
MARCO PELISSERO

**Sistema sanzionatorio e infermità psichica.
I nodi delle questioni presenti
tra riforme parziali effettuate e
riforme generali mancate**

La riforma dell'ordinamento penitenziario approvata nel 2018 ha trascurato la disciplina dell'assistenza psichiatrica in carcere e non ha dato attuazione alla riforma delle misure di sicurezza personali. Tale esito, da un lato, comporta l'arretramento della disciplina relativa all'assistenza psichiatrica, dall'altro denota, ancora una volta, l'incapacità di affrontare in modo organico la riforma del sistema sanzionatorio penale.

Personal security measures, prison, psychiatric care, sanity care

The reform of the penitentiary system approved in 2018 neglected the discipline of psychiatric care in prison and did not implement the reform of personal security measures security measures. This outcome, on the one hand, involves the withdrawal of the discipline relating to psychiatric care, on the other hand it once again denotes the inability to deal organically with the reform of the criminal sanction system.

SOMMARIO: 1. Assistenza psichiatrica e sistema penale: le preoccupazioni del Garante nazionale. - 2. L'attenzione della legge delega alla sanità penitenziaria e all'assistenza psichiatrica. - 3. ... e lo stralcio nella riforma attuata. - 4. La recente presa di posizione della Corte costituzionale e la necessità di misure alternative alla detenzione a contenuto terapeutico. - 5. Le REMS: i rilievi del Garante nazionale di fronte ad una riforma a metà del guado. - 6. Le indicazioni della legge delega. - 7. Le linee di riforma della disciplina delle misure di sicurezza per i soggetti non imputabili e semi-imputabili nello schema di decreto legislativo di attuazione della legge delega. - 7.1. Quale infermo di mente? Il nuovo modello definitorio della infermità. - 7.2. I soggetti con capacità diminuita. - 7.3. La riforma delle disposizioni di carattere generale sulle misure di sicurezza. - 7.4. Le misure di sicurezza per i soggetti non imputabili. - 7.5. Il nodo irrisolto dello statuto giuridico dei soggetti ricoverati in REMS. - 8. La mancata riforma.

1. *Assistenza psichiatrica e sistema penale: le preoccupazioni del Garante nazionale.* Ad un anno dall'entrata in vigore dei decreti legislativi di attuazione della riforma dell'ordinamento penitenziario (d. lgs. nn. 121, 123, e 124 del 2 ottobre 2018), l'assistenza psichiatrica continua a costituire un problema non dico risolto, perché risolto forse non sarà mai¹, ma nemmeno adeguatamente affrontato a livello legislativo, pur essendo noto che il carcere fa da collettore ed amplificatore del disagio psichico². Al centro della riflessione sono sia

¹ RONCO, *Cura sotto controllo. I diritti alla salute in carcere*, Roma, 2018, 20 si chiede se «sia realisticamente ipotizzabile una riformabilità dell'istituzione penitenziaria nella direzione di quanto auspicato dai principi della riforma della sanità».

² CORLEONE, *La fine degli OPG. Un bilancio della transizione*, in *Manicomi criminali. La rivoluzione aspetta la riforma*, in *Quaderni del Circolo Rosselli*, 2018, 1, 34; CERETTI, CORNELLI, *Malattia mentale e controllo sociale: nuove configurazioni all'inizio del nuovo millennio*, in *Criminalia*, 2006, 323; MOSCONI, *Il carcere come salubre fabbrica della malattia*, in *Rass. dir. penit. e crim.*, 2005, 59 ss.

l'assistenza psichiatrica in carcere sia le misure di sicurezza personali.

Prima di esporre alcune riflessioni sullo stato della disciplina e sulle prospettive di riforma, credo sia necessario partire dalla relazione al Parlamento (2019) del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale che in più punti tocca i nodi del rapporto tra assistenza psichiatrica e sistema penitenziario.

C'è nella relazione la delusione per la mancata riforma dell'ordinamento penitenziario nella direzione tracciata dalla legge delega (l. 23 giugno 2017, n. 103) e dagli schemi di decreto legislativo elaborati dalle tre commissioni ministeriali, che – come vedremo – pur nei limiti fissati dalla legge delega avevano proposto un'ampia revisione della disciplina vigente³.

Con particolare riguardo all'assistenza psichiatrica in carcere, scrive il Garante nazionale: «La scelta operata dal Governo appare incompleta anche nell'ottica di una visione di politica giudiziaria centrata sulle condizioni all'interno e non proiettata verso il fuori. Il Garante nazionale ne affida, pertanto, la riconsiderazione al Parlamento perché provveda, con l'urgenza dettata dalla situazione attualmente riscontrabile negli Istituti penitenziari, a definire organicamente la materia del disagio psichico in carcere»⁴.

Quanto al dramma dei suicidi in carcere, il Garante evidenzia una situazione preoccupante, considerato che, a fronte della riduzione del loro numero negli anni 2014-2016 (44 nel 2014, 36 nel 2015 e 40 nel 2016), si è successivamente registrato un loro aumento: 50 nel 2017, 64 nel 2018; già 25 casi nel 2019.

Quanto alle REMS, l'altro grande bacino dell'assistenza psichiatrica, è critico, come vedremo, il rapporto tra numero di posti disponibili e domande di ricovero provenienti dagli uffici giudiziari⁵.

Ad avviso del Garante nazionale profili di preoccupante criticità presentano sia la garanzia della salute mentale nei luoghi di detenzione sia il sistema delle REMS. Quanto al primo ambito, «pesano ... le difficoltà di realizzare una piena e capillare integrazione dei Servizi di salute mentale, con il mondo carcerario. Si tratta di uno snodo che ripropone l'antica ma sempre attuale con-

³ Si tratta delle tre commissioni nominate nel luglio 2017 coordinate da Glauco Giostra: Commissione Giostra (Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso); Commissione Cascini (Commissione per la riforma in tema di ordinamento penitenziario minorile e di modelli di giustizia riparativa in ambito esecutivo); Commissione Pelissero (Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione del sistema delle pene accessorie). I lavori sono reperibili sul sito del Ministero della giustizia (www.giustizia.it).

⁴ *Relazione al Parlamento 2019*, 36.

⁵ *Relazione*, cit., 165-170.

traddizione di prevenire, curare e riabilitare il disturbo mentale, in costanza di esecuzione della pena intramuraria. La garanzia del diritto fondamentale alla salute, da intendersi, non come assenza di malattia, ma come massima condizione di benessere psico-fisico, rischia di risultare sfigurata negli Istituti penitenziari»⁶.

Quanto al secondo settore di interesse, la modifica profonda del tessuto normativo, a seguito delle riforme che hanno condotto alla definitiva chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari e delle case di cura e di custodia, non ha trovato piena corrispondenza nella pratica: «Non si è trattato di sostituire i desueti e inadeguati Ospedali psichiatrici giudiziari, con le Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza. Troppe volte si cade in questo equivoco, foriero di conseguenze nefaste sulle prospettive di cura e riabilitazione e anche per la condizione di sofferenza e il bisogno di cure manifestati dagli interessati. Il legislatore - lo ha ricordato ancora una rilevante deliberazione adottata, nell'autunno del 2018, dal Consiglio superiore della Magistratura - si è fatto carico di considerare residuale la misura detentiva per l'infermo di mente pericoloso socialmente, tenendo a valorizzare, al contrario, la capacità trattamentale dei Servizi psichiatrici territoriali, rifuggendo dagli accanimenti sanzionatori, dai rischi insiti nella prognosi generalizzata di pericolosità. L'indice è pertanto rivolto ai progetti terapeutici individuali»⁷.

Le riflessioni del Garante aprono agli altri due grandi nodi che la questione del rapporto tra malattia mentale e sistema sanzionatorio pone: le necessarie interazioni tra sistema penale e servizi sanitari territoriali; l'attuazione pratica delle norme, perché - è questo un limite di molte norme dell'ordinamento penitenziario - spesso le riforme non vanno al di là dell'affermazione cartacea, specie se sono approvate con clausole di invarianza finanziaria.

Il quadro tracciato dal Garante nazionale non è confortante, ma è all'interno di questo quadro che dobbiamo interrogarci su ciò che è stato sinora fatto e su ciò che si potrebbe fare per migliorare la disciplina vigente.

2. *L'attenzione della legge delega alla sanità penitenziaria e all'assistenza psichiatrica.* La legge delega del 2017 prevedeva il rafforzamento dell'assistenza psichiatrica in carcere, indicando tra i criteri direttivi la «*revisione delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario alla luce del riordino della medicina penitenziaria disposto dal decreto legislativo 22 giugno 1999, n. 230, tenendo conto della necessità di potenziare l'assistenza psichiatrica negli istituti di pe-*

⁶ *Relazione*, cit., 205.

