

AD OCCHI CHIUSI IL SISTEMA DELLE REMS DI FRONTE ALLA CORTE COSTITUZIONALE

*Stefano Rossi**

WITH EYES CLOSED. THE REMS SYSTEM BEFORE THE CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT: *The transition from the old model of the Judicial Psychiatric Hospitals to the reformed system of the Rems (territorial residences for the execution of detention security measures) has produced an imbalance between demand and availability of these places, thus creating the phenomenon of so-called waiting lists. This phenomenon has been the subject of an referring order to the Constitutional Court from the preliminary investigations judge of Court in Tivoli with which it is contested the provision which excludes the Justice Department from the implementation of the security measures. After analyzed critically the arguments at the base of order is evaluated the possibility of dealing with the request for the implementation of custodial security measures, as required by Law n. 81/2014, through a continuous work to improve the network that involves the judiciary and mental health service.*

KEY-WORDS: detention security measures; organization models; territorial residences for the execution of detention security measures; law 81/2014: issue of constitutionality

SOMMARIO: 1. Dal tramonto degli Opg all'alba delle Rems – 2. Liste d'attesa ed esigenze di difesa sociale – 3. *Fiat lux*: sui poteri istruttori della Corte costituzionale – 4. Un conflitto di attribuzione mancato o per procura? – 5. Declinare la riserva di legge – 6. I protocolli come forma della leale collaborazione – 7. Oltrepassare la soglia.

1. Dal tramonto degli Opg all'alba delle Rems

Dal 1° aprile 2015¹ gli ospedali psichiatrici giudiziari hanno cessato di esistere, come previsto dalla legge 81/2014 recante «Disposizioni urgenti in materia di superamento degli Opg». Si è trattato di un percorso legislativo tortuoso che ha preso avvio con l'approvazione del d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230, inerente il «riordino della medicina penitenziaria, a norma dell'art. 5 della legge 30 novembre 1998, n. 419», nella quale si è stabilito il diritto dei detenuti e degli internati,

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico e tributario nella dimensione europea – Università degli Studi di Bergamo. Mail: pergamo.rossi@virgilio.it. Ringrazio per le osservazioni il prof. Andrea Guazzarotti e la dott.ssa Laura Tomasi che mi hanno stimolato nell'approfondire e arricchire questo contributo. Il contributo è stato accettato per la pubblicazione sul n. 4/2021 di *BioLaw Journal* – Rivista di BioDiritto.

¹ Da notare che l'effettiva chiusura degli ultimi Opg è avvenuta solo grazie all'opera del commissario unico nominato dal Governo a tale scopo, che ha perfezionato la definitiva dismissione di tali istituzioni nel 2017.

alla pari con gli altri cittadini, all'erogazione delle prestazioni sanitarie, assegnando al Ministero della sanità le competenze in materia di programmazione, indirizzo e coordinamento del servizio sanitario negli istituti penitenziari e alle Regioni le competenze in ordine alle funzioni di organizzazione, programmazione e controllo dei servizi stessi, la cui gestione veniva affidata alle aziende sanitarie. Nell'ambito del processo di riforma, con decreto interministeriale del 21 aprile del 2000 è stato approvato il Progetto obiettivo per la tutela della salute in ambito penitenziario che veniva ad individuare, tra i settori specialistici che necessitavano di interventi peculiari, quello delle persone affette da disturbi psichiatrici². Preliminarmente, si notava la maggior incidenza di questi disturbi nell'istituzione carceraria, incidenza che aveva già portato nel 1975 a prevedere la presenza in ogni istituto di almeno un medico psichiatra, unico specialista obbligatoriamente presente. Tra gli obiettivi perseguiti vi era quello di garantire e assicurare un trattamento equipollente a quello offerto all'esterno, cercando di favorire la presa in carico con programmi individualizzati rispetto alla pura e semplice risposta alla situazione emergenziale, il che presupponeva una migliore comprensione delle peculiarità, dell'entità e distribuzione dei disturbi psichiatrici nel settore penitenziario, nonché agevolare la formazione degli operatori e il loro aggiornamento su questi specifici aspetti. Si fissava inoltre il principio secondo il quale nell'assegnazione agli istituti di soggetti affetti da disturbi psichiatrici si sarebbe dovuto cercare di mantenere una vicinanza con la Regione di residenza prima della detenzione e si prevedeva dovessero istituirsi all'interno delle carceri sezioni di osservazione e di intervento.

Dopo un lungo periodo di stasi, solo con il successivo d.PCM 1° aprile 2008³, si è data completa attuazione al riordino della sanità penitenziaria, trasferendo alle Regioni le funzioni afferenti agli ospedali psichiatrici giudiziari ubicati nei rispettivi territori e dettando, nell'allegato c), le «Linee di indirizzo per gli interventi negli ospedali psichiatrici giudiziari (Opg) e nelle case di cura e custodia (Ccc)»⁴. Tale programma è stato pensato privilegiando l'ambito territoriale

² D.m. 21 aprile 2000, Allegato a), n° 7, punto 3.2.

³ Preceduto, in funzione strumentale, dall'art. 2, co. 283, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, che, al fine di dare completa attuazione al riordino della medicina penitenziaria, definisce le modalità e i criteri di trasferimento dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria e dal Dipartimento della giustizia minorile del Ministero della giustizia al Servizio sanitario nazionale di tutte le funzioni sanitarie, dei rapporti di lavoro e delle risorse finanziarie e delle attrezzature e beni strumentali. Criteri che hanno trovato attuazione attraverso il d.P.C.M. 1° aprile 2008, recante «Modalità e criteri per il trasferimento al Servizio sanitario nazionale delle funzioni sanitarie, dei rapporti di lavoro e delle risorse finanziarie e delle attrezzature e beni strumentali in materia di sanità penitenziaria».

⁴ Per questo si prevedeva un'azione volta a: creare reparti psichiatrici all'interno delle carceri per ridurre l'invio dei detenuti in Opg; tessere una collaborazione interistituzionale tra amministrazione penitenziaria e Dipartimenti di salute mentale (Dsm); garantire il rispetto del principio di territorialità nell'assegnazione agli istituti psichiatrico-

quale sede adeguata per affrontare le problematiche legate alla cura, riabilitazione e reinserimento delle persone con disturbi mentali che fossero sottoposte a misure di sicurezza⁵.

Nell'allegato erano delineate tre fasi – l'una consecutiva all'altra – che le Regioni dovevano attuare mediante le rispettive aziende sanitarie, al termine delle quali sarebbe stato raggiunto l'obiettivo del superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari.

