

**LA GIURISPRUDENZA DIFENSIVA IN MATERIA DI OPG A GIUDIZIO DELLA CORTE
COSTITUZIONALE******1.**

L'inedito spaventa sempre, rispetto alla rassicurante *routine* del già noto. Era, dunque, facilmente prevedibile che, all'indomani dell'approvazione della l. n. 81 del 2014, sarebbe stata ancora necessaria un'opera di persuasione in difesa della sua civilissima scelta: chiudere gli Ospedali psichiatrici giudiziari (Opg) e tracciare per i rei non imputabili un orizzonte diverso da quello - finora seriale, meccanico, per lo più inumano e degradante - di una vera e propria pena manicomiale detentiva¹. A cambiare, semplicemente, sono i soggetti che oggi vanno convinti della necessità di applicare fino in fondo le rilevanti novità della riforma.

Fino a ieri, gli interlocutori privilegiati sono stati il Parlamento e il Governo. Quanto al primo, il suo è stato un procedere caratterizzato da correzioni di rotta tanto significative quanto opportune: dall'originaria prospettiva di una progressiva sanitarizzazione degli Opg², alla loro sostituzione con strutture custodiali più dignitose e terapeuticamente efficaci³, poi affiancata dall'alternativa di percorsi riabilitativi nel territorio per i folli rei non più pericolosi⁴, fino alla scelta finale di spostare il baricentro legislativo nella cura individuale per tutti gli in-

* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Ferrara — andrea.pugiotto@unife.it

** Il presente scritto è destinato alla pubblicazione in *Giur. Cost.*, 2015, fasc.6.

¹ Per un'analisi complessiva del processo di riforma cfr., anche per le indicazioni bibliografiche, A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2, 2015, cui adde il recente volume di M. MIRAVALLE, *Roba da matti. Il difficile superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari*, Trapani, 2015.

² Cfr. D.p.c.m. 1 aprile 2008, allegato C, contenente le linee di indirizzo per gli interventi negli Opg e nelle Case di cura e custodia.

³ Art. 3-ter, l. 17 febbraio 2012, n. 9, di conv. con modificazioni del d.l. 22 dicembre 2011, n. 211.

⁴ Art. 1, comma 1, lett. c), l. 23 maggio 2013, n. 57, di conv. con modificazioni del d.l. 25 marzo 2013, n. 24.

ternati, a scapito di un'opzione custodiale ridotta a *extrema ratio*⁵. Quanto al Governo, la persuasione ha riguardato soprattutto la necessità di tenere ferma una *dead line* per la chiusura degli Opg, interrompendo così la paradossale catena di decreti legge approvati d'urgenza per consentire alle istituzioni di non rispettare una scadenza che l'allegato C del d.m. 1 aprile 2008 programmava già entro il 2011 e che, invece, è progressivamente slittata al 31 marzo del 2013, poi del 2014 e, infine, del 2015.

Sono altri, ora, gli interlocutori da persuadere. Le regioni, largamente inadempienti rispetto agli obblighi legislativi introdotti, alcune destinate ad un commissariamento certo⁶, altre ancora indecise davanti all'alternativa tra la via neo-custodiale e la via della presa in carico territoriale. I dipartimenti di salute mentale, il cui ruolo è assolutamente decisivo nell'architettura della riforma. L'opinione pubblica, il cui consenso diffuso è indispensabile per il successo del superamento dell'ultimo residuo manicomiale⁷.

Se, però, si dovesse indicare l'interlocutore più riottoso, quello che all'indomani della chiusura legislativa degli Opg ha sottoposto a veri e propri *stress-test* la l. n. 81 del 2014, non ci sarebbero dubbi: è un segmento della magistratura che sta dando ampia prova di una "giurisprudenza difensiva", con l'obiettivo – ora preterintenzionale, ora deliberato – di paralizzare la riforma nei suoi snodi principali.

2.

Il primo esempio di questa giurisprudenza difensiva è rappresentato dalla questione di costituzionalità promossa dal Tribunale di sorveglianza di Messina⁸. Il giudice *a quo* revoca in dubbio la legittimità della disposizione che, rimodulando la base legale della diagnosi di pericolosità sociale per il folle reo, interdice l'uso di indici esterni (le sue condizioni di vita individuali, familiari e sociali) e nega rilievo alla mancanza di programmi terapeutici personalizzati⁹.

Quale sia la *ratio* di tale novità normativa è nota a chiunque conosca gli esiti dell'indagine condotta, nella scorsa XVI Legislatura, dalla Commissione d'inchiesta del Sena-

⁵ Art. 1, comma 1, lett. b), l. 20 maggio 2014, n. 81, di conv. con modificazioni del d.l. 31 marzo 2014, n. 52..

