

La riforma continua del «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»: la tormentata vicenda legislativa dell'art.3-ter del d.l. n.211/2011

Francesco Schiaffo

Sommario: 1. IL “LEGISLATORE” DELL’ART.3-TER TRA MITO E REALTÀ. - 2. LE NUOVE LUCI DEL COMMA 6: I «PROGETTI TERAPEUTICO-RIABILITATIVI INDIVIDUALI». - 3. ...E LE VECCHIE OMBRE DEL COMMA 4: LE NUOVE «STRUTTURE SANITARIE» . - 4. RIESAME DI PERICOLOSITÀ E “PRASSI” GIUDIZIARIE: IL *MALLEUS MALEFICARUM* NELLA GIURISPRUDENZA DI SORVEGLIANZA. - 5. LA «PERICOLOSITÀ LATENTE», OVVERO IL RIESAME DI PERICOLOSITÀ TRA PIGRIZIA E ARROGANZA. - 6. LA DIMENSIONE NORMATIVA DELLA PERICOLOSITÀ SOCIALE (E QUELLA ONTOLOGICA DI UNA SOCIETÀ PERICOLOSA). - 7. IL LEGISLATORE E I “DIMISSIBILI”, OVVERO L’ESOTERISMO INCONSISTENTE DI UNA PRASSI IGNORANTE.

1. IL “LEGISLATORE” DELL’ART.3-TER TRA MITO E REALTÀ.

Con le modifiche apportate al decreto legge n.24/2013 con la legge di conversione n.57/2013, il legislatore è intervenuto per la quarta volta in meno di otto mesi sull’art.3-ter aggiunto al decreto legge n.211/2011 con la legge di conversione n.9/2012 e contenente le «disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari».

Nel pieno di una crisi di governo per molti aspetti unica nella storia repubblicana, le condizioni di necessità ed urgenza che hanno legittimato il ricorso alla soluzione del decreto legge n.24/2013 erano state determinate dalla prossimità della scadenza del termine per la chiusura degli istituti destinati alla esecuzione delle misure di sicurezza del ricovero in OPG e della assegnazione a casa di cura e custodia, inizialmente stabilito al 31.3.2013 (art.3-ter d.l. n.211/2011).

Stavolta, però, il legislatore, nello spirito di chi è costretto - suo malgrado - a ritornare sui propri passi, sembra aver chiesto garanzie sull’effettivo rispetto del nuovo termine stabilito al 1.4.2014.

Uno *step* intermedio è stabilito al 30 novembre 2013, quando «*il Ministro della salute e il Ministro della giustizia comunicano alle competenti Commissioni parlamentari lo stato di attuazione dei programmi regionali, di cui al comma 6, per il superamento degli*

ospedali psichiatrici giudiziari e in particolare il grado di effettiva presa in carico dei malati da parte dei Dipartimenti di salute mentale e del conseguente avvio dei programmi di cura e di reinserimento sociale» (art.3-ter co.8-bis).

Inoltre, nello stesso spirito, al comma 6 sono chiesti, ora, alle Regioni *«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».*

Ma il “legislatore”, si sa, è solo il mito antropomorfo usato dai canoni ermeneutici del volontarismo giuridico ovvero è una figura polverosa della retorica giuridica, sovente utilizzata, per esempio, nei riferimenti all’*ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit* o ad altri brocardi analoghi, ritenuti utili all'efficacia comunicativa del giurista.

La realtà è notoriamente diversa ed è costituita dagli uffici legislativi, più o meno istituzionalizzati, di ministeri o gruppi parlamentari, a cui, sostanzialmente, la maggior parte di un migliaio di parlamentari delega il compito di preparare provvedimenti di cui discutere – magari! - o, comunque, da approvare.

Eppure oggi, nella breve ma tormentata storia dell’art.3-ter, qualcosa ritorna e sembra realmente trasformare l’intera disposizione nell’ ‘ordine di idee’ di un unico legislatore.

Il riferimento costante al pensiero di un unico legislatore che interviene cinque volte in quindici mesi trova, tuttavia, la sua migliore occasione in un errore fondamentale, che, nella versione originale dell’art.3-ter, non è mai stato corretto e oggi, dopo quindici mesi, è ribadito pressoché identico in una disposizione diversa dello stesso articolo.

