

Antonella Massaro

**SORVEGLIARE, CURARE E NON
PUNIRE: L'ETERNA DIALETTICA
TRA "CURA" E "CUSTODIA" NEL
PASSAGGIO DAGLI OSPEDALI
PSICHIATRICI GIUDIZIARI ALLE
RESIDENZE PER L'ESECUZIONE
DELLE MISURE DI SICUREZZA**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

SORVEGLIARE, CURARE E NON PUNIRE: L'ETERNA DIALETTICA TRA "CURA" E "CUSTODIA" NEL PASSAGGIO DAGLI OSPEDALI PSICHIATRICI GIUDIZIARI ALLE RESIDENZE PER L'ESECUZIONE DELLE MISURE DI SICUREZZA

SURVEILLANCE, THERAPY AND NOT PUNISHMENT: THE ENDLESS DILEMMA BETWEEN "THERAPY" AND "CUSTODY" IN THE TRANSITION FROM THE JUDICIAL PSYCHIATRIC HOSPITALS TO THE RESIDENCES TO EXECUTE SECURITY MEASURES

Antonella Massaro

RIASSUNTO

Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, così come previsto dall'art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011, ruota essenzialmente attorno alla chiusura delle strutture esistenti sul territorio nazionale e alla loro sostituzione con le residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), secondo il duplice principio della "territorializzazione" e della "sanitarizzazione" nel trattamento dei soggetti ricoverati. Il nuovo sistema, ancora in corso di realizzazione, impone anzitutto di chiarire le possibili ripercussioni sulla responsabilità penale del medico psichiatra per fatti commessi dal paziente nelle nuove strutture a gestione sanitaria, al fine di evitare che, all'interno dello slabbrato contenitore della posizione di garanzia, si nascondano possibili e poco auspicabili ritorni a modelli di stampo custodialistico.

L'ulteriore intervento del d.l. n. 52 del 2014 ha introdotto un termine massimo di durata per le misure di sicurezza detentive e nuove regole per l'accertamento della pericolosità sociale, sempre in riferimento al ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o in casa di cura e di custodia. Le disposizioni in questione, oltre a incidere in maniera significativa su alcuni tratti fondamentali del sistema del doppio binario, si inseriscono nella più generale tendenza volta a favorire le dimissioni dei soggetti internati. Si tratta tuttavia di un processo che necessita anche di più ampi interventi strutturali, che, guardando al tessuto socio-sanitario esterno all'OPG-REMS, mirino anzitutto a un rafforzamento dei servizi territoriali di presa in carico.

ABSTRACT

The final overcoming of judicial psychiatric hospitals (OPG), as established by art. 3-ter of d.l. n. 211 of 2011, essentially focuses on the closure of the existing structures in Italy and their replacement with the residences to execute security measures (REMS),

according to the two principles of “territorialisation” and “medicalisation” about treatment of socially dangerous patients.

In the new system, still under development, it is necessary to clarify the possible effects on criminal responsibility of the psychiatrist for acts committed by the patient in the new medical residencies, in order to avoid, within the large container of “guarantor position”, possible returns to the custodialism.

The subsequent d.l. n. 52 of 2014 introduces a maximum duration of the custodial security measures and new rules to ascertain the “social danger” always about judicial psychiatric hospitals and homes of care and custody. The new provisions have a significant impact on basic features of the “double track system” and they are part of the more general trend to encourage the release of the hospitalized. However, this process also requires structural reforms of socio-sanitary context outside OPG-REMS, in order to consolidate the territorial structures of taking in charge.

Parole chiave: ospedale psichiatrico giudiziario, residenze per l’esecuzione di misure di sicurezza, medico psichiatra, sistema del doppio binario, pericolosità sociale.

Keywords: judicial psychiatric hospital, residences to execute security measures, psychiatrist, double track system, social danger.

SOMMARIO:

1. Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: “non basta aprire le porte per liberare i prigionieri”; 1.1. Le vie che si aprono al cammino dei prigionieri liberati: servizi territoriali, carcere o ritorno in OPG-REMS; 2. La duplice anima del “folle reo” e (quindi) dell’ospedale psichiatrico giudiziario: la sanitarizzazione delle REMS; 2.1. La responsabilità del medico psichiatra: la rilevanza delle regole cautelari per la necessaria “concretizzazione” della posizione di garanzia; 2.2. Trasferimento della gestione interna delle REMS in capo al medico psichiatra: un surrettizio ritorno al modello custodialistico?; 3. Psichiatria e regolarità causali: un binomio complesso; 4. L’ospedale psichiatrico giudiziario nella più ampia cornice delle misure di sicurezza e del doppio binario: l’apposizione di un termine massimo di durata e il riesame della pericolosità sociale; 4.1. La sussidiarietà delle misure di sicurezza custodiali; 4.2. La pericolosità sociale: la limitazione della base del giudizio e la sentenza n. 186 del 2015 della Corte costituzionale; 5. Dagli OPG alle REMS: il necessario recupero della dignità umana come argine alla costituzione di “mini OPG”.

1. Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: “non basta aprire le porte per liberare i prigionieri”.

“Definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari”: con una scelta terminologicamente impegnativa ¹⁾, attinta dal frasario della “sdegnata emergenza” ed enfaticamente foriera di un cambiamento radicale e duraturo, l’art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011 (convertito dalla legge n. 9 del 2012) riannoda le fila di un processo già avviato dal D.P.R. del 1 aprile 2008 e destinato a proseguire con il d.l. n. 52 del 2014 (convertito dalla legge n. 81 del 2014).

Il *modus operandi* che ha scandito le tappe di un *iter* connotato da un potenziale indubbiamente significativo risulta caratterizzato da cadenze fin troppo consuete nell’esperienza giuridica degli ultimi decenni: la penna del legislatore si intinge nel calamaio dell’intervento a fronte dell’insostenibile pressione esercitata da una pretesa “emergenza”, dietro la quale si nascondono in realtà questioni che, radicate in un terreno a lungo sedimentato, irrompono in superficie a seguito di uno o più “eventi catastrofici”, infrangendo fragorosamente la coltre dei silenzi e dei ritardi.

La *perenne emergenza* ²⁾, gradualmente tradottasi in un pressoché generalizzato ricorso alla decretazione d’urgenza, nell’ambito di una crisi della legge e del Parlamento che ha inevitabilmente intaccato anche i contorni della legalità penale ³⁾, ha infine prestato la propria maschera all’acronimo OPG, che anche i non addetti ai lavori stanno ormai imparando a sciogliere correttamente e senza incertezze.

Il legislatore del 2012, impegnato da una parte nell’approvazione delle misure imposte dalla “condanna Torreggiani” ⁴⁾ e dall’altra nella lettura dell’impetosa Relazione confezionata dalla “Commissione Marino” ⁵⁾, rispolvera per l’occasione un lessico da “epoca Basaglia”, annunciando la “chiusura” degli ospedali psichiatrici giudiziari. L’altisonante proclama « dal 1° aprile 2014 gli ospedali psichiatrici giudiziari sono chiusi » è però specificato dalla precisazione per cui « le misure di sicurezza del ricovero in ospedale

1) Sulla valenza linguistica della scelta operata dal legislatore si soffermano ampiamente 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 questa *Rivista*, 2013, fasc. 3, pp. 1340 ss.

2) Il riferimento è ovviamente al titolo di S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, II edizione riveduta ed ampliata (I edizione 1997).

3) Per considerazioni più generali sul punto C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012.

4) Nell’impossibilità di dare conto in questa sede dell’imponente letteratura registratasi in argomento, ci si limita al rinvio a Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, in www.penalcontemporaneo.it, con nota di F. VIGANO, *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*. La traduzione italiana, a cura del Ministero della Giustizia, è disponibile su www.giustizia.it.

5) *Commissione parlamentare di inchiesta sull’efficacia e l’efficienza del Servizio sanitario nazionale istituita con deliberazione del Senato del 30 luglio 2008, Relazione sulle condizioni di vita e di cura all’interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in www.senato.it. V. anche il *Rapporto del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti*, relativo alle visite effettuate dal 14 al 16 settembre 2008 e pubblicato il 20 aprile 2010, in www.cpt.coe.int.

psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia sono eseguite esclusivamente all'interno delle strutture sanitarie di cui al comma 2, fermo restando 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 » (art. 3-ter d.l. n. 211 del 2011, comma quarto). La novella legislativa, altrimenti detto, non interviene sulla misura dell'ospedale psichiatrico giudiziario così come prevista dal codice penale, né apporta modifiche al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario: l'ospedale psichiatrico giudiziario resta inserito nel catalogo delle misure di sicurezza previste dall'ordinamento, senza veder neppure alterata la propria denominazione formale. Il successivo intervento legislativo del 2014 ha fatto di certo registrare più rilevanti modifiche di carattere sistemico, che tuttavia, pur incidendo in maniera significativa sui tratti distintivi della misura, non sono approdate alla sua radicale messa in discussione.

La svolta annunciata dal legislatore del 2012 ha dunque essenzialmente ad oggetto le concrete modalità di esecuzione del ricovero in OPG, a fronte di una condizione epidemicamente intollerabile della quasi totalità delle sei strutture presenti sul territorio nazionale. Il “cuore pulsante” della novella consiste infatti nella chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari già esistenti e nella loro sostituzione con le residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), che, a seguito di numerose proroghe e ritardi, stanno progressivamente e faticosamente entrando in funzione. Il “superamento” non sconfinava nell’“abolizione”: la storia della psichiatria, specie nei suoi rapporti con l'ordinamento giuridico, continua a essere raccontata come storia dell'abitare ⁶⁾, con tutte le conseguenti difficoltà di identificare una struttura chiusa che sostituisca l'ospedale psichiatrico giudiziario senza riprodurre i difetti ⁷⁾.

Il fatto che la misura di sicurezza del ricovero in OPG resti vigente non significa tuttavia che l'intervento legislativo si sia risolto fin dall'inizio in un “nulla di fatto”. Il legislatore « “fa” qualcosa di culturalmente importante: addita una situazione inaccettabile, verso la quale prende posizione nei termini di un “mai più”, “mai più così” » ⁸⁾. Il recupero delle condizioni minime di decenza e di dignità imposte dall'ordinamento giuridico e, prima ancora, dalla condizione di esseri umani ⁹⁾, rappresenta il presupposto logicamente e giuridicamente preliminare di ogni intervento ulteriore che aspiri alla consistenza di autentica “riforma”.

Si tratta di premesse necessarie, ma da sole non sufficienti. Anzitutto quella condizione, definita di « estremo orrore » dall'allora Presidente della Repubblica Giorgio

6) P. DELL'ACQUA - S. D'AUTILIA, *Abbandonare quei luoghi, abitare le soglie*, in questa Rivista, 2013, fasc. 3, p. 1355.

7) Così, ragionando ancora in una prospettiva di riforma, già G. ZAPPA - C. A. ROMANO, *Infermità mentale, pericolosità sociale e misure di sicurezza alla prova degli anni Duemila*, in *Rass. penit. e crimin.*, 1999, n. 2-3, p. 95.

8) C. MAZZUCATO - G. VARRASO, *Chiudere o...aprire?*, cit., p. 1343.

9) S. MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2013, fasc. 3, p. 1095 stigmatizza la « insopportabile dimensione antiumana degli ospedali psichiatrici giudiziari ».

Napolitano e svelatasi impietosamente agli occhi del “grande pubblico” anche attraverso le immagini filmate diffuse dai mezzi di comunicazione ¹⁰⁾, non può certo ritenersi l'esclusivo prodotto dell'inumana “follia” di coloro che si trovano a operare all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari, rappresentando per contro (anche) la deprecabile conseguenza di una situazione di autentico abbandono istituzionale, tradottosi, almeno in certi casi, nella carenza dei fondi necessari alla materiale gestione di strutture tanto complesse.

A ciò si aggiunge l'esperienza registratasi sul fronte dei manicomi civili, la quale ha mostrato fin troppo chiaramente l'esigenza di supportare con fondamenta sufficientemente solide ogni pretesa svolta normativa nel “trattamento” dei malati di mente: « si diffonde la confusione, perché si ritiene che le vecchie leggi siano ormai del tutto abrogate e, d'altro canto, non si sa bene cosa dica la nuova normativa, assai carente per quanto riguarda la chiusura e il superamento dei manicomi, i doveri e le responsabilità del personale, i diritti dei malati. Sembra che gli “operatori”, al pari dei matti, abbiano perso la loro identità »: il Manicomio si riduce a piccola società del tutto anomica, priva di regole, la quale ottiene il solo effetto di rendere più agevole l'insorgenza della devianza ¹¹⁾.

Le considerazioni in questione, pur nella loro absolutezza, riassumono efficacemente i tratti di una storia ancora troppo recente per consentirne la riproposizione. È la storia della chiusura dei manicomi civili, che rientrano dalle finestre di quelli giudiziari, dotate di sbarre in grado di impedire l'uscita ma non anche l'entrata degli infermi di mente. È la storia della stagione di nuova giovinezza vissuta dagli ospedali psichiatrici giudiziari, nel momento in cui i “matti”, abbandonati a una libertà che senza il necessario sostegno rischia di tramutarsi in un laccio asfittico e opprimente, commettono fatti penalmente rilevanti e si trovano etichettati una seconda volta, sia pur con lo *status* di “internati”. È la storia di una delle ultime istituzioni totali, chiamata a prestare quel supporto terapeutico che la fallita riforma dell'assistenza psichiatrica non offre e a coniugarlo con la funzione di argine della pericolosità sociale che le è strutturalmente connaturata. È la storia la cui morale è sintetizzata dal disilluso insegnamento per cui “non sempre basta aprire le porte per liberare i prigionieri” ¹²⁾.

In questo caso l'apertura delle porte, pur non realizzandosi in senso letterale, potrebbe

10) Le immagini in questione sono state impiegate anche per la realizzazione del documentario *Lo Stato della follia* di Francesco Cordio.

11) R. CASTIGLIONE, *Il ritorno del Mariolino ovvero dell'insostituibile funzione del manicomio criminale*, in *Rass. penit. e crimin.*, 1986, n. 1-3, p. 128.