⁶ Ai sensi dell'art. 1, comma 2, l. n. 81 del 2014.

⁷ Un provvisorio bilancio dopo i primi cento giorni dalla chiusura legislativa degli Opg si può leggere in AA.VV., *L'abolizione del manicomio criminale tra utopia e realtà*, a cura di Fondazione Giovanni Michelucci e Garante diritti dei detenuti della Toscana, Firenze, 2015.

⁸ Ordinanza n. 247 del 2014, pubblicata in *DPC*, 12 dicembre 2014, con osservazione di R. BIANCHETTI, *Sollezata questione di legittimità costituzionale in merito ai nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale del seminfermo di mente*. Per un commento adesivo vedi F. FIORENTIN, *Al vaglio di costituzionalità i parametri di accertamento della pericolosità sociale dei mentally ill offenders*, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 3.

⁹ L'art. 1, comma 1, l. n. 81 del 2014 è impugnato nella parte in cui stabilisce che l'accertamento della pericolosità sociale «è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'art. 133, comma 2, n. 4, c.p.», e che «non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali».

to sull'efficacia e sull'efficienza del Servizio Sanitario Nazionale¹⁰: evitare che il soggetto paghi colpe non sue, ogni qual volta il suo internamento in Opg viene disposto o prorogato esclusivamente per un *deficit* organizzativo dei servizi di prossimità o per l'indisponibilità dei familiari a farsene carico. È quanto finora accaduto, e spesso, attraverso il ricorso alla categoria – di origine interamente pretoria – della c.d. pericolosità sociale *latente*¹¹: nell'indisponibilità familiare o territoriale, il magistrato proroga la misura di sicurezza detentiva (nonostante ne sia scemato il presupposto soggettivo, come attestato dall'osservazione clinica dell'internato), non potendosi escludere che, *extra moenia*, potrebbe riacutizzarsi la sua pericolosità sociale.

La ridefinizione *ad hoc* della diagnosi di pericolosità sociale, ora introdotta, serve proprio a interrompere simili arresti giurisprudenziali. Molto semplicemente, attraverso la disposizione impugnata, «la legge in sostanza ci dice che un malato povero, emarginato, senza casa e abbandonato dai servizi non può diventare, *per questa ragione*, socialmente pericoloso e finire in Opg»¹².

Con penna pindarica e bulimia di parametri costituzionali¹³, il Tribunale di sorveglianza di Messina contesta questo snodo della riforma, veicolando a Palazzo della Consulta una geremiade di critiche riassumibili nell'accusa rivolta al legislatore di aver riportato indietro le lancette dell'orologio, quando ancora era imperante il modello cartesiano classico della rigida separazione tra *res cogitans* (la psiche) e *res extensa* (il corpo), fondamento della oramai anacronistica psichiatria organicista.

Le censure si muovono, innanzitutto, sul piano dogmatico. Obbligato per legge a ignorare il contesto ambientale di riferimento, il giudice sarebbe chiamato a una prognosi «tendenzialmente “unifattoriale” di tipo individualistico» della pericolosità sociale, inevitabilmente alterata. Di più: in una sorta di eterogenesi dei fini legislativi, volendone favorire l'uscita dal circuito detentivo, la novella si ritorcerebbe contro il reo non imputabile, inchiodato allo «stigma» di soggetto *in sé* pericoloso, dunque da internare. Ciò, inoltre, comprometterebbe le esigenze di difesa sociale, legittimando la remissione in libertà di soggetti che un giudizio prognostico globale, ora legislativamente interdetto, confermerebbe ancora socialmente pericolosi. In entrambe le evenienze, la normativa denunziata finisce per tradire le finalità che il sistema costituzionale attribuisce alle misure di sicurezza.

¹⁰ Cfr. la relativa *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, Senato della Repubblica, Doc. XXII-bis n. 4, approvata dalla Commissione nella seduta del 20 aprile 2011.

¹¹ Svelata e indagata, con rara sagacia, soprattutto negli studi di F. SCHIAFFO, *Le funzioni latenti del sistema penale: l'ospedale psichiatrico giudiziario*, in *Crit. Dir.*, 2012, n. 3-4, 270 ss.; ID., *La riforma continua del «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»: la tormentata vicenda legislativa dell'art. 3-ter del d.l. n. 211/2011*, ivi, 2013, n. 1, 49-55; ID., *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e «spessori normativi»: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *DPC*, 11 dicembre 2014, 21-22.

¹² S. CECCONI, *Chiudere gli Ospedali psichiatrici giudiziari senza se e senza ma. E senza proroghe*, in *Antigone*, 2014, n. 1, 96.

