

**Pene e misure amministrative di sicurezza. Il sistema del doppio binario.
Il punto della situazione a dieci anni dall'entrata in vigore
della l. 30 maggio 2014, n. 81 e vaglio delle problematiche applicative.**

*Punishment and administrative security measures. The double-track system.
The situation ten years after entry into force of the law 30 May 2014, n. 81
and examination of the application problems.*

Stefano Di Pinto

Docente a contratto di Diritto penale nel Master Interfacoltà di II Livello in
Scienze Forensi (Criminologia – Investigazione – Security - Intelligence)
dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

Sommario: 1. La dicotomia pena-misure di sicurezza tra Scuola Classica e Scuola Positiva. – 2. Le misure di sicurezza ed il sistema c.d. del doppio binario. – 3. Il reato quale presupposto indefettibile. – 4. Il sistema del doppio binario. – 5. La nuova stagione delle misure di sicurezza detentive e l'introduzione delle R.E.M.S. - 6. Le R.E.M.S. in numeri. - 7. Il caso del Lazio ed i primi problemi generali applicativi. - 8. Le altre note dolenti. – 9. Ulteriori criticità. - 10. La revoca del ricovero in O.P.G. per decorso della durata massima. – 11. La natura amministrativa delle misure di sicurezza e l'inoperatività del principio della fungibilità della detenzione tra pene e misure di sicurezza detentive. Inosservanza delle misure di sicurezza. – 12. Casi di sospensione o di trasformazione. - 13. La scomparsa di ogni forma di presunzione legale di pericolosità e la revoca della misura di sicurezza.

ABSTRACT

Le misure di sicurezza, essenzialmente modellate dal legislatore del 1930 in funzione di difesa sociale, esprimono oggettivamente, nel sistema del doppio binario, caratterizzato dalla possibilità di applicare congiuntamente una pena e una misura di sicurezza, il compromesso tra le istanze della Scuola Classica (imputabilità, colpevolezza, pena) e quelle della Scuola Positiva (pericolosità sociale, misura). Con l'entrata in vigore della l. 30 maggio 2014, n. 81 e la costituzione delle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, il legislatore supera l'ospedale psichiatrico giudiziario e la casa di cura e di custodia, prevedendo quella che è stata definita una sorta di "sanitarizzazione" delle misure di sicurezza detentive, provvisorie o definitive, destinate ai soggetti dichiarati non imputabili o semi imputabili, e introducendo, altresì, una deroga alla regola generale della loro durata massima, disponendo che le

medesime non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva, nel massimo edittale, previsto per il reato commesso.

The security measures, essentially modeled by the legislator in 1930 as a function of social defence, objectively express, in the double-track system, characterized by possibility of jointly applying a sentence and a security measure is envisaged, the compromise between the demands of the Classical School (imputability, guilt, punishment) and those of the Positive School (social danger, measure). With the issuing of the law 30 May 2014, n. 81 and the establishment of the Residences for the execution of security measures, the legislator goes beyond the judicial psychiatric hospital and the nursing and custody home, providing for what has been defined as a sort of "sanitarization" of detention security measures, provisional or definitive, intended for subjects declared not attributable or semi-attributable, also introducing an exception to the general rule of their maximum duration, providing that they cannot last beyond the time established for the prison sentence, in the statutory maximum, foreseen for the crime committed.

1. La dicotomia pena-misure di sicurezza tra Scuola Classica e Scuola Positiva.

La dicotomia pena-misura di sicurezza risale alla contrapposizione fra le due grandi scuole penalistiche che, come è noto, si contendevano il campo nella seconda metà dell'Ottocento: la Scuola Classica e la Scuola Positiva, e rispecchia le diverse funzioni attribuibili alla pena.

Sul terreno giuridico le due ideologie si sono fronteggiate, infatti, in relazione ad alcuni punti fondamentali ed il passaggio è chiaro: in contrapposizione alla c.d. Scuola Classica di Diritto Penale, così denominata dai posteri e affermata in Italia a partire dai primi decenni dell'Ottocento, i cui principali esponenti sono stati Francesco Carrara (con il suo famoso *Programma del corso di diritto criminale*, 1859), Giovanni Carmignani (*Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, 1831 e *Elementa juris criminalis*, edizione italiana del 1847), Pellegrino Rossi (*Traité de droit pénal*, 1828, edizione italiana del 1852), Enrico Pessina (*Elementi di diritto penale*, 1882), Luigi Lucchini (*I semplicisti: antropologi, psicologi, sociologi del diritto penale*, 1886), per la quale, basilamente, la responsabilità del reo, in conseguenza del libero arbitrio, a prescindere dallo *status (quo)* e dalle condizioni sociali, rappresentava uno dei principi fondamentali del diritto.

Per contro, la Scuola Italiana di Antropologia Criminale (detta anche "Positivism criminologico"), che fa capo a Cesare Lombroso (*L'uomo*

delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie, 1876), Enrico Ferri (Sociologia criminale, 1892; La Scuola Criminale Positiva, 1885; Relazione sul progetto preliminare di Codice Penale Italiano, 1921) e Raffaele Garofalo (Di un criterio positivo della penalità, 1880 e Criminologia, Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione, 1885), sorta nella seconda metà dell'Ottocento all'insegna del positivismo e della negazione del libero arbitrio, sostenne l'importanza dello studio del singolo colpevole, spostando l'interesse scientifico dal crimine in quanto reato al criminale in quanto persona, influenzando in modo determinante i successivi orientamenti giuridici e culturali.

In quest'ottica, l'autore di un reato non è una persona normale ma è un anormale che non può rispondere penalmente delle proprie azioni, ma deve essere recuperato e le sanzioni non hanno una funzione punitiva ma di recupero. Il delitto è il prodotto non di una scelta libera e responsabile del soggetto, ma di un triplice ordine di cause: antropologiche, fisiche e sociali. In tale ambito culturale trova la propria collocazione il concetto di pericolosità nella sua applicazione al diritto penale.

La funzione "classica" della pena rimane invece, anche costituzionalmente, quella della retribuzione "a misura d'uomo", legata ad un processo che "tenda" alla rieducazione, ovvero alla risocializzazione del condannato (in piena linea con il disposto dell'art. 27, 3° co., Cost.), mentre la funzione della misura di sicurezza è quella di curare la personalità deviata ed eliminare o attenuarne la pericolosità.

L'intento originario del legislatore del 1930 era quello di riformare il sistema penale in conformità alle tendenze politico-criminali dell'epoca, favorevoli al potenziamento della *difesa sociale* mediante l'introduzione di nuove misure sanzionatorie destinate a neutralizzare la *pericolosità sociale* di determinate categorie di rei. La misura amministrativa di sicurezza veniva quindi a svolgere una funzione spiccatamente "specialpreventiva".

2. Le misure di sicurezza ed il sistema c.d. del doppio binario.

Per sistema del *doppio binario* si intende la possibilità di applicare congiuntamente una pena e una misura di sicurezza, così garantendo la congiunta necessità della prevenzione generale (pena) e della prevenzione speciale per soddisfare il bisogno di protezione della società¹.

¹ E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978, p. 48.

Alla stregua dell'art. 85 c.p., è possibile irrogare la pena solo all'imputabile (e già tale elemento fa ritenere che la misura di sicurezza non abbia natura penale). Per contro, l'art. 202 c.p. stabilisce il presupposto, per l'applicazione delle misure di sicurezza, della commissione di un reato, disponendo che dette misure possono essere applicate alle persone socialmente pericolose (imputabili e non) che abbiano compiuto un fatto preveduto dalla legge come reato, con l'eccezione dei casi previsti dal comma 2 della norma, le ipotesi di c.d. "quasi reato" (cioè nel caso di reato impossibile ex art 49 cpv. c.p. e, ai sensi dell'art. 115 c.p., di accordo per commettere un delitto quando questo non sia commesso, ovvero di istigazione accolta o non accolta a commettere un delitto, nei confronti dei soggetti dell'accordo o dell'istigatore), nelle quali si realizza una condotta che, pur non configurando un fatto tipicamente previsto da una fattispecie criminosa, si manifesta in modo talmente prossimo al reato da permettere di riconoscere in essa un indizio sicuro di pericolosità sociale.

L'art. 203 c.p. chiarisce che è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, che ha commesso un reato o un quasi reato, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reato (la norma conferma l'art. 202 c.p. e afferma che pericoloso può essere anche il non imputabile).