⁷ *Relazione*, cit., 206.

na» (art. 1, co. 85, lett. l Legge n. 103 del 2017). Dunque, nel contesto di revisione della disciplina dell'ordinamento penitenziario, da adeguare alla legge sulla medicina penitenziaria, passata sotto la diretta competenza del Ministero della salute (Legge n. 230 del 1999), era chiarissima la necessità di rafforzare l'assistenza psichiatrica in carcere che costituisce un nervo scoperto del sistema penitenziario⁸. A questo criterio solo in parte si poteva dare attuazione con riforme di tipo normativo, in quanto l'effettività dell'assistenza dipende dalle risorse umane e strutturali effettivamente impiegate (e la legge delega presentava una contraddittoria clausola di invarianza finanziaria). Tuttavia, sul piano normativo qualcosa si sarebbe potuto fare per preparare il terreno sul quale gli investimenti avrebbero potuto operare. In tal senso andava la proposta degli Stati generali dell'esecuzione penale (Tavolo 10, coordinato da Francesco Maisto), favorevole all'equiparazione tra «la posizione di chi è affetto da grave patologia psichiatrica a quella di chi è affetto da grave patologia fisica»⁹. Questa proposta prevedeva due fronti di intervento: quello dell'infermità psichica sopravvenuta e quello delle misure alternative. Sul primo versante, la disciplina sul rinvio facoltativo per grave infermità psichica veniva estesa ai condanni con gravi infermità di tipo psichico (art. 147, co. 1, n. 2 c.p.), andando di conseguenza a recuperare la possibilità di applicare la c.d. detenzione domiciliare in deroga, prevista per i condannati a pena superiore a quattro anni in presenza delle condizioni di cui all'art. 147, co. 1, n. 2 c.p. (art. 47-ter, co. 1-ter ord. penit.). Al contempo, proponeva di abrogare l'art. 148 c.p., divenuto nel frattempo inapplicabile in ragione del rinvio, ivi ancora presente, agli ospedali psichiatrici giudiziari non più presenti nel sistema¹⁰. Sul versante delle misure alternative alla detenzione, il Tavolo 10 proponeva di estendere la disciplina speciale dell'affidamento in prova prevista nei confronti dei detenuti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria a quelli affetti da disturbo psichiatrico con compromissione del funzionamento psichico e dell'adattamento (art. 47-quater ord. penit.).

⁸ Sul tema v. MASSARO, *Sicurezza e salute nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, a cura di Massaro, Roma, 2017, 23 ss.; CAMERA, *Liberi, detenuti in carcere e ristretti in strutture dedicate: diverse prospettive del diritto alla salute*, *ivi*, 103 ss.; BERTOTTI, *Riflessioni e analisi in tema di tutela della salute mentale in carcere: la sentenza Murray c. Olanda*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 2017; PAVARIN, *La tutela della salute nelle carceri*, in *Salute mentale e garanzie dei diritti*, a cura di Baccaro, Pegoraro, Padova, 2009, 59 ss.; TERRANOVA, *La tutela della salute in carcere*, in *Quaderni CSM*, 1983, 50 ss.

⁹ *Stati generali sull'esecuzione penale. Documento finale*, 16 aprile 2016, in *www.giustizia.it*.

¹⁰ Su questa proposta, v. le osservazioni di RONCO, *Proposta di riforma sulle misure di sicurezza personali e sull'imputabilità*, in *questa Rivista*, 2018, 1, 83 ss.

In tale direzione si era anche mossa la Commissione nominata per dare attuazione alla legge delega 103/2017 in tema di sanità penitenziaria e di misure di sicurezza.¹¹ L'articolato, infatti, si allineava alla proposta del tavolo 10 quanto alla modifica degli artt. 147, 148 c.p. e art. 47-*ter* ord. penit., ma se ne differenziava nella soluzione data in punto misure alternative alla detenzione. Esclusa l'equiparazione dei detenuti con grave infermità di tipo psichico a quelli affetti dal AIDS conclamata o immunodeficienza, aveva affiancato una nuova ipotesi di affidamento in prova ai servizi sociali a connotazione terapeutica: modellato sull'affidamento in prova in casi particolari previsto dall'art. 94 t.u. stup., avrebbe potuto essere applicato per condanne sino a sei anni (anche per effetto di cause di estinzione della pena o in caso di residuo di una maggior pena) o sino a quattro nelle ipotesi di cui all'art. 4-*bis*, comma 1 ord. penit.; i destinatari sarebbero stati i condannati a pena diminuita ai sensi degli articoli 89 e 95 c.p. o con grave infermità psichica sopravvenuta; l'interessato avrebbe potuto chiedere in ogni momento di essere affidato in prova per proseguire o intraprendere un programma terapeutico e di assistenza psichiatrica in libertà concordato con il dipartimento di salute mentale dell'azienda unità sanitaria locale o con una struttura privata accreditata; per quanto non diversamente disposto si sarebbero applicate le norme vigenti in tema di affidamento in prova, tra le quali anche l'estinzione della pena e di ogni altro effetto penale come conseguenza del buon esito del periodo di messa in prova certificato dalla relazione del soggetto supervisore del programma (dipartimento di salute mentale o struttura accreditata).

Secondo il disegno elaborato dalla Commissione, il tribunale di sorveglianza avrebbe avuto un ventaglio di soluzioni da adeguare alla specificità del caso concreto: differimento della pena, detenzione domiciliare in deroga e affidamento in prova a contenuto terapeutico.

A queste proposte si affiancavano alcune importanti indicazioni sull'assistenza psichiatrica in carcere, perché, pur nella consapevolezza che la via principale avrebbe dovuto essere l'accesso alle misure alternative, sarebbe comunque rimasto un nocciolo duro di detenuti ai quali tale via sarebbe stata preclusa. Era quindi necessario dare attuazione "all'interno" del carcere al criterio direttivo relativo al potenziamento dell'assistenza psichiatrica in carcere. In tale

¹¹ Sullo schema di decreto legislativo v. i rilievi critici di IANNUCCI, BRANDI, *Il reo folle e le modifiche dell'ordinamento penitenziario*, in www.penalecontemporaneo.it e le repliche di PELISSERO, *Sanità penitenziaria e doppio binario. Alcune puntualizzazioni a margine di "Il reo folle e le modifiche dell'ordinamento penitenziario"*, *ivi*, 21 febbraio 2018 e IANNUCCI, BRANDI, *Il reo folle e doppio binario. Una risposta alle osservazioni del Prof. Marco Pelissero*, *ivi*.

direzione la Commissione, in linea con la riforma del 1999 che aveva affidato la gestione della sanità in carcere direttamente al servizio sanitario nazionale, era intervenuta essenzialmente sulla disciplina degli artt. 11 e 65 ord. penit.

Quanto all'art. 11, aveva dato alcune indicazioni che, se approvate, avrebbero offerto la base normativa per il potenziamento della sanità penitenziaria, favorendo di riflesso anche l'assistenza psichiatrica: garantire il diritto a prestazioni sanitarie efficaci e tempestive; prevedere procedure più snelle per garantire cure e accertamenti sanitari esterni, in caso di impossibilità di prestazioni negli istituti; introdurre il dovere del medico, all'atto della visita di ingresso, di annotare nella cartella clinica del detenuto, anche mediante documentazione fotografica, ogni informazione relativa a segni o indicazioni che facciano apparire che la persona possa aver subito violenze o maltrattamenti, con obbligo di darne comunicazione al direttore dell'istituto e al magistrato di sorveglianza; prevedere il diritto di effettuare, a proprie spese, trattamenti terapeutici con un sanitario di fiducia. Altre indicazioni della Commissione erano rivolte più in specifico al disagio psichico, al supporto psicologico e all'assistenza psichiatrica: interventi di prevenzione, cura e sostegno del disagio psichico e della marginalità sociale; presenza di un presidio del dipartimento di salute mentale adeguato alle dimensioni e alle esigenze di ogni istituto penitenziario, mentre il testo dell'art. 11 ord. penit. prevedeva che ogni istituto penitenziario disponesse dell'opera di almeno uno specialista in psichiatria; necessità che il personale medico, all'atto della visita di ingresso in istituto, ponga attenzione alla presenza di infermità psichiche, in modo da intercettare le fragilità del detenuto e predisporre gli interventi opportuni per compensare l'impatto, psicologicamente forte, con il contesto carcerario; garantire ai detenuti, con un programma in corso di rettificazione di attribuzione di sesso ai sensi della Legge n. 164 del 1982, la prosecuzione dello stesso, al fine di evitare pregiudizi alla salute derivanti dall'interruzione della terapia ormonale e assicurare l'indispensabile supporto psicologico alle persone nel difficile processo di transizione sessuale.

