



Salute mentale e detenzione: profili processuali e problematiche applicative

di Lidia Castellucci

Con la sentenza della Corte costituzionale n. 99 del 2019 si è compiuto un enorme passo in avanti nella tutela effettiva della salute delle persone affette da problemi di malattia mentale detenute nelle nostre carceri, in particolare delle persone detenute con problematiche psichiatriche sopravvenute durante la detenzione. Difatti, prima dell'intervento della Consulta, i "rei folli" con residuo di pena da espiare superiore ai quattro anni potevano aspirare unicamente alla cura in regime carcerario.

Con il presente lavoro si intende ripercorrere sinteticamente alcune delle diverse implicazioni processuali delle possibili manifestazioni dei disagi mentali, prendendo le mosse proprio dai principi affermati dalla Corte costituzionale.

PAROLE CHIAVE: ordinamento penitenziario - detenzione - salute mentale - garanzie detenuti

On mental health and on detention: procedural aspects and their application challenges

As a consequence of the decision of the Constitutional Court n. 99/2019, the set of rules made a major step forward in protecting people affected by mental health diseases while detained in our prisons, more in detail of people affected by psychiatric problems suddenly developed during imprisonment. As a matter of fact, before the Constitutional Court's decision, the "deranged criminals", who had to expiate a residual sentence exceeding four years, could aspire to be cured only within the prison regime.

The present work wants to retrace briefly the various procedural implications related to the different expressions of mental disorders, taking the cue right from the principles stated by the Constitutional Court.

SOMMARIO:

La Corte costituzionale e le garanzie dei detenuti affetti da patologia psichiatrica sopravvenuta - Le misure cautelari e le patologie mentali - Le misure di sicurezza detentive: problematiche applicative e possibili soluzioni - NOTE

La Corte costituzionale e le garanzie dei detenuti affetti da patologia psichiatrica sopravvenuta

Il caso sottoposto all'attenzione del Giudice delle leggi era quello di un detenuto, con pena residua superiore ai quattro anni, che si era visto respingere dal Tribunale di Sorveglianza di Roma la richiesta di differimento della pena per grave infermità ai sensi dell'art. 147 c.p., in ragione del fatto che la suddetta norma era applicabile solo ai casi di grave infermità fisica, mentre il richiedente risultava affetto da "grave disturbo misto di personalità, con predominante organizzazione *border line* in fase di scompenso psicopatologico". La Corte di Cassazione, che ha promosso il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1-ter, l. 26 luglio 1975, n. 354, si interrogava sull'applicabilità dell'art. 148 c.p. o di altre forme alternative alla detenzione in carcere, per i casi di infermità psichica sopravvenuta alla condanna, per tale intendendosi una malattia mentale che, pur cronica o preesistente al reato, non sia stata considerata influente sulla capacità di intendere e di volere nel corso del giudizio penale dal quale è scaturita la condanna definitiva, oppure sia stata accertata o sia effettivamente insorta durante la detenzione. Ciò in quanto, a seguito degli interventi legislativi succedutisi tra il 2012 e il 2014, che hanno previsto la chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari e che, nel creare le residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), non hanno previsto che esse subentrassero nelle funzioni accessorie di cui all'art. 148 c.p., tale ultima norma doveva considerarsi implicitamente abrogata. Conseguenza di ciò era un trattamento differente del soggetto portatore di un'infermità psichica tale da escludere o attenuare la capacità di intendere e volere al momento del fatto, il quale, se ritenuto pericoloso socialmente, può essere sottoposto al trattamento riabilitativo presso le REMS; rispetto al soggetto in esecuzione di pena portatore di patologia psichica sopravvenuta, che, ove possibile, è allocato presso una delle articolazioni per la tutela della salute mentale poste all'interno del circuito penitenziario.

Il Giudice *a quo* ha evidenziato che, pur trattandosi di categorie soggettive diverse, la condizione vissuta dai soggetti portatori di patologie psichiatriche è del tutto assimilabile, quantomeno sul piano delle prevalenti necessità terapeutiche, a quella dei non imputabili. Tuttavia, il detenuto affetto da grave infermità psichica sopravvenuta con un residuo di pena superiore ai quattro anni o in espiatione per reato ostativo non avrebbe accesso ad alcuna forma di esecuzione della pena alternativa alla detenzione in carcere, circostanza questa che motivava il dubbio di legittimità costituzionale.

Nel ritenere fondata la prospettata questione, la Corte Costituzionale ha condiviso la ricostruzione dell'assetto normativo vigente compiuta dalla Corte di Cassazione rimettente. Infatti, l'art. 148 c.p., vale a dire l'unica disposizione dedicata alla condizione dei detenuti affetti da gravi patologie psichiche sopravvenute, è oggi divenuto inapplicabile, perché superato da riforme legislative che di fatto l'hanno completamente svuotato di contenuto precettivo. Tuttavia, il lungo e faticoso processo riformatore che ha dato vita al fondamentale risultato della chiusura degli OPG non è stato completato con previsioni adeguate alla situazione dei detenuti con gravi malattie psichiche sopravvenute, atteso che le REMS non sono destinate ad accogliere tali soggetti. Inoltre, i detenuti che si trovino in condizioni simili a quelle della parte del giudizio non possono avere accesso alla detenzione domiciliare "ordinaria" di cui all'art. 47-ter, comma 1, lett. c), ord. penit., che è contemplata unicamente per i detenuti con una pena residua inferiore a quattro anni e che sono gravemente malati, indipendentemente dal tipo di patologia - fisica o psichica - di cui soffrono. Neppure può essere loro applicato l'istituto del rinvio obbligatorio della esecuzione della pena di cui all'art. 146 c.p., perché la grave patologia psichica non integra il presupposto ivi previsto della malattia grave, in fase così avanzata da essere refrattaria alle terapie. Infine, i malati psichici non possono nemmeno beneficiare del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena di cui all'art. 147 c.p., perché tale previsione riguarda solo i casi di "grave infermità fisica". Ne discende che, poiché il rinvio obbligatorio o facoltativo di cui agli artt. 146 e 147 c.p. riguarda solo le persone affette da grave infermità fisica, i malati psichici non possono giovare neppure della detenzione domiciliare "umanitaria" di cui al censurato art. 47-ter, comma 1-ter, ord. penit., che a tali disposizioni rinvia nel definire il suo ambito di applicazione. Alla luce della mancanza di qualsiasi alternativa al carcere per i detenuti affetti da grave malattia psichica sopravvenuta è stato affermato dalla Corte il contrasto con i principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 27, comma 3, 32 e 117, comma 1, Cost., essendo di fatto impedito al giudice disporre che la pena sia eseguita fuori dagli istituti di detenzione, anche qualora sia stata riscontrata una malattia mentale che provochi una sofferenza talmente grave da poter dar luogo a un supplemento di pena contrario al senso di umanità. Peraltro, il Giudice delle leggi non manca di sottolineare come già in passato, con la sent. n. 111 del 1996, preso atto dell'insoddisfacente trattamento riservato all'infermità psichica grave, sopravvenuta alla condanna, aveva richiamato il legislatore a trovare una equilibrata soluzione volta a garantire ai condannati affetti da patologie psichiche la cura della salute mentale senza l'elusione del trattamento penale. A distanza di tanti anni, tale richiamo è rimasto inascoltato. Pertanto, pur nella consapevolezza che incombe sul legislatore il dovere di portare a termine nel modo migliore la già

avviata riforma dell'ordinamento penitenziario nell'ambito della salute mentale, con la previsione di apposite strutture interne ed esterne al carcere, la Corte non ha potuto esimersi dall'intervenire per rimediare alla violazione dei principi costituzionali, «di modo che sia da subito ripristinato un adeguato bilanciamento tra le esigenze della sicurezza della collettività e la necessità di garantire il diritto alla salute dei detenuti (art. 32 Cost.) e di assicurare che nessun condannato sia mai costretto a scontare la pena in condizioni contrarie al senso di umanità (art. 27, terzo comma, Cost.), meno che mai un detenuto malato». Alla luce di ciò, è stata accolta la questione di legittimità costituzionale prospettata dal giudice rimettente e dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1-ter, ord. penit., nella parte in cui non consente che la detenzione domiciliare "umanitaria" sia disposta anche nelle ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, presentandosi tale misura alternativa idonea e adeguata a colmare le carenze individuate.

