SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Corso P2026

“Salute mentale e sistema penale”

8 aprile 2021

Marcello Bortolato

Presidente del Tribunale di sorveglianza di Firenze

“La tutela della salute mentale nel circuito delle REMS”

(Relazione a due voci con Mauro Palma, Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale)

Premessa

Perché la magistratura di sorveglianza? Perché è la fase dell'esecuzione il momento terminale di una sequenza in cui, in tema di misure di sicurezza, sono intervenuti prima il P.M. nell'immediatezza, che ne chiede l'applicazione provvisoria, poi il giudicante quando valuta la sussistenza della capacità di intendere e di volere e sceglie la misura che ritiene opportuna e, solo infine, la magistratura di sorveglianza che in un certo senso subentra ormai "a cosa fatte". Le tre fasi sono tra loro collegate non soltanto perché hanno la medesima finalità e cioè la prevenzione della recidiva attraverso la riabilitazione dell'autore del reato, ma anche perché gli effetti dell'una si riverberano sull'altra. In tema di salute mentale, ove operano gran parte delle misure di sicurezza previste dal codice, occorre però essere consapevoli che ci troviamo ad applicare norme che sono molto diverse le une dalle altre poiché si sono formate per stratificazioni successive, non sono coordinate tra loro e si riportano a concezioni scientifiche, culturali e politiche differenti anche contrapposte: dal codice del '30, alla Costituzione, alle Convenzioni internazionali, alla legge Basaglia del 1978, alla giurisprudenza della CEDU e, da ultimo, alla normativa in materia di superamento degli OPG. Io credo che il grande merito della legge 9/12 sia stato quello di separare definitivamente lo spazio della non imputabilità dal resto, cioè di mettere al centro del sistema la persona del paziente psichiatrico giudiziario e il primato della sua cura, nella consapevolezza che la cura è la migliore forma e tecnica di controllo e quindi di far uscire dal circuito del penale/penitenziario il malato psichiatrico autore di reato. Certamente, è rimasto il problema della sopravvivenza, anche dopo la trasformazione dei luoghi di cura e custodia in REMS, del "doppio binario", di quel sistema cioè in cui la risposta al reato è di due tipi a seconda che il soggetto sia imputabile o non imputabile (pena/misura di sicurezza) e che presuppone il principio che chi delinque se è privo di capacità di intendere e di volere diventa oggetto di un giudizio di pericolosità e la sua pericolosità sociale è trattata in modo differente dall'ordinaria delinquenza. I principi costituzionali in gioco, in lotta perenne contro la realtà (del resto diceva Calamandrei che "la Costituzione è una polemica contro la realtà") sono due: l' art. 32 Cost che sancisce il diritto alla tutela della salute e l' art 27 comma 3 Cost che stabilisce che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. L'intervento della legge 81/14 ha costituito una svolta epocale in materia di

misure di sicurezza (la prima fu l'abolizione nel 1986 della pericolosità presunta). Significativamente sono 3 le grandi novità, oltre al cambio dello stato dei luoghi dell'esecuzione delle misure di sicurezza e delle condizioni di vita degli internati: 1) giudizio pericolosità deve basarsi sulle sole qualità soggettive (solo malattia?) senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, co.2, n. 4 c.p. (condizioni di vita individuale, familiare e sociale); non rileva la mancanza di un programma individuale (co.4 dell'art. 3-ter d.l. n. 211/11, convertito dalla legge n. 9/12); 2) durata massima (sistema spagnolo 104 *Codigo penal*: gravità del reato) (non vale per l'ergastolo); 3) principio di sussidiarietà (contenimento nelle REMS è l' *extrema ratio*, conseguenza naturale dall'idea "liberale" secondo cui la privazione della libertà personale impone il ricorso al rimedio meno gravoso). Per come la si veda è comunque un enorme passo avanti.

