

La restrizione della libertà personale dei soggetti non imputabili autori di reato. Le Corti dei diritti di fronte alle istanze di salute e sicurezza.

di **Milvia Gagliardi**

Sommario. 1. Considerazioni introduttive sugli atti (non sempre idonei e diretti in modo non equivoco) a bilanciare salute e sicurezza – 2. Gli interventi della giurisprudenza nazionale ed europea – 2.1. La giurisprudenza costituzionale sulle presunzioni assolute di pericolosità sociale. L'argomento della comune esperienza – 2.2. I criteri di accertamento della pericolosità sociale. Tra riformate indicazioni normative e correttivi interpretativi – 2.3. La risposta penale alla pericolosità sociale: dal *self-restraint* della Corte costituzionale all'elaborazione pretoria della libertà vigilata terapeutica – 2.4. Possibili conseguenze del giudizio di pericolosità sociale – 3. Il superamento del criterio del tempo dell'infermità come discrimine tra diritto alla salute e irrogazione della pena detentiva. La sentenza n. 99/2019 – 4. La questione psichiatrica, parte della più ampia questione carceraria. I criteri ispiratori della riforma in balia di più o meno buone prassi – 4.1. Effetti collaterali della L. 81/2014: *Sy contro Italia* e Corte costituzionale 22/22 – 4.1.1. Il caso *Sy contro Italia*: il fatto in breve – 4.2. Il possibile rilievo dell'art. 3 CEDU. L'individuazione di criteri, da applicare caso per caso, sul discrimine tra ciò che si deve e ciò che si può fare – 4.3. Il possibile rilievo dell'art. 5 CEDU. La giustificazione della restrizione di libertà personale sulla base di una condanna o per alienazione – 4.4. Il dialogo tra art. 3 e art. 5 §1 CEDU. Le argomentazioni dei giudici di Strasburgo – 5. Articolo 5 §1 e articolo 6 CEDU. L'impatto nel giudizio costituzionale – 6. Aspettando la sentenza pilota: la necessità e l'urgenza di disciplinare la procedura di esecuzione della misura di sicurezza in REMS nel Decreto carceri e la proposta di legge in tema di imputabilità e misure alternative alla detenzione per le persone con disabilità psicosociale.

1. Considerazioni introduttive sugli atti (non sempre idonei e diretti in modo non equivoco) a bilanciare salute e sicurezza.

La delicatezza della materia della malattia psichica vissuta da soggetti autori di reato, posta in relazione alla materia pure delicata – e speculare – concernente la risposta più idonea che può fornire l'ordinamento, è tangibile, soprattutto se ci si focalizza sulle due sfere che si intende conciliare: il diritto alla salute del

singolo e quello alla sicurezza pubblica¹. Le applicazioni normative in merito, in un primo momento con connotazioni di stampo eminentemente custodiale²,

¹ È ormai consolidato l'orientamento per cui l'associazione operata dall'art. 32 Cost. tra l'aggettivo *fondamentale* e la tutela del diritto alla salute non significa una preminenza dello stesso che lo escluderebbe dal giudizio di bilanciamento rispetto ad altri diritti o interessi. Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85 ammonisce in merito al rapporto di integrazione reciproca tra diritti fondamentali, tale da impedire «l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette».

Neppure mancano riferimenti costituzionali o derivanti da carte sovranazionali alla *sicurezza*, limite alla libertà dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), di competenza legislativa esclusiva dello Stato (lett. h, comma 1, art. 117 Cost.), diritto di ogni individuo, al pari della libertà (art. 6 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea). L'esigenza di sicurezza è, nella speculazione di Thomas Hobbes, la ragione che conduce i consociati a riunirsi in società. Per ulteriori considerazioni in tema di sicurezza, dalla necessità della sicurezza personale ai rischi connessi all'abuso del concetto di tutela della sicurezza pubblica, L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019.

In merito al bilanciamento tra salute e sicurezza, C. cost. 19 aprile 2019, n. 99 su cui *infra* § 3 e C. cost. 24 novembre 2020, n. 245 che, in tema di detenzione domiciliare in deroga concessa a detenuti in regime di 41-*bis* nel periodo dell'emergenza da COVID-19, specifica che l'attualità del bilanciamento «tra le imprescindibili esigenze di salvaguardia della salute del detenuto e le altrettanto pressanti ragioni di tutela della sicurezza pubblica» va rivalutata *frequentemente e con particolare scrupolo*.

² Il tema della custodia è stato centrale nel trattamento della malattia mentale, anche svincolata dalla commissione di fatti di reato. Per ripercorrere brevemente le tappe della storia del nostro Paese, si consideri che la prima sezione per maniaci – manicomio giudiziario *ante litteram* – fu istituita ad Aversa per atto amministrativo, all'interno della casa penale nel 1876; nel 1904 la legge 14 febbraio, n. 36 recante *Disposizioni sui manicomi e sugli alienati. Custodia e cura degli alienati* pone l'accento sulle esigenze custodiali. Quando si è trattato di malattia mentale, a lungo custodia e cura hanno costituito un'endiadi, ritenendo la custodia – attuata anche, e soprattutto, mediante mezzi di contenzione fisica che andavano dalla camicia di forza all'elettroshock – l'unica cura attuabile. Gli anni Sessanta e Settanta hanno segnato una svolta limitatamente all'ambito degli ospedali psichiatrici cc.dd. civili, prima con la L. 18 marzo 1968, n. 431 e poi con la L. 13 maggio 1978, n. 180 recante *Accertamenti sanitari volontari e obbligatori*, meglio nota come "Legge Basaglia", dal nome del medico psichiatra direttore dell'ospedale psichiatrico di Trieste e membro del movimento di psichiatria democratica. Effetto collaterale e non voluto dell'abbattimento delle mura dei vecchi manicomi è stato il rafforzamento di istituzioni quali gli ospedali psichiatrici giudiziari, che hanno rappresentato a lungo una realtà confortante, per chi ne restava fuori, dato il nome *sanitario* di ospedale; la grande somiglianza con ciò cui si era stati sempre abituati, poi, li rendeva congeniali anche a chi vi entrava, non potendo individuare un posto migliore per sé. Emblematico in questo senso R. CASTIGLIONE, *Il ritorno del Mariolino ovvero dell'insostituibile funzione del manicomio criminale*, in *Rass. Penit. e Crimin.*, 1986, 1-3, pp. 105 ss.

conseguenza dell'affermato automatismo tra malattia mentale e pericolosità sociale³, ad oggi risentono dell'esperienza, non troppo lontana nel tempo⁴, del fallimento di un sistema che pareva essere l'unico applicabile, trovandosi di fronte a quello che, sostanzialmente, veniva considerato un *monstrum*, e che ha invece destato scandalo per le condizioni in cui versavano i ricoverati negli ospedali psichiatrici giudiziari.

Con l'eliminazione dei luoghi⁵, le persone sono rimaste. Il tema del trattamento del soggetto infermo di mente autore di reato è attuale – se non nel dibattito pubblico – nelle aule giudiziarie, nelle carceri, e coinvolge non solo chi vive in prima persona la malattia, ma anche le loro famiglie, gli operatori sanitari e quelli della sicurezza – pubblica, nel caso degli agenti di polizia penitenziaria, o privata, nel caso degli addetti alla sicurezza all'esterno delle REMS.

Per un inquadramento delle tematiche connesse alla pericolosità sociale scaturente da incapacità di intendere e di volere al momento della commissione del fatto di reato, o sopravvenuta allo stesso, accanto alle disposizioni legislative occorre considerare gli approdi giurisprudenziali, fondamentali per tentare una restituzione al passo con una realtà dinamica.

³ Per un inquadramento generale in tema di controllo sociale e psichiatria, M. FOUCAULT, *Gli anormali. Corso al Collège de France (1974-1975)*, Milano, 2017. Sul tema, merita un riferimento l'influenza degli studi antropologici di Cesare Lombroso, in accordo ai quali le anomalie avrebbero il valore di «indizio, come una nota musicale dalla quale né pretendiamo, né potremmo cavare un accordo se non quando si trovi insieme ad altre note *fisiche* o *morali*», tra queste l'aver commesso un reato. In risposta alle critiche che venivano mosse ad un tale approccio, per «mettere, con tutti questi nuovi indizi fisionomici, cranici, in maggiore pericolo la sicurezza individuale, inclinando al sequestro di un individuo solo perché abbia l'orecchia ad ansa o il tatto ottuso», si argomentava con riferimento all'autonoma valenza di sospetto della caratteristica antropologica, in grado da sola di condurre a una maggiore percentuale di accertamento (e quindi, assegnazione al manicomio criminale) «nei processi per pederastia, per veleno, per assassinio, ove tanti indizi vanno mancando». C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente. In rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza e alle discipline carcerarie*, V ed., vol. I, Torino, 1896, pp. VI ss.

⁴ Sebbene all'interno del d.l. 22 dicembre 2011, n. 211 convertito in legge 17 febbraio 2012, n. 9 recante *Interventi urgenti per il contrasto alla tensione detentiva determinata dal sovraffollamento carcerario* fosse inserito anche l'intento relativo al superamento degli OPG entro il 1° febbraio 2013, i tempi sono stati prorogati fino all'emanazione della legge 30 maggio 2014, n. 81, di conversione del d.l. 31 marzo 2014, n. 52 recante *Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*. Tuttavia, nemmeno il 2015 fu l'anno del *definitivo superamento* (come ci si era prefissati in seconda battuta), ma si dovette attendere il 2017 per la dimissione degli ultimi internati nell'OPG di Barcellona Pozzo di Gotto.

⁵ Il riferimento è a P. DELL'ACQUA, S. D'AUTILIA, *Abbandonare quei luoghi, abitare le soglie*, *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, 3, pp. 1355 ss.

2. Gli interventi della giurisprudenza nazionale ed europea.

Un momento fondamentale in merito al contemperamento di diritti individuali ed interessi della collettività è stato rappresentato dalla pronuncia della Corte EDU del 24 gennaio 2022, caso *Sy c. Italia*⁶. Soffermarsi esclusivamente su di essa, tuttavia, non consentirebbe di focalizzare appieno il sistema in cui si inserisce il trattamento del soggetto infermo di mente e autore di reato, il quale si sia determinato a compiere il fatto senza capacità di intendere e di volere. Accanto a chi viene comunemente appellato *folle reo*, esiste anche chi al momento della commissione del fatto di reato era perfettamente in grado di intendere e di volere; tuttavia, ha sviluppato successivamente una condizione psicopatologica cui è seguito il venir meno tale facoltà, il c.d. *reo folle*⁷, che – se trattato alla stregua di chi ha preservato la capacità di intendere e di volere anche in corso di detenzione, e che è idealmente collocato in un percorso rieducativo – potrebbe far vacillare l’impianto di giustificazione della pena⁸, almeno rispetto ai principi costituzionali sui quali la stessa si fonda. È in quest’ottica che pare utile passare in rassegna alcune delle più significative pronunce della Corte costituzionale sul tema.

2.1 La giurisprudenza costituzionale sulle presunzioni assolute di pericolosità sociale. L’argomento della comune esperienza.

Le prime questioni di legittimità costituzionale sugli articoli che compongono il titolo VIII del codice Rocco furono sollevate poco dopo l’inizio dei lavori della Corte, che, calata nel tempo in cui era chiamata a pronunciarsi⁹, a lungo si è astenuta dall’agire in senso ablativo.

⁶ *Infra*, § 4.1.

⁷ Pur non ritenendo particolarmente felice la distinzione terminologica tra le due categorie di autori di reato infermi psichici, se ne riconosce l’efficacia comunicativa.

⁸ Il discorso sulla punibilità nel nostro ordinamento è affrontato in Costituzione all’art. 27. Il principio di personalità della responsabilità penale è centrale anche all’interno del codice, ove – oltre alla necessaria verifica in ordine alla riferibilità psicologica dell’azione al soggetto che l’ha commessa (art. 42 c.p.) e ai suoi riflessi nelle ipotesi di errore (artt. 47 ss. c.p.), cfr. *amplius* F. MANTOVANI, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 2, pp. 767 ss. – paiono preliminari, in un’ottica che consideri sia l’elemento sostanziale che quello procedurale del reato, le considerazioni in tema di imputabilità di cui agli artt. 85 ss. c.p. e in merito alle quali si rimanda a M. GALLO, *Appunti di diritto penale. L’imputabilità*, vol. V, Torino, 2013.

⁹ La realtà socioculturale del Paese non è mai stata ignorata dalla Corte nei suoi lavori; ha, anzi, rivestito sempre un ruolo di rilievo, idoneo ad orientare dei cambiamenti giurisprudenziali anche a distanza di pochi anni. Celebre in tal senso è stato il mutamento occorso tra il 1961 e il 1969 in tema di adulterio: nell’originale formulazione del codice Rocco, infatti, nel titolo dei *Delitti contro la famiglia*, era inserito l’art. 559: “1. La moglie adultera è punita con la reclusione fino a un anno. Con la stessa pena è punito il correo dell’adultera. 2 La pena è della reclusione fino a due anni nel caso di relazione

Così, è bastato riferirsi alle *comuni esperienze*¹⁰ per ritenere infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata riguardo all'art. 204 c.p., il quale,

adulterina. 3. Il delitto è punibile a querela del marito". Il Giudice delle Leggi con la pronuncia n. 64 del 23 novembre 1961 argomentava sostenendo che l'art. 559 c.p. non tutelasse solo la fedeltà coniugale – la cui lesione da parte della moglie sarebbe stata comunque più grave rispetto a quella del marito, e ciò per «*constatazione di un fatto della vita sociale, di un dato della esperienza comune*» – ma anche l'unità della famiglia, società naturale fondata sul matrimonio, intesa come «*concetto che tuttora vive nella coscienza del popolo*». Sempre valorizzandone il riflesso sociale, si concludeva che la relazione adulterina della moglie avesse in concreto delle conseguenze più gravi – «in primo luogo, l'azione disgregatrice che sulla intera famiglia e sulla sua coesione morale cagiona la sminuita reputazione nell'ambito sociale; indi, il turbamento psichico, con tutte le sue conseguenze sulla educazione e sulla disciplina morale che, in specie nelle famiglie (e sono la maggior parte) tuttora governate da sani principi morali, il pensiero della madre fra le braccia di un estraneo determina nei giovani figli, particolarmente nell'età in cui appena si annunciano gli stimoli e le immagini della vita sessuale; non ultimo il pericolo della introduzione nella famiglia di prole non appartenente al marito – rispetto a quella del marito, da ciò potendosi dedurre che: «Con tale norma non è stata creata a carico della moglie alcuna posizione di inferiorità, ma soltanto è stato preso atto di una situazione diversa, adattandovi una diversa disciplina giuridica». Il *revirement* giurisprudenziale ha luogo in due tappe. Con la pronuncia n. 126 del 16 dicembre 1968, la Corte, pur ribadendo che il marito costituiva ancora il centro aggregatore della famiglia e punto di riferimento della stessa nella sfera sociale, dichiarava l'illegittimità costituzionale dei primi due comma dell'art. 559 c.p. perché «La legge, non attribuendo rilevanza all'adulterio del marito e punendo invece quello della moglie, pone in stato di inferiorità quest'ultima, la quale viene lesa nella sua dignità, è costretta a sopportare l'infedeltà e l'ingiuria, e non ha alcuna tutela in sede penale [...] La Corte ritiene pertanto che la discriminazione sancita dal primo comma dell'art. 559 del Codice penale non garantisca l'unità familiare, ma sia più che altro un privilegio assicurato al marito». Solo con la pronuncia n. 147 del 1969 si completa la demolizione dell'art. 559 c.p., e conseguenzialmente dell'art. 560 c.p. (concubinato): la Corte colloca storicamente il sistema desumibile dalle disposizioni censurate in «un'epoca in cui la donna non godeva della stessa posizione sociale dell'uomo e vedeva riflessa la sua posizione di netta inferiorità nella disciplina dei diritti e dei doveri coniugali [...] Ma [a prescindere dalle valutazioni di politica legislativa] è compito indiscutibile della Corte accertare l'insanabile contrasto fra quella disciplina, quale che ne sia stata la giustificazione originaria, ed il sopravvenuto principio costituzionale e dichiarare l'illegittimità di tutte quelle disparità di trattamento fra coniugi che non siano giustificate dall'unità familiare: vale a dire dall'unico limite che la Costituzione prevede».

¹⁰ C. Cost., 3 marzo 1966, n. 19, in *www.cortecostituzionale.it*: «Lo stato di mente della persona sottoposta al giudizio, la sua minore età, la gravità del reato commesso, alcune particolari qualifiche attribuite dal giudice (delinquente abituale, delinquente professionale, delinquente per tendenza) esprimono condizioni soggettive alle quali il Codice dà il significato di far ritenere probabile o temibile un futuro comportamento criminale».

rinviando a delle presunzioni assolute di pericolosità sociale, consentiva l'immediata applicazione delle misure di sicurezza personali nei confronti di chi, avendo commesso un fatto di reato, rientrasse pure in quelle categorie. Ad ogni modo, la Corte, nuovamente chiamata a pronunciarsi in merito all'art. 204 c.p.¹¹, valutava sufficiente a garantire un trattamento bilanciato ed in linea con le garanzie costituzionali la possibilità di revoca della misura di sicurezza qualora il giudice ritenga che la pericolosità sia cessata (art. 207 c.p.). In breve, non pareva porre particolari problemi, l'esistenza di una presunzione assoluta e insuperabile di pericolosità sociale di alcuni tipi di autore, su cui fondare la possibilità di restringere la loro libertà personale: la valvola di salvezza era rappresentata dalla rivalutazione di pericolosità destinata a svolgersi dopo che fosse trascorso il periodo di tempo minimo previsto dalla legge per ciascuna misura di sicurezza. Interessante in tal senso – avanguardista¹² rispetto alla giurisprudenza correntemente in analisi – notare la precarietà di un impianto innalzato su presunzioni assolute di pericolosità sociale – e che non possono prescindere da una valutazione *pro futuro*, trovando la propria ragion d'essere non a causa del reato, ma in occasione dello stesso¹³ – nel momento in cui si irrogano delle misure restrittive della libertà personale, e quindi sostanzialmente penali.

La medesima pronuncia del 1967 si presta a riflessioni in tema di salute e dignità dei soggetti destinatari della misura di sicurezza. Infatti, questioni di legittimità costituzionale delle disposizioni di cui agli artt. 204 e 222 c.p. venivano sollevate anche in relazione agli articoli 24, 27 e 32 Cost. Continuando con un ragionamento presuntivo di idoneità dell'internamento si sanciva l'infondatezza della censura connessa alla tutela della salute, essendo l'internamento «disposto

¹¹ C. Cost., 1° giugno 1967, n. 68, in www.cortecostituzionale.it

¹² In dottrina già F. ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1933, p. 120, poneva delle critiche al sistema del doppio binario sanzionatorio, invocando l'unificazione delle tecniche di risposta dell'ordinamento alla commissione del fatto di reato e lamentando la diversificazione di garanzie tra il piano amministrativo e quello penale. Tuttavia, non sono mancate impostazioni contrarie, avvalorate da analoghe impostazioni della giurisprudenza di legittimità, tra cui D. SPURI, *Della natura giuridica delle misure di sicurezza*, in *Cass. Pen.*, 2012, 10, pp. 3417 ss. Se ad oggi si è giunti ad una soluzione pacifica in ordine alla natura delle misure di sicurezza personali, che permette di estendervi le garanzie tipicamente penali, è anche grazie alla elaborazione del concetto di *materia sostanzialmente penale* da parte della Corte EDU a partire dalla formulazione dei criteri cc.dd. Engel, e nelle successive precisazioni e articolazioni del concetto, su cui A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, Torino, 2023, pp. 170 ss.

¹³ M. AMISANO TESI, *L'uso del linguaggio nella pericolosità. Concetto e applicazioni*, Milano, 2017, p. 141. Tale impostazione era anche quella prospettata da A. ROCCO, *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di Procedura penale*, parte I, vol. V, Roma, 1929, p. 247.

a fine di cura, e, prima ancora, di controllo dello stato sanitario del soggetto»¹⁴. Parimenti, se ne contestava la fondatezza anche in riferimento all'art. 27 Cost.: in primo luogo, perché non ci sono norme da cui si possa ricavare che il trattamento di cui è destinatario l'internato ne abbia a disprezzo la persona; e comunque, continuava la Corte, l'infondatezza della questione è confermata dal fatto che il terzo comma dell'art. 27 si riferisca esclusivamente alle pene e non anche alle misure di sicurezza¹⁵. Tale conclusione, però, non era argomentata – come ci si sarebbe potuto aspettare – sulla differente natura di pene e misure di sicurezza, ritenendosi, piuttosto, che il richiamo è assente «proprio perché *ex se* [le misure di sicurezza] tendono ad un risultato che eguaglia quella rieducazione cui deve mirare la pena».

Il richiamo alla *comune esperienza* in tema di probabilità di un futuro comportamento criminoso da parte di chi abbia commesso un reato in circostanze che ne precludevano l'imputabilità è stato ribadito anche da C. Cost., 9 giugno 1972, n. 106.

In quell'occasione, la richiesta censura dell'art. 222 c.p. – nella parte in cui prevedeva un automatismo della misura di sicurezza personale anche nei confronti di chi fosse stata riconosciuta non pericolosa socialmente dalla perizia svoltasi nel processo, pur essendo inferma psichica – è stata dichiarata infondata in relazione al parametro di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., poiché la rigidità dell'automatismo ben avrebbe potuto essere smorzata da controlli *successivi e periodici*, garanzie più attendibili in merito alla cessazione di pericolosità sociale dell'autrice di reato¹⁶. Dunque, non sarebbe stato possibile ipotizzare assenza di pericolosità sociale in capo alla persona non imputabile: al più, si sarebbe potuto verificare – trascorso un periodo di internamento dalla durata variabile – che la pericolosità sociale aveva cessato di esistere, dopo un periodo di necessaria sussistenza.