Si anticipa che, tradizionalmente, ai sensi dell'art. 203, 2° co., c.p., la qualità di persona socialmente pericolosa si desumeva da tutte le circostanze indicate nell'art. 133 c.p.. Ora, invece, dopo la l. 81/2014, anche se solo ai fini del ricovero in R.E.M.S., sulla base delle sole qualità soggettive del reo.

3. Il reato quale presupposto indefettibile.

Corollario del principio del reato quale presupposto indefettibile è che il giudice può addivenire al proscioglimento dell'imputato per incapacità di intendere e di volere solo dopo aver accertato la configurabilità, in termini materiali e di colpevolezza, del reato attribuito all'imputato stesso.

Si continua a distinguere nettamente la colpevolezza dalla capacità.

Come anche ribadito dalla Suprema Corte², il giudizio di colpevolezza precede quello di imputabilità: la colpevolezza riguarda il dolo e la colpa, cioè

² Cass. pen., Sez. VI, 4 maggio 2000, n. 5275, in www.avvocato.it: "Il giudice può addivenire al proscioglimento dell'imputato per incapacità di intendere e di volere solo dopo aver accertato la configurabilità, in termini materiali e di colpevolezza, del reato attribuito all'imputato stesso" (Nella specie la Corte ha annullato la sentenza di merito la quale, pur ricordando che numerosi

elementi essenziali del reato, accertato il quale dovrà farsi il giudizio di imputabilità in capo al soggetto agente.

Secondo l'opinione tradizionale, il giudizio sulla colpevolezza *ex art. 42 c.p.* sarebbe completamente autonomo da quello sulla capacità di intendere e di volere (anzi, lo precederebbe), in quanto gli stati psichici del dolo e della colpa sono riscontrabili anche negli immaturi e negli infermi di mente. La conferma di ciò si rinviene sul piano normativo negli artt. 222, 1° e 4° co., e 224, 2° co., c.p., i quali, al fine dell'applicazione delle misure di sicurezza (si veda l'art. 199 c.p.) impongono al giudice di accertare se il fatto compiuto dall'infermo o dal minore sia doloso o colposo.

Ne consegue che se anche i non imputabili possono agire con dolo o colpa, il concetto legislativo di imputabilità è fuori della colpevolezza (intesa in senso psicologico, come elemento soggettivo del reato: dolo e colpa) e riguarda non il reato ma il reo: l'imputabilità (*rectius*: capacità di intendere e di volere) non concerne quindi l'atteggiamento della volontà, ma è uno status della persona, una qualificazione soggettiva.

Lo stesso art. 85 c.p., al 1° comma, dispone che nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. Questo significa che c'è una cesura netta tra il reato e l'imputabilità. Il reato è integrato in tutti i suoi elementi; l'imputabilità incide sulla possibilità di essere puniti.

La dottrina osserva, al proposito, che la ricostruzione formale del reato non può prescindere dal dato formale che è la legge stessa a prevedere che un reato possa essere commesso dal non imputabile (v. ad esempio, artt. 86, 111,

procedimenti originati dalle innumerevoli accuse calunniose dell'imputato erano stati archiviati, aveva mancato di riferire e di esaminare quali fatti storici l'imputato avesse rappresentato nelle denunce e in che senso essi fossero contrari al vero), confermata, di recente, dalla Cass. pen., Sez. VI, 8 aprile 2020, n. 14795, in www.brocardi.it: "In tema di elemento soggettivo del reato, l'accertamento del dolo va tenuto distinto da quello dell'imputabilità e deve avvenire con gli stessi criteri valevoli per il soggetto pienamente capace anche nei confronti del soggetto non imputabile". *Contra*, apparentemente, in un'ottica argomentativa tuttavia diversa, la recentissima Cass. pen., Sez. VI, 7 aprile 2023, n. 16260, in www.avvocato.it: "L'imputabilità, quale capacità di intendere e di volere, e la colpevolezza, quale coscienza e volontà del fatto illecito, esprimono concetti diversi ed operano anche su piani diversi, sebbene la prima, quale componente naturalistica della responsabilità, debba essere accertata con priorità rispetto alla seconda (in applicazione di tale principio la Corte ha annullato con rinvio la sentenza con la quale i giudici di merito avevano escluso la sussistenza dell'elemento psicologico del reato di calunnia, facendo riferimento a elementi che riguardavano l'imputabilità ed il vizio totale e parziale di mente).

648, 3° co., c.p.) e che è necessario un reato formalmente perfetto affinché sia penalmente significativo l'accertamento dell'imputabilità³.

Secondo altra parte della dottrina, invece, l'imputabilità è un presupposto della colpevolezza intesa in senso normativo cioè come volontà ribelle, come atteggiamento antidoveroso della volontà. La responsabilità di un soggetto postula la capacità di comprendere il significato del proprio comportamento ed il potere di controllare i propri impulsi ad agire. Di conseguenza, gli artt. 222 e 224 c.p. non si riferirebbero ad un autentico concetto di dolo di dolo e di colpa, ma ad un mero atteggiamento psichico qualificabile in termine di pseudo-dolo e di pseudo-colpa⁴.

Posto, dunque, che la colpevolezza è inconcepibile senza l'imputabilità, si pone il problema ulteriore di valutare se sia o meno configurabile il reato. Sul punto la dottrina in esame giunge a conclusioni diverse: secondo alcuni autori l'assenza di imputabilità esclude l'esistenza del reato in quanto lo priva dell'elemento della colpevolezza sicché il fatto posto in essere dal non imputabile costituisce un mero torto oggettivo. Secondo altri, invece, elemento soggettivo essenziale del reato non è la colpevolezza ma l'appartenenza psichica del fatto all'agente (almeno nei casi in cui costui sia imputabile), sicché l'inimputabilità, pur escludendo la colpevolezza, non esclude il reato e costituisce semplicemente una causa personale di esenzione da pena.

Riguardo a questa teoria si può formulare l'obiezione che essa deve escludere che il non imputabile possa agire con dolo o colpa, il che è contraddetto non tanto dalla realtà, quanto dalla legge penale, che afferma espressamente che il reato commesso dal non imputabile può essere sia doloso che colposo (artt. 222, 1° e 4° co., e 224, 2° co., c.p.) . Innalzarsi sopra il dato normativo può essere pericoloso⁵.

4. Il sistema del doppio binario.

Sulla base di quanto sopra premesso, più precisamente, se ne deve concludere che all'imputabile si applicherà la pena, a cui si aggiunge, in caso di pericolosità sociale riconosciuta, la misura di sicurezza (c.d. *Binario doppio*).

³ F. RAMACCI, *Corso di Diritto Penale*, Torino, 2001, p. 275.

⁴ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte generale*, Bologna, 2001, p. 291.

⁵ RAMACCI, *Corso di Diritto Penale*, cit., p. 282.

Al non imputabile la regola dell'art. 85 c.p. preclude la pena, ma per il socialmente pericoloso c'è la misura di sicurezza (*Binario unico*).

Vi è anche una netta differenza terminologica: si *punisce* con le pene; si *sottopone* taluno a misura di sicurezza, e non solo: ai sensi degli artt. 199 e 200 c.p.: le misure di sicurezza, introdotte dal legislatore del 1930, tanto a livello di legge costituzionale quanto di legge ordinaria, sono rette dal principio di tassatività, ma non da quello di irretroattività (infatti, ex art. 200, 1° co., c.p., sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione).

Le misure di sicurezza non costituiscono un castigo bensì una "terapia" per il soggetto e, soprattutto, una forma di tutela degli interessi sociali (la genesi di questo istituto si spiega, appunto, con l'esigenza di potenziare la difesa sociale).

Per questa ragione, fino all'entrata in vigore della l. n. 81/2014 che ha convertito il d.l. n. 52/2014, le misure di sicurezza avevano durata (relativamente) indeterminata: più precisamente era indeterminata nel massimo; mentre era previsto legislativamente un *minimum* di durata, che variava in considerazione delle diverse specie di delinquenti e della gravità del reato, prima della riforma del 2014 duravano tendenzialmente fino a quando perdurava la pericolosità e non si sapeva, perché non era determinabile a priori, quando la pericolosità sociale sarebbe cessata.

La legge prevedeva una durata minima per il ricovero dei c.d. "prosciolti folli", suscettibile di rinnovo fino all'avvenuto accertamento del venir meno della condizione di pericolosità sociale che, in ipotesi, poteva perdurare anche tutta la vita (da qui l'espressione "*ergastolo bianco*").