Fatta questa premessa

Il quadro nazionale: i numeri

Dall'aprile del 2015, in cui sono state aperte le prime REMS, ad oggi sono passati 6 anni, anni pieni di cambiamenti e di lavoro. Tutti gli OPG sono stati chiusi (l'ultimo nel febbraio 2017) ed è cambiata la gestione della malattia mentale. Nelle 31 residenze oggi operative (dato al 30.11.20) sono ricoverate [fonte: *Antigone*] 551 persone (489 uomini e 62 donne) e si tratta del dato più basso mai registrato (prima della loro chiusura negli OPG vi erano ristretti 2000 internati). Al 30.11.20 le liste d'attesa segnano 175 persone (di cui il 31 % in carcere), numeri in crescita (nel 2019 erano 92) e senza considerare che il dato è probabilmente sottostimato posto che il Garante nazionale segnala un numero ben maggiore: oltre 700 persone! Cominciamo dunque subito col dire che senza una raccolta dati centralizzata e puntuale ogni presa di posizione sul punto non può che essere ideologica. Le persone in attesa di una sentenza definitiva (cioè con misura provvisoria) sono molte di più di quelle definitive e in percentuale maggiore rispetto ai dati degli imputabili: 50% in REMS e 30 % in carcere, questo perché quando viene decisa una misura provvisoria ci si trova tendenzialmente in epoca più vicina alla commissione del reato ed è possibile che la situazione psicologica sia in una fase acuta. Dei 172 paziente dimessi dalle REMS nel 2020, 154 sono sottoposti alla libertà vigilata o a licenza finale esperimento.

I dati complessivi delle libertà vigilate poi sono in costante crescita negli ultimi 10 anni con un vistoso aumento proprio nel periodo della dismissione degli OPG (triennio 2013-2015): nel decennio ci sono 1283 persone in libertà vigilata in più, con un aumento del 20 %. Come osserva il XVII Rapporto dell'associazione *Antigone*, le statistiche sembrano dunque confermare un effetto espansivo delle misure di sicurezza personali non detentive: al 31.12.20 vi sono 4264 persone in libertà vigilata in Italia. Com'è noto, il numero delle libertà vigilate psichiatriche è enormemente cresciuto dopo la pronuncia della sentenza 2.07.03 n. 253 della Corte Cost. in relazione all'art 222 c.p.

Possiamo aggiungere che alcune conquiste si sono indubitabilmente stratificate: sono migliorati i rapporti tra REMS e servizi territoriali, migliora la qualità dei programmi individualizzati, aumenta la possibilità di un effettivo reinserimento sociale al termine della misura di sicurezza detentiva, testimoniata dall'alto numero di uscite dalle REMS e dall'irrisorio numero dei reingressi. Le REMS inoltre sono delle strutture tendenzialmente aperte e, contrariamente agli Opg, non prevedono una presenza senza fine (essendo previsto il limite edittale di pena come termine massimo di ricovero), con quella tragica pratica che era

definita come 'ergastolo bianco' (e che comunque oggi è rimasto per i reati puniti con l'ergastolo).

Le maggiori criticità

1) Misure provvisorie: il 50 % di misure provvisorie nelle REMS è decisamente un dato troppo elevato. A lungo ci si interroga sulla natura delle REMS, poiché è stato sempre ritenuto opportuno che tali Residenze venissero riservate all'accoglienza di prosciolti con misura di sicurezza definitiva. Su questo punto credo che vi sia stata fin dall'inizio una sottovalutazione dei numeri. Si tratta in questo caso di soggetti della cui non imputabilità ancora si discute, è in fase di accertamento psichiatrico, non è sicuro siano soggetti non imputabili e pertanto la soluzione di trasferire tutti i provvisori (il cui numero è sempre imprevedibile) nelle REMS assieme agli internati 'definitivi', soggetti ormai stabilizzati con esigenze e trattamenti di cura cristallizzati e il cui numero all'epoca dell'emanazione della legge era certo e definito (e sulla cui base era stata determinata la capienza complessiva delle REMS italiane), se da un lato ha il pregio della piena conformità e dell'integrale attuazione del superamento degli OPG, dall'altro lato presenta notevoli rischi con particolare riferimento alla gestione, all'interno delle REMS, di soggetti che esigono intensive cure mediche ed appropriati meccanismi contenitivi nella fase acuta e florida della loro patologia psichiatrica e della loro pericolosità sociale, spesso a distanza ravvicinata al fatto di reato. Orbene, le REMS non riescono ad accogliere tutti i malati psichiatrici autori di reati (definitivi e non definitivi): il problema dunque dei 'provvisori' doveva a mio giudizio essere risolto prevedendo luoghi diversi per la loro allocazione (sempre rispettando il principio dell' *extrema ratio*) e dunque o gli SPDC degli Ospedali (una sorta di detenzione domiciliare ospedaliera), o le ASM degli istituti penitenziari ovvero con misure di più attenuata contenitività (libertà vigilata in strutture comunitarie, di 'grado intermedio'). Segnalo anche il problema di coloro ai quali è stata revocata una libertà vigilata psichiatrica per aumento della pericolosità derivante dalla violazione delle prescrizioni (es. abbandono della Comunità a regime intermedio) e sostituita con il ricovero in REMS: anche costoro vanno ad ingrossare le liste d'attesa e ad essi andrebbe data assoluta priorità.

