anche F. CORLEONE, *Relazione semestrale sull'attività svolta dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, in *Penalecontemporaneo.it*, 27 dicembre 2016, 31 ss., con nota di G.L. GATTA, *O.P.G. e R.E.M.S.: a che punto siamo?*, cit.

<sup>96</sup> Cfr. nota 140.

<sup>97</sup> Sui rapporti tra dignità umana e diritto alla salute v. A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *questo volume*.

<sup>98</sup> Cfr. nota 92.

<sup>99</sup> Secondo A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1363 «Il rischio più evidente è quello che le porte si aprano a fronte di un tessuto socio-sanitario rimasto sostanzialmente inalterato rispetto al passato, anche in considerazione del vivido ricordo di come il mancato adeguamento delle strutture di assistenza psichiatrica abbia rappresentato uno degli elementi di maggiore rallentamento della svolta legislativa del 1978».

OPG, non solo per le inumane condizioni in cui si trovavano gli internati, ma anche per l'impostazione prettamente custodiale del trattamento del folle reo in tali strutture, oltre che per il duplice meccanismo presuntivo di accertamento della pericolosità sociale<sup>100</sup> e di scelta della misura applicabile, faticosamente superato dagli interventi della Corte costituzionale (ed oggi, definitivamente, dalla l. n. 81 del 2014).

Meno coerente con la tutela apprestata dall'art. 32 Cost. pare invece la molteplicità di soggetti colpiti da infermità mentale che possono confluire nelle REMS<sup>101</sup>. Si potrebbe forse valorizzare l'alternativa prescritta all'art. 148 c.p., destinando tali soggetti ad una struttura psichiatrica ordinaria, ovvero, laddove vi siano insormontabili esigenze di custodia, in apposite sezioni del carcere idonee a contemporaneamente cura e custodia (che però attualmente mancano quasi ovunque). È quanto dovrebbe avvenire per i casi di cui agli artt. 70 c.p.p. ss. e 286 c.p.p.

Anche sotto il profilo della territorializzazione sorgono taluni aspetti problematici: non ci si riferisce soltanto alla mancata predisposizione, in diverse Regioni, di sufficienti strutture all'indomani della riforma<sup>102</sup>; parte della dottrina ha criticato la non omogenea dislocazione delle strutture stesse

<sup>100</sup> In tema di contrasto fra il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. e le presunzioni di pericolosità v. A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli*, cit., 94; T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., 260.

<sup>101</sup> Imputati prosciolti per vizio totale e parziale di mente (artt. 88 e 89 c.p.), imputati cui sono applicate misure di sicurezza in via provvisoria (artt. 206 c.p. e 312 c.p.p.), condannati ai quali nel corso dell'esecuzione della pena sia sopravvenuta un'infermità psichica (art. 148 c.p.), soggetti sottoposti ad una misura di sicurezza detentiva che nel corso della sua esecuzione siano colpiti da infermità psichica (art. 212 c.p.), soggetti imputati o condannati inviati in OPG per essere sottoposti ad osservazione psichiatrica (art. 112 comma 1 e 2 d.P.R. n. 230 del 2000) i detenuti minorati psichici, (art. 111, comma 5, d.P.R. n. 230 del 2000), cfr. T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., 245 e 268 ss.; F. DELLA CASA, *op. cit.*, 72, sottolinea, peraltro, come tale eterogeneità non tradisca solo gli obiettivi di carattere «terapeutico-specialistico», ma determini anche una «generale intensificazione delle cautele custodiali, che collidono con le più elementari esigenze terapeutiche proprie del sofferente psichico»: si pensi, ad esempio, alla necessità di dover sottoporre a perizia psichiatrica un appartenente alla criminalità organizzata. Sul punto cfr. anche F. CORLEONE, *Relazione semestrale sull'attività svolta dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, cit., 71 ss.

<sup>102</sup> F. CORLEONE, *Seconda relazione trimestrale sull'attività svolta dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, cit., 20 ss.; nella Relazione si sottolinea, altresì, che «il principio della territorialità non viene quasi mai rispettato per le donne. In molte REMS, infatti, non vi è ad oggi la possibilità di ospitare donne e di conseguenza ci si trova costretti ad assegnarle alle poche strutture disponibili, ma che spesso sono lontane dalla loro Regione di provenienza».

rispetto alle realtà sanitarie locali deputate al trattamento dell'infermità<sup>103</sup>. In alcuni casi sembra, infatti, che le REMS tendano a riproporre un modello segregante nella gestione dell'infermità mentale<sup>104</sup>: il vincolo di 20 posti letto per struttura ha come obiettivo una ripartizione delle residenze sul territorio nazionale, onde evitare una mera trasformazione degli OPG in "mini OPG".

Pare invece condivisibile la vicinanza di alcune REMS alle strutture ospedaliere<sup>105</sup> (non l'insediamento della residenza all'interno dell'ospedale), che potrebbe giustificarsi con l'esigenza di disporre nell'immediato di una struttura ove gestire in sicurezza le situazioni di emergenza sanitaria, tramite la predisposizione di protocolli operativi, come previsto dall'allegato A del decreto interministeriale del 1° ottobre 2012. Si ritiene, altresì, proficua la ripartizione dei degenti nelle REMS a seconda della gravità del disturbo<sup>106</sup>, finalizzata a garantire piena attuazione al criterio di c.d.

<sup>103</sup> Spesso restie a prendere in carico i soggetti sottoposti a misure di sicurezza « [...] per il timore comprensibile, ma non razionalmente giustificabile, della reiterazione di reati per il cui omesso impedimento poter essere eventualmente chiamati a rispondere in sede penale» G. DODARO, *Ambiguità e resistenze*, cit., 1396. È, tuttavia, evidente che, così facendo, si rischia di tradire lo scopo stesso della riforma, che tende a superare la "segregazione" dell'infermo di mente a favore di una gestione extramuraria della patologia. Sottolinea la necessità di evitare potenziali conflitti fra il Servizio che gestisce le REMS e quelli territorialmente competenti, spesso dovuti a differenze nella valutazione della diagnosi, o nell'elaborazione del progetto terapeutico, che potrebbero comportare un'inutile protrazione dell'internamento dell'infermo di mente nella struttura, F. SCARPA, *Dopo l'Ospedale Psichiatrico*, cit., 35.