Inoltre, proprio perché tesa a fronteggiare la pericolosità sociale, la misura di sicurezza non è proporzionale al fatto di reato. il reato ne è presupposto di applicazione indefettibile ma, entro certi limiti, non ne condiziona la valenza, tanto che, appunto, non era neppure stabilita la durata massima.

Con la grave conseguenza che un paziente psichiatrico, magari autore di reati modesti, poteva in ipotesi essere condannato ad un *ricovero sine die* in O.P.G. in quanto considerato socialmente pericoloso (era la dimostrazione di come il concetto di pericolosità sociale potesse avere delle conseguenze paradossali quando si trattava di pazienti psichiatrici).

La critica che la psichiatria faceva era sostanzialmente questa: può forse accadere che un criminale comune, non riconosciuto infermo di mente, non

venga rimesso in libertà allo scadere della pena per il rischio di reiterare il reato? Certo che no, pur rimanendo indubbiamente “pericoloso” per la comunità. E per quale ragione un paziente psichiatrico, specie quando autore di reati modesti, quando non ridicoli, dovrebbe essere “condannato” ad una “reclusione” (*rectius*, ricovero) *sine die* in O.P.G. in quanto considerato socialmente pericoloso?

Prima di continuare ed affrontare il tema della riforma del 2014, è bene ricordare una importante differenza a livello costituzionale: le misure di sicurezza (sociale a carattere preventivo) si distinguono dalle pene perché presuppongono la pericolosità sociale del reo: le pene legali, tenute ben distinte dalle misure di sicurezza negli artt. 25 e 27 Cost., anche perché, a differenza di queste non possono essere previste in forza di legge retroattiva (art. 25, 2° co., Cost.) hanno sicuramente una spontanea attitudine a sviluppare auspicabili effetti di prevenzione generale e speciale, ma non da ciò resta individuata la loro essenza, assolutamente incompatibile con l'ontologia delle misure di sicurezza sociale a carattere preventivo, chiamate dalla loro logica ad operare in relazione ad un fatto previsto come reato, ma non a causa della commissione di questo, bensì di quello pronosticato per il futuro a carico del reo o addirittura di terzi (“danno o pericolo sociale mediato”), nei margini di una evidente relativa indeterminatezza della prognosi della personalità e dei suoi svolgimenti anche effettuali⁶.

5. La nuova stagione delle misure di sicurezza detentive e l'introduzione delle R.E.M.S.

Come anticipato, una rilevante novità è stata introdotta dalla l. 30 maggio 2014, n. 81, che ha disposto la proroga della chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari, in sede di conversione del d.l. 31 marzo 2014, n. 52, recante “*Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*”. Con l'intento di porre fine al noto fenomeno degli “*ergastoli bianchi*”, ovvero la permanenza all'interno dell'O.P.G. per un tempo che il magistrato poteva prorogare all'infinito, la nuova legge ha previsto un inedito termine di durata massima delle misure di sicurezza detentive, fino ad allora, e da sempre, indeterminate nella durata massima e informate alla regola secondo cui la

⁶ M. SPASARI, *Diritto criminale e scienza del diritto criminale. Oggetto e metodo della dommatica criminale e della criminologia*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano, 1991, p. 531 ss.

misura di sicurezza dura finché perdura la pericolosità sociale di chi vi è sottoposto.

Del tutto diversa è, infatti, la nuova regola prevista dall'art. 1, 1° co. *quater* l. 30.05.2014 n. 81: la durata delle misure di sicurezza detentive, provvisorie e definitive, non può superare la durata massima della pena detentiva comminata per il reato-presupposto commesso (limite calcolato in base ai criteri di cui all'art. 278 c.p.p.); sono esclusi i reati punteggiati con la pena dell'ergastolo, per i quali non è previsto alcun limite di durata e che rimangono pertanto disciplinati dalle disposizioni generali del Codice penale.

Le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle *Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, note con l'acronimo di R.E.M.S., le strutture regionali affidate alla gestione del sistema sanitario nazionale che hanno sostituito gli O.P.G. – per i detrattori, dei “mini-O.P.G.” più che delle comunità terapeutiche ad altra protezione – operanti secondo il duplice principio della “territorializzazione” e della “sanitarizzazione” nel trattamento dei soggetti ricoverati (che assumono a riferimento il modello virtuoso offerto dall'O.P.G. di Castiglione delle Stiviere, contraddistinto proprio da una gestione sanitaria della struttura), inizialmente caratterizzate da disomogenea capacità recettiva (dai 2 posti letto in Friuli fino ai 160 posti letto in Lombardia, con soluzioni intermedie di 10 posti letto, come nella R.E.M.S. di Casale di Mezzani in provincia di Parma; idem per quelle di Pisticci – la “Mimosa” – e di Palombara Sabina – la “Minerva” - collocata singolarmente in uno stabile al sesto piano), non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima.

Il termine entro il quale le Regioni avrebbero dovuto provvedere alla sostituzione dei suddetti ospedali con le istituende strutture sanitarie, originariamente previsto entro il 31 marzo 2013, è stato prorogato dalla l. n. 81/2014 al 31 marzo 2015, non essendo state attuate per tempo tali strutture ed essendosi disatteso il principio che anche nella politica criminale non si può distruggere senza parallelamente sostituire⁷.

⁷ M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, n. 8, p. 919 ss.; Id., *Quale futuro per le misure di sicurezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1273; Id., *La soppressione degli o.p.g.*, in *Legisl. Pen.*, 2012, p. 366; F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG!*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 64 ss.; A. MANNA, *Sull'abolizione degli o.p.g.: pericolosità sociale o bisogno di terapia?*, in *Riv. it.*, 2013, p.

Attualmente, tali strutture in Italia sono trenta, alcune anche convenzionate con il Servizio Sanitario Nazionale, con venti posti letto ognuna.

Dovrebbero rispondere al requisito di *territorialità*, in modo che il ricoverato sia più vicino alla famiglia e anche in vista di un futuro reinserimento sul territorio.

Per le persone libere, con la l. n. 180/1978 (c.d. legge “Basaglia”), si è passati dalla custodia coercitiva alla terapia riabilitativa, mentre per i detenuti con disagi psichici e, fino alla l. n. 81/2014, c’erano gli O.P.G., le uniche strutture chiuse rimaste destinate ai malati di mente autori di reato, ospitanti circa un migliaio di ricoverati (si trattava di sei strutture collocate a Castiglione delle Stiviere, Reggio Emilia, Montelupo Fiorentino, Napoli, Aversa, Barcellona Pozzo di Gotto).

Nel 2011, su impulso dei componenti della Commissione parlamentare d’inchiesta sull’efficacia e l’efficienza del Servizio Sanitario nazionale⁸, fu presentato un emendamento – poi approvato – in sede di conversione del d.l. 22 dicembre 2011, n. 211 (c.d. “*svuota carceri*”) per l’introduzione dell’art. 3-ter, che dettava disposizioni per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari. La legge di conversione del d.l. n. 211/2011 – l. 17 febbraio 2012, n. 9 – può identificarsi quindi come il primo decisivo passo verso la definitiva chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari.

Le R.E.M.S. sono strutture molto differenti sia nella forma che nella sostanza rispetto ai loro antenati: gli utenti non possono superare le venti unità, l’uso dei mezzi coercitivi è assente e la permanenza nelle strutture non può superare la durata della pena prevista per il reato commesso.

Poiché la l. n. 81/2014 non contiene la contestuale abrogazione o la modifica di altre disposizioni normative, permane il termine minimo di durata della misura di sicurezza e la possibilità di procedere alla sua reiterata proroga, ma fino solo alla concorrenza del tempo previsto come misura edittale massima per il reato commesso.

Tali strutture sono gestite esclusivamente da personale sanitario (psichiatri, infermieri, amministrativi) e ciascun paziente deve seguire un

1329; M. C. ORNANO, *Il superamento dell’ospedale psichiatrico giudiziario: aspetti problematici e esperienza operative della gestione dell’autore di reato affetto da disagio mentale*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2086; S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015.

⁸ *Relazione sulle condizioni di vita e cura all’interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, approvata dalla Commissione nella seduta del 20 luglio 2011, XVI Legislatura, Doc. XXII-bis, n. 4.

programma terapeutico individuale. Un problema è, evidentemente, costituito dal fatto che gli operatori sanitari non hanno esperienza relativa a strutture penitenziarie e a volte si verificano problematiche di difficile risoluzione.

