

## LA CONDIZIONE DELL'IMMIGRATO TRA PERICOLOSITÀ SOCIALE E SOCIETÀ PERICOLOSA \*

Francesco Schiaffo \*\*

**SOMMARIO:** 1. - Oltre le classiche rappresentazioni del rischio penale per l'immigrato; 2. - L'occasione legislativa di una esemplare distorsione funzionale: i criteri normativi per la valutazione della pericolosità sociale; 2.1. - Funzioni latenti e sostituti funzionali nei modelli sociologici; 3. - La strada per l'inferno lastricata di buone intenzioni: gli «indicatori esterni» della pericolosità sociale dell'infermo di mente per il superamento del «dogma somatico»; 4. - Pericolosità sociale, sovranità punitiva e potere disciplinare; 5. - La pericolosità sociale dell'infermo di mente e la violazione di diritti fondamentali: i rilievi critici del Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura (2008); 6. - L'internato tra psichiatria e giustizia: la «pericolosità latente» e le «malattie infantili della criminologia»; 7. - La esemplare evoluzione della legislazione italiana in materia di salute mentale: la «pericolosità latente» fuori della storia; 7.1. - La 'via maestra' indicata dalla Corte costituzionale per la gestione dell'autore di reato infermo di mente e socialmente pericoloso: la sentenza n.253/2033; 8. - «Il fenomeno delle proroghe sistematiche della misura di sicurezza, basate su una certa dilatazione del concetto di pericolosità sociale» nei rilievi critici della Commissione Marino (2011): la evoluzione della legislazione per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari; 8.1. - Il superamento della esemplare distorsione funzionale per la valutazione della pericolosità sociale dell'infermo di mente: le sei riforme dell'art.3-ter del d.l. n.211/2011; 9. - La necessità di una riforma complessiva della disciplina delle misure di sicurezza.

### **1. - Oltre le classiche rappresentazioni del rischio penale per l'immigrato.**

Date le fondamentali strutture del sistema sanzionatorio previsto nel codice penale italiano, la privazione della libertà personale è possibile non solo in ragione della applicazione di una pena, ma anche in ragione della applicazione di una misura di sicurezza.

Se nella prima ipotesi è necessaria la realizzazione di un reato, nella seconda ipotesi occorrono la realizzazione di un «fatto preveduto dalla legge come reato» - in quanto tale realizzabile anche da una persona incapace di intendere e di volere perchè infermo psichico o minore – e la pericolosità sociale del suo autore.

Se, tuttavia, eccezionalmente la «legge penale» può determinare «i casi nei quali a persone socialmente pericolose possono essere applicate misure di sicurezza per un fatto non preveduto dalla legge come reato» (art.202 co.2 c.p.), non subiscono, invece, alcuna eccezione le regole secondo cui «le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose» (art.202 co.1 c.p.) e «non possono essere revocate se le persone ad esse sottoposte non hanno cessato di essere socialmente pericolose» (art.207 co.1 c.p.).

La pericolosità sociale, dunque, è l'unico presupposto sempre necessario e mai derogabile per l'applicazione delle misure di sicurezza.

Sono decisivi, pertanto, i criteri in base ai quali si valuta la pericolosità sociale.

Essi potrebbero corrispondere in modo esemplare alla situazione dell'immigrato che, in quanto clandestino, ha già realizzato almeno una delle diverse migliaia di fattispecie di reato previste nell'ordinamento giuridico italiano e, comunque, vive una condizione di estrema difficoltà e marginalità sociale che lo espone ad un altissimo rischio di criminalizzazione.

---

\* Testo riveduto e ampliato della relazione tenuta al *webinar* su “La tutela della dignità della persona ed il traffico di essere umani” a cura della Fondazione Forense Bolognese (Ordine degli Avvocati di Bologna) e di Francesca Centre Conversazioni, 4 dicembre 2020.

\*\* Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli studi di Salerno.

Se poi si tratta di persone vulnerabili, i traumi della esperienza migratoria potrebbero averne compromesso seriamente la stabilità psichica fino ad incidere sulla capacità di intendere e di volere. Tra le varie misure di sicurezza, quindi, potrebbero essergli facilmente applicate quelle riservate agli infermi psichici: i dati statistici degli ultimi anni confermano l'ipotesi.

## **2. - L'occasione legislativa di una esemplare distorsione funzionale: i criteri normativi per la valutazione della pericolosità sociale.**

Fino al 2014, l'assetto fondamentale della disciplina delle misure di sicurezza è stato definito in via del tutto esclusiva dalle disposizioni del codice penale del 1930.

Per oltre ottanta anni, dunque, i criteri per la valutazione di pericolosità sociale definiti all'art.203 co.2 c.p. per rinvio all'art.133 c.p. sono stati decisivi per le sorti della libertà personale degli internati in applicazione di misura di sicurezza detentiva.

Tra le «circostanze indicate nell'art.133» - da cui, ai sensi dell'art.203 co.2 c.p., si «desume» «la qualità di persona socialmente pericolosa» - gli indici della «capacità a delinquere» di cui all'art.133 co.2 c.p. diventano evidentemente preponderanti su quelli relativi alla «gravità del reato» di cui al co.1 dello stesso articolo, posto che lo stesso art.203 c.p., al primo comma, in via prioritaria definisce «socialmente pericolosa la persona [...] quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati».

Tuttavia, tra gli indici di cui all'art.133 co.2 c.p. ricorre, al n.4, anche il riferimento alle «condizioni di vita individuale, familiare e sociale».

In sede di riesame della pericolosità sociale, esse sono chiaramente dedotte dalle indicazioni degli «uffici locali di esecuzione penale esterna» - che, ai sensi dell'art.72 l. n.354/1975, «svolgono, su richiesta dell'autorità giudiziaria, le inchieste utili a fornire i dati occorrenti per l'applicazione, la modificazione, la proroga e la revoca delle misure di sicurezza».