2. LE NUOVE LUCI DEL COMMA 6: I «PROGETTI TERAPEUTICO-RIABILITATIVI INDIVIDUALI».

Il comma 4 dell'art.3-ter prevede che, completato il superamento 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, oggi, il decreto del Ministro della salute del 1.10.2012, sia pur in ritardo rispetto ai tempi previsti al comma 2 dell'art.3-ter, definisce i requisiti.

Nonostante i quattro interventi legislativi che, dopo la legge n.9/2012, hanno modificato le disposizioni di cui all'art.3-ter, i termini del comma 4 relativi alle strutture previste dal comma 2 non sono stati riformati neppure quando, in occasione della legge n.189/2012 per la conversione del decreto n.158/2012 (c.d. decreto Balduzzi), al comma 6 è stato definito chiaramente anche il finanziamento dei percorsi terapeutico-riabilitativi previsti al comma 5 che, pertanto, oggi appaiono evidentemente concretizzati quale strategia di intervento altrettanto necessaria ed eventualmente alternativa alle strutture di cui al comma 2.

E la rappresentazione delle strutture di cui al comma 2 come principale strategia per il superamento degli OOPPGG non è stata modificata neppure con la legge n.57/2013 che ha precisato le parole che l'art.1 co.1 lett.c) del d.l. n.24/2013 aveva inserito al comma 6 dell'art.3-ter e che facevano riferimento alle *«attività volte (...) 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»* previste nei programmi regionali di utilizzo delle risorse (testo del comma 6, come era stato modificato dal d.l. n.24/2013).

In particolare, modificando ancora il testo – per ora definitivo! - dello stesso comma 6, la legge n.57/2013 oggi dispone che, con le risorse individuate, siano finanziati programmi regionali che prevedono, *«oltre agli interventi strutturali»*, anche *«l'obbligo per le aziende sanitarie locali di presa in carico all'interno di progetti terapeutico-riabilitativi»* che tornano ad essere espressamente considerati *«individuali»*, come era stato già fatto con la legge n.189/2012 (che ha convertito il d.l. n.158/2012) prima che, con il d.l. n.24/2013, progetti terapeutico-riabilitativi tornassero ad essere previsti semplicemente in riferimento esplicito a quelli di cui al comma 5.

Oggi, pertanto, l'art.3-ter chiede espressamente, al comma 6, *«progetti terapeutico-riabilitativi individuali che assicurino il diritto alle cure e al reinserimento sociale»*.

Dopo le ultime modifiche, nel testo attuale della stessa disposizione risulta, ormai, privo di ogni coordinamento il riferimento al fine di «*favorire l'esecuzione di misure di sicurezza alternative al ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o all'assegnazione a casa di cura e custodia*» che era stato inserito con il d.l. n.24/2013.

Seppure implicito, resta evidente, tuttavia, il riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n.253/2003 che, rinviando a quanto già previsto all'art.219 co.3 c.p. per il seminfermo di mente e all'art.224 co.1 c.p. per il minore non imputabile, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale 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 all'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale*», quale potrebbe essere «*la libertà vigilata, che è accompagnata da prescrizioni imposte dal giudice, di contenuto non tipizzato (e quindi anche con valenza terapeutica)*»¹.

3. ...E LE VECCHIE OMBRE DEL COMMA 4: LE NUOVE «STRUTTURE SANITARIE».

Nonostante la dettagliata individuazione, al comma 6, delle risorse finanziarie per i percorsi terapeutici alternativi al ricovero in OPG che la Corte costituzionale aveva indicato già nel 2003, nelle disposizioni dell'art.3-ter resta, dunque, prioritario il rinvio del comma 2 al decreto del Ministro della salute per la definizione dei «*requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi, anche con riguardo ai profili di sicurezza, relativi alle strutture*» all'interno delle quali, ai sensi del comma 4, «*esclusivamente*» saranno eseguite le misure di sicurezza del ricovero in OPG e della assegnazione a casa di cura e custodia.

Si tratta, tuttavia, di una priorità che, nel sistema dell'art.3-ter, il nuovo testo del comma 6 sembra aver ridotto in termini esclusivamente «topografici»².

¹ Corte cost., sent. 2-28.7.2003, n.253, dispositivo e punto 3 del «Considerato in diritto»; analogamente, in riferimento all'art.206 c.p., Corte cost., sent. 17-29.11.2004, n.367.