<sup>104</sup> Si prenda, ad esempio, la Regione Lombardia, ove si è assistito alla concentrazione di nuove strutture (almeno sei) nel polo castiglione ed ove peraltro sono state canalizzate buona parte delle risorse finanziarie (circa trentadue milioni di euro), v. G. DODARO, *Ambiguità e resistenze*, cit., 1396 ss., secondo cui «Il vecchio ospedale psichiatrico giudiziario si ridimensiona, "si spezza" (in strutture), ma non "si piega" (ai principi della riforma operata dalla l.n.9/2012)». Favorevole alla conservazione del polo di Castiglione delle Stiviere, F. FEDERICI, *Il superamento degli O.P.G.: una riforma possibile?*, in *Penalecontemporaneo.it*, 25 luglio 2013.

<sup>105</sup> Sempre con riferimento all'esperienza della Lombardia si vedano tuttavia le condivisibili critiche di G. DODARO, *Ambiguità e resistenze*, cit., 1398: le REMS sono state, infatti, inserite all'interno del perimetro delle Aziende Ospedaliere. Si tratta di una soluzione forse eccessiva rispetto alla possibilità di collocarle vicino, ma non dentro, le strutture ospedaliere stesse.

<sup>106</sup> In Lombardia, ad esempio, si sono distinte le strutture a seconda dell'alta, media, o bassa intensità terapeutico-riabilitativa ed assistenziale necessaria, al fine di garantire un trattamento diversificato ed individualizzato, cfr. *ibidem*, 1393. Non si deve, inoltre, sottovalutare il problema dell'eterogeneità delle patologie di cui erano affetti gli internati, che si trovavano nei vecchi OPG, sul punto v. F. SCARPA, *Dopo l'Ospedale Psichiatrico*, cit., 34, secondo cui «Un gruppo di utenti, caratterizzato da un case mix così differenziato, e che può spesso presentare una maggiore tendenza all'acting out, richiede un intervento terapeutico particolarmente complesso, rispetto a quello messo in atto nelle strutture territoriali già

diversificazione<sup>107</sup> ed individualizzazione del trattamento.

Sempre sotto il profilo della sanitarizzazione e territorializzazione, sembra opportuno analizzare alcune ordinanze della magistratura di sorveglianza che, in conseguenza del perdurante ricovero presso gli Ospedali psichiatrici giudiziari dopo la scadenza del termine previsto dalla l. n. 81 del 2014, hanno applicato il rimedio preventivo di cui all'art. 35-*bis* l. n. 354 del 1975<sup>108</sup> a tutela di alcuni internati<sup>109</sup>.

Si tratta di provvedimenti che accertano l'“illegittimità” dell'internamento nelle vecchie strutture degli OPG: l'organo giurisdizionale impone quindi alla Regione di disporre entro un determinato termine<sup>110</sup> il trasferimento dell'infermo presso una REMS territorialmente competente. Nell'ipotesi di inosservanza di tali provvedimenti, l'art. 35-*bis* ord.penit. contempla, altresì, la possibilità di instaurare un giudizio di ottemperanza<sup>111</sup>,

---

esistenti per pazienti non “giudiziali” e dalle quali, in molti casi, la medesima persona è stata già allontanata o, in altri casi, non viene accolta».

<sup>107</sup> Come previsto dal decreto interministeriale del 1° ottobre 2012, nella parte in cui prevede il c.d. criterio della diversificazione degli internati all'interno delle REMS in funzione delle «diverse caratteristiche psicopatologiche». Sul punto v. F. DELLA CASA, *op. cit.*, 90.

<sup>108</sup> Si tratta del rimedio a carattere preventivo introdotto dal d.l. n. 146 del 2013 (convertito con mod. dalla l. n. 10 del 2014), sulla scorta delle sollecitazioni provenienti dalla sentenza “Torreggiani”, Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani and Others v. Italy*, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, su cui v. F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Penalecontemporaneo.it*, 9 gennaio 2013. Sul procedimento per reclamo v. L. MARAFIOTI, *Il procedimento per reclamo*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria* a cura di P. Corso, Milano, 2015, 341 ss.; M. BORTOLATO, *Art 35-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato* a cura di F. Della Casa, G. Giostra, Assago, 2015; E. VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, in *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, a cura di F. Caprioli, L. Scomparin, Torino, 2015, 205 ss.; G. FIORELLI, *Procedimento per reclamo e “nuova” giurisdizionalità?*, in *Emergenza carceri, Radici remote e recenti soluzioni normative* a cura di R. Del Coco, L. Marafioti e N. Pisani, Torino, 2014; F. FIORENTIN, *Il reclamo “giurisdizionale” per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. penit. crim.*, 3/2013, 235 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici sia consentito il rinvio ad A. LAURITO, *Reclamo giurisdizionale e rimedi compensativi a tutela degli internati: gli ‘esclusi eccellenti’ della riforma*, in *Giurisprudenzapenale.it*, 7-8/2016.

<sup>109</sup> Le ordinanze prese in considerazione sono quelle dell'Ufficio di sorveglianza di Firenze del 21/10/2015, dell'Ufficio di sorveglianza di Reggio Emilia del 18/11/2015 e dell'Ufficio di sorveglianza di Messina dell'8/01/2016, in *www.altrodiritto.unifi.it*.

<sup>110</sup> 15 giorni nel caso dell'ordinanza dell'Ufficio di sorveglianza Messina e di Reggio Emilia, 3 mesi nel provvedimento dell'Ufficio di sorveglianza di Firenze.