Inoltre, nel caso specifico della valutazione della pericolosità sociale di persone in condizioni psico-fisiche di particolare disagio, è decisivo anche il ruolo del «servizio sanitario territorialmente competente», che, ai sensi delle «disposizioni particolari per gli infermi e i seminfermi di mente» di cui all'art.20 del D.P.R. n.230/2000, «accede all'istituto per rilevare le condizioni e le esigenze degli interessati e concordare con gli operatori penitenziari l'individuazione delle risorse esterne utili per la loro presa in carico da parte del servizio pubblico e per il successivo reinserimento sociale».

Se, dunque, non risulta alcun «dato» utile alla modificazione o alla revoca della misura di sicurezza o, come può accadere più frequentemente per gli immigrati, non risultano contesti familiari o «risorse esterne utili» per la presa in carico dell'internato (che, sotto ogni altro profilo, potrebbe essere invece dimesso), per lui ricorrono comunque le condizioni per affermare la persistenza della pericolosità sociale ai sensi dell'art.133 co.2 n.4 c.p. e, quindi, per prorogare la misura di sicurezza.

È evidente, tuttavia, che, in casi del genere, la misura di sicurezza detentiva svolge funzioni reali molto diverse dalle loro funzioni manifeste e troppo simili alle funzioni che avrebbero dovuto svolgere, invece, le strutture del servizio socio-assistenziale e socio-sanitario<sup>1</sup>.

### **2.1. - Funzioni latenti e sostituti funzionali nei modelli sociologici.**

Il modello teorico di riferimento per l'analisi delle funzioni reali svolte da OPG e CCC è, innanzitutto, la distinzione tra funzioni latenti e funzioni manifeste di una struttura sociale.

---

<sup>1</sup> Sul punto si consentito il rinvio a SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e «spessori normativi»: la riforma di cui alla legge n.81/2014*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (11 dicembre 2014), 11 ss.

Nella evoluzione del pensiero sociologico, essa trova una nota ed efficacissima rappresentazione nell'opera di Robert K. Merton, che, nel 1949, ritenne di poterla esemplificare nelle danze per la pioggia praticate dalle tribù degli indiani d'America.

La funzione manifesta di quel cerimoniale lo riduceva a danze utili a favorire la pioggia in tempo di siccità e, ben più dell'interesse dei sociologi, avrebbe dovuto suscitare quello dei meteorologi che, meglio di altri, avrebbero potuto verificarne la reale efficacia; per i sociologi, invece, sarebbero state interessanti le funzioni latenti e reali di quei riti che, nella prospettiva specifica delle loro indagini, si risolvevano in occasioni periodiche per riunire la tribù e favorirne, quindi, la coesione sociale di fronte al comune pericolo, rappresentato, in quel caso, dalla siccità<sup>2</sup>.

Il corollario di quella distinzione teoretica era rappresentato dalla definizione di "sostituto (o equivalente) funzionale", assunta come riduzione concettuale del rimedio alle deficienze funzionali della struttura ufficiale<sup>3</sup>. Oltre le sue funzioni manifeste, una struttura sociale può svolgere, secondo modalità latenti, le funzioni proprie di altre strutture sociali che non funzionano come dovrebbero o, addirittura, non esistono: la danza per la pioggia potrebbe essere preziosa per la coesione sociale se la tribù non ha altre occasioni di aggregazione e condivisione.

Un esempio più vicino ai nostri contesti sociali potrebbe essere rappresentato dal volontariato. Nei settori in cui opera, esso potrebbe essere considerato sostituto funzionale delle istituzioni di assistenza sociale che, dato il paradigma di «solidarietà politica, economica e sociale» esplicitamente condiviso all'art.2 della Costituzione italiana, uno stato sociale dovrebbe prevedere, organizzare e, innanzitutto, finanziare.

### **3. - La strada per l'inferno lastricata di buone intenzioni: gli «indicatori esterni» della pericolosità sociale dell'infermo di mente per il superamento del «dogma somatico».**

Sebbene costituisca l'evidente occasione di una inquietante distorsione funzionale, si è ritenuto che il criterio di cui all'art.133 co.2 n.4 c.p. per la valutazione della pericolosità sociale sia conforme all'acquisizione secondo cui la pericolosità sociale «non è un dato biologico o psicologico esclusivamente legato alle caratteristiche personali dell'autore, ma va accertata attraverso l'interazione di questi elementi con il complesso dei fattori ambientali» e «va, dunque, intesa in una accezione *situazionale*, perché il soggetto non è una monade, ma va calato nel contesto sociale e familiare di riferimento»<sup>4</sup>.

Si tratta di una acquisizione che, in quanto opportunamente limitata al fondamento giuridico del sistema delle misure personali di sicurezza, ne tradisce evidentemente la matrice positivista del determinismo non solo biologico, ma anche sociale.

Nella specifica prospettiva della valutazione della pericolosità sociale dell'infermo di mente autore di reato, tuttavia, essa corrisponde anche alla distinzione tra indicatori interni ed esterni che la più autorevole psichiatria forense ha definito in tempi relativamente recenti e, comunque, quale esito evidente di una consolidata evoluzione scientifica.

Infatti, l'autonoma rilevanza attribuita agli indicatori esterni - e, in particolare, alle «caratteristiche dell'ambiente familiare e sociale di appartenenza»<sup>5</sup> -, sembra corrispondere pienamente agli indirizzi della psichiatria che hanno determinato il superamento del «dualismo

<sup>2</sup> R.K. MERTON, *Social Theory and Social Structure* (1949), III ed., New York (New York) 1968, 118 ss.

<sup>3</sup> R.K. MERTON, *Social Theory*, cit., 123.