Nella prima fase, a passaggio di competenze avvenuto, i dipartimenti di salute mentale (Dsm) nel cui territorio si trovavano gli Opg avrebbero dovuto provvedere alla stesura di un piano finalizzato principalmente alla riduzione del numero degli internati, attraverso la dimissione – con la collaborazione delle Regioni di provenienza e assicurando forme di inclusione sociale per i dimessi – di quelli che avevano concluso la misura di sicurezza, il trasferimento nelle carceri degli internati detenuti e l'impegno ad effettuare le attività di osservazione negli istituti di pena. La seconda fase, che avrebbe dovuto prendere avvio dopo un anno, era funzionale ad ottenere un avvicinamento degli internati alle aree di rispettiva provenienza, attribuendo indicativamente ad ogni Opg dei bacini macro-regionali di utenza. A loro volta le Regioni competenti per la gestione sanitaria, in accordo con le Regioni di provenienza degli internati, avrebbero dovuto predisporre programmi individualizzati volti ad agevolare l'uscita dalle strutture. Al completamento della terza fase, infatti, si sarebbe dovuta realizzare «la restituzione ad ogni Regione italiana della quota di internati in Opg di provenienza dai propri territori», con conseguente “presa in carico” dei medesimi da parte dei relativi Dsm.

In questi termini, il programma era volto alla graduale “sanitarizzazione” delle modalità esecutive della misura di sicurezza, riportando i pazienti entro le rispettive realtà territoriali, al fine di sanare gli effetti negativi di un prolungato sradicamento del malato dal proprio contesto familiare e sociale, anche attraverso un lavoro di reinserimento affidato ai servizi di prossimità.

Per attuare una cooperazione proficua tra le istituzioni coinvolte – sia sanitarie che carcerarie – veniva costituito un gruppo di lavoro all'interno del Tavolo di consultazione permanente della Conferenza Stato Regioni e a livello regionale presso l'Osservatorio. È proprio in sede di Conferenza unificata che veniva adottato l'accordo del 2011 volto ad integrare le linee guida del Dpcm 1° Aprile 2008⁶, mettendo in luce, in particolare nell'allegato a), gli aspetti problematici e

giudiziari così da favorire la dimissione degli internati attraverso la presa in carico da parte dei servizi di salute mentale e l'elaborazione di programmi esterni.

⁵ C. CANTONE, *La riforma della sanità penitenziaria: problemi e percorsi possibili*, in C. CANTONE, F. GUI (a cura di), *Riforma della sanità penitenziaria. Evoluzione della tutela della salute in carcere*, 2012, 11, 13 ss.

⁶ L'istituzione Opg rimaneva, anche dopo la riforma, un'istituzione penitenziaria speciale dentro il contenitore organizzativo del carcere, questo poneva dei problemi: così alla direzione sanitaria, seppure inquadrata nei ruoli

gli interventi necessari a risolverli.

Nonostante le buone intenzioni, il programma era dunque rimasto sostanzialmente sulla carta, lasciando irrisolta una questione di giustizia sostanziale, ovvero la condizione degli internati dimissibili, di quei soggetti non più considerati socialmente pericolosi che tuttavia continuavano a permanere nell'istituto manicomiale per il mancato reperimento di una idonea collocazione esterna⁷.

Un ruolo decisivo per sbloccare la situazione di *empasse* l'ha giocato il lavoro di inchiesta svolto nell'anno 2011 dalla Commissione parlamentare sull'efficacia e l'efficienza del Servizio sanitario nazionale (cd. Commissione Marino), che ha portato alla luce la gravità delle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari, giudicate «incompatibili con le disposizioni costituzionali in materia di diritto alla salute, libertà personale e umanità del trattamento, nonché con la disciplina di livello primario e secondario relativa alla sanità penitenziaria»⁸. Ciò ha spinto il legislatore, anche sull'onda di approfondite inchieste giornalistiche, ad agire per porre termine ad una condizione divenuta ormai intollerabile.

Il «definitivo» superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari è stato sancito – sia pur tardivamente – con l'art. 3-ter della legge 17 febbraio 2012, n. 9, con la quale è stato convertito il d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, adottato dal governo con lo specifico obiettivo di ridimensionare il preoccupante fenomeno del sovraffollamento carcerario. La legge n. 9/2012 può essere inquadrata come il tassello finale dell'*iter* di riforma della sanità penitenziaria nel cui contesto era stato posto l'obiettivo del superamento degli Opg ed erano state fissate come linee da perseguire quella della sanitarizzazione delle strutture e della territorializzazione delle cure.

Il disposto normativo, piuttosto articolato, non prevedeva l'abolizione degli ospedali psichiatrici giudiziari⁹, ma, più propriamente, la loro sostituzione, a partire dal 31 marzo 2013, con una

dell'amministrazione penitenziaria, si sostituiva una direzione penitenziaria, non più con competenza e professionalità medica ma proveniente da tutt'altro ruolo. Per quanto concerne le funzioni di cura vi è preposto un dirigente sanitario, tale dirigente non è compartecipe del governo della struttura, non è dunque possibile parlare di doppia direzione.

⁷ Così nell'Accordo sancito dalla Conferenza unificata nella seduta del 26 novembre 2009 si rendeva noto che, nel giugno del 2009, erano ristretti «negli Opg 399 internati maschi e 14 donne dimissibili, in regime di proroga per mancanza di alternative all'esterno».

⁸ Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari, approvata dalla Commissione nella seduta del 20 luglio 2011, in *Atti Senato*, Doc. XII-bis n. 4, 6-10.

⁹ E men che meno l'abrogazione delle relative misure di sicurezza, il che avrebbe reso necessario una più vasta e meditata riforma del codice penale. Sui problemi di mancato coordinamento tra la riforma, la disciplina penalistica e quella dell'ordinamento penitenziario G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare)*, in *Dir. pen. cont.*, 6 giugno 2014; F. DELLA

diversa struttura di carattere sanitario, ovvero un luogo alternativo di esecuzione delle misure di sicurezza detentive.

Nei commi 2 e 3 dell'art. 3-ter, per un verso, si rinviava l'indicazione dei requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle strutture sanitarie ad una fonte secondaria¹⁰, in linea con quanto già prescritto dal d.PR. 14 gennaio 1997, precisando che la determinazione di tali requisiti avrebbe dovuto tener conto anche dei «profili di sicurezza»; per un altro verso, si dettavano i criteri direttivi ai quali si sarebbe dovuto uniformare il decreto interministeriale, ovvero: l'«esclusiva gestione sanitaria all'interno delle strutture», segno tangibile del definitivo superamento della concezione custodiale propria degli Opg; l'eventuale disciplina dell'«attività perimetrale di sicurezza e di vigilanza esterna», da calibrare in base al grado di pericolosità dei soggetti ospitati nelle strutture; infine, riprendendo uno dei cardini del d.PCM 1° aprile 2008, la tendenziale territorializzazione dell'esecuzione delle misure di sicurezza relative a soggetti psichiatrici¹¹.

Con decreto interministeriale – adottato, con ritardo, nell'ottobre del 2012 – sono stati definiti i suddetti requisiti minimi relativi alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (Rems)¹². L'importanza di tale decreto si rinviene non solamente nel suo contenuto volto a regolamentare le Rems, ma anche nella capacità di delineare aspetti fondamentali che vengono a condizionare la natura e finalismo dell'esecuzione delle misure di sicurezza, influenzando quindi sugli spazi di libertà e sulla gestione della salute delle persone che vi sono sottoposte¹³.