<sup>111</sup> Sul giudizio di ottemperanza v. A. LUZIO, *Tutela dei diritti dei detenuti ed ottemperanza: nuovi orizzonti dell'effettività*, in *Emergenza Carceri, Radici remote e recenti soluzioni*

che può comportare, ove occorra, la nomina di un commissario *ad acta*<sup>112</sup>.

Pare, tuttavia, necessario sottolineare come le ordinanze in questione non facciano esclusivo riferimento alla “illegittimità” del ricovero in OPG avuto riguardo alla l. n. 81 del 2014, che ne dispone la chiusura a decorrere dal 31 marzo 2015, bensì anche e soprattutto al profilo terapeutico e riabilitativo, che deve informare il percorso di cura nelle nuove strutture e che risulta totalmente incompatibile con le condizioni dei vecchi OPG<sup>113</sup>. Ci si potrebbe, allora, domandare se, in futuro, tale rimedio sarà esperibile anche a tutela del trattamento dell’infermo di mente nelle nuove REMS, nel caso in cui le Regioni risultassero inadempienti non solo dal punto vista della corretta destinazione territoriale dell’infermo<sup>114</sup>, ma anche sotto il profilo di inadeguata sanitarizzazione delle strutture (nell’ipotesi in cui si contravvenga alle prescrizioni di cui al decreto interministeriale del 1° ottobre 2012<sup>115</sup>). Peraltro se la violazione dell’art. 69, sesto comma, lett. b), ord.penit. si protrae per un periodo di tempo non inferiore a quindici giorni, in condizioni tali da violare l’articolo 3 della CEDU, come interpretato dalla Corte EDU, sembra possibile ricorrere al rimedio di cui all’art. 35-ter ord.penit.<sup>116</sup>

---

*normative*, a cura di R. Del Coco, L. Marafioti e N. Pisani, Torino 2014.

<sup>112</sup> L’auspicio è che tali rimedi siano in grado di bilanciare il divario intercorrente fra le prerogative dell’amministrazione e la tutela dei diritti di detenuti ed internati, i quali spesso « [...] non possono contare su una tutela effettiva dei propri diritti fondamentali, compromessa principalmente dalla scarsa capacità di intervento della magistratura di sorveglianza sull’amministrazione, dall’inadeguatezza degli organismi di tutela esistenti, dalla mancanza di previsioni e garanzie specifiche in determinate ipotesi», così E. D’ALTERIO, *Il sistema amministrativo penitenziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2013, 420.

<sup>113</sup> Ad esempio la motivazione dell’ordinanza dell’Ufficio di sorveglianza di Messina, p. 4, sottolinea come «Di talché è di assoluta evidenza che - a decorrere dall’1.4.2015 - le misure di sicurezza detentive devono essere eseguite esclusivamente all’interno delle strutture sanitarie identificate dalla legge nelle R.E.M.S., che sono strutture sanitarie di pertinenza e gestione in capo alla Sanità Regionale e che devono presentare precisi requisiti strutturali ed organizzativi secondo lo schema di cui al D.M. di attuazione dell’1.10.2012»

<sup>114</sup> È il caso, ad esempio, dell’ordinanza dell’Ufficio di sorveglianza di Reggio Emilia, che riscontra una duplice violazione dei diritti dell’internato, il quale è ricoverato in OPG, quando dovrebbe essere in una REMS, ed al contempo l’OPG in cui è internato si trova in una Regione diversa da quella da cui l’infermo di mente proviene (il Veneto).

<sup>115</sup> La disposizione invocata dalle ordinanze in commento è l’art 62 ord. penit. ove si elencano gli istituti per l’esecuzione delle misure di sicurezza detentive e che, da una lettura sistematica con la l. n. 81 del 2014, non possono più essere le vecchie strutture ove venivano eseguiti i ricoveri in OPG e CCC, ma le REMS. In futuro, per denunciare la mancata o inadeguata sanitarizzazione delle nuove strutture, si potrà far valere quanto disposto, ad esempio, dagli articoli 5 e segg. ord. penit. e dalle disposizioni del relativo regolamento.

<sup>116</sup> Si tratta del rimedio risarcitorio previsto dal d.l. n. 92 del 2014 convertito dalla l. n. 117

In effetti, malgrado la disposizione faccia esclusivo riferimento al “detenuto” ed alla pena, la rubrica dell’art. 35-ter ord.penit. e l’art. 2, comma 2, del d.l. n. 92 del 2014 menzionano anche l’internato<sup>117</sup>.

2.2. *La custodia del folle reo: quale ruolo nelle REMS? “Incognito sconosciuto”: i casi-limite di infermità psichica. L’esperienza del “Club S.P.D.C. aperti no restraint”*

Uno degli aspetti di maggiore criticità della riforma attiene alle ipotesi in cui l’infermità psichica, che colpisce l’autore di un fatto di reato, ne renda particolarmente complesso il trattamento sul piano terapeutico-riabilitativo ed aumenti in via esponenziale il rischio di commissione di atti auto e/o etero lesivi.

In considerazione delle esigenze di difesa sociale, che nel nostro sistema contraddistinguono, unitamente alla cura, il trattamento riservato ai soggetti infermi o semi-infermi di mente che abbiano commesso un reato, sembra necessario prestare, in taluni e limitati casi<sup>118</sup>, maggiore accortezza. Si prenda ad esempio la vicenda di “Incognito Sconosciuto”, «un ragazzo molto bello e prestante [...] che si faceva chiamare ‘Incognito Sconosciuto’

---

del 2014, su cui v. A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Penalecontemporaneo.it*, 13 ottobre 2014; G. GIOSTRA, *Art 35ter*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa e G. Giostra, Assago, 2015; M. DEGANELLO, *I rimedi risarcitori*, in *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, a cura di F. Caprioli, L. Scomparin, Torino, 2015, 257 ss.; F. FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all’art. 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in *Penalecontemporaneo.it*, 6 novembre 2014; recentemente v. anche A. MENGhini, *Quale rimedio compensativo per gli ergastolani?*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2016, 1434 ss.; EAD., *Spazio detentivo minimo e violazione dell’art. 3 CEDU: per una lettura conforme ai canoni di dignità e umanità della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2017, 122 ss.; sia nuovamente consentito rinviare, per ulteriori riferimenti bibliografici, ad A. LAURITO, *Reclamo giurisdizionale*, cit.