<sup>4</sup> PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Diritto penale e processo*, 2014, 917 ss., 923 (il corsivo è dell'A.).

<sup>5</sup> FORNARI, *Trattato di psichiatria forense* (1989), V ed., Torino 2013, 219.

cartesiano di anima e corpo che tanto aveva condizionato e ancora condiziona la psichiatria organicista»<sup>6</sup>.

Nella nuova prospettiva, infatti, appariva evidente che «la contrapposizione di psiche e soma è una semplice astrazione, atta a disturbare piuttosto che a favorire qualsivoglia comprensione»<sup>7</sup>, perché legittima e reitera il «dogma somatico» e dimentica che «oggetto [...] della psichiatria è l'uomo, e non solo il suo corpo» ovvero l'uomo che, «nella sua totalità, sta fuori e oltre ogni possibile e afferrabile oggettivazione» e comprende, invece, «la sua anima, la sua personalità»<sup>8</sup> e, quindi, evidentemente anche l'ambiente in cui si svolge la sua esistenza.

Si tratta dei fondamentali postulati dell'indirizzo fenomenologico della psichiatria, ma, generalizzando il riferimento alla rilevanza diagnostica e terapeutica dei fattori ambientali in tutte le moderne scienze psicologiche ha contribuito in modo determinante al definitivo superamento del modello organicista, efficacemente rappresentato, in materia penale, dall'assunto lombrosiano della «statistica antropometrica ed eziopatologica» quali fondamentali indici criminogenetici<sup>9</sup>.

Tali scienze hanno determinato il superamento dell'«impostazione meramente naturalistica della psicopatologia»<sup>10</sup>, il quale risulta evidentemente condiviso anche da chi postula la rilevanza di «indicatori esterni» per la valutazione della pericolosità sociale dell'infermo di mente autore di un fatto di reato.

#### **4. - Pericolosità sociale, sovranità punitiva e potere disciplinare.**

Anche per le migliori acquisizioni della psichiatria resta, tuttavia, assolutamente necessaria l'attenta considerazione delle relative condizioni di rilevanza giuridica per impedire che sia «snaturato» il potere di chi deve valutare la pericolosità sociale dell'infermo psichico autore di reato.

È decisiva, sotto questo profilo, la magistrale lezione di Michel Foucault.

Si tratta, infatti, di evitare che assuma le funzioni del potere sovrano e punitivo dello Stato – un potere che, in alternativa alla «macrofisica della sovranità», Foucault definì «disciplinare»<sup>11</sup>.

Nel «Corso sul potere psichiatrico» Foucault offrì una efficacissima rappresentazione storica di quella che, immediatamente dopo, sarebbe diventata la sua esplicita proposta di «una filosofia politica che non sia costruita intorno al problema della sovranità, dunque della legge, dunque dell'interdizione», sintetizzata, nello stesso testo, nella efficacissima metafora della affermazione della necessità di «tagliare la testa del re»<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> Così GALIMBERTI, *Psichiatria e fenomenologia* (1979), VII ed., Milano, 2011, 184.

<sup>7</sup> JASPERS, *Psicopatologia generale* (1913), Roma, 2000, 243.

<sup>8</sup> JASPERS, *Autobiografia filosofica* (1956), Napoli, 1969, 29 e 32.

<sup>9</sup> LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie* (1876), V ed., Torino, 1896, 126 ss.

<sup>10</sup> GALIMBERTI, *Psichiatria*, cit., 184.

<sup>11</sup> FOUCAULT, *Il potere psichiatrico. Corso al Collège de France (1973-1974)* (2003), Milano 2010, 29 ss.

<sup>12</sup> FOUCAULT, *Microfisica del potere. Interventi politici (1971-1977)*, Torino 1977, 15 s. Secondo Foucault, si tratta, in particolare, di superare un contesto teorico «legato all'istituzione della monarchia. Essa si è instaurata nel Medioevo sullo sfondo delle lotte permanenti fra i poteri feudali preesistenti. Si è presentata come arbitro, come potere di far cessare la guerra, di porre termine alle violenze, alle esazioni, di dire "no" alle lotte e alle liti private. Si è resa accettabile dandosi un ruolo giuridico e negativo, che ha beninteso sopravanzato subito. Il sovrano, la legge, l'interdizione tutto ciò ha costituito un sistema di rappresentazioni del potere che è stato in seguito trasmesso dalle teorie del diritto: la teoria politica è rimasta ossessionata dal personaggio del sovrano. Queste teorie pongono tutte ancora il problema della sovranità» (15); in realtà, infatti, «lo Stato è sovrastrutturale in rapporto a tutt'una serie di reti di potere che passano attraverso i corpi, la sessualità, la famiglia, gli atteggiamenti, i saperi, le tecniche, ecc., e questi rapporti sono in una relazione di condizionante-condizionato nei confronti di una specie di metapotere che è strutturato per l'essenziale intorno ad un certo numero di grandi funzioni d'interdizione» (16).

Nel corso sul potere psichiatrico Foucault propone, in particolare, la scena dell'internamento di Giorgio III descritta da Pinel nel "Traité médico-philosophique" del 1800, per rappresentare chiaramente il potere sovrano del re «in preda alla mania» che soccombe a quello della psichiatria, ovvero per rappresentare «lo scontro, la sottomissione, la cerniera tra un potere sovrano e un potere disciplinare»: «ci troviamo dunque di fronte ad un atto di destituzione, di caduta del re [...] qualcosa di nuovo, di diverso, per esempio, rispetto a quel che potremmo trovare in un dramma shakespeariano. Non abbiamo qui a che fare né con Riccardo III minacciato di cadere sotto il potere di un altro sovrano, né con re Lear che, spogliato della sua regalità, erra per il mondo immerso nella solitudine, nella miseria, nella follia», ma con «un potere di genere affatto diverso da quello della sovranità, e che anzi, [...] vi si oppone in tutto e per tutto» perché «anonimo, senza nome, senza volto, un potere che risulta suddiviso tra diverse persone e che si manifesta attraverso l'implacabilità di un regolamento che non viene nemmeno formulato».