La Commissione aveva poi proposto di modificare la disciplina degli "istituti per infermi e minorati" previsti all'art. 65 ord. penit. (conosciuti oggi come "Articolazioni per la tutela della salute mentale in carcere"), prevedendo la costituzione di specifiche sezioni per detenuti con infermità psichica ad esclusiva gestione sanitaria, destinate ai detenuti con semi-infermità mentale o con infermità psichica sopravvenuta: l'idea di fondo della Commissione era garantire ai detenuti, per i quali non fossero possibili percorsi di cura fuori dal carcere per imprescindibili esigenze di sicurezza, spazi che, pur all'interno del

carcere, garantissero la prevalenza del supporto terapeutico su quello meramente custodiale. Le articolazioni oggi presenti sono del tutto inadeguate alle esigenze poste dall'urgenza di far fronte alla salute mentale in carcere, perché sono presenti solo 35 reparti che permettono di ospitare 250 detenuti (un numero decisamente più basso di coloro che avrebbero bisogno di specifica assistenza psichiatrica in carcere). A ciò si aggiunga il fatto che tali articolazioni sono normate in modo del tutto inadeguato sulla base di fonti subordinate ed atti interni dell'amministrazione penitenziaria¹².

Certo, come dicevo innanzi, anche l'approvazione di tutte queste disposizioni non si sarebbe automaticamente tradotta nel miglioramento della sanità penitenziaria, ed in specifico nel potenziamento dell'assistenza psichiatrica, in quanto l'effettività dell'impianto normativo avrebbe richiesto un'adeguata attuazione con il coinvolgimento del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, del Ministero della salute e delle Regioni. Tuttavia, il presupposto normativo era indispensabile come base per modificare il sistema.

3. ... e lo stralcio nella riforma attuata. Se non che, come noto, l'iter della riforma, avviato a fine legislatura, si è arenato nel clima da campagna elettorale, nel quale solitamente il tema carcere gode di consenso elettorale se è declinato in termini di "più carcere, più sicurezza", ossia nella direzione opposta a quella della legge delega che andava, invece, verso il miglioramento delle condizioni di vita detentiva e l'ampliamento dei percorsi extracarcerari.

Sta di fatto che buona parte delle proposte della Commissione sulla sanità penitenziaria approvate dal Consiglio dei ministri dell'ultimo Governo della precedente legislatura, sono state stralciate dai decreti legislativi approvati nell'ottobre del 2018. Vanno segnalati, in particolare, tre profili di forte criticità.

Innanzitutto, la riforma non apre né alla modifica degli artt. 147 e 148 c.p. né alla introduzione di una nuova forma di affidamento in prova per esigenze terapeutiche di tipo psichiatrico: si riflette anche in questo settore la chiusura mostrata nei confronti del potenziamento delle misure alternative. La scelta del nuovo Governo è in sintonia con le indicazioni di politica criminale contenute nel *Programma per il governo del cambiamento* elaborato dalle forze politiche della coalizione governativa nel 2018: più carcere e certezza della pena costituiscono scelte di politica criminale antitetiche non solo rispetto alle indicazioni della legge delega approvata nella precedente legislatura, ma an-

¹² *XV Rapporto sulle condizioni di detenzione. Salute mentale e REMS*, maggio 2019, in www.antigone.it.

che alle riflessioni della dottrina penalistica che, al di là delle soluzioni specifiche da adottare, è concorde nell'affermare che la pena fissa carceraria non garantisce più sicurezza ai consociati.

Tuttavia, pur nel contesto di una riforma che non dà maggiori spazi alle misure alternative alla detenzione, i decreti legislativi di attuazione della delega presentano anche una totale chiusura rispetto al potenziamento dell'assistenza psichiatrica in carcere.

Non è stata recepita l'indicazione della Commissione per la riforma dell'art. 65 ord. penit. in favore della costituzione di specifiche sezioni ad esclusiva gestione sanitaria; il novellato art. 11 ord. penit., che pur recepisce molte proposte della Commissione, non prevede gli interventi del Servizio sanitario nazionale in favore della prevenzione, cura e sostegno del disagio psichico e della marginalità sociale; scompare la proposta della che richiedeva di porre particolare attenzione alle infermità psichiche durante la visita di ingresso in istituto; non c'è traccia della necessità di garantire un presidio del dipartimento di salute mentale adeguato alle dimensioni ed alle esigenze di ciascun istituto, con l'effetto paradossale di un arretramento rispetto alla disciplina previgente che richiedeva la presenza di almeno uno specialista in psichiatria per ogni istituto penitenziario. Il legislatore delegato è andato, dunque, nella direzione del depotenziamento dell'assistenza psichiatrica in carcere, in direzione opposta alle indicazioni della legge delega, tanto da far parlare di un "eccesso di delega"¹³. Per recuperare il requisito proposto dalla Commissione e assente nel testo approvato, si può far leva sulla necessità, prevista dall'art. 11, che il servizio sanitario sia adeguato, includendo quindi anche le competenze psichiatriche¹⁴.

C'è una preoccupante logica di chiusura sottesa a queste scelte. Sul versante delle misure alternative, la mancata attuazione della legge delega rispetto al loro potenziamento si è indubbiamente riflessa anche sulla mancata previsione di percorsi alternativi a contenuto terapeutico: se in generale il rapporto tra pena carceraria e percorsi extramurari è sempre condizionato da valori culturali che definiscono l'interpretazione del bilanciamento tra esigenze di sicurezza, diritti individuali e funzione rieducativa della pena, quando si affronta il problema della salute mentale del detenuto, allora il bilanciamento è tra sicurezza collettiva e diritto individuale alla salute; siamo cioè su un terreno in

¹³ In tal senso v. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁴ MASSARO, *La riforma dell'ordinamento penitenziario: assistenza sanitaria e vita detentiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 152.

parte diverso rispetto a quello proprio delle misure alternative alla detenzione, perché il referente costituzionale non è solo dato dall'art. 27, comma 3, ma anche dall'art. 32. Quindi non sarebbe stato irragionevole potenziare i percorsi extracarcerari per ragioni terapeutiche, pur entro un contesto generale di chiusura rispetto alle misure alternative.

4. *La recente presa di posizione della Corte costituzionale e la necessità di misure alternative alla detenzione a contenuto terapeutico.* Di fronte all'immobilismo del legislatore, è di recente intervenuta la Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 47-ter, co. 1-ter, ord. penit. nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-ter¹⁵.

La Corte risolve una questione che sarebbe stata superata se il legislatore delegato avesse dato attuazione alla bozza di decreto legislativo in relazione allo *status* di detenuto con infermità psichica sopravvenuta. La Corte, infatti, senza giungere, come invece proponeva la Commissione ministeriale di riforma, ad equiparare l'infermità psichica sopravvenuta a quella fisica, è intervenuta – correttamente nei limiti della questione sollevata – a superare la disparità di trattamento in ordine all'applicabilità della c.d. detenzione domiciliare in deroga (ossia per pene detentive superiori a quattro anni) solo ai detenuti con infermità psichica sopravvenuta. Si trattava di una irragionevole disparità di trattamento (in violazione degli artt. 3 e 32 Cost. e art. 3 CEDU) alla quale la Corte ha posto rimedio: il detenuto con infermità psichica sopravvenuta si trovava, infatti, in una situazione giuridica irragionevolmente deteriore tanto rispetto al detenuto con infermità fisica sopravvenuta (che può beneficiare sia del differimento della pena ex art. 147 c.p. sia della detenzione domiciliare in deroga ex art. 47-ter ord. penit.), quanto rispetto ai soggetti destinatari delle REMS che si trovano in un contesto non carcerario di tipo sanitario. Ai fini di queste note, al di là dell'esito condivisibile (e direi prevedibile) della sentenza, meritano di essere segnalati alcuni importanti passaggi argomentativi sviluppati a supporto della soluzione data.

La Corte costituzionale, senza mai trascurare le esigenze di sicurezza collettiva, valorizza la centralità della salute del detenuto: pur nella consapevolezza

¹⁵ Corte cost., n. 99 del 2019. Per un commento, v. PELISSERO, *Infermità psichica sopravvenuta: un fondamentale intervento della Corte costituzionale a fronte del silenzio del legislatore*, in *Dir. pen. proc.*, 2019.

della complessità degli interventi normativi e di attuazione sul piano strutturale necessari per garantire l'effettività del diritto alla salute in carcere, sottolinea la necessità che «l'ordinamento preveda anche percorsi terapeutici esterni, almeno per i casi di accertata incompatibilità con l'ambiente carcerario». Diventa, dunque, doverosa la previsione di tali percorsi: «per questi casi gravi, l'ordinamento deve prevedere misure alternative alla detenzione carceraria, che il giudice possa disporre caso per caso, momento per momento, modulando il percorso penitenziario tenendo conto e della tutela della salute dei malati psichici e della pericolosità del condannato, di modo che non siano sacrificate le esigenze della sicurezza collettiva». È l'affermazione di un vero e proprio obbligo costituzionale di previsione di misure alternative a contenuto terapeutico, essendo rimessa al legislatore solo la discrezionalità sulle forme di tali percorsi, ma non la loro presenza. La Corte interviene per garantire il minimo indispensabile per un assetto di disciplina conforme ai principi costituzionali; la previsione di un sistema più articolato ed efficace resta riservata alle scelte del legislatore.