Grazie a tale pronuncia è stata riconosciuta piena dignità alla malattia psichica, che di fatto era trattata diversamente rispetto alla malattia fisica, colmando quel divario trattamentale tra i "folli rei" (i non imputabili) e i "rei folli" (gli imputabili).

Nonostante il significativo passo in avanti operato grazie all'intervento della Consulta, la condizione di chi ha commesso il reato "a causa" della propria infermità e quella di chi si trova in uno stato di infermità mentale sopravvenuta danno luogo a situazioni molto differenti tra loro sotto il profilo dell'assistenza sanitaria e della tutela effettiva della salute mentale. Ed invero affinché possa prendere concreta forma un nuovo sistema di cura dei soggetti affetti da disturbi mentali occorre necessariamente implementare la tutela della salute mentale infra muraria, posto che non sempre è concretamente possibile intraprendere il percorso delle misure alternative al carcere.

Al riguardo, deve evidenziarsi che per i c.d. "rei folli" è prevista l'assegnazione a un istituto o sezione speciale per infermi e minorati psichici. È lo stesso art. 65 ord. penit. [1] a prevedere che i soggetti affetti da infermità, minorazioni fisiche o psichiche debbano essere assegnati ad istituti o sezioni speciali per idoneo trattamento, precisando altresì, al secondo comma, che i soggetti in questione, a causa delle loro condizioni, non possono essere sottoposti al regime degli istituti ordinari. La valorizzazione delle sezioni denominate "Articolazioni per la tutela della salute Mentale" sconta però tutti i limiti di una riforma dell'ordinamento penitenziario "a costo zero". È sufficiente rappresentare come a fronte di oltre 60.000 detenuti ristretti in 189 istituti, di cui quasi un terzo risulta affetto da patologie psichiche, risultano essere state attivate solamente 38 sezioni, per una capienza complessiva di 500 posti letto.

Inoltre, analogamente a quanto avviene per le strutture destinate all'esecuzione delle misure di sicurezza, anche gli istituti in questione dovrebbero poter contare su una qualificazione professionale sia dei preposti alla direzione sia degli operatori penitenziari, proprio perché la finalità di tale disposizione è quella di assicurare un trattamento adeguato alle peculiari condizioni di salute del detenuto. In considerazione delle diverse strutture nelle quali l'infermo di mente può essere detenuto-ricoverato, si tratta di verificare quale tutela sia accordata ai detenuti o internati in carcere e in che modo essa si differenzi da quella garantita all'interno delle REMS, dovendosi fin da ora evidenziare l'assoluta inadeguatezza e insufficienza dei percorsi intramurari. Occorre, al riguardo, prendere le mosse dall'art. 11 ord. penit., il quale prevede, al comma 1, ultima parte, che ogni istituto penitenziario disponga dell'opera di almeno uno specialista in psichiatria e, al settimo comma, ultima parte, che nel caso di sospetto di malattia psichica siano adottati senza indugio i provvedimenti del caso col rispetto delle norme concernenti l'assistenza psichiatrica e la sanità mentale. Tale normativa trova un completamento nel regolamento esecutivo, agli artt. 20, 111, 112 e 113, i quali, tuttavia, non forniscono criteri specifici di assistenza ai detenuti infermi di mente. L'estrema lacunosità degli interventi prescritti nei casi di detenzione in carcere di soggetti infermi o seminfermi di mente non può non sollevare forti perplessità. Prevedere quale garanzia massima per questi detenuti una più facile partecipazione ai trattamenti e alle attività "risocializzanti" non sembra assolutamente soddisfare le esigenze di tutela e cura richieste dalla peculiare condizione in cui versa un detenuto infermo di mente [2]. Alle carenze normative poi si accompagnano e si sommano problematiche più strettamente pratiche connesse alla struttura e ai trattamenti previsti in loco. La presenza all'interno dell'istituto penitenziario di almeno uno specialista in psichiatria ex art. 11 ord. penit., di psicologi, assistenti sociali e criminologi clinici contattati ai sensi dell'art. 80 ord. penit. così come il sostegno apprestato secondo il generico schema dei periodici e frequenti riscontri rappresentano misure inadeguate rispetto ai trattamenti terapeutici che si rivelano più proficui proprio nel settore delle patologie psichiatriche e psicologiche, mancando soprattutto quella tipologia di assistenza individualizzata e continuativa che consente l'instaurazione di un rapporto tra l'operatore sanitario specializzato e il malato.

A ben vedere, quindi, si palesano possibili profili di disparità di trattamento tra i soggetti *in vinculis* e i destinatari della misura del ricovero in REMS. Difatti, i criteri guida per il superamento degli OPG e delle CCC e la costituzione delle REMS fissati dall'art. 3-ter d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, convertito in l. 17 febbraio 2012, n. 9, si sostanziano nella previsione di un'esclusiva gestione sanitaria delle nuove strutture nonché nella tendenziale destinazione delle strutture ai soggetti provenienti dal territorio regionale di ubicazione delle stesse. In ordine alla gestione sanitaria delle REMS, il decreto attuativo del 1° ottobre 2012 ha introdotto un aspetto significativo e innovativo, individuando, quali componenti l'organico delle nuove strutture, personale appartenente esclusivamente al settore medico. Pertanto, a differenza di quanto avveniva all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari, in cui l'organico era prevalentemente composto da agenti di polizia penitenziaria, nelle REMS presta la propria opera personale medico altamente specializzato (infermieri, operatori socio-sanitari, psichiatri, educatori e psicologi) idoneo a prestare l'assistenza adeguata alle specifiche esigenze dei soggetti ricoverati.

Se dunque è evidente la *ratio* della normativa sottesa al superamento degli OPG, ossia quella di accentuare l'importanza che il trattamento medico riveste, privilegiando l'adozione di strumenti di intervento volte a rispondere alle esigenze di cura, l'assistenza psicologica e psichiatrica in carcere diverge significativamente da quella garantita nelle REMS. Sebbene tale disparità può (forse) trovare un ragionevole fondamento nel più attenuato, almeno nella maggior parte dei casi, stadio patologico in cui versano i soggetti detenuti in carcere rispetto a quelli ricoverati in REMS, non può non sottolinearsi che il sistema di tutela apprestato per i primi è assolutamente inadeguato sia sotto l'aspetto logistico che sotto quello assistenziale e non appare giustificabile sulla base della sola argomentazione della non assimilabilità delle due categorie soggettive.

La via di un possibile miglioramento, dunque, passa anzitutto dal potenziamento dell'assistenza psichiatrica in carcere, viepiù perché gli istituti penitenziari sono da sempre collettori ed amplificatori del disagio psichico. Per garantire l'effettivo potenziamento dell'assistenza psichiatrica negli istituti di pena serve un fortissimo investimento in termini strutturali e di risorse umane, con l'implementazione delle specifiche sezioni in carcere (e del numero dei posti letto, allo stato del tutto inadeguato), all'interno delle quali l'esecuzione della pena possa avvenire tenendo conto delle specifiche esigenze terapeutiche e con personale, numericamente e professionalmente adeguato rispetto alle esigenze che l'assistenza psichiatrica in carcere deve soddisfare.

Le misure cautelari e le patologie mentali.

Mentre nel paragrafo precedente si è parlato, seppur sinteticamente, delle problematiche afferenti la gestione dell'infermità mentale sopravvenuta in corso di esecuzione della pena, occorre ora soffermarsi sulle altrettante problematiche connesse alla "gestione" del soggetto che presenti nella fase cautelare sintomi di una possibile malattia

mentale, problematiche accresciute dal fatto che la situazione mentale non rappresenta una categoria unitaria nel codice di rito penale ma si presenta sotto varie categorie, dalle quali conseguono "effetti" differenti.

La tematica corre sul filo del difficile bilanciamento tra la tutela della salute e l'efficacia della misura cautelare, con il rischio costante di compromettere la salute del ristretto per salvaguardare la sicurezza della collettività (ma anche viceversa).