2) Lista di attesa e relativa gestione: ci si continua a chiedere se debba essere considerato il solo dato cronologico o se abbia priorità la gravità della condizione psichiatrica e/o del reato compiuto. Alcune REMS, ad esempio quelle della Toscana (Volterra ed Empoli: rispettivamente ad oggi 29 e 9 pazienti) hanno redatto delle proprie regole interne (v. Allegati): prima fascia prioritaria A) persone detenute in carcere senza più pena da scontare; B) persone in SPDC; seconda fascia: C) persone libere al proprio domicilio; D) persone presso strutture residenziali. A parità di provenienza vige il criterio cronologico (richiesta di inserimento). Tra misure definitive e provvisorie: REMS di Volterra preferibilmente per i definitivi e REMS di Empoli prioritariamente per i provvisori, temperato dalla tempistica processuale in base alla quale la misura di sicurezza provvisoria può diventare definitiva, allo scopo di evitare inutili trasferimenti da una REMS all'altra. Attualmente i criteri sono lasciati alla discrezionalità del singolo direttore e proprio questo dato viene utilizzato per denunciare il fallimento della riforma e per sollecitare l'apertura di nuove Rems fino addirittura al raddoppio dei posti disponibili. Sarebbero opportuni viceversa criteri condivisi a livello nazionale o addirittura contenuti in una legge. La mia proposta è da un lato quella di uscire totalmente dall'ottica della pericolosità cioè considerare la lista d'attesa non un problema di pericolosità ma un problema di 'trattamento terapeutico' e dall'altro quella di introdurre il concetto di 'dinamicità': cioè la lista andrebbe continuamente rivista periodicamente ogni 3/6

mesi. Sappiamo che la lista delle persone in attesa di essere inserite in REMS è fornita dal DAP ma non trova corrispondenza con i numeri che invece risultano ai Responsabili delle REMS. Questo accade perché vengono aggiunte le nuove richieste ma non vengono sottratti i casi che trovano soluzione, attraverso la modifica della misura o l'inserimento in comunità o altre residenze. Questi cambiamenti non sono comunicati al DAP e quindi la lista si allunga.

3) 'Sovraffollamento delle REMS: costruzione di nuove residenze?': a fronte delle difficoltà quotidiane nel reperire posti dove mettere le persone (piuttosto che di percorsi di cura) vi è una spinta verso l'apertura di altre REMS con un aumento del numero dei posti (la collega Paola Di Nicola in un intervento su DPC nel 2017 ne richiedeva 200 in più) in un processo espansivo che probabilmente non avrebbe limiti (se non quelli economici) nella domanda e potrebbe portare, come in Inghilterra, anche a 6000 posti complessivi. Sono decisamente contrario a questa soluzione, così come per le carceri. Non può essere questa la risposta: l'offerta più ampia determinerebbe un aumento delle richieste di inserimento ed una sostanziale rinuncia all'individuazione di percorsi di cura esterni, frustrando la *ratio* della legge 81. Le REMS verrebbero chiamate, soprattutto nei confronti dei soggetti non definitivi, a compiti custodiali e coercitivi con il rischio di una loro trasformazione in MiniOPG e di una lesione dei diritti degli utenti. Non possiamo nasconderci che le REMS, luoghi ben più puliti, moderni e tecnologici delle attuali carceri, rischierebbero di accumulare poveri, misure provvisorie, persone disturbanti e abbandonate e dalla cura si passerebbe ad una funzione di controllo del disagio con maggiori difficoltà alle dimissioni. Una nuova forma di 'detenzione sociale' di margariana memoria alla quale non possiamo dare corso. Meglio sarebbe, eventualmente, articolare REMS secondo livelli di intensità di cura e di sicurezza e creare presidi altamente specializzati per la definizione di programmi di cura sul territorio. Altra soluzione è quella di abolire le misure di sicurezza provvisorie e sostituirle con le misure cautelari *tout court*. Consideriamo poi che il tema della capienza delle REMS si scontra inevitabilmente con due principi cardine della riforma: territorialità e numero chiuso, che sono i fondamenti di un funzionamento terapeutico efficace nelle REMS. Tali principi ad oggi, a parte qualche eccezione, risultano entrambi rispettati e non possono tollerare una 'sovraffollamento' delle singole strutture residenziali. Se in carcere è consentito il 'sovraffollamento' (con le conseguenze che in ogni caso ben conosciamo), nelle REMS è impossibile stanti i parametri 'sanitari' che vi vengono applicati.