<sup>117</sup> Così G. GIOSTRA, *Art. 35ter*, cit., 417 e A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Penalecontemporaneo.it*, 13 ottobre 2014; A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici*, cit., § 3.

<sup>118</sup> A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1365 « [...] per alcuni malati cronici la meta più realistica resta quella di una terapia farmacologica in grado di contenere determinati sintomi, senza che, almeno nel breve periodo, si disvelino autentiche possibilità di piena risocializzazione al di fuori delle porte dell’ “istituzione” », v. anche A. CALOGERO, *Superamento degli OPG*, cit., secondo cui «vi è una fascia minoritaria di malati mentali con alta pericolosità fino all’acting-out criminale, da cui la società e la famiglia in particolare, deve essere tutelata dalla psichiatria civile con interventi più “mirati”».

[...] arrestato in flagranza di reato» poiché «alla stazione Termini aveva tentato di disarmare un poliziotto [...] »<sup>119</sup> : la gravità del fatto commesso e l'elevato pericolo di "recidiva" di un soggetto *ictu oculi* colpito da infermità psichica dovrebbero imporre una soluzione di carattere custodiale e l'adozione delle più opportune cautele all'interno delle nuove REMS.

Se, da un lato, sembrano eccessivamente rigorose le critiche mosse alla riforma, responsabile, ad avviso di parte della dottrina, di una c.d. «vittimizzazione secondaria»<sup>120</sup>, dall'altra non si possono sottovalutare le aspettative di sicurezza delle comunità territoriali ove si insedieranno le nuove strutture. Per quanto concerne la sicurezza interna, il decreto interministeriale del 1° ottobre 2012 prevede la realizzazione di sistemi di chiusura delle porte, di sistemi di allarme, ovvero l'installazione di telecamere<sup>121</sup>: pare tuttavia che manchi un adeguato coordinamento con la Prefettura e le forze dell'ordine, con cui occorrerebbe stipulare specifici accordi e protocolli per definire, prima di tutto, le modalità di intervento nei casi di urgenza, come previsto dal decreto interministeriale stesso<sup>122</sup> e

<sup>119</sup> «La sua identità è stata scoperta dalla trasmissione "Chi l'ha visto", in quanto la sorella lo cercava. Grazie ad una sua fotografia trasmessa in televisione, l'agente di polizia che lo aveva arrestato in flagranza di reato [...] lo ha riconosciuto». Il caso è tratto dal resoconto stenografico dell'audizione parlamentare della dott.ssa Guglielmi, Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Roma, dinanzi alla Commissione Parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio sanitario nazionale del 29 marzo 2011, v. *Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale, seguito dell'inchiesta su alcuni aspetti della medicina territoriale, con particolare riguardo al funzionamento dei servizi pubblici per le tossicodipendenze e dei dipartimenti di salute mentale, 112a seduta, 29 marzo 2011*, in [www.senato.it](http://www.senato.it), 10 (ultimo accesso 12.04.2017).

<sup>120</sup> Intesa come «la condizione di ulteriore sofferenza e oltraggio sperimentata dalla vittima dopo avere subito la commissione di un reato in relazione ad un atteggiamento di insufficiente attenzione o di negligenza da parte del soggetto che dovrebbe essere deputato alla sua tutela: lo Stato complessivamente inteso», così P. DI NICOLA, *op. cit.*, 16.

<sup>121</sup> La Regione Lombardia, ad esempio, ha investito non solo sulla "sicurezza fisica" (tramite la predisposizione di strumenti finalizzati a prevenire le fughe e gli atti auto e/o etero lesivi degli infermi di mente) ma anche sulla "sicurezza procedurale", concernente la selezione del paziente secondo il tipo di struttura, e sulla "sicurezza relazionale", che valorizza la capacità dello staff sanitario di riconoscere le situazioni a rischio. Sul punto v. G. DODARO, *Ambiguità e resistenze*, cit., 1395.

<sup>122</sup> V. ad es. le osservazioni di N. MAZZAMUTO, *Relazione al convegno SEAC 2012*, in [www.conams.it](http://www.conams.it) (ultimo accesso 12.04.2017), secondo cui «Una volta esclusa la Polizia penitenziaria, non sappiamo a quali Forze dell'Ordine (Polizia, Carabinieri?) sarà affidata la vigilanza perimetrale e la sicurezza esterna, con quali modalità e frequenze (posti fissi, turni di ronda?), con quali sistemi di sicurezza (recinzioni, telecamere, meccanismi elettronici?) [...] non essendo difficile prevedere che, di fronte all'internato che va in escandescenze, nel tempo necessario alla chiamata telefonica ed all'arrivo delle Forze dell'ordine, il peggio possa già essersi consumato» V. anche F. DELLA CASA, *op. cit.*, 90; F. MAISTO, *Criminale (è il)*

dall'art. 6 dell'Accordo raggiunto in seno alla Conferenza unificata Stato-Regioni del 26 febbraio 2015.