¹³ Sono ben tredici quelli formalmente inclusi nel *thema decidendum* (artt. 1, 2, 3, 4, 25, 27, 29, 30, 31, 32, 34, 77 e 117, comma 1 Cost., quest'ultimo integrato dagli artt. 3 Dichiarazione universale dei diritti umani e 5 CEDU), molti dei quali – a mio avviso – indicati per mero tuziorismo.

Né andrebbero taciute – sempre sul piano dogmatico – le irragionevoli e ingiustificate disparità di trattamento conseguenti. Perché il quadro prognostico di riferimento muta irrazionalmente, a seconda della misura di sicurezza da eseguire (detentiva o non detentiva), a seconda della capacità o incapacità del reo, addirittura nei confronti di un medesimo soggetto (a seconda se si versi nella fase esecutiva della pena o della misura di sicurezza detentiva psichiatrica).

Altrettanto numerosi sono i dubbi teoretici espressi attraverso la *quaestio*. Sotto tutti i profili – filosofico, antropologico, gnoseologico, epistemologico, sociologico, psichiatrico, criminologico – andrebbe respinta, perché priva di fondamento, l'idea di una pericolosità sociale monadica. Sullo sfondo, non sarebbe difficile intravedere come – attraverso tale varco – possano penetrare nel giudizio di pericolosità sociale le acquisizioni delle neuroscienze, tanto suggestive quanto insidiose nel loro rinnovato determinismo.

3.

Le perplessità dottrinali – subito manifestate all'indomani della promozione della *quaestio*¹⁴ - hanno trovato eco nel contraddittorio davanti alla Corte costituzionale per voce del Governo, costituitosi mediante atto d'intervento dell'Avvocatura dello Stato. Per l'esecutivo non era una scelta obbligata: farla, in difesa della costituzionalità della riforma, è stato un segnale a conferma dell'importanza della posta in gioco per la tenuta complessiva della riforma. La sua memoria sviluppa apprezzabili strategie argomentative, finalizzate alla richiesta rivolta alla Corte costituzionale di dichiarare la questione infondata.

Della disposizione impugnata l'Avvocatura sposa una possibile interpretazione adeguatrice – di origine dottrinale¹⁵ - ritenendola così «non solo conforme ai principi costituzionali ma anche finalizzata a superare le possibili situazioni lesive del principio di responsabilità penale» personale, «verificatesi durante la precedente legislazione». La doppia interdizione legislativa, infatti, riguarderebbe esclusivamente la valutazione circa la *sussistenza* della pericolosità sociale del reo incapace. Viceversa, non precluderebbe affatto al giudice la possibilità di valorizzarne le condizioni di vita individuali, familiari e sociali, qualora esse orientino verso una prognosi di *non sussistenza* della sua pericolosità sociale. Ciò che la legge vieta, in altre parole, è un loro uso a giustificazione di un provvedimento di esecuzione, non anche di revoca della misura di sicurezza detentiva. Così interpretate, diversamente dall'opzione ermeneutica del Tribunale di sorveglianza di Messina, «entrambe le limitazioni per il giudizio di pericolosità sociale» introdotte dalla l. n. 81 del 2014 si rivelano «norme favorevoli a tutela della libertà del cittadino».

¹⁴ Cfr. i termini del dibattito svoltosi al seminario *Della riforma degli Opg, delle misure di sicurezza, della pericolosità sociale e dell'imputabilità* (Gorgona, 3-4 ottobre 2014), di cui riferisce – quasi stenograficamente – I. FORCELLINI, *Ospedali Psichiatrici Giudiziari e Costituzione* (Tesi di laurea, Univ. Roma Tre, Anno Accademico 2013-2014), 203-208, consultabile in www.codamsi.it.

¹⁵ Il riferimento è a M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2014, 925.

La difesa erariale dice anche qualcosa in più sul piano ermeneutico, costruendo un rapporto di specialità tra la norma che esclude rilievo alla mancanza di programmi terapeutici individuali, e quella che esclude il rilievo delle condizioni di vita individuali, familiari e sociali del reo non imputabile. L'esemplificazione aiuta a capire. Si ipotizzi che il programma terapeutico-riabilitativo individuale sia effettivamente predisposto, ma che esso si limiti a registrare l'indisponibilità della famiglia e l'assenza di strutture territoriali idonee per la presa in carico dell'internato non più socialmente pericoloso. «In tal caso» - osserva l'Avvocatura dello Stato - «emerge un ambito di applicabilità del tutto autonomo» del divieto di giustificare il ricorso alla misura di sicurezza detentiva in ragione delle condizioni di vita individuali, familiari e sociali del soggetto. Così, facendo leva sul principio di specialità, si evita un altrimenti facile aggiramento della finalità perseguita dal legislatore.