Le Regioni, sia per le difficoltà di individuazione e organizzazione delle strutture che per il

CASA, *Basta con gli OPG! La rimozione di un "fossile vivente" quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 70 s.

¹⁰ Particolarmente critico sulla scelta di adottare un decreto di natura non regolamentare, senza dettare criteri stringenti per limitare l'ambito di discrezionalità dell'esecutivo in una materia delicata, si mostra A. PUGIOTTO, *L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Quad. cost.*, 2013, 2, 353.

¹¹ In questi termini la disposizione ha stabilito che – «di norma» – nelle strutture sostitutive degli Opg vengano ospitati soggetti «provenienti [...] dal territorio regionale di ubicazione delle medesime». Anche questa previsione dimostra il carattere ambivalente della disposizione: estremamente puntuale nello scandire le tempistiche entro le quali effettuare il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, ma generica nella descrizione delle modalità di tale riforma; dettagliata nel computo degli importi finanziari attraverso i quali realizzare le nuove strutture, ma sommaria nell'indicazione della copertura degli oneri derivanti da tale progetto.

¹² Per quanto attiene i requisiti strutturali, ciascuno dei nuovi istituti si sarebbe dovuto dotare di alcune aree, tra le quali: un'area verde entro il perimetro, aree comuni (cucina, dispensa, lavanderia, soggiorno, locale per attività lavorative, ecc...), un'area abitativa, dotata di un massimo di 20 posti letto, disposti per una quantità pari almeno al 10% in camere singole. Ogni camera avrebbe dovuto avere servizi igienici con doccia, separati dall'area di pernottamento. Per quanto concerne i profili organizzativi, si stabiliva che nelle nuove strutture dovesse lavorare una équipe multi-professionale. Era prevista la garanzia di un numero minimo di membri dello *staff* sanitario per le aree composte da 20 ospiti. La dirigenza della struttura sarebbe stata assunta da un medico psichiatra.

¹³ Rilevante è ad esempio l'attribuzione della gestione ai servizi pubblici afferenti al Servizio sanitario nazionale; la previsione di un limite nei posti letto per struttura; l'attribuzione della competenza sulla gestione della sicurezza e vigilanza esterna alle Regioni, che potranno provvedervi mediante specifici accordi con le prefetture.

ritardo con cui il Governo aveva adottato il decreto di riparto delle risorse¹⁴, non sono state in grado di rispettare il termine del 31 marzo 2013 per la chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari, il che ha reso necessario disporre una prima proroga al 1° aprile 2014, ad opera del d.l. 25 marzo 2013, n. 24 (Decreto Balduzzi), convertito in legge 23 maggio 2013, n. 57¹⁵.

In tale contesto sono apparse significative le innovazioni introdotte con riferimento ai contenuti dei programmi richiesti alle Regioni, laddove ad un sistema che manteneva la centralità dell'Opg (pur di dimensioni ridotte, rinnovati, a gestione esclusivamente sanitaria), si è sostituito un diverso orientamento volto a strutturare la misura di sicurezza detentiva come *extrema ratio* dell'intervento sul folle autore di reato¹⁶. In questo modo si è venuta ad affermare la preminenza del principio di residualità delle misure di sicurezza detentive che, in sintonia peraltro con analogo principio in materia di custodia cautelare in carcere¹⁷, presuppone che il giudice verifichi prima se le esigenze sottese all'applicazione della stessa non possano essere soddisfatte con altre misure meno limitative della libertà personale.

Con riferimento ad altra misura di sicurezza, parimente segregante qual è l'assegnazione a una casa di cura e di custodia (art. 219 c.p.), la Corte costituzionale ha affermato in generale che

«risulta ormai presente nella disciplina sulle misure di sicurezza il principio secondo il quale si deve escludere l'automatismo che impone al giudice di disporre comunque la misura detentiva, anche quando una misura meno drastica, e in particolare una misura più elastica e non segregante come la libertà vigilata, accompagnata da prescrizioni stabilite dal giudice medesimo, si riveli capace, in concreto, di soddisfare contemporaneamente le

¹⁴ D.m. 28 dicembre 2012.

¹⁵ La legge ha stabilito che, oltre ad una serie di misure volte a favorire l'adozione di misure alternative all'internamento in Opg, il programma di utilizzo delle risorse regionali, «oltre gli interventi strutturali, preveda attività volte progressivamente a incrementare la realizzazione dei percorsi terapeutico-riabilitativi». Reindirizzando l'attenzione non solo verso la realizzazione delle Rems, ma anche alla implementazione di quella rete di sostegno sul territorio che favorisca il reinserimento sociale della persona. Sulla normativa F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! La rimozione di un fossile vivente quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, cit., 66; G. VARRASO, *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: la delicata attuazione dell'art. 3-ter d.l. 211/2011*, in *Dir. pen. cont.*, 21 novembre 2012; M. PELISSERO, *La soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari: realtà ed apparenze*, in *Leg. pen.*, 2012, 372; A. PUGIOTTO, *La follia giuridica dell'internamento nei manicomi criminali*, in F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Volte e maschere della pena*, Roma, 2013, 126.

¹⁶ Vi è da notare che soltanto il 10% degli internati si è reso responsabile della commissione di gravi reati, manifestando quella «temibile pericolosità sociale» che costituisce la giustificazione «della necessità di rigoroso controllo dello stato di pericolosità» (in questi termini, Cass. pen., 27 febbraio 1981, Maritan). Il rimanente 90% è rappresentato da internati prosciolti da reati che oscillano dal tentato furto alla rapina, dal danneggiamento alla resistenza a pubblico ufficiale, dai maltrattamenti in famiglia alle lesioni. Per questi reati un sano di mente otterrebbe una pena di limitata entità, magari da scontare, senza assaggio di carcere, in detenzione domiciliare o in affidamento in prova al servizio sociale. Molti dei ricoverati in ospedale psichiatrico giudiziario, viceversa, finiscono di proroga in proroga per soggiacere a una «condanna» all'internamento che supera spesso di molti anni l'originaria durata della misura di sicurezza disposta dalla sentenza di proscioglimento.

¹⁷ Corte cost., 23 marzo 2013, n. 57.

esigenze di cura e tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale»¹⁸.

Come si è autorevolmente sottolineato, pur con riferimento alle misure detentive,

«il carcere è il carcere e, per sfuggire alla sua logica, occorre il non carcere. Per venire incontro a ciò che la dignità implica bisogna uscire dal carcere [...] Quale che sia il rapporto tra punizione e recupero, e quali che siano le difficoltà di conciliare l'una con l'altro, una cosa è certa: il carcere di per sé e nella migliore delle ipotesi, quando cioè non è controproducente, non serve alla socializzazione. Tanto è vero che le pene alternative e sostitutive sono previste precisamente per il “recupero” del condannato alla società, impossibile nel regime carcerario, per quanto “umanizzato” esso possa diventare»¹⁹.