² Sul punto cfr. NESE, *L'involuzione del DPCM 01.04.2008: dalle linee d'indirizzo per gli interventi negli ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) e nelle case di cura e*

Nella versione originaria dell'art.3-ter – in cui, al comma 6, le risorse finanziarie erano già individuate *«limitatamente alla realizzazione e riconversione delle strutture»* di cui al comma 2, ma senza i riferimenti, attualmente previsti, a percorsi terapeutici alternativi – anche l'avverbio *«esclusivamente»* di cui al comma 4 poteva avere il senso di una implicita ma reale concentrazione nelle strutture di cui al comma 2 di tutti gli internati dei rispettivi ambiti territoriali³.

Oggi un'interpretazione sistematica dell'art.3-ter attribuisce alle sue disposizioni un senso molto diverso da quello che avevano nella versione di cui alla legge n.9/2012 e le caratterizza in modo evidente per la concretizzazione – anche sotto il profilo dei finanziamenti - di percorsi terapeutici alternativi.

Sotto il profilo letterale, tuttavia, resta, al comma 4, il riferimento alla esecuzione delle misure di sicurezza del ricovero in OPG e della assegnazione a casa di cura e custodia *«esclusivamente»* nelle strutture di cui al comma 2.

La disposizione di cui al comma 4, infatti, è stata coinvolta nella riforma di cui al decreto legge n.24/2013 esclusivamente nella parte in cui è stato rinviato al 1.4.2014 il termine per la chiusura degli istituti attualmente destinati alla esecuzione delle misure di sicurezza del ricovero in OPG e della assegnazione a casa di cura e custodia.

E non si è mai intervenuti neppure sull'ultima parte della disposizione di cui al comma 4, dove, ancora oggi, si afferma che *«le persone che hanno cessato di essere socialmente pericolose devono essere senza indugio dimesse e prese in carico, sul territorio, dai Dipartimenti di salute mentale»*: sembra questa la prima occasione in cui,

custodia (CCC) del DPCM 01.04.2008 al programma di realizzazione di strutture regionali per l'esecuzione delle misure di sicurezza dell'art. 3-ter d.l. n.211/2011 conv. in l. n.9/2012, in Crit. dir. 2012, par.2, laddove si afferma che solo una «parziale e inadeguata lettura delle norme» di riferimento può trascurare come «la realizzazione di queste residenze sia solo una parte – e nemmeno la più importante – dell'insieme delle azioni che costituiscono il percorso di superamento degli OPG».

³ Sulla «valorizzazione delle economie di scala attraverso l'aggregazione di più strutture e la creazione di livelli di responsabilità assistenziale diversi da quelli ordinari» come fattore rilevante e potenzialmente decisivo del rischio di «ricreare alcune delle principali caratteristiche dell'istituzione manicomiale, quali la sostanziale concentrazione della popolazione e il suo allontanamento dai servizi e dai contesti sociali e sanitari di appartenenza», connesso a cfr. NESE, *L'involuzione del DPCM 01.04.2008*, cit., par.2.

nella tormentata vicenda legislativa dell'art.3-ter, si profila un ordine di idee viziato da un errore fondamentale.

Poiché la pericolosità sociale è un concetto che non è fondato soltanto su dati di realtà, ma, in ragione delle sue conseguenze giuridiche, ha una dimensione anche normativa che deriva dagli indici di cui agli artt.203 e 133 c.p., che una persona abbia cessato di essere socialmente pericolosa può dichiararlo soltanto chi è legittimato ad applicare quelle norme, ossia l'autorità giudiziaria – *id est*: il Magistrato di sorveglianza - che procede al riesame della pericolosità ai sensi dell'art.208 c.p. e dell'art.69 co.4 dell'ordinamento penitenziario (l. n.354/1975).

Nel momento in cui il Magistrato di sorveglianza dichiara che è cessata la pericolosità sociale dell'internato, si realizzano le condizioni previste all'art.207 co.1 c.p. e lo stesso Magistrato ordina la revoca della misura di sicurezza.

L'internato sarà rimesso in libertà così come, alla fine della pena, è rimesso in libertà qualsiasi detenuto che, in caso contrario, sceglierà certamente i modi ritenuti più efficaci per esprimere il suo 'disappunto': comunque, se non si procede immediatamente alla remissione in libertà, in entrambi i casi si realizzeranno gli estremi per procedere contro i responsabili di una ipotesi di indebita limitazione di libertà personale e/o di sequestro di persona, del tutto conforme alle fattispecie previste nel codice penale.