12) Si rinvia ancora a R. CASTIGLIONE, *Il ritorno del Mariolino*, spec. pp. 105 ss. L'Autore ripercorre le fasi storico-giuridiche dell'istituzione manicomiale attraverso le vicende di Mario C., oligofrenico rinchiuso in manicomio fin dall'età di sei anni, che arriva a sentirsi rifiutato anche da quell'istituzione totale che, paradossalmente, rappresentava l'unico rimedio alla sua condizione di alienato. A questo punto « le azioni del Mario, per fortuna, assumono sempre più spesso un carattere di reato. “Per fortuna”, poiché questo offre un valido appiglio per allontanare il Mario, cacciandolo in Manicomio criminale. Con questo non intendo fare né ironia, né del cinismo. [...] Qual è oggi l'unica istituzione – senza considerare i suoi indiscutibili aspetti negativi – in grado di contenere un “deviante-psichicamente disturbato-reo”? L'ospedale psichiatrico giudiziario ». V. anche G. RUSSO - L. SALOMONE, *Il malato di mente nel sistema giudiziario*, in *Rass. penit. e crimin.*, 1999, n. 2-3, pp. 131 ss.

prodursi come effetto della fase di transizione dagli OPG alle REMS. Una delle distorsioni applicative alla quali il duplice intervento legislativo (del 2012 e del 2014) intende rimediare è rappresentata evidentemente dal fenomeno dei c.d. ergastoli bianchi. La tendenza parrebbe dunque quella di “facilitare” le dimissioni dei soggetti internati. Già l’art. 3-ter, comma 6 del d.l. n. 211 del 2011 prevedeva tra gli obiettivi programmati « la dimissione di tutte le persone internate per le quali l’autorità giudiziaria abbia già escluso o escluda la sussistenza della pericolosità sociale, con l’obbligo per le ASL di presa in carico all’interno di progetti terapeutico-riabilitativi individuali che assicurino il diritto alle cure e al reinserimento sociale » e il successivo d.l. n. 52 del 2014, con la fissazione di un termine massimo di durata della misura di sicurezza ¹³⁾, sembra muoversi in una direzione coincidente ¹⁴⁾.

Stando ai dati ufficiali, parrebbe confermarsi una significativa riduzione del numero degli internati giudicati dimissibili ¹⁵⁾, che dovrebbe attribuirsi non tanto a una flessione del numero degli ingressi, quanto piuttosto al potenziamento dell’attività dei Servizi territoriali per la salute mentale ¹⁶⁾. Si è rilevato che, a fronte di una costante diminuzione delle presenze in OPG, è aumentato il numero dei ricoveri disposti in sede di applicazione provvisoria della misura di sicurezza, come se il nuovo paradigma incontrasse più i favori della magistratura di sorveglianza che quelli dei giudici di cognizione ¹⁷⁾. La questione, senza restare imbrigliati nelle maglie di una “muta” statistica, rimane quella di chiarire se dietro i numeri che decrescono sia dato ravvisare un’effettiva diminuzione dei soggetti socialmente pericolosi, magari come effetto di meno automatiche proroghe della misura di sicurezza, o se quelle percentuali nascondano in realtà nuove insidie per i “prigionieri liberati”.

1.1. Le vie che si aprono al cammino dei prigionieri liberati: servizi territoriali, carcere o ritorno in OPG-REMS.

I nodi problematici sono rinvenibili tanto a valle quanto a monte del sentiero che conduce all’ospedale psichiatrico giudiziario, secondo prospettive focalizzate, rispettivamente, su ciò che è accaduto in passato e su ciò che potrebbe accadere in futuro.

13) *Infra*, § 4.

14) Cfr. M. BORTOLATO, *L’ospedale psichiatrico giudiziario. La magistratura di sorveglianza: ruolo e funzioni nel superamento dell’OPG*, in www.conams.it, il quale rileva come il miglioramento delle condizioni del ricovero derivante dal passaggio dagli OPG alle REMS potrebbe favorire, paradossalmente, il rilancio delle misure di sicurezza detentive e del sistema del doppio binario.

15) A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in www.costituzionalismo.it, § 4, giudica « inaudita » la categoria normativa degli “internati dimissibili”: si tratterebbe dell’esplicito riconoscimento, da parte del legislatore, di soggetti detenuti illegalmente, con uno Stato, che, altrimenti detto, si dichiara “fuorilegge”.

16) *Terza Relazione trimestrale al Parlamento sul Programma di superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari, ai sensi della legge 30 maggio 2014 n. 81 del Ministro della Salute e del Ministro di Giustizia*, 20 aprile 2015, in www.camera.it.

17) A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., § 6.

Volgendo l'attenzione a valle, 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 1978¹⁸⁾. Sarebbe del resto fuorviante ritenere che all'origine delle innumerevoli proroghe dei ricoveri in OPG sia rinvenibile una vocazione liberticida della Magistratura di sorveglianza: il problema è piuttosto quello di una cronicizzata carenza sul versante del contesto territoriale di accoglienza (famiglia, comunità alloggio, DSM, UEPE), che rappresenta anche uno dei principali fattori di fallimento della misura della libertà vigilata con prescrizioni terapeutiche¹⁹⁾ a seguito della pur significativa apertura registratasi in tal senso nella giurisprudenza della Corte costituzionale²⁰⁾. Uno strutturale intervento "fuori dalle porte dell'OPG" varrebbe anche a ridimensionare l'intollerabile paradosso per cui in certi casi l'ospedale psichiatrico giudiziario, « luogo di scarico di malati disturbanti » e privi di una rete sociale in grado di accoglierli e sostenerli²¹⁾, rappresenti in fondo il male minore, posto che la commissione di un reato diviene l'unica via in grado di assicurare una presa in carico duratura di determinati soggetti e, magari, di condurre a un successo del trattamento nei loro confronti²²⁾.

Risalendo con lo sguardo a monte, può intravedersi, forse fantasiosamente, un orizzonte in cui il clima di generalizzato sfavore nei confronti delle misure di sicurezza custodiali conduca a un eccesso di prudenza nell'accertamento del vizio di mente, specie in ragione delle criticità che caratterizzano il giudizio in questione. Il poco auspicabile risultato sarebbe quello di contare meno internati e più detenuti, nel senso di spostare dall'ospedale psichiatrico al carcere il "trattamento" del soggetto con problemi di natura psichiatrica eppure ritenuto responsabile. I rapporti tra carcere e malattia mentale, in effetti, non si trovano spesso al centro del dibattito scientifico, malgrado costituiscano una realtà di certo non trascurabile per profili tanto quantitativi quanto qualitativi. Gli addetti ai lavori non esitano a parlare di un'autentica "emergenza psichiatrica" all'interno del carcere italiano, derivante anche dal complesso e farraginoso funzionamento dei giudizi di imputabilità e di pericolosità sociale nel processo penale²³⁾. Tra le "soluzioni"

18) In argomento, per tutti, M. T. COLLICA, *Verso la chiusura degli O.p.g.: una svolta (ancora) solo annunciata?*, in *Leg.pen.*, 2014, fasc. 4, pp. 274 ss.

19) N. MAZZAMUTO, *Relazione al Convegno SEAC 2012*, in www.conams.it.

20) Il riferimento è evidentemente a Corte cost., 2 luglio 2003, n. 253 e Corte cost., 17 novembre 2004, n. 367, in www.cortecostituzionale.it. Sul punto F. DELLA CASA, *La Corte costituzionale corregge l'automatismo del ricovero provvisorio nella struttura manicomiale promuovendo la libertà vigilata al rango di alternativa*, in *Giur.cost.*, 2004, pp. 3398 ss.; I. MERZAGORA BESTOS - F. MARTELLI, *I cascami del Positivismo: ancora su ospedali psichiatrici giudiziari e pericolosità sociale*, in questa *Rivista*, 2003, pp. 1149 ss.; M. T. COLLICA, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso*, in *Dir.pen.proc.*, 2004, fasc. 3, pp. 300 ss.

21) P. DELL'ACQUA - S. D'AUTILIA, *Abbandonare quei luoghi, abitare le soglie*, cit., p. 1363.

22) U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, V ed., Utet, Torino, 2013, p. 77.

23) A. DE ANGELIS, *Il disagio mentale in ambiente penitenziario: strategie e competenze della polizia penitenziaria*, in *Quaderni ISSP*, n. 11, *Riforma della sanità penitenziaria. Evoluzione della tutela della salute in carcere*, p. 60.

proposte si segnala anzitutto quella di una sempre più adeguata formazione del personale penitenziario, spesso sprovvisto degli strumenti culturali e operativi necessari, anche al fine di garantire una più stretta e proficua collaborazione tra l'area sanitaria e l'area trattamentale ²⁴). In secondo luogo, l'esigenza distintamente evocata (e invocata) è, di nuovo, la predisposizione di un raccordo più solido e funzionale possibile tra il carcere e il territorio, rappresentato anzitutto dai Dipartimenti di salute mentale ²⁵).

La preoccupazione, in definitiva, non può limitarsi a quella di un mero scambio di etichette (dagli OPG ai "mini OPG"), trattandosi anche, da una parte, di non ridurre l'apprezzabile intento legislativo a un potenziale fattore criminogeno per assenza di adeguate strutture psichiatriche di presa in carico e, dall'altra parte, di evitare che l'eterogenea popolazione degli internati si confonda in quella indistinta dei detenuti.

Non è un caso, del resto, che le questioni relative agli ospedali psichiatrici giudiziari siano tradizionalmente inquadrare come tassello del più ampio mosaico della medicina penitenziaria, tagliato trasversalmente da quel bilanciamento tra cura e controllo che tende ad assumere a volte la consistenza di un'autentica quadratura del cerchio. Malgrado le innegabili difficoltà di convivenza della componente sanitaria e di quella penitenziaria, occorre chiarire se la natura di "Giano bifronte" individui un tratto irrinunciabile nel trattamento del disagio psichiatrico di detenuti o internati o se, per contro, l'imposizione per via legislativa di uno dei due volti come quello esclusivo rappresenti una soluzione concretamente praticabile. Proprio in quest'ultima direzione sembrerebbe muoversi il processo di definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, che, accanto all'obiettivo della "territorializzazione" nell'esecuzione della misura di sicurezza, persegue quello di una sua "sanitarizzazione". L'interrogativo di fronte al quale si trova l'interprete resta lo stesso che riecheggia ormai da tempo: « ma sarebbe sufficiente applicare realmente all'istituzione psichiatrica il modello medico, renderla cioè tecnicamente efficiente, per risolvere le sue contraddizioni? » ²⁶).

2. La duplice anima del "folle reo" e (quindi) dell'ospedale psichiatrico giudiziario: la sanitarizzazione delle REMS.

La natura dell'ospedale psichiatrico giudiziario, perennemente in bilico tra le esigenze di "custodia" e quelle di "cura" del soggetto internato, è stata efficacemente sintetizzata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 253 del 2003: gli ospedali psichiatrici

24) A. DE ANGELIS, *Il disagio mentale in ambiente penitenziario*, cit., p. 64; F. FIORI, *I minorati psichici nel sistema penitenziario italiano, profili di gestione e compatibilità con l'esecuzione penale*, in *Quaderni ISSP*, n. 11, cit., pp. 91 ss.; E. ZANALDA - C. MENCACCI, *Percorso di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari in Italia. L'impatto sui Dipartimenti di salute mentale. L'opinione della società italiana di psichiatria*, in *Rass.penit.crimin.*, p. 37.

25) Così, ancora A. DE ANGELIS, *Il disagio mentale in ambiente penitenziario*, cit., pp. 63 ss. V. anche U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 94.

26) FRANCO e FRANCA BASAGLIA, *Postfazione* a E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 2010, p. 408.

giudiziari, ultime istituzioni totali per la cura di soggetti affetti da infermità mentali, sono chiamati a prestare la necessaria assistenza terapeutica a soggetti malati e, al tempo stesso, ad assolvere alle esigenze di difesa sociale imposte dalla loro condizione di “delinquenti pericolosi”²⁷⁾.

La coppia concettuale “cura e custodia” sconta pressoché inevitabilmente una strutturale incongruenza di fondo, riconducibile essenzialmente a due ragioni. Anzitutto, nel complesso bilanciamento che la misura di sicurezza sarebbe chiamata ad assolvere, le istanze di custodia rischiano di prevalere su quelle più strettamente terapeutiche, sebbene non sempre come fine dichiarato²⁸⁾. In secondo luogo, il concetto di “terapia” di cui il soggetto internato è destinatario mostra dei contorni certamente singolari. Sebbene non possa negarsi che l'internato sia anzitutto un soggetto malato e come tale destinatario di cure, sarebbe velleitario ritenere che il potenziale reinserimento sociale rappresenti un obiettivo concretamente raggiungibile per ciascun soggetto: 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”²⁹⁾.

A ciò si aggiunga che la “terapia” e il “controllo” sembrerebbero essersi avventurati lungo sentieri sempre più distinti, nel senso che, pur preservando e incentivando i necessari canali di dialogo, la psichiatria ha spesso rivendicato un approccio esclusivamente sanitario-farmacologico a fronte della malattia mentale, dismettendo i panni del “custode della società” e affidando ad altri il soddisfacimento delle istanze di difesa

27) Non pare superfluo riportare testualmente le parole della già citata sentenza n. 253 del 2003 della Corte costituzionale: « [...] gli ospedali psichiatrici giudiziari (nuovo nome dei manicomi giudiziari) sono rimaste le ultime strutture “chiuse” per la cura di infermi psichiatrici. La specificità di questa misura di sicurezza sta, ovviamente, nella circostanza che essa è prevista nei confronti di persone che, per essere gravemente infermi di mente, non sono in alcun modo penalmente responsabili, e dunque non possono essere destinatari di misure aventi un contenuto anche solo parzialmente punitivo. La loro qualità di infermi richiede misure a contenuto terapeutico, non diverse da quelle che in generale si ritengono adeguate alla cura degli infermi psichici. D'altra parte la pericolosità sociale di tali persone, manifestatasi nel compimento di fatti costituenti oggettivamente reato, e valutata prognosticamente in occasione e in vista delle decisioni giudiziarie conseguenti, richiede ragionevolmente misure atte a contenere tale pericolosità e a tutelare la collettività dalle sue ulteriori possibili manifestazioni pregiudizievoli. Le misure di sicurezza nei riguardi degli infermi di mente incapaci totali si muovono inevitabilmente fra queste due polarità, e in tanto si giustificano, in un ordinamento ispirato al principio personalista (art. 2 della Costituzione), in quanto rispondano contemporaneamente a entrambe queste finalità, collegate e non scindibili (cfr. sentenza n. 139 del 1982), di cura e tutela dell'infermo e di contenimento della sua pericolosità sociale. Un sistema che rispondesse ad una sola di queste finalità (e così a quella di controllo dell'infermo “pericoloso”), e non all'altra, non potrebbe ritenersi costituzionalmente ammissibile. Di più, le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente (cfr. sentenze n. 307 del 1990, n. 258 del 1994, n. 118 del 1996, sulle misure sanitarie obbligatorie a tutela della salute pubblica); e pertanto, ove in concreto la misura coercitiva del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario si rivelasse tale da arrecare presumibilmente un danno alla salute psichica dell'infermo, non la si potrebbe considerare giustificata nemmeno in nome di tali esigenze ».