Il trattamento della malattia mentale nella fase cautelare è disciplinato innanzitutto dall'art. 286 c.p.p. [3]. Con tale norma si è previsto che se la persona da sottoporre a custodia cautelare si trova in stato di infermità di mente che ne esclude o ne diminuisce grandemente la capacità di intendere o di volere, il giudice, in luogo della custodia in carcere, può disporre il ricovero provvisorio in idonea struttura del servizio psichiatrico ospedaliero, adottando i provvedimenti necessari per prevenire il pericolo di fuga. La norma attribuisce al giudice una discrezionalità e non un obbligo di valutare l'opportunità terapeutica, sicché, tenuto conto delle condizioni in cui versa il soggetto, sarà il giudice a valutare se colui nei confronti del quale ricorrono esigenze cautelari possa essere affidato a una struttura penitenziaria adeguata oppure ricoverata in ambiente esterno. La laconicità della disposizione normativa, che non prevede le modalità con le quali il giudice debba accertare l'infermità mentale, quindi l'opportunità terapeutica, porta a ritenere sufficiente anche un mero accertamento "cartolare", basato sulla documentazione clinica in suo possesso. Quanto all'idonea struttura del servizio psichiatrico ospedaliero, si è ritenuto che la stessa sia da individuare nei reparti ospedalieri di trattamento sanitario obbligatorio ex art. 34 l. 23 dicembre 1978, n. 833, dovendosi escludere le strutture ospedaliere a gestione privata. Di tale particolare modalità di custodia cautelare colpisce il richiamo al concetto di infermità mentale proprio del diritto sostanziale in tema di imputabilità, avendo il legislatore della procedura rinunciato a elaborare un proprio concetto di infermità mentale. Si tratta all'evidenza di un richiamo improprio, atteso che l'imputabilità sostanziale non ha nulla a che vedere con una modalità della misura cautelare, sicché il riferimento alla incapacità di intendere e volere deve essere inteso non in chiave di diritto penale sostanziale ma come generico stato patologico del cautelato. Stante la correlazione tra lo stato patologico e la modalità custodiale, è implicita la provvisoriété di tale misura, destinata a venir meno al ristabilirsi del riequilibrio psichico del soggetto.

Si impone a questo punto chiarire i rapporti tra il citato art. 286 c.p.p. e la previsione di cui all'art. 73, comma 3, c.p.p., il quale prevede che, quando è stata o deve essere disposta la misura cautelare della custodia in carcere, il giudice ordina che la misura sia eseguita nelle forme previste dall'art. 286 c.p.p. Atteso il mancato coordinamento tra le due normative e l'espresso richiamo contenuto nell'art. 73 c.p.p. alla disposizione di cui all'art. 286 c.p.p. sono sorti dubbi in merito alla obbligatorietà o meno di disporre il ricovero in sostituzione della custodia cautelare in carcere. Stando a una interpretazione letterale della norma sembra che il legislatore non abbia lasciato al giudice margini di discrezionalità, statuendo l'assoluta e prevalente tutela del diritto alla salute [4]. Tale tesi, tuttavia, non trova riscontro nella giurisprudenza di legittimità, che, al contrario, afferma che, in presenza di un'infermità di mente dell'imputato sottoposto o da sottoporre a custodia cautelare, il giudice non è necessariamente tenuto a disporre la custodia in luogo di cura esterno, ai sensi dell'art. 286 c.p.p., ma può invece anche disporre l'assegnazione dell'imputato ad un istituto o sezione speciale per infermi o minorati psichici [5]. L'orientamento della Suprema Corte si fonda sul dato letterale dell'art. 286 c.p.p. ("il giudice ... può disporre il ricovero ...") e sul richiamo generalizzato a tale articolo contenuto nell'art. 73, comma 3, c.p.p., che coinvolge tutte le proposizioni della norma e, dunque, anche quella che prevede la facoltà (e non l'obbligo) di disporre, nei casi in esame, la custodia cautelare nella sua versione "psichiatrica".

Interessante, anche se di difficile applicazione concreta, è la tesi secondo cui l'art. 73, comma 3, c.p.p., contempla una situazione definibile come di necessità di cura, differenziandosi da quella prevista dall'art. 286 c.p.p. ("infermità di mente che ne esclude o ne diminuisce grandemente la capacità di intendere o di volere"), che, invece, prevederebbe una discrezionalità del giudice, a fronte di una generica "opportunità" di cura. Sarebbe dunque il diverso grado delle esigenze sanitarie della persona a giustificare il passaggio dall'obbligo (nell'art. 73 c.p.p.) alla facoltà (nell'art. 286 c.p.p.) di ricovero esterno [6].

Il fine di trovare un equilibrio soddisfacente tra la tutela del diritto alla salute e la difesa della collettività dal delitto è stato perseguito anche con le novità introdotte dalla l. 12 luglio 1999, n. 231 [7], che hanno riguardato in particolare art. 275 c.p.p. (commi da 4-bis a 4-quinquies). Tale normativa aveva a oggetto, come evincibile dal titolo, disposizioni in materia di esecuzione della pena, di misura di sicurezza e di misure cautelari non solo nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, ma anche nei confronti di soggetti affetti da altra malattia particolarmente grave. L'ampiezza di tale ultima locuzione consente certamente di includervi anche la malattia mentale. Pertanto, come previsto dal codice di rito, è stata esclusa la possibilità di disporre o mantenere la custodia cautelare in carcere quando l'imputato è persona affetta da una malattia particolarmente grave, per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione e, comunque, tali da non consentire adeguate cure all'interno dell'istituto penitenziario. Soltanto laddove il giudice dovesse ravvisare esigenze cautelari di eccezionale rilevanza e la custodia cautelare presso idonee strutture sanitarie penitenziarie potrebbe rivelarsi pregiudizievole per la salute dell'imputato/indagato o di quella degli altri detenuti, il giudice è tenuto a disporre la misura degli arresti domiciliari presso un "luogo di cura o di assistenza o di accoglienza" [8]. Pertanto, se è vero che la norma in esame consente agevolmente al malato (anche di mente) di passare dalla custodia cautelare in carcere a quella domiciliare e financo a una meno gravosa (in assenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza), imponendo sul giudice un vero e proprio obbligo, e non una facoltà, di provvedere in tale senso; è altrettanto evidente che la particolare gravità delle condizioni di salute, richiesta dalla norma affinché operi il divieto di custodia in carcere, deve essere valutata oltre che di per sé anche in relazione alla praticabilità o meno dei necessari interventi diagnostici o terapeutici in ambiente carcerario, tenendo conto anche della possibilità di disporre il ricovero in luogo esterno di cura.

Ne discende che l'applicazione anche al malato di mente della l. n. 231 del 1999 consente una maggiore flessibilità del suo regime cautelare, flessibilità che appare tanto più necessaria e opportuna in presenza di patologie, quali quelle mentali, rispetto alle quali il sistema carcerario, per i motivi già evidenziati, sconta evidenti limiti strutturali.

L'equilibrio tra le opposte esigenze, quella del diritto alla salute e quella della tutela della collettività, già di per sé complicato, lo diventa ancor di più nelle strette tempistiche processuali. Ci si riferisce alle ipotesi in cui il disagio mentale del soggetto si manifesta nel corso dell'udienza di convalida dell'arresto. Nella prassi, infatti, frequentemente accade che, già nell'udienza di convalida, il difensore produce dei documenti (cartelle mediche, attestazioni INPS, ecc.) dai quali emergono patologie psichiatriche che affliggono l'arrestato. In tale fase, però, non ci saranno ancora elementi certi per poter affermare un'eventuale incapacità processuale del soggetto né tantomeno una sua pericolosità sociale. È bene sottolineare che nel caso in cui il P.m., oltre a chiedere la convalida dell'arresto, in considerazione della gravità del reato e ritenendo concreto il pericolo di recidiva, avanzi anche istanza di applicazione di una misura cautelare custodiale, il giudice, in questo momento, non potrebbe mai applicare una misura di sicurezza, neppure una che egli ritenesse meno afflittiva per il reo rispetto alla misura cautelare richiesta dal P.m.