In questi casi, infatti, l'art.605 sul sequestro di persona e l'art.607 c.p. sull'indebita limitazione di libertà personale diventano garanzia di effettività per un principio che la nostra Costituzione stabilisce al primo articolo del primo titolo della sua prima parte: «*Non è ammessa alcuna forma di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge*» (art.13 Cost.).

A meno che non si voglia pensare alla realizzazione di ipotesi di sequestro di persona a carico di pubblici ufficiali e/o incaricati di pubblico servizio impegnati a vario titolo nella amministrazione della giustizia, bisogna concludere che non è possibile che si trovino internate in OPG persone che non sono (più) considerate socialmente pericolose.

Sembra evidente, quindi, che chiederne la dimissione dall'istituto «*senza indugio*» (art.3-ter co.4 ultima parte) può avere un senso solo nel contesto di una comunicazione che non è destinata agli operatori del

settore e che, pertanto, potrebbe anche essere più efficace ribadendo concetti altrove già affermati, ma noti soltanto agli esperti.

All'operatore giuridico di settore, invece, non può che apparire come una affermazione del tutto superflua.

4. RIESAME DI PERICOLOSITÀ E “PRASSI” GIUDIZIARIE: IL *MALLEUS MALEFICARUM* NELLA GIURISPRUDENZA DI SORVEGLIANZA.

Invece, non è soltanto inutile, ma è fuorviante fino a rischiare di destabilizzare il sistema normativo della disciplina di settore prevedere, oggi, «*la dimissione di tutte le persone internate per le quali l'autorità giudiziaria abbia già escluso o escluda la sussistenza della pericolosità sociale*» (art.3-ter co.6 come modificato dalla legge n.57/2013): in queste parole, infatti, torna a profilarsi lo stesso ordine di idee viziato dallo stesso errore fondamentale emerso nella disposizione di cui all'ultima parte del comma 4.

Certo, anche la disposizione di cui al comma 6, come già quella di cui all'ultima parte del comma 4, potrebbe essere intesa come una opportuna e condivisibile affermazione della necessità di svincolare il giudizio di pericolosità sociale da considerazioni relative alla integrazione sociale dell'internato.

Tuttavia, la scelta di trattenere in OPG le persone che non possono essere ricondotte al contesto familiare di origine e/o non possono essere proficuamente affidate ai servizi psichiatrici territoriali delle AASSLL di residenza non può essere fondata su un paternalismo disfunzionale e fuori luogo o, comunque, su una mera “prassi” della magistratura di sorveglianza per i quali una censura legislativa potrebbe anche essere ritenuta risolutiva.

È vero - ed è agevolmente documentabile! – che spesso, in sede di riesame, la giurisprudenza della magistratura di sorveglianza conferma la pericolosità sociale e, nonostante le relazioni positive dei gruppi di osservazione e trattamento allargati alle AASSLL ex art.20 del regolamento penitenziario di cui al d.P.R. n.230/2000, trattiene in OPG gli internati che non possono essere restituiti al contesto familiare di origine e/o non possono essere proficuamente affidati ai servizi psichiatrici delle AASSLL di residenza, sulla base di vere e proprie acrobazie argomentative.

Si tratta, infatti, di provvedimenti “acrobatici” che, tuttavia, nel momento in cui sono pronunciati, sembrano già destinati a diventare definitivi.

Se ciò accade, però, non è in ragione di una rigorosa argomentazione in punto di fatto e di diritto, bensì per una inerzia assoluta - e, troppo spesso, consueta! - della difesa legale dell'internato.

Solo una difesa legale inerte - se non, addirittura, sostanzialmente assente, perché spesso reclutata d'ufficio al momento del riesame - può lasciar passare in giudicato e rendere, quindi, definitivi provvedimenti motivati con affermazioni che sembrano riproporre quelle suggerite nel formulario per «le sentenze su una persona diffamata e da esporre agli interrogatori e ai tormenti » di cui alla Questione XXII del *Malleus maleficarum*, testo ecclesiastico ufficiale della persecuzione contro le streghe, autorizzato con bolla papale nel 1484 da Innocenzo VIII⁴.