4) Condizione femminile nelle REMS

Le donne presenti nelle strutture attive sul territorio nazionale rappresentano un numero molto contenuto anche se in percentuale sono il doppio della detenzione femminile. Vi sono due Rems solo femminili, una a Pontecorvo nel Lazio e un padiglione a Castiglione delle Stiviere. Nelle altre Rems la presenza di donne si limita a poche unità, da una a due o tre. Questa realtà deve rendere consapevoli gli operatori dei rischi di isolamento o emarginazione e dunque a produrre progetti e attività che garantiscano la massima integrazione. Nel Veneto è stata recentemente aperta una struttura 'intermedia' per sole donne che potrebbe assorbire molte delle richieste di ricovero per donne non imputabili di non elevata pericolosità, da collocare in regime di libertà vigilata.

5) Mancanza di una normativa omogenea valida in tutte le REMS

Uno dei problemi più gravi delle REMS è la mancanza di una normativa omogenea valida per tutte. Le strutture infatti continuano ad essere dotate di singoli e diversi regolamenti interni. Questo crea difficoltà su diversi fronti, primo tra tutti il tema dei diritti dei pazienti che

finiscono per poter essere diversi tra le trenta strutture. Rimane aperta e contestata dagli operatori la vigenza delle norme dell'ordinamento penitenziario del 1975 e del regolamento del 2000 che, sappiamo, in quanto applicabili agli 'internati' dovrebbero trovare esecuzione in tutte le residenze. Un esempio per tutti: il reclamo giurisdizionale ex art. 35 bis e quello risarcitorio ex art. 35 ter trovano espressa applicazione anche nei confronti degli internati, così come le norme sui colloqui e quelle disciplinari, e tutto quanto previsto dall'ordinamento penitenziario in materia di condizioni di vita e garanzia di diritti fondamentali (vitto, alloggio, diritto allo studio ed al lavoro, e così via). Le disposizioni differenti riguardano soltanto la materia delle licenze (al posto dei permessi premio) e di gran parte delle misure alternative (prevista la sola semilibertà e l'art. 21 per gli internati). Ricordiamo poi che la delicata materia delle normative compatibili è stata rimessa da un decreto ministeriale del 2012 ad un semplice accordo tra lo Stato e le Regioni e dunque alla Conferenza Unificata, ma un'intesa tra enti e istituzioni pubbliche non può derogare a norme di legge.

6) Architettura delle REMS

Da un punto di vista strutturale, le REMS avrebbero dovuto avere un carattere meno carcerario possibile (es. bassa presenza di sbarre e recinzioni). Purtroppo in alcuni casi hanno prevalso le preoccupazioni di sicurezza. Va detto peraltro che gli arredi e gli spazi interni si caratterizzano generalmente in termini di apertura. Si segnala che nelle REMS è notevolmente aumentata l'attenzione verso la gestione del tempo. Diverse sono le attività proposte nelle strutture: laboratori di cucina, di attività espressive e sportive, di scrittura creativa, cineforum, uscite programmate, ecc. In tutti i Regolamenti interni alle REMS emerge l'importanza della partecipazione attiva dell'ospite alle attività proposte, nell'ottica di evitare un comportamento passivo della persona e aumentare la condivisione della vita di comunità.

7) I "senza fissa dimora"

La questione relativa ai pazienti senza fissa dimora era in Opg e rimane nelle REMS un tasto dolente. Poco si riesce ad incidere sui percorsi di vita di questi pazienti, essendo limitati i programmi a cui queste persone riescono ad accedere.

