

PROFILI COSTITUZIONALI DEL TRATTAMENTO DELLA MALATTIA MENTALE

SOMMARIO: INTRODUZIONE: scopi della ricerca. 1. Il trattamento sanitario obbligatorio destinato al malato psichiatrico; 2. Misura di sicurezza. Cura e custodia; 3. Il presupposto della pericolosità sociale; 3.1. Il giudice bendato. Riduzione degli indici di valutazione; 3.2. Qualche riflessione sulle novità legislative all'indomani della sentenza n. 186 del 2015; 4. *Homo homini lupus?* Brevi riflessioni sulla percezione collettiva del rischio; 5. La prognosi come equazione con dati incerti; 6. Qualche conclusione?

INTRODUZIONE: scopi della ricerca

Le problematiche del malato psichiatrico sono quelle comuni a due categorie di cittadini: da un lato i problemi della persona malata, dall'altro quelli della persona reclusa. Ma la stessa Corte costituzionale li ha affratellati ad un'altra categoria: i soggetti minori. I folli sarebbero, dunque, come bambini 'pericolosi' da proteggere e da cui farsi proteggere. Il paradosso appena illustrato si comunica all'intera disciplina, caratterizzata fin dall'origine da "*caratteri ibridamente compromissori*"¹ e che, a seguito delle recenti riforme, ha scelto con decisione la strada della garanzia dei diritti individuali. Ma la partita del diritto moderno tra garantismo e prevenzione non è finita: il binomio esigenza di cura- istanze di difesa sociale, come vedremo, non tollera scelte aprioristiche, per cui dette istanze, anche qualora non esplicitate, riemergono quotidianamente nella prassi. Di conseguenza verrà analizzato, nella prima parte del lavoro il malato psichiatrico in quanto malato (per meri cenni, data la vastità e complessità del tema), per poi approfondire la sua qualità di soggetto pericoloso, la cui misurazione a volte è 'aritmetica', a volte vaticinante.

Nell'affrontare questo tema, i cui limiti potenzialmente faticano ad intravedersi, occorrerà armarsi di molta prudenza. Il primo motivo che istiga alla cautela è la vastità delle problematiche connesse alla salute mentale, che verranno trattate solo per ciò che interesserà i problemi suscitati dall'intersecarsi tra diritto alla salute e sicurezza collettiva, cercando di evitare il destino di "*nave senza nocchiere in gran tempesta*"².

1* dottoranda di Diritto dell'unione europea e ordinamenti nazionali, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara
G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè editore, Milano, 1967, pp. 282 e ss.

2DANTE, *Divina Commedia, Purgatorio*, canto VI, 77.

Il secondo motivo concerne la reciproca estraneità tra linguaggio giuridico e linguaggio medico, che costituisce il motivo principale della difficoltà di delineare una disciplina giuridica che sia aderente allo stato dell'arte della pratica psichiatrica.

L'ultima ragione ad indurre la prudenza è la finitezza del diritto *“il quale conosce l'inutilità delle proclamazioni, l'inerzia delle sanzioni, le temibili conseguenze della regola legale che non afferra la realtà e induce effetti di fuga ed elusione, o quel fiscale rispetto che nasconde la violazione e l'abuso”*³.

Si cercherà di affrontare le questioni giuridiche di cui sopra in modo asettico, cercando di non focalizzarsi troppo sugli scenari angosciosi la cui drammaticità colpisce e impedisce la riflessione.

*“Alla minaccia dell'irrazionale si è imparato a rispondere con il terrorismo della ragione che organizza, divide, distribuisce, smista le parti, punendo o premiando chi non sta al suo gioco”*⁴.

1. Il trattamento sanitario obbligatorio destinato al malato psichiatrico

In questa sede si darà per scontato lo stato dell'arte a proposito del diritto alla salute: non è un diritto ma una costellazione di diritti che interagiscono tra loro e che hanno come oggetto il corpo⁵. La sovranità del singolo sul corpo è invasa solo nel momento in cui lo Stato si arroga poteri di coazione su di esso. Ma quando è la mente, la mente sorda (*unsound mind*) ad essere al centro di questo attacco alla sovranità individuale?

Una pietra miliare nella ricostruzione di questo percorso di riconquista è rappresentato dalla l. 180 del 1978, frutto di un percorso culturale nato a partire dagli anni '60, in cui veniva posto alla ribalta il problema dell'uomo non più come soggetto astratto, definibile in categorie, ma come oggetto e soggetto del problema sociale. Un ruolo relevantissimo fu quello svolto dal movimento anti-psichiatrico, le cui varie correnti erano accomunate dal rifiuto netto delle teorie e delle pratiche

³P. ZATTI, *Infermità di mente e diritti fondamentali della persona*, Relazione tenuta al convegno «Un nuovo diritto per il malato di mente - Esperienze e soggetti della trasformazione», svoltosi a Trieste il 12-14 giugno 1986, in www.fondazionepromozionesociale.it

⁴F. ONGARO BASAGLIA, *Salute/Malattia. Le parole della medicina*, M. G. GIANNICHELLA (a cura di), Alfabera Verlag edizioni, Archivio critico della salute mentale, Merano, 2012, p. 139

⁵Senza pretesa di completezza (qui come nelle note seguenti), cfr. M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, f. 2, pp. 455-465; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 517 e ss.; C. TRIPODINA, *Art 32*, in S. BARTOLE- R. BIN (diretto da), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, pp. 321-332; A. SIMONCINI – E. LONGO, *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), vol. I, Utet, Torino, 2006, pp. 655-674; R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, S. CASSESE (diretto da), Vol. VI, Sal-Zon, Giuffrè editore, Milano, 2006, pp. 5393 e ss.; M. COCCONI, *Il diritto alla salute*, Cedam, Padova, 1998; D. VINCENZI AMATO, *Il 2 comma dell'art. 32*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti etico sociali*. G. BRANCA (a cura di), *Artt. 29-34*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna, Roma, 1976; L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in *L'amministrazione sanitaria* (atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione- *L'ordinamento sanitario*, vol. I), R. ALESSI (a cura di), Neri Pozza Editore, Milano, 1967, pp. 104 e ss.

psichiatriche tradizionali, a partire dalle diagnosi e delle categorie in cui era incasellata la malattia mentale, fino al funzionamento del sistema manicomiale. La critica era però più generale, al sistema sociale politico culturale, ed era strettamente collegata alla critica dell'istituzione familiare, causa o concausa della stessa malattia mentale. In quegli anni di grande fermento, il tema della follia sembrava rappresentare l'esempio perfetto del potere repressivo e autoritario dello Stato, che nasconde e dimentica chi non può contribuire alla produttività e al progresso economico. Alla ribellione nei confronti dello Stato borghese si accompagnava, quindi, la denuncia dell'istituzione manicomiale e dell'oggettivizzazione del corpo del malato da parte della medicina⁶.

L'esito di quella "rivoluzione ai margini dell'Europa"⁷ ha condotto ad un'inedita stagione di riforme e, tra queste, all'approvazione della l. 180 del 1978 (poi confluita nella l. 833/1978 sul SSN⁸).

Questa legge accoglie l'idea della recuperabilità del malato agli interessi sociali e alla cittadinanza, ponendo come principio fondante la volontarietà delle cure e prevedendo l'imposizione del trattamento sanitario come unica eccezione corredata da garanzie. Secondo una ormai risalente giurisprudenza della Corte il trattamento sarà coercibile solo se è diretto a preservare la salute del singolo e se persegue fini solidaristici di tutela della salute altrui come interesse collettivo⁹.

Ormai da tempo risalente è stata elaborata una distinzione tra trattamenti sanitari obbligatori e trattamenti coattivi, basando la differenza sul fatto che, mentre i primi sono imposti dalla legge, i secondi sono anche coercibili tramite l'uso della forza, contro la volontà della persona¹⁰.

Il trattamento sanitario destinato al malato mentale è parte dei trattamenti coercibili con la forza e si configura come eccezione al principio di autodeterminazione del malato, dettata dall'urgenza e dalla necessità di essere curato. Questi trattamenti sono concepiti come *extrema ratio*: l'intenzione del legislatore del '78 non era quella di difendere la cittadinanza dalla pericolosità del malato di mente,

⁶L'assenza di ogni progetto, la perdita di un futuro, l'essere costantemente in balia degli altri senza la minima spinta personale, l'aver scandita e organizzata la propria giornata su tempi dettati solo da esigenze organizzative che- proprio in quanto tali- non possono tenere conto del singolo individuo e delle particolari circostanze di ognuno: questo è lo schema istituzionalizzante su cui si articola la vita dell'asilo." F. BASAGLIA, *L'utopia della realtà*, a cura di F. ONGARO BASAGLIA, Einaudi, Torino, 2005, p. 18

⁷per un'accuratissima e interessante ricostruzione delle vicende riguardanti la nascita e la fine dei movimenti di psichiatria radicale in Italia, in particolare a Gorizia, Trieste, Parma, Reggio Emilia, Perugia, Arezzo.. cfr. J. FOOT, *La 'Repubblica dei matti'. Franco Basaglia e la psichiatria radicale in Italia, 1961-1978*, Feltrinelli editore, Milano, 2014.

⁸Riforma ispirata dalla considerazione della salute come diritto individuale e come condizione del suo pieno sviluppo personale da soddisfarsi in condizioni di eguaglianza e, allo stesso tempo, come realizzazione dei doveri di solidarietà economica e sociale. Per un approfondimento sul percorso che portò alla sua approvazione e sulle sue finalità cfr. M. T. COLLICA, *Il diritto alla tutela della salute*, Cedam, Padova, 1998, pp. 22 e ss.

⁹C. cost. sent. n. 307 del 1990, sent. n. 258 del 1994, sent. n. 118 del 1996.

¹⁰Ex pluris M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, pp. 456 e ss.

com'era stato fino a quel momento, ma di proteggere la sua salute, essendo egli incosciente della propria condizione di disagio.¹¹

Non si darà conto in questa sede del dibattito circa il grado di tutela apprestato dalla Costituzione, che prevede questi trattamenti all'articolo 32, secondo cui il diritto alla salute rappresenta anche un interesse della collettività. Ma vi è ampio consenso in dottrina sulla necessità che, in quanto implicano una degradazione della personalità e un'invasione della sfera intima, debbano essere anche sottoposti alle ben più rigorose garanzie dell'articolo 13 e sottostare, quindi, alla riserva assoluta di legge e alla riserva di giurisdizione¹².

Oltre ai limiti formali, l'articolo 32 Cost. prevede un ulteriore limite, egualmente espresso, ma di contenuto: la legge non potrà *“in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”*. Che il rispetto della persona umana non significhi il rispetto assoluto della sua libertà è reso evidente dalla stessa previsione dei trattamenti sanitari coattivi. Saranno dunque ammesse violazioni al principio di libertà di cura solo qualora vi sia l'ingresso di un interesse collettivo diretto, rispetto al quale l'individuo ha il dovere *“di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui”*¹³.

Tra gli aspetti problematici del trattamento obbligatorio a cui viene sottoposto il malato psichiatrico vi sono da un lato le difficoltà che connotano la prognosi psichiatrica, a cui si aggiungono l'esigenza di bilanciare l'obiettivo di curare e proteggere il paziente e quella di tutelarne al contempo la libertà. In questo dedalo di interessi contrapposti, in cui assumono un ruolo non secondario anche gli interessi di terzi a non essere danneggiati, il compito del medico non è semplice, stante la problematicità di enucleare regole cautelari univoche¹⁴. La necessità o meno di attivare un trattamento sanitario

¹¹Cfr. S. ROSSI, *Sussurri e rida: riflessioni su follia e libertà nell'ennesimo testo di riforma della legge Basaglia*, in *Politica del diritto*, n. 2-3, 2012. Pp. 469-494.

¹²cf. ad esempio: F. MINNI e A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, f. 3, 2013, pp. 1-12; M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, in *Riv. It. Med, Leg*, 2013, f. 1, pp. 187 e ss.; M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, pp. 456 e ss.; L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in *L'amministrazione sanitaria* (atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione- *L'ordinamento sanitario*, vol. I), R. ALESSI (a cura di), Neri Pozza Editore, Milano, 1967, pp. 108 e ss.

¹³Secondo le parole della Corte costituzionale (sent. n. 218 del 1994): *“La tutela della salute non si esaurisce tuttavia in queste situazioni attive di pretesa. Essa implica e comprende il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri. Le simmetriche posizioni dei singoli si contemperano ulteriormente con gli interessi essenziali della comunità, che possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o prevedere la soggezione di essa ad oneri particolari.”*, cfr. anche M.T. COLLICA, *Il diritto alla tutela della salute*, Cedam, Padova, 1998, pp.93 e ss.

¹⁴cf. C. CUPELLI, *La responsabilità colposa dello psichiatra tra ingovernabilità del rischio e misura soggettiva*, in *Diritto penale e processo*, 2012, f. 9, pp. 1104-1114, commento a Cassaz. Pen, Sez. IV, 1 febbraio 2012, n. 4391

obbligatorio non è di facile valutazione e potrà comportare per il medico, in caso di mancata previsione di condotte inconsulte del paziente, un giudizio di responsabilità.

La difficoltà di valutare la doverosità o meno dell'attivazione di un TSO risiede anche nelle difficoltà di valutazione della situazione concreta. All'imprevedibilità delle condotte che caratterizzano alcune sindromi psichiatriche si somma la natura composita del substrato culturale della psichiatria e l'assenza di precisi criteri nosografici di valutazione, che determinano uno stato di perenne indeterminatezza scientifica (questo particolare aspetto sarà oggetto di analisi nei paragrafi seguenti).