C'è dell'altro. L'Avvocatura dimostra piena consapevolezza di come il confine tra libertà e custodia sia stato, fino ad oggi, travalicato sempre a danno della prima, attraverso il meccanismo delle proroghe seriali dell'internamento in Opg. Per un verso, usando a pretesto la condizione di svantaggio sociale del folle reo, «si sono registrati casi in cui la misura di sicurezza detentiva è stata prolungata *sine die* in modo discriminatorio». Per altro verso, «quando la pericolosità sociale dell'internato è confermata esclusivamente in ragione della mancanza o oggettiva impossibilità di percorsi terapeutici extramurari, l'Opg svolge funzioni molto diverse da quelle previste e definite nel codice penale in quanto si risolvono nella presa in carico di un sofferente psichico in sostituzione delle funzioni che, invece, dovrebbero svolgere i servizi psichiatrici territoriali». Non è difficile cogliere, in queste parole, l'accento (veneto) di Franco Basaglia.

Da ultimo, l'Avvocatura smonta anche l'accusa mossa alla riforma di riproporre l'idea, scientificamente sorpassata, di una pericolosità sociale autistica. La l. n. 81 del 2014 – ricorda la difesa erariale - «non disconosce affatto il rilievo della condotta e della vita del reo, *antecedente* al reato», secondo gli indici di cui all'art. 133, comma 2, n. 2, c.p., «che evocano l'interesse per l'uomo nella totalità della sua persona, proposto dall'indirizzo fenomenologico della più recente psichiatria»¹⁶. La valutazione della vita del reo può assumere un valore non prognostico, ma anamnestico, nel rispetto del principio personalistico della responsabilità penale.

4.

Per rispondere alle infinite 496 righe dell'atto di promovimento, alla Corte costituzionale sono sufficienti le 158 righe della sent. n. 186/2015¹⁷: la questione è respinta come infondata in tutti i suoi profili.

¹⁶ La disposizione impugnata, infatti, interdice solamente l'uso degli indici di cui al n. 4 dell'art. 133, comma 2, c.p.

¹⁷ Il calcolo artigianale include di entrambi i provvedimenti il solo *considerato in diritto*: integrale per l'ordinanza di rinvio, dal § 2 in poi per la decisione costituzionale. Per un primo commento vedi A. MASSARO,

Rovesciandone le precedenze, il Giudice delle leggi affronta preliminarmente la censura relegata in coda all'ordinanza di rinvio, relativa all'asserita violazione dell'art. 77, comma 2, Cost., negando «sotto ogni aspetto» la sussistenza del vizio formale denunciato¹⁸. Analogamente, l'infondatezza di tutte le residue (ancorché numerose) censure di merito origina dall'«erroneità del presupposto interpretativo» da cui muove il Tribunale di Messina: «basta leggere la disposizione impugnata» per capire che le sue frasi «non riguardano la pericolosità sociale come categoria generale, ma si riferiscono più specificamente alla pericolosità che legittima il “ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura”». Le interdizioni legislative introdotte, cioè, non operano *ex ante* nel momento della diagnosi circa la pericolosità sociale del soggetto, ma solo *ex post* all'atto della scelta se sottoporlo a una misura di sicurezza detentiva¹⁹.

Il riassetto ermeneutico compiuto dalla sentenza fa leva – oltre che sul dato letterale – sull'intenzione dichiarata del legislatore²⁰, sullo scopo perseguito dalla riforma²¹ e sulla sua interpretazione sistematica²². Ne esce un quadro normativo in linea con la pregressa giurisprudenza costituzionale orientata alla sussidiarietà delle misure di sicurezza custodiali²³. La sentenza disegna così un «sistema bifasico, scandito da un doppio giudizio prognostico»²⁴, prima sull'*an* circa la pericolosità sociale del reo, poi sul *quomodo* per fronteggiarla: mentre nel primo il giudice potrà avvalersi di tutti gli indicatori dell'art. 133, comma 2, c.p., nel secondo gli sono interdetti quelli “sociali”. Qualora le condizioni mentali del reo socialmente pericoloso lo consentano, la preferenza legislativa per la soluzione meno custodiale imporrà

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, n. 2.

¹⁸ Gli emendamenti introdotti in sede di conversione, e che hanno conformato la disposizione impugnata, presentano «un contenuto del tutto omogeneo» all'ambito del d.l. n. 52 del 2014. Ciò è vero anche sotto il profilo della loro necessità e urgenza, benché – come subito precisa la Consulta, memore della propria sent. n. 22/2012 – tali requisiti riguardino «le disposizioni del decreto e non i relativi emendamenti» (§3).