Proprio perché ci si muove in una prospettiva ispirata all'esigenza di porre un freno alla possibilità di ricorrere *sine die* all'internamento, viene anche disposto chiaramente che non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali (Percorso terapeutico riabilitativo individuale, cosiddetto P.T.R.I., di cui è responsabile il C.S.M. di competenza territoriale).

Sembra quasi una risposta indiretta all'annoso dilemma secondo cui, solo perché non vi erano soluzioni all'atto della dimissione (percorsi terapeutici compresi), la circostanza "obbligava" a reiterare la misura di sicurezza per mere esigenze asilari e la reiterazione della misura di sicurezza era spesso un mero espediente in assenza di soluzioni alternative.

Peraltro le R.E.M.S. sono chiamate a svolgere funzioni terapeutico-riabilitative e socio riabilitative e 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.

Tuttavia, la pericolosità sociale resta il presupposto applicativo delle misure di sicurezza detentive e le nuove strutture restano pur sempre delle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza. Ad una prima lettura sembrerebbe proprio che il medico psichiatra si veda riaffidati anche autentici compiti "di polizia", con la conseguenza di vedere ampliata oltre il ragionevole la propria "posizione di garanzia" e gli obblighi giuridici ad essa connessi.

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 di emergenza, dal momento che l'aspetto della "sicurezza" viene gestito all'esterno dagli organi di sicurezza incaricati sul territorio, cioè affidato alle Prefetture (nelle R.E.M.S. aperte nella regione Emilia Romagna, ad esempio, la sorveglianza esterna è stata subito 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).

Per la l. n. 81/2014 le R.E.M.S. sono da considerarsi una “*extrema ratio*”, l’ultima delle soluzioni da prendere in considerazione e solo dopo aver vagliato misure di sicurezza non detentive.

Il rapporto tra istituti penitenziari e detenuti con patologie psichiatriche però è da sempre molto complesso e la gestione dentro e fuori i penitenziari delle patologie psichiche è molto difficile: il personale medico, tra cui psichiatri, psicologi e infermieri, all’interno dei penitenziari non è sufficiente a coprire gli effettivi bisogni della popolazione carceraria; l’informatizzazione della cartella clinica è presente solo in rari casi e ciò rende complicato sia quantificare la popolazione che necessita di cure e sia garantire la continuità delle terapie psicologiche che il detenuto aveva fuori.

6. Le R.E.M.S. in numeri.

Secondo il 14.mo rapporto sulle condizioni di detenzione di *Antigone Onlus*, “*un anno in carcere*”, al 15 marzo 2018, nelle trenta R.E.M.S. italiane erano ricoverate 599 persone, di cui 54 donne (il 9%, percentualmente quasi il doppio delle donne detenute in carcere).

L’ultimo dato accertato rilevava che coloro che si trovavano in lista d’attesa erano quasi quanto quelli presenti, quindi una realtà estremamente problematica, in quanto i primi risultano abbandonati a loro stessi e senza nemmeno sapere quando potranno essere inseriti in R.E.M.S.

Per le donne esiste un’unica struttura, per cui è impossibile seguire il principio di territorialità.

All’interno del report viene evidenziato anche che «Il numero di presenze corrisponde ai posti disponibili e questo permette di sottolineare l’ammirevole “resistenza” da parte dei servizi sanitari nel non eccedere il numero massimo di posti previsto, evitando il sovraffollamento».

Dunque, al momento, su base nazionale, si sta scongiurando quello che gli addetti ai lavori paventavano più di ogni altra cosa, ovvero la trasformazione delle R.E.M.S. in tanti piccoli O.P.G.

7. Il caso del Lazio ed i primi problemi generali applicativi.

Nel Lazio le R.E.M.S. attive sono cinque – Ceccano (FR), Palombara Sabina (RM), Merope e Minerva, Pontecorvo (FR), Subiaco (RM) - con un numero di posti pari a 91, i pazienti ad oggi ospitati sono 84 e Pontecorvo ospita

esclusivamente pazienti di sesso femminile. Il Lazio insieme alla Lombardia è la regione che ha il maggior numero di posti e anche quella nella quale l'organizzazione delle R.E.M.S. è ancora lontana dai criteri posti dalla l. n. 81 del 2014.

Il sistema appena nato ha da subito manifestato molte pecche e se non si corre presto ai ripari, presto lo spettro degli O.P.G. potrebbe rimanifestarsi. Partiamo subito col dire che il termine "internato" ancora esiste nel Codice penale e nell'Ordinamento penitenziario e, se esiste la parola, esiste tutto ciò che essa si porta dietro, detto ciò le criticità che sono emerse con il passaggio dagli O.P.G. alle R.E.M.S. sono molte.

Se da un lato la teoria è lodevole, dall'altro lato la pratica è tutt'altro che rosea: il punto più critico sono i D.S.M., i Distretti di salute mentale, ovvero la psichiatria territoriale. A parte rarissime eccezioni in cui il sistema funziona, non sono mai entrati in carcere, e hanno fatto di tutto per non entrarci mai, ribadendo come il carcere non riguardi le A.S.L., e ciò impedisce quella connessione al territorio che è tra i capisaldi della legge, nonché il punto di forza per permettere un reale reinserimento del detenuto una volta in libertà.

Inoltre, ogni Regione interpreta la legge secondo i propri criteri e non esiste uniformità a livello nazionale; alcune strutture, come ad esempio Subiaco, ma Pontecorvo non è da meno, sono provviste di evidenti e massicci dispositivi di sicurezza (metal detector, sbarre fino al soffitto, telecamere di sorveglianza) che bypassano i requisiti prettamente terapeutici che dovrebbero avere tali strutture.

8. Le altre note dolenti.

Poi, secondo il principio che le R.E.M.S. debbano essere gestite esclusivamente da personale sanitario, la prassi che si è scelto di perseguire è alquanto dubbia: a dirigere tali strutture sono state messe figure senza esperienza penitenziaria e, come anticipato, gli stessi operatori sono stati assunti senza alcuna esperienza pregressa di stampo carcerario. Per formare *équipe* valide che si occupino di tali strutture ci vogliono anni e questo pone un grosso interrogativo sull'effettiva efficacia di tali servizi.

Altra nota dolente è la mancanza delle cartelle cliniche informatizzate dei detenuti insieme alla mancata «valutazione del bisogno dell'assistenza e della valutazione sull'impatto sociale degli interventi socio sanitari condotti in favore della popolazione detenuta».

Tutto ciò si ripercuote sul lavoro dei magistrati che spesso sono costretti a «operare delle forzature perché –senza alcun tipo di dato conoscitivo – non sanno dove mandare i detenuti».

La stessa posizione giuridica degli internati delle R.E.M.S. risulta, a conti fatti, contraddittoria: secondo i dati dell'osservatorio di Antigone «i prosciolti per vizio totale di mente, ma socialmente pericolosi (ex art. 222 c.p.) che dovrebbero costituire la categoria giuridica paradigmatica del ricoverato in R.E.M.S. sono 215, pari al 37% del totale, una netta minoranza» mentre «i pazienti con una misura di sicurezza provvisoria arrivano ad essere il 45,7 % del totale».

Al riguardo, sorgono subito spontanei due quesiti:

a) Se la misura di sicurezza deve essere applicata allorché il soggetto sia ritenuto socialmente pericoloso, come può essere rimesso in libertà qualora la sua pericolosità sociale non sia venuta meno?

L'aporia in questione è stata per prima segnalata chiaramente dal Tribunale di Roma dieci anni or sono, con un provvedimento del 3 giugno 2014, di cui si dirà meglio a breve, che evidenzia bene il punto: se la pericolosità sociale persiste, chi si occupa del soggetto quando esce? Andrebbero necessariamente previste ulteriori cure, monitoraggio e sostegno psichiatrico sul territorio.

La situazione è preoccupante, considerando che resta incerto il destino dei nuovi pazienti, in particolare durante la fase della cognizione penale, destinatari di una misura di sicurezza detentiva provvisoria (ex artt. 206 c.p., 312 e 313 c.p.p.), e dei detenuti, ex artt. 111 e 112 D.P.R. 230/2000 e art. 148 c.p., visto che non è mutata la norma sulla pericolosità sociale e che le R.E.M.S. sembrano ontologicamente destinate ai pazienti non dimissibili ospiti negli O.P.G.. Tanto più che si è rilevato che, a fronte di una costante diminuzione delle presenze in O.P.G., è aumentato invece 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, con rilevanti problemi applicativi pratici.