28) G. ZAPPA - C. A. ROMANO, *Infermità mentale, pericolosità sociale*, cit., p. 88.

29) R. CASTIGLIONE, *Il ritorno del Mariolino*, cit., pp. 131-132.

sociale ³⁰⁾. Se in passato ciò ha comportato che il ruolo di controllo di cui la psichiatria si è liberata sia stato di fatto esercitato dal circuito giudiziario, comprensivo dell'OPG ma anche del carcere, con la conseguente soccombenza di un approccio più strettamente terapeutico ³¹⁾, si tratta di verificare se e fino a che punto quel processo possa essere invertito, senza determinare effetti altrettanto insidiosi.

Portando a uno sviluppo ulteriore l'opera di deistituzionalizzazione che aveva ispirato la chiusura dei manicomi civili, il superamento degli OPG, come anticipato, passa anche attraverso un più deciso rafforzamento delle istanze di cura rispetto a quelle di custodia, alle quali però le strutturali caratteristiche dell'ospedale psichiatrico giudiziario impediscono di abdicare completamente.

L'art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011, più esattamente, individua i seguenti criteri: « a) esclusiva gestione sanitaria all'interno delle strutture; b) attività perimetrale di sicurezza e di vigilanza esterna, ove necessario in relazione alle condizioni dei soggetti interessati, da svolgere nel limite delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente; c) destinazione delle strutture ai soggetti provenienti, di norma, dal territorio regionale di ubicazione delle medesime ».

Secondo l'allegato A del decreto del Ministero della Salute 1 ottobre 2012, le REMS sono chiamate a svolgere « funzioni terapeutico-riabilitative e socio riabilitative », la loro « gestione interna [...] è di esclusiva competenza sanitaria » e, quindi, « la responsabilità della gestione all'interno della struttura è assunta da un medico dirigente psichiatra ». Lo stesso decreto rinvia a successivi « accordi tra il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, il Ministero della salute, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano » la regolamentazione dello « svolgimento delle funzioni di cui alla legge 26 luglio 1975, n. 354 e al decreto del Presidente della Repubblica 20 giugno 2000, n. 230 », cioè delle funzioni previste dall'ordinamento penitenziario.

Si tratta di una scelta agevolmente comprensibile non solo in considerazione del *trend* normativo registratosi negli ultimi decenni, ma anche assumendo a riferimento il modello virtuoso offerto dall'ospedale psichiatrico giudiziario di Castiglione delle Stiviere, caratterizzato proprio da una gestione sanitaria della struttura. Senza contare che le questioni legate al personale di assistenza e alla direzione delle strutture di internamento sono state spesso avvertite come cruciali per evitare, o almeno ridurre, il rischio di "etichettamento" del malato di mente ³²⁾.

Resta nondimeno una soluzione non scontata: in un passato ancora recente, esaminando le possibili prospettive evolutive dell'ospedale psichiatrico giudiziario, si assumeva

30) G. RUSSO - L. SALOMONE, *Il malato di mente nel sistema giudiziario*, in *Rass.pen.it.e crimin.*, 1999, n. 2-3; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Zanichelli, Bologna, 2014, p. 882; G. FIANDACA, *L'imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in *Leg.pen.*, 2006, pp. 257 ss.

31) Per tutti G. RUSSO - L. SALOMONE, *Il malato di mente nel sistema giudiziario*, in *Rass.pen.it.e crimin.*, 1999, n. 2-3, p. 139.

32) Già G. TARTAGLIONE, *Trattamento giuridico dei malati di mente*, in *Rass.studi penit.*, 1976, pp. 203 ss.

come irrinunciabile l'affidamento all'Amministrazione penitenziaria dei compiti relativi all'ordine e alla sicurezza³³⁾ e lo stesso D.P.C.M. del 1 aprile 2008, che ha avviato il superamento degli ospedali psichiatrici giunto a completamento negli anni successivi, muoveva dal medesimo presupposto.

Lo statuto processuale e penitenziario dell'internato, a partire dalla definizione e dalla tutela di alcuni dei suoi diritti fondamentali, permane, ora come allora, nelle competenze dell'Amministrazione penitenziaria e della magistratura di sorveglianza, che tuttavia sembrerebbero gli "esclusi eccellenti" della riforma legislativa³⁴⁾.

2.1. La responsabilità del medico psichiatra: la rilevanza delle regole cautelari per la necessaria "concretizzazione" della posizione di garanzia.

Con particolare riferimento alle ipotesi di responsabilità penale del medico psichiatra, l'equazione "gestione = responsabilità" delle REMS trasferita in capo allo stesso evidenzia alcuni profili di criticità.

I termini del dibattito ampiamente sviluppatosi attorno allo "statuto giuridico" del malato (più che della malattia) di mente sono ormai sufficientemente noti. Il superamento dell'approccio custodialistico registratosi con le leggi n. 180 e 833 del 1978 avrebbe comportato anche una revisione degli obblighi penalmente rilevanti di cui sarebbe titolare il medico psichiatra. Il tramonto della necessaria custodia del malato di mente, intesa come capillare vigilanza al fine di impedire che lo stesso possa arrecare danno a sé e agli altri, determina la transizione verso un'assistenza principalmente di tipo terapeutico: anche « l'infermiere nei reparti di psichiatria degli ospedali non è [...] più un custode dei degenti — così come avveniva nei manicomi — » e al vecchio obiettivo della salvaguardia a ogni costo dell'integrità fisica del malato di mente si sostituisce il nuovo e più affinato obiettivo del recupero dello stesso, sebbene da ciò possano derivare dei rischi sul piano dell'incolumità fisica, anzitutto del paziente³⁵⁾.

È dunque frequente l'affermazione per cui a seguito della riforma del 1978, che non a caso ha comportato anche l'abrogazione delle fattispecie omissive proprie previste dagli artt. 714 e ss. c.p., i presupposti della responsabilità penale dello psichiatra abbiano

33) Ancora G. ZAPPA - C. A. ROMANO, *Infermità mentale, pericolosità sociale*, cit., p. 88. Sui rischi di una "medicizzazione" del nuovo sistema 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 questa *Rivista*, 2013, fasc. 3, p. 1391 ss.

34) C. MAZZUCATO - G. VARRASO, *Chiudere o...aprire?*, cit., pp. 1348 ss.

35) Trib. Brindisi, 5 ottobre 1989, Rini, in *Foro it.*, 1990, II, c. 276, con nota di L. RENDA. V. altresì Ass. Cagliari, 16 giugno 1999, in *Foro it.*, 2000, II, cc. 577 ss., anche per una puntuale ricostruzione delle tappe normative che hanno condotto alla svolta del 1978.

abbandonato le terre degli obblighi di custodia-controllo per approdare ai lidi di quelli a contenuto strettamente terapeutico ³⁶⁾.

Non si è mancato peraltro di evidenziare come dall'interruzione dell'automatismo nei rapporti tra la pericolosità del malato di mente e la custodia dello stesso sia certamente derivato il superamento di un custodialismo obbligatorio e protratto, senza tuttavia che gli interventi legislativi abbiano dissolto il concetto di "pericolosità per sé e per altri": quest'ultima resta una manifestazione, eventuale ma possibile, della malattia psichiatrica, che, se non presa adeguatamente in considerazione del medico, può comportare una sua responsabilità civile e penale. Le misure doverose potrebbero consistere anche in provvedimenti di rigorosa custodia per il tempo necessario: la ferma condanna del "custodialismo", in effetti, non comporta anche la scomparsa della "custodia", la quale, al di là di eufemistiche circonlocuzioni e rassicuranti sinonimi, continua a rappresentare in certi casi un'inderogabile e obbligatoria misura di protezione ³⁷⁾.

La stessa incertezza terminologica e concettuale sembra ravvisarsi in quelle pronunce giurisprudenziali che, pur mostrando di condividere la premessa del superamento del modello custodialistico, giungono a tratteggiare a maglie piuttosto larghe la posizione di garanzia del medico psichiatra, in riferimento tanto a condotte eteroaggressive ³⁸⁾ quanto autoaggressive ³⁹⁾. Si registra in certi casi l'affermazione quasi apodittica della sussistenza di una posizione di garanzia, *sub specie* di un ampio e slabbrato "obbligo di protezione", in capo al medico, a conferma di quanto sfumati possano mostrarsi i contorni tra "protezione" e "controllo" o, se si preferisce, tra "cura" e "custodia" ⁴⁰⁾, con il costante rischio di etichettare come funzioni terapeutiche quelle che restano autentiche funzioni custodiali.

36) Per tutti A. MANACORDA, *Psichiatria e controllo sociale. A proposito dell'affidamento coattivo del prosciolto per infermità psichica ai servizi di salute mentale*, in *Foro it.*, 1986, I, spec. c. 67; G. FIANDACA, *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale*, cit., p. 205. Più di recente C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra. Sui rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, pp. 50 ss., al quale si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

37) A. FIORI, *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, in questa *Rivista*, 1982, pp. 544-545.

38) Il riferimento obbligato è a Cass., sez. IV pen., 14 novembre 2007, n. 10795, Pozzi, in questa *Rivista*, 2008, fasc. 6, spec. pp. 1424-1425, con nota di A. FIORI - F. BUZZI, *Problemi vecchi e nuovi della professione psichiatrica: riflessioni medico-legali alla luce della sentenza della Cass. pen. n. 10795/2008*. V. anche il commento di M. BARALDO, *Gli obblighi dello psichiatra, una disputa attuale: tra cura del malato e difesa sociale*, in *Cass. pen.*, 2008, fasc. 12, p. 4638.

39) Cass., sez. IV pen., 27 novembre 2008, n. 48292, Desana, in *Cass. pen.*, 2010, fasc. 4, p. 1468, con nota di P. PIRAS - C. SALE, *Atti auto ed eterolesivi e responsabilità dello psichiatra*. Non affronta invece la questione dell'obbligo di impedimento Cass., sez. IV, 22 novembre 2011, n. 4391, Di Lella, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di P. PIRAS, *Rischio suicidario del paziente e rischio penale dello psichiatra*, che conferma la responsabilità del direttore sanitario di una comunità protetta per la defenestrazione di un paziente.

40) Per ampie considerazioni critiche G. DODARO, *Posizione di garanzia degli operatori dei servizi psichiatrici per la prevenzione di comportamenti auto o etero-aggressivi del paziente. Gli orientamenti della giurisprudenza penale (1978-2010)*, in *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, a cura di G. Dodaro, Franco Angeli, Milano, 2011, pp. 56 ss.; C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, cit., pp. 48 ss. Si segnala il recente esito assolutorio di Cass., sez. IV pen., 12 febbraio 2013, n. 16975, in questa *Rivista*, 2013, fasc. 4, pp. 1436 ss., con nota di C. SALE, *Causalità omissiva e suicidio del paziente*.

Pur senza entrare nel dettaglio di questioni che richiederebbero ben altro approfondimento, sembrerebbero necessarie almeno tre precisazioni.

Anzitutto, pur a voler ritenere definitivamente superato il modello custodialistico in riferimento al trattamento del malato di mente, la misura di sicurezza detentiva dell'ospedale psichiatrico giudiziario, come già precisato, resta caratterizzata anche da esigenze di difesa sociale, le quali si traducono giuridicamente nella sussistenza di obblighi di custodia nei confronti degli internati. La questione dunque diviene non tanto quella di interrogarsi sull'*an* di obblighi (non custodialistici ma) custodiali, bensì quella di verificare in che rapporto gli stessi si pongano rispetto agli obblighi di cura e, soprattutto, quali ne siano i soggetti titolari. Non può del resto trascurarsi che, se la presa di posizione del legislatore del '78 è inequivocabilmente caratterizzata dall'aver bandito la "pericolosità" dai presupposti che legittimano i trattamenti obbligatori dei malati di mente ⁴¹⁾, la "pericolosità sociale" resta il presupposto applicativo delle misure di sicurezza detentive ⁴²⁾, contribuendo a delineare l'anima complessa e per certi aspetti contraddittoria delle strutture di esecuzione delle stesse.

In secondo luogo, la posizione di garanzia dello psichiatra viene spesso considerata valorizzando la sua finalità (protezione o controllo), ma non anche i mezzi attraverso i quali quella finalità potrebbe-dovrebbe essere perseguita. La graduale transizione da forme di contenzione fisica ⁴³⁾ a forme di contenzione farmacologica può indubbiamente ridurre il rischio di comportamenti aggressivi del paziente, restituendo al contempo l'impressione di un controllo realizzato con mezzi più blandi rispetto al passato: in realtà i farmaci psichiatrici non solo sono dotati di un'efficacia terapeutica estremamente variabile, ma possono giungere a determinare un totale annullamento del soggetto ⁴⁴⁾. Si tratta dunque di chiarire quali siano i limiti entro i quali lo psichiatra può perseguire l'obiettivo che gli si affida, spostando ancora una volta l'attenzione dall'*an* dell'obbligo giuridico al *quomodo* dello stesso ⁴⁵⁾.

41) G. FIANDACA, *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: i reati omissivi*, in *Tutela della salute mentale e responsabilità degli operatori. Atti del Seminario di Perugia, 18-19 marzo*, a cura di A. Manacorda, Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria, Perugia, 1989, p. 208.

42) *Contra* A. MANNA, *Sull'abolizione degli ospedali psichiatrici giudiziari: pericolosità sociale o bisogno di terapia?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2013, fasc. 3, p. 1332, secondo il quale le nuove disposizioni in materia di ospedali psichiatrici giudiziari avrebbero determinato una sostituzione del presupposto applicativo della misura di sicurezza, consistente non più nella pericolosità sociale, ma nel "bisogno di terapia".

43) La contenzione fisica rappresenta indubbiamente un argomento del quale si parla poco e malvolentieri, pur trattandosi di una pratica non certo scomparsa. Si rinvia sul punto all'ampia indagine di G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica nell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidiario*, in questa *Rivista*, 2011, fasc. 6, pp. 1483 ss. e al Focus *Contenzone meccanica tra clinica e diritto*, *ivi*, 2013, fasc. 1, pp. 167 ss. V. anche *Id.*, *Morire di contenzone nel reparto psichiatrico di un ospedale pubblico*, in www.penacontemporaneo.it, e C. SALE, *La contenzone del paziente psichiatrico in assenza dei presupposti per l'adozione e con improprie modalità di attuazione*, in questa *Rivista*, 2012, fasc. 1, pp. 199 ss.

44) A. FIORI - F. BUZZI, *Problemi vecchi e nuovi della professione psichiatrica*, cit., pp. 1445 ss.