¹⁹ «È evidente che la disposizione censurata non ha modificato, neppure indirettamente, per le persone inferme di mente o seminferme di mente, la nozione di pericolosità sociale, ma si è limitata ad incidere sui criteri di scelta tra le diverse misure di sicurezza e sulle condizioni per l'applicazione di quelle detentive» (§4.2)

²⁰ Come emerge dai lavori preparatori, la norma tende a «impedire all'autorità giudiziaria di desumere la pericolosità sociale dall'apparente mancanza di adeguate possibilità di cura e sistemazione in stato di libertà», evitando così un internamento del folle reo che sia «conseguenza dello stato di marginalità socioeconomica in cui questi verrebbe a trovarsi se dimesso» (§4.2).

²¹ «Riservare le misure estreme, fortemente incidenti sulla libertà personale, ai soli casi in cui sono le condizioni mentali della persona a renderle necessarie» (§4.2).

²² Erroneamente, invece, il giudice *a quo* aveva amputato la norma impugnata dalla sua trama legislativa, dove anche altre disposizioni sono «dirette a favorire l'applicazione di misure diverse da quelle detentive» (§4.2)

²³ Il riferimento è alle già citate sentt. nn. 253/2003 e 367/2004, il cui precipitato normativo è ora incluso nell'art. 1, comma 1, lett. b) della l. n. 81 del 2014.

²⁴ A. MASSARO, *op. cit.*, 11. Sulla vaghezza delle categorie diagnostiche e prognostiche messe a disposizione del giudice da un codice penale ancora improntato alla logica del c.d. doppio binario, vedi ora le acute osservazioni di G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra Opg e Rems*, in *DPC*, 20 luglio 2015.

l'applicazione della misura di sicurezza non detentiva, come pure la revoca della misura di sicurezza detentiva.

5.

Un secondo esempio di giurisprudenza difensiva trova espressione nella sentenza della Sez. I penale della Cassazione, pronunciata il 9 gennaio 2015, ma depositata solo il 1° giugno scorso²⁵. Qui ad essere in gioco è la disposizione della riforma che introduce l'inedito principio in base al quale le misure di sicurezza detentive, siano esse provvisorie o definitive, non potranno durare più della pena edittale massima prevista per il delitto commesso dal reo non imputabile²⁶.

L'assenza di una durata finale predeterminata per le misure di sicurezza detentive portava in grembo «un (potenziale) ergastolo inflitto senza un processo»²⁷, sulla base di un giudizio di pericolosità sociale spesso ridotto a mero automatismo. È su questi ergastoli *bianchi* che, ora, la riforma scrive la parola *fine*²⁸. È la vittoria dello Stato di diritto sulla primitiva, geometrica ideologia del “doppio binario” del codice Rocco, che esigeva la dimensione *atemporale* per l'internamento in Opg, in quanto correlata all'imprevedibile perdurare della pericolosità sociale. Viceversa, «la misura di sicurezza deve essere – per elementari ragioni di garanzia “liberale” - sempre *determinata nel tempo*: il suo massimo di durata deve essere predeterminato e non già affidato al momento in cui si chiude con successo il “trattamento”» che, invece, «può e deve essere preso in considerazione per diminuire semmai la durata della misura»²⁹.

Quello che la Cassazione affronta e risolve nella sua recente sentenza è un problema di diritto intertemporale: da quanto si applica la nuova regola? La risposta è davvero sorprendente. La nuova regola varrà solo per gli internati nelle nuove Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (Rems), a partire dal 31 marzo 2015, quando saranno operative come strutture destinate a sostituire gli Opg. «Ne consegue che, sino a quella data, il ricovero in Opg sarà legittimamente prorogato, ancorché in via eccezionale e transitoria, ove persista la pericolosità sociale dell'internato», anche se così l'esecuzione della misura di sicurezza supererà, per durata, il massimo della pena corrispettiva.

Salvo mio errore, è una soluzione ermeneutica che nessuno in dottrina aveva prospettata. Né trova riscontro nella giurisprudenza dei magistrati di sorveglianza, se è vero che

²⁵ Cass., sez. I pen, 9 gennaio – 1 giugno 2015, *Bijanzadeh*, Pres. Cortese, Est. Casa (inedita).

²⁶ Art. 1, comma 1-*quater*, l. n. 81 del 2014.

²⁷ F. CORLEONE, *Ospedale Psichiatrico Giudiziario: la fine dell'agonia?*, in AA.VV., *L'abolizione del manicomio criminale*, cit., 48.

²⁸ Non anche, però, sugli ergastoli in senso proprio giacché, per esplicito disposto legislativo, la regola del limite massimo temporale per le misure di sicurezza detentive *non* si applica «per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo» (art. 1, comma 1-*quater*, l. n. 81 del 2014).

²⁹ Così, quasi quaranta anni fa, E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1978, 282.

l'ultima relazione parlamentare sul processo di superamento degli Opg indicava in 88 gli internati dimessi per scadenza termini *prima* del 31 marzo 2015³⁰.

6.