Se nella disciplina dettata dalla l. 833 non ha trovato spazio il concetto di pericolosità, questo però è riemerso tramite un utilizzo massiccio e reiterato del trattamento sanitario obbligatorio e della pratica della contenzione¹⁵. Senza volersi inoltrare in ambiti che ci spingerebbero troppo lontano, le pratiche contenitive vengono ancora utilizzate con finalità preventive e non di rado punitive.

La malattia mentale infatti, nonostante la rivoluzione compiuta dal movimento di psichiatria radicale, continua ad avere uno spazio ben definito nella precomprensione collettiva, ancora ancorata alla visione tradizionale del "matto da legare".

2. *Misura di sicurezza. Cura e custodia*

Come abbiamo appena osservato, la legge 180 ha negato alla pericolosità sociale la qualità di presupposto del trattamento sanitario obbligatorio, ma esso rimane alla base della comminazione delle misure di sicurezza psichiatriche, che -soprattutto a seguito delle recenti modifiche legislative- si collocano a metà strada tra due concezioni diverse del malato, una strettamente terapeutica e l'altra che ancora risente delle origini dell'istituto.

La nascita delle misure di sicurezza si fa tradizionalmente risalire ad un ormai antico dibattito tra le concezioni della scuola classica, prime tra tutte il ruolo della responsabilità e del libero arbitrio come fondamento della pena e del suo messaggio intimidativo. Il soggetto libero sceglie di compiere il fatto di reato previsto dalla norma e ne è moralmente e penalmente responsabile. A questa concezione, di stampo illuminista e votata per questo alla razionalità e alla semplificazione, si contrappose nell'ultimo quarto del secolo XIX la scuola Positiva, espressione dell'affermazione delle nuove scienze, antropologia, psicologia e sociologia in primis. Le misure di sicurezza sono il risultato quindi dell'ibrido compromesso¹⁶ tra queste due scuole di pensiero, che hanno dato origine ai due pilastri dell'imputabilità, colonna portante del sistema delle pene, e quello della pericolosità sociale, alla base

¹⁵Cfr. G. DELL'ACQUA, B. NORCIO, G. DE GIROLAMO, A. BARBATO, R. BRACCO, A. GADDINI, R. MIGLIO, P. MOROSINI, A. PICARDI, E. ROSSI, P. RUCCI, G. SANTONE, *Caratteristiche e attività delle strutture di ricovero per pazienti psichiatrici acuti: i risultati dell'indagine nazionale Progres-Acuti*, in *Giorn. Ital. Psicopat.*, 2007, 13, pp. 26-39; per un'analisi della legittimità delle pratiche contenitive cfr. M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, pp. 179-207.

¹⁶Cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè editore, Milano, 1967, pp. 282 e ss

delle misure di sicurezza. Se oggi le tesi di Lombroso sono considerate in gran parte prive di fondamento, il suo merito risiede nell'aver problematizzato concetti fino ad allora dati per scontati spostando il focus sull'autore: era visto come assolutamente necessario individuare un trattamento sanzionatorio adeguato alla tipologia dell'autore.¹⁷

Nel sistema del codice Rocco le misure di sicurezza sono concepite come misure di difesa sociale destinate a soggetti che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato (o che integrano la figura del quasi-reato), nelle situazioni soggettive di inefficacia o insufficienza della pena, nei confronti di soggetti non imputabili, parzialmente imputabili o anche imputabili.¹⁸

Già secondo il codice penale napoleonico del 1810 se il reo era pazzo il crimine stesso scompariva¹⁹. Ma nel corso del secolo XIX l'apoditticità di questo principio perdeva importanza e gli sviluppi giurisprudenziali dimostrarono come si poteva essere colpevole e pazzo, colpevole da rinchiodere e curare piuttosto che da punire. Ogni crimine portava con sé il legittimo sospetto della pazzia e richiedeva un apprezzamento del giudice. In quel periodo il suo potere di giudicare della salute mentale del reo inizia a non essere solo nelle sue mani, ma equamente distribuito tra vari soggetti: esperti psichiatri, psicologi, magistrati di sorveglianza, funzionari dell'amministrazione penitenziaria. Lo psichiatra in materia penale diventa il braccio destro del giudice, *“Non esperto quanto alla responsabilità, ma consigliere quanto alla punizione; sta a lui dire se il soggetto è pericoloso, in qual modo proteggersi da lui, come intervenire per modificarlo, se è preferibile tentare di reprimere o di curare.”*²⁰.

Le misure di sicurezza destinate all'infermo psichico sono, perciò, il frutto di teorie ottocentesche che vedevano nel crimine il sintomo di un'anomalia mentale. Il criminale uscendo dal patto sociale, si squalifica come cittadino ed appare come *“lo scellerato, il mostro, forse il pazzo, il malato e, ben presto, l'anormale”* (..) *“E a questo titolo, egli rientrerà un giorno nel campo di un'oggettivazione scientifica e del 'trattamento' correlativo”*.²¹

Alla base della comminazione della misura di sicurezza psichiatriche vi è una valutazione sulla capacità di intendere e di volere del soggetto.

¹⁷Cfr. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli editore, Torino, 2008, pp. 85 e ss.

¹⁸Cfr. S. ALEO, S. DI NUOVO, *Responsabilità penale e complessità. Il diritto penale di fronte alle scienze sociali. Colpevolezza, imputabilità, pericolosità sociale*, Giuffrè, Milano, 2011

¹⁹Art 64: *“Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister”*

²⁰M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 2011, pp. 24-25

²¹M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire, cit*, p. 111

Il tema dell'imputabilità è oltremodo complesso e dibattuto e meriterebbe un'ampia e approfondita trattazione, che non può trovare spazio in questo lavoro. Ci limiteremo, quindi, a fornire delle sintetiche indicazioni, nella speranza di non incorrere in eccessive semplificazioni. Seguendo il metodo di giudizio psicologico-normativo, il legislatore italiano ha strutturato il giudizio di imputabilità su due livelli: il primo consistente nell'accertamento della causa naturalistica (fase diagnostica) e il secondo relativo all'influenza che tale causa ha esercitato sulla capacità di intendere o di volere dell'agente.

Il concetto di infermità si è rivelato quasi subito un concetto particolarmente controverso, se infatti inizialmente era utilizzato un paradigma clinico-organicistico per cui doveva esservi un'alterazione somatica o almeno inquadrabile nelle classificazioni nosografiche, questa nozione ha subito un processo evolutivo. Il risultato è stato un notevole ampliamento della nozione di infermità, sulla base della tesi dell'unità sostanziale della psiche umana, nella quale sarebbe difficile distinguere la sfera intellettuale, volitiva ed emozionale. All'interno della scienza psicopatologica sembra attualmente rintracciabile una preferenza per il paradigma diagnostico-sintomatologico: alla crisi della scienza psichiatrica si è risposto con la formazione di un sistema basato sull'individuazione neutrale del sintomo, mettendo in secondo piano la sua spiegazione. Il consenso tra la comunità degli scienziati si scontra con la serpeggiante sfiducia verso la sua affidabilità scientifica e un'aperta critica alla mancanza di una spiegazione epistemologica.²² L'utilizzazione di una rigida nosografia psichiatrica, oltre che risultare lontana dagli ultimi sviluppi della psichiatria, rende spesso problematico l'accordo diagnostico dei clinici e difficilmente controllabile il loro operato da parte del giudice.²³

La necessità di dare un'adeguata risposta sanzionatoria ad ogni tipologia criminale fu alla base della nascita del primo manicomio criminale, istituito ad Aversa nel 1876, come reparto del carcere destinato ai folli-rei, ossia i soggetti ai detenuti che presentavano segni di pazzia.

Dal manicomio giudiziario si è passati, con la l. 354/1975, all'ospedale psichiatrico giudiziario. Il primo intervento legislativo ad apportare un cambiamento reale lo si è avuto, però, con la l. 663/1986 (c.d. legge Gozzini) che ha eliminato la presunzione legale di pericolosità sociale dell'art. 204 c.p.

Con il D.P.C.M 1° aprile 2008 si è programmata la progressiva chiusura degli Opg che poi è stata portata avanti dalle successive leggi: la l. 9/2012 (disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari) art 3-ter ha fissato una serie di tappe che, tra ritardi e proroghe (una contenuta nella successiva d.l. 24/2013 e un'altra è seguita) si sono concluse con il decreto-legge 31

²²Cfr. M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in *Trattato di Diritto Penale*, C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Parte Generale, Tomo I, Giuffrè editore, Milano, 2009, pp. 75 e ss.

²³Cfr. T. BANDINI, B. Gualco, *Imputabilità e misure di sicurezza. Riflessioni clinico-criminologiche*, in *Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, A. Manna (a cura di), Cedam, Padova, 2002, p. 21

marzo 2014, n. 52, convertito con sostanziali modifiche nella l. 81/2014. A partire da questi provvedimenti è iniziato un lungo e accidentato percorso di superamento dell'ospedale giudiziario, che sta portando alla dimissione degli internati giudicati dimissibili e al trasferimento degli altri soggetti in nuove strutture (residenze per l'esecuzione della misura di sicurezza sanitaria) gestite dai Dipartimenti di salute mentale.

L'internamento in OPG avveniva sulla base di due condizioni: l'aver commesso un fatto previsto dalla legge come reato punito in astratto con la reclusione nel massimo superiore a due anni ed essere stato giudicato socialmente pericoloso.

Prima delle recenti modifiche, a cui si farà cenno più avanti (par. 2) in OPG era tanto facile entrare quanto difficile uscire, a causa di rigidi meccanismi previsti per legge e delle proroghe continue, che la rendevano un vero e proprio doppio binario²⁴.

Volendo fare un semplice accenno, senza pretese di esaustività: a cavallo del doppio binario si trova poi la disciplina della recidiva, consistente in un aggravamento della sanzione nei confronti di chi era rimasto insensibile alla prima condanna. Anche alla base di questo istituto vi sono valutazioni sulla possibile ricaduta nel reato e sulla pericolosità che si collocano ai confini del giudizio prognostico. La stessa Corte costituzionale specifica che *“il giudice applicherà l'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata solo qualora ritenga il nuovo episodio delittuoso concretamente significativo – in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 cod. pen. – sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo”*²⁵. Recidiva e misura di sicurezza condividono un giudizio prognostico basato su diversi livelli di rischio che giustificano l'applicazione della sola recidiva e/o della misura di sicurezza.²⁶ L'inasprimento recente della disciplina della recidiva va a sopperire proprio la poca fortuna del doppio binario.

3. Il presupposto della pericolosità sociale

²⁴per un affresco sulla situazione precedente, cfr. A. PUGIOTTO, *L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, in *Quaderni costituzionali*, f. 2, 2013, pp. 343-370; e, dello stesso Autore, *La follia giuridica dell'internamento nei manicomi criminali*, in *Volti e maschere della pena. OPG e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura di F. CORLEONE e A. PUGIOTTO, Ediesse, 2013, pp. 117-141;

²⁵Corte cost. 14 giugno 2007, n. 192.

²⁶Cfr. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli editore, Torino, 2008, pp. 47 e ss.

La pericolosità sociale nel nostro sistema giuridico è una categoria complessa fondata su un giudizio prognostico, inizialmente basato su presunzioni, e che ha fortemente subito gli influssi dell'insoddisfacente rapporto tra diritto e scienza psichiatrica.

Dopo il fatto di reato (o quasi-reato) è il secondo presupposto per l'applicabilità della misura di sicurezza ed è definita dall'art 203 c.p. come la probabilità che il soggetto, anche se non imputabile o non punibile, commetta in futuro nuovi reati. Non possiamo che indugiare un solo istante sull'aprioristica considerazione del termine 'probabilità', tale da destare l'indignazione dei matematici²⁷ riguardo all'uso indiscriminato e vago che ne fanno i giuristi: di volta in volta viene definita come 'alta', 'bassa', 'ridotta', senza alcun aggancio ad indici affidabili.

Il giudizio sulla pericolosità del soggetto si articola in due momenti, una prima diagnosi sulla base del fatto di reato commesso ed una prognosi criminale, basata sugli indici di cui all'art 133 (della cui valutazione si parlerà in seguito). Tale giudizio è alla base della eventuale comminazione della misura di sicurezza al soggetto che, a causa di fattori psicopatologici, non è giudicato imputabile o semi-imputabile.

In letteratura si parla da molto tempo di 'crisi' del concetto di imputabilità, mi limiterò quindi ad una breve schematizzazione. I problemi che di recente hanno coinvolto questo istituto sono dovuti principalmente a due fenomeni: da un lato, le declaratorie di incostituzionalità e la conseguente eliminazione delle presunzioni di pericolosità sociale, che hanno lasciato al giudice e al perito l'ingrato compito di predire la futura commissione di altri reati.²⁸ Dall'altro lato, si è assistito al sorgere di difficoltà nella comunicazione tra giuristi ed esperti, che rendono oggi poco agevole lo scambio scientifico. La scienza psichiatrica ha iniziato, prima timidamente e poi sempre con più veemenza, a rifiutare l'intera categoria giuridica perché "*concettualmente amorfa, imprecisa, inadeguata e fundamentalmente funzionale ad esigenze di controllo piuttosto che terapeutiche*"²⁹, "*chiaro esempio dei risultati illiberali del pensiero positivista*".³⁰

Quanto alle presunzioni di pericolosità contenute del codice penale, la Corte dapprima ha affermato che le prognosi legislative basate su connotati soggettivi del reo non sono di per sé incompatibili con

²⁷Un semplice accenno alle teorie di L. PECCATI in L. PECCATI, M. D'AMICO, *Metodi matematici, statistici e finanziari per giuristi*, Egea, Milano, 2015.