45) R. ZANNOZZI, *La responsabilità penale dello psichiatra e dello psicologo*, in *Trattato di medicina legale e scienze affini*, a cura di G. Giusti, Vol. V, II ed., Cedam, Padova, 2009, pp. 1085 ss.; G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica nell'uso della forza fisica*, cit., p. 1492.

La terza precisazione, che delle prime due è una diretta conseguenza, riguarda la constatazione per cui l'alternativa tra obblighi di protezione e obblighi di controllo ⁴⁶⁾, in assenza di precisazioni ulteriori, rischia di rivelarsi irrimediabilmente riduttiva.

Può mettersi da parte, per semplicità, l'annosa distinzione tra agire e omettere, per quanto la stessa individui il presupposto logico e giuridico di ogni successiva considerazione in materia di posizione di garanzia. Si tratta in effetti di una questione preliminare che mantiene intatta la propria utilità/necessità, malgrado la giurisprudenza più recente sembri tendere a una sua svalutazione, almeno per ciò che attiene ai rapporti con la posizione di garanzia. Non è un caso, probabilmente, che la "sentenza Pozzi" contenga ampie riflessioni relative ai presupposti e ai limiti della posizione di garanzia dello psichiatra, sebbene la sola condotta della cui rilevanza penale si discute assuma i contorni di un'azione in senso stretto ⁴⁷⁾. Senza contare che, in maniera esplicita, la giurisprudenza di legittimità ritiene che la figura del "garante", identificandosi con quella del "gestore del rischio", trovi ormai applicazione anche al di là degli originari confini della responsabilità per omissione ⁴⁸⁾.

Continuando, per comodità, a ragionare con le categorie "tradizionali" e riferendo quindi il concetto di posizione di garanzia alle ipotesi di omesso impedimento di un evento, un'impostazione nei termini di una rigida alternativa tra obblighi di controllo-custodia e obblighi di protezione-cura si rivela da sola insufficiente. Anche a voler ammettere che la distinzione *de qua* sia dotata di un'effettiva valenza euristica nella selezione degli obblighi di garanzia rilevanti *ex art. 40*, secondo comma c.p., la questione, nell'ipotesi di una pretesa responsabilità del medico psichiatra, diviene quella di definire i contorni dell'evento oggetto dell'obbligo di impedimento e di valorizzare adeguata-

46) Al riguardo valga per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Cedam, Padova, 2013, pp. 174 ss.

47) Cass., sez. IV pen., 14 novembre 2007, n. 10795, Pozzi, cit., p. 1424, osservando che « l'esistenza di una posizione di garanzia non si pone in contraddizione con una causazione attiva dell'evento da parte del garante ». Più chiara Cass., sez. IV pen., 22 novembre 2008, n. 4107, Calabrò, in *Cass.pen.*, 2010, fasc. 1, p. 192, in cui si afferma che « trattandosi di causalità omissiva, neppure deve richiedersi se M. Dieci e F. Calabrò erano investiti di una posizione di garanzia », per quanto poi si specifichi che « d'altro canto non è dubbio che il dott. F. Calabrò fosse titolare della posizione di garanzia mentre, per quanto riguarda la posizione del dott. M. Dieci – e in relazione alle sue affermazioni che solo il medico di fiducia può redigere il certificato anamnestico – va detto che proprio la sua condotta positiva (avere firmato il certificato anamnestico senza neppure l'indicazione della qualità che rivestiva) rende causalmente efficiente la sua condotta ». Il caso è quello di un omicidio commesso da un soggetto affetto da disturbi psichici che, dalla finestra di casa sua, spara in direzione di alcuni passanti, provocando loro gravi lesioni, uccidendo poi la sua compagna e togliendosi infine la vita. L'arma usata dal soggetto era detenuta legalmente, grazie a un primo certificato ottenuto da un medico psichiatra e al conseguente certificato rilasciato dal medico militare. Entrambi i soggetti vengono condannati, in cooperazione colposa tra loro, per concorso colposo nel reato doloso commesso dal "paziente". Di recente v. anche Cass., sez. IV pen., 26 maggio 2015, n. 22042, in *Pluris*. Nella giurisprudenza di merito Trib. Milano, 8 aprile 2005, in *Foro ambr.*, 2005, p. 149, con nota di V. MAGNINI, *Il fatto altrui tra condotta ed evento*.

48) Per tutte Cass., S.U., 24 aprile 2014, Espenhahn, n. 38343, § 13, p. 102, consultabile da www.penalecon-temporaneo.it. In dottrina L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 331.

mente, nella descrizione della condotta penalmente rilevante, il ruolo svolto dalle regole cautelari di riferimento ⁴⁹⁾.

È proprio sul piano delle regole cautelari che può forse apprezzarsi e misurarsi con maggiore chiarezza il superamento del modello custodialistico. Al medico psichiatra si richiede il rispetto non delle regole di comportamento finalizzate alla “diligente custodia” del soggetto, ma di quelle orientate alla “buona cura” dello stesso. L’alternativa tra “obbligo di custodia” e “obbligo di cura”, altrimenti detto, va intesa non solo e non tanto come possibile caratterizzazione dell’obbligo di impedimento, ma come filtro selettivo delle regole cautelari, che contribuiscono, specificandola, all’individuazione della condotta ricavabile dal capoverso dell’art. 40, secondo comma c.p.

Dalla premessa in questione può derivare anche una più puntuale ridefinizione dell’evento oggetto dell’obbligo di impedimento, che risulterebbe in questo modo arricchito da una necessaria “componente causale”. Allo psichiatra è imposto di impedire non qualsivoglia evento genericamente derivante da una condotta auto o eterolesiva del paziente, ma solo quegli eventi eziologicamente causati dal disturbo psichiatrico di cui lo stesso è affetto e rispetto al quale sia dato ravvisare un errore colposo del medico in fase diagnostica, prognostica o terapeutica ⁵⁰⁾. Anche le necessarie attività di sorveglianza e la violazione dei relativi obblighi, dunque, dovrebbero essere valutate non “in quanto tali”, ma solo in quanto inserite nel più ampio quadro patologico del paziente. L’assistenza-sorveglianza, come efficacemente evidenziato, diviene un dovere nei confronti del malato di mente così come lo sarebbe nei confronti di un soggetto portatore di una malattia che, sia pur di competenza della medicina generale, si accompagni a un quadro clinico (elevato stato febbrile, eccitazione psicomotoria, stato confusionale) che comporti il possibile compimento di gesti inconsulti verso sé o verso gli altri ⁵¹⁾.

A venire in considerazione, si ripete, non è un generico dovere di protezione del paziente da sé e verso gli altri, ma una protezione specificata dal dovere di cura e come tale ravvisabile solo in presenza di un errore colposo dello psichiatra e di un legame

49) Sul rapporto tra obbligo di garanzia e obbligo di diligenza nella descrizione della condotta penalmente rilevante sia consentito il rinvio ad A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Jovene, Napoli, 2013, pp. 117 ss.

50) La necessità che l’atto eterolesivo costituisca una specifica manifestazione della malattia è sottolineata da C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, cit., p. 49. V. anche G. FIANDACA, *Responsabilità penale dell’operatore di salute mentale*, cit., p. 209, il quale ammette una residuale posizione di garanzia a contenuto custodialistico nei soli casi di omicidio o di altri delitti violenti determinati da cause di ordine psicopatologico accertabili nella situazione concreta.

51) M. PORTIGLIATTI BARBOS, *La responsabilità professionale dell’operatore di salute mentale: profili medico-legali, in Tutela della salute mentale e responsabilità degli operatori*, cit., p. 87. Eccessivamente perentoria parrebbe essere la posizione di M. ZANCHETTI, *Fra l’incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione*, in *Cass.pen.*, 2004, p. 2867, secondo il quale il suicidio del paziente psichiatrico dovrebbe essere normativamente equiparato a quello del soggetto sano, nel senso che una posizione di garanzia dello psichiatra sarebbe ipotizzabile solo a fronte di un soggetto incapace di esprimere la propria volontà e per il quale dovrebbe essere dunque disposto un trattamento sanitario obbligatorio.

eziologico del fatto commesso rispetto alla patologia e all'errore del medico ⁵²). La responsabilità andrebbe quindi esclusa non solo per inosservanza di compiti meramente custodiali, ma altresì qualora risulti accertato che, sia pur in presenza di un errore "terapeutico" del medico, il fatto commesso non derivi causalmente dalla patologia "mal curata", rientrando per contro in quella "quota di responsabilità" del paziente psichiatrico che tanto è stata valorizzata negli ultimi decenni.

2.2. Trasferimento della gestione interna delle REMS in capo al medico psichiatra: un surrettizio ritorno al modello custodialistico?

Le premesse che si è cercato di esplicitare, già di difficile attuazione per gli incerti confini tra obblighi meramente custodiali e obblighi anche terapeutici, rischiano di risultare ancor meno definite nell'ambito del nuovo assetto giuridico delineato per le REMS. 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". Se così fosse, il risultato potrebbe ridursi a un sostanziale arretramento di prospettiva rispetto alla riforma del 1978, alla quale, forse non a caso, è rimasta sostanzialmente estranea la medicina penitenziaria: il nuovo dato normativo torna a confondere i contorni reciproci tra cura e custodia, nella misura in cui affida a un medico psichiatra la gestione interna di residenze che, per definizione, sono chiamate a svolgere attività non solo di tipo terapeutico.

Se possono considerarsi superati i tempi in cui si riteneva possibile conseguire la cura attraverso la custodia ⁵³), neppure si può muovere dall'assunto, esattamente speculare, per cui una "buona cura" produca l'effetto ulteriore di ribaltare il giudizio di pericolosità sociale: ad avviso di alcuni occorrerebbe piuttosto prendere atto che la cura del disturbo e il controllo del comportamento non sono concetti analoghi, nel senso che le cure farmacologiche e psicologico-riabilitative possono talvolta ottenere successo terapeutico,

52) Già prima della riforma del 1978 (ma dopo la legge del 1968) M. ROMANO - F. STELLA, *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente: aspetti penalistici e costituzionali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1978, p. 400 impostavano la questione sul piano della colpa, osservando come ai fini dell'integrazione della stessa non fosse più sufficiente la mera violazione di uno degli obblighi di custodia previsti dalla legge del 1904, rendendosi per contro necessario un comportamento concretamente imperito (errore diagnostico o terapeutico colposo), imprudente o negligente. Cfr. F. BRICOLA, *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali*, in *Tutela della salute mentale e responsabilità degli operatori*, cit., pp. 144-145, che, muovendo dalla scomparsa di una base normativa sulla quale edificare una posizione di garanzia del medico psichiatra, costituita anzitutto dagli abrogati artt. 714-717 c.p., concludeva per l'inammissibilità di un obbligo di impedimento dei reati commessi dal paziente: l'unica via praticabile diveniva dunque quella di un obbligo di assistenza e di cura inteso come peculiare contenuto di regole cautelari, in ogni caso operanti solo in riferimento alle autoaggressioni del malato di mente. Sulla rilevanza della distinzione tra condotte autolesive e condotte eterolesive anche G. INSOLERA, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale omissiva dello psichiatra*, in *Ind.pen.*, 1990, p. 779.

53) A. MANACORDA, *Infermità mentale, custodia e cura alla luce della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, I, c. 296.

ma non assicurare anche il controllo del comportamento: « bisogna sapere dunque se si cura per tutelare la salute di un malato o se si è chiamati a curare per evitare che il paziente compia nuovi reati. Perché sono cose diverse »⁵⁴⁾.

Senza contare che l'estromissione della Polizia penitenziaria comporta il venir meno di una polizia "di prossimità", lasciando aperta la questione relativa alla procedura da seguire in situazioni d'emergenza⁵⁵⁾. L'ulteriore conseguenza potrebbe essere quella per cui, in caso di comportamenti eccessivamente violenti e ingestibili, il soggetto finisce per approdare non alla Terra promessa della psichiatria territoriale, ma, di nuovo, ai poco desiderati lidi del carcere⁵⁶⁾.

Si tratta evidentemente di dubbi la cui fondatezza resta in attesa di verifica, ma certamente non possono ignorarsi due dati eloquenti. Anzitutto le criticità in questione sono state messe in evidenza fin da subito tanto da medici psichiatri⁵⁷⁾ quanto da magistrati di sorveglianza⁵⁸⁾, categorie professionali che, pur nella difficoltà di dialogo che spesso caratterizza i rapporti reciproci, sembrerebbero aver trovato una significativa convergenza sulla necessità di meglio definire i tratti ancora troppo sfumati del sistema in corso di stabilizzazione⁵⁹⁾. In secondo luogo, anche a seguito dell'effettiva apertura delle prime REMS si registrano opinioni non del tutto coincidenti: se alcuni psichiatri ritengono sufficiente la possibilità di affidare il controllo esterno alle Forze dell'ordine, con eventuale ingresso all'interno in caso di emergenza⁶⁰⁾, altri continuano a ravvisare un pericoloso *vulnus* "sistematico" nel trasferimento della responsabilità interna al personale sanitario⁶¹⁾.

Pare doveroso precisare che, qualora a venire in considerazione siano fatti commessi a danno di soggetti terzi, la giurisprudenza di legittimità tende a fare applicazione del discusso schema del concorso colposo nel reato doloso, muovendo dal presupposto per

54) R. CATENESI, *Superare l'equivoco*, contributo a C. MENCACCI - E. ZANALDA, *Superamento OPG e assistenza psichiatrica nelle carceri. "Dalle misure di sicurezza alla sicurezza delle cure"*, in www.conams.it, sia pur in una prospettiva "abolizionista" della stessa categoria della pericolosità sociale.

55) L'allegato A del decreto del Ministero della Salute 1 ottobre 2012 affida alle procedure scritte di ciascuna REMS anche le « modalità di attivazione delle Forze dell'Ordine, nelle situazioni di emergenza attinenti alla sicurezza ». Sulle tematiche in questione M. T. COLLIKA, *Verso la chiusura degli O.p.g.*, cit., pp. 272-273.

56) N. MAZZAMUTO, *Relazione al Convegno SEAC 2012*, cit.

57) Per tutti F. SCARPA, *Breve storia dell'ospedale psichiatrico giudiziario*, in www.ristretti.it.

58) M. BORTOLATO, *L'ospedale psichiatrico giudiziario*, cit.; N. MAZZAMUTO, *Relazione al Convegno SEAC 2012*, cit.

59) *Contra* si segnalano tuttavia U. FURNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 87, favorevole a una gestione interna affidata in via esclusiva al personale sanitario e parasanitario, con eventuale "cintura di sicurezza" assegnata al personale di custodia, e F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! La rimozione di un "fossile vivente" quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2013, p. 70, che condivide il superamento del precedente regime paracarcerario.