Che si tratti di un'opzione ermeneutica scarsamente coerente, lo rivela la fragilità degli argomenti adoperati dalla Cassazione.

La sentenza fa leva, innanzitutto, sull'argomento letterale. E allora, puliti gli occhiali, leggiamolo l'art. 1, comma 1-*quater* della l. n. 81 del 2014: «Le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito [...]». L'esplicito riferimento alle Rems è stato fatto dal legislatore proprio per includere *tutte* le modalità di esecuzione della misura di sicurezza detentiva nell'ambito di applicazione della norma. La Cassazione invece, valorizzando la mancata menzione del ricovero presso l'Opg, ricava da ciò la non applicabilità ad esso della nuova regola.

Il secondo argomento adoperato dalla Cassazione fa leva sulla radicale portata innovativa della l. n. 81 del 2014. Nel sistema previgente – si legge in sentenza – le misure di sicurezza detentive erano «sostanzialmente “indeterminate” nella loro durata massima». Il nuovo parametro normativo «si pone in netto contrasto con quello che va a sostituire», dunque sarebbe irragionevole affermarne un'applicazione retroattiva. Invece, è proprio la natura garantista della nuova regola a esigerne un'applicazione immediata a vantaggio di tutti i soggetti internati: ciò che si è inteso assicurare – attraverso il c.d. principio del parallelismo – è la proporzionalità tra pena (manicomiale) e reato presupposto, onde evitare che le misure di sicurezza detentive si rivelino, «in concreto, di gran lunga più afflittive della pena irrogata con una sentenza di condanna»³¹. E se quel soggetto dimissibile è ancora socialmente pericoloso, andrà sottoposto a libertà vigilata terapeutica, come insegna la Corte costituzionale³².

C'è un terzo tornante ermeneutico che porta fuori strada la Cassazione. In assenza di disposizioni transitorie, quando in materia di misure di sicurezza si verifica una successione di fonti legislative, «si applica la legge in vigore al tempo della esecuzione»: così, testualmente, l'art. 200, comma 2, c.p. *Tempus regit actum*. La Cassazione nega, invece, che la propria interpretazione contrasti con la regola appena citata: il «tempo della esecuzione» della misura di sicurezza – a suo dire – andrebbe riferito alla data del 31 marzo 2015, «a partire dalla quale gli Opg cesseranno di esistere». Ora, una simile lettura presuppone che il ricovero nelle Rems sia – giuridicamente – altra cosa rispetto all'internamento negli Opg. Come se fossero due *differenti* tipologie di misure di sicurezza detentive. Quando, invece, sono modalità esecutive (profondamente) diverse della *stessa* misura di sicurezza detentiva. È prete-

³⁰ Cfr. la *Terza relazione al Parlamento sullo stato di attuazione del programma di superamento degli Opg*, aggiornata al 31 marzo 2015, p. 14.

³¹ Così la Corte costituzionale nella sua sent. n. 274/2009.

³² Cfr. le sentt. nn. 253/2003, 367/2004 e l'ord. n. 208/2009.

stuoso, dunque, elevare il 31 marzo 2015 a spartiacque tra il vecchio regime dell'internamento in Opg e il nuovo regime del ricovero nelle Rems. Tanto più che, scollinata quella data normativa, malgrado tutto, risultano ancora oggi trattenuti in Opg 226 persone³³: dovrebbero, per questo, i giudici di sorveglianza prorogarne *sine die* l'internamento?

A conti fatti, la sentenza in esame compie una scelta interpretativa di scarso pregio. Aggiungo che, nel nostro ordinamento, il precedente giurisprudenziale non è fonte del diritto, mentre i giudici – tutti, anche quelli di sorveglianza – «sono soggetti soltanto alla legge» (art. 101, comma 2 Cost.), di cui devono privilegiare interpretazioni costituzionalmente orientate. Quella ora avallata dalla Cassazione, invece, mi pare disorientata costituzionalmente. Al *favor libertatis* antepone esigenze securitarie, capovolgendo così il bilanciamento legislativo compiuto con la riforma. Una riforma – è evidente – che la Cassazione non ama per le «sue scaturigini politico-ideologiche» (*sic*), e perché «espressione di un sistema che filosoficamente ed ontologicamente» si oppone al precedente e tutt'affatto diverso regime codicistico delle misure di sicurezza (cui, con altrettanta evidenza, la Cassazione guarda con qualche nostalgia).

7.

Il terzo esempio di giurisprudenza difensiva chiama in causa nuovamente la Corte costituzionale, questa volta per iniziativa del G.i.p. del Tribunale di Napoli³⁴: ad essere impugnata è proprio la disposizione che impone l'interruzione della misura di sicurezza detentiva una volta raggiunta la durata massima della pena prevista per il reato commesso. La norma impugnata è sospettata di irragionevolezza, sotto tre differenti profili.