Sembra, inoltre, assolutamente imprescindibile il coordinamento con i servizi territoriali che si occupano della presa in carico dell'infermo di mente e che assumono quindi un ruolo chiave nella efficace attuazione della riforma<sup>123</sup>: spesso all'abbandono del progetto terapeutico riabilitativo corrisponde

---

*manicomio*, cit., 7. Sui primi episodi "problematici" v. C. BARTOLETTI [et al.], *Anche quando è più difficile. L'esperienza della REMS Casa degli Svizzeri di Bologna*, in *Sestante*, 1/2015, 41, fra i quali si segnala, soprattutto, il mancato rientro di un infermo da un permesso accordato dal Magistrato di sorveglianza. Sull'inadeguata valutazione dei problemi legati ai pazienti psichiatrici "gravi" da parte della riforma v. anche G. BALBI, *Infermità di mente*, op. cit., 17 secondo cui «Nel contempo si stanno manifestando problemi enormi di sicurezza, interni (a chi mai spetta gestirla?) e esterni (le forze dell'ordine non stanno in alcun modo fornendo la loro disponibilità)». Si veda peraltro il monito del Tribunale di Roma, riportato da G.L. GATTA, *Revoca del ricovero in OPG*, cit. ove si denuncia che «Non esistono nel Lazio – osserva il Tribunale – comunità terapeutiche ad alta protezione con le caratteristiche necessarie per contenere o curare un soggetto come l'imputato, all'eventuale fine di applicare la misura non detentiva della libertà vigilata», cui è seguita una nota informativa inviata alle forze dell'ordine da parte del Tribunale stesso; secondo G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare)*, cit., «il prezzo che il nuovo congegno legislativo paga sull'altare dell'abolizione dell'ergastolo bianco può insomma essere molto elevato: il sacrificio della orrenda ma evidente necessità, in funzione di difesa sociale, di neutralizzare la persistente pericolosità sociale di alcuni autori di reato, che vengono ciononostante rimessi in libertà». Recentemente v. anche P. POMPILI - G. NICOLÒ - S. FERRACUTI, *Dagli Opg alle Rems. Ma i medici non possono fare i poliziotti*, in *www.quotidianosanità.it*, 2 novembre 2016. Sul punto v. anche le indicazioni di cui all'art. 2 del precitato "Accordo concernente disposizioni per il definitivo superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari. Conferenza Unificata Stato Regioni", che disciplina trasferimenti, traduzioni e piantonamenti. Cfr. anche F. CORLEONE, *Relazione semestrale sull'attività svolta dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, cit., 29, ove si riporta che «tra le 26 REMS presenti sul territorio nazionale, 19 hanno un servizio di vigilanza privato, 5 ne sono sprovviste, 2 affidano il servizio ai dipendenti della REMS. In tutti i casi in cui è presente il servizio di vigilanza, tranne che in uno, si tratta di un servizio di vigilanza 24 ore su 24». In particolare, poi, «Solo in 7 casi gli operatori svolgono servizio all'esterno della struttura, nelle rimanenti strutture gli operatori permangono all'ingresso della REMS; in un locale apposito».

<sup>123</sup> V. ad esempio M. PELISSERO, *Quale futuro per le misure di sicurezza?*, cit., 1275, «Temo che il decreto svuota-OPG si trasformi in una esperienza analoga a quella post-Basaglia quanto ad esito in parte fallimentare, ma con il rischio di risultati opposti: se, infatti, le criticità della riforma della L. n.180/1978 stanno nell'aver affidato alla gestione delle famiglie i malati di mente dimessi dagli ospedali psichiatrici comuni, nel caso degli internati in OPG, responsabili di reati anche gravi, mi sembra difficile che, in assenza delle previste strutture, si interrompa l'internamento con la conseguenza che difficilmente gli OPG potranno essere "chiusi"».

l'aggravio della patologia ed il rischio di reiterazione di fatti di reato<sup>124</sup>.

A fronte dei menzionati problemi di sicurezza, che devono essere adeguatamente e celermente risolti, al fine di evitare che il primo eclatante episodio di mancato coordinamento possa mettere in discussione, nell'opinione pubblica, la sostenibilità di una gestione esclusivamente sanitaria all'interno delle REMS<sup>125</sup>, occorre, d'altra parte, prendere atto dell'esperimento di un gruppo di SPDC (Servizio Psichiatrico di Diagnosi e Cura), che hanno fondato il "Club S.P.D.C. aperti no restraint", nei quali si esclude il ricorso alla contenzione meccanica e vengono lasciate aperte le porte del reparto.

L'obiettivo perseguito è quello di garantire il massimo grado di libertà di movimento ai ricoverati, poiché si ritiene che esso costituisca il più efficace rimedio per prevenire comportamenti violenti. Nei casi particolarmente complessi l'intervento contenitivo è di carattere fisico o chimico, ma mai meccanico: si tratta, come è evidente, di una sfida forse ancora più ambiziosa delle stesse REMS e che ha come scopo primario quello di porre in discussione non solo il concetto di contenzione, ma più in generale l'idea del trattamento dell'infermo di mente secondo una logica, comunque, custodiale. Occorrerà tuttavia valutare la sostenibilità di tale innovativo approccio con le ipotesi in cui la malattia mentale assuma tratti violenti ed ingestibili, rispetto alle quali l'esigenza di contenimento dell'aggressività potrebbe risultare ineludibile.

<sup>124</sup> Sul punto v., ad es., F. CARRIERI, R. CATANESI, *La perizia psichiatrica sull'autore del reato: evoluzione storica e problemi attuali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2001, 35 i quali riportano « [...] l'esperienza di aver periziato più volte gli stessi pazienti, i cui reati si inserivano costantemente nelle fasi di allontanamento arbitrario dal progetto terapeutico».

<sup>125</sup> L'esclusiva gestione sanitaria e la centralità del modello terapeutico riabilitativo costituiscono senza dubbio una sfida delle nuove REMS, di cui occorrerà monitorare gli sviluppi. È, infatti, necessario valutare se nell'eterna dialettica fra i due poli della cura e della custodia, «l'imposizione per via legislativa di uno dei due volti come quello esclusivo rappresenti una soluzione concretamente praticabile», cfr. A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1364, ovvero se debbano condividersi le perplessità di FRANCO e FRANCA BASAGLIA, *Postfazione* a E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali. I meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, 2010, 408, secondo cui « [...] sarebbe sufficiente applicare realmente all'istituzione psichiatrica il modello medico, renderla cioè tecnicamente efficiente, per risolvere le sue contraddizioni?».

### 3. *Il confine fra cura e contenzione chimica: profili di (il)liceità della contenzione*

Si è prospettato il rischio che l'esclusiva gestione medica delle REMS e l'eventuale attività perimetrale di vigilanza possano comportare, talvolta, problemi di custodia per gli infermi con disturbi di particolare intensità.