Progressivi *revirement* venivano operati agendo *in primis* sull'art. 207 c.p., dichiarato costituzionalmente illegittimo «nella parte in cui attribuisce al Ministro di grazia e giustizia – anziché al giudice di sorveglianza – il potere di revocare le misure di sicurezza»¹⁷ e nella parte in cui esclude «la revoca delle misure di sicurezza prima che sia decorso il tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge»¹⁸.

In merito alla configurabilità di una presunzione assoluta di pericolosità, interveniva C. Cost., 8 luglio 1982, n. 139, la quale riteneva irragionevole e «non fondata su dati di esperienza suscettibili di generalizzazione [né] su esigenze di semplificazione probatoria», la presunzione del protrarsi della infermità mentale

¹⁴ C. Cost., 1° giugno 1967, n. 67 in www.cortecostituzionale.it, § 3 *Considerato in diritto*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ C. Cost., 9 giugno 1972, n. 106 in www.cortecostituzionale.it

¹⁷ C. Cost., 5 aprile 1974, n. 110 in www.cortecostituzionale.it

¹⁸ *Ibidem*.

– e dell’inscindibile pericolosità sociale¹⁹ – sussistente al momento della commissione del fatto, anche nel momento successivo, in cui la misura viene applicata. La Corte, in pratica, ritenne ingiusto che lo stato di salute psichica, unico fattore discriminante per l’applicazione della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, non ricevesse una valutazione attuale in merito alla persistenza o meno della malattia, vanificando così il senso dell’intervento restrittivo.

Il superamento dell’impianto presuntivo in favore della verifica dell’attualità della pericolosità viene affermato con l’abrogazione dell’art. 204 c.p. ad opera dell’art. 31 della legge 10 ottobre 1986, n. 663 recante *Modifiche alla legge sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà* (c.d. Legge Gozzini), che contestualmente disponeva la necessità dell’accertamento della pericolosità sociale della persona che ha commesso il fatto *prima* di ordinare l’applicazione di qualsiasi misura di sicurezza.

2.2 I criteri di accertamento della pericolosità sociale. Tra riformate indicazioni normative e correttivi interpretativi.

Escluso il riferimento ad ogni presunzione di pericolosità sociale, occorre considerare i criteri idonei ad orientarne l’accertamento. A proposito, in coscienza del rischio connesso all’incessante proliferare di istanze securitarie con lo scopo dichiarato di tutela della collettività a fronte di individui

¹⁹ Vale comunque evidenziare che quella dell’irragionevolezza in merito alla mancata verifica di persistenza dell’infermità mentale è stata l’unica ad essere accolta tra le questioni di legittimità costituzionale sorte dai ventidue giudizi in cui si sarebbe dovuta applicare la misura di sicurezza del ricovero in OPG in base al disposto degli artt. 204 e 222 c.p., e rimesse alla Corte. In particolare, continuava ad essere legittimata la presunzione di pericolosità connessa alla malattia psichica, in grado di resistere anche ad eventuali perizie che escludessero la persistenza della pericolosità, pur restando inalterata la condizione psichica dell’imputato. Deriva da questo ragionamento che nemmeno sarebbe in contrasto con il principio di uguaglianza l’assenza di una diversificazione nella misura che risponda alla diversa intensità e natura delle infermità, poiché ai fini dell’imputabilità il risultato è il medesimo.

Infine, si richiama l’attenzione sulla dichiarazione di inammissibilità in merito ai rilievi operati nei confronti delle reali condizioni organizzative e operative degli ospedali psichiatrici giudiziari «rappresentate come tali da menomare grandemente o addirittura vanificare la funzione di cura degli internati per soddisfare, invece e soltanto, una funzione repressiva e segregante» ritenute non passibili di giudizio in quanto tra le norme denunciate non sono ricomprese quelle disciplinanti gli ospedali psichiatrici giudiziari. Per il testo integrale della sentenza, C. Cost., 8 luglio 1982, n. 139, in www.cortecostituzionale.it.

pericolosi²⁰, si è usato specificare ulteriormente il concetto di pericolosità sociale dell'infermo di mente, corredandolo della qualificazione di *penale*.

Il concetto normativo di pericolosità sociale penale viene costruito tramite il rimando che l'art. 203 c.p. opera in favore dell'art. 133 c.p., già parametro di gravità del reato, quindi funzionale all'irrogazione della pena in concreto. Invero, in merito al giudizio di pericolosità sociale operato nei confronti dell'infermo di mente, l'entrata in vigore della legge 30 maggio 2014, n. 81, di conversione del decreto-legge 31 marzo 2014, n. 52, recante *Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari* ha escluso che possano essere valorizzate le *condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo*²¹ (art. 133, comma 2, n. 4, c.p.).

La nuova formulazione, figlia delle buone intenzioni del legislatore²², portava con sé il residuo del dubbio in merito alle tecniche di accertamento della

²⁰ M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *Archivio Penale*, 2014, 2, pp. 459-460 si riferisce alla normativa identificabile come securitaria, e che si caratterizza per la previsione di una disciplina che guarda con sospetto determinate categorie di autori (a titolo esemplificativo l'immigrato clandestino, il delinquente recidivo ed il delinquente sessuale), e inasprisce la pena di questi per effetto di un processo che collega la loro qualità soggettiva ad una presunzione di pericolosità. E così, «la pericolosità sociale finisce col trovare ambiti di operatività che non le erano riconosciuti», e non è più parametro esclusivo per l'applicazione della misura di sicurezza, ma anche per l'irrogazione e quantificazione della pena.

²¹ Allegato alla legge 30 maggio 2014, n. 81, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 31 marzo 2014, n. 52, recante disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: «Il giudice dispone nei confronti dell'infermo di mente e del seminfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia, *salvo quando* sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale, *il cui accertamento è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale*» (enfasi aggiunta).

²² Anche dopo lo svincolo dalla presunzione assoluta, la pericolosità dell'infermo di mente continuava ad essere valutata tramite criteri di giudizio non focalizzati sul soggetto, anzi, l'assenza di assistenzialità e di cure veniva risolta tramite l'assegnazione ad OPG: le intenzioni del legislatore della riforma, dunque, erano di incidere sulla perpetuazione del fenomeno degli ergastoli bianchi. M.T. COLLICA, *La riformata pericolosità sociale degli infermi non imputabili o semimputabili al vaglio della Corte Costituzionale: una novità da ridimensionare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1, p. 428; F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale: tra «sottigliezze empiriche» e «spessori normativi»: la riforma di cui alla legge n.81/2014*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 11 dicembre 2014, pp. 5-17; A PUGIOTTO., *L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*,

pericolosità, che non poteva restare irrisolto all'interno del processo penale, e non ha mancato di essere oggetto di una importante pronuncia della Corte Costituzionale²³. I timori più evidenti erano quelli di un ritorno del fantasma lombrosiano, in un'accezione della pericolosità sociale di tipo deterministico. Su questo fronte, l'intervento del Giudice delle Leggi ha fornito un'interpretazione della disposizione compatibile con la Carta costituzionale, giustificata anche da quanto emergeva dalla Relazione al Senato sul disegno di legge poi approvato: nella consapevolezza del rischio che manchi totalmente una rete sociale attorno all'autore di reato infermo di mente, o che questa sia altamente frammentata, al punto da non poter rappresentare un punto di riferimento esterno, la struttura di ricovero per l'esecuzione delle misure di sicurezza non può esercitare una forza di attrazione a mo' di buco nero. Lungi dall'incidere sulla nozione di pericolosità sociale, differenziata per l'infermo di mente, la nuova formulazione del comma 4, dell'art. 3-ter del decreto-legge 211/2011 avrebbe importato nell'ordinamento una modifica di tipo procedimentale per effetto della quale il giudizio subisce una scansione bifasica²⁴: la prima fase consisterebbe nella valutazione della pericolosità sociale secondo i consueti parametri di cui all'art. 133 c.p., la seconda²⁵ – strettamente connessa all'adozione della misura di tipo detentivo – esclude che la scelta sia operata sotto l'esclusiva influenza dei fattori ambientali (condizioni di vita individuale, familiare, sociale).

Nonostante si sia parlato di portata ridotta²⁶ della pronuncia della Corte in riferimento alle paventate modifiche del giudizio di pericolosità, la situazione che ne risulta sul piano applicativo pare ancora complessa, e permangono dei dubbi sulla puntualità della previsione di cui al comma 4 dell'art. 3-ter del d.l. 211/2011, soprattutto se si tiene conto dell'ampiezza delle maglie dell'infermità

2013, 2, pp. 343-370. In merito alla funzione di supplenza – nella specie del *welfare* – svolta dall'OPG, L. NOTARO, *Accertamento e trattamento della pericolosità sociale: una "storia di supplenze"*, in *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale. Tra sistema penale e servizi sanitari*, a cura di M. Bevilacqua, L. Notaro, G. Profeta, L. Ricci, A. Savarino, Torino, 2021, pp. 125 ss.

²³ C. Cost., 24 giugno 2015, n. 186 in www.cortecostituzionale.it

²⁴ A. MASSARO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive nel processo di "definitivo superamento" degli ospedali psichiatrici giudiziari: la lettura della Corte costituzionale con la sentenza n. 186 del 2015*, in *Arch. pen.*, 2015, 2, p. 11.

²⁵ *Ibidem* sulla sovrapposizione tra il meccanismo di salvezza appena illustrato e le valutazioni inerenti all'irrogazione della misura della libertà vigilata, che rischierebbero di vanificare l'interpretazione della Corte, su cui *infra* § 4.

²⁶ Incidendo non sull'istituto secolare della pericolosità sociale, ma valutando esclusivamente l'idoneità del criterio individuato, in linea con le finalità della riforma, la decisione del Giudice delle Leggi può rientrare tra quelle di tipo interpretativo. M.T. COLLICA, *La riformata pericolosità sociale degli infermi non imputabili o semimputabili al vaglio della Corte Costituzionale: una novità da ridimensionare*, cit., p. 433.

mentale, a partire dalla sentenza c.d. *Raso* delle Sezioni Unite Penali 8 marzo 2005, n. 9163, idonee ad accogliere anche i disturbi di personalità²⁷.

2.3 La risposta penale alla pericolosità sociale: dal *self-restraint* della Corte costituzionale all'elaborazione pretoria della libertà vigilata terapeutica.

I progressivi interventi giurisprudenziali, sia per le dichiarazioni in via di principio della Corte costituzionale, sia per le applicazioni pratiche operate in sede di merito o di legittimità, hanno contribuito a delineare un sistema articolato di risposta alla pericolosità sociale che ha anticipato di gran lunga l'intervento del legislatore del 2014²⁸.

Limitandoci a menzionare, senza scendere nel dettaglio, che nel 1998 la Corte costituzionale ha pronunciato l'illegittimità costituzionale degli artt. 206 e 222 c.p., commi primo, secondo e quarto, che ammettevano il ricovero in manicomio giudiziario dei minori di età, poiché previsto in spregio delle *specifiche esigenze proprie dell'età minorile*²⁹, si intende soffermarsi sull'*iter* che ha aperto alla valorizzazione dell'idea della cura accanto alla custodia-sicurezza.

In maniera analoga a quanto accaduto per la disciplina inerente al giudizio di pericolosità sociale, anche il profilo riguardante l'applicazione della misura è stato più volte oggetto di questioni di rimessione al Giudice delle Leggi. Tuttavia, spesso queste si sono risolte in moniti da parte della Corte, la quale – pur rilevando un potenziale conflitto con i principi costituzionali³⁰, successivi nel

²⁷ Cass., Sez. Un. *Raso*, 8 marzo 2005, n. 9163 «Deve, perciò, trattarsi di un disturbo idoneo a determinare (e che abbia, in effetti, determinato) una situazione di assetto psichico incontrollabile ed ingestibile (totalmente o in grave misura), che, incolpevolmente, rende l'agente incapace di esercitare il dovuto controllo dei propri atti, di conseguentemente indirizzarli, di percepire il disvalore sociale del fatto, di autonomamente, liberamente, autodeterminarsi: ed a tale accertamento il giudice deve procedere avvalendosi degli strumenti tutti a sua disposizione, l'indispensabile apporto e contributo tecnico, ogni altro elemento di valutazione e di giudizio desumibile dalle acquisizioni processuali».

²⁸ L'indicazione del ricorso alla misura di sicurezza detentiva del ricovero in REMS come *extrema ratio* è stata espressa all'interno della legge 81/2014, essendo regola generale che sia disposta una misura diversa, anche in via provvisoria, sia per gli infermi di mente che per i seminfermi. Non mancano criticità ad una formulazione idonea a racchiudere una folta casistica e che soprattutto sembra perdere d'occhio la *ratio* della misura di sicurezza, focalizzandosi su una logica di efficienza della gestione che sembrerebbe più idonea alla pena in senso stretto. A. LAURITO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive per infermi di mente al vaglio della giurisprudenza: profili critici della L. n. 81/2014*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 2, pp. 495 ss.

²⁹ C. cost., 24 luglio 1998, n. 324 in www.cortecostituzionale.it

³⁰ C. cost., 12 aprile 1996, n. 111, in www.giurcost.it, che originava da un caso di infermità psichica sopravvenuta. La disposizione di cui all'art. 148 c.p. avrebbe previsto in questi casi il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, sintomatico, a detta del giudice *a quo* di una disparità di trattamento con i casi in cui a sopravvivere fosse (anche o solo)

tempo alle disposizioni censurande – ben si guardava dall’operare un intervento di tipo creativo, che avrebbe sconfinato nelle attribuzioni legislative³¹. L’intervento ablativo è stato possibile in occasione della contestazione della previsione di cui all’art. 222 c.p., che, imponendo la misura del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, «non consent[iva] al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare [...] 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». L’automatismo dell’applicazione di una misura segregante e totale, anche quando inadatta, risultava in contrasto con il principio personalistico di cui all’art. 2 della Costituzione, oltre che del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) ed in violazione del diritto alla salute (art. 32 Cost.). È inequivocabile, in tal senso, il passaggio in cui la Corte richiama la logica dell’equilibrio, imprescindibile nel ricorso alle misure di sicurezza detentive: «le esigenze di tutela della collettività non potrebbero *mai* giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente: e pertanto, ove in concreto la misura coercitiva del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario si rivelasse tale da arrecare presumibilmente un danno alla salute psichica dell’infermo, non la si potrebbe considerare giustificata nemmeno in nome di tali esigenze»³².

Potendo, poi, la libertà vigilata essere declinata secondo quanto, di volta in volta, ritenuto più idoneo dal giudice ad evitare le occasioni di nuovi reati (art. 228 c.p.), sull’impianto della pronuncia richiamata, è stato costruito l’istituto della

l’infermità fisica, idonea a disporre sospensione della pena. La Corte costituzionale, pur ritenendo «non soddisfacente [il] trattamento riservato all’infermità psichica grave, sopravvenuta, specie quando è incompatibile con l’unico tipo di struttura custodiale oggi prevista», continuava dicendo che «tuttavia, spetta al legislatore trovare una equilibrata soluzione che garantisca anche a questi condannati la cura della salute mentale – tutelata dall’art. 32 della Costituzione – senza che sia eluso il trattamento penale».

³¹ In merito all’esclusione del ricorso alla libertà vigilata terapeutica nei casi di seminfermità mentale per i quali, a pena espiata, si prevedeva l’esecuzione per un certo tempo della misura di sicurezza del ricovero in casa di cura e custodia, ove però non sarebbe stato garantito l’accesso a terapie idonee a curare il male specifico, già C. Cost. 2 marzo 1990, n. 111 in www.cortecostituzionale.it, rigettava la questione con un’ordinanza, al contempo rilevando «che l’intera materia delle misure di sicurezza dovrà essere tutta rimeditata e coordinata con gli apporti più moderni della scienza psichiatrica e di quella criminologica, e che, in particolare, per quanto si riferisce ad infermi e seminfermi di mente che hanno delinquito, dovranno essere studiati idonei luoghi di cura con specifici presidi terapeutici; che tutto questo, però, certamente seguirà alla riforma del codice penale sostantivo, di cui una Commissione ministeriale va predisponendo uno schema di legge delega».

³² C. Cost., 23 luglio 2003, § 2 *Considerato in diritto*.

libertà vigilata c.d. terapeutica³³. In ragione dell'estrema malleabilità, è stato puntualmente evidenziato che la natura pretoria della libertà vigilata terapeutica ne costituisce «la croce e la delizia»³⁴. È innegabile che il ragionamento in base al caso concreto abbia il pregio, nel caso di reo socialmente pericoloso, di poter, tra le altre misure, prescrivere l'inserimento in una comunità dove possa essere preso in carico e accompagnato nella gestione della malattia o del disturbo di personalità; o ancora, si consideri la possibilità di rimodellamento della misura in corso di esecuzione, non solo inasprendone il contenuto, ma anche riallargando la *sfera di non controllo*, plausibilmente arrivando a tramutare la misura del ricovero in libertà vigilata in corso di esecuzione, in forza di una rivalutazione della pericolosità sociale.

La mancanza di una disciplina unitaria, però, ha reso la libertà vigilata una misura dalle maglie estremamente larghe, capaci di accogliere contenuti variegati, ma che spesso si sono rivelati la copertura di un regime simil-detentivo³⁵ per l'estensione delle limitazioni. A ciò si aggiunga che la durata della misura non è determinabile *ab initio*, previsione che – sebbene in linea con l'esigenza di difesa sociale – potrebbe facilmente essere un mezzo per nuove derive in chiave custodialista. In tal modo, poiché non si ravvisano contrasti a che, allo scadere

³³ Un parallelo può essere impostato con l'affidamento terapeutico, valido per i tossicodipendenti autori di reato. Le analogie oltre che sul piano della variabilità del contenuto della misura in ragione delle specifiche esigenze, di trattamento e special-preventive, potrebbero individuarsi anche sulle problematichità, tra cui la poca fiducia nella misura, complici il fascino contenitivo della comunità (talvolta del carcere addirittura) e la probabilità *fisiologica* di ricaduta nella sostanza che troppo spesso è considerata grave al pari della recidiva. A. SIMONE, *Le contraddizioni dell'affidamento terapeutico. Il ruolo svolto dalle comunità di recupero*, in *Rivista Antigone*, 2-3, 2010, pp. 242 ss.

³⁴ A.F. MORONE, *Dalle misure di sicurezza detentive alle misure terapeutiche. Cronaca di un percorso normativo incompiuto*, in *Dieci anni di REMS. Un'analisi interdisciplinare*, cura di M. Pelissero, L. Scomparin, G. Torrente, Napoli-Torino, 2022, p. 398.

³⁵ Cass., sez. V pen., 14 ottobre 2020, n. 28575 in *Dejure.it*: «pur avendo legittimamente disposto la misura di sicurezza provvisoria della libertà vigilata con le prescrizioni dell'obbligo di dimora presso una comunità di recupero e di seguire un programma terapeutico, i giudici di merito hanno previsto, tra le prescrizioni da osservare, il divieto di allontanarsi, anche temporaneamente, dalla comunità terapeutica, senza la preventiva autorizzazione del giudice o dei sanitari responsabili [...] Tale prescrizione, imposta senza alcun limite, innanzitutto temporale, o comunque finalistico, implica una sostanziale trasfigurazione della libertà vigilata in una misura detentiva». Altre volte, sono state avallate, in ragione della vocazione terapeutica della misura, prescrizioni «di risiedere presso la struttura terapeutica; di sottoporsi a programma terapeutico stabilito in quella sede; di non allontanarsi dalla struttura se non accompagnata da un operatore professionale per finalità ritenute congrue e compatibili con i programmi terapeutici dai responsabili della Casa di cura; di non allontanarsi in ogni caso tra le ore 20,30 della sera e le ore 8,00 della mattina; di non detenere armi; di portare sempre con sé copia del provvedimento». Cass., sez. I pen., 12 dicembre 2019, n. 50383, in *Dejure.it*.

della durata massima della misura di sicurezza, sia prescritta la prosecuzione del trattamento in libertà vigilata, le limitazioni di ampia portata si prestano ad avere durata illimitata.

Inoltre, va considerata la previsione di cui all'art. 232 c.p., a norma del quale, «la persona [...] in stato di infermità psichica non può essere posta in stato di libertà vigilata, se non quando sia possibile affidarla ai genitori, a coloro che abbiano l'obbligo di provvedere alla sua educazione o assistenza, a istituti di assistenza sociale» alla luce del nuovo giudizio di pericolosità bifasico (art. 1, comma primo, lett. b), d.l. n. 52/2014 in virtù dell'interpretazione costituzionalmente conforme). Infatti, se l'assenza di una rete sociale attorno al folle-reo non è motivazione valida a fondare *ex se* il ricovero, ma giustifica la mancata adozione di provvedimenti di libertà vigilata, in un caso del genere la situazione sarebbe in stallo, ed il ricorso alla misura detentiva in REMS si rivelerebbe l'unica possibile³⁶. Rispetto al ricorso effettivo alla libertà vigilata³⁷, i numeri confermano quella centralità che le era riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale e dalla dottrina; tuttavia, il campione di riferimento non è classificato in base alle categorie di soggetti destinatari della misura (delinquenti abituali, professionali, per tendenza o incapaci per infermità o semi-infermità mentale), o ai contenuti della stessa (residenziale, semiresidenziale o domiciliare), con la conseguenza di una restituzione solo parziale del quadro. Sotto una lente di comparazione tra i dati relativi al ricovero in REMS e l'applicazione della libertà vigilata, ciò che si nota è che, dopo un primo periodo di preferenza per la misura non detentiva, il *trend* è cresciuto³⁸ sia per l'una – assestatasi poi al livello di saturazione – che per l'altra, con andamento «lento ma inesorabile».