60) P. PELLEGRINI, intervista di S. CAPATTI, in milanoreporter.it. Il Dott. Pellegrini chiarisce come nelle REMS aperte nella regione Emilia Romagna la sorveglianza esterna sia stata affidata alla Prefettura e alle Forze dell'ordine, con le quali è stato altresì stipulato un protocollo che consente possibili interventi all'interno in caso di necessità. È poi operativo un servizio di vigilanza interna, che si avvale di un sistema di telecamere e di collegamenti con le Forze dell'ordine.

61) G. DUCCHI, intervista di G. BREGA, *Gli Opg chiudono, aprono le Rems. Una svolta?*, in www.lultimaribattuta, 1 aprile 2015.

cui il ricorso ai meccanismi “di incriminazione” della fattispecie plurisoggettiva rappresenti l'unica base sulla quale fondare la rilevanza penale di una condotta altrimenti atipica ⁶²). Potrebbe per la verità dubitarsi del fatto che la responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui passi necessariamente attraverso lo schema del concorso di persone nel reato ⁶³). Ciò che importa tuttavia sottolineare è anzitutto, si ripete, la necessità di apporre un filtro all'altrimenti onnivoro obbligo di pretesa protezione, valorizzando la funzione ulteriormente selettiva che le regole cautelari sono chiamate a svolgere in sede di descrizione della condotta omissiva colposa e il legame eziologico tra la patologia, l'errore medico e il fatto commesso.

Il fine ultimo è quello di evitare un poco auspicabile ritorno alla sovrapposizione di finalità custodiali rispetto a quelle terapeutiche, che, imponendo l'irrealistico obiettivo di un “controllo a ogni costo” dell'internato, rischia di alimentare pratiche di medicina difensiva e, nonostante la sanitarizzazione delle REMS, di relegare in secondo piano la tutela della salute del paziente ⁶⁴).

3. Psichiatria e regolarità causali: un binomio complesso.

L'accertamento in questione, evidentemente, non è né agevole né scontato. Uno dei nodi più intricati è rappresentato dalla fin troppo nota difficoltà di individuare leggi scientifiche di copertura in riferimento a un settore, come quello della medicina psichiatrica, che per definizione sembrerebbe sottratto al rigido determinismo della regolarità causale ⁶⁵). Sul piano del giudizio di responsabilità penale, si tratta di limiti chiaramente apprezzabili tanto sul versante dell'elemento oggettivo quanto su quello dell'elemento soggettivo del reato ⁶⁶).

La prima indagine che, in ordine logico, si rende necessaria, consiste nell'individuazione di leggi di copertura sulla base delle quali ricondurre eziologicamente un certo fatto all'infermità mentale del soggetto che lo ha commesso. Si tratta a ben vedere di un

62) Cass., sez. IV pen., 14 novembre 2007, n. 10795, Pozzi, cit., pp. 1419 ss.; Cass., sez. IV pen., 22 novembre 2008, n. 4107, Calabrò, cit., pp. 180 ss.

63) *Amplius* A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., pp. 391 ss.

64) Così, più in generale, A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 204.

65) Eloquenti le osservazioni al riguardo di B. CALLIERI, *Spiegare e comprendere in psichiatria. Riflessioni teoretiche sulla conoscenza*, intervento del 1954, in *Comprendere*, n. 23, 2013, p. 55, che, guardando attraverso la lente della psichiatria fenomenologica, individuava le leggi di riferimento della scienza psichiatrica in quelle dipendenti e non causal-deterministiche, intese come le leggi che consentono di individuare il rapporto di dipendenza tra due eventi solo *a posteriori* e mai in anticipo.

66) Sulla difficoltà relative all'accertamento della causalità e della colpa in ragione delle peculiarità della scienza psichiatrica G. FIANDACA, annotazione a Cass., sez. IV pen., 6 novembre 2003, n. 10430, Guida e Trib. Ravenna, 29 settembre 2003, Mura, in *Foro it.*, 2004, II, cc. 566 ss.; M. MASPERO, *Mancata previsione di evento suicidiario e responsabilità dello psichiatra: creazione di un fuzzy set o rilevazione di un ossimoro?*, in questa *Rivista*, 2002, pp. 913 ss.; F. CINGARI, *Presupposti e limiti della responsabilità penale dello psichiatra per gli atti etero-aggressivi del paziente*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2009, fasc. 1, pp. 440 ss.

accertamento ritenuto imprescindibile già sul versante (preliminare, per i soggetti sottoposti a misura di sicurezza) del riconoscimento del vizio di mente: è affermazione ricorrente quella per cui il fatto di reato debba trovare la sua genesi e la sua motivazione nel disturbo mentale, che assume dunque la consistenza di fattore condizionante della condotta⁶⁷). Al riguardo si muove spesso dalla premessa, che farebbe da sfondo anche alla legge Basaglia, di una “quota di responsabilità” di cui il soggetto resterebbe titolare malgrado l’infermità mentale, sottratta all’applicazione degli artt. 88 e 89 c.p. in assenza dell’indicato rapporto causale. Se si ritiene di poter superare lo scoglio costituito dalla reperibilità di leggi scientifiche attraverso le quali riempire di contenuto il giudizio controfattuale che presiede all’accertamento in questione, sembra che un’indagine analogica si imponga anche nella fase successiva, relativa alla commissione di fatti penalmente rilevanti da parte di un soggetto internato in ospedale psichiatrico giudiziario.

Nel caso in cui questa prima indagine eziologica si concluda con un esito positivo, si tratta di verificare la rilevanza causale della condotta del medico psichiatra rispetto all’evento penalmente rilevante, articolando in maniera distinta il giudizio controfattuale a seconda che si ipotizzi la sussistenza di un’omissione o di un’azione in senso stretto.

In una fase ancora successiva, è necessario confrontarsi con il giudizio di prevedibilità dell’evento concreto, necessario affinché una responsabilità penale per fatto proprio assuma anche i caratteri della responsabilità colpevole.

La pretesa di affrontare nel dettaglio ciascuna delle questioni rapidamente tratteggiate si rivelerebbe non solo ardua, ma anche illusoria: implica in effetti la gestione di conoscenze altamente specialistiche che, oltretutto, necessitano di concretizzazione attraverso il riferimento al caso singolo. È tuttavia possibile e doveroso individuare i più generali profili di criticità, accompagnati dagli obiettivi verso cui può tendenzialmente indirizzarsi l’attività dell’interprete.

Le insidie derivanti da un “eccesso di scientificizzazione” del processo penale, con i casi di responsabilità medica che finiscono per essere interamente giocati sul piano delle perizie e delle consulenze tecniche, sono state chiaramente evidenziate⁶⁸). Le difficoltà di accertamento cui si è fatto cenno, in effetti, transitano nel processo per il tramite della perizia medico-legale, la quale rischia di cedere alle lusinghe della constatazione *ex post* mascherata da accertamento *ex ante*. A ciò si aggiunga che la distinzione tra regole di

67) Cass., Sez. un., 8 marzo 2005, n. 9163, Raso, in *Dir.pen.proc.*, 2005, fasc. 7, p. 852, su cui, in particolare A. MANNA, *Disturbi di personalità e rapporto di causa con il reato*, in *Scienze giuridico-penali e scienze empirico-sociali a confronto*, a cura di S. Cipolla, A. Bana, Bruylant Bruxelles, 2007, spec. pp. 38 ss. Nella giurisprudenza successiva Cass. pen. Sez. VI, 27 ottobre 2009, n. 43285, in *C.e.d. Cass.*, n. 245253. Cfr. U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 119, il quale, pur mostrando scetticismi nei confronti della categoria del vizio parziale di mente, sottolinea la necessità di non arrestarsi all’accertamento della connessione tra categoria diagnostica e reato: si tratterebbe piuttosto di individuare un nesso eziologico tra disturbo psicopatologico, funzionamento patologico psichico e delitto, valorizzando la differenza tra reato *di* e reato *in* malato di mente. Cass., sez. II, 1 dicembre 2008, n. 2774, in questa *Rivista*, 2010, fasc. 2, p. 367.

68) V. in particolare F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cass.pen.*, 2010, pp. 1233-1234.

condotte doverose e scelte opzionali ma non doverose è influenzata, in maniera più significativa di quanto avvenga in altri settori della medicina, da convinzioni personali e di scuola, senza contare che il decorso di numerose malattie mentali segue traiettorie tutt'altro che lineari e "prevedibili" ⁶⁹⁾.

A fronte di questo magma di oscillanti incertezze si erge il giudice, che, dall'alto dell'impegnativa seduta riservata al *peritus peritorum*, è chiamato a indossare le vesti ora dello storico ora dello scienziato, nei limiti imposti e consentiti dal rito codicistico ⁷⁰⁾.

È evidente che, se si escludono i due estremi opposti rappresentati, da una parte, dall'assoluta impraticabilità dell'accertamento e, dall'altra parte, dal vincolo di "prova legale" che deriverebbe dalla sudditanza del giudice alle indagini peritali e all'*ipse dixit* degli esperti ⁷¹⁾, si può anche ammettere, come affermato dai giudici di legittimità in riferimento a un'ipotesi di responsabilità del medico psichiatra per il suicidio della paziente, che « l'arbitro che stabilisce il punto di confine tra il lecito e l'illecito finisce per essere proprio il giudice, con l'aiuto, nella maggior parte dei casi, degli esperti » ⁷²⁾. A condizione però di intendere il concetto di "arbitro" più nella sua accezione sportiva (soggetto chiamato a verificare il rispetto delle regole nell'ambito di una competizione) che in quella comune (soggetto libero di decidere secondo la sua insindacabile volontà): il « dominio razionale del giudice sulla prova scientifica è tanto irrinunciabile quanto non onnipotente » ⁷³⁾.

La questione, altrimenti detto, si colloca nel solco già ampiamente arato dell'ingresso della prova scientifica nel processo penale e del necessario dialogo tra il giudice e gli esperti che ne rappresenta la più immediata conseguenza. Il giudice, liberandosi dal paradosso di dover valutare *ex post* ciò che si era dichiarato incompetente a conoscere *ex ante*, assume il ruolo di "custode", di *gatekeeper*, per usare la celebre espressione impiegata nella "sentenza Daubert" ⁷⁴⁾, il cui operato si traduca non tanto in un controllo del merito della perizia quanto piuttosto in una verifica del metodo impiegato, da valutare secondo

69) A. FIORI - F. BUZZI, *Problemi vecchi e nuovi della professione psichiatrica*, cit., p. 1450. Sui limiti della perizia psichiatrica anche M. T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, in www.penalecontemporaneo.it.

70) P. TONINI, *La prova scientifica: considerazioni introduttive*, in *Dossier La prova scientifica nel processo penale*, allegato a *Dir.pen.proc.*, 2008, p. 8.

71) Su quest'ultimo aspetto O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi di elevata specializzazione*, Giuffrè, Milano, 2005, spec. p. 367.

72) Cass., sez. IV, 22 novembre 2011, n. 4391, Di Lella, cit., p. 9. Per ampie riflessioni sui rapporti tra l'attività del giudice e il ruolo degli esperti in materia di responsabilità medica v. anche Cass., sez. IV pen., 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, p. 13, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*.

73) O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., pp. 365-366, il quale prosegue precisando che quando l'operazione in questione non possa essere esercitata « per l'indisponibilità di mezzi culturali all'altezza della funzione di controllo, la conseguenza non è il vincolo all'*ipse dixit* degli esperti, ma la non fruibilità dei loro contributi conoscitivi al fenomeno probatorio: ciò che sfugge al controllo razionale del giudice (e delle parti) non appartiene al processo ».

74) *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993), su cui, per tutti, O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., pp. 137 ss. e F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Giuffrè, 2003, pp. 431 ss.

canoni di oggettiva controllabilità accessibili anche a un non giurista ⁷⁵⁾. Dagli esperti, *de iure condito*, dovrebbe invece esigersi una sempre più specifica formazione e un continuo aggiornamento ai fini di un consapevole operato nelle aule giudiziarie ⁷⁶⁾.

Non sembra che questi principi di carattere generale possano o debbano subire torsioni se riferiti alla materia specifica della psichiatria. Le innegabili peculiarità che caratterizzano questo settore della scienza medica impongono, al più, una maggiore cautela nel ritenere superata la soglia dell'oltre ogni ragionevole dubbio, posto che resterebbe in ogni caso intatta la prospettiva di tutela offerta dal giudice civile, chiamato a maneggiare categorie della causalità e della colpa indubbiamente più duttili rispetto a quelle edificate sulle fondamenta della responsabilità penale per fatto proprio e colpevole.

Si tratta di questioni che, pur con i dovuti adattamenti, si pongono in termini essenzialmente analoghi, tanto per ciò che attiene all'accertamento dell'imputabilità nel giudizio di cognizione ⁷⁷⁾, quanto, in fase esecutiva, in sede di riesame della pericolosità sociale da parte della magistratura di sorveglianza.

4. L'ospedale psichiatrico giudiziario nella più ampia cornice delle misure di sicurezza e del doppio binario: l'apposizione di un termine massimo di durata e il riesame della pericolosità sociale.

Così come resta vigente la misura di sicurezza dell'ospedale psichiatrico giudiziario, rimane formalmente intatta la sua cornice sistematica, costituita dal tanto discusso doppio binario spurio "pene-misure di sicurezza" che caratterizza il nostro sistema sanzionatorio.

Certo è che i lineamenti del doppio binario, per come tratteggiati originariamente dal codice Rocco, risultano visibilmente alterati, specie in conseguenza degli interventi legislativi successivi alla legge n. 9 del 2012: non si è esitato a parlare in proposito di un'autentica riforma delle misure di sicurezza detentive, per quanto il legislatore parrebbe aver perduto (l'ennesima) occasione per un intervento organico ⁷⁸⁾.

La "filosofia" del doppio binario appare significativamente mutata anzitutto a seguito dell'introduzione di un termine massimo di durata delle misure di sicurezza detentive,

75) Sul punto, ancora, O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., spec. p. 339.

76) M. T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in www.penalecontemporaneo.it, pp. 17 ss., anche per ampie indicazioni bibliografiche. Per una puntuale e documentata ricostruzione del dibattito v. anche L. MASERA, *Il giudice penale di fronte a questioni tecnicamente complesse: spunti di riflessione sul principio dello iudex peritus peritorum*, in *Dir.pen.proc.*, 2007, fasc. 3, pp. 352-353.

77) Per tutti M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, III ed., Giuffrè, Milano, 2005, pp. 16-17.