Ad esempio: la revoca della misura del ricovero provvisorio in una struttura del Servizio psichiatrico ospedaliero ex art. 286 c.p. e l'applicazione della misura di sicurezza provvisoria del ricovero in una R.E.M.S. dovranno essere eseguite soltanto ed esclusivamente nel momento in cui si renderà disponibile un posto in R.E.M.S.: sino ad allora l'indagato socialmente

pericoloso dovrà rimanere in ricovero provvisorio in ospedale, assolutamente inadeguato a fronteggiare sue condotte aggressive, a tutela dell'incolumità fisica di terzi, ma anche dello stesso indagato⁹.

Ma, soprattutto,

b) Cosa differenzia realmente, ora, le pene detentive tradizionali dalle misure di sicurezza?

Se 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 delinearsi con sufficiente coerenza, tanto sul piano teorico quanto su quello strutturale (diverse ne sono il fondamento e la ragione dell'applicazione ma le modalità di esecuzione sono le medesime, la detenzione del soggetto è solo temporanea, ad eccezione dell'ergastolo, in linea però solo teorica).

C'è poi l'incognita del fine pena: chi si prende carico del detenuto appena rimesso in libertà? La mancata connessione tra A.S.L. e amministrazione territoriale e la mancanza di strutture atte alla presa in carico del detenuto con disagio psichico comportano un altissimo rischio di recidiva.

E resta peraltro incerto il destino dell'incapace non pericoloso, tipo quello delle situazioni di personalità fragile o di delusioni di natura sentimentale.

Insomma, gli interrogativi sui quali Ministero della salute e Dipartimento di giustizia devono rispondere sono ancora molti e il rischio di creare nuovi O.P.G. risulta tutt'oggi concreto, per tale motivo l'attenzione sulle R.E.M.S. deve restare alta.

Un altro principio fondamentale introdotto è la ridefinizione della pericolosità sociale: valutata esclusivamente sulla base delle qualità soggettive del reo.

È un principio di centrale importanza, contenuto sempre nell'art. 1, 1° co., lett. b), l. n. 81/2014: se prima l'accertamento della pericolosità sociale era effettuato attraverso un attento esame delle condizioni soggettive e oggettive della persona affetta da disturbi psichici, adesso contano soltanto le prime.

⁹ Tribunale ordinario di Roma, Ufficio GIP-GUP n. 8, N. 20551/2021 R.G., ord. 7 agosto 2021, inedita.

Si tratta di una importante deroga all'art. 133, 4° co., c.p., il quale descrive le regole utili a stabilire se un reo è pericoloso socialmente o meno. Nello specifico, il comma 4 dell'art.133 c.p. prevede di considerare i motivi a delinquere e il carattere del reo; di tenerne in conto precedenti penali e giudiziari e in generale la condotta e la vita antecedenti al reato; di valutarne la condotta contemporanea e susseguente al reato; di indagarne le condizioni di vita individuale, familiare e sociale.

Tutto questo, con l'entrata in vigore della l. n. 81/2014, non ha più alcuna rilevanza per la valutazione del "folle reo": l'assenza di legami con la famiglia, di un lavoro, di una fissa dimora non sono più criteri per giudicarne la pericolosità.

Nell'ottica del legislatore del 2014, considerare anche tali fattori sarebbe un "eccesso di prudenza", che limiterebbe la libertà personale e violerebbe il diritto alla difesa del reo. Il rischio sarebbe quello di condannare un soggetto solo sulla base della marginalità sociale in cui versa e non sulle effettive difficoltà psichiche di cui soffre. Il legislatore con questa disciplina vuole evitare che tali condizioni (di indigenza, marginalità, disagio, abbandono) possano andare a sfavore del soggetto.

Secondo parte della dottrina, non convince affatto la decontestualizzazione del giudizio prognostico dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del soggetto, perché è da tempo acquisito il fatto che la pericolosità sociale non possa prescindere dal contesto ambientale nel quale il soggetto si colloca e dal quale è necessariamente condizionato (*pericolosità sociale situazionale*)¹⁰.

Con un'ordinanza del 16 luglio 2015 il Tribunale di Sorveglianza di Messina ha promosso una questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, 1° co., lett. b), d.l. 31/03/2014 n. 52 convertito dall'art. 1, 1° co., l. 30 maggio 2014 n. 81 nelle parti in cui stabilisce i due limiti all'accertamento della pericolosità in base ai quali *"l'accertamento della pericolosità sociale è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'art. 133, 2° co., n. 4, c.p."* e che *"non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali"*.

Il Tribunale di Messina si era trovato a giudicare il caso di una revoca della misura di sicurezza detentiva da concedere o no a un paziente ("M.S",

¹⁰ C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, II edizione, Milano, 2017, p. 711.

affetto da discontrollo impulsi e fortemente pericoloso socialmente): oltre ad averne accertato il disturbo psichico, è stato riscontrato anche che il soggetto in questione fosse “senza fissa dimora, senza occupazione, e privo di punti di riferimento familiare”.

Il Tribunale ha compiuto un'analisi globale delle condizioni del paziente, convinto che senza un tale approccio il caso da lui giudicato non potesse trovare soluzioni adeguate. La l. n. 81/2014 ha però prescritto che per valutare la pericolosità sociale si debbano considerare soltanto le qualità soggettive del reo.

Il Tribunale di Messina ritiene che quanto introdotto dalla l. n. 81/2014 violerebbe alcuni articoli della Costituzione (1, 2, 3, 4, 25, 27, 29, 30, 31, 32, 34, 77, 117), nonché l'art 3 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e l'art. 5 della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo, e romperebbe l'equilibrio fra esigenze di cura della persona interessata e controllo della sua pericolosità sociale.

Nel giudizio dinanzi alla Corte Costituzionale è intervenuto anche il Presidente del Consiglio dei Ministri, il quale ha fermamente difeso l'esclusione delle condizioni di cui all'art 133, 2° co., n. 4, c.p. in nome di una migliore tutela dei diritti di libertà dei pazienti. Ed ha aggiunto che la mancanza di percorsi terapeutico-riabilitativi sia spesso dovuta all'inefficiente organizzazione delle amministrazioni sanitarie, incapaci di fornire valide possibilità di riabilitazione ai detenuti. I due aspetti su cui il Tribunale di Messina fonda la propria ordinanza, in realtà, hanno spesso giustificato proroghe delle misure di sicurezza anche per pazienti perfettamente dimissibili.

Tutte le censure mosse dal giudice *a quo* nei confronti degli articoli sopra citati sono dichiarate prive di fondamento. Questo perché muovono dall'errato presupposto secondo il quale quanto introdotto dall'art. 1, 1° co., l. 30 maggio 2014 n. 81 vada a modificare il concetto o la nozione di pericolosità sociale per gli infermi o seminfermi di mente.

In realtà la disposizione ridefinisce più specificamente solo la pericolosità sociale che legittima il ricovero in un O.P.G. in una casa di cura di tali soggetti. Non modifica, cioè, in generale, la nozione di pericolosità sociale per gli infermi o seminfermi di mente, limitandosi ad incidere sui criteri di scelta tra le diverse misure di sicurezza e sulle condizioni per l'applicazione di quelle detentive.

Anche il fatto che la sola mancanza di programmi terapeutici individuali non possa supportare il giudizio di pericolosità sociale ha un preciso significato garantista, volto ad evitare che sul soggetto gravino i limiti e le lentezze dei

servizi sanitari regionali; al contempo funge da stimolo al potenziamento della rete sanitaria territoriale.

La Corte Costituzionale ha perciò dichiarato, con la sentenza n. 186 del 23 luglio 2015, la questione sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Messina non fondata, confermando così la propria giurisprudenza.

La Corte ha infine posto l'accento sul fatto che la l. n. 81/2014 debba essere letta nell'ottica del processo che mira al superamento degli O.P.G., in linea con quanto già affermato nelle due proprie sentenze 18 luglio 2003 n. 253¹¹ e 29 novembre 2004, n. 367¹².

Il Giudice delle leggi, infatti, era intervenuto, in particolare, nel luglio 2003 con una importante sentenza additiva, la n. 253, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 222 c.p. (ricovero in un O.P.G.), per violazione dell'art. 32 Cost., nella parte in cui non consente al giudice, nei casi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in O.P.G., una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure all'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale.