³⁶ A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" nel passaggio dagli Ospedali psichiatrici giudiziari alle Residenze per l'esecuzione della misura di sicurezza*, cit., pp. 1387 ss. L'Autrice osserva anche che al contrario, se nella prima fase del giudizio di pericolosità (scevra da valutazioni di tipo procedurale), fosse proprio la rete sociale a fondare preoccupazioni in merito alla realizzazione di nuovi fatti di reato, allora, si dovrebbe prendere atto di una lacuna dell'ordinamento per l'individuazione della misura applicabile.

³⁷ M. MIRAVALLE, *Non solo REMS. Le «altre misure» di sicurezza e controllo*, in *Dieci anni di REMS. Un'analisi interdisciplinare*, cit., p. 366. A partire dagli anni della riforma si è registrato un aumento di persone in libertà vigilata (+ 758 tra 2013 e 2015), nel decennio 2010-2020 si è registrato un aumento del 20%, pari a 1032 misure attive in totale. Dai dati aggiornati al 31 ottobre 2023, le persone in carico in Area penale esterna in esecuzione della misura di sicurezza della libertà vigilata risultano 6095, in *giustizia.it*.

³⁸ *Ivi*, pp. 370 ss., G. TORRENTE, *È quello delle REMS un caso di deistituzionalizzazione?*, *ivi*, pp. 238 ss. ricollega l'andamento anche ad un cambio di atteggiamento della magistratura di sorveglianza: propensa a concedere la misura per liberare gli internati in OPG palesemente non pericolosi, restia quando il reato sullo sfondo è più grave, ricollegando alla privazione di libertà un che di rassicurante, e procedendo, al contempo, a prorogare le misure già in corso. L'analisi viene collegata a quella di L. SCOMPARIN,

2.4 Possibili conseguenze del giudizio di pericolosità sociale.

All'esito di un primo sguardo al doppio binario, così come delineato dall'interazione tra disposizioni legislative e pronunce giurisprudenziali, le opzioni che paiono profilarsi possono essere così riassunte:

- a) il giudizio di pericolosità sociale a base totale dà esito positivo, e in considerazione della gravità della stessa, non si riesce ad ipotizzare una risposta meno incisiva dell'internamento in REMS, nel rispetto del ricorso a tale misura come *extrema ratio*;
- b) la prima fase della valutazione della pericolosità sociale dà esito positivo, ma, nell'individuazione della misura adatta, il giudice si rende conto che, al netto delle considerazioni che investono le caratteristiche individuali e sociali del reo, si può ipotizzare un intervento idoneo ad assicurare l'adeguatezza della cura e l'effettività della gestione della pericolosità, ad esempio disponendo l'applicazione della libertà vigilata³⁹;
- c) se nel caso di cui alla lettera b), non c'è stata dalle parti la richiesta per l'applicazione della misura della libertà vigilata nell'ipotesi di non necessità del ricorso alla misura di sicurezza detentiva, vista l'operatività del principio della domanda, il giudice può comunque disporre intervento amministrativo sul fronte della cura della malattia psichiatrica ai sensi dell'art. 73 c.p.p.⁴⁰;
- d) nella situazione di cui alla lett. b), si oppone un ostacolo all'applicazione della libertà vigilata, rappresentato dall'impossibilità – affatto infrequente – di contare sulla presenza di un'idonea rete socio-sanitaria (art. 232 c.p.). Di conseguenza, la REMS diventa soluzione obbligata;
- e) si accerta che l'autore del reato è persona affetta da un grave disturbo di personalità, tale da far scemare grandemente – senza escluderla – la capacità di intendere e di volere in relazione alla commissione del fatto specifico, rispetto al quale si applicherà la pena (in ipotesi detentiva), e al cessare di questa, potrebbe essere ordinata l'applicazione della misura di

Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l'identità perduta della magistratura di sorveglianza, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 4, pp. 1402 ss.

³⁹ L'apertura della libertà vigilata anche ai soggetti autori di reato che siano stati giudicati incapaci di intendere e di volere si è registrata a partire dalla pronuncia del 2 luglio 2003, n. 253 della Corte costituzionale, accessibile in www.cortecostituzionale.it, quando la Corte ha sanzionato l'illegittimità dell'automatismo (art. 222 c.p.) che imponeva l'applicazione della misura di sicurezza più grave per l'infermo di mente, senza possibilità di valutarne l'effettiva idoneità nel caso concreto. Da questa pronuncia, è molto aumentato il ricorso alla misura della libertà vigilata c.d. terapeutica in casi di pericolosità sociale, stante la possibilità di modellare il tipo di risposta ai sensi della previsione di cui all'art. 228 c.p., per cui «Alla persona in stato di libertà vigilata sono imposte dal giudice prescrizioni idonee ad evitare le occasioni di nuovi reati».

⁴⁰ G. MANTOVANI, *Applicazione provvisoria di misure di sicurezza e strumenti alternativi per il controllo e la cura*, in *Dieci anni di REMS. Un'analisi interdisciplinare*, cit., pp. 419 ss.

- sicurezza, anche in termini di libertà vigilata terapeutica. Sebbene la rivalutazione della pericolosità sociale sia necessaria all'esito della pena, ed anche in momenti successivi, la mancanza di indicazioni chiare e precise dal legislatore sul contenuto della libertà vigilata fa registrare criticità⁴¹;
- f) di fronte ad una infermità mentale dettata dalla presenza di un disturbo della personalità tale da incidere sulla capacità di intendere e di volere, tuttavia non si ravvisa il nesso eziologico tra il fatto commesso ed il tipo di alterazione caratterizzante il disturbo: in questo caso, la conseguenza sarà in termini di pena in senso stretto e non di misura di sicurezza⁴²;
- g) nel caso di cui alla lettera d), la condotta realizzata è estrinsecazione delle caratteristiche del disturbo, ma in tema di accertamento non si riesce a dimostrare che l'alterazione della capacità di intendere e di volere fosse tale da rientrare nemmeno nell'ipotesi di cui all'art. 89 c.p.: all'esito del processo si avrà una condanna in termini di pena, ed il disturbo non potrà entrare nemmeno in bilanciamento con altre circostanze⁴³.

⁴¹ A. PUGIOTTO, *L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, 2013, 2, pp. 363-364. I. PEDACE, *Libertà vigilata terapeutica: quali limiti per il giudice?*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 4, pp. 478-479.

⁴² Questa conseguenza pare in linea con il principio di diritto delle Sezioni Unite *Raso*, più volte richiamato in ambito di giudizi in cui sorgeva il dubbio di imputabilità dell'autore del reato e consequenzialmente della di lui pericolosità sociale. *A contrario*, valga considerare M. GALLO, *Appunti di diritto penale. L'imputabilità*, cit., il quale propende per una assolutizzazione del giudizio di imputabilità funzionale alla decisione inerente il doppio binario, considerato che sul piano concreto la detenzione sarà esperienza vissuta dalla persona integralmente, e – sebbene la commissione del fatto di reato poco avesse a che vedere con la gravità delle condizioni psichiche del reo – potrebbe essere ravvisata una incompatibilità con la condizione detentiva connessa proprio a tali condizioni.

⁴³ Emblematico in tal senso il caso della ludopatia, che, sebbene riconosciuta come disturbo in grado di (dis)orientare la condotta umana per commettere dei fatti di reato governati dall'impulso del gioco e della riparazione dei danni economici di frequente connessi ad esso, spesso non vale ad escludere totalmente la capacità di intendere e di volere del soggetto agente, facendo leva sulla possibilità di agire altrimenti. Cass. Pen., sez. VI, 12 marzo 2024, n. 21065 in *Dejure.it*. In dottrina, D. PIVA, *La ludopatia da realtà diagnosticabile a realtà giudicabile*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2021, 1, pp. 159 ss; R. CASIRAGHI, *Ludopatia, processo penale ed esecuzione: quando in gioco è la sorte dell'imputato/condannato*, in *ivi*, pp. 175 ss.

3. Il superamento del criterio del tempo dell'infermità come discrimine tra diritto alla salute e irrogazione della pena detentiva. La sentenza n. 99/2019.

Sebbene si sia verificato un cambio di paradigma rispetto alle modalità di tutela della salute⁴⁴ nei suoi rapporti con le esigenze di sicurezza, il sistema delle misure di sicurezza personali è sempre stato ispirato dall'individuazione di un bilanciamento tra le due istanze. La sensibilità del tempo in cui si collocava il giudizio di pericolosità ha, dal canto suo, influenzato anche l'ampiezza della tutela riservata alla salute del malato psichico autore di reato. In particolare, come già accennato *supra*, merita considerazione il tempo in cui si è manifestata l'infermità psichica causa dell'incapacità di intendere e di volere.

Nulla quaestio in merito alla disciplina che per gli infermi di mente socialmente pericolosi resisi autori di fatti di reato (*folli rei*) esclude la pena, irrogando piuttosto la misura di sicurezza. Questioni sono sorte, invece, rispetto alla posizione inversa, ossia di chi ha sperimentato l'infermità mentale solamente in un momento successivo alla commissione del reato (*rei folli*).

La mancata menzione dell'infermità psichica tra le cause che permettono di accedere ad istituti cc.dd. umanitari, quali il rinvio dell'esecuzione della pena (obbligatorio ai sensi dell'art. 146 c.p. o facoltativo ai sensi dell'art. 147 c.p.) o alla detenzione domiciliare c.d. in deroga (art. 47-ter, l. 354/1975) era sintomo di un vuoto di tutela nei casi di infermità psichica sopravvenuta, nel quadro delineatosi dopo l'entrata in vigore della legge 81/2014, che – nel creare le nuove REMS non ha previsto che subentrassero nella funzione di appendice degli OPG, anzi ha specificato che sono destinate alle sole misure di sicurezza – ha implicitamente abrogato l'art. 148 c.p. (Infermità psichica sopravvenuta al condannato), che in precedenza permetteva di modificare la risposta penale in termini di applicazione della misura di sicurezza in luogo della pena e trasferimento dal carcere all'OPG.

Nuovamente, di fronte ad una risposta insufficiente a moniti risalenti indirizzati al legislatore⁴⁵, limitata ai casi già disciplinati di infermità psichica originaria o, ammettendo l'estensione della detenzione domiciliare nel caso eccezionale di versare in condizioni di salute talmente gravi da richiedere contatti costanti con

⁴⁴ C. CUPELLI, *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1, pp. 225 ss. In modo netto la contenzione meccanica è stata definita *atto anti-terapeutico* nell'ambito della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano del 28 aprile 2022, *Contenzione fisica in psichiatria: una strategia possibile di prevenzione*, 29-7-2010, 10/081/CR07/C7, in www.regioni.it.

⁴⁵ Nell'ordinanza di rimessione della questione alla Corte costituzionale, la Corte di cassazione ritorna sul monito indirizzato al legislatore con la sentenza 111 del 1996, che alla luce del nuovo quadro normativo di riferimento assumerebbe nuova vita. C. cost., 20 febbraio 2019, n. 99, § 4 *Ritenuto in fatto*, in www.cortecostituzionale.it

i presidi sanitari territoriali (lett. c, art. 47-ter, l. 354/1975), è spettato alla Corte costituzionale operare una ricomposizione del sistema. La sentenza n. 99 del 2019 della Corte costituzionale⁴⁶ generava appunto dall'impossibilità di fornire una risposta coerente ad un caso di assenza di connessione tra la commissione del reato (concorso in rapina aggravata) e l'infermità psichica, che aveva condotto alla condanna alla reclusione di un soggetto affetto da tempo da un grave disturbo misto di personalità con predominante organizzazione *borderline* in fase di scompenso psicopatologico, il quale non aveva potuto accedere al differimento della pena per grave infermità, poiché la sua condizione, che lo aveva condotto a compiere atti autolesionistici, non aveva i connotati dell'infermità psichica.

Ciò che conduce la Corte a concludere per la necessità di estensione della disciplina di cui all'art. 47-ter O.P. anche ai casi di infermità psichica sopravvenuta è la constatazione della riferibilità all'art. 32 Cost. non solo del diritto alla salute fisica, ma anche di quella psichica. È in questo senso che la Corte ha ravvisato una *duplice vulnerabilità* in capo a persone che «non solo si trovano in uno stato di privazione della libertà personale, ma sono anche gravemente malate».

Dal momento che la malattia, comunque intesa, è fonte di sofferenza che si aggiunge alla sofferenza della detenzione⁴⁷, e anzi i disturbi mentali e la malattia psichica sono quelli maggiormente a rischio di acuirsi in un contesto di reclusione, il mancato intervento avrebbe avallato l'esistenza di una situazione *di fatto* incompatibile con il diritto fondamentale alla salute. A ciò si aggiunga che la misura della detenzione domiciliare in deroga resta diversa dall'estinzione della pena, «certamente essa comporta l'uscita dal carcere, ma è pur sempre accompagnata da severe limitazioni della libertà personale, dato che il giudice, nel disporla, stabilisce le condizioni e le modalità di svolgimento e individua il

⁴⁶ C. cost., 20 febbraio 2019, n. 99 in www.cortecostituzionale.it.

⁴⁷ M. BORTOLATO, *La sentenza n. 99/2019 della Corte costituzionale: la pari dignità del malato psichico in carcere*, in *Cass. pen.*, 2019, 9, pp. 3136 ss. restituisce grande valore all'affermazione della Corte sul dato di fatto che la salute di chi è in carcere è più a rischio di chi è fuori, e ciò non solo per la provenienza da contesti di disagio sociale o per scarsa cultura della prevenzione medica, ma è il carcere ad essere (ancora) una istituzione patogena: «la ristrettezza degli spazi fisici e la promiscuità incidono negativamente sulle condizioni igieniche e sanitarie, sulle possibilità di movimento e di attività sportive (si consideri che il detenuto italiano è destinato nella stragrande maggioranza di casi ad una forzata inattività per quasi 20 ore al giorno, steso a letto nella propria camera di pernottamento), le strutture edilizie sono spesso fatiscenti, umide, fredde e poco arieggiate e i farmaci pensati per un certo numero di detenuti devono far fronte alle esigenze di molte più persone. Il sovraffollamento *di fatto* aggrava le difficoltà nell'effettuare ricoveri esterni ed interventi d'urgenza per mancanza di personale mentre solo meno della metà delle carceri italiane ha un servizio di guardia medica disponibile giorno e notte».

luogo di detenzione, che può essere anche diverso dalla propria abitazione, se più adeguato a contemperare le esigenze di tutela della salute del malato, quella della sicurezza e quelle della persona offesa dal reato (art. 284, comma 1-*bis*, cod. proc. pen.)»⁴⁸.

Alla pronuncia della Corte sono seguite altre che, a seconda dei casi, hanno replicato *in toto* le considerazioni del Giudice delle Leggi⁴⁹ o le hanno utilizzate per confermare la validità dell'opzione detentiva⁵⁰ o ancora hanno riportato l'attenzione sull'art. 147 c.p.⁵¹, dalla dottrina considerato il passo in più che la Corte avrebbe dovuto fare⁵² nell'ottica di completezza del proprio intervento in materia di detenzione e salute psichica.

Proprio le ultime due situazioni prese in considerazione offrono lo spunto per delle riflessioni sulla ormai inscindibile relazione tra lo *status* del reo infermo psichico e gli orientamenti giurisprudenziali. Rispetto all'*iter* motivazionale su cui la Corte di cassazione ha fondato il diniego di accesso alla misura della detenzione domiciliare in deroga (o in surroga⁵³) possono essere mosse delle osservazioni concernenti, ad esempio, la mancata valorizzazione della relazione prodotta dall'istituto penitenziario di Viterbo in merito all'incompatibilità di J.B. con la detenzione per via della schizofrenia paranoide cronica da cui era affetto. I giudici valorizzano, al contrario, tratti di pericolosità sociale accentuati dal fatto che egli vivesse in una roulotte con sette membri della sua famiglia, di cui diversi pregiudicati, elemento che assume una carica argomentativa probabilmente sproporzionata, data la non necessaria coincidenza tra il domicilio ante detenzione e quello che viene poi individuato per l'esecuzione della misura di cui all'art. 47-*ter* O.P. Infine, il ragionamento del Collegio sembrerebbe

⁴⁸ C. cost., 99/2019.

⁴⁹ Cass., sez. I pen., 18 luglio 2019, n. 50682 in *Dejure.it*: «Sicché, essendo innegabile che la malattia psichica è fonte di sofferenze non meno della malattia fisica, pur non obliterando che la tutela della salute mentale dei detenuti richiede interventi complessi e integrati, radicati in primo luogo nel potenziamento delle strutture sanitarie in carcere, la Corte costituzionale ha fatto emergere l'esigenza che l'ordinamento preveda anche percorsi terapeutici esterni, almeno per i casi di accertata incompatibilità con l'ambiente carcerario, con misure alternative alla detenzione carceraria "che il giudice possa disporre caso per caso, momento per momento, modulando il percorso penitenziario tenendo conto e della tutela della salute dei malati psichici e della pericolosità del condannato, di modo che non siano sacrificate le esigenze della sicurezza collettiva"».

⁵⁰ Cass., sez. I pen., 23 giugno 2020, n. 27119 in *Dejure.it*

⁵¹ Cass., sez. I pen., 1° giugno 2022, n. 26851 in *Dejure.it*

⁵² M. PELISSERO, *Infermità psichica sopravvenuta: un fondamentale intervento della Corte costituzionale a fronte del silenzio del legislatore*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2019, 9, pp. 1261 ss.; M. BORTOLATO, *La sentenza n. 99/2019 della Corte costituzionale: la pari dignità del malato psichico in carcere*, cit.

⁵³ Così A. MENGHINI, *Infermità psichica sopravvenuta – Detenzione domiciliare "in surroga" e infermità psichica sopravvenuta*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2019, 5, pp. 1197 ss.

rassicurato dalla possibilità di controllare le condizioni psicofisiche del ricorrente nel contesto detentivo, elemento, anche questo, che quantomeno vorrebbe essere supportato da «argomentazioni solide, che dovrebbero superare la *presunzione di inadeguatezza* delle cure predisposte in carcere»⁵⁴, e che, invece, nel caso richiamato si sono risolte con il riferimento alla possibilità di assunzione costante di terapia, ed effettuazione periodica di colloqui psicologici e psichiatrici.

Il rapporto che tende ad instaurarsi tra l'art. 47-ter O.P. e l'art. 147 c.p., invece, stimola una riflessione in merito all'opportunità di un intervento organico da parte del Legislatore, che – oltre a rispettare le indicazioni ormai consolidate in tema di diritto alla salute anche psichica del reo – forniscano dei parametri idonei ad indirizzare le Corti e a togliere il Giudice delle Leggi dall'imbarazzo tra l'agire in nome della propria funzione di garanzia ed il travalicare un ambito che esula dai poteri dell'organo come viene in considerazione.

La questione della tutela della salute mentale anche in contesti che sono intrinsecamente patogeni, quale il carcere, richiede un intervento che, la Corte lo ha riconosciuto, non può essere apprestato in sede di giudizio di costituzionalità, essendo il frutto primariamente di scelte politiche sul come intervenire, posto che non ci sono dubbi sulla necessità di interventi complessi e integrati.

4. La questione psichiatrica, parte della più ampia questione carceraria. I criteri ispiratori della riforma in balia di più o meno buone prassi.

Venuto meno il meccanismo a vasi comunicanti tra il carcere ed i vecchi OPG nella nuova veste di REMS, la questione psichiatrica⁵⁵ rischia di restare uno dei grandi tabù connessi alla detenzione, forse non equiparabile al tema dell'affettività⁵⁶, ma certo si iscrive nella più ampia e sfaccettata⁵⁷ questione

⁵⁴ C. TACCARDI, *Nota a Corte di Cassazione, Sez. Sezione I penale, n. 27119, data udienza 23 giugno 2020, data deposito 29 settembre 2020*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2020, 4, p. 2128.

⁵⁵ M. MIRAVALLE, *Pazze galere. Esiste una "questione psichiatrica" nel sistema dell'esecuzione penale?*, in *rapportoantigone.it*, 2022, pp. 4 ss. evidenzia il divario tra la percentuale di detenuti assegnati a reparti ATSM (0,5 % pari a circa 300 persone) e quelli che fanno utilizzo di psicofarmaci (circa il 40% ossia 25.000 persone). I numeri sono riferiti alle presenze di detenuti nelle carceri italiane al 2022; il dato attuale risente delle condizioni di sovraffollamento del 2024, e delle connesse criticità anche sul piano psichico. Il dato ufficiale reperibile su *www.giustizia.it* mostra una foto sul sovraffollamento su base nazionale pari al 120% (30 giugno 2024); il dato pare clemente considerando che sul medesimo sito, rispetto alla situazione di uno degli istituti al centro delle diverse questioni carcerarie, la Casa Circondariale di "Regina Coeli" di Roma, mostra un dato del 178% di capienza effettiva aggiornato al 14 ottobre 2024.

⁵⁶ Da ultimo, C. cost., 26 gennaio 2024, n. 10 in *www.cortecostituzionale.it*.