²⁸Cfr. M. PELISSERO, *La pericolosità sociale: categoria imprescindibile o rinunciabile?*, in *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*. Atti del Quinto Gimnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 Novembre 2012, A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO (a cura di), Giappichelli editore, Torino, 2013, pp. 239-242

²⁹U. FORNARI, S. CODA, *Imputabilità e pericolosità sociale: nuove prospettive nella valutazione forense*, in *Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, A. MANNA (a cura di), Cedam, Padova, 2002, p. 56

³⁰T. BANDINI, B. GUALCO, *Imputabilità e misure di sicurezza. Riflessioni clinico-criminologiche*, in *Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, A. MANNA (a cura di), Cedam, Padova, 2002, p. 29

la Costituzione, salvando quindi i meccanismi presuntivi. In realtà già da subito l'istituto della pericolosità presunta³¹ aveva sollevato non poche critiche, ma, almeno nelle sue prime e caute pronunce, aveva retto al vaglio della Corte costituzionale.

Le prime ordinanze di rimessione riguardanti le presunzioni assolute di pericolosità avevano avuto come esito una serie di pronunce che salvavano i meccanismi presuntivi³². I giudici *a quibus*, nel denunciare l'irrazionalità di tali presunzioni, avevano invocato vari parametri, ma non avevano fatto riferimento alla violazione del principio di eguaglianza.

Proprio il riferimento a questo parametro permette, invece, di pervenire alla prima pronuncia di accoglimento, vale a dire la sentenza n. 1 del 1971 che però non determina un vero e proprio mutamento di giurisprudenza³³. Anzi, nella successiva sentenza n. 106 del 1972 la Corte osserva come non sia facile stabilire in astratto se sia più corrispondente al principio di eguaglianza consentire al legislatore di utilizzare presunzioni o affidare al giudice l'accertamento. Queste sarebbero, infatti, valutazioni di politica legislativa, insindacabili se basate su valutazioni obiettive e uniformi, desunte dalla comune esperienza.

Nella sopraccitata sentenza n. 1/1971 la Corte opera un controllo sulla la legittimità costituzionale della presunzione legislativa di pericolosità del minore, andando a verificare che il valore predittivo in essa contenuto sia conforme all'*id quod plerumque accidit*.

Nella sentenza n. 139 del 1982 la Corte si trova a dover giudicare di un altro automatismo (artt. 222, I co., 204, cpv. e 205, cpv. n. 2, del codice penale) tramite la verifica circa il fondamento nell'*id quod plerumque accidit*. L'esito è il riconoscimento della validità della prima presunzione, che lega l'infermità mentale alla pericolosità³⁴, ma non ritiene invece che la seconda presunzione, il suo perdurare immutato, abbia fondamento razionale. Afferma, infatti, che non solo quest'ultima presunzione finisce per "*allontanare la disciplina normativa dalle sue basi razionali*" non essendo

³¹Per una puntuale analisi del vaglio del sistema delle presunzioni da parte della Corte costituzionale cfr. L. Pace, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, Testo della relazione che si è tenuta al Seminario del Gruppo di Pisa il giorno 18 settembre 2014, pp. 1-53; G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, voce destinata alla sezione di diritto penale (curata da G. Leo e F. Viganò) de *Il libro dell'anno del diritto*, 2014, Treccani (dir. da R. GAROFOLI e T. TREVU), Roma, 2014, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, pp. 1-10

³²*Ex pluris*: C. Cost. 10 marzo 1966, n. 19; C. Cost. 9 giugno 1967, n. 68; C. Cost. 27 luglio 1982, n. 139; C. Cost. 27 luglio 1982, n. 139

³³La critica è infatti circoscritta al caso concreto: "*Non v'è dubbio che la severa misura di sicurezza sia obbligatoriamente comminata nel presupposto della pericolosità sociale del minore. Sennonché, la presunzione di pericolosità, che negli altri casi previsti dal codice si basa sull'id quod plerumque accidit, non ha fondamento allorché si tratti della non imputabilità del minore di anni quattordici: ché, al contrario, può ben dirsi che qui, data la giovanissima età del soggetto, la pericolosità rappresenti l'eccezione, per cui l'obbligatorietà ed automaticità del ricovero in riformatorio giudiziario non ha giustificazione alcuna*"

³⁴"*ribadire la natura prognostica - di reiterazione di condotte criminose - del giudizio di pericolosità sociale, che rende del tutto ragionevole (anzi ineliminabile in ogni caso) il ricorso a criteri probabilistici*".

sorretta da “*dati d’esperienza suscettibili di generalizzazione*”, ma che risulta “*totalmente privo di base scientifiche.. (...) ipotizzare uno stato di salute (anzi di malattia) che si mantenga costante*”.

A partire dagli anni ’70 in avanti si assiste ad una serie di sentenze in cui veniva richiesto al giudice un ulteriore accertamento concreto della pericolosità, non bastando più il precedente criminoso³⁵. Per esempio nella sentenza n. 58 del ’95 la Corte, preliminarmente, ricorda che in materia vige il principio generale in base al quale “*tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa*” (così, infatti, stabilisce al secondo comma l’art. 31 della legge 10 ottobre 1986, il quale, inoltre, al primo comma ha abrogato l’articolo 204 c.p.). Una misura che si dimostrasse non conforme a tale principio, perché costruita in termini presuntivi, potrebbe superare il controllo di costituzionalità solo a seguito di un “*rigoroso scrutinio*”. In queste ipotesi, infatti, la restrizione della libertà personale deve trovare giustificazione nell’*“effettiva garanzia di altri valori costituzionali”*.

Con la nota sentenza 253 del 2003, la Corte costituzionale sembra inaugurare un nuovo corso della propria giurisprudenza in tema di automatismi.

Compiendo, infatti, un significativo parallelo tra la situazione dell’infermo e quella del minore, accoglie le rimostranze contenute nell’ordinanza di rimessione che denunciava il “*rigido automatismo della regola legale*”, che impone al giudice di applicare una determinata misura di sicurezza, nello specifico il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario anche quando sarebbe più adeguata una misura diversa, meno drastica e segregante. Viene eliminato quindi l’automatismo, rendendo la regola legislativa adeguata al caso concreto, anche se ancora insoddisfacente dato che “*solo il legislatore (la cui inerzia in questo campo, caratterizzato da scelte assai risalenti nel tempo e mai riviste alla luce dei principi costituzionali e delle acquisizioni scientifiche ...) può intraprendere la strada di un ripensamento del sistema delle misure di sicurezza, con particolare riferimento a quelle previste per gli infermi di mente autori di fatti di reato*”.

Infine viene in rilievo la sentenza n. 208 del 2009, con la quale la Corte rigetta la questione di legittimità costituzionale, affermando la necessità di esperire il tentativo di interpretazione conforme, reso possibile dalla presenza in materia del “*principio secondo il quale si deve escludere l’automatismo che impone al giudice di disporre comunque la misura detentiva*” quando una misura meno drastica “*si riveli capace, in concreto, di soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura e tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale*”. La decisione, quindi,

³⁵La Corte, per esempio, ribadisce l’irrazionalità della presunzione di persistenza dell’infermità anche per le ipotesi di vizio parziale di mente nella sentenza n. 249 del 1983. La necessità dell’accertamento della concreta pericolosità viene ribadito dalla Corte nella sentenza n. 1102 del 1988 . per una completa disamina delle pronunce in materia cfr. G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Giuffè editore, 2012, pp. 237 e ss.

conferma quanto affermato dalla Corte nelle decisioni precedenti, ossia la necessità che il giudice valuti la misura da adottare al fine di soddisfare il necessario equilibrio tra le esigenze del caso concreto.

Le presunzioni, seppur condannabili, svolgevano però una ben precisa funzione ‘sociale’: quella di liberare il giudice dal peso incombente della decisione sulla pericolosità di un soggetto per la comunità. Lo scenario non è nuovo, infatti ciò che il codice Rocco affidava a presunzioni, non era molto diverso dal compito che nel medioevo veniva affidato alle ordalie, ‘prove’ che dovevano dimostrare l’innocenza o la colpevolezza dell’imputato agli occhi del giudice e della collettività. Lo scopo era far sì che l’aspetto inumano del giudicare, compito divino e non umano, fosse affidato a ‘segni’ appunto del giudizio di Dio che rendevano obbligata una determinata decisione.

Oggi molto è cambiato, ma non il disagio di dover giudicare delle coscienze, e la conseguenza è una partita di ping-pong tra giudici e periti, nessuno dei quali vuole dover rispondere alla domanda: ‘oltre ad essere matto, è anche pericoloso?’.

Riprendendo la riflessione svolta in *Sorvegliare e punire*, la funzione di questi saperi extragiuridici, nuove tecniche, nuovi discorsi scientifici, non è tanto quella di integrare il sapere giuridico, ma, proprio come nel Medioevo, è quella di “*discolpare il giudice dall’essere puramente e semplicemente colui che castiga*”³⁶.

Il problema con cui si scontra chi deve operare suddetta prognosi è quello di definire cosa si intenda per ‘pericolosità sociale’, data la difficoltà di utilizzare nella pratica del diritto la generica definizione di “*maggior probabilità di commettere reati*”³⁷.

Esistono, nell’elaborazione scientifica attuale, quattro modelli di accertamento della pericolosità sociale: quello clinico anamnesico, basato sull’osservazione e analisi psichiatrica che esclude i parametri esterni; quello statistico-attuariale, che lega dei punteggi a determinati fattori di predittività e, sulla base dell’esito valuta il grado di pericolosità (sul presupposto dell’appartenenza del soggetto ad uno dei gruppi di rischio sulla base dei quali sono stati fatti gli studi). Infine gli altri due modelli sono quello misto ed il metodo intuitivo basato sul fiuto del giudice, soggettivo ed arbitrario ma assai comune.

Pare preferibile la tesi di un modello multifattoriale, in cui i dati personali vengano analizzati alla luce di quelli sociologici e statistici. “*Ogni volta che un medico sia chiamato a prevedere il futuro comportamento di una persona, egli non può che onestamente riconoscere di non disporre di alcun*

³⁶M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 2011, p. 25

³⁷secondo ANTOLISEI “*la pericolosità criminale è la molto rilevante attitudine di una persona a commettere un reato*” in Manuale di diritto penale. Parte generale. 16° ed, Giuffrè, Milano 2003, p 652; dello stesso segno DELL’OSSO: “*molto rilevante attitudine di un autore di reato a commettere altri reati*” e “*caratteristica contingente, eventuale del soggetto autore di reato, da accertare di volta in volta*”, G. DELL’OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Giuffrè editore, Milano, 1985, pp. 75-77.

*elemento non si dice probante, ma nemmeno adeguatamente indicativo (...) ciò non toglie che in medicina si possano fare delle previsioni (..) esse però sono invariabilmente di tipo statistico*³⁸.

Il vecchio automatismo che legava alla malattia mentale un giudizio di pericolosità e, di conseguenza, l'internamento in manicomio giudiziale era criticabile per le gravi restrizioni delle libertà cui dava adito, ma non sotto il profilo della certezza e parità di trattamento. I nuovi meccanismi di accertamento, al contrario, sono fonte di abusi proprio per l'indeterminatezza di fondo dei parametri su cui si fondano.³⁹

Gli studi delle neuroscienze, della Neuroanatomia, delle componenti neurobiologiche del comportamento decisionale, sono volti a dimostrare che vi è una base neuronale anche nel giudizio morale. Il binomio *neuroscience and law* è fino a oggi stato caratterizzato da due approcci opposti: una fiducia cieca nel progresso scientifico o un rifiuto netto, basato sull'incompatibilità della spiegazione biologica del comportamento col principio del libero arbitrio e della responsabilità umana. Il disvelarsi di nessi che legano mente e corpo, la scoperta della rilevanza delle emozioni nel processo decisionale destano timori per la parentela (seppur lontana) con teorie deterministiche.⁴⁰

Mentre il dibattito dottrinale sulla loro utilizzabilità è rimasto inalterato negli ultimi anni, i progressi scientifici mettono ulteriormente in crisi concetti come la libertà del volere e imputabilità.⁴¹

L'apporto epistemologico della comunità scientifica permea la giurisprudenza in tema di libera determinazione, infermità di mente, imputabilità e pericolosità, ma le domande dei giudici e le risposte della scienza ancora non combaciano.