Sussiste, al contempo, il pericolo che in totale assenza di personale penitenziario in grado di fronteggiare e contenere episodi di carattere violento, si ricorra a forme di contenzione chimica, al fine di prevenire che tali impulsi degenerino in un atto auto e/o etero lesivo. La questione si inserisce in uno scenario particolarmente inquietante: è di tutta evidenza, infatti, come la «somministrazione di farmaci che modificano il comportamento (tranquillanti e sedativi)»<sup>126</sup> sia idonea a «determinare un totale annullamento del soggetto»<sup>127</sup>.

Sembra, peraltro, necessario sottolineare come il confine fra la terapia, la riabilitazione e la contenzione appaia quanto mai labile<sup>128</sup>, risultando assai complesso scindere gli effetti che un farmaco può spiegare a seconda della finalità di cura e/o di custodia per cui esso viene somministrato. I due profili finiscono talvolta per sovrapporsi; rispetto ad altre forme di contenzione<sup>129</sup> praticabili nell'ambito del trattamento psichiatrico, la contenzione chimica

<sup>126</sup> G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, in *Riv. it. med. leg.*, 6/2011, 1487.

<sup>127</sup> A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1369; v. anche S. D'AMATO, *Osservazioni sulla contenzione in psichiatria e i suoi riflessi in tema di stato di necessità*, in *Penalecontemporaneo.it*, 15 dicembre 2015, 2 «l'Autore chiarisce che, sul piano scientifico, la 'terapia elettroconvulsivante' viene fondata dagli addetti ai lavori sul dato oggettivo di un progressivo incremento di disturbi e patologie resistenti al trattamento farmacologico. Tale resistenza, a sua volta, sarebbe la naturale conseguenza della cronica assunzione di psicofarmaci, effetto di quel fenomeno di 'psicofarmacologizzazione di massa' che è messo sotto accusa, ovvero la somministrazione a pioggia (da parte di medici di base, neurologi e/o altri specialisti) di psicofarmaci, sempre più frequentemente prescritti, oltre che per patologie più o meno gravi, anche per condizioni normali dell'esistenza umana, quali tristezza, lutto, melanconia, rabbia, timidezza, deficit dell'attenzione, iperattività». Sui problemi relativi alla contenzione nelle REMS v. anche F. CORLEONE, *Relazione semestrale sull'attività svolta dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, cit., 43 ss., con particolare riferimento alla situazione del Sistema Polimodulare REMS Provvisorie di Castiglione delle Stiviere: «All'interno della struttura vengono effettuate regolarmente delle contenzioni. Nel periodo che va dal 1° aprile 2015 al 31/03/2016, si registrano 918 episodi che interessano 59 pazienti».

<sup>128</sup> V. anche C. SALE, *Analisi penalistica della contenzione*, in *Penalecontemporaneo.it*, 27 aprile 2014, 27 ss.

<sup>129</sup> La contenzione può essere manuale, meccanica, chimica, ambientale o relazionale, v. G. DODARO, *Il problema della legittimità*, cit., 1487.

pone, quindi, ulteriori problemi di accertamento. Nei casi più complessi, inoltre, contenzione meccanica e contenzione chimica si sommano, rendendo ancor più ardua la delimitazione<sup>130</sup> fra le diverse tipologie di intervento.

L'aspetto che si intende qui sommariamente analizzare attiene alla liceità o meno dell'eventuale ricorso alla contenzione chimica all'interno delle REMS. Pare necessario domandarsi, in primo luogo, se tale trattamento coattivo sia penalmente rilevante. A tal fine occorre distinguere fra le diverse tipologie di contenzione. Per quanto riguarda alcune ipotesi di contenzione meccanica è, infatti, necessario valutare se ed in quali limiti trovi applicazione l'art. 13 Cost. e le garanzie che esso pone a presidio di qualsiasi restrizione della libertà personale (riserva assoluta di legge e riserva di giurisdizione). In secondo luogo occorre stabilire se il ricorso alla contenzione chimica, che ad avviso di parte della dottrina dovrebbe essere ricondotta nell'alveo dell'art. 13 Cost.<sup>131</sup>, debba trovare una propria fonte di legittimazione in base a quanto disposto dall'art. 32, secondo comma, Cost., ove è prevista una riserva relativa di legge per lo svolgimento di qualsiasi trattamento sanitario coattivo. Pare, inoltre, necessario interrogarsi se la "fonte legale" legittimante possa individuarsi nella disposizione di cui all'art. 60 R.d. n. 615 del 1909, attuativo della l. n. 36 del 1904<sup>132</sup>, ovvero se tale disposizione debba ritenersi tacitamente abrogata a seguito dell'entrata in vigore della riforma Basaglia<sup>133</sup>. Un'analoga disciplina è oggi contenuta nell'art. 41

<sup>130</sup> È, ad esempio, il caso analizzato da G. DODARO, *Il nodo della contenzione in psichiatria tra gestione della sicurezza, diritti del paziente e "inconscio istituzionale"*, in *Penalecontemporaneo.it*, 25 febbraio 2014 ed anche il "caso Mastrogiovanni", Trib. della Lucania, 30 ottobre 2012 (dep. 27 aprile 2013), Giud. Garzo, in *Penalecontemporaneo.it*, con nota di G. DODARO, *Morire di contenzione nel reparto psichiatrico di un ospedale pubblico: la sentenza di primo grado sul caso Mastrogiovanni*, 12 giugno 2013.

<sup>131</sup> La questione non è di lieve momento, in considerazione della natura assoluta della riserva di legge e della riserva di giurisdizione. Sul problema v. M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2013, 187 ss. ed *ivi* per gli opportuni riferimenti bibliografici, normativi e giurisprudenziali; *amplius* ID., voce *Contenzione*, in *Dig. disc. priv.*, Agg., Torino, 2016, 58 ss.; v. anche D. PICCIONE, *Umanesimo costituzionale e contenzione delle persone nell'ordinamento italiano*, in *www.triesteliberadacontenzione.wordpress.com*

<sup>132</sup> Art. 60 R.d. n. 615 del 1909: «Nei manicomi debbono essere aboliti o ridotti ai casi assolutamente eccezionali i mezzi di coercizione degli infermi e non possono essere usati se non con l'autorizzazione scritta del direttore o di un medico dell'Istituto. Tale autorizzazione deve indicare la natura e la durata del mezzo di coercizione».