Invece, potrebbero essere agevolmente impugnati ai sensi dell'art.680 c.p.p. e presumibilmente riformati in secondo grado dal Tribunale di sorveglianza, i provvedimenti del Magistrato di sorveglianza che rinnovano la misura di sicurezza quando sono motivati con categorie astruse che, per definizione, sono non dimostrate e non dimostrabili.

Tale evidentemente è il caso della «*pericolosità latente*» che, in termini di consistenza probatoria, non appare molto diversa dalla «*pericolosità sociale presunta*», a cui erano dedicate disposizioni e rubrica dell'art.204 c.p.

Sono passati, tuttavia, più di trent'anni da quando la disposizione di cui all'art.204 c.p. è stata dichiarata parzialmente illegittima con la sentenza della Corte costituzionale n.139 del 1982 per poi essere integralmente abrogata dall'art.31 co.1 della legge n. 663/1986.

Ciò nonostante, ancora oggi la categoria del tutto analoga della «*pericolosità latente*» ricorre spesso, per esempio, nella ordinanze del Magistrato degli Uffici di sorveglianza di Santa Maria Capua Vetere e di Messina che, quando non è possibile ricondurre l'internato al contesto familiare di origine o affidarlo proficuamente ai servizi psichiatrici dell'ASL di residenza, la usano per prorogare la misura di sicurezza del ricovero in OPG, nonostante le relazioni positive dei gruppi di

⁴ KRÄMER – SPRENGER, *Il martello delle streghe* (1486-1487), a cura di A. Verdiglione, Milano 2003, p.409

osservazione e trattamento che operano negli istituti penitenziari di Aversa e Barcellona Pozzo di Gotto.

Tra le altre, dispongono in tal senso, per esempio, le ordinanze dell'Ufficio di sorveglianza di Messina del 10.11.2011⁵ e quelle dell'Ufficio di sorveglianza di Santa Maria Capua Vetere del 18.1.2012⁶ e, in riferimento ad un altro internato, del 1.3.2012⁷.

Nessuna di queste ordinanze, però, è stata impugnata davanti al Tribunale di sorveglianza ai sensi dell'art.680 c.p.p. ed è agevolmente presumibile che un destino analogo abbiano avuto pressoché tutte le ordinanze che hanno utilizzato lo stesso argomento della "pericolosità latente" o argomenti simili ed altrettanto deboli.

5. LA «PERICOLOSITÀ LATENTE», OVVERO IL RIESAME DI PERICOLOSITÀ TRA PIGRIZIA E ARROGANZA.

Ancora più agevole è presumere che il Magistrato di sorveglianza che utilizza la "pericolosità latente" o argomenti analoghi conosca, ovviamente, molto bene le ragioni che, nel 1982, hanno indotto la Corte costituzionale a ricondurre il definitivo superamento delle presunzioni legali di pericolosità di cui all'art.204 c.p. a quanto era stato già deciso dalla stessa Corte con la sentenza n.110/1974.

In particolare, nell'interpretazione che offre la Corte costituzionale nel 1982 circa l'evoluzione della propria giurisprudenza sulle misure di sicurezza, il sistema legale delle presunzioni di pericolosità sociale sarebbe stato compromesso già con la sentenza n.110 del 1974 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 2 e 3 dell'art.207 c.p., dove era stabilito il principio della durata minima inderogabile delle misure di sicurezza (art.207 co.2 c.p.), con la sola eccezione di una eventuale iniziativa del Ministro della giustizia (art.207 co.3 c.p.).

Già con la sentenza della Corte costituzionale n.110/1974, dunque, «la "presunzione di durata" della pericolosità - implicita nella determinazione inderogabile (per il giudice) di un periodo minimo di durata della misura di sicurezza - ha cessato di essere assoluta, lasciando

⁵ Ufficio di sorveglianza di Messina, proc. n.2909/10 Reg. Es. Mis. Sic.

⁶ Ufficio di sorveglianza di Santa Maria Capua Vetere, proc. n.97/2009 R.G.M.S.D.

⁷ Ufficio di sorveglianza di Santa Maria Capua Vetere, proc. n.71/2010 R.G.M.S.D.

spazio a *puntuali verifiche giudiziali dell'evolversi della situazione concreta*» e, quindi, già 39 anni fa è stato affermato «un principio generale unificante (...) ravvisabile nel potere - e dovere - del giudice di disporre, *sulla base degli opportuni, concreti accertamenti*, la revoca della misura, in qualsiasi momento la persona sottoposta abbia cessato d'essere pericolosa»⁸.