Irragionevole, infatti, è una disposizione normativa i cui fondamenti si rivelano fallaci «in quanto divergenti dagli accadimenti della quotidianità». È un anacronismo legislativo che sarebbe testimoniato dal caso all'esame del giudice napoletano: un soggetto il cui stato psichico e fisico conferma una persistente e preoccupante pericolosità sociale, internato in Opg oltre il termine ora fissato dalla legge, che andrebbe teoricamente sottoposto a una misura non detentiva - la libertà vigilata - inadeguata e (giuridicamente e concretamente) inapplicabile³⁵.

L'irragionevolezza della disposizione impugnata deriverebbe, in secondo luogo, dall'aver piegato le misure di sicurezza detentive alla logica propria delle misure cautelari, benché eterogenee nelle rispettive funzioni: di cura e di difesa sociale le prime, endoproces-

³³ Il dato è aggiornato al 16 settembre 2015: cfr. audizione del Capo del DAP, Santi Consolo, alla XII Commissione (Igiene e Sanità) del Senato, 17 settembre 2015, seduta n. 272.

³⁴ Ordinanza n. 187 del 21 maggio 2015, in *G.U.*, I Serie speciale, 30 settembre 2015, n. 39.

³⁵ Come illustrato nell'atto di promovimento, «certamente la libertà vigilata, comunque eseguita, non è idonea a contenere la pericolosità sociale» del folle reo. «E se, anche per pura ipotesi, volesse ritenersi il contrario, mancano anche le condizioni previste dalla legge per l'applicazione del provvedimento», dato che il soggetto non è in grado di comprenderne le prescrizioni imposte e le conseguenze in caso di loro violazione. «E resterebbe, poi, pur sempre il problema a chi affidarlo, considerato che è un uomo solo».

suali le seconde³⁶. In tal modo è il principio che impone un trattamento diverso di situazioni differenti ad essere violato.

Irragionevole, infine, sarebbe l'omessa previsione legislativa di altre misure, anche detentive, idonee ad assicurare alla persona inferma di mente cure adeguate e capaci di contenerne la pericolosità sociale, vietando la disposizione impugnata finanche il ricovero nelle Rems dell'internato dimesso dall'Opg per scadenza termine.

8.

La questione è già iscritta a ruolo, e i giudici costituzionali saranno chiamati ad affrontarla prossimamente. A prima lettura, nessuna delle tre criticità indicate dal giudice remittente convince fino in fondo.

La scelta legislativa di porre un limite temporale massimo alle misure di sicurezza è tutt'altro che astratta e fuori dalla realtà delle cose. Nasce proprio per raddrizzare il legno storto di una prassi – la reiterazione *sine die* della misura di sicurezza detentiva – responsabile dell'emersione di un'inaudita categoria, quella degli internati *dimissibili*: soggetti che, da tempo, non dovrebbero più essere rinchiusi in Opg e che, da troppo tempo, attendono di essere in libertà o sottoposti a misura di sicurezza non detentiva. Una categoria copiosa, la cui esistenza è addirittura attestata dalla legge nell'atto in cui ne ordina la liberazione «*senza indugio*» e la presa in carico sul territorio³⁷. L'indubbia dolente tragicità della specifica vicenda del giudizio *a quo* non può che turbare: ma, davvero, può essere assunta a paradigma per tacciare di anacronismo la disposizione impugnata?

Impropria sembra anche l'analogia tracciata dal giudice *a quo* tra misure di sicurezza e cautelari. La riforma aggancia il termine di durata delle prime al tetto massimo della *pena*, non della carcerazione preventiva. E lo fa nella consapevolezza che, della pena detentiva, l'internamento in Opg presenta un'intensità e un'afflittività pari se non maggiore, come scandalosamente emerso dalla realtà indagata dalla Commissione parlamentare d'inchiesta. E poiché gli ultimi tra gli ultimi (perché tali sono i folli rei) sono sempre a rischio di abbandono in ragione della loro marginalità sociale, il legislatore è corso ai ripari, così evitando che nelle Rems abbia a replicarsi tale processo di esclusione. È una *ratio* costituzionalmente apprezzabile, tradotta in un meccanismo giuridico coerente con l'art. 25, commi 2 e 3: nel determinare la durata della misura di sicurezza, infatti, il giudice dovrà fare riferimento al parametro *astratto* del massimo edittale, non al *quantum* di pena *in concreto* da applicarsi al caso di specie (tenuto conto delle circostanze, della recidiva, dell'ipotesi di concorso). Si contempe-

³⁶ «Ne consegue – secondo il giudice a quo - che le misure cautelari devono cessare quando il periodo di custodia cautelare superi la pena che sarà inflitta in concreto, mentre le misure di sicurezza devono cessare quando cessa la pericolosità sociale»

³⁷ Art. 3-ter, comma 4, l. n. 9 del 2012. In senso analogo vedi anche la l. n. 57 del 2013, laddove prescrive «la dimissione di tutte le persone internate per le quali l'autorità giudiziaria abbia *già escluso* o escluda la sussistenza della pericolosità sociale» (art. 1, comma 1, lett. c).

rano così garanzie di libertà ed esigenze di difesa sociale, senza improprie valenze retributive e punitive estranee a una misura rivolta a un soggetto non imputabile³⁸.