Le riflessioni della Corte sono fondamentali come criterio direttivo per la riforma dell'ordinamento penitenziario in relazione al rapporto tra salute mentale e carcere, perché il vincolo costituzionale sulla necessità di percorsi extra-carcerari esclude la legittimità di scelte legislative nelle quali tali percorsi siano assenti. Si tratta di una indicazione che delegittima la chiusura della riforma del 2018 rispetto alle misure alternative alla detenzione a contenuto terapeutico, che diventano invece necessarie per evitare che lo stato di sofferenza che impone la particolare condizione di privazione della libertà personale sia acuito in presenza di un disturbo mentale; come scrive la Corte costituzionale, la grave infermità psichica «cumulata con l'ordinaria afflittività del carcere [dà] luogo ad un supplemento di pena contrario al senso di umanità».

Al potenziamento dei percorsi alternativi al carcere va affiancato anche il rafforzamento del personale sanitario nell'ambito dei servizi di medicina penitenziaria. Purtroppo, il XV Rapporto su Salute mentale e REMS di Antigone ha rilevato una media nazionale di ore di presenza settimanale, per ogni 100 detenuti, che arriva a 8,9 ore per gli psichiatri ed a 13,5 ore per gli psicologi¹⁶: un dato preoccupante che rende qualunque riforma sulla carta destinata a scontrarsi con l'ineffettività sul piano applicativo.

5. Le REMS: i rilievi del Garante nazionale di fronte ad una riforma a metà

¹⁶ XV Rapporto sulle condizioni di detenzione. Salute mentale e REMS, maggio 2019, in www.antigone.it.

del guado. Le esigenze di riforma del sistema sanzionatorio rispetto ai problemi della salute mentale trovano un altro nodo problematico nelle REMS e nella necessità di completare l'importante processo di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e delle case di cura e di custodia avviato nel 2012 e chiuso, ma non completato, con la l. 81/2014. Come sa bene chi opera all'interno delle REMS e come ha anche affermato la Corte costituzionale nella sent. 99/2019, «le REMS non sono istituzioni volte a sostituire i vecchi ospedali psichiatrici sotto altra veste e denominazione». È questo un principio fondamentale che deve guidare le scelte del legislatore nella direzione della riforma e che impone la revisione della disciplina delle misure di sicurezza personali. Oggi, infatti, ci troviamo di fronte allo scollamento tra norme del codice penale, che mantengono l'assetto originario di disciplina, pur già ampiamente modificato dagli interventi della Corte costituzionale e del legislatore, e disciplina extracodificistica che ha introdotto le REMS (Legge n. 9 del 2012 e n. 81 del 2014). Una disciplina, si potrebbe dire, a due velocità dalla quale emerge ad evidenza lo iato, non più tollerabile, tra un passato, improntato al trattamento custodiale e penitenziario del malato di mente autore di reato, ed un presente, nel quale è diventata del tutto preminente la dimensione sanitaria aperta ai percorsi individualizzati di trattamento in collaborazione con i servizi sanitari territoriali. Si è trattato di «una rivoluzione culturale e sociale»¹⁷.

Già la riforma del 2012 (d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, conv. in l. 17 febbraio 2012, n. 9), avviando il processo di superamento degli OPG, aveva impresso al sistema una modificazione profonda, proprio nella prospettiva di discontinuità con il passato sul modello di trattamento dell'infermo di mente autore di reato: *sanitarizzazione e territorializzazione* delle REMS; *personalizzazione* del rapporto con il paziente sia attraverso la previsione di un numero di posti letto limitato (massimo 20) per unità per residenza, per evitare la riproposizione del modello manicomiale, sia attraverso la previsione di programmi terapeutici individualizzati, in carico ai servizi psichiatrici territoriali, finalizzati a contenere il ricovero in struttura custodiale (*sussidiarietà* delle REMS)¹⁸.

¹⁷ In tal senso v. CORLEONE, *La rivoluzione gentile. La fine degli OPG e il cambiamento radicale*, in *Manicomi criminali*, cit., 15.

¹⁸ 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, 64 ss.; MAZZUCCATO, VARRASO, *Chiudere o...aprire? Il "superamento" degli OPG tra istanze di riforma e perenni tentazioni di "cambiare tutto per non cambiare niente"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1341; PELISSERO, *La soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari: realtà ed apparenze*, in *Leg. pen.*, 2012, 366 ss.; COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, in *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere*, a cura di Gaboardi, Gar-

Particolarmente significativa, sul piano della disciplina delle misure di sicurezza personali, è stata la riforma del 2014 (decreto-legge 31 marzo 2014, n. 52, conv. in l. 30 maggio 2014, n. 81)¹⁹ che è intervenuta su diversi profili della disciplina generale (una riforma, dunque, formalmente di legislazione complementare, ma sostanzialmente di parte generale) nella prospettiva di definire principi di garanzia. L'introduzione della durata massima delle misure di sicurezza detentive (rapportata alla durata massima della pena edittale prevista per il reato commesso) permette di evitare il fenomeno dei c.d. ergastoli bianchi, anche se non interessa i reati puniti con la pena dell'ergastolo e non affronta due questioni emerse nella prassi applicativa, quella del computo del termine massimo in caso di concorso di reati e la possibilità di applicare una misura non detentiva una volta superato il limite di durata massima della misura detentiva²⁰.

La legge, poi, limita gli elementi di cui tener conto nell'accertamento della pericolosità sociale ai fini del ricovero in REMS, escludendo le condizioni di vita ambientale, familiare e sociale del soggetto (art. 133, co. 2, n. 4 c.p.): la disposizione si muove nella direzione di una indiscussa ratio di garanzia (evitare la c.d. pericolosità sociale latente), come ha anche sottolineato la Corte costituzionale nella sent. 186 del 2015²¹, ma che al contempo presenta una formulazione discutibile, perché il giudizio di pericolosità sociale non può non tener conto del contesto nel quale il soggetto è calato²².

La legge del 2014 ha nuovamente ribadito la sussidiarietà del ricoverato in REMS rispetto ai progetti individualizzati di presa in carico del soggetto da parte dei servizi sanitari territoriali.

Le riforme 2012-2014 hanno avuto indubbiamente il merito di superare il sistema custodiale degli OPG, organizzati come istituzioni totali, in favore di strutture più piccole di carattere terapeutico che, sebbene di tipo custodiale,

gani, Morgante, Presotto, Serraino, Torino, 2013, 263 ss.

¹⁹ PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 917 ss.; F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e «spessori normativi»: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Dir. pen. contemp.*, 11 dicembre 2014; 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*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1360 ss.

²⁰ Sul punto v. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra opg e rems*, in *Dir. pen. contemp.*, 20 luglio 2015, 13; PELISSERO, *Ospedali psichiatrici*, cit., 928.

²¹ Corte cost. 23 luglio 2015, n. 186, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 416 ss. con nota di COLLICA, *La riformata pericolosità sociale degli infermi non imputabili o semimputabili al vaglio della Corte costituzionale: una novità da ridimensionare*.

²² Per un quadro complessivo della questione e per i necessari riferimenti dottrinali, v. FINAZZO, *Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Dig. Pen., Aggiornamento*, X, 2018, 691 ss.

hanno una esclusiva gestione sanitaria che dovrebbe anche portare a privilegiare percorsi esterni alle REMS, evitando così la cronicizzazione del paziente. L'attuazione effettiva della residualità e temporaneità della permanenza in REMS è, pertanto, condizionata dalla capacità dei servizi regionali di garantire l'effettiva presa in carico del paziente autore di reato (anche se rimarrà un nocciolo duro di pazienti rispetto ai quali le REMS difficilmente potranno costituire una struttura solo di passaggio).

Il limite di tali riforme è stato quello di non aver interagito in modo sistematico con la disciplina generale delle misure di sicurezza in un codice formalmente immutato e di aver prodotto nella prassi applicativa un quadro preoccupante di rapporto tra numero di posti disponibili nelle REMS, provvedimenti di applicazione provvisoria e liste di attesa. È quanto emerge dalla relazione del Garante nazionale. Al 31 dicembre 2018, dei 629 ricoverati in REMS, 249 sono le persone in misura di sicurezza provvisoria e 603 in lista di attesa. Il primo dato indica che più del 39% dei ricoverati non è destinatario di una misura di sicurezza definitiva, ma si trova in una situazione processuale che è di tipo cautelare con accertamenti in corso in ordine allo stato di salute mentale e di pericolosità. Il secondo dato è ancor più preoccupante, in quanto è indicativo di una domanda di posti che il sistema non riesce ad assicurare, considerato che nelle REMS, a differenza di quanto accade negli istituti penitenziari, non si registra un problema di sovraffollamento, in quanto i requisiti organizzativi previsti dal d.m. 1° ottobre 2012 impongono un limite numerico di venti ospiti per struttura. La lista d'attesa produce, da un lato, o pazienti in libertà o pazienti ristretti negli istituti penitenziari: sui 603 in lista di attesa, 63 (prevalentemente con applicazione provvisoria della misura di sicurezza) sono trattenuti negli istituti penitenziari, ossia in un contesto ambientale non compatibile con lo stato di salute mentale del soggetto.