⁵⁷ Tra gli altri temi chiave della questione carceraria, il già menzionato sovraffollamento, o il proliferare di reati. F. PICOZZI, *Il sistema carcerario italiano di fronte alle sfide del CPT*

carceraria⁵⁸. Uno degli aspetti più criticati della riforma del 2014 riveste proprio il nesso tra la logica di residualità del ricovero in REMS ed il limite di 20 posti letto: da un lato c'è chi invoca delle modifiche in senso ampliativo⁵⁹, indicato come possibile via anche dalla Corte costituzionale⁶⁰; dall'altro la risposta è di eco di ritorno all'istituzionalizzazione⁶¹ che vanificherebbero il grande sforzo fatto già sul piano teorico nel tentativo di superare definitivamente gli OPG⁶². A ben vedere, alla base di questo discorso non può essere sottaciuto il ruolo della Magistratura di Sorveglianza, spesso legata ad una tradizione della custodia⁶³, che pare difficile da superare se l'orizzonte dei servizi territoriali è annebbiato. Tali conclusioni vengono giustificate in ragione del contrasto tra il ruolo di garanzia che dovrebbe ricoprire l'organo – specie in sorveglianza – e la facilità

sul sovraffollamento, in *Cass. pen.*, 2022, 12, pp. 1475 ss. N. MAZZACUVA, *L'epoca della straripante 'overcriminalization': un possibile (immediato) rimedio*, in *penaledp.it*, 18 gennaio 2024.

⁵⁸ A. MASSARO, *Le REMS e "la sottile linea rossa tra il senno e la follia"*, in *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale. Tra sistema penale e servizi sanitari*, cit., p. 62. Cfr. anche S. VERDE, *Il carcere manicomio. Le carceri in Italia tra violenza, pietà affari e camicie di forza*, in *ristretti.it*, pp. 43 ss. G. CAMERA, *Liberi, detenuti in carcere e ristretti in strutture dedicate: diverse prospettive del diritto alla salute*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, a cura di A. Massaro, Roma, pp. 117 ss.

⁵⁹ Nel 2023 veniva uccisa a Pisa la psichiatra Barbara Capovani, aggredita da un suo ex paziente. Così, sull'onda del giustizialismo populista, si facevano proposte di raddoppiamento dei posti, F. Malfetano, *Barbara Capovani, il piano per le Rems: «Più posti per i soggetti pericolosi»*. *La Lega rilancia: basta con la legge 180, in 4 anni vanno raddoppiate le strutture*, 25 aprile 2023 in *ilmessaggero.it*. Invero, esisteva una proposta in merito alla realizzazione di nuove REMS, con lo stanziamento di 20 milioni di euro. L'emendamento è stato respinto, SENATO DELLA REPUBBLICA, XIX LEGISLATURA, *Resoconto stenografico Assemblea 157° seduta pubblica, martedì 13 febbraio 2024*, in *www.senato.it*, p. 78.

⁶⁰ C. cost., 27 gennaio 2022, n. 22 in *www.cortecostituzionale.it* su cui *amplius infra* § 5.

⁶¹ D. RONCO, *La categoria sociologica della pericolosità e il trattamento delle eccedenze. Il caso dei cripto-imputabili*, in *Dieci anni di REMS. Un'analisi interdisciplinare*, cit., p. 53 analizza anche sulla base di testimonianze di operatori la funzione di scarico che ricoprono le REMS e che diventa trainante nella valutazione di opportunità dell'ampliamento dei posti.

⁶² C. MAZZUCCATO, G. VARRASO, *Chiudere o ... aprire? Il "superamento" degli OPG tra istanze di riforma e perenni tentazioni di "cambiare tutto per non cambiare niente"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 3, pp. 1339 ss; F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! La rimozione di un "fossile vivente" quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. it. dir. pr. pen.*, 2013, 1, pp. 89 ss. richiama le opinioni di psichiatri sul numero limitato di posti in REMS nell'ottica di evitare derive manicomiali.

⁶³ L. SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l'identità perduta della magistratura di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. pr. pen.*, 2012, 4, pp. 1413 ss.

con cui, talvolta, la scelta ricade sulla REMS, nonostante l'attuale concezione del ricovero come *extrema ratio*⁶⁴.

In alcuni casi si sono potute riconoscere le cc.dd. *buone prassi* nella collaborazione interistituzionale⁶⁵, incoraggiata anche dal Consiglio Superiore della Magistratura nella risoluzione del 24 settembre 2018⁶⁶; in altri, la frammentazione originaria è stata solo motivo di processi di deresponsabilizzazione e tensioni tra funzioni e ruoli. Nonostante possa sembrare una facile conclusione, pare il caso di parlare di una condivisione di responsabilità degli operatori a vari livelli, complice un sistema in allarme, che invoca generici bisogni di sicurezza⁶⁷, ed è rassicurato da linee di confine e discriminazione. In questo contesto, la REMS diventa «valvola di scarico»⁶⁸ del sistema, parte di un nuovo meccanismo di confinamento. Emblematica in tal senso si rivela la differente diffusione dei PTRI⁶⁹ tra soggetti con misura di sicurezza provvisoria o definitiva: la netta prevalenza dei primi dimostra un certo lassismo nella presa in carico di soggetti con uno scenario giudiziario già definito, riproponendo meccanismi già noti in ambiente carcerario. A differenza delle carceri, però, nelle REMS non si potrà mai parlare di emergenza in relazione al sovraffollamento, per via dell'accurata previsione relativa al numero di posti. Sembra che il limite numerico, più che favorire l'adozione di misure alternative e consentire il passaggio in misura detentiva solo per quei casi per i quali non

⁶⁴ S. ROSSI, *A che punto è la notte? Ovvero sul definitivo superamento degli O.P.G.*, in *Studium Iuris*, 2017, 10, p. 1117 sui caratteri di residualità, transitorietà ed eccezionalità che avrebbero dovuto distinguere le REMS, posto che non erano pensate come unica risposta alla pericolosità sociale dell'infermo di mente autore di reato.

⁶⁵ In Campania sono stati stipulati accordi tra la sanità regionale e la Magistratura di Sorveglianza per creare delle connessioni tra le pratiche interne alle REMS e le valutazioni successive in merito al percorso e alla pericolosità. G. TORRENTE, *È quello delle REMS un caso di deistituzionalizzazione?*, in *Dieci anni di REMS. Un'analisi interdisciplinare*, cit., pp. 236 ss.

⁶⁶ La risoluzione era incentrata sull'opportunità di elaborare protocolli operativi tra magistratura e l'articolazione territoriale dei servizi di salute mentale, nella consapevolezza della necessità di un costante confronto al fine di recare effettività al sistema delle misure di sicurezza, in linea con lo spirito della l. 81/2014. *Protocolli operativi in tema di misure di sicurezza psichiatriche (Risoluzione del 24 settembre 2018)*, in archivioldpc.dirittopenaleuomo.org

⁶⁷ *Amplius* in tema di sicurezza e Stato civile, L. RISCATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, cit., *passim*.

⁶⁸ P.A. ALLEGRI, *Le liste d'attesa per l'accesso in REMS. Modelli di tenuta tra esigenze di cura ed aspirazioni securitarie*, in *Dieci anni di REMS. Un'analisi interdisciplinare*, cit., p. 318.

⁶⁹ *Ibidem* si fa notare che tra coloro che erano in lista di attesa per l'ingresso in REMS, ben il 57% avesse già un piano terapeutico personalizzato e alternativo alla misura detentiva, potendosi risolvere in una «diversa tipologia di prestazione (sanitaria, sociosanitaria o sociale) con una propria tipicità del servizio (residenziale, semiresidenziale, ambulatoriale)».

ci sarebbe stato altro modo di intervenire, abbia contribuito a spostare il problema in direzione delle liste d'attesa per l'ingresso in REMS, «un altro luogo, non fisico né tangibile, dove allocare i destinatari di una misura di sicurezza detentiva»⁷⁰.

4.1 Effetti collaterali della L. 81/2014: Sy contro Italia e Corte costituzionale 22/22.

Le riflessioni appena svolte costituiscono la cornice in cui inserire il riferimento a due pronunce originate dalla saturazione dei posti in REMS, pubblicate ad appena tre giorni di distanza l'una dall'altra.

Per una mera questione cronologica, ci si sofferma primariamente sulla causa *Sy contro Italia* (24 gennaio 2022).

4.1.1. Il caso Sy contro Italia: il fatto in breve.

La vicenda umana dietro il ricorso n. 11791/20 alla Corte EDU era quella di Giacomo Seydou Sy, al quale nel luglio 2017 veniva applicata dal GIP di Roma la misura cautelare degli arresti domiciliari, poi violata e quindi sostituita con la custodia cautelare in carcere, per i fatti di molestie nei confronti della sua ex compagna, resistenza a pubblico ufficiale e lesioni personali. Nel corso dell'incidente probatorio, veniva prodotta una relazione psichiatrica da cui emergeva la pericolosità sociale *in senso psichiatrico* di Sy, essendo affetto da un «disturbo di personalità (caratteristiche di personalità di tipo misto antisociale e *borderline*), disturbo bipolare e disturbi correlati senza specificazione, disturbo da uso di cannabis, disturbo da uso di stimolanti (cocaina)»⁷¹. Di conseguenza, già all'inizio di ottobre 2017 la custodia cautelare veniva sostituita con l'assegnazione provvisoria ad una REMS – poi confermata nella forma del ricovero in REMS ad esito del giudizio immediato – *da eseguirsi appena possibile*. Nel maggio 2018, subentrava l'applicazione della libertà vigilata, da eseguirsi in comunità: tuttavia, Sy nel corso di un'uscita autorizzata, veniva ricoverato in pronto soccorso a seguito di abuso di sostanze stupefacenti e, pur dimesso, la comunità si rifiutava di riaccoglierlo, sostenendo che mancasse l'autorizzazione del giudice.

Solo tre giorni dopo veniva arrestato in flagranza per i reati di furto aggravato e resistenza a pubblico ufficiale e veniva condotto a Rebibbia Nuovo Complesso, in custodia cautelare. Lo psichiatra del carcere disponeva per lui l'isolamento in condizioni di elevata sorveglianza, e veniva riconfermata la diagnosi del disturbo di personalità e disturbo bipolare, associati a idee di grandezza e persecuzione ai limiti del delirio. Sia lo psichiatra che il perito relazionavano in tema di prevalenza di esigenze di cura piuttosto che di custodia; il Tribunale, escludendo

⁷⁰ *Ivi*, p. 323.

⁷¹ Corte EDU, prima sezione, 24 gennaio 2022, n. ric. 11791/20, *Sy c. Italia*, in *hudoc.echr.coe.int* e *giustizia.it*.

parzialmente la capacità di intendere e di volere al momento dei fatti, applicava gli arresti domiciliari senza prescrivere la misura di sicurezza all'esito degli stessi. Venendo, tuttavia, violata la misura cautelare, se ne disponeva l'aggravamento, ossia l'esecuzione della custodia cautelare presso il penitenziario di Rebibbia Nuovo Complesso. Circa due mesi dopo, nel gennaio 2019, a seguito di un tentativo di suicidio da parte di Sy, lo psichiatra interno alla Casa circondariale dichiarava incompatibile il proseguire della detenzione in ragione delle condizioni di salute del detenuto. Non essendo stata disposta alcuna misura di sicurezza da parte della procura, il provvedimento che si ritenne maggiormente idoneo era il trasferimento in una sezione per infermi e minorati psichici. Tuttavia, non solo il ricorrente sostiene che tale trasferimento non avvenne mai; ma la Corte d'appello di Roma revocava la misura cautelare e disponeva l'immediata rimessione in libertà del ricorrente, cosa che non avvenne.

Nel frattempo, il magistrato di sorveglianza di Roma aveva disposto la revoca della libertà vigilata per Sy, ritenendo unica soluzione adatta alla sua pericolosità sociale il ricovero in REMS. Le strutture nel territorio laziale, pur sollecitate dal DAP, non avevano posti disponibili, e nemmeno ci furono utili riscontri provenienti da fuori Regione.

A marzo 2020 interviene la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sulla base dell'art. 39 del Regolamento della Corte, rubricato *Misure provvisorie*: «In circostanze eccezionali, su richiesta di una parte o di ogni altra persona interessata, ovvero d'ufficio, la Corte può indicare alle parti le misure provvisorie la cui adozione è ritenuta necessaria. Tali misure, applicabili in caso di rischio imminente di lesione irreparabile di un diritto protetto dalla Convenzione che, per sua natura, non può essere oggetto di riparazione, ripristino o risarcimento adeguato, possono essere adottate, se necessario, nell'interesse delle parti o del corretto svolgimento del procedimento» (§1), disponendo l'immediata cessazione della detenzione del ricorrente. Tuttavia, tale monito rimane inattuato fino a quando, nel maggio 2020, nuovamente il ricovero in REMS è sostituito con la misura più elastica della libertà vigilata, da svolgersi in una comunità che si era già resa disponibile. Il 12 maggio 2020 Sy viene trasferito in comunità, ma scappa il giorno seguente. Nuovamente, si considera aumentata la sua pericolosità sociale, essendo lo stesso pure irreperibile, e viene ordinato il ricovero in REMS, reso effettivo solo il 27 luglio 2020.

La Corte EDU, ammessa una parziale ricevibilità⁷² della questione, ha accolto tutte le censure nel merito.

⁷² Art. 35 §1 CEDU.

4.2 Il possibile rilievo dell'art. 3 CEDU. L'individuazione dei criteri, da applicare caso per caso, sul discrimine tra ciò che si deve e ciò che si può fare⁷³.

La formulazione ampia dell'art. 3 CEDU («*Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti*») unita all'intento fortemente identitario e inevitabilmente assiologico⁷⁴, lo rendono una norma centrale nell'ambito della Convenzione: a titolo esemplificativo e non esaustivo, si consideri che nel 2022 il 20,4% delle violazioni riconosciute da parte della Corte consisteva in una violazione dell'art. 3⁷⁵; nel 2023, tra le violazioni accertate, nel 38,67% dei casi sussisteva quella dell'art. 3⁷⁶.

Immaginando un parallelismo tra la CEDU e la Carta costituzionale, sembra potersi tracciare una linea di continuità tra l'art. 3 CEDU, nella prima parte, e l'art. 13, comma quarto della Costituzione⁷⁷; nella seconda parte con l'art. 27, comma terzo, Cost⁷⁸. Nell'ottica di individuazione del bene giuridico tutelato, l'art. 3

⁷³ Il riferimento è a C. CUPELLI, *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, cit.

⁷⁴ La stessa Corte EDU non si è esentata dal fare riferimento, in tema di interpretazione al «*general spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society*» (Corte EDU, plenaria, 7 luglio 1989, n. ric. 14038/88, *Soering c. Regno Unito*, 1989, § 87, in www.hudoc.echr.coe.int). Questo criterio viene anche richiamato nella Guida sull'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Aggiornata al 28 febbraio 2023, p. 6, in www.ks.echr.coe.int.

⁷⁵ Rapport annuel, Cour européenne des droits de l'homme, 2022, p. 150, in www.echr.coe.int. Su un totale di 1972 violazioni, si registravano: 66 violazioni dell'art. 2 CEDU (Diritto alla vita); 403 violazioni dell'art. 3 CEDU; 407 violazioni dell'art. 5 CEDU (Diritto alla libertà e alla sicurezza); 346 in violazione dell'art. 6 CEDU (Diritto ad un equo processo); 237 violazioni dell'art. 13 CEDU (Diritto a un ricorso effettivo); 104 violazioni dell'art. 1 del Protocollo 1 CEDU (Protezione della proprietà); 409 altre violazioni.

⁷⁶ Violations by Article and by State, 2023, in www.echr.coe.int. Su 1014 giudizi di fronte alla Corte, in 892 casi si è concluso con l'accertamento di almeno una violazione, che in 343 casi è consistita in una violazione dell'art. 3 CEDU, in 2 casi si è verificato un concorso di violazione degli articoli 2 e 3 CEDU. L'Italia ha ricevuto condanne in 10 casi (9 casi per violazione sostanziale del divieto di trattamenti inumani o degradanti, 1 caso di violazione procedurale, consistente nell'aver mancato nell'utilizzare mezzi adeguati di indagine).

⁷⁷ Pur essendo la Costituzione entrata in vigore nel 1948, l'obbligo di incriminazione della tortura è stato adempiuto dall'Italia introducendo l'art. 613-*bis* c.p. solamente nel 2017 a seguito della condanna da parte di Corte EDU, sez. IV, 7 aprile 2015, n. 6884/2011, *Cestaro c. Italia*.

⁷⁸ M. RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il «caso» dell'art. 27, comma 3, Cost.*, Roma, 2014 sostiene che, in virtù, dell'autonoma esistenza della previsione di cui al comma terzo dell'art. 27 Cost. nel nostro ordinamento, eventuali violazioni dovrebbero riferirsi a questo e non all'art. 3 CEDU per il tramite dell'art. 117 Cost. In virtù dell'evoluzione della norma di cui all'art. 3 CEDU e del rilievo attribuito alla

CEDU vuol fornire tutela della dignità della persona a diversi livelli, che rientrano nell'ampio spettro di condotte allo stesso ricollegabili.

Il contenuto di cosa sia tortura, sul piano internazionale, si ricava tramite il rimando alla definizione di cui all'art. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (New York, 1984); è stata, invece, la giurisprudenza di Strasburgo a riempire di contenuto i concetti di pena o trattamento inumani, fornendo la chiave per distinguerli da ciò che è considerato degradante⁷⁹. Ad ogni modo, pare potersi individuare un *climax* ascendente⁸⁰ di gravità delle violazioni, anche in considerazione del bene giuridico tutelato: dalla tutela del nucleo duro della dignità della vittima in caso di trattamenti degradanti, si arriva ad una salvaguardia della persona anche nella sua integrità fisica, sanzionando condotte che causino sofferenze di particolare intensità fino a ricondurle nell'ambito della tortura.

Ora, quando si tratta di soggetti in detenzione, il giudizio in merito all'avvenuta violazione dell'art. 3 CEDU deve tener conto della particolare condizione di vulnerabilità⁸¹ connessa alla materiale limitazione della libertà; la vulnerabilità, nella lettura della Corte costituzionale, è duplice⁸² se il soggetto in detenzione è un sofferente psichico. Se la definizione dell'OMS per cui lo stato di salute di una persona non si esaurisce nell'*assenza di malattia o infermità*, ma si connota anche del benessere mentale e sociale, è comunemente accettata, la tutela dello stesso è diversificata e, in particolare all'interno della CEDU, a differenza di quanto accade a livello costituzionale, manca una specifica norma a tutela della

Convenzione, pare comunque riferimento idoneo per quei casi che richiederebbero un innalzamento di tutela, ma rischierebbero di sperimentare la carenza di effettiva tutela alla luce del solo principio costituzionale.

⁷⁹ Corte EDU, 31 gennaio 2019, n. ric. 18052/11, *Rooman c. Belgio*, § 141: «Treatment is considered to be "degrading" when it arouses in the victim feelings of fear, anguish or inferiority capable of breaking his or her moral and physical resistance, or when it is such as to drive the victim to act against his or her will or conscience». Corte EDU, Grande Camera, 6 aprile 2000, n. ric. 26772/95, *Labita c. Italia* § 120: «Treatment has been held by the Court to be "inhuman" because, *inter alia*, it was premeditated, was applied for hours at a stretch and caused either actual bodily injury or intense physical and mental suffering [...] In order for a punishment or treatment associated with it to be "inhuman" or "degrading", the suffering or humiliation involved must in any event go beyond that inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment».

⁸⁰ A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, cit., p. 235.

⁸¹ Corte EDU, I sez., 20 giugno 2011, n. ric. 44973/04, *Premininy c. Russia*, § 73.

⁸² Corte EDU, Grande Camera, 31 gennaio 2019, n. ric. 18052/11, *Rooman c. Belgio*, § 145; C. cost., 99/2019, cit., § 2.1 *Considerato in diritto*.

salute. Ciò non si traduce in un vuoto di tutela⁸³, piuttosto in una diversificazione, venendo il diritto alla salute ad essere ricollegato variamente agli artt. 2⁸⁴, 3 o 8 CEDU⁸⁵.

⁸³ *Amplius*, F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione*, cit., pp. 207 ss.

⁸⁴ Corte EDU, Grande Camera, 17 luglio 2014, n. ric. 47848/08, *Centro di Risorse Legali per conto di Valentin Câmpeanu c. Romania* riteneva violato l'art. 2 (Diritto alla vita), ma non l'art. 3 CEDU. Sotto il profilo sostanziale, perché il Câmpeanu era sempre stato in strutture statali (prima orfanotrofio, poi in una comunità, poi in un ospedale psichiatrico), ma non aveva mai ricevuto cure adatte alla propria condizione (aveva l'HIV dalla nascita, con il tempo aveva mostrato segni di iperaggressività: ciò aveva condotto al trasferimento nell'ospedale psichiatrico, ove però mancavano gli strumenti adatti a trattare l'HIV, e l'ala in cui si trovava non aveva uno psichiatra di riferimento). Per quanto concerne l'aspetto procedurale, la violazione si fondava sul non avere le autorità indagato in maniera sufficiente a seguito di diversi episodi di morte avvenuti nella struttura ove si trovava ricoverato il Câmpeanu. La violazione dell'art. 2 fu anche congiunta a quella dell'art. 13 CEDU (Diritto ad un rimedio effettivo), poiché lo Stato non aveva adottato un meccanismo idoneo cui potessero accedere coloro che, soffrendo per la propria condizione psichica, cercassero un idoneo risarcimento.