Proprio in questa prospettiva di “umanizzazione” delle misure di sicurezza sono intervenute le modifiche più importanti al decreto, chiarendo come nei programmi regionali debbano essere presenti, oltre agli interventi strutturali, «attività volte ad incrementare i percorsi terapeutico-riabilitativi».

Di proroga in proroga si è giunti al decreto-legge n. 52/2014, convertito con modifiche in legge 30 maggio 2014, n. 81, che ha rinviato al termine del 31 marzo 2015 il completamento del programma di superamento degli Opg²⁰. Tuttavia tale legge è molto più di un puro provvedimento di proroga, avendo acquisito, in fase di conversione, contenuti tali da apportare modifiche sostanziali alla disciplina delle misure di sicurezza detentive²¹. Il decreto interviene, questa volta, a modificare profondamente l'assetto previgente, in particolare introducendo un termine massimo di durata della misura di sicurezza, equivalente al massimo edittale della pena prevista per il reato commesso (al fine di scongiurare il fenomeno dei cd. ergastoli bianchi). Si stabilisce che il giudice, sia in fase provvisoria che in fase definitiva, debba applicare una misura diversa dal ricovero in Rems, salvo nessun'altra misura risulti idonea. A questo fine si

¹⁸ Corte cost. 9 luglio 2009, n. 208.

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *Postfazione*, in L. MANCONI, S. ANASTASIA., CALDERONE, F. RESTA, *Abolire il carcere*, Milano, 2015, 115.

²⁰ F. FIORENTIN, *La riforma sceglie tre linee guida fondamentali per coniugare salute del reo e libertà personale*, in *Guida dir.*, 21 giugno 2014, 26, 19 ss.

²¹ Sul punto, si vedano le riflessioni di G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare)*, cit.; inoltre le critiche M. PELISSERO, *La soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari: realtà ed apparenze*, cit., 374 ss.; P. DI NICOLA, *La chiusura degli Opg: un'occasione mancata*, in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2015, 11 ss.; G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale e diritti fondamentali della persona malata di mente*, in *Diritto penale e processo*, 2015, 5, 611 ss.

interviene limitando le possibili motivazioni e i criteri del giudizio di pericolosità²², sicché, ad esempio, l'assenza di programmi terapeutici individuali non sarà più condizione sufficiente a fondare una prognosi di pericolosità.

Ancora l'obiettivo della de-istituzionalizzazione veniva concretamente perseguito mediante l'introduzione di un nuovo onere per le Regioni, ovvero quello di presentare programmi terapeutico riabilitativi, finalizzati alla dimissione, per tutti gli internati negli Opg: si passava dai progetti di reinserimento della sola categoria dei dimissibili all'intera popolazione internata, evitando così il rischio del sublimarsi di una categoria di cronicizzati destinati quasi ineluttabilmente ad un'ospedalizzazione permanente²³.

Nella stessa direzione si poneva la previsione che ha concesso alle Regioni di rivedere i propri programmi, riducendo le risorse destinate alla creazione delle Rems, in vista di un maggiore investimento sulle strutture pubbliche già presenti sul territorio e sulla riqualificazione dei dipartimenti di salute mentale (art. 1, 1-*bis* co.). Quest'ultima indicazione non va letta nella logica della *spending review*, che oramai da tempo incombe sulla pubblica amministrazione, senza che ai risparmi di spesa corrisponda sempre una maggiore efficienza, ma come strumento finalizzato ad evitare che le nuove strutture riproducano su scala ridotta la logica custodiale degli attuali Opg. La natura sussidiaria del controllo custodiale richiede, infatti, una contrazione nel ricorso a tali strutture a favore del potenziamento della presa in carico da parte dei servizi territoriali, laddove l'esigenza di difesa sociale e di cura possono essere adeguatamente soddisfatte attraverso percorsi terapeutici da sviluppare in libertà e in prospettiva di un reinserimento sociale²⁴.

Analizzando *ex post* la composita situazione delle diverse realtà regionali, si può rilevare come, nel contesto dei principi e criteri generali dettati dalla legge, le diverse Regioni abbiano adottato provvedimenti volti ad ottemperare agli obiettivi stabiliti a livello nazionale, percorrendo

²² A quest'ultimo riguardo, inoltre, la legge fissa una precisa regola di giudizio, prevedendo che l'accertamento della pericolosità sociale va «effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'art. 133, 2° co., n. 4, c.p.», e dunque senza tenere conto delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo (come lo svolgimento di un'attività lavorativa, l'ambito abitativo, etc.); e che «non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità la sola mancanza di programmi terapeutici individuali».

²³ L'art. 1-*ter* prevede, infatti, che solo «per i pazienti per i quali è stata accertata la persistente pericolosità sociale, il programma documenta in modo puntuale le ragioni che sostengono l'eccezionalità e la transitorietà del prosieguo del ricovero». Si tratta ad evidenza di una disposizione finalizzata a ridurre il numero degli internati attraverso una verifica individualizzata sulla imprescindibile necessità di mantenere la misura dell'Opg.

²⁴ M. SACCO, *Bollettino dalla trincea dei servizi psichiatrici territoriali*, in F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Volti e maschere della pena*, cit., 150; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 8, 920 ss.

tuttavia strade diverse²⁵.

In questi termini possiamo delineare due modelli di riferimento: il primo rappresentato dalla Toscana, l'altro promosso dalla Lombardia, modelli non necessariamente contrapposti, ma che esprimono "filosofie" diverse nell'approccio al problema della salute mentale.

Le linee del modello toscano sono ben tracciate nel «Percorso regionale di superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario – Programma assistenziale regionale», approvato con delibera di giunta n. 283/2014²⁶, la cui idea di fondo è quella di ridurre i posti letto previsti nella Rems, valorizzando le strutture pubbliche presenti sul territorio. In Toscana si intende potenziare la rete orizzontale dei servizi, che, a partire dall'ambito territoriale, si sviluppa verso livelli di intensità assistenziale maggiore, sempre in un'ottica circolare e di fluidità tra i diversi piani, in grado di accogliere i bisogni dei pazienti nelle diverse fasi del percorso di riabilitazione²⁷.