Invero, l'art. 312 c.p.p. espressamente subordina l'applicazione provvisoria di una misura di sicurezza alla richiesta del P.m. e non è consentita alcuna confusione tra misure cautelari in senso stretto e misure di sicurezza. Si tratta, infatti, di misure diverse, che si basano su presupposti diversi, anche nel caso in cui la misura cautelare trovi fondamento nel pericolo di reiterazione del reato (cfr. C. cost., sent. n. 228 del 1999, che ha ben chiarito come la pericolosità sociale, che è la pericolosità criminale generica, cioè la probabilità che la persona commetta nuovi fatti di reato, debba essere distinta

dal concreto pericolo di reiterazione di gravi delitti della stessa specie di quelli per i quali si procede, richiesto dall'art. 274, lett. c), c.p.p.). Non è consentito, dunque, al giudice di trattarle indistintamente nell'ambito di un unico *sub* procedimento cautelare, in modo tale da poter tranquillamente scegliere tra loro con l'unico limite della minor afflittività per il reo. Tali principi oltre ad essere affermati in dottrina [9], sono deducibili da alcune sentenze della Suprema Corte [10], con cui è stato affermato come non sia possibile sostituire una misura di sicurezza con una misura cautelare, anche nei casi in cui quest'ultima venga ritenuta dal giudicante meno afflittiva della prima.

Ci si interroga, pertanto, su quali siano i provvedimenti adottabili dal giudice in tale fase in modo da garantire quel non facile equilibrio di cui si è detto.

Va premesso che, in ottemperanza alla risoluzione del CSM del 24 settembre 2018, alcuni Tribunali hanno provveduto a stipulare con le Regioni e le ASL dei "Protocolli Operativi in tema di misure di sicurezza". È importante segnalare che tali accordi, sebbene aventi a oggetto specificamente le misure di sicurezza, si preoccupano di coinvolgere fin dall'inizio i presidi sanitari presenti sul territorio, prevedendo, ad esempio, la possibilità per l'autorità giudiziaria di chiedere, fin dal momento dell'arresto, informazioni dettagliate sul soggetto, che ben potrebbe essere stato già preso in carico dal DSM (Dipartimento di Salute Mentale). Tali informazioni, infatti, se rese in tempi rapidi, potrebbero assumere una concreta utilità nell'orientare le decisioni del giudice anche in fase cautelare.

Ad esempio, nel recente protocollo operativo adottato nel distretto di Milano, siglato il 12 settembre 2019, è stato previsto che, nell'immediatezza dell'arresto, del fermo o dell'allontanamento in urgenza dalla casa familiare, nel caso in cui emergano elementi per ritenere che l'autore del reato sia affetto da patologie di tipo psichiatrico, la gestione del caso concreto avvenga, in urgenza, stante le strette tempistiche procedurali, attraverso la valutazione dello stato clinico psicotologico del presunto autore del reato da parte del medico di pronto soccorso che riceve il paziente accompagnato dalle forze dell'ordine. È stato previsto che il referto medico, che verrà indirizzato al P.m. per il tramite degli operanti, dovrà attestare la contingente condizione clinica del soggetto, specificando se sia presente un'acuzie di tipo psicotologico e se vi sia l'indicazione al ricovero in SPDC, Servizio Psichiatrico Diagnosi e Cura (senza effettuare una valutazione sull'eventuale pericolosità sociale dello stesso né sulla capacità di intendere e di volere al momento del fatto). Si tratta di informazioni fondamentali e oltremodo utili a rendere effettiva sia la salvaguardia della salute del presunto autore del reato sia a orientare la scelta del magistrato sulla misura cautelare più adeguata. Difatti, nel caso di arresto in flagranza o fermo, se le evidenze psichiatriche risultanti dal referto medico di pronto soccorso, unitamente a eventuali comunicazioni da parte del SPDC, dovessero sconsigliare la misura custodiale in carcere, il P.m. potrà scegliere di collocare l'arrestato o il fermato presso il domicilio o presso un luogo di cura al fine di avanzare al giudice la richiesta di applicazione di misura cautelare ex artt. 284 o 286 c.p.p.

Ma anche nel caso in cui vi sia da parte del P.m. richiesta di applicazione di misura custodiale carceraria le informazioni in possesso del giudice sulle eventuali condizioni psico-patologiche del soggetto arrestato o fermato assumeranno indubbia rilevanza sia nella scelta della misura cautelare che nelle modalità di esecuzione della stessa.

Vediamo concretamente quali potrebbero essere le decisioni adottabili dal giudice in presenza di un adeguato compendio informativo.

Il giudice potrebbe ritenere che non sussistano esigenze cautelari, ma solo di cura del soggetto. È l'ipotesi prevista dall'art. 73, comma 1, c.p.p.: il giudice, in tal caso, informerà con il mezzo più rapido l'autorità competente per l'adozione delle misure previste dalle leggi per il trattamento sanitario delle malattie mentali. Dunque, di fronte ad un bisogno terapeutico, il giudice è tenuto a coinvolgere la competente autorità, che si attiverà per disporre il necessario trattamento. Tuttavia, nel caso in cui non sia possibile aspettare l'intervento dell'autorità amministrativa, perché il ritardo nella somministrazione del trattamento potrebbe esporre il soggetto a pericolo, sarà il giudice, come previsto dall'art. 73, comma 2, c.p.p., a disporre il ricovero provvisorio in idonea struttura del servizio psichiatrico ospedaliero. Sia ben chiaro Servizio Psichiatrico Ospedaliero e non reparto per malati di mente degli istituti di pena. Le ipotesi previste dal secondo comma, invero, riguardano i casi dove vengono in rilievo le sole esigenze di cura e non anche di vigilanza. Il giudice in tali casi esercita, in supplenza, poteri di natura amministrativa. E, coerentemente con la natura dei poteri dai quali discende, l'ordinanza del giudice che ha disposto il ricovero perde immediatamente efficacia al sopravvenire del provvedimento dell'autorità amministrativa. In tale ipotesi, il protocollo adottato nel distretto di Milano prevede che il giudice provveda ad acquisire, nel caso in cui il soggetto risulti già seguito, l'eventuale documentazione dall'Unità di Psichiatria o Servizio per le dipendenze, al fine di valutare l'opportunità di conferire incarico di consulenza. Nel caso in cui, invece, il soggetto non sia mai stato preso in carico da alcun servizio territoriale, viene previsto, come "buona prassi" che il P.m. provveda fin da subito a conferire incarico di consulenza.

Qualora, invece, il giudice dovesse ritenere sussistenti esigenze cautelari potrà scegliere tra due "diversi" provvedimenti:

1) disporre la custodia cautelare in luogo di cura, prevista dall'art. 286 c.p.p., ossia la custodia cautelare mediante ricovero in idonea struttura del servizio psichiatrico ospedaliero (non strutture private), adottando, però, in tal caso, i provvedimenti necessari per prevenire il pericolo di fuga (piantonamento);

2) disporre la custodia cautelare in carcere con assegnazione del soggetto, ex art. 111, comma 5, d.p.r. n. 230 del 2000, alla sezione speciale per infermi di mente e minorati psichici. In tale caso il protocollo adottato nel distretto di Milano prevede che il responsabile del Servizio Sanitario penitenziario disponga tempestivamente una visita specialistica e si occupi di ricostruire la storia clinica del detenuto. È stato altresì espressamente previsto in capo al responsabile del Servizio Sanitario penitenziario l'onere di segnalare al giudice la contingente condizione clinica del soggetto e di specificare se eventuali segni o sintomi della sfera psichica così come rilevati siano di prevalente interesse clinico (e quindi necessitanti di specifici interventi in ambito specialistico) oppure se tali aspetti possano essere adeguatamente gestiti nell'istituto penitenziario ove è ristretto il soggetto o nella "Articolazione di Salute Mentale del Distretto".

Quello appena riportato è soltanto uno dei diversi protocolli che sono stati adottati nei diversi distretti di Corti di Appello e che dimostrano la sempre maggiore attenzione verso soggetti particolarmente vulnerabili, che per la loro patologia spesso non ricevono adeguate ed effettive cure all'interno del carcere. Sarà pertanto proprio la diffusione di tali "buone prassi" a restituire piena dignità alla malattia psichica e a coniugare le esigenze di tutela della salute con quelle di tutela della collettività.

Le misure di sicurezza detentive: problematiche applicative e possibili soluzioni.