La maggior parte delle persone senza fissa dimora presenti nelle REMS hanno una residenza fittizia fornita dai Comuni ove risiedevano in precedenza e questo garantisce loro l'assistenza al welfare di base. Nel caso in cui la persona sia entrata irregolarmente all'interno del nostro Paese e non abbia mai regolarizzato la sua posizione, il principio che viene applicato per stabilire una residenza, seppure fittizia, è quella legata al luogo in cui la persona ha commesso il reato. Tuttavia, la costruzione di reti che favoriscano il reinserimento sociale della persona, una volta scontata la pena e/o terminata la misura di sicurezza, per i 'senza fissa dimora' diventa assai più complicato di quanto già non lo sia in generale per i cittadini con residenza.

8) Riforma del Codice penale

È necessario un intervento su diversi articoli, prima di tutto sull'art. 148 c.p. (infermità psichica sopravvenuta in carcere) e sull'art. 206 (misure di sicurezza provvisorie) che dovrebbero essere abrogati. Altrettanto indispensabile un lavoro di pulizia semantica per eliminare dal codice e dall'Ordinamento penitenziario termini superati come OPG e internati, minorati psichici e sostituirli con definizioni corrispondenti alla nuova realtà.

9) Il problema dell'art. 148 c.p.

Il problema della sopravvivenza dell'art. 148 c.p. si salda col problema della salute psichica in carcere e dunque con quello delle 'articolarzioni della salute mentale' (ASM). Quello della

salute mentale in carcere è certamente un argomento complesso di cui si parla sottovoce: è un universo parallelo, ignoto e silenzioso. Non c'è una ragione normativa, etica e professionale per cui i servizi sanitari del territorio non entrino in carcere: servono strumenti per tutelare la salute mentale del detenuto proprio quando, come in questo ultimo anno determinato dalla pandemia, l'interruzione delle attività creative, formative e dei servizi socio-sanitario ne ha amplificato l'intensità posto che di fatto si è dato più spazio a una medicina di emergenza, di reazione e non di prevenzione. Il Coronavirus con tutte le sue conseguenze sociali ha creato fortissimi disagi alle persone con disturbi mentali, sia fuori che dentro il carcere, aggravandone le condizioni. Voglio subito dire, ma qui ci si confronta spesso anche con chi sostiene l'abolizione della categoria penalistica della non imputabilità, che il carcere non è il luogo adatto in cui curare la patologia mentale e l'istituzione penitenziaria, per numerose ragioni (come la mancanza di risorse) non è nelle condizioni di gestire questo nodo complicato. Il paradosso è che mentre il sistema delle Rems sta procedendo tutto sommato abbastanza bene con risultati soddisfacenti anche nelle uscite, quello della cura della patologia mentale in carcere è uno dei nodi più complicati da sciogliere.

La questione del 148 è nota. Fino ad un passato più recente i detenuti affetti da infermità psichica sopravvenuta alla condanna erano trasferiti, su disposizione del magistrato di sorveglianza, negli Ospedali Psichiatrici Giudiziari, in virtù della disposizione dell'art. 148 c.p.. Il superamento degli OPG non è stato, tuttavia, accompagnato da una contestuale riforma della disciplina dell'art. 148 c.p., lasciando del tutto incerta la 'sorte' di quei malati ristretti in carcere che, affetti da infermità psichica 'sopravvenuta', non possono più essere ricoverati nei vecchi OPG (ormai aboliti) né nelle nuove REMS, destinate esclusivamente all'esecuzione delle misure di sicurezza. Si trattava dunque di individuare uno strumento giuridico idoneo ad assicurare adeguata tutela a coloro che, nel corso dell'esecuzione della pena, fossero colpiti da un'infermità psichica che li rendeva incompatibili con la detenzione carceraria e che non potevano più ricorrere al rimedio dell'art. 148 c.p.. La soluzione in realtà era contenuta nello schema di decreto legislativo adottato il 23 dicembre 2017, poi 'cassato' dal nuovo Governo, che prevedeva una riformulazione dell'art. 147 c.p. (con l'aggiunta della parola 'psichica' a 'fisica' connotante l'infermità che consente il differimento della pena detentiva). A ciò ha posto, solo in parte, rimedio la sentenza n. 99/19 della Corte cost.: essa ha sancito la definitiva 'inapplicabilità' dell'art. 148 c.p. all'infermità psichica sopravvenuta alla condanna, in base alla considerazione che detta norma è stata superata dalle riforme legislative in materia di abolizione degli OPG pur non essendo stata da queste espressamente abrogata; soprattutto, essa è frutto di un approccio alla malattia mentale basato sull'internamento, tipico dell'epoca in cui fu scritta, del tutto contrario al cambiamento del paradigma culturale e scientifico sul trattamento della salute mentale. In altre parole, la riforma del 2014 avrebbe completamente svuotato di contenuto precettivo la disposizione codicistica: tutti gli istituti a cui essa rinvia sono scomparsi in virtù di riforme legislative che riflettono tale cambiamento culturale. Si tratta di un'affermazione netta che, pur non giungendo a sostenere l'implicita 'abrogazione' della norma ne sancisce l'assoluta 'inapplicabilità'. Ciò è del resto confermato dal fatto che il processo di superamento degli OPG è stato accompagnato dalla realizzazione, all'interno degli istituti penitenziari ordinari, di apposite Sezioni denominate "Articolazioni per la tutela della Salute Mentale" che - previste dall'Accordo del 13 ottobre 2011, sancito in Conferenza Unificata in attuazione del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 1° ottobre 2008 - sono dedicate all'accoglienza dei detenuti appartenenti a specifiche categorie giuridiche, in precedenza ospitati negli OPG, per ricevere le necessarie cure ed assistenza psichiatriche. Risultano attivate, dai dati del Dipartimento Amministrazione Penitenziaria, 38 Sezioni ASM per una capienza complessiva di circa 500 posti letto. La previsione di legge che ha consentito