Corte EDU, III sezione, 30 novembre 2022, n. ric. 21648/11, *Traskunova c. Russia* accertava la violazione sostanziale e procedurale dell'art. 2 della Convenzione nei confronti della figlia della ricorrente, entrata in coma nel corso della sperimentazione di un nuovo farmaco per la cura della schizofrenia da cui era affetta, e poi morta. Nella lettura della Corte, tale dinamica va oltre la *mera negligenza medica*: sebbene le attività sperimentali abbiano in sé una componente ineliminabile di rischio, resta compito dell'autorità statale che conduce una tale sperimentazione medica dotarsi di un quadro legale e mettere in atto un controllo tale da ridurre al minimo il rischio ragionevole. In tal caso, sebbene formalmente esistessero delle linee-guida e procedure di riferimento, queste non furono, in effetti, praticate: la vittima, infatti, non fu sottoposta a *check-up* completo prima di iniziare il programma di sperimentazione, ma il primo elettrocardiogramma fu effettuato solo dopo che cadde in coma; inoltre, nonostante avesse firmato un modulo di consenso al trattamento, il fatto che nemmeno i medici conoscessero le sue reali condizioni complessive di salute faceva concludere per l'ineffettività dello stesso. Ancora, la particolare vulnerabilità connessa alla schizofrenia della paziente non fu presa in considerazione nella richiesta di consenso al secondo trattamento. Non avendo la Russia garantito l'effettivo funzionamento del quadro legale posto a tutela della paziente, ci fu violazione anche sotto il profilo procedurale. (La traduzione è libera e non ufficiale, i riferimenti sono ai §§ 72-88. Inoltre, pare opportuno rammentare che dal 16 settembre 2022 la Russia non è più parte della Convenzione).

In Corte EDU, Grande Camera, 17 gennaio 2002, n. ric. 32967/96, *Calvelli e Ciglio c. Italia* i ricorrenti lamentavano l'assenza di un rimedio penale nei confronti del medico che non aveva adottato sufficienti precauzioni in vista del parto della signora Ciglio, pur essendo a conoscenza del suo diabete di tipo A e dei diversi ricoveri che aveva subito: il bambino, dopo la nascita, veniva portato in terapia intensiva, ma moriva dopo due giorni. Il

procedimento penale nei confronti del ginecologo si estingueva per prescrizione. La Corte conclude per una non violazione dell'art. 2 in considerazione della possibilità di ricorso in sede civile da parte dei genitori, tra l'altro esperita. Sono riportate le opinioni dissenzienti dei giudici Bonello e Strážniká, alla luce della centralità dell'art. 2 CEDU e dell'esistente giurisprudenza della Corte, ritengono che sarebbe stato più idoneo collocare il caso nell'area del diritto penale e non del diritto civile, destinato a comporre conflitti di carattere privato. Inoltre, dato che nel sistema italiano l'omicidio è punito non solo se doloso, ma anche se colposo o preterintenzionale, i giudici esprimono il dubbio che il sistema CEDU in tal modo abbassi il livello di tutela. Il giudice Zupančič, invece, nella sua opinione concorrente, avalla l'idea che ciò per cui i ricorrenti agivano si colloca su un piano privato, e sono superati i tempi in cui si ricorre al diritto penale per ragioni di retribuzione; tuttavia, in considerazione che sulla carta è perseguibile l'azione del medico che negligenzemente causi la morte di un paziente, si chiede il sistema giudiziario italiano abbia mostrato sufficiente *assiduousness* nello svolgere il compito persecutorio cui era chiamato. La violazione dell'art. 2 CEDU in chiave procedurale, e quindi per la non tempestiva risposta dello Stato a fronte della denuncia della negligenza nell'operato del medico risultante nella morte del paziente veniva riconosciuta da Corte EDU, Grande Camera, 19 dicembre 2017, n. 56080/13, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*.

Per altri casi in cui il riferimento dell'art. 2 è stato utilizzato a tutela della salute, v. Corte EDU, II sezione, 30 novembre 2016, n. ric. 40448/06, *Aydoğdu c. Turchia*; Corte EDU, IV sezione 10 aprile 2017, n. ric. 81270/12, *Ioniță c. Romania*; Corte EDU, V sezione, 13 ottobre 2014, n. ric. 49278/09, *Gray c. Germania*; Corte EDU, II sezione, 15 marzo 2011, n. 43134/05, *G.N. e altri c. Italia*; Corte EDU, IV sezione, 13 giugno 2012, n. ric. 2694/08, *Reynolds c. Regno Unito*.

⁸⁵ Ampio campo di applicazione dell'art. 8 CEDU è inerente alla tutela dei dati personali ed al consenso informato del paziente. Cfr. in tal senso: Corte EDU, IV sezione, 6 novembre 2019, n. ric. 32881/04, *K.H. e altri c. Slovacchia* per non aver fornito a due donne la documentazione inerente al proprio ricovero in una clinica ginecologica ove sospettavano essere state sterilizzate perché di etnia rom; Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2024, n. ric. 15541/20, *Pindo Mulla c. Spagna*, caso in cui un giudice autorizzò in Spagna la realizzazione di qualsiasi trattamento necessario per salvare la vita ad una paziente testimone di Geova, che aveva precedentemente espresso la propria intenzione di sottoporsi a qualsiasi operazione, purché non comportasse trasfusioni; ciò non era totalmente noto al giudice, dunque i medici proseguirono anche fuori dal consenso della paziente. Tale dinamica non fu sanzionata dalle Corti interne, e la Corte costituzionale ritenne inammissibile il giudizio di *amparo* proposto; Corte EDU, V sezione, 12 luglio 2007, n. ric. 11901/02, *Panteleyenko c. Ucraina*; Corte EDU, II sezione, 12 febbraio 2007, n. ric. 7508/02, *L.L. c. Francia*.

Corte EDU, I sezione, 15 settembre 2011, n. ric. 2700/10, *Kiyutin c. Russia* in cui si riconosceva la violazione dell'art. 8 CEDU da parte delle autorità russe (dal 16 settembre 2022 la Russia non è più parte della Convenzione) per avere motivato il rigetto di una richiesta di permesso di soggiorno in ragione della positività all'HIV del richiedente, ritenuto pericoloso per la salute pubblica. Corte EDU, III sezione, 30 agosto 2023, n. ric. 8757/20, *Azzaqui c. Paesi Bassi* per avere revocato il permesso di soggiorno del ricorrente considerato minaccia alla pubblica sicurezza, poiché resosi autore di diversi

Tale diversificazione, però, si riflette anche nelle garanzie accordate di volta in volta: ai sensi dell'art. 15 §2 CEDU, infatti, anche il diritto alla vita può trovare una deroga, qualora il decesso sia «causato da legittimi atti di guerra», ma non l'art. 3⁸⁶.

Le occasioni in cui l'art. 3 CEDU ha incontrato tematiche inerenti alla salute della persona traevano origine da vicende connotate da particolare gravità: diversi casi⁸⁷ riguardavano ordinanze di espulsione da un Paese a seguito della commissione di reati, o per non avere i requisiti per l'asilo, in cui non si era considerato quale sarebbe stato il livello attendibile di cure nel luogo di origine dell'espulso, affetto da patologie gravi, quali l'AIDS, la leucemia linfatica cronica o la tubercolosi; in altri, il tema è stato il giudizio di proporzionalità tra il trattamento medico forzato e la ragione per cui ciò veniva realizzato – segnatamente la somministrazione dello sciroppo di ipecacuana (emetico) nei confronti di un sospetto spacciatore⁸⁸, o la sottoposizione di un indagato ad

reati sessuali, ma senza considerare che lo stesso soffriva al momento della commissione degli stessi di disturbi della personalità, con tratti schizotipici e antisociali, oltre ad avere sofferto di episodi psicotici: tutto ciò, influenzando nel senso di diminuire il giudizio di colpevolezza.

Corte EDU, I sezione, 24 marzo 2014, nn. ric. 52806/09 e 22703/10, *Vilnes e altri c. Norvegia*: nel periodo dal 1965 al 1990, diversi sub in Norvegia furono impiegati per fare dei test in favore di compagnie petrolifere; tuttavia, dopo tempo mostrarono segni di malattie professionali per le quali lo Stato fu ritenuto responsabile di non aver fornito strumenti sufficienti a comprendere il rischio cui si stavano esponendo, non avendo le tabelle di decompressione raggiunto un livello di affidabilità nel periodo di riferimento. Ciò costituì violazione dell'art. 8 CEDU, e non dell'art. 2 CEDU. Fu, invece, ravvisata una violazione di entrambe le disposizioni nel caso di Corte EDU, V sezione, 24 ottobre 2014, nn. ric. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11, *Brincat e altri contro Malta*. Corte EDU, II sezione, 6 settembre 2017, n. ric. 50772/11, *Erdinç Kurt e altri c. Turchia*, in cui si stabilisce che non per la sola difficoltà intrinseca di un'operazione condotta da alcuni medici, e conclusasi con una disabilità riportata dalla paziente, si può sorvolare sulla verifica dell'adozione da parte degli stessi di cauzioni idonee.

⁸⁶ Né l'art. 4 §1 (*Nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o di servitù*), né l'art. 7 (*Nulla poena sine lege*).

⁸⁷ Corte EDU, 2 maggio 1997, n. ric. 30240/96, *D. c. Regno Unito*; Corte EDU, Grande Camera, 27 maggio 2008, n. ric. 26565/05, *N. c. Regno Unito*; Corte EDU, Grande Camera, 13 dicembre 2016, n. ric. 41738/10, *Paposhvili c. Belgio*.

⁸⁸ Corte EDU, Grande Camera, 11 luglio 2006, n. ric. 54810/00, *Jalloh c. Germania*. La Corte, pur riconoscendo che il ricorso a trattamento medico forzato nello svolgimento di indagini non è di per sé sanzionato dalla Convenzione, conclude per la violazione del divieto di trattamenti *inumani o degradanti* nel caso specifico, in considerazione della scarsa offensività della condotta del ricorrente (aveva gli ovetti di cocaina in bocca, quindi era uno spacciatore su piccola scala) e la non necessarietà del ricorso all'emetico (gli ovetti ingeriti avrebbero potuto essere espulsi naturalmente). Tuttavia, è interessante notare le osservazioni svolte nelle opinioni concorrenti e dissenzienti: il

un'operazione chirurgica rispetto alla quale rimaneva dubbio se avesse o meno espresso il proprio consenso⁸⁹ – fino a considerare casi di rimozione di organi e tessuti di soggetti deceduti per venderli ad aziende farmaceutiche estere, all'insaputa dei parenti⁹⁰.

Da una rassegna delle pronunce in cui l'art. 3 CEDU è stato analizzato dalla Corte in relazione a tematiche psichiatriche può proporsi una lettura in chiave di alternativa tra i casi in cui ad essere questionata era la stessa decisione del ricorso a strumenti della psichiatria⁹¹, quali il ricovero, ed i casi in cui ci si è

giudice Bratza pur essendo d'accordo con la conclusione raggiunta dalla Corte, ritiene ingannevole l'argomentazione che valorizza la gravità dell'offesa e la necessarietà del ricorso al trattamento forzato per l'individuazione della soglia di gravità di una condotta ai fini dell'art. 3 CEDU, dovendosi – a suo avviso – valorizzare maggiormente *quale trattamento* possa in generale dirsi accettabile nei confronti dei sospettati. L'opinione dissenziente del giudice Zupančič può collocarsi su un piano di consequenzialità rispetto a quanto sinora esposto: ad avviso dello stesso, infatti, nel caso Jalloh dovrebbe parlarsi di tortura, in considerazione dello *scopo* della somministrazione dell'emetico (ottenere le prove del possesso di cocaina ai fini di spaccio) da parte di *pubblici ufficiali*. A conclusioni opposte giungono i giudici Wildhaber e Caflisch, la cui opinione in relazione alla mancata violazione dell'art. 3 è stata poi sottoscritta dai giudici Ress, Pellonpää, Baka e Šikuta: essi ritengono che in questo caso l'uso della forza non è avvenuto per punire un individuo o farlo confessare (condotte rientranti nella definizione di tortura), ma per evitare la distruzione delle prove del reato, e *ciò non sarebbe stato necessario* se il sospettato non avesse ingerito gli ovetti di cocaina o avesse acconsentito al trattamento medico.

⁸⁹ Corte EDU, II sezione, 6 aprile 2009, n. ric. 35228/03, *Bogumil c. Portogallo*, in considerazione del fatto che l'operazione chirurgica svolta sul ricorrente per rimuovere gli ovetti di cocaina fosse diretta ad una finalità terapeutica, dietro scelta del medico e non alla ricerca di prove da parte della polizia – già sufficientemente raccolte precedentemente all'indagine endoscopica – ha ritenuto che l'intervento, a prescindere del consenso di chi lo ha subito, non potesse integrare una violazione dell'art. 3.

⁹⁰ Corte EDU, IV sezione, 13 aprile 2015, n. ric. 61243/08, *Elberte c. Lettonia* § 142: «In the special field of organ and tissue transplantation it has been recognised that the human body must still be treated with respect even after death. Indeed, international treaties including the Convention on Human Rights and Biomedicine and the Additional Protocol, as noted in the Explanatory Report to the latter, have been drafted to safeguard the rights of organ and tissue donors, living or deceased. The object of these treaties is to protect the dignity, identity and integrity of "everyone" who has been born, whether now living or dead [...] The applicant's suffering was caused not only by the breach of her rights as the closest relative and the ensuing uncertainty regarding what had been done in the Forensic Centre, but was also due to the intrusive nature of the acts carried out on her deceased husband's body and the anguish she suffered in that regard as his closest relative».

⁹¹ Corte EDU, III sezione, 11 ottobre 2011, n. ric. 30951/10, *Gorobet c. Moldavia*; Corte EDU, I sezione, 14 dicembre 2015, n. ric. 10060/07, *Bataliny c. Russia*.

maggiormente concentrati sul nesso tra malattia mentale e detenzione⁹². In particolare, in questi ultimi, al di là della costante valutazione della legalità della detenzione alla luce dell'art. 5 CEDU⁹³, il ragionamento si è incentrato sulla compatibilità delle condizioni detentive con la situazione specifica del ricorrente. Di conseguenza, costante è il riferimento alla *relatività* della gravità della violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti⁹⁴ in situazioni di detenzione, rispetto al quale punti chiave sono stati elencati nel giudizio *Stawomir Musiał contro Polonia*⁹⁵: (a) la condizione medica del detenuto, (b) l'adeguatezza della cura e assistenza medica accessibili nel penitenziario e (c) l'opportunità di mantenere la misura detentiva alla luce dello stato di salute del ricorrente. La violazione del diritto di cui all'art. 3 CEDU non si riscontra se uno specifico medico non può essere incontrato dal soggetto in detenzione; l'elemento discriminatorio è, piuttosto, la cura. A titolo esemplificativo, è stato considerato trattamento inumano e degradante il mantenimento in condizioni di detenzione di chi, soffrendo di asma, anoressia e della sindrome di Münchhausen, avrebbe avuto bisogno di essere seguita da specialisti e avrebbe tratto giovamento dalla sospensione della pena, essendo stato riconosciuto da più esperti lo stato di incompatibilità con la detenzione⁹⁶. Di volta in volta, quello che assume valore dirimente è la valutazione medica di riferimento: quanto più concordanti sono le voci degli esperti tanto più avranno un peso nel corso dei giudizi; assumono, poi, un peso nel giudizio di umanità del trattamento il tipo

⁹² La sensibilità della Corte al tema è dimostrata dall'esistenza di un documento specifico concernente *Detention and Mental Health*, ottobre 2024, in www.echr.coe.int

⁹³ Su cui *infra* § 4.3.

⁹⁴ La gravità della violazione dell'art. 3 CEDU impone, nella giurisprudenza della Corte, una valutazione caso per caso della gravità del comportamento realizzato. Così, già Corte EDU, Grande Camera, 26 ottobre 2000, n. ric. 30210/96, *Kudła c. Polonia*, in cui si ritenne che il minimo di gravità non fu raggiunto § 91 «ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment, the manner and method of its execution, its duration, its physical or mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim». In modo simile, la breve durata della detenzione, unita alla mancanza della documentazione inerente all'allegato peggioramento delle condizioni di salute del ricorrente, hanno ritenuto non raggiunta la soglia di gravità in Corte EDU, 14 settembre 2007, I sezione, n. ric. 8883/04, *Novak c. Croazia*, § 46. Nel caso, invece di Corte EDU, V sezione, 10 aprile 2013, n. ric. 43418/09, *Claes c. Belgio*, la lunga durata della detenzione nella sezione psichiatrica della prigione (15 anni), in luogo della collocazione in una struttura più appropriata in considerazione della condizione del ricorrente, è stata la causa di sentimenti di disagio e angoscia ulteriori rispetto a quelli inevitabili in un contesto detentivo (§§ 97-102).

⁹⁵ Corte EDU, IV sezione, 5 giugno 2009, n. ric. 28300/06, *Stawomir Musiał c. Polonia*, § 88.

⁹⁶ Corte EDU, V sezione, 21 marzo 2011, n. ric. 36435/07, *Raffray Taddei c. Francia*.

di rischio che viene riscontrato ed il modo in cui viene effettivamente gestito⁹⁷ e la condizione degli istituti penitenziari⁹⁸.

L'Italia era stata inquadrata dalla lente di ingrandimento del CPT nei primi anni 2000⁹⁹, quando si constatavano le condizioni misere in cui versavano i vecchi

⁹⁷ Corte EDU, V sezione, 3 febbraio 2012, n. ric. 32010/07, *Cocaign c. Francia* escludeva che l'isolamento durato 45 giorni per un detenuto che aveva ucciso un compagno di cella, mangiandone poi parti del polmone, e rispetto al quale era stata riscontrata incompatibilità con la detenzione (in precedenza era stato ricoverato in un ospedale psichiatrico, a seguito dell'episodio di cannibalismo erano stati rilevati i suoi tratti psicotici, oltre all'incompatibilità con la detenzione) potesse risultare in eccesso rispetto al livello di sofferenza consentito e inevitabile. In tal senso, un ruolo centrale è stato riconosciuto all'avvenuto ricovero per un periodo di tre settimane di Cocaign in una struttura per riequilibrare il suo stato psichico, a cui è seguita la collocazione in una cella di isolamento per la pericolosità della convivenza con altri detenuti. Inoltre, egli non veniva trattato come un detenuto ordinario, dal momento che aveva accesso a consulenze psichiatriche regolari, supportate da personale qualificato. Diversamente, in Corte EDU, V sezione, 16 gennaio 2009, n. ric. 5608/05, *Renolde c. Francia* la medesima sanzione dell'isolamento per 45 giorni nei confronti di un detenuto che aveva aggredito un agente di sorveglianza, ma che aveva dato segni di fragilità psichica, poi concretizzatosi nel suicidio dello stesso, hanno condotto a ritenere superato il limite dell'art. 3 CEDU.

⁹⁸ Corte EDU, III sezione, 1° gennaio 2014, n. ric. 24575/10, *Țicu c. Romania* in relazione al sovraffollamento dell'istituto dove era collocato il ricorrente. Tale condizione, unita al disagio psichico, rendeva ancora più grave la detenzione ed i sentimenti di angoscia ad essa correlati; a ciò si unisce l'inadeguatezza delle cure, non essendo differenziata la specificità della situazione del ricorrente dalla generalità del trattamento medico riservato ai detenuti in salute. Sotto il profilo procedurale, l'art. 3 si riteneva violato poiché non fu dato il giusto seguito investigativo alle denunce di violenza subita da Țicu e connesse alla sua disabilità.

⁹⁹ La prima visita negli OPG del Commissario per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa risale al 2005: le sue osservazioni confluivano in un rapporto indirizzato al Comitato dei Ministri e al Ministero della Giustizia italiano affinché si intervenisse con misure che permettessero il reinserimento sociale dei ricoverati in OPG, i quali versavano in condizioni più assimilabili alla detenzione che al ricovero. Dal *Rapporto di Álvaro Gil-Robles, Commissario per i Diritti Umani, sulla sua visita in Italia 10-17 giugno 2005*, in *rm.coe.int*. Nel 2008, il CPT torna in visita in Italia e riporta le sue osservazioni nel 2010, denunciando le condizioni in cui versava l'OPG di Aversa in un momento cruciale – quello del passaggio della medicina penitenziaria nell'ambito del Sistema Sanitario Nazionale – denunciando le condizioni del trattamento inumane e degradanti in ragione del sovraffollamento, dell'inadeguatezza delle strutture, della mancanza di coordinazione ai diversi livelli amministrativi, della scarsa cura dei locali, della mancanza di igiene, del processo di spersonalizzazione che interessava gli internati. *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 14 to 26 September 2008*, Strasburgo, 20 aprile 2010, in *hudoc.cpt.coe.int*.

OPG e si ricevevano raccomandazioni perché si facesse qualcosa. Non si può dire che la soluzione delle REMS, seguita anni dopo tali sollecitazioni, ne sia direttamente figlia¹⁰⁰; ad ogni modo, a brevissima distanza dall'inaugurazione del nuovo meccanismo, sono sorte questioni connesse alla qualità del trattamento riservato agli infermi psichici autori di reato. Nel giudizio *Sy contro Italia*, la violazione dell'art. 3 CEDU emerge in considerazione dei principi già affermati e perfezionati nel tempo dalla Corte in materia. Così, oltre a riprendere i criteri elaborati in *Stawomir Musiał*, la Corte richiama alcune sue celebri pronunce nell'individuazione degli standard richiesti ad uno Stato in termini di obblighi positivi nei confronti di persone vulnerabili sotto la sua custodia. L'elemento trainante sembra essere quello di una misura che sia ritagliata, di volta in volta, sul caso concreto, in modo da essere coerente con lo scopo della risocializzazione. Ciò si traduce nell'obbligo per lo Stato di mettere la generalità dei detenuti in condizioni di accedere al trattamento penitenziario, attraverso la partecipazione ad attività, di qualsiasi genere, che *di fatto*¹⁰¹ possano essere un veicolo di risocializzazione¹⁰², riducendo il rischio di recidiva. Tale obbligazione è un'obbligazione di mezzi, e non di risultato¹⁰³: ne consegue, da un lato, che l'ipotetico destinatario potrebbe non cogliere la portata degli strumenti proposti¹⁰⁴, nonostante l'effettivo impegno dello Stato a renderli accessibili anche alla sua situazione specifica; d'altro lato, il fatto che una speranza realistica di risocializzazione non possa essere negata *a priori*, nemmeno nei casi in cui si è irrogata una pena abbastanza alta, non esime lo Stato da un altro obbligo

¹⁰⁰ Negli stessi anni della seconda visita del CPT, veniva istituita in Senato una Commissione di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio Sanitario Nazionale (Commissione Marino), che potendosi recare negli OPG ne denunciava le condizioni sia per iscritto nella *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, documento Senato XXII-bis n. 4 (20-7-2011), in www.senato.it, che tramite la registrazione di immagini, le quali, mostrate al grande pubblico nel 2011 (*Presa diretta, puntata del 20 marzo 2011*, accessibile da youtube.com), creavano un moto di indignazione generale che non permetteva di tardare ancora nell'individuazione della soluzione adatta.