Il potenziamento della rete dei servizi territoriali (Dsm, Sert e servizi per la disabilità) è quindi volta al fine di affermare e incrementare i percorsi di cura e reinserimento individualizzati, che assicurino la presa in carico dei pazienti all'interno di progetti terapeutico-riabilitativi, assicurando al contempo il diritto alle cure e al reinserimento sociale. In questo contesto il potenziamento delle strutture intermedie di secondo livello svolge un ruolo fondamentale per garantire che, da un lato, la permanenza nelle Rems sia ridotta al tempo minimo indispensabile a ristabilire nel paziente condizioni di maggiore stabilità clinica e comportamentale e, dall'altro, le strutture territoriali ordinarie, senza dover modificare la loro essenza e *mission*, siano in grado di accogliere utenti che hanno raggiunto un adeguato equilibrio, al fine di favorirne percorsi di

²⁵ In alcuni casi, come il Friuli Venezia Giulia o la Basilicata (che ne hanno programmato uno solo), questa scelta è accompagnata dalla destinazione dei fondi in gran parte ai progetti terapeutico-riabilitativi, che saranno seguiti dai Dsm, garantendo un proficuo rapporto tra inferno di mente autore di reato e servizi presenti sul territorio, privilegiando la scelta delle alternative su quella dei puri e semplici Rems. Le strategie regionali sul tema specifico sono quindi orientate al contrasto dell'uso esclusivo di soluzioni residenziali, affidate a soggetti esterni e, a volte, estranee al territorio dove vivono le persone, ma intendono, invece, promuovere esperienze di trattamento assertivo di comunità con focus non solo sulle persone attualmente internate in Opg, ma anche, in un'ottica proattiva dei servizi, ovvero agendo sulle persone a rischio di deriva sociale, per le quali si rende più difficile la presa in carico da parte dei servizi. Si veda P. PELLEGRINI, G. PAULILLO, *L'esperienza delle Rems: stato dell'arte e prospettive*, in *Rass. it. crim.*, num. spec., 2019, 24 ss.

²⁶ Tale programma trova base nella deliberazione della Giunta regionale n. 841 del 3 ottobre 2011 inerente le linee di indirizzo per il superamento dell'Ospedale Psichiatrico Giudiziario di Montelupo Fiorentino e nella deliberazione n. 715 del 26 agosto 2013, inerente il Percorso regionale di superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario ai sensi dell'art. 3-ter del d.l. 211/2011, convertito in legge con modificazioni dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9. Da notare che in senso analogo la regione Friuli Venezia Giulia con deliberazione n. 744 del 17 aprile 2014; Veneto con deliberazione n. 565 del 3 maggio 2013.

²⁷ Si vedano i contributi in F. CORLEONE (a cura di), *Mai più manicomio. Una ricerca sulla Rems di Volterra. La nuova vita dell'Ambrogiana*, Fiesole, 2018.

autonomia e di riabilitazione psicosociale²⁸.

Diverso appare l'obiettivo generale del programma approvato, con delibera n. 122 del 14 maggio 2013²⁹, dalla regione Lombardia che è volto alla «creazione di un articolato circuito residenziale regionale» che surroghe le funzioni sinora svolte dall'ospedale psichiatrico giudiziario di Castiglione delle Stiviere. Il progetto lombardo prevede l'istituzione di n. 8 Rems – sei delle quali tuttavia ubicate nella sola struttura di Castiglione delle Stiviere – diversificate per livelli di assistenza, offerta riabilitativa e sicurezza, in relazione del grado di pericolosità o gravosità dei pazienti ivi ospitati.

Il piano attuativo attribuisce un ruolo di primaria importanza e di coordinamento al gruppo di lavoro di Castiglione delle Stiviere, anche per non disperderne

«l'apprezzabile sapere e saper fare – unico in Italia – maturato nel tempo nel trattamento di internati [...] all'interno di strutture gestite esclusivamente da personale dipendente dell'azienda ospedaliera e integralmente organizzate secondo quanto previsto dalla normativa sanitaria di riferimento»³⁰.

Al contempo però la previsione di un alto numero di residenze e di posti letto, da realizzarsi nel perimetro delle aziende ospedaliere, rappresenta indubbiamente un'opzione differente rispetto a quella toscana, in cui la territorializzazione delle cure ha assunto non solo valenza clinica ma anche valore di principio normativo. L'aver puntato sulla risposta residenziale potrebbe infatti

²⁸ In questa prospettiva si pone anche il Friuli in cui «è presente un modello originale di gestione delle Rems che prevede l'inserimento delle persone destinatarie di misure di sicurezza nelle strutture psichiatriche del territorio, caratterizzate da un elevato livello di trattamento e con un riferimento marginale alla custodia [...] bisogna sottolineare che è stata prevista, a livello regionale, una diminuzione del modello di Rems da 20 posti letto adottato nelle altre regioni, tenendo in considerazione il fabbisogno storico rispetto all'Opg della regione Friuli. I 6 posti stabiliti sono stati poi suddivisi in tre subunità territoriali, Maniago, Udine e Aurisina, Rems provvisorie da 2 posti ciascuno. Si è pensato e poi strutturato un modello di Rems "diffusa", che funziona come un sistema unico, con possibilità di sinergie e di movimenti interni (su autorizzazione della Magistratura) tra le tre strutture, che agiscono come una Rems unica. La co-progettazione con i livelli regionali ha riguardato sia gli aspetti strutturali, con la riduzione al minimo necessario degli aspetti "di sicurezza", e comunque reclusivi che i protocolli con Prefettura e Magistratura. A livello regionale, tutta la Rems "diffusa" è effettivamente integrata con i Dsm, lavora in rete con i servizi dipartimentali e attivamente dialoga e coopera con tutti i servizi di salute mentale coinvolti (il Csm di competenza della persona innanzitutto), evitando la costituzione di un servizio dedicato completamente separato dal resto della rete». Cfr. l'ampia relazione G. RIVELLINI et al., *Il sistema Rems nella realtà italiana: autori di reato, disturbi mentali e PDTA*, in *Riv. psichiatria*, 6, 2019, 93 s.

²⁹ Modificato con d.g.r. n. 1981 del 20.06.2014 inerente Rimodulazione del programma di utilizzo delle risorse destinate a Regione Lombardia con decreto del Ministero della salute, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze del 28 dicembre 2012 per la realizzazione di strutture sanitarie extraospedaliere per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari ai sensi dell'art. 3 ter della legge 17 febbraio 2012 n. 9.

³⁰ Decisivi in questa prospettiva sono stati i risultati ottenuti nel trattamento degli internati. Nell'Opg mantovano si registra un elevatissimo numero di dimissioni realizzate nel periodo 2010-2012, pari a circa 400 pazienti; un risultato conseguito grazie all'importante rete di presidi per la tutela e la promozione della salute mentale esistente in regione Lombardia.

determinare la riproposizione, sotto altre spoglie, di un modello di gestione del paziente di tipo esclusivamente ospedaliero, da cui s'intravede

«il germe di una “trans-istituzionalizzazione”, ossia della possibilità che il programma si riduca a un processo di trasferimento di ricoverati dai vecchi Opg a nuove residenzialità organizzate per erogare prevalentemente interventi medicalizzati tipici di una psichiatria ospedaliera»³¹.