Assume ovviamente importanza centrale nel tema qui in esame il trattamento del non imputabile e, di conseguenza, la disciplina delle misure di sicurezza [11]. La chiusura degli OPG è una riforma epocale il cui limite risiede nel fatto che sia contenuta in pochi e disarticolati commi di una legislazione emergenziale volta allo svuotamento degli istituti penitenziari e priva di una rivisitazione complessiva e sistematica del codice penale, come da anni ci si attende. Infatti, la misura di sicurezza detentiva del ricovero in OPG, da eseguirsi presso la REMS, tuttora prevista dall'art. 222 c.p., è destinata a: persone non imputabili a causa di infermità psichica, intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti, sordomutismo; persone sottoposte ad altra misura di sicurezza detentiva colpite da un'infermità psichica tale da

richiederne il ricovero. Ulteriore presupposto è che sia stata accertata la pericolosità sociale, in base alle qualità soggettive e non più alle loro condizioni di vita individuale, familiare e sociale (art. 133, comma 2, n. 4, c.p.).

È fatto ormai noto che, soprattutto in determinate Regioni, vi è una scarsa disponibilità di posti nelle REMS. Prima di analizzare le possibili soluzioni che il giudice può dare al problema della mancanza di disponibilità di posti nelle REMS, appare opportuno ricordare i principali passaggi della riforma che ha portato alla graduale chiusura degli OPG e alla previsione delle REMS quali strutture per l'esecuzione dell'OPG e della CCC (tanto nel caso di applicazione definitiva che in quello di applicazione provvisoria della misura di sicurezza detentiva) [12].

Con le REMS si è spostato il baricentro delle misure di sicurezza dal controllo sociale alla cura e alla risocializzazione della persona [13]. È vero che si tratta di strutture residenziali, ma all'interno di esse il soggetto viene avviato a percorsi prettamente terapeutici e riabilitativi, ad opera di personale medico e sanitario, inquadrato nel Servizio Sanitario Nazionale. Per evitare sovraffollamenti poco compatibili con programmi terapeutici individualizzati è stato previsto un numero massimo di posti per ogni REMS, da destinare per lo più a soggetti provenienti dalla stessa Regione ove è stata realizzata la struttura.

Il processo di riforma è stato lento e graduale ed ha avuto inizio con il d.p.c.m. del 1° aprile 2008, che ha previsto il passaggio alle Regioni delle competenze sanitarie attinenti agli OPG. Non appare opportuno ricordare tutti i passaggi di tale articolato processo di riforma, ma solo quelli più importanti, realizzati con la l. 17 febbraio 2012, n. 9, che ha previsto il completo superamento degli OPG e l'istituzione delle REMS, e con la l. 30 maggio 2014, n. 81 (d.l. 31 marzo 2014, n. 52), che ha fissato nuovi e fondamentali principi in materia di misure di sicurezza detentive. Tra questi ultimi, deve essere senza dubbio ricordato il principio di residualità delle misure detentive (art. 1, comma 1, l. n. 81 del 2014): nel caso di infermità di mente (e seminfermità), l'OPG e la CCC possono essere disposte, anche in via provvisoria, solo se ogni altra misura risulti inadeguata alle esigenze di cura e al controllo della pericolosità sociale. Già la Corte costituzionale, con la sent. n. 253 del 2003, aveva fatto venir meno l'indefettibilità della misura di sicurezza detentiva, consentendo l'applicazione della libertà vigilata, quando questa risultasse adeguata a far fronte alle esigenze di cura e al controllo della pericolosità sociale. Ora, con la riforma del 2014, l'applicazione della libertà vigilata non costituisce più solo una possibile alternativa alle misure detentive, ma la regola a cui attenersi nel caso di pericolosità sociale dell'infermo di mente. La più importante delle riforme è forse contenuta nell'art. 1-quater l. n. 81 del 2014, con il quale si è superato il principio dell'indeterminatezza della durata della misura di sicurezza (che consentiva di mantenere in atto la misura fino a quando non fosse concretamente cessata la pericolosità del soggetto) [14], disponendo che «*Le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive...non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima*».

Come già anticipato, ad oggi il problema principale che affronta quotidianamente la magistratura è quello dell'insufficienza di posti in queste strutture sanitarie allorché venga disposta l'applicazione delle misure di sicurezza detentive, del ricovero in OPG o dell'assegnazione a casa di cura e custodia, presso una REMS nei confronti di un soggetto pericoloso - spesso altamente pericoloso - che abbia commesso un reato e non sia imputabile.

Come emerge dal monitoraggio compiuto dal Consiglio Superiore della Magistratura nella delibera consiliare del 19 aprile 2017, la questione riguarda:

- 1) persone libere, in attesa che si renda disponibile un posto nella REMS, nonostante sia stata ordinata dal giudice, dopo una perizia psichiatrica che ne accerta la pericolosità sociale (rischio pressoché certo di recidiva), la misura di sicurezza dell'Ospedale Psichiatrico Giudiziario da eseguire presso una REMS;
- 2) persone detenute a vario titolo, destinatarie anche di misura di sicurezza detentiva, che all'atto della scarcerazione restano in carcere, anche per periodi non brevi, in attesa che si liberi un posto nella REMS della Regione.

Al fine di tentare di sopperire alle carenze di posti disponibili le soluzioni adottate dai giudici sono apparse a volte delle forzature, perché assunte sempre nell'urgenza e senza alternative in concreto praticabili. Una delle strade percorsa dai giudici di merito è stata quella dell'applicazione della libertà vigilata presso strutture residenziali. Tale soluzione non è andata esente da rilievi critici, essendosi sostenuto che tale soluzione porterebbe a trasformare completamente la libertà vigilata, attribuendole natura detentiva: si finirebbe in sostanza per creare una misura di sicurezza atipica, in palese contrasto con i principi di legalità e tassatività. I suddetti rilievi critici sono stati "accolti" anche dai giudici della Suprema Corte, che hanno statuito che «*nell'ipotesi di applicazione provvisoria della misura di sicurezza della libertà vigilata, il giudice non può imporre, stante il principio di legalità, prescrizioni che ne snaturino il carattere non detentivo*» [15]. Tuttavia, nelle suddette pronunce non è stata affermata una incompatibilità assoluta tra libertà vigilata e ricovero in una struttura terapeutica di tipo residenziale. Lo spazio per il ricorso alla libertà vigilata, dunque, sembra esservi; occorre, tuttavia, evitare di imporre prescrizioni troppo restrittive, che potrebbero finire per dare alla misura carattere detentivo. Determinanti diventano, allora, le concrete prescrizioni che il giudice fornirà per riempire di contenuto la misura della libertà vigilata. Ed allora, affinché il profilo detentivo sfumi completamente, in primo luogo, il ricovero nella struttura residenziale dovrà trovare giustificazione in specifiche esigenze di cura e recupero del soggetto ed essere funzionale ad esse: dovrà, pertanto, essere preceduto da un piano terapeutico che espressamente preveda il ricovero nella struttura residenziale. Le prescrizioni imposte all'imputato, poi, non dovranno essere troppo stringenti: ad esempio, sarà il caso di non imporre all'imputato il divieto di uscire dalla struttura senza la necessaria preventiva autorizzazione del giudice e di autorizzarlo, invece, ad uscire per esigenze legate al piano terapeutico, accompagnato da uno o più operatori della struttura, magari con obbligo per il responsabile della residenza terapeutica di segnalare le uscite alla P.G. delegata per il controllo.

È chiaro che la strada della libertà vigilata presso strutture residenziali non potrà essere percorsa in presenza di un elevato grado di pericolosità del soggetto: in tali casi, l'esigenza di salvaguardare la collettività impone l'adozione di una misura di tipo detentivo. Particolarmente delicata è la situazione in cui si trova il giudice allorché, accertata l'incapacità di intendere e di volere di soggetto sottoposto a misura cautelare e applicata la misura di sicurezza presso una REMS in sostituzione della custodia in carcere non vi siano posti disponibili nelle strutture residenziali. In questa situazione, dovendosi tenere conto di interessi contrapposti, la cui mancata conciliazione dipende esclusivamente da carenze strutturali, cioè dall'assenza di posti presso la REMS, l'Autorità giudiziaria è tenuta comunque a trovare una soluzione che va preceduta da un previo formale sollecito al DAP - Direzione Generale dei detenuti e del trattamento - e alla Regione di residenza dell'indagato/imputato affinché si adoperino, come loro spetta istituzionalmente, per la pronta collocazione della persona in una REMS (ai sensi dell'art. 1 dell'Accordo unificato per il superamento degli OPG n. 17 del 26 febbraio 2015).