¹⁰¹ A porre enfasi sulla innovatività assunta dalla riducibilità di fatto della pena, anche quando è originariamente ergastolana, è il giudice Silvis nella sua opinione concorrente in Corte EDU, Grande Camera, 26 aprile 2016, n. ric. 10511/10, *Murray c. Paesi Bassi*, p. 51: non è la possibilità in astratto a vedere ridotta la propria pena ad assumere valore nel giudizio della rideterminazione della stessa in diritto e in fatto, ma, nel caso di persone che abbiano un disturbo psichiatrico, occorre che lo Stato metta a disposizione un supporto riabilitativo ad esito del quale ci si possa davvero candidare al rilascio.

¹⁰² *Murray c. Paesi Bassi*, cit., §§ 108-110.

¹⁰³ *Ivi*, § 104.

¹⁰⁴ *Ivi*, § 106.

positivo, complementare a quello già discusso, e consistente nella protezione del pubblico dall'esposizione ad attacchi violenti¹⁰⁵.

Il giudizio di *adeguatezza del trattamento* resta la parte più complessa: fermo restando che è di competenza dello Stato e non della Corte l'individuazione di come intervenire, trattandosi di una scelta che impone la valutazione di elementi quali la legislazione interna, gli strumenti a disposizione, le esigenze del caso concreto, e che vanno equilibrati ad esito di un procedimento discrezionale, il criterio che viene utilizzato *a posteriori* costituisce il momento di prova della tenuta dell'azione statale di fronte alle disposizioni vincolanti della CEDU. In *Rooman c. Belgio* l'effettività dell'azione a tutela della salute del detenuto viene misurata non solo sull'aver ricevuto una visita da parte di un medico, il quale abbia magari prescritto uno specifico trattamento – essendo ciò di per sé insufficiente ad essere ricollegato nel più ampio ambito della cura – ma occorre anche una costante osservazione del detenuto, registrandone i dati e le condizioni di salute in una cartella clinica, realizzando diagnosi mirate e accurate, incontrandolo periodicamente a seconda delle esigenze specifiche, in modo da guardare non solo i sintomi del disturbo, ma poter anche agire in un'ottica di prevenzione. Tutto ciò richiede anche la disponibilità di strutture che permettano di realizzare le necessarie attività di cura. In conclusione, l'appropriatezza delle cure mediche in contesti detentivi si parametrizza al livello medio in cui le autorità statali si impegnano nei confronti della popolazione in generale¹⁰⁶. Un livello inferiore, che non incontri le esigenze caratterizzanti il caso specifico, si può tradurre in termini di abbandono terapeutico¹⁰⁷ da parte dello Stato, e rappresenta una violazione dell'art. 3 CEDU.

4.3 Il possibile rilievo dell'art. 5 CEDU. La giustificazione della restrizione di libertà personale sulla base di una condanna o per alienazione.

Il secondo parametro di cui è stata riscontrata la violazione nella lettura della Corte EDU è stato quello dell'art. 5 CEDU, ossia il *Diritto alla libertà e alla sicurezza*. A differenza del parametro di cui all'art. 3, e in linea con la *ratio* stessa del diritto¹⁰⁸, questo trova delle eccezioni, elencate all'interno della stessa Convenzione. Casi analoghi a quello di *Sy*, di conseguenza, danno luogo a possibili restrizioni della libertà personale; il punto, da sempre, è ruotato sulle modalità in cui ciò avviene.

Per un inquadramento puntuale, la distinzione in ottica convenzionale è quella tra i *permissive grounds* di cui all'art. 5 §1 (a) ed all'art. 5 §1 (e) CEDU: vale a dire

¹⁰⁵ *Ivi*, §§ 111-112.

¹⁰⁶ *Rooman c. Belgio*, cit., § 147.

¹⁰⁷ Corte EDU, II sezione, 21 maggio 2020, n. ric. 34602/12, *Strazimiri c. Albania*, § 109.

¹⁰⁸ Sul piano interno la libertà personale è tutelata all'articolo 13 Cost., collocandosi le eccezioni non in un elenco tassativo di casi, ma per il tramite della doppia garanzia offerta dalla riserva di legge e di giurisdizione.

se la restrizione della libertà personale è connessa ad una pronuncia giurisprudenziale o se l'ottica è quella della tutela della salute del destinatario¹⁰⁹, casistica che trova applicazioni sempre maggiori. Nella versione italiana della Convenzione, i soggetti che rientrano nella lett. e appena citata sono, tra gli altri, gli alienati, *aliénés* in francese, *people of unsound mind* in inglese.

Prima di esaminare i casi di applicazione dell'art. 5, si vuole fornire una contestualizzazione in merito alla complessità che riserva la terminologia non solo sul piano interno, ma anche se la prospettiva è quella di altri ordinamenti. Così, da un lato i dizionari della lingua italiana definiscono l'alienato variamente come una *persona che è uscita di sé, malato di mente*¹¹⁰, *pazzo*¹¹¹. D'altro lato, anche la versione inglese più ampia, che dovrebbe costituire il riferimento primario quando si legge la Convenzione, è stata oggetto di critiche, dal momento che il concetto di *person of unsound mind* risulta vago, senza un diretto riferimento nella terminologia medica corrente, causando dubbi interpretativi specialmente nel rapporto tra la malattia mentale in senso stretto ed i disturbi della personalità¹¹².

È quasi immediato il collegamento alle considerazioni delle Sezioni Unite nella sentenza *Raso*, per cui, se il *focus* è costituito dall'infermità mentale, questa non può essere limitata alla malattia propriamente detta, in considerazione dell'elemento evolutivo che ne influenza al punto l'individuazione da far parlare di cultura ed epoca storica *patoplastiche*¹¹³. Infine, quando il discorso coinvolge,

¹⁰⁹ L. SCOMPARIN, *La valutazione della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle limitazioni alla libertà personale imposte alle persone affette da patologie mentali: tra casi e principi, una progressiva crescita di attenzione per diritti fondamentali a rischio amplificato, in Dieci anni di REMS*, cit., p. 464.

¹¹⁰ Dizionario italiano De Mauro. Vocabolario online, in *dizionario.internazionale.it*, Treccani in *treccani.it*; Dizionario di italiano, in *gazantilinguistica.it*

¹¹¹ Grande dizionario Hoepli italiano, in *dizionari.repubblica.it*. Si consideri, comunque, che il termine veniva utilizzato con il medesimo significato anche in ambito più strettamente giuridico, in stretta correlazione con l'incapacità di intendere e di volere.

¹¹² M. BURDZIK, Who is the 'person of unsound mind'? The problem of terminological incompatibility in law and medical sciences in the context of the proper legal protection of people with mental disorders subjected to penal coercive measures, in *European Psychiatry*, 66 (S1), 2023, S166.

¹¹³ M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, pp. 393 ss. Da un'iniziale considerazione delle norme sull'imputabilità come perno saldo del codice Rocco, sicure nell'applicazione e difficili da scalfire, è stato espresso l'auspicio di un intervento legislativo per ridefinire i presupposti del concetto di imputabilità, che rischiano di ridursi a formule vuote, lontane sia dagli approdi della scienza medica, sia dalle esigenze che sorreggono la sistematica dell'imputabilità nel diritto penale italiano. Le critiche a concetti che sembravano certi, ma sono diventati sempre più aleatori nell'applicazione si colgono dal raffronto tra la pronuncia di Cass., 8 settembre 1982, per cui «la normalità psichica si verifica quando nel soggetto le tensioni determinate dai sentimenti, dai bisogni, dai desideri e dagli interessi si svolgono senza particolari conflitti

oltre all'elemento della cura¹¹⁴ che talvolta consente la limitazione della libertà di movimento del paziente in una struttura specifica, che si tratti di ospedale o di struttura psichiatrica, anche l'aspetto della sicurezza, l'azione autoritaria dello Stato ha una copertura non solo legale, ma anche convenzionale.

La stessa Corte EDU, in una delle pronunce chiave in materia di restrizione della libertà personale¹¹⁵, e ben prima delle Sezioni Unite 9163 del 2005, in applicazione dell'art. 5 §1 lett. e) della Convenzione, si è espressa rispetto all'impossibilità di interpretare definitivamente tale sintagma, riconoscendo come le questioni che coinvolgono i pazienti psichiatrici siano destinate ad un progressivo ampliamento, in considerazione delle evoluzioni degli studi in

psichici e si traducono in corrispondenti azioni, di cui costituiscono il motivo determinante», e dalla conclusione che «il concetto di infermità non ha praticamente più confini», essendo arrivati a suggerire l'eliminazione degli artt. 88 e 89 nel richiamo nosografico offerto, che avrebbe voluto essere sostituito con un paradigma prettamente psicologico, che però si presterebbe ad un'applicazione estremamente incerta. Per lo svolgimento del ragionamento, anche in relazione alle problematiche poste dalla perizia nel processo penale, si rimanda *ivi*, pp. 455 ss. Per altri spunti in merito al rapporto tra malattia mentale e contesto storico, M. BERTOLINO, *L'imputabilità secondo il codice penale. Dal Codice Rocco alla legge delega del 2017: paradigmi, giurisprudenza, Commissioni a confronto*, in *Sistema Penale*, 25 febbraio 2020; EAD. *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *Archivio Penale*, 2014,2. M. AMISANO, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, Torino, 2005, *passim*. Sugli effetti dell'ampliamento della casistica rilevante ai fini del riscontro di un vizio totale o parziale di mente, M. CELVA, E. ARRIGHINI, «Borderline, feels like I'm going to lose my mind». *Vizio di mente e disturbo borderline di personalità: l'esempio della intimate partner violence*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2023, 1, pp. 63 ss., anche per il riferimento alla *Relazione su «La risposta giudiziaria ai femminicidi in Italia. Analisi delle indagini e delle sentenze. Il biennio 2017-2018»*, approvata dalla Commissione nella seduta del 18 novembre 2021, p. 74, in *senato.it*. In tema di comorbidità, cfr. I. ROSSETTO ET AL., *Sex offenders found not guilty by reason of insanity: clinical and legal characteristics*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, XV, 2021, 1, pp. 61-66.

¹¹⁴ Il riferimento non è all'esercizio di pratiche contenitive come strumento di gestione della crisi, il tutto offuscato da etichette che vorrebbero veicolare un significato terapeutico, ma tradiscono l'intento securitario. Al contrario, a partire dalla L. 22 dicembre 2017, n. 219 recante *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, l'elemento del consenso del paziente è fondamentale nella costruzione dell'alleanza terapeutica, e ciò si può dire anche per il soggetto affetto da infermità mentale, o disturbo della personalità, nel limite di quanto consentito dalla situazione specifica. Resta complesso il tema del TSO, e l'ospedalizzazione che ne può derivare è considerata dalla stessa giurisprudenza come «un evento intriso di problematicità», a partire dal fatto che non si presenta nella realtà una distinzione tra capacità e incapacità pari a quella che vorrebbe la legge: è infatti la stessa clinica a suggerire «che possano esistere degli spazi di autonomia e libertà decisionale residui anche per i pazienti sottoposti a TSO» (Cass., sez. III civ., 11 gennaio 2023, n. 509).

¹¹⁵ Corte EDU, 24 ottobre 1979, n. ric. 6301/73, *Winterwerp c. Paesi Bassi*, § 37.

materia, della modificazione dell'atteggiamento sociale nei confronti dell'infermità mentale e delle nuove terapie.

Considerata la gravità della misura dell'isolamento, la Corte richiede un grado di affidamento elevato dell'accertamento sull'alienazione del soggetto: deve essere il frutto di risultanze mediche oggettive, occorre che si tratti di un disturbo di un grado tale da non poter essere trattato in maniera meno invasiva e, soprattutto, la validità di una tale risposta da parte dello Stato può essere giustificata solo in ragione della permanenza nel tempo dell'infermità o del disturbo¹¹⁶. La valutazione degli elementi di prova dell'esistenza del disturbo e della necessità di trattarlo per il tramite della restrizione della libertà personale è lasciata alle autorità nazionali.

Per quanto concerne le modalità del trattamento, e quindi l'individuazione di ciò che rende la detenzione *lawful*, la Corte si è riferita per la prima volta allo stretto legame tra la legalità della detenzione di persone affette da infermità mentale e l'appropriatezza del trattamento disposto in relazione alla loro condizione nel caso *Rooman contro Belgio*¹¹⁷. Sebbene in *Winterwerp* il costante richiamo ai pareri medici facesse subodorare l'aspetto terapeutico sotteso al ricovero, solo in un secondo momento la coesistenza dell'istanza di sicurezza sociale e di salute del singolo sono state tradotte nei termini di un obbligo per lo Stato¹¹⁸ di fornire assistenza psicologica e psichiatrica alla persona che si trova ristretta per un motivo connesso alla propria infermità. Ciò che appare interessante quando si considera l'appropriatezza del trattamento medico, è il nesso che viene stabilito tra l'art. 5 §1 e l'art. 3 CEDU: si supera l'aspetto formale dell'esistenza di una legge statale che consenta la restrizione della libertà nel caso specifico, per guardare al *come* tale trattamento venga realizzato, attribuendo primaria rilevanza al luogo e alle condizioni¹¹⁹ dello stesso. Tuttavia, non tutto si risolve sul piano della formale collocazione in un luogo in astratto destinato al trattamento della salute psichica, e in ciò la Corte è stata molto chiara in un caso che potrebbe in qualche modo ricordare i ricorsi che negli ultimi anni stanno interessando l'Italia e le REMS, ma in realtà risale al 1998 ed era coinvolto come Paese il Belgio. L'analisi di Strasburgo si è svolta guardando alla legge nazionale belga per valutare la legalità dell'assegnazione alla sezione psichiatrica di una prigione di chi era affetto da un disturbo mentale al momento della commissione del reato: non è tanto la concezione provvisoria del suo

¹¹⁶ *Ivi*, § 39.

¹¹⁷ *Rooman c. Belgio*, cit., § 208.

¹¹⁸ *Ivi*, § 205.

¹¹⁹ Corte EDU, 28 maggio 1985, n. ric. 8225/78, *Ashingdane c. Regno Unito*, § 44 «In principle, the "detention" of a person as a mental health patient will only be "lawful" for the purposes of sub-paragraph (e) of paragraph 1 if effected in a hospital, clinic or other appropriate institution authorised for that purpose. However, subject to the foregoing, Article 5 para. 1 (e) is not in principle concerned with suitable treatment or conditions».

collocamento in prigione, in attesa di poter entrare in una struttura più adeguata alla cura, a far ritenere la prolungata detenzione come illegale, ma il fatto che, nel corso della stessa, il ricorrente non potesse di fatto accedere ad una terapia idonea alla propria condizione, risultandone danneggiato¹²⁰. Di conseguenza, la struttura individuata non poteva essere considerata appropriata allo scopo di cui all'art. 5 §1 lett. e) CEDU. Il concetto di adeguatezza viene meglio specificato a seguito dell'elaborazione, in *Rooman*, di specifici criteri, e si misurerebbe valorizzando da un lato lo scopo terapeutico – che spazia dal mero supporto alla cura – che giustifica un determinato trattamento, dall'altro l'individualizzazione dello stesso andando oltre la *basic care*¹²¹.

4.4 Il dialogo tra art. 3 e art. 5 §1 CEDU. Le argomentazioni dei giudici di Strasburgo.

Una ricchezza, portatrice di grande utilità ed interessanti stimoli per chi fruisce delle pronunce della Corte EDU, è offerta dalla rendicontazione delle opinioni concorrenti e dissenzienti, sia totali che parziali.

A margine delle pronunce più rilevanti in tema di detenzione e infermità mentale – già menzionate – si possono apprezzare alcuni ragionamenti che hanno trovato spazio tra i giudici convenzionali, inerenti al rapporto tra articolo 3 e articolo 5 §1 CEDU.

Prima di affrontarli, una domanda di carattere operativo è inevitabile, e cioè sulla ragione di distinguere i due parametri.

Da un lato, la gravità della violazione perpetrata, che è percepita maggiore nel caso della realizzazione di trattamenti inumani e degradanti, parrebbe un necessario criterio per il discrimine – e in tal senso si spiega il costante riferimento giurisprudenziale alla soglia minima¹²² che va superata di volta in volta prima che si constati una tale violazione – d'altro canto, la privazione della libertà senza una ragione giuridica e secondo le modalità previste dalla legge costituisce comunque una violazione dei diritti fondamentali della persona umana¹²³. Fermo restando che la sanzione applicabile all'un caso o all'altro resta la medesima, tendenzialmente consistente in una somma di denaro da versare

¹²⁰ Corte EDU, corte B, 30 luglio 1998, nn. ricc. 61/97, 845/97, 1051/97, *Aerts c. Belgio*, § 49; *Strazimiri c. Albania* §§ 120-123.

¹²¹ *Rooman c. Belgio*, §§ 208-209.

¹²² Corte EDU, Grande Camera, 25 giugno 2019, n. ric. 41720/13, *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*, §§ 121 e 123.

¹²³ Oltre al riferimento di cui all'art. 5 della Convenzione Europea dei Diritti e delle Libertà Fondamentali, si pensi all'art. 3 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani dell'ONU (1948) «Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona», all'art. 6 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (2000) «Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza», al già menzionato art. 13 della Costituzione italiana, agli artt. 314 e 643 c.p.p. rubricati rispettivamente *Presupposti e modalità della decisione* e *Riparazione dell'errore giudiziario*.

a chi l'ha subita, probabilmente il senso della gravità della condotta contestata risiede tutto nella tipologia del soggetto agente primario. In altre parole, il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti è indirizzato a soggetti istituzionalmente qualificati, e che in virtù del proprio prestigio quali membra di uno Stato, unico intitolato all'utilizzo della forza, sono soggetti a limiti nel proprio agire, che si traducono in garanzie per i consociati. Il diritto alla libertà e alla sicurezza, invece, sebbene sia comunque diretto in primo luogo allo Stato, per le ragioni che non solo giustificano, ma rendono necessaria l'autorità statale, ben potrebbe essere messo in pericolo anche tra privati, e allora la causa per una eventuale violazione dello stesso, si instaurerebbe sì nei confronti dello Stato, Alta Parte contraente, ma potrebbe sorgere anche in conseguenza della mancata tutela giurisdizionale o legislativa che non ha impedito che si realizzasse tale violazione.

Dunque, una prima ragione della distinzione è squisitamente politica, e connessa alla potente essenza assiologica dell'art. 3 CEDU.

Nei casi di soggetti psichiatrici ingiustamente *detenuti*, però, tale distinzione sembrerebbe assottigliata, quantomeno perché le condotte in esame vengono contestate sempre allo Stato in qualità di agente.

Nella pronuncia *Aerts c. Belgio*, conclusasi con il riconoscimento, tra gli altri, di una violazione dell'art. 5 CEDU, ma non dell'art. 3, l'opinione dissenziente formulata dal giudice Pennaken, e condivisa dal giudice Jambrek¹²⁴, insisteva proprio sulle modalità del trattamento effettuato nel braccio psichiatrico della prigione di Lantin, conosciute per il tramite di un report del CPT, risalente a pochi anni prima della pronuncia, ma successivo al periodo di detenzione del ricorrente, che denunciava l'inadeguatezza delle strutture, ma anche dello staff preposto all'ala psichiatrica, risultando tutto ciò in uno standard di cura inferiore al minimo accettabile da un punto di vista etico e umano. Anche il medico preposto alla prigione di Lantin aveva denunciato in un report del 1991 l'inadeguatezza del trattamento cui avevano accesso i pazienti nell'ambito della struttura, che spesso finiva per creare danni ulteriori alla salute mentale degli stessi, i quali venivano in contatto con soggetti tossicodipendenti, le cui esigenze erano differenti da quelle dettate dalla condizione psichica degli 'internati', che rischiavano di vivere il risveglio di una dipendenza del passato. Nonostante il tenore delle denunce presenti nei report, la violazione dell'art. 3 CEDU veniva esclusa, poiché non si trattava di rilevazioni occorse durante l'esatto periodo di detenzione di Aerts (14 novembre 1992 – 27 ottobre 1993), e gli elementi da questo presentati venivano reputati insufficienti a raggiungere la soglia dell'umano o degradante.