Al di là dei modelli con cui nei vari contesti regionali si è inteso implementare la riforma, è evidente che la legge nel sancire un termine perentorio per il tramonto degli Opg come istituzione, non lasciando alcun alibi a difficoltà gestionali, organizzative e burocratiche dei servizi sanitari territoriali, ha aperto complesse problematiche spesso aggravate dalla persistenza di carenze strutturali, economiche, formative che vengono quotidianamente denunciate dal ridotto personale dei dipartimenti di salute mentale e dalla magistratura di sorveglianza.

Prima di entrare nel merito e scandagliare la *quaestio* costituzionale sottoposta all'attenzione della Corte, pare opportuno scattare una fotografia – forse un pò sfocata, non essendovi dati certi – dello *status quo* del sistema delle Rems ad oltre un quinquennio dal completamento del percorso delineato dalla legge 81/2014.

Al 30 novembre 2020³², sono attive 32 residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, in cui erano ricoverate 551 persone, di cui 151 concentrate nella Rems di Castiglione delle Stiviere. In termini assoluti si tratta del numero più basso di internati dal secondo Dopoguerra, dato che si accompagna alla constatazione di un numero molto elevato di persone ricoverate in forza di una misura di sicurezza provvisoria³³ (43,7% del totale) in violazione del mandato normativo della legge n. 81/2014, secondo cui le misure di sicurezze privative della libertà personale vanno applicate solo se le altre misure non sono effettivamente adeguate a rispondere alla pericolosità sociale³⁴.

³¹ In questi termini G. DODARO, *Ambiguità e resistenze nel superamento dell'Opg in regione Lombardia: verso l'“istituzionalizzazione” ospedaliera del malato di mente autore di reato?*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 3, 2013, 1387 ss.; diversamente F. FEDERICI, *Il superamento degli O.P.G.: una riforma possibile?*, in *Dir. pen. cont.*, 23 luglio 2013; anche G. ALBERTI, *Chiudono gli Ospedali psichiatrici giudiziari (?): la situazione e le prospettive in Lombardia*, *ivi*, 31 marzo 2015.

³² *Progetto di ricerca SMOP. Sistema informativo per il monitoraggio del superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari. Rapporto 2020*, Università di Torino, 2020, 19 ss.

³³ La misura di sicurezza provvisoria, applicabile in qualunque stato e grado del procedimento sulla base di un giudizio di pericolosità sociale, talora senza valutazione psichiatrica, viene ad assumere la valenza paragonabile a quella di una misura di custodia cautelare che ha un forte impatto sia sulle persone degli internati che sull'organizzazione della Rems.

³⁴ R. CATANESI et. al., *Indagine sulle Rems italiane. Un anno di osservazione*, in *Rass. it. crim.*, numero speciale, 2019, 7 ss.

È rilevante sottolineare come, proprio in virtù della regionalizzazione, le Rems possiedano caratteristiche strutturali e organizzative che le distinguono e talora differenziano dalle altre, delineando una diversa gradazione nel coinvolgimento dei servizi sanitari territoriali nella gestione dell'assistenza dei soggetti con problemi psichici autori di reato. In questo quadro la dinamica tra Rems e Centri di salute mentale ha evidenziato numerose difficoltà, segno della permanenza di vecchie logiche intrecciate con limiti reali di risorse (si pensi al *budget* per finanziare alternative residenziali alle Rems), formativi e strumentali. Al contempo nella magistratura permangono riflessi plavloviani – favoriti dalla mancata riforma del codice penale relativamente a imputabilità, pericolosità sociale e misure di sicurezza – che determinano automatismi tra l'accertamento psichiatrico forense della pericolosità e l'invio dell'imputato presso la Rems, senza adeguata calibratura della misura adottata e verifica della sussistenza di alternative offerte dai servizi territoriali.

2. Liste d'attesa ed esigenze di difesa sociale

Il Gip presso il Tribunale di Tivoli ha sollevato d'ufficio questione di legittimità costituzionale degli artt. 206 e 222 c.p. e dell'art. 3 *ter* del D.L. n. 211/2011 (come modificato in sede di conversione in legge n. 9/2012 e con la successiva legge n. 81/2014) in relazione agli artt. 27 e 110 Cost. nella parte in cui sanciscono la competenza esclusiva delle Regioni in ordine all'applicazione della misura di sicurezza detentiva del ricovero presso le Rems sottraendola al Ministro della giustizia, e agli artt. 2, 3, 25, 32 Cost. nella parte in cui consentono con atti amministrativi l'adozione di disposizioni generali in materia di misure di sicurezza³⁵.

La questione in esame trae origine dalla vicenda giudiziaria di una persona indagata, affetta da grave disturbo di psicosi schizo-affettiva con tratti antisociali e dedita al sistematico abuso di alcolici, nei cui confronti, a seguito dell'accertamento della pericolosità sociale, nel giugno 2019 veniva applicata in via provvisoria, ai sensi degli artt. 206 c.p. e 312 c.p.p., la misura di sicurezza detentiva del ricovero in Rems «da individuarsi a cura del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (DAP)». Il giudice riteneva, sulla base delle indicazioni cliniche riportate in apposita perizia, che una diversa e meno restrittiva misura fosse insufficiente a fronteggiare la pericolosità sociale dell'indagato, posta la totale assenza di

³⁵ Trib. Tivoli, sez. gip-gup, ord. 11 maggio 2020.

consapevolezza della malattia e di *compliance* nelle cure.

In attesa della disponibilità di un posto in Rems, il giudice disponeva l'applicazione temporanea della libertà vigilata con prescrizioni presso una struttura residenziale psichiatrica per trattamenti terapeutico riabilitativi (Srtr) a carattere estensivo nel territorio della Regione Lazio da individuarsi a cura del Centro salute mentale (Csm) competente.

Alla richiesta del giudice replicava, con nota del 14 giugno 2019, il Dap segnalando che, come previsto dal D.M. 1° ottobre 2012, le Rems sono ad esclusiva gestione sanitaria ed il trattamento delle persone sottoposte alla misura di sicurezza detentiva è affidato al servizio sanitario regionale, che è responsabile della presa in carico e degli interventi terapeutico-riabilitativi sul territorio nei confronti delle persone cui fosse stata applicata una misura di sicurezza detentiva. La regione Lazio, tuttavia, comunicava l'impossibilità di eseguire la misura per mancanza di disponibilità di posti nel territorio

«sia di fatto, per la scarsità di risorse materiali ed umane, che in punto di diritto per quanto qui di interesse, a causa del sostanziale diniego dell'Amministrazione penitenziaria per la ritenuta incompetenza in materia di gestione delle Rems e segnatamente per la asserita intrasferibilità fuori dal territorio regionale, mancando finanche presso l'Amministrazione centrale uno strumento di conoscenza della disponibilità nazionale dei posti in Rems»³⁶.

Nel frattempo si dimostrava ineseguibile anche la misura della libertà vigilata, posto che l'indagato ripetutamente rifiutava il ricovero residenziale, o se ne allontanava, e comunque non si sottoponeva ad alcuna delle terapie imposte con il provvedimento di applicazione temporanea della detta misura, che pertanto veniva revocata.