Infatti, «mentre il potere sovrano si manifesta essenzialmente attraverso i simboli della forza sfolgorante dell'individuo che lo detiene, il potere disciplinare è un potere discreto, ripartito» che «funziona solo attraverso un reticolo di relazioni, e che diventa visibile solo mediante la docilità e la sottomissione di coloro sui quali, in silenzio, esso si esercita»<sup>13</sup>.

«A seguirne le tracce», Foucault ritrova gli stessi «dispositivi disciplinari [...] nelle comunità religiose», «regolari» o «spontanee», del Medioevo, «isolotti» di «ricerche disciplinari»<sup>14</sup>, poi applicate nelle «colonizzazioni» disciplinari, fino al «terzo tipo di colonizzazione», ovvero alla «colonizzazione interna dei vagabondi, dei mendicanti, dei nomadi, dei delinquenti, delle prostitute e così via che ha dato origine all'intero sistema di internamento»<sup>15</sup>.

Ad esso sarebbe stato specificamente dedicato "Sorvegliare e punire", pubblicato poco più di un anno dopo il corso al Collège de France sul potere psichiatrico.

Nelle pagine conclusive del lavoro, Foucault, riferendosi ai «giudici», afferma che «il loro immenso "appetito di medicina" che si manifesta incessantemente - dall'appello agli esperti psichiatri fino all'attenzione alle chiacchiere della criminologia - esprime il fatto più importante: il potere che essi esercitano è stato "snaturato"»<sup>16</sup>.

La valutazione, evidentemente critica, posta in termini di «chiacchiere» è riferita da Foucault alla criminologia che si afferma «nel secolo XIX» quando l'«"uomo", scoperto nel criminale» in occasione della «protesta contro i supplizi» che «troviamo ovunque, nella seconda metà del secolo XVIII», diventa «il bersaglio dell'intervento penale, l'oggetto ch'esso pretende di correggere e di trasformare, il campo di tutta una serie di scienze pratiche e specifiche - "penitenziarie", "criminologiche"»<sup>17</sup>.

Sulla premessa, assolutamente condivisibile, della «protesta contro i supplizi», ad essa, dunque, è stato attribuito un potere «"snaturato"».

##### **5. - La pericolosità sociale dell'infermo di mente e la violazione di diritti fondamentali: i rilievi critici del Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura (2008).**

Avrebbe, tuttavia, un esito del tutto analogo il potere punitivo fondato sulla integrazione del «discorso dei giuristi» con la psichiatria o qualsiasi altra scienza che, contrariamente a quanto proponeva Alessandro Baratta nel generico riferimento alla «scienza sociale», non sia limitata entro l'«ambito della correttezza logico-argomentativa e della discrezionalità valutativa al giurista

<sup>13</sup> FOUCAULT, *Il potere*, cit., 30-32.

<sup>14</sup> FOUCAULT, *Il potere*, cit., 68-70.

<sup>15</sup> FOUCAULT, *Il potere*, cit., 75.

<sup>16</sup> FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), Torino 1993, 336.

<sup>17</sup> FOUCAULT, *Sorvegliare*, cit., 79 s.

attribuita [...] dal sistema giuridico-politico»<sup>18</sup>, ovvero che sia realizzata senza considerare la «vincolatività del diritto», chiaramente affermata da Claus Roxin per la riduzione ad «unità dialettica» di diritto penale e politica criminale<sup>19</sup>.

Infatti, l'inquietante distorsione funzionale del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o in casa di cura e custodia prorogato esclusivamente in ragione della mancanza di «risorse esterne utili» per la presa in carico dell'internato (art.20 d.P.R. 230/2000) si risolve nella palese violazione del principio della personalità della responsabilità penale di cui all'art.27 co.1 Cost.: le ragioni della permanenza dell'internato in OPG o CCC non hanno nulla a che fare con la sua persona o con le sue scelte comportamentali.

Si tratta, peraltro, di un esito della disciplina codicistica che fu rilevato già nel 2009 dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti (CPT), nel *report* pubblicato nel 2010 sulla visita avvenuta nel 2008 presso l'OPG di Aversa<sup>20</sup>.

In particolare, ai sensi dell'art.8 co.5 della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti del 1987 e successivi protocolli di integrazione, ratificata dall'Italia con le leggi n.7/1989 e n.467/1998, il CPT segnalava all'Italia che, «come riconoscono gli stessi psichiatri, solo a causa della mancanza di cure adeguate e sistemazioni nella comunità esterna rimane nell'ospedale psichiatrico giudiziario il 20-30% dei pazienti internati che non rappresenta più alcun pericolo per la società e le cui condizioni psichiche non sono più tali da rendere necessaria la permanenza in un istituto psichiatrico». Con particolare «enfasi», inoltre, il CPT sottolineava che «essere privati della propria libertà personale solo a causa della mancanza di appropriate soluzioni esterne rappresenta una situazione altamente problematica».

Il CPT, pertanto, chiedeva alle autorità italiane di prendere soluzioni adeguate «affinché i pazienti non siano trattenuti in OPG più di quanto sia necessario per le loro condizioni psichiche».

In particolare – si legge ancora nella relazione - «la delegazione del CPT nota che i vari concetti di “pericolosità sociale” (espressamente menzionato nella legislazione), pericolosità criminale (rischio di recidiva) e pericolosità psichiatrica (riferita a patologia psichiche) influenzano e interagiscono con le decisioni del magistrato di sorveglianza in sede di riesame della posizione del paziente in OPG. Finché non saranno ben definiti, questi concetti si prestano ad interpretazioni troppo ampie e soggettive».