Ritengo che, a fronte di una riforma lasciata a metà del guado, due debbano essere i versanti di intervento: il potenziamento dei servizi regionali di salute mentale, i soli che possono garantire l'effettiva sussidiarietà del ricovero in REMS; il coordinamento delle riforme attuate con la disciplina generale delle misure di sicurezza. È su questo secondo versante che vorrei soffermare la mia attenzione in quest'ultima parte delle mie riflessioni.

6. *Le indicazioni della legge delega.* La Legge n. 103 del 2017 aveva dato delega al Governo anche per la riforma delle misure di sicurezza personali e per la revisione della nozione di infermità mentale. I principi e criteri direttivi non erano di agevole lettura, perché presentavano un limite di carattere generale e

limiti più specifici.

Il primo è costituito dall'ambito della delega riferita alla sola disciplina delle misure di sicurezza personali, come se le stesse fosse avulse dal complesso del sistema sanzionatorio e dalle disposizioni di parte generale: la prevenzione *post delictum* andrebbe riformata all'interno di una più ampia revisione del sistema sanzionatorio, considerato che anche la pena – abbandonata la funzione retributiva – assolve compiti di prevenzione speciale e di difesa sociale (pensiamo alla disciplina della recidiva ed ai suoi effetti sull'ordinamento penitenziario); molte disposizioni che interessano la disciplina delle misure di sicurezza incidono anche su altri istituti rispetto ai quali la delega tace (ad esempio, le qualifiche di pericolosità specifica non sono solo presupposto per l'applicazione delle misure di sicurezza, ma operano anche ad altri effetti, precludendo l'accesso a determinati istituti).

Limiti più specifici risiedono, invece, nella genericità della delega di cui all'art. 1, comma 16, lett. c) e d) l. 103/2017 che lascia al legislatore delegato un ampio margine di scelta nelle opzioni di politica criminale sulla costruzione del sistema, con l'effetto di svilire il principio di riserva di legge²³.

Si tratta di criteri direttivi generici, troppo generici per definire le linee di intervento all'interno di una legge che contiene, invece, deleghe molto più dettagliate (come in tema di intercettazioni)²⁴. Pur nella loro genericità, fissano, tuttavia, alcuni limiti:

a) soppressione delle ipotesi di quasi-reato come presupposto per l'applicazione delle misure di sicurezza (un criterio direttivo di scarso interesse, considerato che dai repertori giurisprudenziali non risulta l'applicazione di misure di sicurezza nei casi previsti dagli artt. 49 e 115 c.p.);

b) mantenimento, purtroppo, del doppio binario per i soggetti imputabili, con indicazioni generiche di *extrema ratio*, da un lato, e discutibili limiti puntuali, dall'altro (penso in particolare alla limitazione della previsione congiunta di

²³ Di «sconcerto per la pochezza concettuale e la vaghezza descrittiva delle prescrizioni contenute nella legge delega» parla RONCO, *Proposta di riforma*, cit., 80. Sulla legge delega, v. anche COLLICA, *La delega della legge Orlando sulle misure di sicurezza*, in *Leg. pen.*, 2017, 1 ss.; SCHIAFFO, *Psicopatologia della legislazione per il superamento degli OPG: un raccapricciante acting out nella c.d. "riforma Orlando"*, in www.penalecontemporaneo.it; GATTA, *Riforma Orlando: la delega in materia di misure di sicurezza personali. Verso il ridimensionamento del sistema del doppio binario*, in *Dir. pen. contemp.*, 20 giugno 2017; S. FINAZZO, *Residenze*, cit., 698; BERTOLINO, *Il crimine della pericolosità sociale: riflessioni da una riforma in corso*, in www.penalecontemporaneo.it, in particolare sul disegno di legge 2067.

²⁴ Rilievi critici, soprattutto sul persistere della nozione di pericolosità sociale, in BERTOLINO, *Il "crimine" della pericolosità sociale*, cit.; ID., *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *questa Rivista*, 2014, 459; SCHIAFFO, *Psicopatologia*, cit.

pene e misure di sicurezza ai soli delitti di cui all'art. 407, co. 2, lett. a) c.p.p., in quanto la *ratio* della disciplina processuale è del tutto distonica rispetto alla funzione assoluta dalle misure di sicurezza);

c) superamento del doppio binario per i soggetti semi-imputabili: si tratta di una indicazione del tutto condivisibile, in linea con gli ultimi progetti di riforma del codice penale (Grosso, Nordio e Pisapia) che avevano proposto percorsi di tipo terapeutico all'interno della pena, ma che entra in contraddizione con il mantenimento del doppio binario per i condannati imputabili (non a caso i progetti che ho indicato prevedevano misure di sicurezza a contenuto terapeutico solo per i soggetti non imputabili, eliminando dunque ogni ipotesi di doppio binario).

Quanto ai soggetti non imputabili, i criteri direttivi della legge delega, pur generici, erano condivisibili ed in linea con le riforme già attuate: la necessità di mantenere il binomio cura e controllo come presupposto giustificativo delle misure di sicurezza; l'introduzione della durata massima per tutte le misure di sicurezza, andando quindi oltre - in chiave di garanzia - rispetto alla scelta fatta dalla l. 81/2014 che ha limitato la durata solo alle misure detentive, escludendo i reati puniti con la pena dell'ergastolo.

Poneva, invece, problemi il criterio direttivo di cui alla lett. d) dell'art. 1 comma 16 l. 103/2017 (il c.d. emendamento Mussini) che individuava come destinatari delle REMS, in via principale, i soggetti (pericolosi) per i quali sia stato accertato in via definitiva lo stato di infermità al momento della commissione del fatto; stabiliva altresì che a queste strutture potessero essere destinati «i soggetti per i quali l'infermità di mente sia sopravvenuta durante l'esecuzione della pena, degli imputati sottoposti a misure di sicurezza provvisorie e di tutti coloro per i quali occorra accertare le relative condizioni psichiche, qualora le sezioni degli istituti penitenziari alle quali sono destinati non siano idonee, di fatto, a garantire i trattamenti terapeutico-riabilitativi, con riferimento alle peculiari esigenze di trattamento dei soggetti e nel pieno rispetto dell'articolo 32 della Costituzione». Si trattava di un emendamento pericoloso, che rischiava di far saltare il già fragile equilibrio delle REMS: se, infatti, il sistema attuale, come emerge dai dati innanzi riportati, è inadeguato a rispondere alle richieste di applicazione delle misure di sicurezza applicate in via provvisoria e definitiva, considerata la formazione di una lunga lista d'attesa di ingresso nelle REMS, la previsione della possibilità di invio in queste strutture anche dei soggetti con infermità psichica sopravvenuta e di quelli sotto osservazione psichiatrica avrebbe comportato un ulteriore aggravio della situazione.

Infine, la legge delega dava indicazione per la revisione della definizione di infermità di mente, tale da includere anche i disturbi della personalità, in linea con le statuizioni delle Sezioni unite della Corte di cassazione del 2005, che furono peraltro più precise nel richiedere la necessità di un doppio livello, empirico e normativo, di valutazione dell'imputabilità e la connessione eziologica tra patologia e fatto di reato²⁵. Si tratta di un principio direttivo che, per quanto connesso alla riforma delle misure di sicurezza, avrebbe anche potuto essere omesso, essendo strettamente connesso alla disciplina dell'imputabilità e quindi da rivedere entro la revisione di questo più ampio settore della parte generale (peraltro, la giurisprudenza aveva già ampiamente recepito una definizione di infermità agli effetti del vizio di mente sdoganata da una nozione nosografica della malattia mentale, aperta al riconoscimento dei disturbi della personalità).

Nonostante i limiti della legge delega, la sua attuazione avrebbe permesso di conseguire due obiettivi: anzitutto, il superamento di quello che può essere definito un "doppio binario normativo" tra formulazioni codicistiche superate, ma ancora presenti, e riforme di legislazione complementare e indirizzi giurisprudenziali che delle prime hanno cambiato volto; in secondo luogo, si sarebbe apprestata una riforma sistematica di un settore del sistema sanzionatorio, che è invece costantemente esposto ad interventi mirati e mai organici. Tuttavia, ciò che più sconfortava l'efficacia del processo di riforma era il vincolo della clausola di invarianza finanziaria, perché una riforma di questo tipo a costo zero diventa una riforma solo cartacea, ossia una non-riforma.