3.1. *Il giudice bendato. Riduzione degli indici di valutazione*

In sede di conversione del d.l. 52/2014 (recante disposizioni urgenti in materia di superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari) nella l. 81/2014 sono state introdotte importanti novità in tema di misure di sicurezza detentive destinate al malato psichiatrico. Senza inoltrarci in una pedissequa disamina del loro contenuto, queste disposizioni vanno nella direzione di un uso residuale delle

³⁸A. MANACORDA, *Malattia mentale, imputabilità e pericolosità sociale: dalla rilettura dei contributi alla proposta di rilettura dei problemi*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, G. CANEPA E M.I. MARUGO (a cura di), Cedam, Padova, 1995, pp. 102-103

³⁹Cfr. M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso" del reato*, in *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*. Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 Novembre 2012, A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO (a cura di), Giappichelli editore, Torino, 2013, pp. 273 e ss.; F. FERRACUTI E G. NEWMAN, *Le ipotesi psicologiche in criminologia*, in *Teorie criminogenetiche, prevenzione, ruolo delle istituzioni*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 119-159

⁴⁰cfr. G.M. FLICK, *Neuroscienze (Diritto Penale)*, in *Rivista AIC*, 2015. F. 4, pp. 1-10

⁴¹Cfr. O. D. JONES AND F. X. SHEN, *Law and Neuroscience in the United States*, in *International Neurolaw*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012, pp. 349-380

misure di sicurezza e prevedono, per la prima volta, un limite fisso di durata massima. Oltre a ciò, l'accertamento della pericolosità sociale “è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona senza tenere conto delle condizioni di cui all’art 133, secondo comma, numero 4, del codice penale. Allo stesso modo provvede il magistrato di sorveglianza quando interviene ai sensi dell’art 679 del codice di procedura penale. Non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali” (art 1.). Di conseguenza la misura di sicurezza dovrà essere applicata valutando solo le qualità soggettive dell’infermo e seminfermo, con l’esclusione delle condizioni di vita individuale, familiare, sociale e senza considerare l’eventuale mancata previsione di un programma terapeutico da parte dei servizi psichiatrici territoriali.⁴²

L’intenzione dell’intervento legislativo non è quella di decontestualizzare il giudizio di pericolosità, per allontanarlo dagli aspetti sociali e territoriali, ma si è voluto sottrarre da questa prognosi il peso della situazione di abbandono in cui non di rado versano queste persone. Spesso i fattori esterni e, in particolare, l’assenza di programmi terapeutici hanno un’influenza molto pesante sul giudizio di pericolosità, conducendo ad una sua conferma. La “magnetica forza attrattiva delle istituzioni di internamento”⁴³ portava, di proroga in proroga, alla cronicizzazione della situazione dell’internato.

I parametri ex articolo 133 da valutare ai fini della prognosi di pericolosità sono divisi in due grandi categorie: la gravità del reato e la capacità a delinquere. Data l’ambiguità e genericità dei criteri, è stato osservato come l’unica via per individuarne un’interpretazione corretta sarebbe assicurarne l’aggancio ai principi costituzionali. Il criterio da valutare in via preliminare sarebbe quindi della gravità del fatto e un ruolo subordinato spetterebbe alla capacità a delinquere. Quest’ultima da alcuni è stata intesa come riferita al passato, come criterio per misurare il rimprovero per il fatto commesso, mentre secondo l’interpretazione preferibile sarebbe da collegare alla pericolosità e, quindi, da interpretare come attitudine del soggetto a commettere nuovi reati.⁴⁴

Nel giudizio relativo alla capacità a delinquere del soggetto un ruolo assai rilevante era ricoperto dalla valutazione dei fattori esogeni che possono portare una persona a delinquere nuovamente. La malattia di mente non si può più considerare uno stato permanente, ma consiste in una realtà mutevole, sensibile a numerosi e svariati fattori. Per questi motivi la recente riforma desta alcune

⁴²Cfr. P. DI NICOLA, *La chiusura degli OPG: un’occasione mancata*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 13 marzo 2015, pp. 1-26; A. Manna, *La lunga e accidentata marcia verso l’abolizione degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, in *Antigone*, f.1, 104, pp. 11-26

⁴³D. PICCIONE, *Libertà dall’Ospedale psichiatrico in dimissione e rischi di regressione istituzionale*, in *Rivista AIC*, f. 4, 2014, p. 7

⁴⁴Cfr. F. KING, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. I, 3° ed, 2011, art. 133, pp. 1719 e ss.

perplexità non di poco momento, costituendo una sostanziale inversione di tendenza rispetto alle indicazioni clinico-forensi e giurisprudenziali dell'ultimo decennio.⁴⁵

Accanto alla realtà psichiatrica e a quella giudiziaria sparisce dall'orizzonte visuale del giudice il terzo elemento, ossia il contesto sociale, in realtà ad essi strettamente embricato. L'ambiente sociale ed i valori culturali che esprime possono rappresentare un fattore non trascurabile della genesi e della evoluzione della malattia mentale e “*rappresentano il referente naturale ed obbligato dell'attività legislativa e conseguentemente giudiziaria*”.⁴⁶

L'analisi che si concentrasse solamente sulle caratteristiche dell'individuo, prescindendo dalla considerazione dell'insieme delle relazioni con il contesto nel quale esso è inserito, apparirebbe poco fruttuosa, perché escluderebbe dal suo orizzonte proprio i dati che più vanno ad incidere sulla concreta possibilità di una recidiva.

Nonostante l'intenzione benevole della legge, la riduzione della valutazione a giudizio a base parziale pare ad alcuni irragionevole e poco persuasiva, perché la scelta del legislatore in questo caso non sarebbe accompagnata da fondamenti scientifici unanimemente accettati.⁴⁷ In particolare l'Associazione Nazionale Magistrati, il Coordinamento dei Magistrati di Sorveglianza e la Società Italiana di Criminologia sono per una volta concordi nel criticare aspramente la legge di conversione del D.L. n. 52 del 2014. Il giudizio di pericolosità sociale svincolato dai parametri di cui all'art 133 comma2, n. 4 derogherebbe all'art 203 c.p. e finirebbe per causare forzature ed incrinature nella categorie penalistiche, criminologiche e psichiatriche, senza che vi sia stata una ponderata rivisitazione della materia. Nello specifico vi sarebbe il rifiuto della ormai comunemente accettata opzione multicausale dell'origine della pericolosità, quasi che il reato si sia realizzato in un *vacuum* sociale a cui si aggiungerebbe un contrasto con altre discipline, quale quella della messa alla prova ex art. 464 quater c.p.p., che si basano appunto sulla valorizzazione degli indici ex art. 133 c.p.⁴⁸

Il rischio di un tale approccio, alla base- come si vedrà- di una recente questione di costituzionalità, è infatti costituito dal ritorno ad una pericolosità sociale “*decontestualizzata*”, in cui il giudizio finirebbe per essere basato su astrazioni che ci consegnano, di fatto, “*un'immagine antropologicamente*

⁴⁵Cfr. nota di R. BIANCHETTI, *Sollevata questione di costituzionalità*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

⁴⁶O. GRECO, R. CATANESI, *Malattia mentale e giustizia penale. La percezione sociale della malattia mentale e della pericolosità del malato di mente*, Giuffrè editore, Milano, 1988, p. 161

⁴⁷Cfr. A. MANNA, *La lunga e accidentata marcia verso l'abolizione degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, in *Antigone*, f.1, 104, pp. 11-26

⁴⁸<http://www.associazionemagistrati.it/doc/1583/comunicato-congiunto-anm-e-conams-su-ospedali-psichiatrici-giudiziari.htm>; www.conams.it/wp-content/uploads/2014/09/Risposta-SIC.doccommento; cfr. anche il commento di: I. MERZAGORA I., *Pericolosi per come si è: la (auspicata) chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari e la (discutibile) pericolosità sociale come intesa dal decreto legge n. 52 del 31 marzo 2015*, in *Riv. It. Med. Leg.*, f.1, 2015, pp. 359-363.

*distorta dell'autore del reato, come un soggetto da laboratorio sottratto all'influenza dei fattori esterni".*⁴⁹

Per contro proprio la valutazione del contesto sociale, nella maggior parte dei casi degradato, ha molte volte portato ad accertamenti al confine col diritto penale d'autore. La *ratio* della nuova norma sarebbe appunto quella di impedire le continue proroghe della misura di sicurezza, dovute allo stato di indigenza e alla carenza di un contesto familiare e sociale atto ad accogliere chi prima era 'ospite' di un OPG. Senza voler puntare il dito contro nessuno, che, come abbiamo visto, è a volte sola nell'effettuare prognosi di pericolosità, è comunque una costante la serie di proroghe da parte della magistratura di sorveglianza dovute ad una generica 'pericolosità latente'.⁵⁰

La stessa Commissione parlamentare di inchiesta sulla efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale, nella redazione della Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari⁵¹ (dagli esiti talmente sconvolgenti da essere all'origine di tutte le successive riforme in materia) ha rimarcato la necessità di "*porre un argine al fenomeno delle proroghe sistematiche*" basate su una certa "*dilatazione del concetto di pericolosità sociale*".⁵²

Il tema appena trattato è proprio l'oggetto di una questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Messina (ord. 247/2014, depositata il 16 luglio 2014, estensori N. Mazzamuto e C. Ippolito)⁵³ ed esaminata in camera di consiglio lo scorso 24 giugno. I parametri richiamati dai giudici remittenti chiamano in causa l'intera Costituzione e la tesi sostenuta è che la riduzione degli indici di valutazione introdurrebbe una forma mascherata e surrettizia di presunzione legislativa di pericolosità (o di non

⁴⁹M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Diritto Penale*, 8, 2014, p. 924

⁵⁰cf. F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra 'sottigliezze empiriche' e 'spessori normativi': la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 11 dicembre 2014, pp. 1-28

⁵¹atti del Senato della Repubblica, XVI Legislatura, doc XXII-bis n. 4, Approvata dalla Commissione nella seduta del 20 luglio 2011, Relatori. sen. M. SACCOMANNO e sen. D. BOSONE

⁵²"si evidenzia inoltre la necessità di un più stretto raccordo tra magistratura e Servizi psichiatrici territoriali" che "permetterebbe probabilmente 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, che dovrebbero essere individuate e messe a disposizione dai competenti Dipartimenti di salute mentale." Pp. 5-6

⁵³nota di R. BIANCHETTI, *Sollevata questione di legittimità costituzionale in merito ai nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale del seminfermo di mente*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, pp. 1-8; A. MANNA, *La lunga e accidentata marcia verso l'abolizione degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Antigone*, f. 1, 2014, pp. 11-26; F. MAISTO, *Quale superamento dell'OPG?*, in *Antigone*, f. 1, 2014, pp. 27-49; 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. e proc. pen.*, 2013, f. 1, pp. 64-103; A. PUGIOTTO, *L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, in *Quaderni costituzionali*, f. 2, 2013, pp. 343-370; D. PICCIONE, *Politica delle libertà costituzionali e soppressione degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, f. 6, 2013, pp. 5157-5177; sempre dello stesso autore *Libertà dall'Ospedale Psichiatrico in dimissione e rischi di regressione istituzionale*, in *Rivista AIC*, f. 4, 2014, p. 1-13

pericolosità), senza una valida giustificazione scientifica. L'impossibilità di valutare questi elementi inciderebbe infatti in modo determinante e distorsivo sul giudizio in corso⁵⁴.

3.2 *Qualche riflessione sulle novità legislative all'indomani della sentenza n. 186 del 2015.*

L'attesa pronuncia della Corte è stata pubblicata il 23 luglio scorso (Presidente Criscuolo e Redattore Lattanzi) e, sebbene la parte motiva sia piuttosto asciutta, merita un breve approfondimento. Mentre l'inserimento dei principi di sussidiarietà e flessibilità delle misure di sicurezza detentive (analogo a quello introdotto per le misure cautelari dall'art 275, co. 3 c.p.p.) non crea particolari problemi agli interpreti, essendo stato da tempo elaborato dalla giurisprudenza costituzionale (come abbiamo cercato di illustrare), le novità in materia di giudizio prognostico offrono invece interessanti spunti di discussione, soprattutto a seguito della soluzione interpretativa adottata dalla recente pronuncia n. 186 del 2015.

Nella sua lunga e articolata ordinanza di rimessione⁵⁵, il Tribunale di Sorveglianza di Messina fonda l'incostituzionalità della disciplina sul fatto che questa non permetterebbe al giudice di valutare- ai fini del giudizio sulla pericolosità sociale- le condizioni di vita individuali, familiari e sociali e l'assenza di progetti terapeutici individuali. Vi sarebbe infatti l'assoluta impossibilità di operare una prognosi in chiave probabilistica dei comportamenti futuri del soggetto, senza poter valutare i fattori interdetti dalla nuova normativa⁵⁶.

I profili di incostituzionalità evidenziati dai giudici rimettenti sono numerosi ed eterogenei: si profila per esempio la violazione degli artt. 1 e 4, perché sarebbe stata trascurata l'importanza del lavoro come condizione di vita fondamentale e strumento rieducativo; dell'art 2, ove non viene valutata la condizione del soggetto come singolo e nelle formazioni sociali; del principio di ragionevolezza a

⁵⁴Il caso: la fattispecie delibata dal Tribunale di Sorveglianza messinese riguarda un cittadino tunisino sottoposto alla misura di sicurezza detentiva della casa di cura e custodia in seguito alla commissione del delitto di tentato omicidio. Il soggetto era stato giudicato socialmente pericoloso sulla base delle risultanze peritali, che avevano accertato la presenza di una patologia definibile come 'discontrollo degli impulsi in soggetto con esiti di trauma cranico' e sulla base dell'assenza di una fissa dimora, di una stabile occupazione e di un contesto familiare che potesse accoglierlo. In seguito alla richiesta di revoca anticipata della misura detentiva, il magistrato di sorveglianza aveva dato risposta negativa avendo riscontrato la necessità di un reinserimento graduale che però si scontrava con la concreta mancanza di un progetto terapeutico individuale. In seguito all'appello proposto nei confronti di tale decisione il Tribunale di Sorveglianza di Messina ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art 1 l. 30 maggio 2014, n. 81, di conversione del d.l. 31 marzo 2014 n. 52, recante disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari per ritenuto contrasto con gli artt. 1, 2, 3, 4, 25, 27, 29, 30, 31, 32, 34, 77, 117 Cost.