Il dialogo si è tradotto in contrasto anche internamente al consesso giudicante il caso *Rooman*, che ha avuto a che fare con il dilemma applicativo tra articolo 3

¹²⁴ *Aerts c. Belgio*, Partly Dissenting opinion of Judge Pennaken joined by Judge Jambrek, pp. 33 ss., in *hudoc.echr.coe.int*

e articolo 5 CEDU, risolto per la maggioranza con riferimento al primo. L'opinione parzialmente dissenziente del giudice Nussberger contribuisce a fornire un'ulteriore risposta sul perché differenziare il tipo di violazione, incentrandola, nuovamente, sul bene giuridico tutelato. La dignità della persona umana, cui è preposto l'articolo 3 CEDU¹²⁵, è un bene *identitario, relazionale* ma *non strumentale ad altri* – qual è l'art. 5 CEDU¹²⁶ – pure fondamentali nella gradazione giuridico-assiologica¹²⁷ del catalogo dei diritti umani, e questo

¹²⁵ Non solo: anche la dignità trova collocazione primaria nelle Carte dei diritti. La Dichiarazione Universale dei Diritti Umani dell'ONU (1948) si apre enunciando che «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza». Anche la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea – ufficialmente parte del diritto dell'Unione, e dunque direttamente applicabile anche nei nostri Tribunali – sancisce a partire dall'art. 1 che «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata», in assonanza con la disposizione di apertura della Legge Fondamentale tedesca. Nel nostro ordinamento, pur essendo svariati i riferimenti alla dignità, manca una norma specifica a tutela della stessa, con ciò non intendendo alludere a vuoti di tutela. Infatti, all'art. 3 Cost. viene affermata la «pari dignità sociale» di tutti i cittadini, a prescindere da quelle che possano essere le differenze nella loro identità. L'art. 36 Cost. individua l'«esistenza libera e dignitosa» del lavoratore e della sua famiglia come obiettivo che deve essere assicurato dalla retribuzione. Ancora, all'art. 41 Cost., la dignità umana diventa uno dei limiti nello svolgimento di attività economica privata. P. BECCHI, *La dignità umana nel Grundgesetz e nella Costituzione italiana*, in *Ragion pratica*, 2012, 1, pp. 37 ss., sottolinea come uno spazio sia riservato all'interno della nostra Carta costituzionale anche all'indegnità: tra le cause di esclusione dal diritto di voto di cui all'art. 48, comma quarto, Cost., infatti, rientrano anche i «casi di indegnità morale indicati dalla legge». È vero che, al momento, non esiste nel nostro ordinamento una norma siffatta, ma, «in linea di principio sarebbe del tutto conforme al dettato costituzionale», acquisendo maggiore rilievo quella concezione della dignità come fonte di diritti, ma anche di doveri.

¹²⁶ G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Città del Vaticano, 2015, pp. 72 ss. evidenzia come i termini della dialettica dignità-libertà siano simili perché esprimono entrambi dei concetti relazionali per l'attuazione dei quali occorrono condizioni di *reciprocità*: «la propria libertà si realizza attraverso il limite dell'altrui libertà e viceversa; la propria dignità si realizza attraverso il rispetto dell'altrui dignità e viceversa». Sebbene tra i due valori non possa esservi soluzione di continuità, è la libertà che, in linea di principio, si pone come attributo della dignità. Ciò significa che «non può concepirsi una possibilità di espansione della libertà del singolo a discapito della dignità e della libertà di tutti e di ciascuno»; in una società democratica e pluralista, al contempo, è difficile codificare in maniera assoluta quali siano gli elementi che rimandano immediatamente alla dignità della persona, e quali invece non possano essere invocati a sostegno della stessa. In altre parole, nonostante si accordi alla dignità una funzione di fondamento e limite della libertà e degli altri diritti, capire quando, eventualmente, se ne realizzi una lesione, è questione da risolvere caso per caso.

¹²⁷ F. BELVISI, *Dignità umana: una ridefinizione in senso giuridico*, in *Ragion pratica*, 2012, 1, pp. 170 ss. L'elemento relazionale e quello giuridico non possono essere ignorati nel

impone, nella lettura minoritaria proposta, di essere cauti quando si prospettano violazioni dello stesso. Il presupposto del ragionamento è che, data l'inscindibilità tra dignità e persona umana, se l'impossibilità ad accedere ad un determinato trattamento costituisce una violazione dell'art. 3 CEDU, allora deve esistere un correlativo in termini di diritto¹²⁸ a quella specifica prestazione. Da ciò si ricaverebbe la necessità di un agire cauto quando si tratta di ritenere violato un tale diritto: da un lato, infatti, l'argomentazione di *Rooman c. Belgio* rischia di risultare fragile ed estremamente restrittiva; dall'altro, anche quando si volesse intendere il diritto a ricevere comunicazioni in un linguaggio comprensibile in senso estensivo – e dunque oltre le lingue ufficiali di un luogo – il rischio è che non si riesca ad andare oltre a, più o meno meritevoli, affermazioni di principio.

Su quest'ultimo punto, si ritiene di lasciare aperta la domanda se sia utile provare almeno a scriverli quei principi, con il rischio che restino vuoti (se tutto è dignità, nulla è dignità) o non applicati a lungo, o se, tutto sommato, gli elementi del trattamento funzionano – rapportati alla dignità – più nell'ottica complessiva che presi singolarmente. Ne conseguirebbe la possibilità di valutare la gravità della violazione compiuta da uno Stato secondo una gradazione ascendente, in un ragionamento di tipo sostanziale. In altre parole, se si ragionasse nell'ottica dell'obbligazione di risultato, ponendosi solo in un secondo momento l'interrogativo sui mezzi, si potrebbe evitare la distorsione formalistica di un ragionamento sulla dignità a mo' di *checklist*¹²⁹. Ciò non in

riferirsi al concetto di dignità, che altrimenti risulta vago, non potendosi trovare un accordo universalmente valido sul significato di una nozione che ha una radice etica, ed il rischio in agguato è quello di ricadute paternalistiche nella definizione dall'esterno e dall'altro di quale sia il concetto di dignità cui parametrare le esistenze altrui.

¹²⁸ W.N.HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *The Yale Law Journal*, 1913, 1, p. 32.

¹²⁹ Un tema centrale nella giurisprudenza della Corte EDU, con grande impatto anche nel sistema italiano, riguarda le condizioni penitenziarie. In casi di sovraffollamento, a partire da *Sulejmanovic c. Italia* (Corte EDU, 16 luglio 2009, n. ric. 22635/03, in *hudoc.echr.coe.int*) e poi con la consacrazione della sentenza pilota *Torreggiani e altri c. Italia* (Corte EDU, 8 gennaio 2013, n. ric. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10, in *hudoc.echr.coe.int*) un grande rilievo è stato dato allo spazio disponibile in cella, individuando tre soglie: se lo spazio è inferiore ai 3 m² per persona, allora c'è una forte presunzione (Corte EDU, 20 ottobre 2016, n. ric. 7334/13, *Muršić c. Croazia*) di violazione dell'art. 3 CEDU; se è di 3 m² avranno un ruolo centrale nella valutazione delle condizioni di detenzione i cc.dd. fattori compensativi; se è superiore, lo spazio *pro capite* non può costituire elemento su cui basare la propria doglianza, ma nemmeno è idoneo ad escludere totalmente la violazione. I contrasti giurisprudenziali sulle modalità di calcolo dello spazio a disposizione di ciascun detenuto erano talmente sentiti da essere risolti da una pronuncia a Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che, richiamando la *dissenting opinion* del giudice Zagrebelsky nella pronuncia *Sulejmanovic*, impone un'analisi effettiva delle condizioni di detenzione. Cass.

chiave utilitaristica, per lasciar passare determinate modalità di trattamento purché diano sicurezza, ma nella ragionevolezza del riscontro della violazione, essendo possibile, anzi doveroso, contestare una detenzione che non rispetti i modi previsti dalla legge (art. 5 §1 CEDU).

5. Articolo 5 §1 e articolo 6 CEDU. L'impatto nel giudizio costituzionale.

Il discorso condotto al paragrafo precedente lascia la sensazione di una giustizia non resa al diritto alla libertà e alla sicurezza. In effetti, l'inquadramento va completato, pena la lesione dello stato di diritto. Un primo punto può essere fornito dalla circostanza per cui nel caso *Sy c. Italia*, che offre il pretesto per il ragionamento che si sta conducendo, la violazione dell'art. 5 §1 è stata riscontrata. Gli errori giudiziari purtroppo accadono. Tuttavia, non è l'errore giudiziario accidentale a mettere in discussione l'effettività dello stato di diritto; e, in effetti, sono previsti appositi rimedi. Può accadere pure che, a fronte della richiesta di un posto in REMS, questo non sia immediatamente disponibile, e che le Autorità¹³⁰ si trovino in una situazione oggettivamente complicata, poiché c'è un'espressa previsione legislativa che impedisce alle persone ricoverate in REMS di essere in sovrannumero¹³¹.

pen., Sez. Un., 24 settembre 2020, n. 6551 in *Dejure.it* «Il calcolo della superficie disponibile nella cella deve includere lo spazio occupato dai mobili, con tale ultimo sostantivo intende riferirsi soltanto agli arredi che possono essere facilmente spostati da un punto all'altro della cella. È, al contrario, escluso dal calcolo lo spazio occupato dagli arredi fissi, tra cui rientra anche il letto a castello [...] I fattori compensativi costituiti dalla breve durata della detenzione, dalle dignitose condizioni carcerarie, dalla sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella mediante lo svolgimento di adeguate attività, se ricorrono congiuntamente, possono permettere di superare la presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU derivante dalla disponibilità nella cella collettiva di uno spazio minimo individuale inferiore a tre metri quadrati; nel caso di disponibilità di uno spazio individuale fra i tre e i quattro metri quadrati, i predetti fattori compensativi, unitamente ad altri di carattere negativo, concorrono alla valutazione unitaria delle condizioni di detenzione richiesta in relazione all'istanza presentata ai sensi dell'art. 35 *ter* ord. pen.».

¹³⁰ Vale ricordare che nel caso delle REMS, opera la previsione della gestione *esclusivamente* sanitaria di situazioni che, però, non afferiscono solo al tema sanità, ma partono da procedimenti giudiziari. Ciò implica che il Ministero della Giustizia e il DAP possono aprire un dialogo con le strutture regionali, ma non hanno potere dispositivo in merito.

¹³¹ Allegato A al Decreto Interministeriale, 1° ottobre 2012 recante *Requisiti delle strutture residenziali per le persone ricoverate in ospedale psichiatrico giudiziario e assegnate a casa di cura e custodia*, in attuazione dell'art. 3-*ter* del Decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211 recante *Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*, convertito con modificazioni dalla Legge 17 febbraio 2012, n. 9.

Ciò che è grave è che, dopo il riconoscimento di una restrizione della libertà personale ingiustificata, pur avendo accesso ad un Tribunale – e quindi formalmente nel rispetto della previsione di cui all’art. 6 §1 CEDU – la decisione non venga eseguita¹³², magari adducendo come motivazione l’impraticabilità di un’alternativa. Ammesso che possa essere necessario del tempo organizzativo perché la restrizione di libertà avvenga a giusto titolo – con la valorizzazione dell’aspetto della cura e non della diminuzione della libertà in risposta alla commissione di un fatto di reato – la fase transitoria è necessariamente tale. Altrimenti, il richiamo a diritti fondamentali sarebbe (di nuovo) del tutto vano, risolvendosi in dichiarazioni di principio; la pretesa di esecuzione del giudicato, invece, risponde alla consapevolezza che la Convenzione non mira a garantire diritti «*that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective*»¹³³. In continuità con tale ragionamento si è posta pure la Corte Costituzionale, nella pronuncia del 27 gennaio 2022, n. 22. La vicenda da cui è originata la questione di legittimità costituzionale era analoga a quella di Sy; data la saturazione dei posti disponibili nella Regione Lazio, competente territorialmente, veniva rimessa questione di legittimità costituzionale degli artt. 206 e 220 del c.p., e dell’art. 3-ter del D.L. 211 del 2011 e successive modifiche conseguite a seguito della conversione in Legge, in relazione agli artt. 27 e 110 Cost. «nella parte in cui, attribuendo l’esecuzione del ricovero provvisorio presso una Residenza per l’esecuzione delle misure di sicurezza (REMS) alle Regioni ed agli organi amministrativi da esse coordinati e vigilati, escludono la competenza del Ministro della Giustizia in relazione all’esecuzione della detta misura di sicurezza detentiva provvisoria» e agli artt. 2, 3, 25, 32 e 110 Cost., «nella parte in cui consentono l’adozione con atti amministrativi di disposizioni generali in materia di misure di sicurezza in violazione della riserva di legge in materia». La pronuncia della Corte è tra le più significative degli ultimi anni¹³⁴, non solo per la contemporaneità con quella della Corte internazionale, non solo perché si pone su un cammino di continuità con la storia costituzionale delle misure di

¹³² Corte EDU, 8 aprile 2004, n. ric. 71503/01, *Assanidze c. Georgia*, § 181.

¹³³ Corte EDU, 9 ottobre 1979, n. ric. 6289/73, *Airey c. Irlanda*, § 124; Corte EDU, *Assanidze c. Georgia*, § 182 «The guarantees afforded by Article 6 of the Convention would be *illusory* if a Contracting State's domestic legal or administrative system allowed a final, binding judicial decision to acquit to remain inoperative to the detriment of the person acquitted».

¹³⁴ Tra i commenti che son seguiti, G. MENTASTI, *L’attuale disciplina delle REMS al vaglio della Corte costituzionale: tra riserve di legge non rispettate e liste d’attesa serve ancora un intervento del Legislatore. Note a margine della ‘pronuncia-monito’ della Corte costituzionale n. 22/2022*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2022, 3, pp.1188 ss., R. CASIRAGHI, *L’accesso alle R.E.M.S. tra Corte di Strasburgo e Corte Costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2022, 2, pp. 896 ss., M. DEGANELLO, *“Tempi duri” per le REMS “strette” fra interdictione della Corte EDU ed ultimatum della nostra Corte costituzionale*, in *associazionelaic.it*

sicurezza, ma anche perché il dispositivo è di inammissibilità, pur essendo riconosciuta «l'effettiva sussistenza dei *vulnera* lamentati dal rimettente»¹³⁵.

Come noto, la Corte ha superato da tempo il canone delle rime obbligate, nel tentativo di ritagliare le pronunce in base alle peculiarità del contesto¹³⁶ in cui sono destinate a spandere i propri effetti. Rispetto alla di poco precedente ordinanza 207 del 2018, però, l'agire della Consulta pare più cauto, poiché il legislatore viene messo di nuovo in mora, ma la scadenza per riportare il sistema a costituzionalità non è fissata, limitandosi ad ammonire, poiché «*non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa*».

La *ratio* della pronuncia è efficacemente illustrata dalla Corte con il richiamo all'*aberratio ictus* che risulterebbe da un intervento demolitorio. Allo stesso tempo, la natura ancipite¹³⁷ della misura di sicurezza detentiva chiamava – e chiama ancora – per un intervento legislativo, affinché le due esigenze irrinunciabili alla base della differenziazione della risposta alla commissione del reato da parte di chi era al momento del fatto incapace di intendere o di volere – la salute e la sicurezza – siano adeguatamente soddisfatte.

6. Aspettando la sentenza pilota: la necessità e l'urgenza di disciplinare la procedura di esecuzione della misura di sicurezza in REMS nel Decreto carceri e la proposta di legge in tema di imputabilità e misure alternative alla detenzione per le persone con disabilità psicosociale.

Sebbene il mero monito della Corte costituzionale, unito alla coincidenza per cui Strasburgo avesse preceduto Roma¹³⁸, non facessero ben sperare per un pronto intervento risolutivo del Legislatore, restava la speranza *in extremis* di una sentenza pilota ai sensi dell'art. 61 CEDU. E in effetti, proprio la Consulta, a

¹³⁵ C. Cost., 24 gennaio 2022, n. 22, in www.cortecostituzionale.it, § 6 *Considerato in diritto*.

¹³⁶ M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2019, 2, pp. 644 ss.

¹³⁷ G. MENTASTI, *L'attuale disciplina delle REMS al vaglio della Corte costituzionale: tra riserve di legge non rispettata e liste d'attesa serve ancora un intervento del Legislatore. Note a margine della 'pronuncia-monito' della Corte costituzionale n. 22/2022*, cit., p. 1213 nota come le riflessioni della Corte, specie in merito alle garanzie di cui agli artt. 13 e 25 Cost., possano parlare anche al caso della detenzione amministrativa degli stranieri già destinatari di un provvedimento di espulsione. In questo senso anche L. MASERA, *L'incostituzionalità dell'art. 14 d.lgs. 286/98 nella parte in cui non contiene una disciplina sufficientemente precisa dei "modi" del trattenimento nei CPR*, in asgi.it. Si consideri, a proposito, la recente questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma secondo, del D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, sollevata con ordinanza il 17 ottobre 2024 dall'Ufficio del Giudice di Pace di Roma – Sezione Stranieri (R.G. 61332/2024).

¹³⁸ M. DEGANELLO, *"Tempi duri" per le REMS "strette" fra interdictione della Corte EDU ed ultimatum della nostra Corte costituzionale*, cit.

seguito dell'istruttoria¹³⁹ ordinata per far luce sul funzionamento del sistema delle REMS, era andata oltre la dichiarazione di *problematicità* dell'esistenza delle liste di attesa, ma, a fronte del dato ufficiale¹⁴⁰ di un numero di persone compreso tra le 670 e le 750 in attesa che si liberasse un posto in una delle 36 REMS attive – e quindi, con una disponibilità totale di 720 letti – la conclusione era stata per il riscontro di un «*difetto sistemico di effettività nella tutela dell'intero fascio di diritti fondamentali* che l'assegnazione ad una REMS mira a tutelare»¹⁴¹.

Invero, non sono mancate occasioni per riportare al vaglio convenzionale la questione delle REMS in Italia; tuttavia, non si è – *ancora* – pervenuti all'auspicata sentenza pilota. Infatti, escluso il caso *Cramesteter*¹⁴² – che, pur traendo origine dall'applicazione della misura di sicurezza, verteva su una questione di successione di leggi nel tempo – diversi ricorsi¹⁴³ si sono conclusi con lo strumento della *Composizione amichevole*, prevista all'art. 39 CEDU. Il presupposto perché si addivenga ad una composizione amichevole è il riconoscimento, ad opera dell'Alta Parte contraente, dell'avvenuta violazione di un diritto tutelato dalla Convenzione; la conseguenza, nel momento in cui la proposta venga accettata, è la corresponsione di una somma di denaro – spesso parametrata a quella al cui pagamento si è stati condannati in casi simili – e la conseguente cancellazione dal ruolo della causa¹⁴⁴. Qualora, tuttavia, il ricorrente decidesse di non accettare la somma proposta, tale comportamento potrebbe essere valutato come sintomo della perdita di interesse alla causa¹⁴⁵, e condurre ugualmente alla cancellazione della stessa dal ruolo di Strasburgo, previa richiesta del Governo¹⁴⁶.

Lo scenario sembrerebbe non lasciare alternativa; come a dire che, assodato che il rimedio compensativo è tipico del ricorso alla Corte EDU, gli Stati contraenti possano risolvere economicamente una violazione dei diritti della Convenzione mantenendo basso il numero di condanne internazionali ricevute.

¹³⁹ C. Cost., ordinanza del 9 giugno 2021, n. 131, in *www.giurcost.org*

¹⁴⁰ Il dato veniva fornito a seguito dell'ordinanza istruttoria della Corte costituzionale, n. 131, datata 24 giugno 2021 dal Ministero della Salute e dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e dal Ministero della Giustizia.

¹⁴¹ C. Cost., 22/22, cit., § 5.4 *Considerato in diritto*.

¹⁴² Corte EDU, 6 giugno 2024, n. ric. 19358/17, *Cramesteter c. Italia*, in *hudoc.echr.coe.int*

¹⁴³ Corte EDU, prima sezione, decisione del 20 giugno 2024, n. ric. 21551/23, *Brunetti c. Italia*; Corte EDU, prima sezione, decisione del 14 dicembre 2023, n. ric. 49769/22 e 50111/22, *G.R. e Z.B. c. Italia*; Corte EDU, prima sezione, decisione del 6 luglio 2023, n. ric. 49968/22, *Aleksic c. Italia*; Corte EDU, prima sezione, decisione del 10 novembre 2022, n. ric. 42627/20, *Preuschoff c. Italia*.

¹⁴⁴ Art. 62 del Regolamento della Corte. *Composizione amichevole*.

¹⁴⁵ Art. 37 §1, lett. a) CEDU.

¹⁴⁶ Art. 62A del Regolamento della Corte. *Dichiarazione unilaterale*.

Tuttavia, la sentenza pilota sarebbe in grado di porre fine a tale meccanismo, essendo nella disponibilità della Corte la decisione di ricorrere a tale strumento, anche d'ufficio.

Nel caso *Ciotta c. Italia*, ancora pendente di fronte alla Corte, sono stati posti degli interrogativi¹⁴⁷ al Governo italiano che fanno subodorare un esito in tal senso¹⁴⁸. La questione, ad ogni modo, è in discussione, e pare opportuno non indugiare oltre sul tema.

Considerando, invece, cosa è successo, quali sono state le iniziative dopo la condanna della Corte EDU, il monito della Corte costituzionale, le composizioni amichevoli seguite al riconoscimento delle continue violazioni, non si può dire che non si sia fatto nulla, ma, la strada intrapresa sembra poco centrata sulla risoluzione del tema reale, e intenta a dare un'idea di risolutezza che appare più palliativa che effettiva. Il riferimento è alla recente Legge 8 agosto 2024, n. 112, di conversione con modificazioni del decreto-legge 4 luglio 2024, n. 92 recante Misure urgenti in materia penitenziaria, di giustizia civile e penale e di personale del Ministero della giustizia (Decreto carceri) che si è occupata anche di REMS¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Corte EDU, prima sezione, *Ciotta c. Italia*, n. ric. 368/21, in *hudoc.echr.coe.int*. La Corte ha espressamente chiesto al Governo italiano se, in considerazione dei diversi casi analoghi a quelli del ricorrente, si possa concludere per l'esistenza di una situazione che denota un problema sistemico o una carenza strutturale nell'individuazione di posti disponibili nelle REMS.