## **6. - L'internato tra psichiatria e giustizia: la «pericolosità latente» e le «malattie infantili della criminologia».**

Il problema potrebbe avere dimensioni ben più ampie se davvero la pericolosità è una «malattia infantile della criminologia»<sup>21</sup> e, quindi, è «indispensabile lavorare per il superamento dell'equivoco, riduttivo e non scientifico concetto di “socialmente pericoloso”»<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> BARATTA, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in *Quest. crim.* 1975, 7 ss., 55 s.

<sup>19</sup> ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970), in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. MOCCIA, Napoli 1998, 21 ss., 46.

<sup>20</sup> Italy: Visit 2008<sup>[1]</sup>CPT/Inf (2010) 12 | Section: 45/48 | Date: 09/04/2009<sup>[1]</sup>D. Psychiatric establishments / 1. Filippo Saporito Judicial Psychiatric Hospital, Aversa / g. safeguards, in [http://hudoc.cpt.coe.int/eng#{"fulltext":\["aversa"\],"CPTSectionID":\["p-ita-20080914-en-45"\]}](http://hudoc.cpt.coe.int/eng#{) (consultato il 13.2.2021), n.159 s.

<sup>21</sup> DEBUYST, *La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie*, in *Criminologie* 1984, 7 ss. che considerava la pericolosità sociale un «costrutto criminologico riconducibile alla affermazione di uno schema causale» (7 ss.) contrapposto al carattere multidisciplinare della criminologia (14 ss.). In senso analogo critiche autorevolissime erano state già sollevate nell'ambito del contesto italiano: sul punto cfr. BERTOLINO, *Il “crimine” della pericolosità*

Il CPT, tuttavia, si limitava a rilevare la mancata precisazione nell'ordinamento italiano dei criteri per la valutazione della pericolosità sociale e ad essa riconduceva anche la deplorabile «necessità di introdurre nel processo perizie di psichiatri indipendenti che non hanno un rapporto terapeutico con il paziente».

Si tratta, sotto questo profilo, di esiti del tutto conformi alle valutazioni di chi, in passato, aveva già ritenuto che, nelle previsioni di pericolosità, «troppo spesso i tribunali si adeguano semplicemente all'opinione di psichiatri e psicologi» e che «i clinici assumono troppa responsabilità e troppo poca ne assumono i tribunali. Ma è con i tribunali e con il legislatore che la responsabilità deve restare» perché «bilanciare ordine e libertà è un problema sociopolitico e non clinico ed è un dovere dei tribunali e dei legislatori»<sup>23</sup>.

Appare esemplare, in proposito, la inquietante elaborazione giurisprudenziale del concetto di «pericolosità latente».

Nelle ordinanze degli uffici di sorveglianza in cui ricorre, infatti, esso tradisce chiaramente la funzione di evitare, per chi lo usa, una chiara ed esclusiva assunzione della responsabilità di «bilanciare ordine e libertà» in applicazione di criteri rigorosamente giuridici per la valutazione della pericolosità sociale.

In termini giuridico-penali, l'esito è una palese ed inquietante violazione del principio di legalità (e di altri fondamentali principi che rappresentano secolari conquiste di civiltà giuridica).

Infatti, in luogo dei criteri espressamente previsti al combinato disposto degli artt.203 e 133 c.p., si è proposta la «pericolosità latente» come libera elaborazione e raccapricciante sintesi delle relazioni sull'internato comunicate al magistrato di sorveglianza dai competenti uffici sanitari e penitenziari: dipartimento di salute mentale della azienda sanitaria locale del territorio di residenza dell'internato, ufficio locale di esecuzione penale esterna, psichiatri e tecnici del gruppo di osservazione e trattamento dell'OPG di internamento.

Ciò è evidentemente accaduto quando si è affermato, per esempio, che «l'internato non ha creato particolari problemi, ha partecipato al corso di yoga e al laboratorio teatrale, ha frequentato il corso per giardiniere, ha fruito di licenze con i familiari» e quando, contestualmente, si dava conferma che «gli operatori del servizio territoriale competente hanno partecipato alla riunione d'equipe, concludendo per la sperimentabilità del soggetto in idonea struttura esterna, poiché i familiari, pur molto affezionati e disponibili, non sono in grado di gestirlo nel quotidiano».

In tal caso, «non disponendo la ASL di [...omissis...] di strutture adeguate e disponibili al caso concreto», è stata ritenuta «necessaria una ulteriore proroga» della misura di sicurezza applicata all'internato «in quanto la patologia psichiatrica che lo affligge potrebbe peggiorare, riacutizzandone la pericolosità latente, qualora [...omissis...] non seguisse la terapia che gli viene attualmente garantita dall'OPG»<sup>24</sup>.

*sociale: riflessioni da una riforma in corso*, in *Riv. it. med. leg.* 2016, 1371 ss.; ritengono che «sul rifiuto della nozione stessa di pericolosità da parte degli psicopatologi forse vi è un accordo quasi plebiscitario» MERZAGORA BETSOS - MARTELLI, *I cascami del Positivismo: ancora su ospedali psichiatrici giudiziari e pericolosità sociale*, in *Riv. it. med. leg.* 2003, 1149 ss., 1152.

<sup>22</sup> Così, per tutti, FORNARI, *Trattato*, cit., 223. Nelle precedenti edizioni del trattato le considerazioni critiche dell'Autore erano limitate alla «nozione di pericolosità sociale psichiatrica», di cui era ritenuta «auspicabile» l'abolizione: cfr. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense* (1989), II ed., Torino, 1997, 158.

<sup>23</sup> COHEN, GROTH, SIEGEL, *The Clinical Prediction of Dangerousness*, in *Crime and Delinquency*, 1978, 28 ss., 38 s.