78) F. FIORENTIN, *La riforma sceglie tre linee guida fondamentali per coniugare salute del reo e libertà personale*, in *Guida dir.*, 2014, n. 26, p. 19.

che fin da subito è stato individuato come il segnale di una “svolta epocale”⁷⁹⁾. La precedente disciplina contribuiva a delineare un sistema inquadabile, a ben vedere, da una duplice prospettiva. La prima, di certo più evidente, era quella tesa a valorizzare le istanze di difesa sociale di cui le misure di sicurezza risultano strutturalmente permeate: la collettività deve restare “al sicuro” fino a quando il soggetto mostri segnali di pericolosità. La relazione biunivoca “misura di sicurezza-pericolosità sociale”, tuttavia, avrebbe potuto essere intesa anche in una meno usuale accezione garantista: la misura permane solo se e fino a quando perdura la pericolosità sociale o, il che è lo stesso, la stessa deve essere revocata non appena il giudizio *ex art.* 203 c.p. dia esito negativo.

La prassi, con particolare riferimento al fenomeno tutt'altro che isolato dei c.d. ergastoli bianchi, si è mostrata però refrattaria ad assecondare una curvatura orientata in funzione di garanzia. Il risultato è stato quello di proroghe pressoché automatiche e sostanzialmente indefinite del ricovero in OPG, specie per internati in riferimento ai quali non fosse dato ravvisare, al di fuori delle porte dell'“istituzione”, un contesto socio-familiare sufficientemente solido per sostenerne il reinserimento. Emblematici in proposito gli orientamenti della giurisprudenza di sorveglianza fondati sul concetto di “pericolosità latente”, suscettibile di riacutizzarsi in caso di mancato rispetto della terapia garantita in OPG e dunque, in assenza di adeguate strutture psichiatriche “esterne”, in grado di motivare la proroga della misura di sicurezza⁸⁰⁾.

Il legislatore del 2014 tenta dunque di edificare un argine robusto volto a contenere il dilagante fenomeno del “fine OPG mai”, ulteriormente rafforzato, nei termini che si cercherà di chiarire, da nuove disposizioni relative al giudizio di pericolosità sociale e al riesame della stessa.

L'art. 1, comma 1-*quater* del d.l. n. 52 del 2014 (convertito con modificazioni dalla legge n. 81 del 2014) stabilisce che le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle nuove REMS, non possano durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima. Tra le varie soluzioni astrattamente ipotizzabili⁸¹⁾, il legislatore sceglie di fissare il termine massimo di durata della misura di sicurezza in corrispondenza della pena edittale massima prevista per il reato commesso: a questo fine deve farsi applicazione dei criteri contenuti dall'art. 278 c.p.p., previsti per la determinazione della pena agli effetti delle misure cautelari.

Per esplicita previsione dello stesso art. 1, comma 1-*quater*, inoltre, il termine massimo di durata non è riferibile ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo, per i quali di

79) 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 di sicurezza in corso, a noi sembra)*, in www.penalecontemporaneo.it.

80) Sul punto F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra « sottigliezze empiriche » e « spessori normativi »: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in www.penalecontemporaneo.it, pp. 21-22.

81) Su cui M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir.pen.proc.*, 2014, fasc. 8, pp. 927-928 ss.

conseguenza la misura di sicurezza detentiva continua a mantenere una potenziale durata massima illimitata ⁸²⁾.

L'apposizione di un termine di durata, alla cui scadenza consegua in maniera "automatica" la revoca della misura, è però suscettibile di determinare ulteriori aporie applicative. Il riferimento è in primo luogo alla discussa possibilità di "liberare" internati che, decorso il termine di durata della misura, risultino ancora socialmente pericolosi ⁸³⁾. Il rischio sembra dunque quello di un'inversione dell'automatismo che caratterizzava la prassi precedente, senza tuttavia la predisposizione del necessario anello di congiunzione tra l'ospedale psichiatrico giudiziario e le strutture, sanitarie e sociali, deputate all'accoglimento degli internati rimessi in libertà.

Pare opportuno precisare che la previsione di un termine massimo di durata è riferita alle sole misure di sicurezza detentive, con esclusione, dunque, della libertà vigilata: da ciò deriva che il giudice ben potrebbe ordinare l'applicazione della libertà vigilata, con prescrizioni terapeutiche ⁸⁴⁾, valorizzando quello strumento messo a disposizione dalla Corte costituzionale, che tuttavia, come già rilevato, è direttamente condizionata dalla presenza di strutture e comunità presso le quali eseguire le prescrizioni terapeutiche ⁸⁵⁾.

Al di là delle perplessità "di dettaglio" derivanti dalla nuova disposizione ⁸⁶⁾, sembra difficilmente contestabile che una così significativa modifica della disciplina delle misure di sicurezza abbia intaccato in maniera visibile le "generali" basi sistematiche sulle quali si fonda il doppio binario, giungendo a mettere in discussione la stessa distinzione tra misure di sicurezza e pene detentive. Il profilo « più eversivo » contenuto nella proposta

82) Critico su questa limitazione M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga*, cit., p. 928, specie per la conseguente inoperatività del termine di durata a fronte di quei reati puniti con un ergastolo non concretamente applicabile per effetto della prevalenza delle circostanze attenuanti concorrenti, che l'art. 278 c.p.p. non consente di tenere in considerazione.

83) L'aporia in questione è stata segnalata chiaramente da Trib. Roma, 3 giugno 2014, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di G. L. GATTA, *Revoca del ricovero in OPG per decorso della durata massima: un primo provvedimento*. Il Tribunale osserva come « se da un lato si impone al giudice l'immediata applicazione della citata disposizione, dall'altra vi sono univoci elementi per ritenere che nel caso B. esca dall'OPG di Castiglion delle Stiviere possa essere messa a repentaglio sia la tutela del suo diritto alla salute, sia la sicurezza della collettività rispetto alla sua attuale accertata ALTISSIMA PERICOLOSITÀ SOCIALE (si veda pag. 32 dell'elaborato peritale del Dottor Rocchini), in quanto il perito ha espressamente rappresentato che non esistono nel Lazio Comunità terapeutiche ad alta protezione con le caratteristiche necessarie per contenere o curare un soggetto come il Bijanzadeh, all'eventuale fine di applicare la misura non detentiva della libertà vigilata ». M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga*, cit., p. 929 giudica "eccessiva" la preoccupazione del Tribunale, specie in considerazione del fatto che l'internamento del soggetto ad "altissima pericolosità sociale" era stato disposto a seguito di un reato di lesioni personali, consistente nell'aver cagionato con un punteruolo una ferita lacero-contusiva al padiglione auricolare guaribile in due giorni.

84) M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga*, cit., pp. 928-929; G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, in www.penalecontemporaneo.it, pp. 13-14. In giurisprudenza v. Uff. sorv. Reggio Emilia, 15 luglio 2014, in www.conams.it.

85) Sul sostanziale fallimento della soluzione della libertà vigilata applicata all'infermo di mente, tanto dalla prospettiva del medico quanto da quella del magistrato di sorveglianza, A. CALOGERO, *La chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in dignitas.sestaopera.it e M. AZZINI, *Il trattamento dell'infermo di mente nella fase dell'esecuzione*, in astra.csm.it.

86) Per cui si rinvia a G. L. GATTA, *Aprite le porte agli internati*, cit.; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga*, cit., pp. 927 ss.

della Scuola positiva diretta all'introduzione di misure di difesa sociale era rappresentato proprio dall'indeterminatezza del limite massimo di durata, divenuta poi carattere strutturalmente e inscindibilmente connesso alla funzione loro riconosciuta⁸⁷⁾. Se, dunque, viene meno la necessaria corrispondenza tra l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva e la (perdurante) pericolosità sociale del soggetto e se la durata massima della misura resta in definitiva rapportata non alla pericolosità in concreto, ma alla gravità del reato commesso, il dualismo tra responsabilità individuale-pena e pericolosità sociale-misura di sicurezza fatica a delinearci con sufficiente coerenza, tanto sul piano teorico quanto su quello strutturale⁸⁸⁾.

Senza contare che in questo modo le misure di sicurezza detentive divengono (è il caso di dirlo) lo schizofrenico crocevia di due prospettive per certi aspetti speculari: la prospettiva prognostica della pericolosità sociale, che, guardando al futuro e all'autore del fatto, individua il presupposto di applicazione della misura, cui si sovrappone la prospettiva diagnostica della gravità del reato, che, guardando al passato e al fatto commesso, segna il limite ultimo di applicazione della stessa misura.

4.1. La sussidiarietà delle misure di sicurezza custodiali.

Le considerazioni relative alla necessità di intervenire anche all'esterno dell'OPG, al fine di assicurare che la misura in questione risulti effettivamente modificata dall'interno, sono riferibili anche alle ulteriori modifiche apportate dal d.l. n. 52 del 2014.

Il riferimento è anzitutto all'esplicita codificazione della regola dell'*extrema ratio* per il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e in casa di cura e di custodia, che possono trovare applicazione solo quando siano acquisiti elementi dai quali risulta che nessuna misura diversa sia idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla pericolosità sociale del soggetto (art. 1, co. 1, lett. b), d.l. n. 52 del 2014). Si tratta di principi che, pur ricevendo in questo modo il crisma della stabilità normativa, avevano già trovato chiara affermazione nelle pronunce della Corte costituzionale che hanno dichiarato l'illegittimità degli artt. 222 e 206 c.p., nella parte in cui, prevedendo un automatismo nell'applicazione dell'ospedale psichiatrico giudiziario, non consentivano la scelta di una diversa misura di sicurezza, idonea ad assecondare la duplice anima del malato di mente socialmente pericoloso⁸⁹⁾.

Nel tenore delle nuove regole riecheggiano chiaramente gli analoghi principi che caratterizzano la disciplina generale delle misure cautelari, con la custodia in carcere confinata in quel ruolo di *extrema ratio* che, pur stentando ad affermarsi compiutamente

87) M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 194.

88) G. L. GATTA, *Aprite le porte agli internati!*, cit. *Contra* A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., § 9.

89) *Supra*, nota n. 20.

nella prassi, esce ulteriormente rafforzato dagli ultimi interventi legislativi ⁹⁰). La direzione seguita in riferimento alle misure cautelari sembrerebbe quella di una progressiva riduzione della discrezionalità giudiziale, accompagnata da un'estromissione dal giudizio di valutazioni estranee alle finalità cautelari ⁹¹): si tratta di considerazioni cui, *mutatis mutandis*, potrebbe farsi riferimento anche per le modifiche intervenute in materia di misure di sicurezza, specie in ragione della limitazione della base del giudizio di pericolosità sociale introdotta per via legislativa ⁹²).

Proprio l'esperienza registratasi in riferimento alle misure cautelari parrebbe tuttavia confermare che le nuove disposizioni possano andare oltre il mero tributo formale all'altare dell'*extrema ratio* solo se supportate da interventi capaci di arricchire il catalogo delle offerte terapeutico-custodiali, o meramente terapeutiche, messo a disposizione del magistrato chiamato all'applicazione della misura, anche al fine di evitare il ricorso a quelle soluzioni creative spesso censurate dalla giurisprudenza di legittimità per violazione del principio di legalità ⁹³).

Anzitutto, senza ipotizzare soluzioni più complesse, si potrebbe forse recuperare quella distinzione tra ospedale psichiatrico giudiziario e casa di cura e di custodia che, valorizzata dal codice penale, è stata vanificata dalla prassi, al punto che anche nel recente intervento legislativo le due misure sono sostanzialmente equiparate e ridotte alla consistenza di mera endiadi.

La prospettiva ulteriore consiste in un intervento che arricchisca lo strumentario delle misure di sicurezza previste dall'ordinamento, in modo da offrire soluzioni intermedie tra i due estremi dell'ospedale psichiatrico giudiziario e della libertà vigilata ⁹⁴): si sono ipotizzate al riguardo misure di sicurezza che riproducano i caratteri dell'affidamento in prova al servizio sociale ⁹⁵) o misure non detentive che prevedano l'obbligo di permanenza presso una struttura di cura ⁹⁶).

90) Per un generale inquadramento della legge n. 47 del 2015 si rinvia a G. SPANGHER, *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 47 del 2015*, in www.penalecontemporaneo.it; P. BORRELLI, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, *ivi*; E. N. LA ROCCA, *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali (Ddl 1232b)*, in *Arch.pen.online*, 2015, n. 2; *Relazione Corte di Cassazione - Ufficio del Massimario - Sezione penale, Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, in www.cortedicassazione.it.

91) Così P. BORRELLI, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, *cit.*, p. 3.

92) *Infra*, § successivo.

93) Cass., sez. II pen., 11 novembre 2014, n. 49497, in *C.e.d. Cass.*, n. 260999; Cass., sez. I pen., 11 giugno 2013, n. 26702, in *C.e.d. Cass.*, n. 256052; Cass., sez. II pen., 17 giugno 2010, n. 34453, in *C.e.d. Cass.*, n. 248193; Cass., sez. V pen., 8 gennaio 2010, n. 9656, in *C.e.d. Cass.*, n. 246889.

94) Di recente M. T. COLLIKA, *Verso la chiusura degli O.p.g.: una svolta (ancora) solo annunciata?*, in *Leg. pen.*, 2014, 4, 277-278.

95) G. ZAPPA - C. A. ROMANO, *Infermità mentale, pericolosità sociale*, *cit.*, n. 2-3, 95.

96) M. BORTOLATO, *La magistratura di sorveglianza: ruolo e funzioni nel superamento dell'Opg*, in www.conams.it.

4.2. La pericolosità sociale: la limitazione della base del giudizio e la sentenza n. 186 del 2015 della Corte costituzionale.

Indipendentemente dall'impatto sistematico che si ritenga di poter attribuire alle novità introdotte dal legislatore del 2014, è innegabile che il sistema del doppio binario attraversi ormai da tempo una crisi, che secondo alcuni sarebbe non solo profonda ma anche irreversibile⁹⁷⁾ e rispetto alla quale interventi di questo tipo rischiano di funzionare al più da illusori palliativi. Il processo di progressiva erosione del doppio binario è il risultato della spinta esercitata tanto da fattori "endogeni", relativi cioè all'esperienza giuridica strettamente nazionale, quanto da fattori "esogeni", riconducibili al contesto sovranazionale e, in particolare, al sistema CEDU⁹⁸⁾.

Restando sul solo piano dei fattori "endogeni", risultano ormai evidenti gli aspetti di criticità che caratterizzano entrambi i poli attorno ai quali ruota l'applicazione delle misure di sicurezza: l'imputabilità⁹⁹⁾ e la pericolosità sociale¹⁰⁰⁾.