Di fronte a questa drammatica condizione di *impasse* le soluzioni fino ad oggi trovate dai giudici, loro malgrado, sono di diverso tenore e di esse lo stesso Consiglio Superiore della Magistratura ha precisa conoscenza, come risulta dalla delibera del 19 aprile 2017.

Una delle soluzioni più diffuse da parte dei giudici in casi del genere risulta essere l'adozione di un ordine di scarcerazione da eseguire solo al momento in cui si renda disponibile il posto nella REMS di residenza dell'indagato/imputato; e l'assegnazione temporanea della persona ad un istituto o ad una sezione speciale per infermi e minorati psichici, con contestuale messa in mora del DAP, della Regione e del DSM circa la ricerca urgente di posti presso la REMS. Si tratta all'evidenza di una soluzione "emergenziale", che, tuttavia, non risolve il tema dell'assenza, nella specie, di un titolo

legittimante la protrazione della detenzione in carcere per una persona che dovrebbe, invece, trovarsi in misura di sicurezza detentiva in altro luogo. Altra opzione, diversa da quella sopra riportata, e che è stata registrata nella prassi, è quella di far eseguire la misura di sicurezza detentiva presso una struttura sanitaria diversa dalla REMS, come ad esempio una clinica convenzionata, individuata dal giudice su indicazione del perito, sino a che il posto nella REMS non diventi disponibile.

Preso atto delle criticità registratesi nonché dei problemi applicativi e organizzativi propri di una così importante riforma, il Consiglio Superiore della Magistratura ha ritenuto di “delineare un quadro di buone pratiche e di schemi procedurali, volti a valorizzare le acquisizioni scientifiche e dottrinali emerse nell’ultimo decennio, nonché a garantire un effettivo sviluppo ai principi insiti nelle novelle legislative innanzi citate”, adottando con delibera consiliare del 19 aprile 2017 «*Direttive interpretative ed applicative in materia di superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) e di istituzione delle Residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza (REMS) di cui alla legge n. 81 del 2014*» [16]. Una delle indicazioni di maggior rilievo sul piano organizzativo riguarda la necessità di una costante integrazione funzionale tra gli Uffici di Sorveglianza, quali organi giudiziari preposti alla vigilanza sulla esecuzione delle misure di sicurezza, i Dipartimenti di Salute Mentale e le sue unità operative complesse nonché le Direzioni delle REMS, quali organi deputati alla diagnosi e cura delle malattie psichiche, e gli uffici UEPE, aventi una funzione di controllo e supporto sociale alle persone affette da malattia psichica collocate sul territorio. Si tratta di un ulteriore invito alla collaborazione e al dialogo tra tutti i soggetti istituzionali coinvolti, che era stato già previsto dalla Conferenza Unificata Stato-Regioni, nella seduta del 26 febbraio 2015, dove, all’art. 7 dell’accordo siglato in tale occasione, veniva previsto che «*alla data di chiusura degli OPG, le Regioni e le Province Autonome, il Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria e la Magistratura [...] definiscono, mediante specifici accordi, le modalità di collaborazione, ai fini dell’attuazione delle disposizioni di cui alla legge 30 maggio 2014 n. 81, inerenti l’applicazione delle misure di sicurezza detentive, la loro trasformazione e l’eventuale applicazione di misure di sicurezza, anche in via provvisoria, non detentive*».

Al fine di tentare di elaborare possibili soluzioni alle lunghe liste di attesa, il Consiglio ha ribadito il carattere residuale attribuito alla misura di sicurezza detentiva del ricovero in OPG o in casa di cura e di custodia, come declinato dalla disposizione di cui all’art 3-ter in base al quale «*il giudice dispone nei confronti dell’infermo di mente e del semi infermo di mente l’applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in 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 ed 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 n. 4 c.p. (...) Non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali*».

Si tratta di norma centrale, in quanto solo un raccordo tra tutti i soggetti consentirà al magistrato di disporre di tutte le informazioni necessarie al fine di valutare la misura di sicurezza più adeguata al caso di specie. Pertanto, già nella fase delle indagini sarà necessario, ove autore del reato risulti essere soggetto con ipotizzabile prognosi di non imputabilità o semimputabilità, non solo acquisire tutta la documentazione clinica rilevante, ma anche affidare ad un consulente l’incarico di eseguire un accertamento sulle condizioni di salute mentale dell’indagato e sulla sua eventuale pericolosità secondo i criteri indicati dalla normativa vigente. Sarà dunque indispensabile chiedere al consulente/perito di coordinarsi con i servizi territoriali che hanno già (o che dovranno avere) in cura il soggetto e di individuare - collaborando con i servizi - le soluzioni di cura praticabili sul territorio o con inserimento comunitario, con onere specifico, nel caso di indicazione di REMS, di specificare gli elementi in base ai quali ogni alternativa risulti non praticabile. E infatti il CSM, già nel 2017, ha indicato come necessario che «*gli uffici giudicanti mantengano un rapporto di costante collaborazione, scambio di informazioni e conoscenza capillare della rete dei servizi di salute mentale che fanno capo al DSM cui la legge n. 833 del 1978 assegna la responsabilità di prevenzione cura e riabilitazione dei problemi di salute psichica*». Ed è proprio questa collaborazione che potrà consentire all’autorità giudiziaria di «*indirizzare il non imputabile ad un programma terapeutico adeguato al caso singolo, di plasmare le misure di sicurezza sin dal momento della pronuncia nel processo penale, di rispettare il fondamentale collegamento tra il tessuto territoriale di provenienza e l’esecuzione della misura*».

La mancanza di un effettivo e soddisfacente grado di realizzazione del sistema delineato con la l. n. 81 del 2014, unitamente alla necessità di approntare soluzioni alle difficoltà pratiche riscontrate in fase di applicazione delle misure di sicurezza, ha indotto il Consiglio Superiore della Magistratura a intervenire nuovamente con la delibera del 24 settembre 2018. Con essa l’organo consiliare ha inteso approfondire l’aspetto relativo alla formalizzazione di intese mediante la sottoscrizione di protocolli tra i soggetti istituzionali coinvolti nella gestione delle misure di sicurezza per il non imputabile, «*al fine di conferire alla già auspicata collaborazione tra gli organismi pubblici e privati coinvolte carattere stabile e forma strutturata*». La ragione sottesa a questa reiterata sollecitazione è che il rispetto del principio di residualità della misura di sicurezza detentiva passa necessariamente attraverso la conoscibilità da parte degli organi giudiziari dell’offerta terapeutica e riabilitativa sul territorio. Il fine è quello di consentire all’organo giudiziario, sin dal primo momento di contatto con il malato psichico autore di reato, una scelta utile e consapevole delle misure adottabili in concreto per far fronte alla pericolosità sociale, dando prioritaria rilevanza alle esigenze di cura e di inclusione sociale dello stesso, visti gli effetti indesiderati e di scompenso complessivo per la tenuta del sistema propri di un eccessivo ricorso a misure detentive. In quest’ottica, i Protocolli Operativi costituiscono un prezioso strumento di lavoro e di integrazione del procedimento giudiziario in ciascuna delle sue fasi, che potrebbe contribuire ad evitare un accesso massivo e indiscriminato alle REMS per via dell’assenza di alternative concrete e adeguate. Sulla scorta dunque del lavoro effettuato dalla Settima Commissione e sulla base delle esperienze già maturate in realtà virtuose (si pensi, ad esempio, all’importante lavoro compiuto con riferimento al territorio bresciano poi sfociato nell’adozione del Protocollo di Brescia), il CSM ha provveduto ad elaborare un contenuto minimo costante dei Protocolli Operativi, riguardante i soggetti coinvolti, il tipo di soluzioni, l’efficacia tempestiva e le fasi dei procedimenti cui riferirsi e l’aspetto della formazione congiunta e del monitoraggio della fase esecutiva. Grazie a tali protocolli, tutti gli operatori a vario titolo coinvolti nella cura e gestione nonché nel controllo dei malati psichici autori di reato sarebbero posti nella condizione di conoscere a monte le soluzioni applicabili al singolo caso concreto e di avere a disposizione quelle informazioni in grado da un lato di assicurare le migliori cure possibili al paziente e, dall’altro, di garantire il soddisfacimento delle istanze di difesa e sicurezza sociale.