⁵⁵per un approfondimento vedi F. FIORENTIN, *Al vaglio di costituzionalità i parametri di accertamento della pericolosità sociale dei mentally ill offenders*, in *Archivio Penale*, 2014. f. 3, pp. 1-10

⁵⁶"*dovendo fondare il giudizio prognostico sulla base delle qualità soggettive della persona, ignorando forzatamente i fattori prognostici interdetti dalla normativa denunciata, ancorché acquisiti alla cognizione del fascicolo processuale, la stessa prognosi risulti impossibile o radicalmente alterata – in quanto tale prognosi altro non è che la previsione in chiave probabilistica dei comportamenti che il soggetto potrà assumere proprio nel contesto delle condizioni individuali, familiari, socio- assistenziali e sanitarie di cui la norma prescrive di non tener conto –, con la conseguenza che sarà ardua, profondamente incerta ed affidata ad un volontarismo giudiziario arbitrario, cognitivamente inadeguato e teleologicamente disorientato, la scelta di se e di quale misura mantenere o adottare e del suo contenuto prescrittivo*".

causa lo squilibrio normativo risultante dalle modifiche legislative e l'inserimento di forma surrettizie di presunzione di pericolosità. I giudici remittenti sottolineano, infatti, il paradosso di valutare “*una pericolosità sociale senza la società*”, che porterebbe al ritorno di un modello prognostico unifattoriale e individualistico, incentrato in via principale su fattori endogeni. Altro motivo di irrazionalità sarebbe infine l'irragionevole e ingiustificata disparità di trattamento rispetto ai soggetti imputabili, per i quali rimane in vigore la valutazione della pericolosità su base globale.

Benché le preoccupazioni del Tribunale di Messina siano generalmente condivisibili, nel caso concreto la soluzione non solo legislativamente imposta, ma anche costituzionalmente conforme avrebbe dovuto essere l'annullamento della pronuncia di rigetto del Magistrato di sorveglianza. La misura custodiale era stata negata al soggetto dal magistrato di sorveglianza, nonostante avesse mantenuto tutto il tempo ‘una condotta sostanzialmente regolare’ senza necessità di una terapia, sulla base di sole circostanze esterne a lui non imputabili.

I dubbi relativi alla compatibilità costituzionale delle novità legislative introdotte con la l. 81 del 2014 si basavano soprattutto sulla situazione opposta: soggetti affetti da patologie non destinate a migliorare, ma situati in un contesto favorevole e rientranti in un percorso terapeutico, potevano (possono forse) subire valutazioni negative dovute all'impossibilità di considerare questi fattori⁵⁷. Per ovviare a questo inconveniente erano già state avanzate ipotesi di interpretazioni *in bonam partem* delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale, che, pur non potendo fondare un giudizio di pericolosità, potrebbero essere valutate ai fini della sua esclusione.

La risposta della Corte è invece molto netta ed offre una soluzione interpretativa affatto scontata, ma comunque in linea coi principi ispiratori della riforma.

Il presupposto dell'ordinanza di remissione è l'avvenuta modifica del giudizio di pericolosità sociale relativo ai soggetti non imputabili o semi-imputabili, tale per cui sarebbe accresciuto a dismisura il peso della malattia mentale, ed è proprio la fondatezza di questo assunto ad essere contestata *in toto* dalla Corte costituzionale. La tesi abbracciata dai giudici costituzionali è che le novità non riguardano la pericolosità sociale come categoria generale, bensì solamente la valutazione della pericolosità da operare ai fini del ricovero in ospedale psichiatrico o in una casa di cura.

La conseguenza è che il giudizio sulla pericolosità sociale, se non deve essere incentrato esclusivamente su caratteristiche dell'autore, a parere della Corte deve però basarsi in parte su di esse, non bastando la pericolosità situazionale, del contesto, per privare della libertà la persona malata. Il risultato è che, nel caso sottoposto al giudizio del Tribunale di Sorveglianza, a fronte di una situazione

⁵⁷Cfr. M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. e processo*, 2014, f. 8, p. 926.

clinica di per sé non rischiosa, il soggetto non potrà essere chiuso in OPG per ovviare alla sua solitudine e al rischio di futuri eventi violenti.

La sentenza in commento è in linea con i principi ispiratori della l. 81 del 2014 che già all'art 1 ter prevede l'obbligo di predisporre e inviare al Ministero della salute e all'autorità giudiziaria entro quarantacinque giorni i percorsi terapeutici individuali di dimissione di ciascuno dei ricoverati in OPG. Con la pronuncia della Corte si conferma l'intenzione di non lasciare spazio alcuno al lassismo dei servizi territoriali e della della magistratura, né a scelte dal sapore autoritario.

Ciò che non è più accettato è l'uso delle misure custodialistiche come unica soluzione di comodo al presentarsi di situazioni come la mancanza di un progetto terapeutico, di un lavoro e di una famiglia, che sono situazioni sgradevoli e 'criminogene', ma che, almeno nel primo caso, non sono irreversibili. La mancanza di un progetto terapeutico non potrà più portare all'OPG, ma mi sia perdonata l'ovvietà alla predisposizione di un progetto terapeutico. Con questa costruzione del giudizio di pericolosità come duplice, la Corte forza la mano al giudice che sarà finalmente costretto, per mancanza di alternative, a trovare un accordo con i servizi territoriali per predeterminare un percorso terapeutico concreto.

Rimangono alcune zone grigie che potrebbero determinare qualche difficoltà interpretativa. La novità legislativa rientra infatti in due grandi tendenze ormai non più recenti: la decretazione d'urgenza utilizzata senza timore di esautorare il Parlamento dei suoi poteri (nel caso di specie, senza grandi rimpianti) e la modifica della disciplina che si configura ancora una volta come extracodicistica.

Vi è anche chi ha rilevato una parziale contraddizione tra la attuale disciplina delle misure di sicurezza custodiali e la parziale contraddizione rispetto alla disciplina della libertà vigilata: gli elementi che il legislatore esclude dalla valutazione ai fini della scelta della misura di sicurezza custodiale sono gli stessi che ostano all'applicazione della libertà vigilata. L'infermo di mente, ex art. 232 c.p., non può essere infatti posto in libertà vigilata se non quando sia possibile affidarlo ai genitori, agli obbligati all'assistenza o a istituti di assistenza sociale, e proprio l'assenza di programmi terapeutici individuali è una delle prime cause del fallimento della libertà vigilata con prescrizioni terapeutiche, indicata dalla Corte come alternativa possibile all'OPG⁵⁸.

L'unico rischio altamente probabile è che nella prassi a modificarsi sia solo la giustificazione del provvedimento, ma non la sua sostanza.

⁵⁸cf. A. MASSARO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive nel processo di 'definitivo superamento' degli ospedali psichiatrici giudiziari: la lettura della Corte costituzionale con la sentenza n. 186 del 2015*, in *Archivio Penale*, 2015, f. 2, p. 5.

Come notazione finale si può solo osservare la peculiarità del dispositivo⁵⁹, molto lungo e dalla fisionomia simile a un accoglimento, quasi a rimarcare che la questione così come formulata non era accoglibile, un domani chissà.

4. Homo homini lupus? *Brevi riflessioni sulla percezione collettiva del rischio.*

Negli ultimi anni c'è stata una sempre più forte richiesta di protezione da parte della società dovuta ai cambiamenti avvenuti al suo interno, che hanno avuto come conseguenza il manifestarsi di un senso di insicurezza nelle relazioni tra i consociati. Gli effetti sono stati, da un lato la percezione del rischio di crimini come un fatto sociale normale, connaturato alla vita quotidiana, dall'altro una perenne sensazione di paura, che pone il tasso di criminalità effettiva davanti allo specchio deformante della percezione collettiva.⁶⁰

Alcuni studiosi americani si sono occupati dei meccanismi con cui comunemente le persone valutano i rischi. Ai fini del presente lavoro non si potrà che accennare ad alcuni punti di contatto tra questi studi e le risposte dell'ordinamento alle paure delle persone.

Di particolare interesse sono le teorie empiriche elaborate da Sunstein in merito alle molle che possono spingere il diritto verso direzioni sbagliate o irrazionali. In particolare l'Autore ha compilato un catalogo di meccanismi sociali e psicologici che influenzano la percezione collettiva del rischio. Tra di essi vi sono atteggiamenti ricorrenti, come il considerare l'evento più probabile se si riesce ad immaginarne le conseguenze (*availability heuristic*); o invece il completo disinteresse verso la probabilità che un evento si verifichi se suscita emozioni forti (*probability neglect*); o il rifiuto di rischiare il conosciuto per la novità (*loss aversion*); la tendenza a valutare il rischio singolo senza pensare agli effetti generali (*system neglect*). Questi meccanismi portano a giudicare in maniera falsata i rischi, facendosi influenzare da paure irrazionali.⁶¹

⁵⁹“Per questi motivi la Corte costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art., comma 1, lettera b), del decreto-legge 31 marzo 2014, n. 52 (Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 30 maggio 2014, n. 81 «nelle parti in cui stabilisce che l'accertamento della pericolosità sociale “è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'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”», sollevata, in riferimento agli artt. 1, 2, 3, 4, 25, 27, 29, 30, 31, 32, 34, 77 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art 5 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848, e all'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, proclamata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite a New York il 10 dicembre 1948, dal Tribunale di sorveglianza di Messina, con l'ordinanza indicata in epigrafe.”

⁶⁰Cfr. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 11-17

⁶¹Cfr. C. R. SUNSTEIN, *Risk and Reason*, Environment, Cambridge University Press, 2002; dello stesso autore *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Il Mulino, Bologna, 2010; P. SAVONA, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, Editoriale Scientifica, 2013, Napoli

Nel *risk assessment*, stante l'impossibilità di raggiungere un rischio pari a 0, occorre individuare quale sia il rischio accettabile, in caso contrario, a fronte di un'emergenza, si assisterà alla sospensione del normale esercizio delle libertà.

Nel disciplinare attività rischiose è spesso invocato il principio di precauzione, che negli ultimi anni ha avuto molto successo sia a livello europeo che internazionale divenendo un punto di riferimento delle politiche regolative.⁶² Il principio di precauzione, nelle sue diverse formulazioni, funziona come un principio del sospetto: non potendo determinare *a priori* se da un fenomeno verranno benefici, ci si atteggia come se dovessero derivarne effetti negativi.⁶³ La versione debole suggerisce che la sola mancanza di una prova del futuro danno non potrebbe giustificare l'assenza di regolazione, la versione più forte, invece, invita a prendere misure precauzionali ogni volta sussista un possibile rischio per la salute o la sicurezza, anche se non vi sono prove in merito e i costi di dette misure siano elevati.

La prima obiezione che Sunstein fa al principio di precauzione riguarda l'allocazione delle risorse, infatti, se si affrontano ingenti spese per far fronte a determinati rischi, non si potranno poi utilizzare quelle risorse per altre necessità. La coperta delle risorse è corta, come quella dei diritti, per cui offrendo la massima tutela ad un dato interesse, per esempio la sicurezza, lo si farà prevalere sugli altri.

Occorre compiere delle scelte che, in una democrazia rappresentativa, sono influenzate in modo determinante dal sentimento collettivo.⁶⁴ Non sempre però far proprie le paure collettive corrisponde a compiere scelte razionali, poiché è stato dimostrato che la maggioranza delle persone tende a sovrastimare determinati pericoli e a sottostimarne altri indipendentemente dalla concreta possibilità che essi si realizzino. La maggioranza delle persone, per esempio, sembra avere maggiore avversione nei confronti dei rischi che comportano danni gravi con bassa probabilità di occorrenza, rispetto a pericoli concreti che quasi certamente si verificheranno, ma che non evocano immagini drammatiche. La generale tendenza culturale è orientata alla ricerca della sicurezza collettiva, secondo il principio *in dubio pro securitate* che domina tipicamente in materia ambientale e nella sicurezza alimentare, ma

⁶²ex multis: C. R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Il Mulino, Bologna, 2010; P. HARREMOËS, D. GEE, M. MACGARVIN, A. STIRLING, J. KEYS, B. WYNNE E S. GUEDES VAZ (a cura di), *The Precautionary Principle in the 20th Century. Late Lessons from Early Warnings*, London, Earthscan, 2002; D. VOGEL, *Risk Regulation in Europe and in the United States*, Berkeley (California), Haas Business School, 2002; *Il principio di precauzione tra filosofia, biodiritto e biopolitica*, a cura di L. MARINI E L. PALAZZANI, Ed. Studium, Roma, 2008;

⁶³Cfr. C. VIGNA, *Responsabilità e precauzione*, in *Il principio di precauzione tra filosofia, biodiritto e biopolitica*, a cura di L. MARINI E L. PALAZZANI, Ed. Studium, Roma, 2008, pp. 27-38

⁶⁴"It is generally agreed that defining the level of acceptable risk is a normative decision that belongs to the democratically elected and accountable institutions of a state." T. CHRISTOUFOROU, *The Precautionary Principle, Risk Assessment, and the Comparative Role of Science*, unpublished paper n. 16 above, p. 12, in D. VOGEL, *The Politics of Risk Regulation in Europe and the United States*, The Yearbook of European Environmental Law Volume 3, (2003), p. 5

che trova spazio anche nella gestione del rischio di reato. Si tende infatti ad estendere la tutela sino a cercare di impedire la futura commissione di atti illeciti. Il punto non è più prevenire pericoli che abbiano alta probabilità di verificarsi, ma di porre in essere forme sempre più anticipate di prevenzione del rischio della commissione di futuri reati da parte di soggetti che, secondo la comune opinione, costituirebbero un pericolo per la società.⁶⁵

Nel campo delle misure destinate ai malati psichiatrici si assiste senza dubbio al prevalere delle istanze securitarie, fondate sulla convinzione che determinate persone siano altamente pericolose per la società, mentre la concreta probabilità che i pericoli temuti si realizzino sono basse. Nell'analisi delle problematiche legate alla malattia mentale vi è chi ritiene ormai assodato che non vi sia una correlazione tra disturbo mentale e criminalità⁶⁶, alcune statistiche hanno suggerito come per la società costituiscano un costo ben maggiore i reati commessi dai cosiddetti colletti bianchi⁶⁷.