È incostituzionale il vincolo rigido imposto al giudice di disporre comunque la misura detentiva anche quando una misura meno drastica e più elastica (come la libertà vigilata), appaia, in concreto, atta a soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura e tutela della persona e di controllo della sua pericolosità sociale

¹¹ Corte cost., 18 luglio 2003, n. 253, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3697, con la quale la Corte: a) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 222 del codice penale (Ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario), nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale;

b) ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 219, primo e terzo comma, del codice penale (Assegnazione a una casa di cura e di custodia), sollevata, in riferimento all'articolo 3 della Costituzione, dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Genova con l'ordinanza in epigrafe; cfr. T. GROPPI, *La sentenza n. 253 del 2003: la Corte e il "diritto mite"*, per concessione del *Forum di Quaderni costituzionali*, <https://giurcost.org>.

¹² Corte cost. 29 novembre 2004, n. 367, in <https://giurcost.org>, in relazione all'applicazione provvisoria dell'O.P.G. ai sensi dell'art. 206 c.p., con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 206 c.p., nella parte in cui non consente al giudice di disporre, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una misura di sicurezza non detentiva, prevista dalla legge, idonea ad assicurare alla persona inferma di mente cure adeguate e a contenere la sua pericolosità sociale.

L'originario art. 222 c.p. escludeva ogni apprezzamento in concreto da parte del giudice.

La Corte è giunta a questa conclusione valorizzando il contenuto elastico della misura di sicurezza della libertà vigilata, che può essere arricchita dal magistrato di sorveglianza con prescrizioni terapeutiche (ad esempio, interventi ambulatoriali, attività di supporto dei servizi psichiatrici territoriali); in tal modo l'O.P.G. si è trasformato in uno strumento sussidiario di controllo, applicabile solo quando la libertà vigilata terapeutica non sia idonea a controllare la pericolosità sociale.

Detta sentenza ha anche il pregio di sintetizzare efficacemente la dibattuta natura dell'O.P.G., perennemente in bilico tra le esigenze di "custodia" e quelle di "cura" del soggetto internato: gli ospedali psichiatrici giudiziari, ultime istituzioni totali per la cura di soggetti affetti da infermità mentali, erano 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" (ribadendo la funzione di argine della pericolosità sociale che era strutturalmente connaturata a tale istituzione "totale").

9. Ulteriori criticità.

Ulteriori criticità concernenti la riforma del 2014 sono così sintetizzabili:

- 1) Nulla viene previsto con riferimento ai provvedimenti (diversi dall'internamento) da adottare nei confronti delle persone dimesse alla scadenza del termine, per le quali – poiché la misura non era stata revocata anticipatamente – permane il giudizio di pericolosità sociale;
- 2) La nuova regola del tetto massimo di durata viene prevista per le "misure di sicurezza detentive", operando però all'interno di un testo normativo dedicato specificamente alle sole misure di sicurezza dell'ospedale psichiatrico giudiziario e della casa di cura e custodia. I commenti dottrinari sul punto hanno unanimemente ritenuto che la previsione debba intendersi estesa anche agli internati nelle case di lavoro¹³ (sicuramente questa interpretazione si muove in coerenza con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., ma sarebbe comunque auspicabile un intervento del legislatore volto ad

¹³ C. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, Milano, II ed., 2017, p. 706.

armonizzare la nuova disposizione con quelle pregresse contenute nel codice penale).

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 terapeutiche¹⁴, valorizzando quello strumento messo a disposizione dalla Corte Costituzionale, che tuttavia, è direttamente condizionata dalla presenza di strutture e comunità presso le quali eseguire le prescrizioni terapeutiche. Inoltre,

3) *Quid iuris*, nel caso in cui l'esecuzione della misura di sicurezza detentiva non sia stata ininterrotta, perché intervallata (come nel caso giudicato dal Tribunale di Roma nel 2014), da periodi di tempo in libertà vigilata?

Il Tribunale di Roma, nel primo caso giudicato nel 2014, non ha tenuto conto di tali periodi, significando giustamente la rilevanza solo del tempo effettivamente trascorso in O.P.G., anche non continuativamente.

10. La revoca del ricovero in O.P.G. per decorso della durata massima.

Il Tribunale di Roma, con l'anticipato provvedimento del 3 giugno 2014, imputato Bijanzadeh M., giudice Di Nicola, in una prima applicazione della novella legislativa in relazione al ricovero in O.P.G., disposto ai sensi dell'art. 206 c.p. a titolo di misura di sicurezza provvisoria (in un procedimento sospeso a seguito di un giudizio di legittimità costituzionale promosso dallo stesso tribunale), ha dichiarato la cessazione di efficacia della misura e la liberazione dell'internato.

Dopo aver rilevato che:

- a) L'art. 1, 1° co.- *quater*, d.l. n. 52/2014 non prevede disposizioni diverse o transitorie nel caso in cui l'internato risulti ancora socialmente pericoloso;
- b) In forza dell'art. 200, 2° co., c.p. (il quale dispone che, se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa dalla legge vigente al tempo della sua applicazione, si applica la legge in vigore al tempo dell'esecuzione), e del principio del *favor rei* (in questo caso), tale disposizione trova immediata applicazione;
- c) La misura è in esecuzione, nel caso di specie, da oltre 4 anni, e il termine di durata massima è decorso, avuto riguardo ai reati contestati la cui pena edittale

¹⁴ Ufficio di Sorveglianza di Reggio Emilia, 15 luglio 2014, in www.conams.it.

massima è quella di 3 anni di reclusione, calcolata ai sensi dell'art. 278 c.p.p. sul capo *a*) – lesioni personali dolose ex art. 582 c.p., ritenuto più grave, che esclude le aggravanti ordinarie (nel caso di specie, i motivi abietti o futili e l'uso di un'arma) e la continuazione.

L'imputato, "persona attualmente ad altissima pericolosità sociale" (giudizio formulato forse in termini troppo severi, a parere dello scrivente) era ricoverato dal mese di ottobre 2009 presso l'O.P.G. di Castiglione delle Stiviere.

Nel procedimento pendente davanti al Tribunale di Roma gli erano stati contestati il delitto di lesioni dolose (art. 582 c.p.) – per aver colpito con un punteruolo all'orecchio un vicino di casa, provocando lesioni fortunatamente lievi, giudicate guaribili in due giorni – e la contravvenzione di getto pericoloso di cose (art. 674 c.p.) – per avere nei giorni precedenti gettato dal balcone di casa (dal sesto piano) scatole di pasta, barattoli di pelati, bottiglie di passata di pomodoro, scatole di biscotti e confezioni di formaggio).

La pronuncia ha avuto anche il rilevante pregio di risolvere un grave problema applicativo relativamente alla individuazione del termine massimo di durata della misura di sicurezza in caso di concorso di reati.

Nel caso di specie, infatti, è venuta in rilievo l'ipotesi del concorso tra un delitto (le lesioni) e una contravvenzione (il getto pericoloso di cose): dal momento che, ai sensi dell'art. 222, 1° co., c.p., il ricovero in O.P.G. non può essere disposto in relazione a una contravvenzione, il termine di durata massima della misura deve essere individuato facendo riferimento al delitto. Non già perché rappresenta il reato più grave, ma perché è l'unico a costituire il presupposto per l'applicazione della misura.

Nel caso di pluralità di reati-presupposto, il termine massimo dovrebbe essere rapportato non alla pena derivata dal cumulo delle pene dei reati concorrenti, ma a quella prevista per il più grave dei reati in concorso. Il criterio dell'assorbimento è infatti utilizzato all'art. 209 c.p. per disciplinare il concorso tra misure di sicurezza da applicare ad una persona giudicata per più fatti: *"Quando una persona ha commesso, anche in tempi diversi, più fatti per i quali siano applicabili più misure di sicurezza della medesima specie, è ordinata una sola misura di sicurezza"*¹⁵.

¹⁵ C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, II ed., Milano, 2017, p. 706.

11. La natura amministrativa delle misure di sicurezza e l'inoperatività del principio della fungibilità della detenzione tra pene e misure di sicurezza detentive. Inosservanza di misure di sicurezza.

Fino agli Anni Settanta la giurisprudenza ha prevalentemente ritenuto che la natura delle misure di sicurezza fosse amministrativa perché così sono definite nel codice e perché in questo senso depongono i lavori preparatori. Anche la giurisprudenza successiva degli Anni Novanta ha, infatti, condivisibilmente statuito che la sentenza non passa mai in giudicato per quanto concerne le misure di sicurezza, data la natura sostanzialmente amministrativa di queste, la loro modificabilità e revocabilità, e l'applicabilità *ex officio* persino dopo la sentenza nei casi indicati dall'art. 205 c.p.