¹⁴⁸ Art. 61 §2 del Regolamento della Corte. *Procedura della sentenza pilota*. «Prima di decidere di applicare la procedura della sentenza pilota, la Corte deve invitare le parti a comunicare se, a loro avviso, all'origine del ricorso da esaminare vi è un problema o una disfunzione di questo tipo nella Parte contraente interessata, e se il ricorso si presta a questa procedura».

¹⁴⁹ Legge 112 del 2014, art. 10 «1-bis. Dopo l'articolo 658 del codice di procedura penale è inserito il seguente: "Art. 658-bis (*Misure di sicurezza da eseguire presso strutture sanitarie*). 1. Quando deve essere eseguita una misura di sicurezza di cui all'articolo 215, secondo comma, numeri 2 e 3, del codice penale [ricovero in casa di cura e custodia e ricovero in manicomio giudiziario *da eseguirsi in REMS*], ordinata con sentenza, il pubblico ministero presso il giudice indicato nell'articolo 665 [Giudice che ha emesso il provvedimento] chiede *senza ritardo* e comunque *entro cinque giorni* al magistrato di sorveglianza competente la fissazione dell'udienza per procedere agli accertamenti indicati all'articolo 679 [Accertamento della pericolosità sociale, premessa, ove occorra, la dichiarazione di professionalità o abitudine nel reato]".

2-bis. All'articolo 679 del codice di procedura penale, dopo il comma 1 è inserito il seguente:

"1-bis. Sulla richiesta del pubblico ministero formulata ai sensi dell'articolo 658-bis il magistrato di sorveglianza provvede alla fissazione dell'udienza *senza ritardo* e comunque *entro cinque giorni* dalla richiesta medesima. Fino alla decisione, permane la misura di sicurezza provvisoria applicata ai sensi dell'articolo 312 e il tempo corrispondente è computato a tutti gli effetti. Nelle more della decisione, la misura di

L'impressione di fronte al nuovo assetto legislativo è stata quella di una volontà di accelerare la procedura di esecuzione delle misure di sicurezza detentive¹⁵⁰: se da un lato si indica a mo' di proclama il termine dei cinque giorni¹⁵¹, dall'altro sembra mosso dalla ricerca di un luogo ove collocare chi sia destinatario della misura di sicurezza detentiva, tradendo l'idea del superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari¹⁵², e quella del rispetto delle esigenze di cura e custodia.

sicurezza provvisoria può essere disposta con ordinanza dal magistrato di sorveglianza, su richiesta del pubblico ministero".

2-ter. Nel titolo I, capo XI, delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, dopo l'articolo 154-ter è aggiunto il seguente: "Art. 154-quater (Sentenza che dispone una misura di sicurezza da eseguire presso una struttura sanitaria). 1. Se non è presentata impugnazione nei termini di legge avverso la sentenza [l'art. 585 c.p.p. prevede un termine di 15, 30 o 45 giorni a seconda di quando venga redatta la sentenza ex art. 544 c.p.p.] che applica una misura di sicurezza di cui all'articolo 215, secondo comma, numeri 2 e 3, del codice penale, la cancelleria ne trasmette *senza ritardo*, e comunque *entro cinque giorni*, l'estratto al pubblico ministero presso il giudice indicato nell'articolo 665 del codice [Giudice che ha deliberato il provvedimento]. Fermo quanto previsto dall'articolo 626 del codice [Annullamento parziale], la cancelleria della Corte di cassazione provvede allo stesso modo quando l'esecuzione consegue alla decisione della stessa Corte".

¹⁵⁰ A. CALCATERRA, B. SECCHI, *Brevi note sugli interventi del "Decreto carceri" in tema di misure di sicurezza*, in *Sistema Penale*, 16 settembre 2024, cui si rimanda anche per le considerazioni sul mancato coordinamento in termini di competenza degli uffici giudiziari.

¹⁵¹ *Ibidem*, si rappresenta il fatto per cui, pur essendo previsto che il magistrato di sorveglianza trasmetta entro cinque giorni il decreto di fissazione dell'udienza per l'accertamento della pericolosità sociale, resta la previsione ex art. 666, comma terzo, c.p.p. a tutela del diritto di difesa dell'interessato per cui l'avviso di notifica dell'udienza deve raggiungere le parti almeno 10 giorni prima della stessa. Siamo, quindi, già ad un minimo di 15 giorni.

Un discorso analogo può essere condotto in relazione al nuovo art. 154-quater delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, in relazione al termine di cinque giorni previsto per la cancelleria dell'Ufficio del Magistrato di sorveglianza ai fini della trasmissione dell'estratto della sentenza che applica la misura di sicurezza in struttura sanitaria se non impugnata. Trattandosi di sentenza – e non di ordinanza – il termine per l'impugnazione varia da 15 a 45 giorni, a seconda delle modalità di decisione ex art. 544 c.p.p.

¹⁵² Lungi da parlare di una nuova misura di sicurezza, in tempi recenti ci si riferiva all'art. 222 c.p. come alla misura di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario *da eseguirsi* in REMS (A. MASSARO, *Le REMS e "la sottile linea rossa tra il senno e la follia"*, in *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale. Tra sistema penale e servizi sanitari*, cit., p. 56), inquadrando le nuove residenze come frutto del processo di «definitivo superamento – termine giuridicamente disorientante, e, di fatto ambiguo» – poiché non sconfinava nell'*abolizione*, dell'ospedale psichiatrico giudiziario, «che quindi vive (e vegeta)». (C.

Il fatto è che ci si sta permettendo di ignorare la luna, puntando il dito ora alla scarsità di risorse, ora alla poca collaborazione, ora alle declinazioni assunte dalla malattia mentale. Fuor di metafora, non si può ignorare che l'applicazione delle misure di sicurezza detentive costituisca un tema *difficile*¹⁵³ per le implicazioni che ne derivano in termini di diritti del singolo e della collettività. Tuttavia, l'emergenza non è tale se dura da anni, ma un tentativo di sistemazione richiede tanto lavoro. Se si rinuncia all'impresa, il rischio è quello di ricevere le indicazioni su come fare dall'esterno¹⁵⁴, trovandosi, magari, a dover rinunciare a quella discrezionalità in grado di dare impronta significativa al sistema. Il riferimento è al numero limitato di posti in REMS, che sembrava un aspetto irrinunciabile della riforma che inneggiava alla residualità della misura di sicurezza detentiva; eppure, la Corte costituzionale nella pronuncia del 2022 se ne è parzialmente scostata¹⁵⁵, quasi in contemporanea con le indicazioni provenienti dal CPT¹⁵⁶ a seguito della visita svolta in quell'anno. Il versante su cui non si sta agendo, pur essendoci suggerimenti a proposito da tempo¹⁵⁷, è quello del doppio binario sanzionatorio. Invero, è attualmente

MAZZUCATO, G. VARRASO, *Chiudere o ... aprire? Il "superamento" degli OPG tra istanze di riforma e perenni tentazioni di "cambiare tutto per non cambiare niente"*, cit., p. 1341).

¹⁵³ M. PATERNELLO, *Le Rems: uscire dall'inferno solo con le buone intenzioni*, in *questionegiustizia.it*, 2 giugno 2020.

¹⁵⁴ Recentissima è Corte EDU, 9 gennaio 2024, n. ric. 30138/21, *Miranda Magro c. Portogallo*, §§ 105-107, in *hudoc.echr.coe.int*.

¹⁵⁵ Il monito della Corte si concludeva con delle indicazioni di senso generale, tra cui quella della «realizzazione ed il buon funzionamento, sull'intero territorio nazionale, di un numero di REMS sufficiente a fare fronte ai reali fabbisogni». Ciò anche in considerazione della persistente cultura custodialistica in ambito giurisdizionale.

¹⁵⁶ Comitato per la prevenzione della Tortura e dei Trattamenti inumani e degradanti, *Report to the Italian Government on the periodic visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 28 March to 8 April 2022*, § 119, ove si raccomanda al governo italiano l'aumento dei letti disponibili nelle strutture.

¹⁵⁷ Alle istanze per un definitivo abbandono del concetto di pericolosità sociale nell'individuazione della risposta per l'infermo di mente totalmente o parzialmente non imputabile in favore dell'adozione del criterio del *bisogno di cure*, che permetterebbe alla psichiatria di ricoprire il proprio ruolo e al soggetto di non essere considerato a priori un criminale per via della propria condizione psichica (M. BERTOLINO, *Il "crimine" della pericolosità sociale: riflessioni da una riforma in corso*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 24 ottobre 2016, pp. 9 ss.) si contrappongono posizioni che ritengono il giudizio di pericolosità imprescindibile – nonostante il criterio si riveli vago e pervasivo – specie per la conformazione attuale del sistema sanzionatorio «infarcito di giudizi di pericolosità che si intrecciano con la funzione rieducativa della pena» (M. PELISSERO, *I mutamenti della disciplina delle misure terapeutiche e gli effetti indiretti sul giudizio di pericolosità sociale*, in *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale. Tra sistema penale e servizi sanitari*, cit., p. 16). I sostenitori di tale ultima posizione,

assegnata alla II Commissione Giustizia della Camera una proposta di legge presentata il 26 aprile 2023¹⁵⁸ e concernente, tra le altre, anche l'eliminazione del doppio binario sanzionatorio ed il superamento della non imputabilità. Alla scrittura della proposta hanno partecipato anche esponenti della psichiatria¹⁵⁹, convinti che la responsabilizzazione del soggetto psichiatrico sia un passaggio necessario ai fini della restituzione di dignità allo stesso, utile all'eliminazione di una delle «stigmatizzazioni più diffuse nei confronti del folle», ossia quella dell'incapacità di autodeterminarsi.

Le modalità di intervento si concentrano sulla cura, implementando la comunicazione tra magistratura e DSM (artt. 9 e 15), e considerando il malato psichico pienamente titolare del diritto alla salute, per cui si prevedono spazi di partecipazione alla cura senza abbandonare le ipotesi eccezionali di trattamento sanitario obbligatorio. L'intento di tutelare il detenuto con disabilità psicosociale¹⁶⁰ sopravvenuta si perseguirebbe *in primis*, tramite la sostituzione

tuttavia, ritengono che l'apparente antinomia possa essere ricondotta ad unità, dal momento che anche nella valorizzazione del bisogno di cura lo sguardo è rivolto ad evitare la commissione di nuovi fatti di reato; al contempo la pericolosità sociale recupera sul piano esecutivo le esigenze terapeutiche (*ibidem*). F. CORLEONE, *Abbatte il muro dell'imputabilità. Una proposta che guarda oltre*, in *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale. Tra sistema penale e servizi sanitari*, cit., pp. 265 ss.

¹⁵⁸ Camera dei Deputati, *Proposta di legge di iniziativa del deputato Magi, n. 1119, XIX Legislatura, recante Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di imputabilità e di misure alternative alla detenzione per le persone con disabilità psicosociale*, in www.documenti.camera.it

¹⁵⁹ Oltre ai sostenitori della proposta menzionati in fase di presentazione della stessa, G. MONACELLI, J. WILLIAMS, G. GABRIELE, *Nuove riforme, vecchi stereotipi*, in questionegiustizia.it, 21 febbraio 2024, propongono la restituzione di un proprio spazio al sofferente psichico, in continuità con quanto già fatto nella prima ondata della de-istituzionalizzazione psichiatrica. Ciò su cui si soffermano è la necessità di superare lo stigma che associa violenza e malattia psichiatrica: solo una parte dei disturbi mentali è difficile da trattare per i risvolti violenti; questa merita uno spazio per sé in modo da orientare la strategia nella giusta direzione e svincolare la psichiatria da compiti di difesa sociale. Commenta in senso favorevole anche P. PELLEGRINI, *Una proposta radicale*, in news-forumsalutementale.it, 7 giugno 2023, ritenendo la proposta il mezzo per completare la 180 e la base per rilanciare il sistema salute mentale nel Paese.

¹⁶⁰ Si intende sostituire il concetto di infermità di mente con quello di disabilità psicosociale «anche in conformità all'espressione "disabilità mentale" utilizzata dall'articolo 1 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, con Protocollo opzionale, fatta a New York il 13 dicembre 2006 e resa esecutiva dalla legge 3 marzo 2009, n. 18. In particolare, si è scelto di riprendere il concetto di "disabilità psicosociale" presente nel Manuale di implementazione della Convenzione nella convinzione che si debbano tenere in considerazione i fattori sociali che contribuiscono a determinare la condizione di disabilità». Camera dei Deputati, *Proposta di Legge di iniziativa del deputato Magi, n. 1119, XIX Legislatura*, cit., p. 5.

degli ATSM con dei presidi stabili del CSM¹⁶¹, che – presenti in ogni istituto di pena – dovrebbero rappresentare l'unico luogo ove si può svolgere la misura di sicurezza detentiva (art. 13). A tal proposito, le REMS verrebbero modificate nella funzione, riconvertendosi in «strutture ad alta integrazione socio-sanitaria» (art. 18). Rispetto alla libertà vigilata, si propone una limitazione della durata della stessa, in maniera analoga rispetto a quanto già accade per le altre misure di sicurezza, e se ne intende eliminare il contenuto terapeutico, in ottica de-istituzionalizzante che scinde i concetti di cura e custodia (art. 15).

Oltre al merito che va riconosciuto alla proposta di legge di non aver ignorato il dovere di intervenire, e di averlo fatto in un'ottica di sistema, della presa d'atto degli sviamenti che derivano dalla *commistione tra cura e pena*, che ha condotto all'adesione a pratiche antiistituzionali per contrastare la «prassi del ricorso alla cura come strumento di custodia, modo di gestire le persone che creano problemi, magari mettendole in isolamento o trasferendole nelle sezioni psichiatriche penitenziarie», restano dei dubbi sull'approdo cui conducono le premesse.

In particolare, il ricorso al concetto di disabilità psicosociale e la contestuale eliminazione del riferimento alla capacità di intendere e di volere, pur valorizzando l'elemento dell'alleanza terapeutica nell'ottica di reale partecipazione al programma individualizzato di trattamento, paiono pensati in alternativa alla reclusione *tout court*, e ciò sembra in contrasto con il criterio di individualizzazione del trattamento (art. 13, Legge 354/75). Se è vero che l'allargamento delle maglie della non imputabilità si presta a strumentalizzazioni che non giovano alla causa, anzi rendono una percezione maggiore di mancata sicurezza¹⁶², d'altro lato l'uniformazione del trattamento non sembra la via

¹⁶¹ Nella proposta non sono presenti indicazioni economiche sull'entità dell'investimento e su come reperire le risorse necessarie.

¹⁶² L. LORETTU, E. AGUGLIA, *Rems e liste d'attesa, il 50% degli ospiti non ha reali malattie mentali e può essere curato in carcere. Psichiatri Sippf: «Possibile 'liberare' 400 posti per chi ha davvero bisogno di cure e aiuto»*, in *sanita24.ilsole24ore.com*, 21 giugno 2024. I Presidenti della Società italiana di Psicopatologia e Psichiatria forense contestano l'assegnazione alle REMS di soggetti con disturbo antisociale, poiché ciò sarebbe il frutto della psichiatrizzazione del comportamento violento e metterebbe a rischio coloro che lavorano in tali strutture, la cui professionalità non è primariamente focalizzata sulla sicurezza. Per continuità tematica, si rimanda a D. RONCO, *La categoria sociologica della pericolosità e il trattamento delle eccedenze. Il caso dei cripto-imputabili*, in *Dieci anni di REMS*, cit., pp. 35 ss. Nella consapevolezza dell'essenzialità di una rete sociale in grado di trattare il disagio che non si traduce in malattia prima che si estrinsechi in condotte integranti fattispecie penali che danno il via all'esperienza penitenziaria, qualora ciò dovesse accadere, e per evitare che si generi un circolo vizioso fatto di ingressi e uscite continui dalle carceri, si potrebbe pensare alla personalizzazione della risposta anche per chi si colloca in una categoria mediana. Ci si riferisce a chi non necessita di trattamento in REMS, ma sarebbe svantaggiato anche, e in misura maggiore rispetto al

migliore per compiere delle scelte in linea con gli obiettivi *latu sensu* sanzionatori.

Non sembra contestabile che, allo stato attuale, il doppio binario faccia fatica¹⁶³ a trovare una giustificazione, se non altro per la durata commisurata a quella in astratto applicabile a chi abbia commesso il reato essendone soggettivamente capace, e pare strutturalmente incompatibile con la *ratio* di intervento sulla pericolosità sociale. Tuttavia, se delle ragioni ci sono nel sistema del doppio binario, queste risiedono nel necessario contemperamento tra diritto alla salute – o, se si preferisce, alla cura – ed esigenze di sicurezza. È fuor di dubbio che non si curi custodendo¹⁶⁴, e lo è altrettanto che la diminuzione del diritto alla dignità della persona umana al preteso fine di soddisfare esigenze della collettività costituirebbe una eterogenesi dei fini.

Allora, se si vuole – e sembra necessario – pensare che possano esserci restrizioni della libertà personale che lascino intatti un fascio di diritti personalissimi¹⁶⁵, bisogna ammettere la misura di sicurezza ricordando il ruolo del diritto alla salute: La centralità della persona¹⁶⁶, tra l'altro, potrebbe essere il

dato valido per chi non presenta il disturbo, dall'esperienza carceraria. Ciò non implicherebbe l'allontanamento dalla categoria della (non) imputabilità proprio per la sua natura giuridica, che la svincola dal coesistere con determinate condizioni mediche.
¹⁶³ F. SCHIAFFO, *Le ragioni giuridico-penali della necessità di una riforma di sistema in materia di OPG e misure di sicurezza: gli interventi possibili e l'ipotesi minima di una modifica in tema di perizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1, pp. 389 ss. Anche nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del 16 luglio 2014, n. 247 avente ad oggetto l'art. 1, comma 1, lettera b), del decreto-legge 31 marzo 2014, n. 52 il Tribunale di Messina esprimeva dei dubbi in merito alle «valenze retributive e punitive» indebitamente associate al nuovo termine di durata (C. Cost., 24 giugno 2015, n. 186, § 4 *Ritenuto in fatto*).

¹⁶⁴ Conferenza delle regioni e delle province autonome, *Contenzione fisica in psichiatria: una strategia possibile di prevenzione*, 29-7-2010, 10/081/CR07/C7, in www.regioni.it. Nel documento redatto a conclusione della conferenza, la contenzione è qualificata apertamente come «atto anti-terapeutico, che danneggia il paziente anche quando non ne mette a rischio l'integrità fisica, e danneggia la credibilità della psichiatria come scienza terapeutica». Ad ogni modo, non è stato un approdo immediato, e spesso c'è la pratica contenitiva è oggetto di un dato sommerso dell'approccio, anche contemporaneo, alla malattia mentale, G. DODARO, L. FERRANTINI, *Contenzione meccanica in psichiatria. Introduzione a focus*, in *Riv. it. medicina legale e dir. sanitario*, 2013, 1, pp. 167 ss.; L. GARIGLIO, «La contenzione meccanica ... è terapeutica.» *Tecniche discorsive di neutralizzazione in un ospedale psichiatrico giudiziario*, in *Etnografia e ricerca qualitativa*, 2021, 1, pp. 49 ss.; C. CUPELLI, *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1, pp. 225 ss.

¹⁶⁵ M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, II ed., Napoli, 2014, p. 52.

¹⁶⁶ M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *Archivio Penale*, 2014, 2.

modo di eliminare il riferimento sempre problematico¹⁶⁷ alla pericolosità sociale¹⁶⁸.

Di conseguenza, non si dovrebbe guardare agli istituti di pena come luogo della riabilitazione sociale dell'incapace di intendere e di volere autore di reato. Ciò è già stato rilevato a livello convenzionale¹⁶⁹. L'indicazione che non può venire dalla Corte EDU, se non altro perché la Convenzione inerisce ai diritti e alle libertà fondamentali, e non a quelli sociali¹⁷⁰, è quella dell'investimento statale per la cura. Un tale investimento costituirebbe un passo oltre il mero rispetto dell'art. 3 CEDU, ma pare non potersi fare a meno di nuovi circoli virtuosi.

¹⁶⁷ A. CABIALE, *L'accertamento giudiziale della pericolosità sociale, fra presente e futuro*, in *Dieci anni di REMS. Un'analisi interdisciplinare*, cit., p. 95, si riferisce alla *pessima reputazione* di cui gode la pericolosità sociale.

¹⁶⁸ F. SCHIAFFO, *Delega per la riforma delle misure di sicurezza: l'eco di un "immenso appetito di medicina"*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1, pp. 128 ss.

¹⁶⁹ M.A. FARINA COSCIONI, *Liberare almeno dal carcere chi patisce disagio mentale*, in *avvenire.it*, 25 gennaio 2022, «Emerge tristemente il fatto che si sia dovuti emigrare in Europa per ottenere un risultato elementare: il carcere non è un luogo per la cura e l'assistenza, e un malato affetto da disagio psichico accertato e certificato non può e non deve stare in una cella di penitenziario». Corte EDU, *Miranda Magro c. Portogallo*, cit. §§ 78 e 93-94.

¹⁷⁰ Si rimanda alle considerazioni svolte *supra* sul dialogo tra parametri rilevando che la tematica della restrizione di libertà personale dell'infermo di mente autore di reato implica l'integrazione dei diritti di cui agli artt. 5 §1 CEDU e 3 CEDU.