Altro aspetto di particolare importanza è quello relativo alle tempistiche di applicazione dei protocolli. Per evitare ritardi nell’elaborazione del progetto terapeutico riabilitativo individuale (PTRI), la risoluzione ha proceduto a individuare alcuni “momenti di contatto” (quali sono la richiesta di misura di sicurezza provvisoria, la celebrazione dell’udienza in caso di riti speciali, l’eventuale disposizione di perizia psichiatrica, la celebrazione di un’udienza per un reato ascrivibile a soggetto recidivo al quale sia già stata applicata in precedenza altra misura di sicurezza), al verificarsi dei quali l’applicazione tempestiva dei Protocolli può consentire una immediata presa in carico. La risoluzione in esame evidenzia espressamente che nei casi in cui all’Autorità Giudiziaria è richiesta una valutazione che riguardi soggetti affetti da patologia psichiatrica, l’applicazione tempestiva dei protocolli e, di conseguenza, l’immediato coinvolgimento dei servizi territoriali, potrebbe consentire una maggiore efficacia delle cure e un minor ricorso alla misura detentiva.

Ovviamente, stante il variegato contesto nazionale connotato da diverse realtà assistenziali in tema di cure psichiatriche, i protocolli operativi devono essere informati al principio di differenziazione, di modo che essi possano adattarsi alle diverse realtà territoriali, il che richiede di tenere nella debita considerazione da un lato il numero assoluto di posti letto in REMS presenti sul territorio di competenza dell’Ufficio Giudiziario di riferimento e, dall’altro, il bacino di utenza di ciascuna Asl e

singola unità dipartimentale, onde poter evitare la formazione di lunghe liste di attesa per l'accesso alle diverse strutture, dando priorità ai casi di maggiore gravità e assicurando le cure a quei soggetti che, invece, si palesano come gestibili a livello territoriale.

In applicazione delle citate delibere consiliari si è assistito al nascere in numerosi uffici giudiziari di Protocolli Operativi per l'applicazione delle misure di sicurezza. Tra questi, si segnala quello siglato in data 12 settembre 2019 e intervenuto tra gli Uffici Giudiziari del Distretto di Milano, la Regione Lombardia, in rappresentanza di tutte le strutture psichiatriche territoriali, il Provveditorato Regionale dell'Amministrazione penitenziaria, l'UEPE e l'Avvocatura, rappresentata dall'Ordine distrettuale e dalle Camere penali.

L'articolato Protocollo si è prefigurato l'obiettivo di andare incontro alle molteplici e complesse esigenze pratiche generate dalla normativa che ha determinato il passaggio dalle "vecchie" misure di sicurezza detentive dell'OPG e della Casa di cura e custodia all'esecuzione delle stesse in REMS. Stante l'importanza della conoscenza di tutte le informazioni utili a orientare il magistrato nella "gestione" del soggetto portatore di patologie psichiatriche è stato previsto che sin dall'inizio del procedimento penale il P.m. si relazioni con il Dipartimento di salute mentale territorialmente competente anche al fine di acquisire tutta la documentazione disponibile; nonché, che vengano disposte sin dalla fase delle indagini consulenze tecniche, o eventualmente perizie in sede di incidente probatorio, con il coinvolgimento necessario ed imprescindibile dei Servizi di salute mentale che hanno in carico l'indagato, al fine di accertare la capacità di intendere e volere e, in caso di pericolosità sociale, di acquisire il progetto di cura che dovrà costituire il nucleo della misura di sicurezza. Fondamentale in questa fase sarà la predisposizione di un quesito da sottoporre al perito che tenga conto dei criteri utilizzabili secondo le previsioni di legge (esclusione del criterio di cui all'art. 133, comma 2, n. 4, c.p., e impossibilità di supportare il giudizio di pericolosità sociale per la sola mancanza di progetti terapeutici individuali) e del divieto legislativo di utilizzare la misura di sicurezza detentiva, se non nei casi in cui, sulla base di specifici elementi puntualmente indicati, il consulente motivi chiaramente la necessità del ricovero in REMS. A tal fine, è stato anche previsto uno "schema" di quesito da conferire al perito/consulente, la cui ampiezza ed entità nasce dalla necessità di tentare di coprire tutte le esigenze decisionali che l'Autorità giudiziaria può dovere affrontare nel caso concreto. In particolare, nello schema di quesito elaborato nel "Protocollo milanese" è stato previsto espressamente che il magistrato dovrà chiedere al perito, qualora costui ritenga necessario un percorso terapeutico in REMS, di specificare gli elementi in base ai quali altri percorsi terapeutici, anche di tipo residenziale, non possano ritenersi idonei. Così come andrà richiesto al perito, nel caso in cui non sussista la possibilità di un immediato ricovero, di individuare, in accordo con i DSM, i percorsi terapeutici alternativi, anche temporanei, considerando il ricovero in SPDC solo in condizioni di acuzie psicopatologica. In questo modo si evita sia l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva nei confronti di soggetti già ricoverati, o comunque già correttamente seguiti dalle strutture sanitarie territoriali - con tutto ciò che ne consegue in termini di inopportunità, se non addirittura pericolose, sovrapposizioni -, sia il problema di emissione di misure di sicurezza provvisorie non eseguibili in concreto per mancanza di posti nelle REMS della Regione competente. Il quesito dovrà quindi essere formulato, unitamente anche al consulente tecnico/perito, in modo da fornire al magistrato che decide un progetto alternativo, coerente e percorribile, rispetto alla misura di sicurezza detentiva presso la REMS.

Nel perseguimento della finalità (ormai prioritaria) di abbattimento delle lunghe liste di attesa delle REMS e di assicurare al contempo un penetrante controllo sul soggetto, è stato stilato uno schema di provvedimento di misura applicativa della libertà vigilata, corredato di specifiche e individualizzanti prescrizioni, tali da garantire una cura efficace del soggetto e, al tempo stesso, la tutela della collettività (come ad esempio l'obbligo di stabilire il domicilio in un determinato Comune; l'obbligo di permanere al domicilio in determinate fasce orarie, salvo autorizzazioni del giudice procedente; l'obbligo di presentarsi almeno una volta settimanale all'autorità incaricata della vigilanza; facoltà di allontanarsi dal domicilio, nell'ambito comunale/provinciale/regionale, per esigenze connesse al percorso terapeutico-riabilitativo e di reinserimento sociale). Il perno su cui si fonda tale stringente misura è la collaborazione tra i soggetti preposti alla gestione del percorso terapeutico e le forze dell'ordine a cui è demandata la vigilanza sul soggetto sottoposto alla libertà vigilata. Altrettanto interessante è lo schema di provvedimento applicativo della misura della libertà vigilata in comunità terapeutica, atteso che nello stesso vengono individuate prescrizioni che non snaturano il carattere non detentivo di tale misura ma che rendono comunque tale misura estremamente efficace tanto sotto il profilo terapeutico che del controllo del soggetto (si segnalano esemplificativamente le seguenti prescrizioni: obbligo di stabilire il domicilio presso la comunità terapeutica; obbligo di presentarsi una volta al mese all'autorità incaricata della vigilanza; facoltà di allontanarsi dalla Comunità per esigenze connesse al percorso terapeutico/riabilitativo secondo le modalità e le tempistiche di volta in volta individuate dal medico referente della struttura ospitante e previa valutazione della compatibilità delle condizioni psicofisiche del libero vigilato, anche da parte dell'*équipe* terapeutica, al momento dell'uscita; obbligo di comunicare ogni spostamento dalla struttura all'autorità incaricata della vigilanza).

Un simile modo di procedere dovrebbe scongiurare richieste di misure di sicurezza provvisorie detentive basate sulle note "segnalazioni urgenti di pericolosità sociale" provenienti spesso dai medici curanti a fronte di comportamenti espressivi di una condizione psicopatologica di scompenso che dovrebbe poter essere affrontata in sede clinica, superata la quale molto spesso vi è spazio per un progetto territoriale inclusivo. Analogamente dovrebbe orientare il proprio *modus operandi* il giudice della cognizione nel caso in cui a lui venga indirizzata per la prima volta la richiesta di misura di sicurezza provvisoria.