Ma l'atteggiamento di chi, con convinzione generosa negli intenti ma preconcetta, nega qualsiasi relazione tra malattia e rischio criminale e quello, invece, di chi ritiene il malato più incline al delitto, sono due modi di pensare opposti negli esiti argomentativi, ma di eguale emotività. Le ricerche svolte in materia di minore/maggiore o uguale tendenza al delitto dei malati sono numerose, eterogenee e di varia provenienza e spesso portano a risultati contrastanti, ma vi è chi ritiene che non le si possa considerare affidabili e praticabili nel nostro ordinamento: il nesso tra patologia e giudizio di pericolosità considerato in detti studi dipenderebbe da condizioni sociali, ambientali e terapeutiche molto differenti da quelle italiane⁶⁸.

La psichiatria in questo gioco ha una funzione maledetta, ossia quella di indicare chi sono i sani e chi i malati, nell'impossibilità-scientificamente dimostrata- di indicare una linea di demarcazione tra le due categorie.⁶⁹ Il suo è un doppio ruolo, da un lato ha un compito medico, di cura della salute e del benessere individuale, dall'altro un compito sociale volto alla repressione dei comportamenti devianti, dannosi per la società. Il controllo degli individui a favore del bene collettivo può essere esercitato

⁶⁵Cfr. F. ROCCHI, *L'istituto tedesco della Sicherungsverwahrung: il dialogo tra la Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale*, in *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*. Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 Novembre 2012, A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO (a cura di), Giappichelli editore, Torino, 2013, pp. 372 e ss

⁶⁶Per tutti Cfr. M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Giuffrè editore, Milano, 1990 p. 491 e ss.

⁶⁷Cfr. E.H. SUTHERLAND, *La criminalità del colletti bianchi e altri scritti*, Unicopli, Milano, 1986, p. 65-66; significativa è anche l'indagine della composizione della popolazione che abita(va) gli OPG, come fedelmente riportato in M. A. FARINA COSCIONI, *Matti in Libertà. L'inganno della "legge Basaglia"*, Editori internazionali riuniti, 2011, p. 84; cfr. anche B. Saraceno, *Riabilitare la città*, in <http://dignitas.sestaopera.it/pagine/53/it/riabilitare-la-citta>

⁶⁸Cfr. I. MERZAGORA BETSOS, *Imputabilità e pericolosità sociale: un punto di vista criminologico e psicopatologico forense*, in *Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, A. MANNA (a cura di), Cedam, Padova, 2002, pp. 106-107

⁶⁹Concetto espresso da F. BRUNO al Convegno di Criminologia tenutosi a Bari 25 settembre 2014

solo lasciando al soggetto la possibilità di difendersi, ma ciò diventa impossibile quando il controllo è esercitato tramite la cura.⁷⁰

Non molto diverso dalla Roma del 1698 raccontata da Foucault: *“L’internamento viene così giustificato doppiamente, in un indissociabile equivoco, a titolo di beneficio e a titolo di punizione. E’ insieme ricompensa e castigo”*⁷¹.

5. La prognosi come equazione con dati incerti

Il titolo di questo paragrafo potrebbe essere fuorviante, non è infatti scopo di questo lavoro ampliare tanto il proprio orizzonte di ricerca, piuttosto quello di svolgere alcune osservazioni circa il ruolo della prognosi e la sua ‘aritmetica’.

Discettando di rischi e precauzione è emerso che, da leggi contenenti valutazioni errate, possono derivare costi ingiustificati per alcuni diritti. Quando il legislatore va a intervenire in ambiti in cui opera il principio di precauzione, si trova a dover operare scelte basate su giudizi prognostici.

In dottrina si è ampiamente discusso della praticabilità nel diritto penale dei giudizi prognostici, che sarebbero indispensabili perché intimamente legati alla funzione stessa del diritto penale. Tramite questo tipo di giudizi si opera il collegamento tra la pena ed i suoi scopi, notoriamente non solo retributivi, ma soprattutto di prevenzione. Le prognosi di cui si serve il diritto penale sono il frutto di un bilanciamento tra esigenze securitarie, di protezione della società, e la garanzia dei diritti individuali. Le valutazioni prognostiche si pongono anche in una posizione auspicabilmente mediana tra la necessità di non operare sacrifici inutili ai diritti del singolo e gli ineliminabili margini di incertezza che le caratterizzano.

Il giudizio prognostico è un giudizio necessariamente a base probabilistica, che non può non svolgersi per approssimazione. Il problema sta nell’individuare gli strumenti teorici, processuali e criminologici per ridurre gli ineliminabili margini di incertezza e delineare uno schema di ripartizione del rischio tale da assicurare un accettabile grado di controllabilità delle decisioni e la loro funzionalità ad attuare il programma per cui sono nate⁷².

I procedimenti di programmazione possono distinguersi in base alla maggiore o minore complessità degli elementi di valutazione che devono essere combinati per giungere alla decisione. La complessità

⁷⁰Cfr. S. SPISANTI, *Controllo e libertà nel trattamento delle malattie mentali*, in *Trattato di biodiritto*, vol. I, *I diritti in medicina*, pp 799-815

⁷¹M. FOUCAULT, *Storia della follia nell’età classica*, trad. it F. Ferrucci, Bur, 2012, p. 134

⁷²Cfr. L. MONACO, *Prospettive dell’idea dello ‘scopo’ nella teoria della pena*, Jovene editore, Napoli, 1984, pp.122 e ss

aumenta quando, oltre che a decidere gli obiettivi e gli interessi da promuovere, occorre pensare anche alla qualità e quantità degli interventi. Più le indicazioni fornite dalla legge sono generiche, maggiore sarà l'ambito di discrezionalità lasciato ai destinatari, stessa cosa avverrà se il bilanciamento tra i contrapposti interessi viene di fatto delegato a chi la deve applicare⁷³.

La scienza delle prognosi criminali ha riconosciuto le carenze ed i limiti dei metodi di cui dispone e il basso grado di affidabilità delle prognosi stesse. Questo sarebbe almeno plausibile se fossero realizzate le seguenti condizioni: 1) la possibilità di giudizi prognostici con elevato grado di attendibilità, 2) che tali prognosi siano giudizialmente realizzabili, 3) che tra prognosi sicure ed incerte prevalgano le prime. Dato che nessuna di queste condizioni può, ancora oggi, dirsi esistente: *“le prognosi sono- e continueranno ad essere per un lasso di tempo probabilmente non breve- giudizi precari; la loro qualità essenziale non potrà che essere l'estrema relatività del loro contenuto informativo”*⁷⁴.

Che il rischio sia una caratteristica insopprimibile delle valutazioni prognostiche è un'idea tutto sommato banale: il giudice nell'assumersene la responsabilità deve mettere d'accordo esigenze apparentemente contrastanti, ossia la tutela della libertà personale, l'obbligo statale di difesa sociale e l'attuale incapacità del sistema penale di produrre prognosi soddisfacenti.

Queste ultime si configurano come il classico schema condizionale *se/ allora*, in cui il 'se' un tempo era determinato da presunzioni, mentre ora dipende da dati difficilmente determinabili. Proseguendo il ragionamento si può affermare che, per produrre un giudizio prognostico che abbia quantomeno un modesto grado di affidabilità, questo dovrebbe giovare di tutti i dati a disposizione. Si dovrebbe infatti evitare, in queste situazioni caratterizzate da incertezza, di cadere nella tentazione di fissare sbrigativamente la priorità con un *in dubio pro..* addossando le conseguenze ora su uno ora sull'altro interesse in conflitto.⁷⁵

Una scelta generica e di principio (spesso una non-scelta) da parte del legislatore si traduce nella delega di bilanciamento al soggetto applicatore della norma, che sia il giudice o la Pubblica Amministrazione. Anche le prognosi amministrative infatti riguardano accadimenti, entità, processi futuri (come il cedimento di una struttura, il fabbisogno energetico o il decorso di una malattia) e anche in questo ambito ogni ragionamento prognostico può essere rappresentato come struttura

⁷³R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè editore, Milano, 1988, pp. 67 e ss. , in particolare: *“...se la legge offre solo scarse e generiche indicazioni programmatiche, essa lascia un ambito eccessivamente ampio di discrezionalità (..) ai suoi destinatari; ma quest'ambito è non meno ampio se la legge costruisce sistemi di obiettivi troppo complessi, delegando ai suoi attori la mediazione tra istanze concorrenti”* (p. 132)

⁷⁴L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Jovene editore, Napoli, 1984, p. 134

⁷⁵Cfr. L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Jovene editore, Napoli, 1984, pp. 148 e ss. *“Argomentare con l'in dubio significa- perlomeno: di frequente ha significato- cedere il passo a 'dottrinarie professioni di fede' rinunciando a priori alla ricerca di soluzioni certamente più faticose, ma anche più consistenti.”* (p. 161)

logica elementare, comprendente momenti previsionali e momenti interpretativi. Se la delega di bilanciamento è abbastanza definita non sorgono problemi, ma deve essere corredata da supporti teorici ed empirici.

Un esempio di questo tipo di soluzione è offerto dall'analisi di Parodi⁷⁶, che facendo sue le teorie di Hempel e Oppenheim, costruisce il giudizio prognostico sul modello premessa maggiore-premessa minore- conclusione. La prima comprende asserzioni generali su regolarità empiriche, la seconda invece riguarda un fatto determinato: il cuore del problema della discrezionalità sta nel collegamento della norma programmatica al fatto.⁷⁷ L'inferenza in questo caso deve essere basata su massime d'esperienza, *l'id quod plerumque accidit* cui, come abbiamo visto, fa riferimento la Corte costituzionale nella valutazione delle prognosi. La difficoltà sta, però, nell'applicare questi schemi a ragionamenti basati su concetti eufemisticamente 'vaghi', come quello di pericolosità sociale.

6. Qualche conclusione?

Già l'etimologia di concludere si presta poco ad un ragionamento sulla follia, da sempre chiusa in categorie e rinchiusa tra quattro muri. I disturbi mentali fino a oggi si sono sottratti a qualsiasi radiografia, previsione e calcolo di probabilità e, nell'incertezza e nel dubbio: tra considerare pericolosa una persona innocua o innocuo un pazzo criminale, la scelta della prima possibilità non comporta pericoli né responsabilità per chi l'ha compiuta. Ma, come abbiamo provato a dimostrare, il ruolo di chi sceglie tra "i sommersi e i salvati" è poco ambito.

Per porre rimedio a questo disagio, da più parti è stato chiesto di sostituire il concetto di pericolosità con quello di 'bisogno di trattamento'⁷⁸. Il fine sarebbe quello di evitare la stigmatizzazione e di facilitare il compito degli psichiatri, che potrebbero dare risposte più affidabili perché più corrispondente alla loro competenza. A prescindere dalla bontà delle intenzioni, è assai difficile che il mero cambiamento di *nomen* possa determinare qualche mutamento sostanziale: il passaggio dal

⁷⁶Cfr. G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 127 e ss.

⁷⁷R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè editore, Milano, 1988, pp. 67 e ss.

⁷⁸U. FORNARI, S. CODA, *Imputabilità e pericolosità sociale: nuove prospettive nella valutazione forense*, in *Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, A. MANNA (a cura di), Cedam, Padova, 2002, p. 57

manicomio giudiziario all'OPG⁷⁹ è un chiaro esempio del fatto che “*ciò che chiamiamo rosa anche con un altro nome conserva sempre il suo profumo*”.

I dati del problema purtroppo nel tempo rimangono fissi: la falsificabilità delle teorie scientifiche, la difficoltà di indagare la ragione dell'uomo, la solitudine delle famiglie, il carico di responsabilità che grava sul medico. E, mentre il diritto rimane in attesa di risposte affidabili, psicologi e psichiatri, come cosmonauti, indagano lo spazio infinito della mente umana.

Se da un lato la difficoltà dell'impresa è a tutti evidente, dall'altro però, come scriveva ironicamente Erasmo, “*ci sono tante grammatiche quanti grammatici, anzi di più*”⁸⁰ e giudice e legislatore si trovano nella non facile posizione di dover scegliere tra diversi orientamenti scientifici e scuole di pensiero.