Quanto all'imputabilità, il riferimento è anzitutto alle difficoltà di condurre un accertamento già di per sé complesso, quale quello relativo al vizio di mente, secondo i meccanismi e i principi che caratterizzano il processo penale. Il "tentativo di conciliazione" tra diritto e medicina esperito dalle Sezioni unite con la "sentenza Raso" del 2005 si fonda su premesse indubbiamente condivisibili: la nozione di "infermità" rilevante ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p. è diversa e più ampia rispetto a quella di "malattia mentale" e il giudizio normativo, pur non potendo prescindere da quello scientifico, neppure può appiattirsi su quest'ultimo ed esaurirsi in esso. L'accertamento dell'imputabilità nel processo penale risulta quindi affidato a un giudizio composito e complesso, di tipo biologico-normativo¹⁰¹⁾.

Tra il dire e il fare, come spesso avviene nel diritto penale, c'è di mezzo l'accertare. Proprio l'esigenza di dotare di maggiore affidabilità oggettiva un giudizio che altrimenti, malgrado le puntuali indicazioni metodologiche offerte dalle Sezioni unite, rischierebbe di scivolare inesorabilmente tra le maglie dell'indeterminatezza, si è tradotta in una sempre più significativa attenzione rivolta al possibile connubio tra neuroscienze e pro-

97) Per tutti E. MUSCO, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc.dir.*, Agg., I, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 762 ss.

98) Per quest'ultimo aspetto, volendo, A. MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale"*, in www.penalecontemporaneo.it, pp. 7 ss.

99) Sulla crisi del concetto di imputabilità M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Giuffrè, 1990, pp. 411 ss.

100) Sulla crisi del concetto di pericolosità sociale, che sarebbe iniziata nel momento stesso della sua nascita, M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., pp. 107 ss.

101) Cass., Sez. un. pen., 8 marzo 2005, n. 9163, Raso, cit., pp. 837 ss., con ampia nota di M. BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni unite*, alla quale si rinvia per le necessarie precisazioni e indicazioni. Sui diversi metodi astrattamente ipotizzabili (psicopatologico-normativo, puramente psicopatologico, puramente normativo) v. G. CANEPA, *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato. Aspetti comparativi e prospettive di riforma a livello europeo*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, a cura di G. Canepa - M. I. Marugo, Cedam, 1995, pp. 4-5.

cesso penale, con qualche cauto riconoscimento anche sul versante giurisprudenziale ¹⁰²⁾. È innegabile come nel dibattito relativo a un possibile apporto delle neuroscienze nella formulazione del giudizio di imputabilità riecheggino, sia pur dietro il volto più rassicurante della “verità clinica”, i tratti del paradigma organicistico o, se si vuole, dell’antropologia criminale di matrice lombrosiana: la malattia mentale si trova ricondotta a un substrato essenzialmente biologico-oggettivo, con la conseguente svalutazione di fattori individualizzati e individualizzanti ¹⁰³⁾.

Analoghe esigenze di oggettivizzazione si avvertono, per certi aspetti *a fortiori*, in riferimento al giudizio di “pericolosità sociale”, anche al fine di abbandonare definitivamente le logiche presuntive che, sia pur formalmente superate per via legislativa, rischiano di annidarsi occultamente tra le pieghe di un’indeterminatezza cui la giurisprudenza mostra di far fronte attraverso un sostanziale adeguamento alle opinioni degli esperti ¹⁰⁴⁾. Proprio muovendo dalle più evidenti distorsioni applicative registratesi in riferimento alla misura dell’ospedale psichiatrico giudiziario, il legislatore del 2014 è intervenuto con indicazioni volte a precisare l’ampiezza e la consistenza della base del giudizio sulla quale fondare l’accertamento della pericolosità.

L’art. 1, comma 1, lett. b) del d.l. n. 52 del 2014 prevede anzitutto che, ai fini dell’applicazione delle misure di sicurezza dell’ospedale psichiatrico giudiziario e della casa di cura e custodia, l’accertamento della pericolosità debba essere « effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all’articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale, cioè delle “condizioni di vita individuale familiare e sociale del reo” », con la successiva precisazione per cui « non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali ».

Gli scopi avuti di mira dal legislatore, come in riferimento alla previsione di un termine massimo di durata per il ricovero in OPG, si prestano a un’individuazione piuttosto agevole. Da un lato si tratta di evitare che l’indigenza, il disagio familiare e sociale e, più in generale, condizioni di marginalità e di abbandono assumano un ruolo determinante nella formulazione del giudizio di pericolosità sociale ¹⁰⁵⁾ e, dall’altro lato, che l’internamento possa dipendere da eventuali disfunzioni organizzative, quali l’impossibilità di assegnare il soggetto interessato ai Dipartimenti di salute mentale.

Non si è mancato di accogliere con favore un intervento legislativo che avrebbe

102) G.i.p. Como, 20 maggio 2011, in www.penalcontemporaneo.it, con nota di M. T. COLLIKA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*; App. Trieste, 1 ottobre 2009, in *Riv. pen.*, 2010, pp. 70 ss., con nota di A. FORZA, *Le neuroscienze entrano nel processo penale*.

103) M. BERTOLINO, *Il “breve” cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in *Criminalia*, 2008, 332; U. FORNARI, *Le neuroscienze forensi: una nuova forma di neopositivismo?*, in *Cass.pen.*, 2012, fasc. 7-8, pp. 2719 ss.

104) F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra « sottigliezze empiriche »*, cit., pp. 8 ss.

105) G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale e promozione dei diritti fondamentali della persona malata di mente*, in *Dir.pen.proc.*, 2015, n. 5, pp. 615 e ss. si sofferma ampiamente sui profili di incostituzionalità dell’internamento per marginalità sociale, ravvisandovi evidenti violazioni dei principi di uguaglianza e colpevolezza.

riallineato il giudizio di pericolosità sociale agli approdi garantistici della giurisprudenza della Consulta, con il lodevole intento di fronteggiare l'incostituzionale diritto vivente fondato sulla categoria, priva di qualsiasi riscontro normativo, della "pericolosità sociale latente" ¹⁰⁶⁾.

È tuttavia circostanza nota quella per cui le buone intenzioni, anche quando non valgono a lastricare la via per l'Inferno, possono nondimeno incamminarsi lungo sentieri differenti da quelli che le avevano ispirate.

Le difficoltà di comprensione delle nuove disposizioni derivano anzitutto dalla scelta del legislatore di collegare sintatticamente e logicamente l'esclusione delle condizioni di cui all'art. 133, co. 2, n. 4, c.p. alle previsioni relative alla sussidiarietà delle misure di sicurezza custodiali, introducendo invece l'ulteriore previsione riguardante l'assenza di programmi terapeutici individuali in un periodo successivo e autonomo. A ciò si aggiunge l'equivocità di un intervento legislativo che, non incidendo sulla generale formulazione dell'art. 203 c.p., non rende agevolmente comprensibile l'ampiezza della sua portata.

I commenti registratisi "a prima lettura" parrebbero convergere attorno a una comune idea di fondo: la legge n. 81 del 2014 avrebbe introdotto nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale, riferibili ai soli soggetti potenzialmente destinatari delle misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o in casa di cura e di custodia ¹⁰⁷⁾.

Proprio muovendo da questa premessa, si è denunciato fin da subito il rischio di una poco auspicabile e anacronistica "pericolosità sociale decontestualizzata". A fronte della faticosa affermazione della pericolosità sociale intesa in un'accezione "situazionale", che, lungi dall'arrestarsi a considerare il soggetto come monade individuale, lo inserisca nell'ambiente di riferimento, la restrizione della base del giudizio attuata per via legislativa invertirebbe la virtuosa tendenza volta a valorizzare, accanto al profilo psicologico e psichiatrico dell'infermo, il contesto sociale e familiare nel quale lo stesso si trova inserito e dal quale è inevitabilmente condizionato ¹⁰⁸⁾. Sullo sfondo parrebbe dunque profilarsi, in maniera ancora una volta significativamente analoga alle tendenze che si registrano sul piano dell'imputabilità, il ritorno a una visione "neopositivista" e a una nozione biologica di pericolosità sociale, fondata integralmente sulle risultanze psichiatriche ¹⁰⁹⁾ e mai definitivamente stipata negli archivi dell'archeologia psichiatrico-forense. È stato anche evidenziato il mancato coordinamento della nuova disposizione con l'art. 232 c.p.: qua-

106) A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., § 7. V. anche F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra « sottigliezze empiriche » e « spessori normativi »*, cit., pp. 15 e ss.

107) Sulla progressiva parcellizzazione degli statuti di pericolosità sociale, più in generale, M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 2, pp. 1 ss.

108) M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga*, cit., p. 922; F. FIORENTIN, *Al vaglio di costituzionalità i parametri di accertamento della pericolosità sociale dei mentally ill offenders*, in *Arch.pen.online*, 2014, n. 3, pp. 5-6; I. MERZAGORA, *Pericolosi per come si è: la (auspicata) chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari e la (discutibile) pericolosità sociale come intesa dal decreto legge n. 53 del 31 marzo 2014*, in questa *Rivista*, 2015, pp. 360 ss.

109) M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga*, cit., pp. 923-924.

lora la misura dell'OPG sia sostituita da quella della libertà vigilata, il giudice si troverà nell'impossibilità di tenere in considerazione il contesto socio-familiare esterno e l'assenza di programmi terapeutici individuali nel giudizio relativo alla pericolosità sociale, elementi che tuttavia dovrà valutare ai fini della concessione della misura non detentiva, visto che l'infermo di mente non può essere posto in libertà vigilata se non quando sia possibile affidarlo ai genitori, agli obbligati all'assistenza o a istituti di assistenza sociale ¹¹⁰).

Ai fini di un ridimensionamento di queste perplessità, si è ritenuto che le nuove norme siano suscettibili di operare solo in *bonam partem*, nel senso che le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo, pur non potendo fondare un giudizio positivo di pericolosità sociale, ben potrebbero essere considerate, in favore del soggetto, quali fattori in grado di escludere il rischio di recidiva ¹¹¹); o, ancora, che il giudice possa ricorrere alla misura di sicurezza detentiva nel solo caso in cui una soluzione diversa non assicurerebbe la corretta somministrazione delle cure necessarie, qualora emerga che dall'interruzione della terapia farmacologica deriverebbe verosimilmente una riacutizzazione della pericolosità criminale del soggetto ¹¹²). Potrebbe forse evidenziarsi anche il diverso "regime di preclusione" introdotto, da una parte, per le condizioni previste dall'art. 133, co. 2, n. 4, c.p. e, dall'altra, per la mancanza di programmi terapeutici individuali. Si tratta di elementi spesso posti sul medesimo piano nell'esegesi delle nuove disposizioni, per quanto il dato letterale suggerisca una differente portata delle limitazioni operate dal legislatore. Se, infatti, al giudice è del tutto preclusa la possibilità di tenere conto delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo, la mancanza di programmi terapeutici non è idonea a fondare da sola la prognosi di pericolosità, ma potrebbe pur sempre confluire in un più ampio giudizio prognostico che comprenda anche elementi differenti ¹¹³).

Le perplessità in questione sono state raccolte e amplificate dal Tribunale di sorveglianza di Messina, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento al « dimidiato » accertamento della pericolosità sociale imposto per via legislativa nei confronti dei soggetti non imputabili o semimputabili ¹¹⁴). Il giudice *a quo*, con un'ampia e articolata ordinanza di rimessione, ha ritenuto che la limitazione della base di giudizio

110) F. FIORENTIN, *Al vaglio di costituzionalità*, cit., p. 5.

111) M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga*, cit., p. 925. La natura di "norme favorevoli" delle nuove disposizioni è sottolineata anche da SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra « sottigliezze empiriche » e « spessori normativi »*, cit., p. 15, nel quadro di una generale valutazione positiva della novella legislativa.

112) F. FIORENTIN, *Al vaglio di costituzionalità i parametri di accertamento della pericolosità sociale dei mentally ill offenders*, cit., p. 7, e *Id.*, *La riforma sceglie tre linee guida fondamentali per coniugare salute del reo e libertà personale*, in *Guida dir.*, 2014, n. 26, pp. 19 ss.

113) Cfr. F. FIORENTIN, *Al vaglio di costituzionalità i parametri di accertamento della pericolosità sociale dei mentally ill offenders*, cit., p. 7 osserva come il testo delle nuove disposizioni non vieti *tout court* la presa in considerazione dei programmi terapeutici individuali. Sul punto anche G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale*, cit., p. 617.

114) Trib. sorv. Messina, 16 luglio 2014, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di R. BIANCHETTI, *Sollevata questione di legittimità costituzionale in merito ai nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale del seminfermo di mente*.

imposta per via legislativa si fondi su un distorto modello criminologico “unifattoriale” e individualistico, che, “decontestualizzando” il singolo soggetto, si risolve nell’imposizione di vincoli ingiustificati alla discrezionalità giudiziaria. I nuovi criteri, infatti, compromettendo la possibilità di quell’approccio globale e multifattoriale assicurato dal precedente quadro normativo, renderebbero impossibile o radicalmente alterata la prognosi di pericolosità, con la conseguenza per cui, consumandosi una sorta di eterogenesi dei fini, la scelta della misura di sicurezza resterebbe affidata a un volontarismo giudiziario arbitrario, cognitivamente inadeguato e teleologicamente disorientato. Il Tribunale denuncia il rischio di aumentare a dismisura, sui piatti della bilancia prognostica, il peso specifico della malattia mentale, pervenendo in tal modo a ripristinare surrettiziamente l’“antico” automatismo per cui il malato di mente è pericoloso in quanto tale. A ciò si aggiungerebbero le insidie di cui si farebbe portatrice la pretesa di un reinserimento “a tutti i costi” nel contesto sociale: « si forza la mano attraverso una sorta di ricatto istituzionale per via legislativa al fine di costringere alle “prese in carico” i soggetti renitenti », ma l’intento legislativo diretto alla deistituzionalizzazione non sarebbe adeguatamente sostenuto da un’effettiva preparazione e “responsabilizzazione” delle strutture territoriali di riferimento.

I profili di illegittimità costituzionale evidenziati dal giudice *a quo* sono diversi ed eterogenei. Con particolare riferimento al principio di ragionevolezza ricavabile dall’art. 3 Cost., la libertà concessa a individui giudicati fino a poco tempo prima pericolosi vanificherebbe le finalità di difesa sociale e terapeutiche, introducendo quella “mascherata” forma di presunzione di pericolosità cui si è già fatto riferimento. I parametri dell’art. 133 c.p., quali il carattere del reo o la condotta susseguente al reato, risulterebbero del resto devitalizzati, posto che le condizioni previste dal n. 4 dello stesso articolo costituiscono il necessario *pendant* di ogni dinamismo evolutivo della personalità di un soggetto, del suo carattere, della sua condotta. Il Tribunale evidenzia inoltre la disparità di trattamento che verrebbe a determinarsi tra i soggetti non imputabili o semimputabili e quelli imputabili, nei confronti dei quali la pericolosità sociale continuerebbe ad accerarsi nella globalità e interezza dei fattori prognostici.