Il problema non è solo accademico. Pene e misure di sicurezza non possono ritenersi fungibili: si pensi alla detenzione presofferta, a titolo di misura cautelare, da persona che nel corso del procedimento appaia essere non imputabile, poniamo per totale infermità mentale, e socialmente pericolosa. Anche da parte di chi ritiene la natura *lato sensu* penale della misura di sicurezza si deve concludere che il periodo di tempo trascorso in custodia cautelare non può essere computato agli effetti della durata della misura di sicurezza.

La custodia cautelare non vale come anticipata esecuzione di una misura di sicurezza detentiva: questa si pone con contenuti volti alla prevenzione speciale della pericolosità stessa, nonché al trattamento del soggetto riconosciuto socialmente pericoloso.

Quanto scontato in regime di custodia cautelare non è idoneo a soddisfare tali esigenze. Se la condizione di non imputabilità fosse già stata rilevata si sarebbe addivenuti all'applicazione provvisoria della misura di sicurezza (art. 206 c.p., nella quale ipotesi, ovviamente, il problema della fungibilità tra pena e misura di sicurezza nemmeno sorge).

A soluzione diversa si perviene per il caso in cui il soggetto ritenuto pericoloso sia stato sottoposto a misura provvisoria e, successivamente riconosciutane la imputabilità, condannato a pena detentiva: se la misura di sicurezza importava la restrizione della libertà personale, il tempo trascorso in esecuzione della misura provvisoria va detratto dal *quantum* di pena irrogato (c'è stata una limitazione della libertà personale, che non può essere

raddoppiata o comunque aggravata quando la sua causa ultima è la realizzazione del reato per cui v'è stato procedimento penale)¹⁶.

La conferma viene dal disposto dell'art. 657 c.p.p., se la misura non è stata poi applicata definitivamente, della misura provvisoria si terrà conto nella determinazione della pena detentiva da eseguire (la mancata applicazione definitiva sta a significare che non sussistevano ragioni che giustificassero la misura di sicurezza detentiva: l'applicazione provvisoria, pertanto, ha significato nient'altro che privazione della libertà personale della quale si deve tener conto irrogando, in concreto, la pena).

L'esecuzione della libertà vigilata, in conseguenza dell'unificazione di più misure di sicurezza della medesima specie, applicate, con sentenze penali di condanna, per fatti commessi in tempi diversi, è correttamente disposta, ai sensi degli artt. 211 e 212 c.p.p. dopo che le pene detentive sono state scontate e completamente eseguite, a nulla rilevando i periodi di detenzione a qualsiasi altro titolo sofferti, in quanto il principio della fungibilità della detenzione non opera tra pene e misure di sicurezza detentive¹⁷: sicché il periodo trascorso in custodia cautelare o in espiazione di pena non può mai valere come anticipata esecuzione di misura di sicurezza. Mentre, ai fini del computo dei termini di durata massima della custodia cautelare, può tenersi conto, ai sensi dell'art. 297 c.p.p., dell'internamento per la misura di sicurezza (quindi, la custodia cautelare risulta compatibile con l'internamento per misura di sicurezza).

Infatti, ai sensi dell'art. 297, ultimo comma, c.p.p.: "(...) Ai soli effetti del computo dei termini di durata massima, la custodia cautelare si considera compatibile con lo stato di detenzione per esecuzione di pena o di internamento per misura di sicurezza".

b) può solo, ai fini della determinazione della pena detentiva da espriare, tenersi conto, ai sensi dell'art. 657 c.p.p., oltre che della custodia cautelare, anche della misura di sicurezza detentiva provvisoriamente applicata, sempre che questa non sia divenuta definitiva.

La Suprema Corte è stata ferma nel ribadire che il principio della fungibilità della detenzione non opera fra pena e misura di sicurezza detentiva, ammesso che quest'ultima non sia stata provvisoriamente applicata in corso di contrasti cautelari, nel qual caso lo stato di ininterrotta privazione della libertà personale dell'imputato anche se reperibile in parte di custodia cautelare e in

¹⁶ Cass. pen, Sez. I, 13 aprile 1996, n. 1534.

¹⁷ Cass. pen., Sez. I, 21 settembre 1995, n. 4077.

parte di applicazione provvisoria di misure di sicurezza, rileva, per gli effetti di cui all'art. 137 c.p., come unitario periodo di carcerazione preventiva, detraibile dalla pena che venga successivamente inflitta all'imputato con la sentenza irrevocabile¹⁸.

Tale criterio, però, non trova applicazione nel caso in cui vengano applicate definitivamente anche le misure di sicurezza, poiché l'intero periodo di privazione della libertà personale non può essere computato, ad un tempo, come internamento per misure di sicurezza detentiva e come espiatione della pena inflitta. Detto principio è stato recepito anche dal nuovo c.p.p. nel prevedere nell'art. 657 c.p.p. che, nel determinare la pena detentiva da eseguire, si computi oltre alla custodia cautelare la misura di sicurezza detentiva provvisoriamente applicata, sempre che questa non sia divenuta definitiva.

L'ultima conferma di quanto sopra esposto è costituita dalla disciplina dell'inosservanza di misure di sicurezza: se un condannato a pena detentiva si sottrae all'esecuzione della pena, commette il reato di evasione (art. 385 c.p.). Qualora, invece, una persona sottoposta a misura di sicurezza detentiva si sottragga volontariamente alla esecuzione di essa, l'art. 215 c.p. prevede che ricominci a decorrere nuovamente il periodo minimo di durata della misura dal giorno in cui a questa è data nuovamente esecuzione; tale disposizione non si applica(va) nel caso di persona ricoverata in un O.P.G. o in una casa di cura e di custodia (oggi in una R.E.M.S.).

La condotta dell'internato che si sottrae all'esecuzione della misura può essere presa in considerazione agli effetti del giudizio di riesame della pericolosità sociale.

12. Casi di sospensione o di trasformazione.

La regola generale dell'esecuzione congiunta di pene e misure di sicurezza prevede che le misure di sicurezza detentive siano eseguite dopo che la pena è stata scontata o è altrimenti estinta (art. 211 c.p.). Nondimeno, nei casi in cui nei confronti di un condannato a pena detentiva sia ordinato anche il ricovero in casa di cura e di custodia (oggi eseguito nelle R.E.M.S.), il giudice, tenuto conto delle particolari condizioni d'infermità psichica del condannato, può disporre che il ricovero venga eseguito prima che sia iniziata o abbia termine l'esecuzione della pena restrittiva della libertà personale; tuttavia,

¹⁸ Cass. pen., Sez. I, 21 novembre 1990, n. 310, in <https://www.cortedicassazione.it>.

il condannato, una volta dimesso dalla casa di cura e di custodia è sottoposto all'esecuzione della pena (art. 220, 2° co., c.p.).

Si tratta di una disciplina rigida, figlia anch'essa dell'assenza di fungibilità tra i titoli di privazione della libertà personale.

Nell'art. 212 c.p. il legislatore ha inteso disciplinare il potere del giudice di sorveglianza competente anche per l'esecuzione delle misure di sicurezza, stabilendo le ipotesi in cui esse vengono sospese (per dare la precedenza all'esecuzione di una pena) ovvero i casi nei quali, a seguito della verifica della sussistenza di precisi presupposti, esse possono essere trasformate per sopravvenuta infermità psichica.

Ai sensi dell'art. 212, 3° co., c.p., se la persona sottoposta a misura di sicurezza detentiva è colpita da infermità psichica e ricoverata in R.E.M.S., quando sia cessata l'infermità psichica, il giudice, accertata la persistenza della pericolosità sociale, può ordinare la trasformazione della misura per cessazione o assenza di infermità, disponendo che l'internato sia assegnato ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro, se non crede di sottoporlo a libertà vigilata.

Il magistrato di sorveglianza, per trasgressione agli obblighi conseguenti alla sottoposizione alla libertà vigilata ex art. 231 c.p., può imporre una cauzione¹⁹, ma può altresì aggravare la misura di sicurezza, ai sensi della predetta norma, sostituendo, ad esempio, la libertà vigilata in casa di lavoro²⁰ e ulteriormente trasformandola in casa di cura e di custodia²¹. Nulla vieta che il giudice, in seguito, attenui nuovamente la misura di sicurezza detentiva in libertà vigilata, magari prorogandola²².