Chi deve orientarsi in un orizzonte epistemologico sarà indotto a far prevalere preferenze personali⁸¹, ma questo non deve destare stupore. La soggettività e l'opinabilità delle decisioni della magistratura se, e si sottolinea se, possono essere limitate nella quotidiana attività di amministrazione della giustizia, hanno sterminate praterie in cui spaziare quando si trovano a giudicare di imputabilità e vizio di mente.

L'unica bussola per orientarsi sembra essere da un lato il rispetto principi costituzionali (frase un po' consunta dall'uso ma ancora significativa) e dall'altro da una decisione che sia più plurale e condivisa possibile⁸². Nel far questo al giudice non possono essere sottratti indici di valutazione, ma, semmai, sarebbe opportuno fornirne di ulteriori. Nella cassetta degli attrezzi di chi deve valutare indici di tale complessità, è bene che ci sia tutto l'occorrente e, forse, anche un manuale di istruzioni che può essere ancora una volta rappresentato da principi fissati dalla sentenza *Daubert* ed accolti anche dalla Corte di Cassazione.⁸³

⁷⁹“E' un'abitudine inveterata, quella del cambio del marchio cui non corrisponde una differente qualità del prodotto: la 'carcerazione preventiva' ora si chiama 'custodia cautelare'; i 'centri di permanenza temporanea ora si chiamano 'centri di identificazione ed espulsione'; si è proposto- nella XVI Legislatura di reintrodurre il ricovero in strutture manicomiali mascherandolo dietro l'inedito nome di 'trattamento necessario extraospedaliero prolungato senza il consenso del paziente' (...). Fumo negli occhi.” A. PUGIOTTO, *La follia giuridica dell'internamento nei manicomi criminali*, in *Volti e maschere della pena. OPG e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), Ediesse, Roma, 2013, p. 123

⁸⁰E. DA ROTTERDAM, *Elogio della Follia*, ed. Corriere della Sera, Milano, 2010 (trad. L. D'ASCIA), pp.75-76

⁸¹G. FIANDACA, *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel progetto Grosso*, in *Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, A. MANNA (a cura di), Cedam, Padova, 2002, pp. 200 e ss.

⁸²Secondo la Commissione 'Marino' “*anche al fine di agevolare l'operato della magistratura, sembra opportuno che l'ultima parola in punto di pericolosità sociale dell'infermo di mente sia pronunciata dal giudice sulla scorta di una valutazione specialistica e plurale.*” Atti del Senato della Repubblica, XVI Legislatura, doc XXII-bis n. 4, Approvata dalla Commissione nella seduta del 20 luglio 2011, Relatori. sen. M. SACCOMANNO e sen. D. BOSONE, p. 9

⁸³Cfr. Cass. pen., Sez IV, 17 settembre 2010 ud., 13 dicembre 2010, n. 43786 in *Foro Italiano*, 2, 2012, p. 10 ss.

Nel corso della ricerca, ancora, com'è evidente, ad uno stadio acerbo, si tenterà di indagare il contenuto dello strumentario utile a valutare la pericolosità sociale, come concetto vago, di cui è praticamente impossibile stabilirne la controllabilità, ma ancora indispensabile.

BIBLIOGRAFIA

ALBERTI G., *Chiudono gli ospedali psichiatrici giudiziari (?): la situazione e le prospettive in Lombardia*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/-/3808-chiudono-gli-ospedali-psichiatrici-giudiziari-la-situazione-e-le-prospettive-in-lombardia/>

ALEO S., DI NUOVO S., *Responsabilità penale e complessità. Il diritto penale di fronte alle scienze sociali. Colpevolezza, imputabilità, pericolosità sociale*, Giuffrè editore, Milano, 2011.

AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè editore, Milano, 1967.

ANTOLISEI F. *Manuale di diritto penale. Parte generale.*, 16° ed, Giuffrè editore, Milano 2003.

Atti del Senato della Repubblica, XVI Legislatura, doc XXII-bis n. 4, Approvata dalla Commissione nella seduta del 20 luglio 2011, Relatori. sen. M. SACCOMANNO e sen. D. BOSONE, p. 9.

BALDUZZI R., *Salute (diritto alla)*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, S. CASSESE (diretto da), vol. VI, Giuffrè editore, Milano, 2006, pp. 5393-5402.

BANDINI T., GUALCO B., *Imputabilità e misure di sicurezza. Riflessioni clinico-criminologiche*, in *Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, A. MANNA (a cura di), Cedam, Padova, 2002.

BARAGGIA M., *La tutela dei diritti in Europa nel dialogo tra le corti: 'epifanie di una unione dai tratti ancora indefiniti*, in *Rivista AIC*, fasc. 2, 2015, pp. 1-18.

BARBIERI C., DANESINO P., *La responsabilità professionale dello psichiatra per i reati violenti commessi dal paziente: riflessioni su una casistica peritale*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2012, fasc. 3, pp. 1103-1124.

BASAGLIA F., ONGARO BASAGLIA F., PIRELLA A., TAVERNA S., *La nave che affonda*, Raffaello Corina Editore, Milano, 2008.

BERTACCINI D., *Punizione e trattamento: ragioni e limiti del binomio custodia-cura nei confronti dei tossicodipendenti*, in *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale. Atti del Convegno del Quinto Ginnasio dei Penalisti*, Pisa 9-10 Novembre 2012, a cura di GABORARDI A., GARGANI A., MORGANTE G., PRESOTTO A., SERRAINO A., Giappichelli Editore, Torino, 2013, pp. 243-254.

BERTOLINO M., *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in *Trattato di Diritto Penale*, C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Parte Generale, Tomo I, Giuffrè editore, Milano, 2009.

BERTOLINO M., *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Giuffrè editore, Milano, 1990.

BERTOLINO M., *Prove neuropsicologiche di verità penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it 2012, pp.1-35.

BIANCHETTI R., *Sollevata questione di legittimità costituzionale in merito ai nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale del seminfermo di mente*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, pp. 1-8.

BIN R., *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè editore, Milano, 1988.

BIN R., *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè Editore, Milano, 1988.

BIN R., *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, fasc. 1, 2015, pp. 1-13.

BIN R., *Processi giusgenerativi ed effettività della Costituzione*, in <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/ScrittiSilvestri.pdf> (in corso di pubblicazione in *Lo Stato - Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto*, f. 4, 2015).

BRACCO M., CAVALLUCCI F., *Decreto-legge 31 marzo 2014, n. 52, recante disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (A.S. n. 1417), con gli emendamenti approvati dalle commissioni riunite*, n.b. nota breve, sintesi di argomenti di attualità del Servizio Studi del Senato, n. 13, aprile 2014.

BRUNO F. al Convegno di Criminologia tenutosi a Bari 25 settembre 2014.

C. TRIPODINA, *Art 32*, in S. BARTOLE- R. BIN (diretto da), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, pp. 321-332.

CACACE S., *Il medico e la contenzione: aspetti risarcitori e problemi di autodeterminazione*, in *Riv. It. Med. Leg.*, fasc. 1, 2013, pp. 209-226.

CANATA S., *Interdizione e inabilitazione. Il trattamento privatistico dell'infermo di mente, in Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione, incapacità naturale*, G. FERRANDO (a cura di), Zanichelli, 2012, pp. 393 e ss.

CARLASSARE L., *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in *L'amministrazione sanitaria* (atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione - *L'ordinamento sanitario*, vol. I), R. ALESSI (a cura di), Neri Pozza Editore, Milano, 1967, pp. 103-118.

CARTABIA M., TANZARELLA P., *L'integrità personale*, in *I diritti fondamentali nell'unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, (a cura di) GIANNITI P., Zanichelli, Roma, 2013, pp. 682-713.

CECCARI S., *Chiudere gli Ospedali Psichiatrici Giudiziari senza se e senza ma. E senza proroghe*, in *Antigone*, 1/2014, pp. 91-101.

CHRISTOUFOROU T., *The Precautionary Principle, Risk Assessment, and the Comparative Role of Science*, unpublished paper n. 16 above, in D. VOGEL, *The Politics of Risk Regulation in Europe and the United States*, *The Yearbook of European Environmental Law* Volume 3, (2003).

COLLICA M.T., *Il diritto alla tutela della salute*, Cedam, Padova, 1998.

COLLICA M.T., *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso" del reato*, in *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale. Atti del Convegno del Quinto Ginnasio dei Penalisti*, Pisa 9-10 novembre 2012, a cura di GABORARDI A., GARGANI A., MORGANTE G., PRESOTTO A., SERRAINO A., Giappichelli Editore, Torino, 2013, pp. 263-317.

CUPELLI C., *La responsabilità colposa dello psichiatra tra ingovernabilità del rischio e misura soggettiva*, in *Diritto penale e processo*, 2012, fasc. 9, pp. 1104-1114, commento a Cassaz. Pen, Sez. IV, 1 febbraio 2012, n. 4391.

D'AURIA D., *Un primo passo verso la "sanitarizzazione" del trattamento sanzionatorio dei non imputabili in attesa di una riforma complessiva dell'imputabilità*, in Cassazione Penale, 2014 (vol. 54) fasc. 2, pp.718-730.

DA ROTTERDAM E., *Elogio della Follia*, ed. Corriere della Sera, Milano, 2010 (trad. D'ASCIA L.).

DANIELE M., *Il proscioglimento per prescrizione dei non più "eterni giudicabili". La sorte degli imputati affetti da incapacità processuale irreversibile dopo la sentenza 45/2015 della Corte costituzionale*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/0/-/-/3850-il-proscioglimento-per-prescrizione-dei-non-pi-eterni-giudicabili/> (20 aprile 2015)

DELL'ACQUA P., *Isidoro, Luca, Marco e L'insensatezza della contenzione*, in *Il nodo della contenzione: diritto, psichiatria e dignità della persona*, (a cura di) Rossi, S., Edizioni Alphabeta Verlag, Merano, 2015.

DELL'ACQUA P., *Persone, malattia mentale e guarigione*, in *Trattato di biodiritto*, vol I, *I diritti in Medicina* a cura di LENTI L., PALERMO E., ZATTI P., diretto da RODOTÀ S. E ZATTI P., Giuffrè editore, Milano, 2011.

DELL'ACQUA. G., NORCIO B., DE GIROLAMO G., BARBATO A., BRACCO R., GADDINI A., MIGLIO R., MOROSINI P., PICARDI A., ROSSI E., RUCCI P., SANTONE G., *Caratteristiche e attività delle strutture di ricovero per pazienti psichiatrici acuti: i risultati dell'indagine nazionale Progres-Acuti*, in *Giorn. Ital. Psicopat.* 2007, 13, pp. 26-39.

DELL'AQUILA D.S., *La disciplina della follia. Dal manicomio criminale all'Ospedale Psichiatrico Giudiziario: Una breve ricostruzione*, in *Antigone*, 1/2014, pp. 50-76.

DELL'OSSO G., *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Giuffrè editore, Milano, 1985.

DELLA CASA F., *Basta con gli OPG! La rimozione di un 'fossile vivente' quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 2013, fasc. 1, pp. 64-103.

DEMURO G., *La ricerca scientifica e il diritto alla salute*, in *Rivista AIC*, fasc. 4, 2013.

DI NICOLA P., *La chiusura degli OPG: un'occasione mancata*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 Marzo 2015, pp. 1-26.

DI NICOLA P., *La chiusura degli OPG: un'occasione mancata*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 13 marzo 2015, pp. 1.26.

DODARO G., *Coercizione in psichiatria tra sicurezza dei luoghi di cura e diritti fondamentali del paziente*, in *Il nodo della contenzione: diritto, psichiatria e dignità della persona*, a cura di ROSSI S., Edizioni Alpha beta Verlag, Merano, 2015, p. 39-79.

DODARO G., FERRARINI L., *Contenzione meccanica in psichiatria. Introduzione a focus*, in *Riv. It. Med. Leg.* Fasc 1, 2013, pp 167-178.

DODARO G., *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidiario*, *Riv. It. Med. Leg.*, fasc 6, 2011, pp. 1483-1518.

DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Univ. Studi di Milano Bicocca, Giuffrè editore, Milano, 2012.

FARINA COSCIONI M. A., *Matti in Libertà. L'inganno della "legge Basaglia"*, Editori internazionali riuniti, 2011.