<sup>133</sup> Occorre ulteriormente distinguere fra una disposizione che facoltizzi il ricorso alla contenzione, rispetto ad un obbligo giuridico, di fonte legale o meno, che imponga di ricorrere alla contenzione chimica per evitare un atto auto e/o etero lesivo da parte dell'infermo di mente. Nega l'esistenza di un obbligo di fonte legale il Trib. Cagliari, sez. Gip, sent. 17 luglio 2012, Giud. Casula, mentre ritiene ancora vigente l'art. 60 R.d. 615

ord.penit. e nell'art. 82 del nuovo regolamento di esecuzione penitenziaria, motivo che ha fatto dubitare taluno dell'avvenuta abrogazione tacita del vecchio regio decreto<sup>134</sup>. Sembra, infine, opportuno domandarsi se sia possibile individuare una "posizione di garanzia" in capo al medico-psichiatra rispetto agli atti auto e/o etero lesivi dell'infermo di mente<sup>135</sup>, che legittimi (o, meglio, imponga) il ricorso alla contenzione, sia essa desumibile da una fonte legale o "meno". Una volta individuata la posizione di garanzia, con o "senza" una fonte legale, occorre poi approfondire se la posizione di garanzia stessa rilevi solo a fini terapeutici<sup>136</sup> od anche custodiali<sup>137</sup> e se la contenzione chimica sia un trattamento sanitario che possa rientrare all'interno della cura ovvero, come pare desumersi dal concetto stesso di contenzione, collocarsi nell'ambito della custodia. È quindi necessaria una puntuale delimitazione del confine fra la somministrazione di farmaci a fini di cura rispetto ad una somministrazione che abbia come unico obiettivo la contenzione dell'infermo. Solo una volta risolti tali problemi ricostruttivi è possibile, successivamente, interrogarsi se l'eventuale obbligo giuridico, sia idoneo a scriminare, in virtù di un altrettanto eventuale conflitto di doveri, il divieto scaturente dalle fattispecie di reato che possono configurarsi in conseguenza

---

del 1909 Trib. Vallo della Lucania, 30 ottobre 2012, citate da G. DODARO, *Il nodo della contenzione*, cit.

<sup>134</sup> Secondo G. DODARO, *Il problema della legittimità*, cit., 1498 «La decisione del legislatore penitenziario di confermare l'impostazione della legge manicomiale si può giustificare solamente sulla base del presupposto esegetico che l'entrata in vigore della legge n. 180 non abbia comportato l'abrogazione delle norme che disciplinavano la contenzione fisica in ambito psichiatrico».

<sup>135</sup> Sulle questioni relative, più in generale, alla responsabilità per omissione del medico psichiatra all'interno delle REMS si rinvia a L. BRIZI, *Dallo psichiatra "medico-terapeuta" allo psichiatra "medico-direttore": forme e modelli di responsabilità penale nel nuovo volto delle REMS*, in *questo volume*.

<sup>136</sup> Sul punto v. le posizioni riportate da G. DODARO, *Il problema della legittimità*, cit., 1488 ss.; Ritiene che si tratti di atto medico C. SALE, *op. cit.*, 6 «La contenzione, pertanto, osservata da questa visuale è qualificabile come atto medico». Così anche T. BANDINI, *Introduzione*, in *La contenzione fisica in psichiatria* a cura di R. Catanesi, L. Ferraninni e P. F. Peloso, Milano, 2006, VIII. Laddove si ritenga lecito ricorrere alla contenzione farmacologica, pare opportuno elaborare "linee guida" e "buone pratiche", al fine di disciplinarne quanto più possibile le modalità esecutive, così G. DODARO - L. FERRANNINI, *Contenzione meccanica in psichiatria. Introduzione a focus*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2013, 174 ss.

<sup>137</sup> A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1372 «La gestione interna diviene esclusivamente sanitaria, ma le nuove strutture restano pur sempre delle residenze per l'esecuzione di misure di sicurezza: "a prima lettura" parrebbe che il medico psichiatra si veda (ri)affidati anche autentici compiti "di polizia"; EAD., *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013, 401 ss.

del ricorso alla contenzione chimica<sup>138</sup> e, in caso di risposta affermativa, entro quali limiti<sup>139</sup>. Sembra tuttavia che sorgano due aspetti problematici: da una parte la necessità, *ex art. 32*, secondo comma, Cost., di una specifica indicazione di fonte legale<sup>140</sup>, che espressamente autorizzi un trattamento

<sup>138</sup> Per un'interpretazione della contenzione come atto medico, atipico e, quindi, di per sé penalmente lecito (e non, viceversa, tipico ma non antiggiuridico) v. C. SALE, *op. cit.*, 10. La negazione della tipicità dell'attività medica risiede, secondo D. PULITANÒ, *L'attività terapeutica*, in *Diritto penale. Parte speciale* a cura di D. Pulitanò, I, Torino, 2014, 37. «[...] in un diffuso, comprensibile disagio (concettuale? psicologico?) di fronte alla affermazione di tipicità penale di un tipo di fatto normalmente lecito e doveroso. L'affermazione di tipicità è sentita come uno stigma negativo [...] Ma l'attività terapeutica è un campo in cui la realizzazione di fatti tipici di lesione personale non funge da indizio dell'illiceità», v. anche G. DODARO, L. FERRANNINI, *Contenzione meccanica in psichiatri*, cit., 170. Sembra tuttavia che muovendo dalla costruzione "bipartita" del reato, il problema possa trovare immediata soluzione: l'attività medica, compiuta in presenza di cause di giustificazione (nell'ipotesi adempimento del dovere), nascerebbe di per sé lecita, v. M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 293 «Il fatto realizzato in presenza di una causa di giustificazione nasce *ab initio* penalmente lecito, o se si preferisce, penalmente irrilevante». Per un'analisi dei problemi concernenti il fondamento di liceità dell'attività medica v. I. LEONCINI, *I reati contro la vita*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale* a cura di A. Fiorella, Torino, 2013 ed *ivi* per gli opportuni riferimenti bibliografici.