<sup>24</sup> Ufficio di sorveglianza di Santa Maria Capua Vetere, proc. n.71/2010 R.G.M.S.D., ordinanza del 1.3.2012; in senso analogo cfr., tra le altre, Ufficio di sorveglianza di Messina, proc. n.2909/10 Reg. Es. Mis. Sic., ordinanza del 10.11.2011; Ufficio di sorveglianza di Santa Maria Capua Vetere, proc. n.97/2009 R.G.M.S.D., ordinanza del 18.1.2012.

## **7. - La esemplare evoluzione della legislazione italiana in materia di salute mentale: la «pericolosità latente» fuori dalla storia.**

Evidentemente si tratta di una rielaborazione del concetto di pericolosità sociale – già sufficientemente indeterminato! – che, in quanto fondata esclusivamente su dati ipotetici di possibilità e dunque non verificabile, si risolve, sotto il profilo sostanziale, in una palese violazione del principio di determinatezza in quanto suscettibilità di accertamento probatorio secondo la storica reinterpretazione della Corte costituzionale nella sentenza n.96 del 1981<sup>25</sup> e, sotto il profilo processuale in manifesta elusione dell'obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali stabilito all'art.111 co.6 Cost.

Sotto il primo profilo essa sarebbe del tutto analoga alle presunzioni di durata e di sussistenza della pericolosità sociale che, nella originaria disciplina codicistica delle misure di sicurezza, erano previste, rispettivamente, agli artt.204 co.2 e 207 co.2 e 3, nonché, in riferimento specifico all'infermo totale di mente autore di un fatto di reato, all'art.222 c.p..

Queste disposizioni, però, furono dichiarate costituzionalmente illegittime con le sentenze della Corte costituzionale n.110/1974 e n.139/1982, per poi essere in parte espressamente abrogate all'art.89 co.1 l. n.354/1975 e all'art.31 co.1 l. n.663/1986.

Nella stessa epoca furono approvati due provvedimenti legislativi che hanno segnato la storia politica e sociale dell'Italia repubblicana.

Con la legge n.180/1978, dopo 74 anni fu abrogato, tra le altre disposizioni di legge, l'art.1 co.1 della legge n.36/1904 che disponeva che «debbono essere custodite e curate nei manicomi le persone affette per qualunque causa da alienazione mentale, quando siano pericolose a sé e agli altri» (art.11 l. n.180/1974).

Le disposizioni fondamentali della nuova legge confluirono, poi, nella legge n.833/1978 che istitutiva e attribuiva al servizio sanitario nazionale (SSN) il compito di perseguire «la tutela della salute mentale privilegiando il momento preventivo e inserendo i servizi psichiatrici nei servizi sanitari generali in modo da eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione pur nella specificità delle misure terapeutiche, e da favorire il recupero ed il reinserimento sociale dei disturbati psichici» (art.2 co.2 lett. G l. n.833/1978).

Era stata decisa la chiusura degli ospedali psichiatrici civili e, da quel momento, sono rimaste soltanto le disposizioni del codice penale sulle misure di sicurezza ad attribuire esplicita rilevanza giuridica alla possibilità di una pericolosità sociale dell'infermo di mente.

### **7.1. - La 'via maestra' indicata dalla Corte costituzionale per la gestione dell'autore di reato infermo di mente e socialmente pericoloso: la sentenza n.253/2003.**

La visita nell'OPG di Aversa e, poi, le osservazioni e le sollecitazioni del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti sono intervenute, dunque, in un contesto politico e sociale già profondamente segnato dalla chiusura degli ospedali psichiatrici civili, dalla contestuale istituzione dei servizi territoriali per la salute mentale di cui alle leggi nn.180 e 833 del 1978 e, infine, dai coevi interventi della Corte costituzionale che, nel 1974 e nel 1982, anticiparono specifiche disposizioni previste nelle leggi nn.354/1975 e 663/1986 e determinarono il superamento delle presunzioni di persistenza e sussistenza della pericolosità sociale (espressamente prevista all'art.222 c.p. per l'infermo totale di mente autore di un fatto previsto dalla legge come reato).

Fu, tuttavia, nel 2003 che la stessa Corte costituzionale, intervenendo di nuovo sull'art.222 c.p., indicò la via maestra per il superamento degli OPG.

---

<sup>25</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a SCHIAFFO, *Reati di opinione, offensività e problemi probatori*, in *Iura and Legal Systems*, vol.8, 2021/1, 41 ss., 47.

Con la sentenza n.253/2003, infatti, la Corte costituzionale dichiarò la illegittimità dell'art.222 c.p. «nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale» e proporre espressamente, in alternativa al ricovero in OPG, «una misura meno drastica, e in particolare una misura più elastica e non segregante come la libertà vigilata, che è accompagnata da prescrizioni imposte dal giudice, di contenuto non tipizzato (e quindi anche con valenza terapeutica)»<sup>26</sup>.

L'argomento di maggiore evidenza utilizzato dalla Corte fu la disparità tra il trattamento dell'infermo totale di mente necessariamente ed inevitabilmente destinato al ricovero in OPG ai sensi dell'art.222 c.p. e quello del seminfermo di mente e al minore non imputabile per i quali, rispettivamente gli artt.224 e 232 c.p., da un lato, e l'art.219 co.3, dall'altro, prevedono la possibilità della applicazione della diversa misura di sicurezza della libertà vigilata quale soluzione alternativa al riformatorio giudiziario per i minori ed al ricovero in una casa di cura e custodia per i seminfermi di mente.

In particolare, la Corte evidenziò come le disposizioni di cui all'art.228 co.2 e 3 c.p. prevedono che alle persone in stato di libertà vigilata possono essere imposte «dal giudice prescrizioni idonee ad evitare le occasioni di nuovi reati», che «tali prescrizioni possono essere dal giudice successivamente modificate o limitate» (art.228 c.p.) e che tali prescrizioni possono avere «anche valenza terapeutica» e consistere, quindi, nell'affidamento o ricovero in strutture che non comportano segregazione in istituzioni totali.