- FERRACUTI F. NEWMAN G., *Le ipotesi psicologiche in criminologia*, in *Teorie criminogenetiche, prevenzione, ruolo delle istituzioni*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 119-159.
- FERRARO A., *Alcune contraddizioni della struttura "Ospedale Psichiatrico Giudiziario"*, in *Percorsi tra Bioetica e Diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, (a cura di) CHIEFFI L. E GIUSTINIANI P., Giappichelli, Torino, 2010.
- FIANDACA G., *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel progetto Grosso*, in *Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, A. MANNA (a cura di), Cedam, Padova, 2002, pp. 200 e ss.
- FILIPPO D., *La contenzione nei servizi psichiatrici di diagnosi e cura*, in *Riv. It. Med. Leg.*, fasc. 1, 2013, pp. 227-234.
- FIorentin F., *Al vaglio di costituzionalità i parametri di accertamento della pericolosità sociale dei mentally ill offenders*, in *Archivio Penale*, 2014. f. 3, pp. 1-10.
- FIorentin F., *Carceri: l'emergenza attende sempre una soluzione e per il 31 marzo gli Opg fanno rotta verso le regioni*, Guida al diritto, Il Sole 24 Ore, n 13, 23 marzo 2013.
- FIORI A.- BUZZI F., *Problemi vecchi e nuovi della professione psichiatrica: riflessioni medico-legali alla luce della sentenza della Cass. Pen. n. 10795/2008*, in *Riv. It. Med. Leg.*, f. 6, 2008, pp. 1438-1455
- FLICK G.M., *Neuroscienze (Diritto Penale)*, in *Rivista AIC*, 2015. F. 4, pp. 1-10.
- FOOT J., *La 'Repubblica dei matti'. Franco Basaglia e la psichiatria radicale in Italia, 1961-1978*, Feltrinelli editore, Milano, 2014.
- FORCELLINI I., *Ospedali psichiatrici giudiziari e Costituzione*, Tesi di laurea in Diritto Costituzionale, Università Roma Tre, 2013-2014.
- FORNARI U., CODA S., *Imputabilità e pericolosità sociale: nuove prospettive nella valutazione forense*, in *Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, A. Manna (a cura di), Cedam, Padova, 2002.
- FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 2011.
- FOUCAULT M., *Storia della follia nell'età classica*, trad. it F. Ferrucci, Bur, 2012, p. 134.
- GRAZIADEI M., *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *Trattato di Biodiritto, vol. III*, a cura di LENTI L., PALERMO E., ZATTI P., diretto da RODOTÀ S. E ZATTI P., Giuffrè editore, Milano, 2011, pp. 191-288.
- GRECO O., CATANESI R., *Malattia mentale e giustizia penale. La percezione sociale della malattia mentale e della pericolosità del malato di mente*, Giuffrè editore, Milano, 1988.
- GROPPI T., *La sentenza n. 253 del 2003: la Corte e il 'diritto mite'*, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/289.pdf
- HARREMOËS P., GEE D., MACGARVIN M., STIRLING A., KEYS J., WYNNE B., GUEDES VAZ S. (a cura di), *The Precautionary Principle in the 20th Century. Late Lessons from Early Warnings*, London, Earthscan, 2002.

JONES O. D. SHEN F. X., *Law and Neuroscience in the United States*, in *International Neurolaw*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012, pp. 349-380.

KING F., in DOLCINI- MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. I, 3° ed, 2011, art. 133, pp. 1719 e ss.

LEO G., *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, voce destinata alla sezione di diritto penale (curata da LEO G. e VIGANÒ F.) de *Il libro dell'anno del diritto*, 2014, Treccani (dir. da GAROFOLI R. e TREU T.), Roma, 2014, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, pp. 1-10.

LEO G., *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Gli%20statuti%20differenziali%20per%20il%20delinquente%20pericoloso.pdf>

M. BARALDO, *Gli obblighi dello psichiatra, una disputa attuale: tra cura del malato e difesa sociale*, in *Cassazione penale*, 2008 fasc. 12, pp. 4638 - 4648.

MAISTO F., *Quale superamento dell'OPG?*, in *Antigone*, fasc. 1, 2014, pp. 27-49.

MANACORDA A., *Malattia mentale, imputabilità e pericolosità sociale: dalla rilettura dei contributi alla proposta di rilettura dei problemi*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, CANEPA G. E MARUGO M.I. (a cura di), Cedam, Padova, 1995, pp. 102-103.

MANNA A., *L'imputabilità fra diritto penale e psichiatria*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. MANNA (a cura di), Cedam, Padova, 2002, pp. 3-16.

MANNA A., *La lunga e accidentata marcia verso l'abolizione degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, in *Antigone*, f.1, 104, pp. 11-26.

MARINI L., PALAZZANI L. (a cura di), *Il principio di precauzione tra filosofia, biodiritto e biopolitica*, Ed. Studium, Roma, 2008.

MARINI L., PALAZZANI L., (a cura di), *Il principio di precauzione tra filosofia, biodiritto e biopolitica*, Edizioni Studium, Roma, 2008.

MARSICO G., *La sperimentazione umana. Diritti violati/diritti condivisi*, Franco Angeli Editore, Milano, 2007.

MASSARO A., *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive nel processo di 'definitivo superamento' degli ospedali psichiatrici giudiziari: la lettura della Corte costituzionale con la sentenza n. 186 del 2015*, in *Archivio Penale*, fasc. 2, 2015.

MASSIMINO F., *I profili giuridici della somministrazione compassionevole dei farmaci*, in *Sanità Pubblica*, Vol. II, 2000, pp.1129-1145.

MELETTI J., *Opg, finisce la vergogna degli ex manicomi criminali ma è allarme nelle città quei malati fanno paura*
http://www.repubblica.it/cronaca/2015/03/15/news/opg_finisce_la_vergogna_degli_ex_manicomi_criminali_ma_e_allarme_nelle_citta_quei_malati_fanno_paura_-109543991/

MERZAGORA BETSOS I., *Imputabilità e pericolosità sociale: un punto di vista criminologico e psicopatologico forense*, in *Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, A. MANNA (a cura di), Cedam, Padova, 2002, pp. 106-107.

- MERZAGORA I., *Pericolosi per come si è: la (auspicata) chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari e la (discutibile) pericolosità sociale come intesa dal decreto legge n. 52 del 31 marzo 2015*, in *Riv. It. Med. Leg.*, fasc.1, 2015, pp. 359-363.
- MINNI F. MORRONE A., *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, fasc. 3, 2013, pp. 1-12.
- MIRAVALLE M., *La legge 81/2014. Un buon punto di partenza: il futuro dei folli-rei ai tempi della neurociviltà*, in *Antigone*, 1/2014, pp. 77-90.
- MONACO L., *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Jovene editore, Napoli, 1984, pp.122 e ss.
- ONGARO BASAGLIA F. (a cura di), F. BASAGLIA, *L'utopia della realtà*, Einaudi, Torino, 2005, p. 18.
- ONGARO BASAGLIA F., *Salute/Malattia. Le parole della medicina*, GIANNICCHEDDA M. G. (a cura di), Alfabeta Verlag edizioni, Archivio critico della salute mentale, Merano, 2012.
- PACE A., *Libertà individuali e qualità della vita*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008.
- PACE L., *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, Testo della relazione che si è tenuta al Seminario del Gruppo di Pisa il giorno 18 settembre 2014, pp. 1-53.
- PANEBIANCO G., *Il sistema penale minorile. Imputabilità, pericolosità ed esigenze educative*, Giappichelli editore, Torino, 2012.
- PARODI G., *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Giappichelli editore, Torino, 1990.
- PASQUINO T., *Dignità della persona e diritti del malato*, in *Trattato di Biodiritto*, vol. III, a cura di LENTI L., PALERMO E., ZATTI P., diretto da RODOTÀ S. E ZATTI P., Giuffrè editore, Milano, 2011, pp. 543-564.
- PECCATI L., D'AMICO M., *Metodi matematici, statistici e finanziari per giuristi*, Egea, Milano, 2015.
- PELISSERO M., *La pericolosità sociale: categoria imprescindibile o rinunciabile?*, in *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*. Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 Novembre 2012, A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO (a cura di), Giappichelli editore, Torino, 2013, pp. 239-242.
- PELISSERO M., *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. e processo*, 2014, f. 8, p. 926.
- PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli editore, Torino, 2008.
- PEZZINI B., *Introduzione a Il nodo della contenzione: diritto, psichiatria e dignità della persona*, (a cura di) Rossi, S., Edizioni Alfabeta Verlag, Merano, 2015, pp. 7-11.
- PICCIONE D., *Il pensiero lungo. Franco Basaglia e la Costituzione*, Archivio Critico della salute mentale, Alfabeta Verlag Editore, Merano, 2013.
- PICCIONE D., *Libertà dall'Ospedale psichiatrico in dimissione e rischi di regressione istituzionale*, in *Rivista AIC*, fasc. 4, 2014, p. 7.

- PICCIONE D., *Politica delle libertà costituzionali e soppressione degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 6, 2013, pp. 5157-5177.
- PIZZOLITTO V., *Il programma modello: il caso Friuli Venezia Giulia*, in *Antigone*, anno IX, 1/2014, pp. 102-106.
- PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivista AIC*, 2014 fasc. 2, pp. 18 - 0.
- PUGIOTTO A., *L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, in *Quaderni costituzionali*, f. 2, 2013, pp. 343-370.
- PUGIOTTO A., *La follia giuridica dell'internamento nei manicomi criminali*, in *Volti e maschere della pena. OPG e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura di F. CORLEONE e A. PUGIOTTO, Ediesse, 2013, pp. 117-141.
- PUGIOTTO A., *L'urlo di Munch della magistratura di Sorveglianza (Statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario, (Nota a C. Cost. 22 novembre 2013, n. 279)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, fasc. 6, pp. 4542 - 4549.
- ROCCHI F., *L'istituto tedesco della Sicherungsverwahrung: il dialogo tra la Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale*, in *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*. Atti del Quinto Seminario dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 Novembre 2012, GABOARDI A., GARGANI A., MORGANTE G., PRESOTTO A., SERRAINO M. (a cura di), Giappichelli editore, Torino, 2013, pp. 372 e ss.
- ROSSI S., *Sussurri e rida: riflessioni su follia e libertà nell'ennesimo testo di riforma della legge Basaglia*, in *Politica del diritto*, n. 2-3, 2012, pp. 469-494.
- ROTOLO G., *Profili di responsabilità medica alla 'luce' della medicina narrativa*, in *Riv. it. med. Leg.*, fasc. 3, 2014, pp.873-885.
- SALVATERRA E., *Autodeterminazione e consenso nell'incapacità e capacità non completa*, in *Trattato di Biodiritto*, vol. III, a cura di LENTI L., PALERMO E., ZATTI P., diretto da RODOTÀ S. E ZATTI P., Giuffrè editore, Milano, 2011, pp. 341-359.
- SANTOSUOSSO A., *Come difendere il diritto di tutti all'autodeterminazione?*, in *Il diritto negato. La salute e le cure sono uguali per tutti?*, PADOVANI G., Il Pensiero Scientifico Editore, Roma, 2008, pp. 135-138.
- SANTOSUOSSO A., *Libertà di cura e libertà di terapia. La medicina tra razionalità scientifica e soggettività del malato*, Il Pensiero Scientifico Editore, Roma, 1998.
- SARACENO B., *Riabilitare la città*, Dignitas-Percorsi di carcere e giustizia, disponibile su <http://dignitas.sestaopera.it/pagine/53/it/riabilitare-la-citta>.
- SAVONA P., *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, Editoriale Scientifica, 2013, Napoli.
- SCHIAFFO F., *La pericolosità sociale tra 'sottigliezze empiriche' e 'spessori normativi': la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 11 dicembre 2014, pp. 1-28.
- SCHIAFFO F., *La pericolosità sociale tra 'sottigliezze empiriche' e 'spessori normativi': la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/3533->

[la pericolosità sociale tra sottigliezze empiriche e spessori normativi la riforma di cui alla legge n. 81/2014/](#) (11 dicembre 2014) pp. 1-28.

SEATZU F., *Sulla detenzione e il trattamento sanitario coattivo di soggetti malati di mente alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, fasc. 17, vol. 6, anno 2004, pp. 40-65.

SILVESTRI L., *Note e dibattiti. Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, fasc. 2, 2006, pp. 195-252.

SIMONCINI A.- LONGO E., Art. 32, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), vol. I, Utet, Torino, 2006, pp. 655-674.

SPINSANTI S., *Controllo e libertà nel trattamento delle malattie mentali*, in *Trattato di Biodiritto*, vol. III, a cura di LENTI L., PALERMO E., ZATTI P., diretto da RODOTÀ S. E ZATTI P., Giuffrè editore, Milano, 2011, pp. 799-815.

SUNSTEIN C. R., *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Il Mulino, Bologna, 2010.

SUNSTEIN C.R., *Risk and Reason*, Environment, Cambridge University Press, 2002.

SUTHERLAND E.H., *La criminalità del colletti bianchi e altri scritti*, Unicopli, Milano, 1986.

TORDINI CAGLI S., *Il paternalismo legislativo*, in *Criminalia*, fasc. 6, 2011, pp. 313-337.

VALLINI A., *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, fasc. 1, 2013, pp. 1-16.

VANZETTI A., *Fumo o ginnastica?*, in *Riv. Dir. industriale*, f.1, 2013, pp. 137-147.

VENCHIAROTTI A., *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, in *Trattato di Biodiritto*, vol. III, a cura di LENTI L., PALERMO E., ZATTI P., diretto da RODOTÀ S. E ZATTI P., Giuffrè editore, Milano, 2011, pp. 817-850.

VIGNA C., *Responsabilità e precauzione*, in *Il principio di precauzione tra filosofia, biodiritto e biopolitica*, a cura di MARINI L. PALAZZANI L., Ed. Studium, Roma, 2008, pp. 27-38.

VINCENZI AMATO D., *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, fasc. 12 pag. 2462 - 2485.

VIOLA F., *I diritti in carcere*, in *Rivista AIC*, fasc. 2, 2014, pp. 5-10.

VOGEL D., *Risk Regulation in Europe and in the United States*, Berkeley (California), Haas Business School, 2002.

ZATTI P., *Infermità di mente e diritti fondamentali della persona*, Relazione tenuta al convegno «Un nuovo diritto per il malato di mente - Esperienze e soggetti della trasformazione», svoltosi a Trieste il 12-14 giugno 1986, in www.fondazionepromozionesociale.it

ZATTI P., *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè editore, Milano, 2009.