7. Le linee di riforma della disciplina delle misure di sicurezza per i soggetti non imputabili e semi-imputabili nello schema di decreto legislativo di attuazione della legge delega. La Commissione che ha elaborato lo schema di decreto legislativo di riforma delle misure di sicurezza personali si è mossa nel segno della revisione complessiva della disciplina delle misure di sicurezza, in conformità al dettato della legge delega che richiedeva la «*revisione della disciplina delle misure di sicurezza personali*». Se uno dei maggiori limiti delle riforme di questi ultimi anni sul sistema sanzionatorio è l'assenza di una visione organica di sistema, almeno in questo settore l'intervento avrebbe dovuto essere generale, organico e sistematico. Di qui la proposta della Commissione di riscrivere completamente il Titolo VIII del libro I del codice penale, tenendo conto, per evitare di incorrere nell'eccesso di delega, dei criteri diret-

²⁵ Cass., Sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163; per un commento v. BERTOLINO, *L'infermità di mente al vaglio delle Sezioni unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 853 ss.

tivi della l. 103/2017 che non investiva altri settori della parte generale del codice penale.

Vediamo le scelte operate dallo schema del decreto legislativo.

7.1. *Quale infermo di mente?*⁹ *Il nuovo modello definitorio della infermità.* Sulla «*revisione del modello definitorio dell'infermità*», il criterio direttivo era a favore di una clausola aperta ed elastica che, in conformità a consolidate esperienze scientifiche, fosse in grado di dare rilievo ai disturbi della personalità, in conformità alle indicazioni delle Sezioni unite della Corte di cassazione.

La Commissione ha proposto di riformulare in tal senso gli artt. 88 e 89 c.p.

«*Art. 88. Vizio totale di mente. - Non è imputabile chi ha commesso il fatto in ragione di un grave disturbo psichico o della personalità ovvero di un'altra infermità, quando è di intensità tale da escludere, al momento del fatto, la capacità di intendere o di volere.*

Art. 89. Vizio parziale di mente. - Chi ha commesso il fatto in ragione di un grave disturbo psichico o della personalità ovvero di un'altra infermità, quando è di intensità tale da ridurre grandemente la capacità d'intendere o di volere al momento del fatto, senza escluderla, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita.

Salvo che il giudice ritenga di dichiarare, nei casi consentiti dalla legge, la prevalenza delle circostanze attenuanti, la diminuzione di cui al precedente capoverso si opera sulla quantità di pena risultante dall'applicazione delle disposizioni che regolano il concorso di circostanze».

Il testo degli artt. 88 e 89 c.p. prende espressamente in considerazione le due grandi tipologie di infermità psichica, i disturbi di tipo psicotico e quelli della personalità; a queste si affianca la clausola generale “altra infermità” che permette di dare rilevanza ad altre patologie capaci comunque di incidere sulla capacità di intendere o di volere (senza la clausola generale sarebbero rimaste fuori le patologie fisiche che secondo la giurisprudenza sono in grado di incidere sull'imputabilità). Non è, peraltro, sulla nozione di infermità che va posta l'attenzione, in quanto, qualunque formula il legislatore intenda utilizzare, questa dovrà fare i conti con il sapere psichiatrico e con le indicazioni che questo è in grado di dare al giudice: la scelta normativa – quella che spetta al legislatore effettuare – sta piuttosto su altri tre profili di disciplina.

Innanzitutto, la nuova formulazione accoglie il modello “bifasico” del vizio di

mente che, all'accertamento della patologia, affidata al sapere psichiatrico, affianca le indicazioni normative sul grado di incidenza sulla capacità di intendere e volere, in termini vuoi di esclusione o di grave compromissione. Il secondo elemento è costituito dal nesso cronologico (*“al momento del fatto”*) tra patologia e reato e soprattutto dal nesso funzionale (*“in ragione di”*), assente nella disciplina attuale ma richiesto dalle Sezioni unite della Corte di cassazione e dalle più consolidate acquisizioni del sapere scientifico, ossia la necessità che il reato sia espressione della patologia. Alla Commissione è poi parso che non fosse necessario, anche alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza, proporre l'abrogazione del discusso art. 90 c.p., tanto più in un contesto di disciplina che espressamente dà rilevanza anche ai gravi disturbi della personalità.

Non aveva, invece, alcun senso persistere nel mantenimento della specifica disciplina del sordomutismo, che la Commissione ha proposto di abrogare, in conformità alle indicazioni da tempo emerse in dottrina e recepite anche dai progetti di riforma della parte generale del codice penale: non avrebbe rappresentato un eccesso di delega espungere dal sistema una norma che prende in considerazione una specifica infermità.

Segnalo, infine, la proposta di sottrarre al giudizio di bilanciamento la circostanza attenuante del vizio parziale di mente: entro un contesto di disciplina che è diventato sempre più frammentato tra regola generale dell'art. 69 c.p. e deroghe, di parte generale e di parte speciale, differenziate sulla blindatura del bilanciamento, la formulazione avanzata consente al giudice di tener sempre conto, nella quantificazione della pena, del minor grado di colpevolezza dello *status* di grave compromissione della capacità di intendere e volere dell'autore del reato.

7.2. I soggetti con capacità diminuita. Sui soggetti a capacità diminuita, la Commissione doveva tener conto dell'indicazione della legge delega che escludeva la possibilità di applicare misure di sicurezza, rendendosi pertanto necessario pensare ad un percorso terapeutico *“all'interno della pena”*. Questo spiega l'indicazione di carattere generale proposta: «Ai soggetti con capacità diminuita per vizio parziale di mente o per cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti non sono applicabili misure di sicurezza e gli interventi a carattere terapeutico e riabilitativo si attuano principalmente attraverso misure alternative dirette al superamento delle condizioni di minore capacità. Quando non ricorrono i presupposti per applicare dette misure, la pena viene eseguita all'interno di sezioni speciali degli istituti penitenziari per i detenu-

ti con infermità» (proposta art. 202).

Lo schema di decreto legislativo prevedeva, oltre alla specifica disciplina in tema di giudizio di bilanciamento, il potenziamento dell'assistenza psichiatrica in carcere attraverso la previsione di sezioni specifiche ad esclusiva gestione sanitaria ed il potenziamento dei percorsi extracarcerari di tipo terapeutico nella convinzione che questi devono costituire la soluzione principale per i soggetti con infermità psichica.

7.3. La riforma delle disposizioni di carattere generale sulle misure di sicurezza. Lo schema di decreto legislativo contiene modifiche significative di diverse disposizioni della “parte generale” delle misure di sicurezza, iniziando dalla intitolazione con eliminazione dell'aggettivo “amministrative”, considerato che si tratta pacificamente di strumenti di controllo penale. Indicherò le più rilevanti per la loro incidenza sulla disciplina specifica delle misure rivolte ai soggetti affetti da vizio totale di mente.

Quanto al principio di legalità, la revisione va nel senso di regolare la successione di leggi penali nel tempo in forza del principio di irretroattività in conformità ad un consolidato orientamento dottrinale critico sull'attuale formulazione dell'art. 200 c.p., lasciando al *tempus regit actum* solo la disciplina sulle modalità esecutive, in parallelo a quanto prevede il sistema penale nel rapporto tra sanzioni penali e disposizioni dell'ordinamento penitenziario.

Sulla *nozione di pericolosità sociale*, il suo mantenimento, pur aspramente criticato da una parte della dottrina favorevole a porre l'accento sulle esigenze terapeutiche²⁶, era imposto dalla legge delega che non vi rinunciava. La Commissione ha, tuttavia, proposto di introdurre una definizione di pericolosità sociale specifica che, con particolare riguardo ai soggetti con vizio di mente, consentisse di applicare una misura a contenuto terapeutico solo in presenza di una prognosi qualificata in termini restrittivi di rilevante probabilità, di reiterazione di reati del tipo di quelli già commessi o delitti in danno della persona, contro l'incolumità pubblica o comunque con uso di armi. I criteri da cui desumere la pericolosità sono costituiti dagli elementi indicati nell'art. 133 c.p., come nella disciplina attuale, ma con due importanti precisazioni: il giudizio di pericolosità non può essere desunto esclusivamente dalla gravità del reato commesso, in modo da evitare l'ingresso di un'impropria funzione retributiva della misura, o dalla sola mancanza di programmi terapeutici indi-

²⁶ Sulla nozione di pericolosità v. da ultimo MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017, 33 ss.; AMISANO, *L'uso del linguaggio nella pericolosità. Concetto e applicazioni*, Milano, 2017.

viduali, in conformità a quanto già oggi dispone la Legge n. 81 del 2014.