la realizzazione delle «sezioni speciali» è rappresentata dall'art. 65 ord.penit., ove si prevede l'assegnazione dei soggetti affetti da infermità o minorazioni fisiche o psichiche in istituti o sezioni speciali per idoneo trattamento.

Pertanto oggi se la condizione del soggetto in esecuzione pena, portatore di patologia psichica sopravvenuta, è quella di detenuto condannato (dunque soggetto imputabile), dovrà ricorrersi in primo luogo alle 'ASM' poste all'interno del circuito penitenziario, il cui funzionamento ha l'obiettivo di contrastare la cronicità e favorire la cura e la riabilitazione delle persone detenute con gravi patologie psichiatriche, facilitando l'accesso ai programmi di trattamento sul territorio e dunque anche all'eventuale concessione della detenzione domiciliare 'in deroga' ex art. 47-ter comma 1-ter ord. penit., non potendo più operare nei suoi confronti il meccanismo dell'art. 148 c.p. Si osserva altresì che in forza del d. lgs. n. 123 del 2018 (di attuazione della legge delega) è stato novellato il comma 1 dell'art. 678 c.p.p. mercè la rimozione, dalle competenze del magistrato di sorveglianza, proprio della materia attinente ai ricoveri previsti dall'art. 148 c.p.: ciò sembra dunque confermare la tesi dell'inapplicabilità di detta norma. Sta di fatto dunque che oggi non esiste più 'il rito' per il procedimento riguardante il ricovero dei detenuti affetti da infermità psichica sopravvenuta (pur permanendo la sua previsione tra le attribuzioni del magistrato di sorveglianza ai sensi del comma 8 dell'art. 69 ord. penit. non toccato dagli interventi legislativi). In definitiva, chiusi gli OPG e di fatto abrogato l'art. 148 c.p., non esiste più alcuna norma codicistica che affronti il tema della sopravvenienza in carcere della malattia psichica in capo ai soggetti imputabili. Su questa considerazione si basa pertanto l'operazione 'additiva' della Corte che, colmando la lacuna, non ha ritenuto possibili né l'interpretazione analogica dell'art. 147 c.p. che amplierebbe il differimento della pena ricomprendendovi anche l'infermità psichica né l'estensione del ricovero in REMS di questi malati (che fa leva sulla 'formale' sopravvivenza dell'art. 148 cod. pen. anche dopo l'abolizione degli OPG). Su quest'ultimo punto si deve ribadire l'assoluta opposizione alla possibilità di ricoverare gli infermi psichici 'sopravvenuti' nelle REMS, nonostante si siano registrate alcune, isolate, pronunce della magistratura di merito in questo senso. Ecco dunque la necessità di individuare diversi strumenti per assicurare anche a costoro un'esecuzione non contraria al senso di umanità.