È stato poi valorizzato il ruolo dell'avvocatura, che deve fungere da collante sul piano procedurale e da soggetto attivo nella ricerca di soluzioni eque per le esigenze di cura dei folli rei. Spesso, infatti, il difensore può svolgere un'attività decisiva a favore delle istanze di cura del proprio assistito, sia al momento della scelta della misura da applicare e del collocamento effettivo del paziente, dialogando con i servizi territoriali e individuando le strutture disponibili all'accoglienza, sia al momento dell'esecuzione della misura, rapportandosi e sollecitando i servizi di salute mentale territoriali e l'UEPE al fine di un reinserimento graduato ma effettivo del paziente sul territorio. Trattasi di riconoscimento importante di un ruolo, quello dell'avvocato, da esplicare in modo funzionale alla costruzione di un progetto, anche alla luce delle utili conoscenze "allargate" di cui i legali possono essere portatori.

Se dovesse realizzarsi, anche grazie alla formulazione dei protocolli, una reale collaborazione tra autorità giudiziaria, avvocatura e dipartimenti di salute mentale, potrà sicuramente essere risolto il problema delle liste di attesa delle REMS, che dovranno essere utilizzate esclusivamente per le persone che necessitano di interventi contenitivi. Ciò dovrebbe consentire di superare l'enorme problematica delle detenzioni in carcere delle persone ritenute totalmente incapaci di intendere e di volere e destinatarie di misure di sicurezza detentive e l'altrettanto enorme problematica del permanere in libertà di soggetti giudicati socialmente pericolosi nei cui confronti è stata emessa misura di sicurezza detentiva.

NOTE

[1] E. Bertolotto, Art. 65, in F. Della Casa-G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, II, Padova, Cedam, 2015, p. 907.

[2] Le criticità del trattamento delle infermità psichiche in carcere sono specificamente evidenziate da A. De Angelis, *Il disagio mentale in ambiente penitenziario: strategie e competenze della polizia penitenziaria*, in *Quaderni ISSP*, 2012, 11, p. 59 ss.; F. Fiori, *I minorati psichici nel sistema penitenziario italiano, profili di gestione e compatibilità con l'esecuzione*

penale, *ivi*, p. 75 ss.; G. Bertotti, *Riflessioni e analisi in tema di tutela della salute mentale in carcere: la sentenza Murray c. Olanda*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 3.

[3] Sul tema v. G. Amato, sub art. 286 c.p.p., in E. Amodio-O. Dominioni (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1998, III, p. 100; L. Bresciani, *Infermità di mente (profili processuali)*, in *Dig. pen.*, VI, Torino, Utet, 1992, p. 428; G. De Amicis, sub art. 286 c.p.p., in G. Lattanzi-E. Lupo (a cura di), *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 500; A. Diddi, *Tipologia di misure*, in A. Scalfati (a cura di), *Prove e misure cautelari*, II, t. 2 (*Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*), Torino, Utet, 2008, p. 137; E. Fassone, sub art. 286 c.p.p., in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, Utet, 1991, p. 126; C. Fiorio, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, Cedam, 2002; G. Garuti, *Brevi note in tema di rapporti tra condizione di salute dell'imputato e custodia cautelare in carcere*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2295; V. Grevi, *Gravi condizioni di salute dell'imputato e custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 160.

[4] In dottrina si sono espressi a favore dell'assenza di discrezionalità in capo al giudice in caso di "necessità di cura" G. Amato, sub art. 286 c.p.p., cit., p. 98; L. Bresciani, *Infermità di mente (profili processuali)*, cit., *ibidem*; R. Kostoris, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 357; P. L. Zanchetta, *Gli imputati malati di mente e il nuovo codice processuale, tra misure di sicurezza, archiviazione e sentenza di non luogo a procedere*, in *Questioni giustizia*, 1989, p. 880.

[5] Cfr. Cass., sez. III, 16 novembre 2007, n. 47335; Cass., sez. IV, 10 dicembre 2003, n. 3518, in *Riv. pen.*, 2005, p. 1403; Cass., sez. I, 22 ottobre 1993, n. 4374, in *Mass. Cass. pen.*, 1994, p. 135.

[6] Cfr. in tal senso . D. Potetti, *Le categorie dell'infermità mentale nel codice di procedura penale: trattamento e relazioni reciproche*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2767 ss.

[7] A. Centonze, *Il regime detentivo dell'imputato e la rilevanza delle condizioni «particolarmente gravi»*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 138; G. Inzerillo, *Alla ricerca di un giusto equilibrio fra tutela della salute dell'imputato in vinculis ed esigenze cautelari*, in *Giur. it.*, 1999, p. 1469; A. Nappi, *Commento articolo per articolo alla l. 12.7.1999 n. 231, disposizioni in materia di esecuzione della pena, di misure di sicurezza e di misure cautelari nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria o da altra malattia particolarmente grave*, in *Gazzetta giuridica*, 33, p. 2; F. Nuzzo, *Il regime di custodia cautelare in carcere e la tutela della salute in base alla disciplina della l. 12 luglio 1999, n. 231*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 773; F. Nuzzo, *Custodia cautelare in carcere, condizioni di salute dell'imputato e poteri di accertamento del giudice*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2802.

[8] Cass., sez. II, 23 novembre 2001, n. 42075, in *Arch. n. proc. pen.*, 2002, p. 189; Cass., sez. VI, 23 marzo 2000, n. 1441, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3093.

[9] Cfr. D. Potetti, *Le categorie dell'infermità mentale nel codice di procedura penale: trattamento e relazioni reciproche*, cit., *ibidem*.

[10] V. Cass., sez. V, 15 gennaio 2007, n. 5818, in *Guida dir.*, 2007, 10, p. 64; Cass., sez. III, 13 giugno 2003, n. 11372.

[11] A scopo meramente esemplificativo F. Antolisei, *Pene e misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1933, p. 120 ss.; A. De Marsico, *Natura e scopi delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. penit.*, 1933, p. 1259 ss.; E. Musco, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Agg. I, 1997, p. 762 ss.; M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, Giappichelli, 2014, p. 146 ss.

[12] Per un'analisi del processo di superamento dell'OPG si vedano: L. Caraceni, *L'insostenibile peso dell'ambiguità. Verso il crepuscolo delle misure di sicurezza psichiatriche*, in *questa Rivista*, 2013, 6, p. 122 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. proc. pen.*, 2013, p. 64 ss.; A. Grispi-G. Ducci, *Il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari. Considerazioni e riflessioni*, in *Rass. penit. e criminol.*, 2013, p. 11; A. Manna, *Sull'"abolizione" degli ospedali psichiatrici giudiziari; pericolosità sociale o bisogno di cura?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1329 ss.; M. Pelissero, *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari nel tempo della crisi*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1017 ss.; M. Pelissero, *Quale futuro per le misure di sicurezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1273; F. Schiaffo, *La riforma continua del «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»: la tormentata vicenda legislativa dell'art. 3-ter del d.l. n. 211/2011*, in *Critica del diritto*, 2013, p. 44 ss.; E. Zanarda-C. Mencacci, *Percorso di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari in Italia. L'impatto sui dipartimenti di salute mentale. L'opinione della Società Italiana di Psichiatria*, in *Rass. penit. e criminol.*, 2013, p. 26.

[13] 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 delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. medicina legale*, 2015, p. 1360.

[14] Tale principio aveva portato ai c.d. ergastoli bianchi: espressione con la quale si intendeva far riferimento al fatto che un soggetto poteva rimanere sottoposto alla misura detentiva anche per tutta la durata della sua vita ed anche se il fatto di reato da lui commesso non era punito dalla legge con una pena particolarmente alta.

[15] Cass., sez. II, 11 novembre 2014, n. 49497; cfr. anche Cass., sez. I, 11 giugno 2013, n. 26702.

[16] Cfr. per una disamina approfondita B. Secchi-A. Calcaterra, *La nuova risoluzione del Csm in tema di misure di sicurezza psichiatriche*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 novembre 2018.