Si segnala anche il riferimento agli artt. 25 e 27 Cost.: la riduzione della base del giudizio di pericolosità sociale, unita all’introduzione di un termine massimo di durata, attribuirebbe alle misure di sicurezza delle valenze retributive e punitive che dovrebbero restare loro estranee.

A simili argomentazioni si è obiettata la mancata valorizzazione non solo di una lettura costituzionalmente orientata dell’articolo in questione e, dunque, della sua operatività *in bonam partem*, ma anche delle concrete finalità sottese alla riforma, consistenti nell’interruzione del meccanismo di proroghe seriali affermatosi nella prassi; senza contare che

l'ordinanza di rimessione avrebbe posto interrogativi cui solo la discrezionalità legislativa potrebbe offrire risposta ¹¹⁵⁾.

La Corte costituzionale, pronunciatisi con la sentenza n. 186 del 2015, ha dichiarato infondata la questione, muovendo da una più radicale messa in discussione del presupposto interpretativo accolto dal giudice *a quo*. Le precisazioni introdotte dal legislatore, ad avviso del Giudice delle Leggi, lungi dal riguardare la generale nozione di pericolosità sociale dei (soli) soggetti non imputabili o semimputabili, avrebbe perseguito il più limitato scopo di specificare il principio di *extrema ratio* delle misure detentive, riservando il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o in casa di cura e di custodia « ai soli casi in cui sono le condizioni mentali della persona a renderle necessarie » e limitando, unicamente a questi fini, i criteri di scelta a disposizione del giudice. La disposizione censurata, detto altrimenti, « non ha modificato, neppure indirettamente, per le persone inferme di mente o seminferme di mente, la nozione di pericolosità sociale, ma si è limitata ad incidere sui criteri di scelta tra le diverse misure di sicurezza e sulle condizioni per l'applicazione di quelle detentive » ¹¹⁶⁾.

Il risultato sembrerebbe quello di un sistema bifasico, scandito da un doppio giudizio prognostico, secondo un modello che, pur richiamando alla mente quello che presiede all'applicazione delle misure cautelari, si caratterizza per evidenti elementi di peculiarità. Al primo giudizio, “a base totale”, resterebbe affidato l'accertamento della pericolosità sociale del soggetto imputabile o semimputabile. Qualora questa fase si concludesse con una prognosi di pericolosità, interverrebbe il secondo giudizio, “a base parziale”, finalizzato alla scelta della misura applicabile. Il presupposto è quello per cui anche il secondo accertamento, pur privato di alcune componenti, confermi la condizione di soggetto socialmente pericoloso: dal primo giudizio relativo all'*an* della pericolosità si passa al secondo giudizio relativo al *quantum* della stessa, trattandosi unicamente di verificare se il soggetto sia “così tanto pericoloso” da giustificare il ricorso alla misura di sicurezza detentiva.

Se così fosse, il soggetto infermo di mente potrebbe essere giudicato socialmente pericoloso anche tenendo conto dell'assenza di un'adeguata rete sociale e/o sanitaria in grado di impedire nuove cadute criminose, ma gli stessi elementi, già conosciuti e valutati dal giudice, non potrebbero essere presi in considerazione per la formulazione del secondo giudizio, che, senza mettere in discussione la sussistenza della pericolosità, conduca alla scelta della misura di sicurezza applicabile.

Gli aspetti di criticità della nuova disciplina possono forse apparire ridimensionati, ma non del tutto superati. Il rischio più consistente resta quello di un internamento disposto valorizzando in via prevalente, almeno nella “motivazione esplicita”, l'infermità mentale

115) A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., § 14.

116) Corte cost., 23 luglio 2015, n. 186, punto 4.2. del *Considerato in diritto*, in Arch.pen.online, con nota di 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*.

del soggetto, magari supportata dalla particolare gravità del reato già commesso “a causa” di quell’infermità e, come già precisato, dalla mancanza di trattamenti terapeutici individuali, che, sebbene non possa giustificare in via esclusiva l’applicazione del ricovero, ben potrebbe concorrere con altri elementi che confermino la prognosi di pericolosità. La stessa Corte costituzionale sembrerebbe del resto rafforzare questa impressione, laddove precisa che la limitazione introdotta dal legislatore avrebbe lo scopo di riservare le misure estreme « ai soli casi in cui sono le condizioni mentali della persona a renderle necessarie ».

Difficile comprendere se l’esito verosimile sia davvero quello della restaurazione di un sistema che ruoti attorno alla valorizzazione della “malattia” anziché del “malato”, con la conseguenza di una surrettizia reintroduzione dell’automatismo “infermità mentale = internamento”. Certo è che, seguendo le trame che potrebbero svilupparsi dal telaio del giudizio bifasico a base differenziata proposto dalla Corte, l’impressione è quella di restare imbrigliati tra le fila di un autentico circolo vizioso.

Gli elementi che il legislatore “tiene fuori”, in effetti, non possono motivare la scelta di misure di sicurezza custodiali, ma sono gli stessi in grado di frapporsi come ostacolo all’applicazione della libertà vigilata: da una parte l’infermo di mente, secondo l’art. 232 c.p., non può essere posto in libertà vigilata se non quando sia possibile affidarlo ai genitori, agli obbligati all’assistenza o a istituti di assistenza sociale ¹¹⁷⁾, dall’altra parte l’assenza di programmi terapeutici individuali è una delle più evidenti ragioni del sostanziale fallimento della libertà vigilata con prescrizioni terapeutiche, indicata dalla giurisprudenza costituzionale come possibile alternativa all’ospedale psichiatrico giudiziario ¹¹⁸⁾.

Se davvero il giudice ritenesse di non poter optare per la misura non detentiva, per il soggetto già ritenuto socialmente pericoloso non resterebbe che la soluzione intramuraria. Come effetto paradossale, a ben vedere, si rischierebbe di assistere a una sostanziale semplificazione “motivazionale” per il giudice chiamato a disporre la misura, che, muovendo dal più ricco quadro relativo all’*an* della pericolosità, potrebbe limitarsi a “scorporare” gli elementi rispetto ai quali opera la preclusione successiva, con particolare riferimento alle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.

Nel caso in cui invece il primo giudizio risultasse integralmente fondato sugli elementi che non possono intervenire nel secondo giudizio, l’esito ancor più paradossale sarebbe quello di un’autentica lacuna nell’individuazione della misura applicabile.

Le situazioni più complesse, evidentemente, sono ipotizzabili in riferimento ai casi in

117) Il mancato coordinamento delle nuove disposizioni con l’art. 232 c.p. è stato chiaramente evidenziato da F. FIORENTIN, *Al vaglio di costituzionalità*, cit., p. 5.

118) Sul sostanziale fallimento della soluzione della libertà vigilata applicata all’infermo di mente, tanto dalla prospettiva del medico quanto da quella del magistrato di sorveglianza, A. CALOGERO, *La chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in dignitas.sestaopera.it e M. AZZINI, *Il trattamento dell’infermo di mente nella fase dell’esecuzione*, in astra.csm.it.

cui l'infermo di mente ben potrebbe essere "controllato e curato" al di fuori dell'ospedale psichiatrico giudiziario, se solo lo stesso potesse contare su una solida rete socio-sanitaria di riferimento. Qualora infatti l'infermità mentale fosse tale da rendere ragionevolmente impraticabile qualsivoglia soluzione extramuraria, sarebbe poco realistico etichettare come "neopositivista" un internamento motivato in via prevalente dalle condizioni psichiatriche del soggetto, sebbene occorrerebbe pur sempre indicare con chiarezza il nesso tra la patologia e la possibile commissione di nuovi reati. Il concetto di vizio di mente, specie a seguito del modello di accertamento "misto" consolidato dalla Corte di cassazione a Sezioni unite con la "sentenza Raso"¹¹⁹⁾, si presta però a comprendere situazioni molto eterogenee tra loro, che, accompagnandosi a una ridotta pericolosità sociale, ben sarebbero compatibili con misure meno restrittive.

Malgrado la patente di legittimità conferita dalla Corte costituzionale, in definitiva, l'impressione resta, anche in questo caso, quella di un intervento "decontestualizzato", che tenta di risolvere gli automatismi applicativi registratisi nella prassi introducendo automatismi normativi non meno insidiosi.

Il meritorio intento di arginare pratiche di accertamento non adeguatamente individualizzate è alla base di un'ulteriore precisazione contenuta nell'art. 8 della legge n. 81 del 2014: il nuovo comma 1-ter dell'art. 8 della legge n. 9 del 2012 prevede infatti che per i pazienti per i quali è stata accertata la persistente pericolosità il programma deve documentare in modo puntuale le ragioni che sostengono l'eccezionalità e la transietorietà del prosieguo del ricovero. Ciò significherebbe che è richiesto un rischio di recidiva elevato e controllabile solo attraverso una misura detentiva e che le modalità di esecuzione della misura devono "tendere" alla liberazione del soggetto¹²⁰⁾, per usare la stessa terminologia dell'art. 27, terzo comma Cost. Una disposizione che sarebbe difficile non condividere, ma che, per ciò che attiene alla sua effettiva capacità di tradursi da "potenza" in "atto", riassume efficacemente tutte le preoccupazioni tese a rafforzare l'attenzione sul "territorio" che si estende al di fuori dell'OPG-REMS.

5. Dagli OPG alle REMS: il necessario recupero della dignità umana come argine alla costituzione di "mini OPG".

Il fatto che le porte dell'OPG si siano spalancate per consentire di guardare nelle viscere di un ventre oscuro, nel quale il degrado e le precarie condizioni igienico-sanitarie sono direttamente proporzionali all'abbandono istituzionale, rappresenta, di per sé, una presa di coscienza fondamentale per avviare un processo di recupero di una realtà sullo sfondo della quale aleggia costantemente lo spettro dello stigma.

119) Cass., Sez. un., 8 marzo 2005, Raso, in *Dir.pen.proc.*, 2005, 837 ss., con ampia nota di M. BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni unite*, alla quale si rinvia per le necessarie precisazioni e indicazioni.

120) M. PELUSSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga*, cit., p. 926.

Proprio quel concetto di “dignità”, che, non a caso, rappresenta un autentico caposaldo della giurisprudenza della Corte di Strasburgo nell’interpretazione dell’art. 3 CEDU, costituisce il punto di arrivo e, al tempo stesso, di partenza. Alla vista di letti di contenzione velati da un impasto di ruggine e sangue, si prosciugano d’un sol colpo i copiosi fiumi di inchiostro versati sulla crisi del doppio binario, sui rapporti tra diritto e psichiatria, sulle difficoltà insite nel giudizio prognostico di pericolosità sociale. Proprio allo stesso modo in cui, di fronte a detenuti costretti a dividere una cella che assicura a ciascuno uno spazio inferiore a 3 metri quadrati, perde di significato e di legittimazione ogni dibattito relativo a una pretesa funzione rieducativa della pena. Se la “politica del disgusto” spinge verso una “politica dell’umanità”¹²¹⁾, la sfida diviene a questo punto quella di stabilizzare il sussulto di questo tardivo rigurgito di umanesimo, in modo da diradare “definitivamente” le ombre del Medioevo manicomiale.

Una delle preoccupazioni più diffuse nel passaggio dagli OPG alle REMS è proprio che queste ultime si riducano a meri “mini OPG”. Recuperando anzitutto le “garanzie minime” nell’esecuzione delle misure di sicurezza detentive, per evitare che gli ospedali psichiatrici giudiziari si riducano a una gabbia spersonalizzante incapace di andare oltre l’applicazione di standardizzate procedure di mortificazione del sé, la prima battaglia potrà già considerarsi vinta. A quel punto le porte dell’OPG potranno aprirsi verso l’esterno, non tanto nel senso di un malinteso assalto alla Bastiglia per liberare d’improvviso i prigionieri, ma in quello di investire sull’assistenza psichiatrica territoriale, autentica *condicio sine qua non* affinché la maggior parte degli intenti perseguiti dal legislatore possano condurre a un’autentica revisione strutturale dell’assetto attuale.

Una citazione divenuta quasi topica nella letteratura psichiatrica in materia di ospedali psichiatrici giudiziari riassume efficacemente la sensazione di frustrato e frustrante eterno ritorno che pervade la tormentata storia del trattamento giudico del malato di mente: « Come gli spettri temuti ed attesi dai nomadi del deserto, *les revenents*, i malati di mente autori di reato e le istituzioni del loro contenimento ritornano, al termine di una serie di esperimenti e proposte, sotto forma di scomodi ospiti o talora di incubi, a disturbare assetti, consuetudini ed equilibri, sui quali i servizi psichiatrici nati dalla 180 si sono in questi anni adagiati »¹²²⁾.

La sola via che il legislatore e le istituzioni “non totali” possono percorrere è quella costruita su “esperimenti e proposte” in grado di ascoltare “le voci di dentro”, intese come quelle degli operatori, medici e giuridici, che non si limitano a studiare l’ospedale psichiatrico giudiziario restando fuori dalla soglia. C’è bisogno di energie, umane ed economiche, che sostengano quel cammino, evitando ogni tendenza alla responsabilizzazione eccessiva di categorie, come quelle dei magistrati di sorveglianza da una parte e

121) C. MAZZUCATO - G. VARRASO, *Chiudere o...aprire?*, cit., p. 1344.

122) L. FERRANNINI - P. F. PELOSO - M. CECCHINI, *Les revenents: esperienze, progetti e criticità dell’intervento psichiatrico delle istituzioni di pena e di custodia*, in *Carcere e Territorio*, a cura di U. Gatti - B. Gualco, Giuffrè, Milano, 2003, p. 247.

dei medici psichiatri dall'altra, che da soli e senza gli strumenti adeguati non sono nella condizione di concretizzare il miraggio dell'equilibrio tra esigenze di cura ed esigenze di custodia.

Non è scontato che l'obiettivo si raggiunga in tempi brevi, ma, per restare in argomento citando il Jack Nicholson di *Qualcuno volò sul nido del cuculo*, ciò che importa è provare a divellere i gangli di un sistema malfunzionante, per poi trovarsi nella condizione di alzare uno sguardo per troppo tempo rimasto cieco e pronunciare con convinzione la battuta: « Almeno ci ho provato »¹²³).

123) Per un messaggio di (sia pur disillusa) speranza, proveniente da chi "ci sta provando", P. DELL'ACQUA - S. D'AUTILIA, *Abbandonare quei luoghi, abitare le soglie*, cit., pp. 1369 ss.