Sulle ASM vorrei aggiungere che esse hanno anche il compito di provvedere all'osservazione psichiatrica di cui all'art. 112 Reg., di durata non superiore ai 30 gg., con attività dunque in questo caso limitata alla sola diagnostica, su cui credo che rimanga ferma la competenza dell'autorità giudiziaria (cioè l'osservazione psichiatrica la può disporre solo l'A.G. e non il DAP). Sul punto vi è oggi, almeno per quanto è di mia diretta esperienza, un po' di confusione posto che spesso è il DAP a provvedere all'inserimento delle ASM ma poi si chiede al magistrato di sorveglianza di autorizzare, con il nulla osta previsto dall'art. 112, co. 3, Reg., il rientro nelle sezioni comuni.

Il rischio concreto è che le ASM in carcere diventino, per il tramite delle assegnazioni dirette da parte del DAP, dei 'MiniOPG' a rischio di saturazione nel breve tempo, impedendo di fatto di operare quello che è il loro vero compito, non la cura a lungo termine dei malati psichiatrici in carcere (o addirittura il mero contenimento del disagio che, in quanto derivante dalla prisonizzazione, non è disturbo mentale) ma l'osservazione del malato psichico, l'eventuale diagnosi finalizzata da un lato alla riabilitazione e, dall'altro, ai provvedimenti che l'autorità giudiziaria dovrebbe adottare.

Conclusioni anche *de iure condendo*

Andiamo al nocciolo dei problemi anche per individuare soluzioni per uscire dalle criticità che si sono evidenziate.

In tema di pericolosità sociale innanzitutto non ci troviamo di fronte ad un concetto chiaro e pacificamente condiviso, basato su regole definite, se non scientificamente verificate, che tuttora non esistono, a meno che non si vogliano spacciare per metodologie scientificamente accertate, impressioni soggettive, valutazioni personali se non operazioni chiaramente ideologiche. Orbene, senza volere affermare che la pericolosità non esiste o che il diritto penale non debba considerarla, ma che anzi è importante per un regolare e corretto funzionamento del sistema giustizia che si possano utilizzare anche i giudizi probabilistici di reiterazione del reato, occorre la consapevolezza che simili giudizi sono grandemente difficili, scarsamente attendibili e molto discrezionali. E allora si parte da dei “paletti” indispensabili volti a tutelare i diritti di libertà dell’individuo da eccessive ed insopportabili compromissioni, recuperando una dimensione garantista effettiva e non solo formale. Mi spiego subito: qual è il presupposto per l’applicabilità di ogni misura di sicurezza? Il fatto-reato. Allo stato, il fatto ha la caratteristica di porsi solo quale “semplice” occasione dell’intervento specialpreventivo e tutt’al più incide sulla durata minima della misura di sicurezza e, oggi, dopo l’intervento della legge 81/14, anche sulla durata massima. Viceversa a mio parere sarebbe più logico considerare la “gravità” del fatto quale indicatore di una probabilità di reiterazione tenendo conto, inoltre, della relazione che intercorre tra fatto-reato e condizione personale che rileva ai fini del trattamento. Ciò consentirebbe, ad esempio, di non considerare i comportamenti occasionali, recuperando così il principio di proporzionalità quale strumento adeguatore, anche in questa materia, tra la qualità della minaccia da parte del singolo e la privazione della libertà personale. Siamo pur sempre nell’ambito del diritto penale e dunque questi interessi (libertà/pericolo) vanno equamente soppesati.

In questi anni, infatti, la sopravvalutazione delle esigenze di tutela sociale ha finito per rendere sempre meno rilevante la gravità del fatto e conseguentemente sempre meno determinata la nozione di pericolosità sociale.

Viceversa, mai come oggi, è necessario recuperare un concetto di pericolosità sociale come probabile recidiva di fatti rilevanti o, quantomeno, lesivi di interessi compatibili con quello della libertà personale. Solo in presenza di minaccia a beni di rango superiore si possono applicare le misure di sicurezza, con ciò considerando come implicito il principio di proporzionalità di cui sopra. La gravità e consistenza della minaccia consentirà di delineare in modo più rigoroso i limiti della risposta di sicurezza, evitando, o almeno riducendo, risultati pesantemente discriminatori e punitivi nei confronti di una devianza “povera”. L’eccessiva indeterminatezza dei parametri dell’art. 133 c.p. cui ancora si fa riferimento per la valutazione della pericolosità sociale, come sinteticamente espresso nell’art. 203 co. 2 c.p., fa sì che nelle dichiarazioni di pericolosità o di non pericolosità si trovino valutazioni ampiamente discrezionali da parte del giudice. In caso di incapacità di intendere e di volere tante delle circostanze di cui all’art. 133 c.p. finiscono per perdere il loro carattere di indicatori (ad esempio, così è per la gravità del danno e l’intensità del dolo, la prima casuale, il secondo concettualmente non compatibile con la incapacità di volere). Anche in queste ipotesi, in concreto, la tendenza costante appare quella di ritenere sussistente la pericolosità prevalentemente in base alla diagnosi di malattia psichica da cui viene derivata una non meglio motivata probabilità di commissione di altri reati. La gravità stessa del reato, frequentemente assai modesta (quale quella di piccoli furti, o delle resistenze, minacce e oltraggi) è scarsamente tenuta in conto. Ed ancora: l’accertamento della pericolosità e la valutazione della stessa sembra scorrere su binari alquanto differenti a secondo che si tratti di accertamento effettuato nella fase della cognizione o di quella dell’esecuzione. A mio avviso le