13. La scomparsa di ogni forma di presunzione legale di pericolosità e la revoca della misura di sicurezza.

Ai sensi dell'art. 207, 1° co., c.p., le misure di sicurezza non possono essere revocate se le persone ad esse sottoposte non hanno cessato di essere socialmente pericolose (il 2° comma dell'art. 207 c.p. oltre che essere stato dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale con la sentenza 5 aprile 1974, n.

¹⁹ Cass. pen., Sez. I, 10 febbraio 2009, n. 23032; conf. Cass. pen., Sez. I, 7 novembre 2002, n. 134; Cass. pen., Sez. I, 11 marzo 1996, n. 1534, in <https://www.avvocato.it>.

²⁰ Cass. pen., Sez. 31 gennaio 2014, n. 4717, in <https://www.cortedicassazione.it>.

²¹ Cass. pen., 9 luglio 2020, n. 23857, in <https://www.cortedicassazione.it>; conf. Cass. pen., 9 giugno 2005, n. 27423, in <https://www.cortedicassazione.it>.

²² Ufficio di Sorveglianza di Roma, SIUS n. 2021/14830, ord. 20 luglio 2021, n. 4530, inedita.

110²³, è stato anche abrogato dall'art. 89, l. n. 354/75). Ne deriva il divieto di revocare la misura di sicurezza quando non sia cessata la pericolosità sociale.

A completamento della sintetica disciplina esposta, si ricorda l'importante sentenza additiva della Corte Cost. 28 luglio 1983, n. 249²⁴, in base alla quale la misura di sicurezza può essere ordinata soltanto dopo il previo accertamento della pericolosità sociale: come si afferma, la misura di sicurezza "sta e cade con la pericolosità"²⁵ (ora, si potrebbe aggiungere, con il termine di durata massimo della pena edittale prevista).

Altrettanto importante è la scomparsa di ogni forma di presunzione legale di pericolosità, conseguente all'abrogazione dell'art. 204 c.p., che prevedeva espresse ipotesi di pericolosità sociale presunta *iuris et de iure* nei casi di dichiarazione di abitualità, professionalità nel reato e di tendenza a delinquere, non ammettendosi prova contraria, disposta dall'art. 31, n. 1, l. 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. legge "Gozzini"), che ha espressamente cancellato il sistema presuntivo, per cui tutte le misure di sicurezza sono ordinate previo accertamento in concreto della pericolosità sociale del soggetto.

Anche la Corte Costituzionale è intervenuta più volte sul tema, dichiarando l'illegittimità di specifiche presunzioni di pericolosità (del minore non imputabile, del prosciolto per infermità di mente, del semi infermo di mente), ed in particolare, con la sentenza 30 novembre 1988, n. 1102, ha statuito che l'accertamento dello stato soggettivo deve riguardare non soltanto il momento in cui la misura è ordinata, ma anche quello dell'esecuzione (il quale, anzi, sembra essere quello veramente rilevante)²⁶. Pertanto, la pericolosità deve

²³ Con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 207, terzo comma, del codice penale, nella parte in cui attribuisce al Ministro di grazia e giustizia - anziché al giudice di sorveglianza - il potere di revocare le misure di sicurezza, nonché, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, l'illegittimità costituzionale del secondo comma dello stesso articolo 207 del codice penale, in quanto non consente la revoca delle misure di sicurezza prima che sia decorso il tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge, <https://giurcost.org>.

²⁴ In Gazzetta Ufficiale, 1.a Serie Speciale - Corte Costituzionale n.212 del 3 agosto 1983.

²⁵ Nella giurisprudenza di legittimità, tra le altre, si veda Cass. pen., Sez. I, 8 maggio 2019, n. 35996, in <https://www.cortedicassazione.it>: "In tema di misure di sicurezza, dopo la modifica introdotta dall'art. 31, comma 2, legge 10 ottobre 1986, n. 663, la loro applicazione, ivi compresa quella prevista dall'art. 417 c.p., può essere disposta, anche da parte del giudice della cognizione, soltanto dopo l'espresso positivo scrutinio dell'effettiva pericolosità sociale del condannato, senza il ricorso ad alcuna forma di presunzione giuridica, ancorché qualificata come semplice".

²⁶ Con la sentenza 30 novembre 1988 (dep. 13 dicembre 1988), n. 1102, in <https://giurcost.org>, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 219, 3° co., c.p., nella

essere accertata, caso concreto per caso concreto, al momento in cui la misura di sicurezza è ordinata, anzi, al momento in cui la misura è eseguita.

Se la pericolosità sociale deve sussistere al momento della effettiva sottoposizione a misura di sicurezza, a maggior ragione non sembra avere molto senso chiedersi se il presofferto in custodia cautelare debba essere considerato ai fini della durata minima della misura di sicurezza.

A conclusione del discorso, si evidenzia un notevole problema: manca l'affermazione netta e precisa in norma di legge che la misura di sicurezza viene meno quando, anche prima della scadenza del termine c.d. minimo, sia accertata la cessazione della pericolosità: è proprio di *presunzione di durata minima* che non dovrebbe parlarsi se il venir meno della pericolosità, anche prima del termine di cosiddetta durata minima, preclude il protrarsi della misura di sicurezza.

Per l'originario art. 208 c.p., il giudice procedeva, infatti, al riesame della pericolosità, "decorso il periodo minimo di durata, stabilito dalla legge per ciascuna misura di sicurezza". E l'art. 207, 2° co., c.p. ribadiva che la misura di sicurezza non poteva essere revocata "se non è decorso un tempo corrispondente" a tale durata minima. Trattatavasi, evidentemente, di *presunzione pressoché assoluta*, fatta eccezione per il potere riconosciuto al Ministro della giustizia di revocare la misura anche prima del decorso del corrispondente periodo minimo (art. 207, 3° co., c.p.).

Secondo un primo punto di vista, ancorato ad una stretta interpretazione letterale, in mancanza di una necessaria specificazione, volta a chiarire come la revoca possa essere ordinata anche prima del termine minimo di cui all'art. 208 c.p., la misura di sicurezza potrebbe essere rimossa in anticipo solo alla stregua di quanto dettato dall'art. 208 c.p. vale a dire se, risultando il soggetto ancora pericoloso alla scadenza del primo termine, il giudice fissi un nuovo termine per un esame ulteriore, con la possibilità di procedere a nuovi accertamenti se vi sia ragione di ritenere che la pericolosità sia cessata.

Tale presunzione di durata è stata mutata in *presunzione relativa*, dalla Corte cost. con la sent. 23 aprile 1974, che ha dichiarato illegittimi: a) il divieto

parte in cui, per i casi ivi previsti, subordina il provvedimento di ricovero in una casa di cura e di custodia al previo accertamento della pericolosità sociale, derivante dalla seminfermità di mente, soltanto nel momento in cui la misura di sicurezza viene disposta e non anche nel momento della sua esecuzione.

della revoca della misura di sicurezza, di cui all'art. 207, 2° co., c.p.; b) nonché l'art. 207, 3° co., c.p., nella parte in cui attribuiva al Ministro della giustizia, anziché al giudice di sorveglianza, il potere di revocare le misure di sicurezza. Potere che, per effetto degli artt. 69 e 70 del nuovo Ordinamento penitenziario, veniva affidato alla Sezione di sorveglianza e che ora, per effetto dell'art. 21, l. n. 663/1982, spetta al magistrato di sorveglianza.

Pertanto, sembra oggi senz'altro invocabile l'art. 69, 4° co., l. n. 354 del 1975, il quale dispone che il magistrato di sorveglianza "*provvede al riesame della pericolosità ai sensi del 1° e 2° co. dell'art. 208 c.p., (...) nonché all'applicazione, esecuzione, trasformazione o revoca, anche anticipata, della misura di sicurezza*".

Anche per la migliore dottrina, dopo l'introduzione dell'istituto della revoca anticipata, si verifica la *presunzione relativa* della persistenza di tale pericolosità vincibile con accertamento contrario, qualora sussistano *fondati motivi* per ritenere che la pericolosità sia cessata²⁷: cioè, sarebbe ammissibile un accertamento prima della scadenza di quello minimo stabilito *ex lege*, in sintonia con i poteri di revoca anticipata della misura che ora la legge attribuisce al magistrato, fermo restando l'obbligo di motivare adeguatamente tale scelta discrezionale. E con tale riesame anticipato è possibile porre rimedio anche alle situazioni in cui alla pericolosità presunta non fa riscontro una effettiva pericolosità criminale.

²⁷ F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Wolter Kluwer - Cedam, 2017, p. 685-686.