Certo, ignorare le sostanziali analogie tra la consistenza probatoria della pericolosità latente e quella della pericolosità presunta e, quindi, le censure della Corte costituzionale sulla legittimità di quest'ultima, sebbene discutibile, potrebbe anche essere una scelta consapevole del Magistrato di sorveglianza.

È estremamente difficile, invece, immaginare le ragioni giuridiche per cui un Magistrato di sorveglianza decida consapevolmente di ignorare l'obbligo di motivazione per tutti i provvedimenti giurisdizionali stabilito al comma 6 dell'art.111 della Costituzione e le relative implicazioni, immediatamente necessarie all'effettivo rispetto del diritto di difesa di cui all'art.24 Cost.

È evidente, infatti, che l'obbligo di motivazione di cui all'art.111 Cost. è sostanzialmente e gravemente violato se, da un capoverso all'altro dell'ordinanza che proroga la misura di sicurezza del ricovero in OPG, un riferimento alla "pericolosità latente" dell'internato è diametralmente e immediatamente contrapposto alle citazioni testuali, tratte dalle relazioni positive del gruppo di osservazione e trattamento sul suo comportamento e sulle sue condizioni psichiche.

Se ciò accade e se il relativo provvedimento passa in giudicato e diventa definitivo, è evidente che il contesto giudiziario in cui si consuma la palese violazione di fondamentali principi costituzionali è caratterizzato da un gravissimo *deficit* nella tutela dei diritti dell'internato che, tuttavia, sarebbe così grossolano da rendere del tutto inverosimile qualsiasi dubbio sulla consapevolezza della scelta del Magistrato di sorveglianza e quella del legale dell'internato che non impugna il provvedimento.

Piuttosto, in questi casi, le ragioni dell'internato appaiono travolte da una sorta di 'pigrizia giudiziaria', che, dal suo punto di vista, diventa l'arroganza del magistrato e la sciatteria dell'avvocato.

⁸ Corte cost., sent. 8-27.7.1982 n.139, punto 9 del "Considerato in diritto"; i corsivi sono nostri.

6. LA DIMENSIONE NORMATIVA DELLA PERICOLOSITÀ SOCIALE (E QUELLA ONTOLOGICA DI UNA SOCIETÀ PERICOLOSA).

Invece, la scelta di prorogare la misura di sicurezza del ricovero in OPG o della assegnazione a casa di cura e custodia dell'internato che, pur valutato positivamente dal gruppo di osservazione e trattamento, non può essere restituito al contesto familiare e socio-sanitario di origine potrebbe essere motivata rinviando ai criteri normativi della pericolosità sociale che, come è noto, possono anche prescindere del tutto dai dati di realtà relativi alla persona e al comportamento dell'internato.

Il comma 2 dell'art.203 c.p., infatti, dispone che «*la qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate all'articolo 133*» che, per la commisurazione della pena, al n.4 del secondo comma rinvia alle «*condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo*»: se, quindi, manca il riscontro dei servizi sociali e sanitari alle sollecitazioni del Magistrato di sorveglianza e dell'amministrazione penitenziaria e se la famiglia di origine non è disponibile ad accogliere l'internato ricorrono circostanze utili a determinarne la pericolosità sociale ai sensi degli artt. 203 co.2 e 133 co.2 n.4 c.p.⁹

In casi simili, questi ultimi potrebbero essere i riferimenti normativi del Magistrato di sorveglianza che non si adagia su categorie indimostrate ed indimostrabili e, perciò, arroganti ed astruse come la "pericolosità latente".

Toccherebbe, poi, alla difesa legale dell'internato evitare ogni forma di pigrizia ed attivarsi per impugnare l'ordinanza di proroga della misura di sicurezza proponendo appello al Tribunale di sorveglianza ai sensi dell'art.680 c.p.p. e magari proporre, in quella sede, il ricorso alla Corte costituzionale per la declaratoria delle illegittimità costituzionale delle disposizioni utilizzate in primo grado dal Magistrato di sorveglianza.