Per confermare la rilevanza non episodica ma strutturale del problema delle liste d'attesa per accedere alle Rems, il giudice richiama la risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura del 19 settembre 2017 nella quale

«si constatava che pressoché in tutte le Regioni interessate vi era assoluta carenza di posti e sostanziale ineseguibilità delle misure di sicurezza detentive anche per persone di particolare pericolosità sociale, non essendo nemmeno possibile trasferire da una regione all'altra gli internati per mancanza di un effettivo coordinamento da parte del Ministero della giustizia»

oltre alla successiva risoluzione del 25 settembre 2018, con la quale l'organo di autogoverno della magistratura sollecitava l'elaborazione di Protocolli operativi in tema di misure di

³⁶ Trib. Tivoli, sez. gip-gup, ord. 11 maggio 2020.

sicurezza psichiatriche da parte degli Uffici giudiziari di merito e di sorveglianza, insieme al Ministro della giustizia alle Autorità regionali competenti in grado di garantire la risoluzione delle gravi inefficienze descritte.

Il giudice laziale fa derivare da tale ricostruzione del contesto materiale e normativo la necessità di ri-attribuire nuovamente in capo al Ministro della giustizia la competenza relativa all'esecuzione della misura di sicurezza detentiva per malati psichiatrici autori di reato. A tal fine nell'ordinanza vengono declinate due questioni di costituzionalità della normativa che ha previsto l'istituzione e il funzionamento delle Rems.

Sotto il primo profilo, il giudice *a quo* principia segnalando la differenza tra misura di sicurezza del ricovero in Rems e trattamento sanitario obbligatorio, laddove – benchè entrambi i complessi normativi che disciplinano tali istituti individuino ipotesi di legittima limitazione della libertà personale e della libertà di cura – si presentano, nelle due distinte classi di fattispecie, assolutamente eterogenei per: *i*) la natura dei presupposti legali per la limitazione della autonomia terapeutica e della libertà e il procedimento di applicazione e controllo giurisdizionale su tali limitazioni; *ii*) le finalità cui la compressione della libertà personale sono funzionali nell'uno e nell'altro caso; *iii*) la struttura, intensità e durata della coartazione legittimamente attuabile.

Occorre tener presente che i presupposti per la sottoposizione a trattamento sanitario obbligatorio, ai sensi degli artt. 23 ss. della legge n. 833/1978, attenendo alla condizione del paziente, esulano totalmente da qualsivoglia esigenza di difesa sociale, viceversa per l'applicazione della misura di sicurezza del ricovero in Rems è necessario non solo l'accertamento della commissione di un fatto di reato e il proscioglimento per vizio totale di mente ai sensi dell'art. 88 c.p. (ovvero la condanna a pena diminuita per vizio parziale di mente, ai sensi dell'art. 89 c.p.), ma altresì l'accertamento in concreto della pericolosità sociale del soggetto conseguente alla malattia psichica da cui è affetto.

Differenze emergono anche sul piano procedurale, nella misura in cui, mentre, nel caso del t.s.o., sussiste un controllo solo successivo da parte del giudice tutelare sull'ordinanza adottata dal sindaco con la quale si dispone il ricovero coatto; nell'ipotesi della misura di sicurezza, la stessa viene disposta direttamente dal giudice della cognizione o esecuzione penale, essendo poi completamente sottoposta al controllo giurisdizionale pure ogni decisione circa la revoca, conferma o modifica della misura stessa.

Come sottolineato dalla stessa Corte costituzionale³⁷, le esigenze di protezione sociale che sono alla base del giudizio di pericolosità soggettiva del prosciolto per infermità di mente rendono intrinsecamente differenti le due situazioni poste alla base delle discipline in raffronto, laddove in particolare solamente la misura di sicurezza coniuga e integra le finalità curative con le istanze precipue di prevenzione speciale cui il sistema del doppio binario affida a tale tipologia di sanzione penale³⁸.

Peraltro, come già segnalato, la riforma del 2012³⁹, da un lato, non ha comportato un superamento dell'istituto della misura di sicurezza, ma esclusivamente una innovazione delle modalità organizzative dell'esecuzione della stessa, dall'altro, non ha negato la natura limitativa della libertà personale e di cura delle misure in parola, sottolineando anzi il permanere di condizioni di assistenza sanitaria diversificata, per tali soggetti, a differenza dei malati psichiatrici "comuni".

La sussunzione del provvedimento adottato entro la fattispecie delle misure di sicurezza e dunque la sua sostanziale assimilazione all'esecuzione di una misura giudiziaria penale restrittiva della libertà personale determina la necessità che l'esecuzione della stessa sia affidata per gli aspetti materiali

«all'organo che sovrintende l'Amministrazione penitenziaria, ossia il Ministro della giustizia, al quale spettano ai sensi dell'art. 110 Cost. l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia con le relative responsabilità [...] l'attribuzione costituzionale al Ministro della giustizia in materia di organizzazione e funzionamento dei servizi relativi alla giustizia, quindi, impone che spetti a quest'ultimo la competenza a provvedere in relazione all'esecuzione dei provvedimenti dell'Autorità giudiziaria per motivi di omogeneo, ordinato ed efficace trattamento degli internati nei cui confronti va eseguito il ricovero in Rems. La sottrazione al Ministro della giustizia di ogni competenza diretta in materia, peraltro, non solo va ritenuta conforme alle disposizioni sopra

³⁷ Corte cost., 27 luglio 1982, n. 139 secondo cui «presupposti e definizione dell'istituto pongono così in risalto - e inscindibilmente collegano - dimensioni di sicurezza e dimensione terapeutica; il che è necessario a legittimare la misura, sia di fronte alla finalità di prevenzione speciale, riabilitativa, propria in genere delle misure di sicurezza (sentenza n. 68 del 1967) sia di fronte al principio, anche esso costituzionale, di tutela della salute (art. 32 Cost.)».

³⁸ Occorre tener conto, nella valutazione complessiva del sistema di misure coattive destinate ai folli rei, delle esigenze di protezione e sicurezza, emergenti dallo stesso ordinamento sovranazionale sotto il profilo della tutela preventiva delle potenziali vittime di violenza, ad opera di tali soggetti non imputabili o non pienamente imputabili (in tal senso Corte Edu, sez. IV, 30 novembre 2010, n. 2660/03, *Hajduova c. Slovacchia*).

³⁹ Ciò si evince, in particolare: *i*) dall'attenzione ai "profili di sicurezza" in relazione alla individuazione dei requisiti strutturali e tecnologici che tali strutture dovranno presentare (art. 3 ter, co. 2, legge n. 9/2012); *ii*) dal permanere, pur a fronte di una «esclusiva gestione sanitaria all'interno di tali strutture» di obblighi in capo al personale penitenziario di attività di vigilanza, non solo benché «perimetrale e di vigilanza esterna» in relazione alle condizioni dei soggetti interessati (art. 3 ter, co. 3, lett. b), cit.).

menzionate ma è anche in concreto ritenuta dal Dap, quale articolazione dell'Amministrazione che cura l'esecuzione delle misure restrittive della salute personale»⁴⁰.