Lo schema di decreto legislativo esplicita l'importante principio di proporzione, già utilizzato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, e presente in alcuni codici (es. in Germania), in funzione di garanzia con riferimento a misure per le quali non vale l'argine garantistico del principio di colpevolezza: «Le misure di sicurezza non possono comportare restrizioni sproporzionate rispetto alla gravità del fatto e devono risultare adeguate alle esigenze di prevenzione, educazione e cura, mediante il ricorso agli interventi previsti per ciascuna di esse. In ogni caso, la misura di sicurezza applicata deve comportare il minore sacrificio possibile della libertà personale» (art. 204-*bis* della proposta).

Si tratta di un principio connotato da forte flessibilità che, per essere vincolante, deve anzitutto essere cristallizzato nelle norme che definiscono presupposti e limiti temporali nell'applicazione delle misure di sicurezza che, proprio perché fondate su più incerti giudizi prognostici, devono costituire l'*extrema ratio* del controllo penale *post delictum*; tuttavia, la sua formalizzazione nella parte generale del codice serve come criterio direttivo per l'esercizio giudiziale del potere discrezionale che in questo settore è molto ampio.

In questa prospettiva, un limite di garanzia fissato dal progetto è costituito dalla possibilità di ordinare le misure di sicurezza solo «nella stessa sentenza di condanna o di proscioglimento» (art. 205): in tal modo, non è più possibile ordinare *ex post* l'applicazione di misure di sicurezza in costanza di esecuzione della pena detentiva (una possibilità che dà l'attuale disciplina e che rischia di consentire l'applicazione di una misura di sicurezza sganciata dal reato-presupposto, che diventa mera occasione per ordinare una misura che, in realtà, viene applicata sulla base di elementi emersi nel corso dell'esecuzione della pena detentiva).

È stata mantenuta la possibilità di applicare in via provvisoria le misure di sicurezza (art. 206), considerato che della stessa fa menzione la legge delega, ma è stata assicurata la prevalenza della misura non custodiale (vigilanza terapeutica) rispetto a quella custodiale (ricovero in residenza terapeutica giudiziaria).

Quanto alla tipologia, le misure di sicurezza per i soggetti non imputabili sono state qualificate “misure terapeutiche”, per accentuare la finalità di supporto alla salute psichica del soggetto e per distinguerle al contempo dalle “misure di controllo”, previste per i soggetti imputabili, e dalle misure di sicurezza per i minorenni.

Ad una prima lettura dell'art. 215 del progetto potrebbe sembrare che sia

aumentata la tipologia di misure rispetto al sistema attuale. L'aumento della tipologia di misure consente l'adeguamento delle diverse misure alle specifiche necessità terapeutiche e di controllo ed in parte non fa che sistematizzare l'attuale disciplina nata dalla sovrapposizione tra disposizioni codicistiche, norme di legislazione complementare e giurisprudenza costituzionale (Corte cost. 253/2003) che ha introdotto nel sistema la libertà vigilata "terapeutica". Tuttavia, è importante segnalare che l'ampliamento del ventaglio delle misure non significa anche che la proposta di riforma abbia ampliato la sfera di controllo preventivo *post delictum*, perché al contrario se ne registra una forte contrazione in ragione dei presupposti che ne consentono l'applicazione nei termini che ora vedremo.

7.4. Le misure di sicurezza per i soggetti non imputabili. In relazione ai soggetti non imputabili, la legge delega opta per il mantenimento delle misure di sicurezza e della categoria della pericolosità sociale nella logica, indicata dalla Corte costituzionale della soddisfazione congiunta delle esigenze di cure e di controllo (sent. 253/2003) e ripresa dalla legge delega. Qui mi limiterò ad illustrare alcune linee di fondo del progetto.

La sezione III del titolo VIII del codice penale è riservata alle misure terapeutiche per i soggetti assolti ai sensi degli artt. 88 e 95 c.p., applicabili solo «quando la misura risponda a un bisogno di cura e di controllo, determinato dal persistere delle condizioni di incapacità che hanno dato causa al delitto» (art. 224). Si stabilisce così una forte connessione tra la condizione di incapacità e il bisogno di cura e controllo (cura e controllo da valutare congiuntamente, secondo le indicazioni della Corte costituzionale). La formulazione riprende una norma del progetto di riforma della parte generale della Commissione Grosso: non basta, dunque, che l'autore del reato sia non imputabile al momento del fatto, ma è necessario il persistere delle condizioni di incapacità che hanno dato causa al delitto.

Anzitutto, per i delitti puniti con la pena detentiva inferiore nel massimo a tre anni, sono escluse misure terapeutiche, provvedendo il giudice a segnalare la persona al dipartimento di salute mentale ai fini della presa in carico in vista di un percorso di cura e riabilitazione. Questo limite, desunto dalle proposte del Tavolo 11 degli Stati generali dell'esecuzione penale, ben esprime i principi di proporzionalità ed *extrema ratio*: in presenza cioè di delitti non gravi, già ad una valutazione astratta del legislatore, è sembrato sproporzionato l'intervento del controllo penale.

Per le persone non imputabili sono previste due misure: la vigilanza terapeutica

tica e il ricovero in residenza terapeutica giudiziaria che si differenziano per le modalità esecutive (rispettivamente non custodiale e custodiale) e per i destinatari, in quanto la misura del ricovero è riservata agli autori di reati più gravi. L'idea è quella di prevedere due circuiti di autori tra loro non comunicanti, in modo da evitare che l'esecuzione delle misure possa essere l'occasione per creare contesti spaziali con autori di reati di gravità molto differenziata.

La vigilanza terapeutica (cristallizzazione della misura creata dalla Corte costituzionale nel 2003) è prevista per i delitti puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a tre anni (art. 228); sono state indicate le prescrizioni il cui contenuto va poi concretizzato dal giudice (si è cercato in tal modo di garantire maggiore tassatività ad una misura che presenta un ineliminabile margine di elasticità).

Il ricovero in residenza terapeutica giudiziaria si applica esclusivamente per i più gravi reati previsti dall'art. 229 (es. reati contro l'incolumità individuale o contro l'incolumità pubblica), ma «solo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che la misura della vigilanza terapeutica non è adeguata alle esigenze di cura e di controllo». In tal modo, il dato legislativo cristallizzerebbe un elemento già presente nella giurisprudenza della Corte costituzionale, perchè la vigilanza terapeutica dovrebbe costituire la misura principale di applicazione, lasciando alla residenza terapeutica uno spazio residuale: si conferma e si rafforza la logica dell'*extrema ratio* già oggi presente a seguito delle riforme del 2012-2014 ed in conformità al principio affermato nel secondo comma dell'art. 224 dello schema di riforma, secondo cui «in ogni caso la misura applicata deve comportare il minore sacrificio possibile della libertà personale».

Non è prevista la durata minima della misura (che già oggi ha perso gran parte del suo significato rispetto all'impostazione originaria del codice Rocco), ma è presente un meccanismo di riesame annuale della pericolosità, salva sempre la possibilità di rivedere il giudizio in ogni momento. Spetta al giudice motivare «le ragioni eccezionali che sostengono il prosieguo del ricovero, al fine di garantirne la transitorietà e la possibilità di sostituire la misura con la vigilanza terapeutica».

Se viene meno l'esigenza di controllo, ma persiste la necessità di cura, il giudice, nell'ordinare la cessazione della misura, ne dà segnalazione ai servizi competenti per territorio per la prosecuzione del progetto terapeutico individualizzato (art. 225).

Sono stati previsti limiti massimi di durata delle misure terapeutiche, in conformità alle indicazioni della legge delega, ancorati (pur con una riduzione

rispetto al sistema vigente) ai limiti massimi edittali relativi al reato commesso; la durata massima è prevista anche per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo, dato che la legge delega non fa eccezioni sulla necessità del limite massimo. Trascorsi i termini massimi di durata delle misure terapeutiche, il giudice, qualora permangano esigenze di cura, segnala la persona ai servizi competenti per territorio per la presa in carico (art. 226).

Particolarmente discussa in Commissione è stata la disciplina dell'inosservanza delle prescrizioni previste per la vigilanza terapeutica (art. 227), tanto da aver portato a proporre due soluzioni. La prima prevede che, per i reati meno gravi, ai quali potrebbe essere applicata solo la misura non custodiale, la trasgressione delle prescrizioni può comportare solo la possibilità di modificarne contenuto e tipologia, ma non ha mai come sbocco l'applicazione, in chiave sanzionatoria, della misura custodiale. La seconda soluzione prevede, invece, che nei casi più gravi il giudice possa disporre l'applicazione della misura custodiale anche per i soggetti che *ab initio* non avrebbero potuto essere destinatari della stessa. Se il primo modello di disciplina è finalizzato a mantenere separati i circuiti dei destinatari delle due misure, il secondo è più spostato sulle esigenze di sicurezza.