⁹ Sul punto sia consentito il rinvio a SCHIAFFO, *Le funzioni latenti del sistema penale: l'ospedale psichiatrico giudiziario*, in AA.VV., *Il superamento degli OPG tra giustizia, sanità e welfare*, a cura di A.M. Pagano e V. De Santis, Salerno 2012, p.117 ss., 127 s., laddove si definisce il ruolo decisivo che le disposizioni citate assumono per la legittimazione delle funzioni latenti dell'OPG, ovvero del suo carattere latente di sostituto funzionale di servizi psichiatrici territoriali che non funzionano come dovrebbero.

È evidente, infatti, che il combinato disposto degli artt.203 co.2 e 133 co.2 n.4 c.p. implica la privazione della libertà personale dell'internato per ragioni che non riguardano la sua persona o il suo comportamento, ma solo l'inerzia dei servizi sociali e sanitari territoriali: solo nella dimensione rigorosamente normativa deducibile dalle due disposizioni trova un fondamento l'affermazione per cui, quando è impossibile la collocazione nel contesto familiare e socio-sanitario di origine, è l'internato ad essere socialmente pericoloso e non sarebbe pericolosa, invece, la società che non lo accoglie in un contesto diverso da un OPG.

A tacer d'altro, sarebbero evidentemente violati «doveri inderogabili di solidarietà sociale» (art.2 Cost.).

In ogni caso un intervento della Corte costituzionale potrebbe aprire una falla nel sistema normativo sui criteri della pericolosità sociale e, in qualche modo, costringere o almeno indurre il legislatore ad intervenire.

7. IL LEGISLATORE E I “DIMISSIBILI”, OVVERO L'ESOTERISMO INCONSISTENTE DI UNA PRASSI IGNORANTE.

Ma se il riesame della pericolosità sociale può avvenire in un contesto di ‘pigrizia giudiziaria’ che rischia di legittimare categorie astruse come la pericolosità latente, la dimensione esclusivamente normativa che, date le disposizioni di riferimento, può assumere la pericolosità sociale sembra puntualmente ignorata anche dal legislatore che, sul punto, è intervenuto cinque volte in quindici mesi.

Stavolta, tuttavia, non sembra l'imbarazzante ignoranza che il legislatore pure ha dimostrato più volte in tempi recenti, come quando, creando tuttora notevole disagio allo studente di giurisprudenza più che al giurista, è intervenuto sull'art.28 co.4 t.u.l.p.s. per modificarne la comminatoria edittale e punire il «contravventore (...) con la reclusione da uno a tre anni» (art.1-ter del d.l. n.272/2005).

Piuttosto, il “legislatore” dell'art.3-ter del d.l. n.211/2011 sembra essere stato travolto dai burocrati degli ospedali psichiatrici giudiziari che, cercando la maggiore efficacia comunicativa necessaria alla gestione quotidiana del proprio lavoro, fanno riferimento a categorie che non hanno alcun fondamento giuridico.

Solo ai “dimissibili”, infatti, possono essere riferite disposizioni dell'art.3-ter che postulano la permanenza in OPG di persone «che hanno

cessato di essere socialmente pericolose» e che, quindi, «devono essere senza indugio dimesse» (art.3-ter co.4 l. n.9/2012) e di «persone internate per le quali l'autorità giudiziaria abbia già escluso o escluda la sussistenza della pericolosità sociale» (art.3-ter co.6 come modificato dalla legge n.57/2013).

Tuttavia, in un ordinamento in cui al primo comma del primo articolo del primo titolo della prima parte della Norma fondamentale si afferma che *«la libertà personale è inviolabile»* (art.13 co.1 Cost.), la legislazione penitenziaria non può definire i limiti del diritto alla libertà personale in termini di possibilità, ma solo nei termini della necessità imposti dalla certezza indispensabile al massimo rispetto dovuto ad un diritto fondamentale.

E, infatti, la legislazione penitenziaria italiana conosce e tutela la posizione del *«dimittendo»* (art.89 d.P.R. n.230/2000), ma ignora quella del "dimissibile".

I "dimissibili", quindi, rientrano in una categoria che non ha alcun fondamento giuridico.

Piuttosto, esistono persone trattenute in OPG perché considerate ancora socialmente pericolose in ragione delle loro *«condizioni di vita (...) familiare e sociale»* (art.133 co.2 n.4 c.p.), determinate da una struttura sociale che non riesce ad accoglierli fuori di lì.