#### **8. - «Il fenomeno delle proroghe sistematiche della misura di sicurezza, basate su una certa dilatazione del concetto di pericolosità sociale» nei rilievi critici della Commissione Marino (2011): la evoluzione della legislazione per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari.**

Era stato approvato, invece, nello stesso anno in cui il CPT visitava l'OPG di Aversa, il d.P.C.M. del 1 aprile 2008 che trasferì al SSN le funzioni e le strutture della sanità penitenziaria e comportò la piena equiparazione della assistenza sanitaria per cittadini liberi e cittadini ristretti e, quindi, anche la netta distinzione di funzioni penitenziarie e funzioni sanitarie nella gestione degli OOPPGG.

Di questi ultimi, peraltro, per la prima volta era espressamente previsto (e delineato in tre fasi) un «programma di superamento graduale», in esplicito riferimento alla scelta di perseguire la tutela della salute mentale in modo di «eliminare ogni forma di discriminazione e segregazione», affermata nella legge n.833/1978 (allegato C, d.P.C.M. 1.4.2008).

Nello stesso anno, infine, con deliberazione del Senato del 30 luglio 2008, fu istituita la Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale che, nella seduta del 20 luglio 2011, approvò la «Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari», dove, confermando implicitamente i rilievi del CPT, si affermava la necessità di «porre un argine al fenomeno delle proroghe sistematiche della misura di sicurezza, basate su una certa dilatazione del concetto di pericolosità sociale: sovente la proroga risulta disposta non già in ragione di una condizione soggettiva di persistente pericolosità, ma bensì per la carenza di un'adeguata offerta di strutture residenziali e riabilitative esterne»<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza 2-18 luglio 2003 n.253, punto 3 del «considerato in diritto»; sulla sentenza cfr., per tutti, MERZAGORA BETSOS - MARTELLI, *I cascami*, cit., 1149 ss.

<sup>27</sup> SENATO DELLA REPUBBLICA, XVI LEGISLATURA, DOC.XXII-BIS N.4, COMMISSIONE PARLAMENTARE DI INCHIESTA SULL'EFFICACIA E L'EFFICIENZA DEL SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE, *Relazione sulle condizioni di vita e di*

Era ormai chiara, sull'orizzonte della evoluzione politica e sociale, la necessità di completare e chiudere un percorso di riforme legislative iniziato trent'anni prima con la legge n.180/1978.

L'esito fu l'introduzione dell'art.3-ter nel d.l. n.211/2011 con la legge di conversione n.9/2012.

Rubricato «disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari», il testo originario dell'art.3-ter stabiliva, innanzitutto, al 1° febbraio 2013 il «termine per il completamento del processo di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari già previsto all'allegato C del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° aprile 2008» e programmava, nello stesso co.2, la definizione ministeriale dei requisiti delle «strutture destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia».

Nell'economia complessiva del testo originario dell'art.3-ter del d.l. n.211/2011, la soluzione residenziale ed intramuraria era assolutamente prevalente.

Solo nella possibilità concessa a regioni e province autonome, ai sensi del co.5, di «assumere personale qualificato da dedicare anche ai percorsi terapeutico-riabilitativi finalizzati al recupero e reinserimento sociale dei pazienti internati provenienti dagli ospedali psichiatrici giudiziari» era possibile intravedere un riferimento implicito, estremamente vago e comunque meramente eventuale a soluzioni già chiaramente indicate e auspiccate dalla Corte costituzionale nella sentenza n.253/2003 con il riferimento alla libertà vigilata in funzione terapeutica.

### **8.1. - Il superamento della 'esemplare distorsione funzionale' per la valutazione della pericolosità sociale dell'infermo di mente: le sei riforme del'art.3-ter del d.l. n.211/2011.**

Non solo per l'impossibilità di rispettare i termini stabiliti nel percorso di superamento, ma anche e soprattutto per le soluzioni proposte per il superamento, il testo originario dell'art.3-ter inserito nel d.l. n.211/2011 con la legge di conversione n.9/2012 fu rivisto sei volte in meno di due anni (d.l. n.158/2012, legge n.189/2012, d.l. n.24/2013, legge n.57/2013, d.l. n.52/2014, legge n.81/2014)<sup>28</sup>.

Anche nel testo definitivo di cui alla legge n.81/2014 è rimasta, al co.4 dell'art.3-ter d.l. n.211/2011, la disposizione secondo cui, dopo la chiusura degli OOPPGG, «le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia sono eseguite esclusivamente all'interno delle strutture sanitarie di cui al comma 2».

Tuttavia, con il d.l. n.158/2012 il timido riferimento del co.5 alla possibilità di «percorsi terapeutico-riabilitativi» era già diventato l'obbligo imposto alle regioni di un programma di utilizzo delle risorse che «deve consentire la realizzabilità di progetti terapeutico-riabilitativi individuali», successivamente esplicitata nella disposizione secondo cui «il programma, oltre agli interventi strutturali, prevede attività volte progressivamente a incrementare la realizzazione dei percorsi terapeutico riabilitativi di cui al comma 5 e comunque a favorire l'adozione di misure alternative all'internamento negli ospedali psichiatrici giudiziari ovvero anche nelle nuove strutture di cui al comma 2, potenziando i servizi di salute mentale sul territorio», introdotta al co.6 dell'art.3-ter con il d.l. n.24/2013.

Le ulteriori modifiche di cui alla legge n.57/2013 riconducono implicitamente ma evidentemente il co.6 dell'art.3-ter alle indicazioni della sentenza n.253/2003 della Corte costituzionale.