ragioni di tale differenza vanno ricercate innanzitutto nella diversità delle culture professionali del Giudice della cognizione e del Magistrato di sorveglianza; la prima si fonda essenzialmente su una impostazione di tipo diagnostico mentre la seconda su un giudizio di tipo prognostico.

In questi anni la magistratura di sorveglianza ha notevolmente contribuito al contenimento delle difficoltà derivanti dall'incertezza caratteristica della prognosi di recidiva attraverso un'interpretazione dell'art. 230 co. 2 c.p. secondo cui vi è un generale potere di trasformazione e sostituzione delle misure detentive con altre meno contenitive. Ciò ha richiesto l'adesione ad una concezione "dinamica" della pericolosità sociale ed il riconoscimento dell'influenza che sulle prospettive di evoluzione possono incidere fattori esterni, familiari, lavorativi, socioambientali... e che essa può essere gestita anche a mezzo di forme di controllo e sostegno *extra moenia* maggiormente proporzionate ed adeguate quando la pericolosità sociale si esprime come minaccia a beni ed interessi di rango non primario.

In tal modo il magistrato di sorveglianza, lungi dal porre in essere operazioni ideologiche, recupera la sua originaria funzione di giudice del trattamento individualizzato.

L'esigenza di garantismo che deve essere sempre presente quando si limitano i diritti di libertà del singolo impone al magistrato di sorveglianza un obbligo di prognosi di efficacia. Ci sono interessi diversi, ma non necessariamente incompatibili: da un lato l'esigenza di difesa sociale, dall'altro il diritto alla salute e l'interesse alla cura dell'individuo infermo, riconoscendo che la prima può essere garantita anche a mezzo di una misura di sicurezza non detentiva la quale attraverso una scelta terapeutica adeguata, può essere idonea a contenere la pericolosità sociale. Se così è, appare evidente come la finalità special-preventiva propria delle misure di sicurezza appare cedere di fronte a finalità quali quelle espresse dalle esigenze di reinserimento sociale e di salute dell'individuo.

L'attuale crisi del sistema delle misure di sicurezza si fonda non solo sulle difficoltà ed incertezze interpretative del presupposto della pericolosità sociale ma anche sull'effettiva idoneità delle misure di sicurezza ai fini della difesa sociale e dell'inserimento del soggetto sottoposto poiché di fatto esse si risolvono in una sostanziale prosecuzione o sostituzione della detenzione. Personalmente ritengo che la valenza delle misure scatti da un lato un complesso di inferiorità rispetto alle misure alternative - che offrono ben maggiori possibilità di reinserimento - e, dall'altro, è influenzata dall'attuale carenza delle strutture penitenziarie che ad esempio non sono in grado di curare i pazienti psichiatrici.

Paradossalmente le REMS hanno in qualche modo determinato un rilancio delle misure di sicurezza, proprio di quelle detentive, e paradossalmente un rilancio del 'doppio binario', retaggio antico nella prospettiva di un'integrale riforma del codice penale e del sistema delle sanzioni, in un'ottica di diritto penale della responsabilità e della riparazione piuttosto che della prevenzione e della difesa sociale.

Esperienze pratiche (v allegati)

1. Criteri ingressi REMS Toscana
2. Magistrato di sorveglianza di Padova 7.07.16 (35 bis)
3. Tribunale di sorveglianza di Firenze 5.02.19 (680 co. 3 c.p.p.)
4. Protocollo Toscana misure di sicurezza 2018-2021