<sup>139</sup> Ammettendosi l'esistenza di una posizione di garanzia e, quindi, di un correlativo obbligo giuridico, secondo parte della dottrina si potrebbe riconoscere efficacia scriminante a tale dovere. V. ad es. D. PULITANÒ, *L'attività terapeutica*, cit., 37, secondo cui «Lungi dall'indiziare alcunché di illecito, l'incisione chirurgica sul corpo del paziente si presenta come adempimento di una posizione di garanzia, cioè di un dovere. Appunto l'adempimento del dovere - di doveri che normalmente si legano al consenso dell'interessato - è la prospettiva in cui l'attività terapeutica fondamentalmente si inquadra, nell'ottica della giustificazione»; secondo G. DODARO, *Il problema della legittimità*, cit., 1504 ss. l'obbligo discendente dalla posizione di garanzia di protezione e controllo della sicurezza nei luoghi di cura è idoneo a rendere leciti (oltre che obbligatori) gli interventi di *coercizione fisica* in presenza di necessità ed urgenza, mentre per quanto concerne le forme di *contenzione meccanica* «Trattandosi dell'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica, è ragionevole ritenere che la giustificazione copra solamente l'uso di strumenti previsti da disposizioni di legge ad hoc o implicati dal dovere. Non possono considerarsi legittimi strumenti di adempimento di doveri d'ufficio mezzi vietati dalla legge o comunque proibiti in mancanza di particolari garanzie previste dalla Costituzione. Tali appunto sono i mezzi meccanici per la contenzione fisica del paziente. Essi non possono ritenersi implicati nella garanzia della sicurezza nei luoghi di cura, dal momento che soccorrono nell'operatività dei servizi, come abbiamo visto, per compensare carenze organizzative».

<sup>140</sup> Pur volendo ritenere tuttora vigente l'art 60 R.d. n. 605 del 1909 si tratta di una disposizione di rango secondario, nella quale si fa generico riferimento a mezzi di coercizione, senza specificare se possa farsi ricorso alla contenzione chimica, specificazione che pare necessaria per garantire l'osservanza della riserva di legge di cui all'art. 32, secondo comma, Cost. Anche nell'ipotesi in cui si volesse riconoscere efficacia vincolante all'interno delle REMS (ma v. nota 94) all'art 41 ed all'art. 82 del regolamento di esecuzione

sanitario contro la volontà del paziente, peraltro a fini contenitivi e non strettamente terapeutici, dovrebbe indurre a ritenere insufficiente l'attuale previsione normativa. Dall'altra, pur volendo "prescindere" da apposita fonte legale, «L'art 27 e l'art. 32 della costituzione si pongono come barriere contro quei trattamenti, anche terapeutici, che implicano una lesione dei diritti naturali dell'uomo; né la legge o i regolamenti autorizzano l'uso di quei trattamenti»<sup>141</sup>. Si potrebbe forse valorizzare tale aspetto ed argomentare che la copertura costituzionale del diritto alla salute, quale diritto fondamentale dell'individuo, e, più in generale, il rispetto della dignità umana dell'internato, vietino ogni trattamento coattivo con esse incompatibile e che non sia giustificato da situazioni di emergenza<sup>142</sup>; ne discenderebbe, allora, una restrizione della stessa "posizione di garanzia" del medico-psichiatra relativa al trattamento dell'infermo di mente nelle REMS, nei suoi elementi di carattere indirettamente custodiale, concernenti l'obbligo di impedire atti auto e/o etero lesivi ricorrendo alla contenzione chimica. Si escluderebbe, quindi, un'eventuale responsabilità penale ex art. 40, secondo comma, c.p.; dalla delimitazione dell'obbligo giuridico discenderebbe altresì l'inidoneità dello stesso a scriminare le ipotesi in cui si ricorra a forme di contenzione chimica. Sembra residuare la possibilità che, nei limiti previsti dal codice e sussistendone i presupposti, possano invece trovare applicazione le scriminanti di cui agli articoli 52 c.p. e 54 c.p.<sup>143</sup>.

---

penitenziaria (d.P.R. n. 230 del 2000), in essi si fa riferimento alla coercizione fisica, senza nulla disporre esplicitamente in ordine alla contenzione chimica. Peraltro lo stesso art. 41, terzo comma ord. penit., stabilisce che «[...] L'uso deve essere limitato al tempo strettamente necessario e deve essere costantemente controllato dal sanitario», così circoscrivendo l'intervento contenitivo ai casi di stretta attualità e necessità. Si pensi d'altra parte all'uso distorto che si potrebbe fare di tale disposizione ai danni di un internato, applicando, ad esempio, l'art. 41, primo comma, ord. penit. nella parte in cui legittima il ricorso alla contenzione per «vincere la resistenza, anche passiva all'esecuzione degli ordini impartiti». Rilevano il contrasto di tali disposizioni con l'art. 32 Cost. A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli*, cit., 93 e T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., 254 e 255; v. anche M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione*, cit., 193.

<sup>141</sup> P. NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana*, cit., 306.

<sup>142</sup> Riprendendo le parole della Corte costituzionale (nella nota sentenza Corte cost., 2-18 luglio 2003, n. 253): «le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente».

<sup>143</sup> Rendendo, dunque, facoltativo, e non obbligatorio, il ricorso alla contenzione chimica. Cfr. sul punto v. anche S. CACACE, *Il medico e la contenzione: aspetti risarcitori e problemi d'autodeterminazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2013, 217; v. anche 222 ss. per quanto concerne i profili di risarcibilità del danno.