Altro punto ampiamente discusso in Commissione è stato il recepimento della l. 81/2014 nella parte in cui dispone che le condizioni di vita individuale, familiare e sociale della persona non rilevano ai fini dell'applicazione della misura custodiale. Al fine di salvaguardare il senso della riforma, si è preferito disporre che tali condizioni rilevano *in bonam partem*, ossia «solo per escludere l'applicazione della misura o per far cessare la sua esecuzione».

Sulle misure di sicurezza per i minorenni (del cui mantenimento si è ampiamente discusso in Commissione, in quanto una parte dei suoi componenti era contraria alla loro previsione), si segnalano due misure a contenuto terapeutico: la vigilanza terapeutica e il collocamento in comunità terapeutica per minorenni.

7.5. *Il nodo irrisolto dello statuto giuridico dei soggetti ricoverati in REMS.*

La riforma del 2012 non ha dato indicazioni sullo *status* giuridico dei soggetti ricoverati nelle REMS ed è discusso se sia loro riferibile la qualifica di “internati” con ciò che ne consegue in merito all'applicazione delle norme di ordinamento penitenziario loro riferibili²⁷. Da un lato, infatti, la l. 9/2012, limitandosi a prevedere che le misure dell'ospedale psichiatrico giudiziario e della

²⁷ DELLA CASA, *Basta con gli OPG!*, cit., 91 ss.

casa di cura e di custodia si eseguono nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non sembra aver modificato lo *status* di internati, perché il titolo che giustifica la privazione della libertà personale rimane quello originario di cui agli artt. 219 e 222 c.p. Dall'altro lato, però, si evidenzia giustamente che la gestione esclusivamente sanitaria delle REMS finisce per influenzare la condizione giuridica delle persone ivi ricoverate, in quanto la disciplina dell'ordinamento penitenziario applicabile agli internati, pensata per persone internate in strutture assimilabili al carcere, non sempre è compatibile con le esigenze dei pazienti psichiatrici e con le necessità imposte dalla gestione esclusivamente sanitaria delle strutture che oggi li ospitano.

Non è di aiuto nemmeno il d.m. 1° ottobre 2012 che si limita a disciplinare i requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle REMS.

Più significativo è, invece, l'accordo concluso dalla Conferenza unificata tra Stato, Regioni e province autonome del 26 febbraio 2015 che, premessa l'applicazione dello *status* giuridico di internato alle persone ricoverate nelle REMS, ha ribadito che «i diritti delle persone internate negli OPG – ivi inclusi i diritti aventi ad oggetto specificatamente la salute di cui al decreto legislativo 22 giugno 1999, n. 230 e al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 1° ottobre 2008 – sono disciplinati dalla normativa penitenziaria di cui alla l. 26 luglio 1975, n. 354 e dal decreto del Presidente della Repubblica del 30 giugno 2000, n. 300 e, segnatamente, dai Capi I, Titolo I “Principi direttivi” e Capo II, Titolo I “Condizioni generali” delle citate leggi». Si è affermato che questi diritti, in un contesto a gestione esclusivamente sanitaria, vanno ugualmente garantiti in base ai principi del Servizio Sanitario Nazionale, anzi «sono pienamente garantiti, in prospettiva ampliativa, anche in considerazione della esclusiva gestione sanitaria».

Certamente la gestione esclusivamente sanitaria delle REMS non fa venir meno il titolo “giudiziario” che giustifica il ricovero, che terminerà solo in forza di un atto dell'autorità giudiziaria. A disciplina vigente, sembra difficile escludere lo *status* di internato, ma in ogni caso l'applicazione della disciplina di ordinamento penitenziario deve tener conto del nuovo contesto di disciplina che fa da sbarramento alle norme che entrano in collisione con il contesto esclusivamente sanitario delle nuove strutture. Alcune disposizioni devono certamente essere riferite anche ai ricoverati in REMS, come quelle sui rapporti con la magistratura di sorveglianza (art. 35-*bis*, 35-*ter*; 69) e quelle che consentono l'accesso all'area penale esterna: il lavoro all'esterno (art. 21), i permessi di cui all'art. 30, le licenze (art. 53), la semilibertà (art. 48). Ugualmente sul piano dei diritti, va assicurata l'applicazione delle disposizioni di cui

al Capo II (condizioni generali), che vanno conciliate con le specifiche esigenze terapeutiche della persona. Si presentano, invece, incompatibili con la gestione sanitaria il regime di sorveglianza particolare e le norme disciplinari (in particolare sugli statuti disciplinari all'interno delle REMS non esistono regole omogenee e precostituite a livello nazionale ed anche a riguardo sarebbe necessaria una riflessione).

La Commissione, nella consapevolezza che la questione avrebbe dovuto essere affrontata con attenzione a tutti gli elementi di disciplina ed alle necessità di cura e controllo, aveva proposto di inserire una disposizione transitoria del seguente tenore: «Nelle more dell'adozione della disciplina legislativa recante le modalità di organizzazione ed amministrazione delle residenze terapeutiche giudiziarie, nonché dello statuto giuridico delle persone ivi ricoverate, alle residenze terapeutiche giudiziarie si applica la disciplina sui requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi di cui al d.m. 1 ottobre 2012 nonché i successivi atti aventi forza di legge, regolamenti ed atti amministrativi previsti per le residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza. Ai pazienti ricoverati nelle residenze terapeutiche giudiziarie sono assicurati, in quanto compatibili con la gestione esclusivamente sanitaria e con il programma terapeutico individualizzato, i diritti riconosciuti dalla legge 26 luglio 1975, n. 354».

Credo che questo sia un punto che spetta al legislatore affrontare al più presto, a prescindere dalla riforma delle misure di sicurezza, perché l'individuazione della disciplina applicabile ai ricoverati nelle REMS non solo condiziona la soluzione da dare ad una serie di questioni pratiche che i responsabili di tali strutture devono quotidianamente affrontare (si pensi alla distribuzione di competenze tra personale sanitario, prefettura, in relazione ai controlli esterni previsti dalla Legge n. 9 del 2012, e polizia giudiziaria, quanto ai trasferimenti disposti dall'autorità giudiziaria), ma soprattutto perché lo *status* giuridico definisce i diritti e le garanzie che spettano ai pazienti ricoverati. Il passaggio dalla gestione penitenziaria a quella sanitaria non deve implicare una riduzione delle garanzie in precedenza applicabili.

In questo quadro incerto, la sentenza della Corte cost. n. 99 del 2019 che si esprime chiaramente nel senso di considerare le nuove REMS un istituto radicalmente diverso dagli OPG, per la diversità di norme applicabili e di funzioni svolte, rende sempre più recessiva la tesi favorevole a mantenere lo *status* di internati.

8. *La mancata riforma.* Il progetto riformatore si è arrestato e quel che è stato varato nel 2018 ha mortificato le linee programmatiche di intervento. Quanto

alla riforma attuata, si registra l'arretramento della disciplina dell'assistenza psichiatrica in carcere, non solo rispetto allo schema di decreto legislativo proposto dalle commissioni ministeriali ed a quanto era stato approvato dal Consiglio dei ministri del Governo Gentiloni, ma anche rispetto alla disciplina previgente. La chiusura della nuova compagine parlamentare e governativa al potenziamento delle misure alternative ha investito anche le proposte sui percorsi extramurari a contenuto sanitario. Una prospettiva di riforma del sistema sanzionatorio che si prospetta carcerocentrica è fallimentare sia sul piano della rieducazione che su quello dell'assistenza terapeutica. Ciò che preoccupa non è il fallimento di una ulteriore riforma del sistema sanzionatorio, quanto piuttosto la distanza che si profila rispetto al lungo cammino, innanzitutto culturale, che partendo dal dettato costituzionale si è sviluppato nella giurisprudenza della Corte costituzionale, tanto nelle riforme attuate quanto in quelle più volte messe in cantiere nelle ultime decadi, ma non attuate. Non può, quindi, che essere salutata con favore la decisa presa di posizione della Corte costituzionale che ha da ultimo aperto a questi percorsi che costituiscono una necessità costituzionale nel delicato bilanciamento tra esigenze di sicurezza e di cura degli autori di reato con infermità psichica. È rimasta, invece, non attuata la revisione della disciplina delle misure di sicurezza personali che avrebbe rappresentato un primo importante passo verso una revisione sistematica di una parte, almeno, del sistema sanzionatorio. Ancora una volta, il legislatore si è dimostrato incapace di portare a termine riforme organiche. Qui il limite sta a monte, perché riforme di tal portata richiedono non solo stabilità politica, ma anche una chiara consapevolezza dei problemi vigenti e, soprattutto, una solida base culturale indispensabile per definire le direzioni di marcia nelle quale si intende avviare il processo riformatore.