---

cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari, approvata dalla Commissione nella seduta del 20 luglio 2011, 6, in [https://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/servizio\\_sanitario16/Relazione\\_OOPPGG\\_doc\\_XXII-bis\\_4.pdf](https://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/servizio_sanitario16/Relazione_OOPPGG_doc_XXII-bis_4.pdf) (consultato il 13.2.2021).

<sup>28</sup> Sul punto 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 *Crit. dir.* 2013, 44 ss.

Si dispone, infatti, che il programma regionale di utilizzo delle risorse, ai sensi del riformato co.6 dell'art.3-ter, avrebbe dovuto definire «prioritariamente tempi certi e impegni precisi per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, prevedendo la dimissione di tutte le persone internate per le quali l'autorità giudiziaria abbia già escluso o escluda la sussistenza della pericolosità sociale, con l'obbligo per le aziende sanitarie locali di presa in carico all'interno di progetti terapeutico-riabilitativi individuali che assicurino il diritto alle cure e al reinserimento sociale, nonché a favorire l'esecuzione di misure di sicurezza alternative al ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o all'assegnazione a casa di cura e custodia».

Nonostante l'implicito, ma chiarissimo riferimento alle indicazioni della Corte costituzionale, nel testo del co.6 riformato con la legge n.57/2013 restava, tuttavia, il prioritario riferimento al vincolo di una valutazione di pericolosità sociale che, orientata al criterio delle «condizioni di vita individuale, familiare e sociale» - o, altrimenti, della «pericolosità latente»! -, in assenza di «risorse esterne» utili alla presa in carico dell'internato altrimenti dimissibile, avrebbe precluso l'accesso a qualsiasi progetto terapeutico-riabilitativo individuale ed eluso, quindi, il relativo obbligo delle aziende sanitarie locali.

Non sarebbe stata superata, dunque, la distorsione funzionale degli OOPPGG.

Il rimedio è stato introdotto con la legge n.81/2014 che ha chiuso la tormentata vicenda legislativa del superamento degli OOPPGG e, in particolare, dell'art.3-ter d.l. n.211/2011, proponendone il testo al momento definitivo e vigente.

Con una soluzione confermata anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n.186/2015, la legge n.81/2014 ha riformato, in particolare, il co.4 dell'art.3-ter d.l. n.211/2011, disponendo espressamente nel senso che l'accertamento della pericolosità sociale dell'infermo e seminfermo di mente sia effettuato «senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale» e che «non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali».

Mai più, dunque, i «doveri di solidarietà politica economica e sociale» nei confronti dell'infermo e seminfermo di mente potranno essere adempiuti con la privazione della libertà personale e rappresentare l'unica ragione del loro internamento in ospedali psichiatrici giudiziari e case di cura e custodia.

Restano incerte, tuttavia, e francamente molto dubbie le ragioni per cui solo per la valutazione della pericolosità sociale dell'infermo e del seminfermo di mente debba esclusa la rilevanza delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale della persona di cui all'art.133 co.2 n.4 c.p.: forse anche più dell'infermo di mente, infatti, l'immigrato rischia di rimanere vittime di una società pericolosa che lo rifiuta.

### **9. - La necessità di una riforma complessiva della disciplina delle misure di sicurezza.**

Senza modificare il codice penale, la legislazione per il superamento degli OPG ha decisamente compromesso l'assetto fondamentale della originaria disciplina delle misure di sicurezza personali, di cui, quindi, appare ormai evidente la necessità di una riforma che ne riordini e ridefinisca il sistema.

Dopo ottantaquattro anni, infatti, la esclusione del criterio per la valutazione della pericolosità sociale di cui all'art.133 co.2 n.4 c.p. stabilita al co.4 dell'art.3-ter d.l. n.211/2011 modifica uno dei due presupposti – l'unico sempre necessario! – per l'applicazione delle misure di sicurezza.

Anche se la nuova disposizione riguarda esclusivamente la pericolosità sociale dell'infermo di mente autore di reato<sup>29</sup>, ne risultano comunque messi in discussione i fondamentali postulati teorici del sistema delle misure di sicurezza che, pertanto, almeno sotto questo specifico profilo andrebbe

---

<sup>29</sup> In tal senso cfr. anche Corte costituzionale, sentenza 24 giugno – 23 luglio 2015, n.186.

adeguato nei presupposti dell'applicazione di tutte le misure di sicurezza.

Solo così sarebbe evitata, almeno in riferimento alla disciplina delle misure di sicurezza, una paradossale manifestazione della selettività del sistema penale che, altrimenti, finisce per addebitare agli immigrati la responsabilità di una condizione che, per primi, essi subiscono.

#### Abstract

Nel codice penale i presupposti per l'applicazione e la proroga (potenzialmente illimitata) della esecuzione di misure di sicurezza personali sono definiti anche in riferimento alle «condizioni di vita individuale, familiare e sociale». Chiunque non abbia un contesto sociale di riferimento e abbia commesso «un fatto preveduto dalla legge come reato» (non necessariamente grave) rischia dunque di ritrovarsi internato in un istituto per l'esecuzione di misure di sicurezza per un tempo potenzialmente illimitato: anche per questa ragione le presenze di immigrati negli istituti per l'esecuzione di misure di sicurezza sono sempre più numerose. Una riforma, già tentata con la legge n.103/2017, appare sempre più urgente.

In the Criminal Code, the conditions for the application and (potentially unlimited) extension of the execution of personal security measures are also defined with reference to the "conditions of individual, family and social life". Anyone who does not have a social context of reference and has committed "a fact foreseen by the law as a crime" (not necessarily serious) therefore risks confinement in a hospital facility for the execution of security measures (REMS) for a potentially unlimited period of time. This is also why the presence of immigrants in institutions for the implementation of security measures is increasing. Reform, already attempted with Law 103/2017, now appears increasingly urgent.