Quanto, infine, all'omissione normativa censurata dal giudice *a quo*, la sua *quaestio* muta improvvisamente bersaglio: non più l'introduzione legislativa del c.d. principio del parallelismo temporale, quanto la mancata introduzione di altre misure di sicurezza idonee a superare l'attuale binomio internamento/libertà vigilata. Così ricostruito, il *petitum* dell'atto di promovimento risulta però monco, nulla specificando in merito il suo dispositivo³⁹. È un'ambiguità che prefigura, in ultima analisi, un'inammissibile indeterminatezza del complessivo *thema decidendum*: a cosa mira, infatti, il giudice remittente? Al ripristino della regola previgente di misure di sicurezza prorogabili *sine die*? O a un intervento che arricchisca lo strumentario delle misure di sicurezza previste dall'ordinamento?

9.

Il Tribunale di sorveglianza di Messina, la Sez. I penale della Cassazione, il G.i.p. del Tribunale di Napoli - come cecchini - mirano al cuore della riforma. La l. n. 81 del 2014, infatti, eleva a obiettivo la residualità della misura di sicurezza detentiva, privilegiando soluzioni curative e contenitive meno invasive per la libertà personale del soggetto. Sia la ridefinita diagnosi di pericolosità sociale sia la durata massima dell'internamento servono esattamente a mettere in sicurezza tale *guideline*.

Ecco perché la giurisprudenza difensiva analizzata è particolarmente insidiosa. Lo è pure nelle sue dichiarate motivazioni di fondo, tutte convergenti nell'esito di una rinnovata e prolungata segregazione: tutelare l'autentico interesse del reo non imputabile (per il tribunale siciliano); evitare rischi alla collettività (per la Cassazione); l'una e l'altra cosa insieme (per il giudice partenopeo). È bene diffidare da simili convincimenti, perché non esiste alcun limite al "male", quando il "male" viene fatto a fin di "bene".

³⁸ In tal modo è contenuta in misura ragionevole l'impropria contiguità tra pena e misura di sicurezza, che si registra ogni qual volta quest'ultima viene agganciata non alla *pericolosità* bensì alla *criminosità* del soggetto (come accadeva, originariamente, attraverso il «fariseismo legislativo» della pericolosità sociale presunta: cfr. A. PACE, *Misure di sicurezza e pericolosità sociale presunta*, in questa *Rivista*, 1966, 191 ss.; la citazione testuale si legge a p. 192).

Dubbi di costituzionalità sull'introduzione del c.d. principio del parallelismo erano già presenti nell'ordinanza di rinvio del Tribunale di Messina, riferiti all'art. 25 Cost.: la sent. n. 186/2015, tuttavia, li ha respinti cumulativamente ai tanti altri prospettati. Peraltro, in passato, il Giudice delle leggi si è espresso in merito con affermazioni che inducono a ritenere costituzionalmente coerente l'opzione della l. n. 81 del 2014: «il riferimento al massimo della pena edittale, assunto quale indice della gravità di reato e non invece alla pena irrogabile in concreto, tenendo conto di eventuali attenuanti, oltre a discendere in modo coerente dal presupposto della misura rappresentato da una sentenza di proscioglimento (e non di condanna) dell'imputato incapace, garantisce la applicazione della misura stessa in tutte le situazioni normativamente descritte con pieno rispetto del principio di uguaglianza» (sent. n. 233/1984).

³⁹ Anche a ritenere integrabile il *petitum* alla luce della *causa petendi* illustrata in motivazione, la *quaestio* appare comunque inammissibile, pretendendosi dalla Corte costituzionale un intervento additivo discrezionale, peraltro in difetto dell'obbligatoria indicazione del verso dell'addizione richiesta.

Non serve alcuna sfera di cristallo per predire prossimi cangianti esempi di tale giurisprudenza difensiva. A chi crede nella possibile eclissi della pena manicomiale, e vede nell'applicazione integrale della riforma lo strumento per arrivarci, non resta che predisporre al compito di difenderne le buone ragioni. Confidando, fin dalla prossima occasione in calendario, nel supplemento di equilibrio e saggezza che la Corte costituzionale è chiamata a mettere in campo, come ha già fatto con la sent. n. 186/2015.