Sotto il secondo profilo, il giudice *a quo* contesta la violazione della riserva di legge di cui all'art. 25 Cost. che interdice la possibilità di operare la delegificazione della materia, condizione che si sarebbe realizzata rimettendo l'intera disciplina del ricovero in Rems e degli ulteriori requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi, anche con riguardo ai profili di sicurezza, ad un decreto da emanarsi di concerto da parte dei Ministeri della salute e della giustizia. Il decreto, di natura non regolamentare, dà attuazione altresì ad un'ulteriore forma di delegificazione, non consentita in alcun modo né prevista nemmeno dalla stessa legge ordinaria, mediante la stipula di Accordi tra il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, il Ministero della salute, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano al fine di regolamentare lo svolgimento delle funzioni di cui alla legge n. 354/1975 ss.mm. e al d.P.R. n. 230/2000, anche con riferimento agli aspetti della esecuzione della misura di sicurezza e alle forme dei rapporti con la magistratura.

Inoltre, il sistema attuale lederebbe i richiamati principi costituzionali anche nella parte in cui consente l'adozione, con atti amministrativi, di disposizioni generali in materia di misure di sicurezza in violazione della riserva di legge.

In definitiva, ad avviso del giudice remittente,

«il sistema così delineato [...] determina l'ineseguibilità della misura di sicurezza provvisoria detentiva disposta nel presente procedimento, oltre a numerosissime altre misure di sicurezza definitive e provvisorie emesse da altri organi giudiziari, e causa una disomogenea applicazione sul territorio nazionale delle norme di trattamento penitenziario previste a tutela dei diritti inviolabili degli internati infermi di mente, esponendo a rischio la vita o l'incolumità degli stessi infermi di mente, oltre che quelle degli operatori e dei terzi, con ulteriore violazione di diritti fondamentali relativi agli obblighi di protezione dello Stato nei confronti dei cittadini dalle persone socialmente pericolose»⁴¹.

La minuziosa analisi del caso e delle storture burocratiche che l'hanno contrassegnato sembra provare troppo, fungendo nel ragionamento del Tribunale da argomento *knockdown* in grado di chiudere la discussione in partenza, sbarrando la strada a ogni ulteriore sforzo argomentativo

⁴⁰ Trib. Tivoli, sez. gip-gup, ord. 11 maggio 2020.

⁴¹ Trib. Tivoli, sez. gip-gup, ord. 11 maggio 2020.

volto a ridurre, nei limiti del possibile, la presunta natura esemplare del fatto narrato, soprattutto in rapporto all'esigenza di concedere legittimo spazio a eventuali contro-interessi antagonisti.

L'ordinanza si prospetta quindi come l'ennesimo terreno di conflitto tra visioni inconciliabili, quella – fatta propria dalla novella normativa – che privilegia le forme della cura e riabilitazione sociosanitaria da un lato e quella tradizionale volta alla neutralizzazione e difesa sociale dall'altro. La verità è che cura e controllo dell'infermo devono stare in perfetto equilibrio, mentre la pervicace ricerca da parte del giudicante del ricovero coatto in Rems risponde, soprattutto se disposto a distanza di un anno dalla perizia che aveva accertato la pericolosità, solo ad esigenze di presunta difesa sociale.

3. Fiat lux: sui poteri istruttori della Corte costituzionale

Le storie e le norme che hanno contraddistinto l'istituzione degli Ospedali psichiatrici giudiziari (e ora delle Rems), così come altri istituti nell'ambito della salute mentale, hanno connotati paradigmatici, descrivendo un grande campo di osservazione, mutevole e magmatico, che include una dimensione pluralistica in grado di assorbire le contraddizioni che sono proprie della follia, portandole anzi allo scoperto al fine di renderle conciliabili⁴².

In questa prospettiva, la trasformazione del campo psichiatrico, la deistituzionalizzazione e l'invenzione di nuove istituzioni – anche per via legislativa – hanno istituito il teatro entro cui la contraddizione insanabile ha trovato un campo di tensioni legittimo e regolato, un campo di riflessività sulla convivenza civile, volto a perseguirne la socializzazione.

È diventato pertanto più difficile giustificare la rimozione dell'esperienza della follia in un altrove distinto dal sociale, preferendo dunque quel «chiudere gli occhi»⁴³ al suo cospetto di cui scrisse Boltanski; ed è invece possibile «mettere tra parentesi la follia»⁴⁴, lasciandola in circolo come un'opportunità di apprendimento di singoli e collettività sulle condizioni per convivere con differenze inconciliabili, per onorare diritti soggettivi, per investire sulle capacità.

Per ottenere questo obiettivo, appare preliminare squarciare il velo e acquisire un quadro realistico della attuale condizione delle Rems, della effettiva rilevanza del problema delle liste

⁴² Mi permetto di rinviare a S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità: profili di un dialogo costituzionale*, Milano, 2015.

⁴³ L. BOLTANSKI, *Lo spettacolo del dolore*, Milano, 2000.

⁴⁴ F. BASAGLIA, *L'utopia della realtà*, Torino, 2005, 63 s.; anche E. BORGNA, *Cos'è la follia*, 2007, 15 s. che ricorda come «Husserl invitasse a mettere tra parentesi (*epoké*) tutte le conoscenze teoriche che abbiamo, per cercare di cogliere la dimensione palpitante e viva dei fenomeni, per ascoltare le parole dei pazienti e le voci sottili a volte invisibili che si accompagnano alla sofferenza».

d'attesa che le affligge e delle forme (attuali e prospettabili) di attuazione della legge n. 81/2014⁴⁵. In questa prospettiva si giustifica l'ordinanza n. 131/2021 adottata dalla Corte costituzionale con cui si è disposta apposita istruttoria, ai sensi dell'art. 12 delle Norme integrative, riguardo gli elementi di fatto e di contesto descritti nell'ordinanza del giudice di Tivoli, avendo quale finalità ultima l'acquisizione di specifiche informazioni – in grado di offrire un quadro realistico della condizione delle Rems – considerate indispensabili per la decisione.

In particolare la richiesta di informazioni è rivolta a parti estranee al giudizio⁴⁶, quali i Ministeri della giustizia e della salute, il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nonché il Presidente dell'Ufficio parlamentare di bilancio. I quesiti posti dalla Corte nell'ordinanza sono strutturati a cerchi concentrici, dal più generale (sul numero delle Rems e sui pazienti da essa ospitati) sino a quelli più peculiari (sui pazienti in lista d'attesa e sulla durata media delle stesse) ed inoltre attengono ad aspetti organizzativi e di ripartizione delle competenze (così sulle forme di coordinamento tra Ministeri, Aziende sanitarie e Dipartimenti di salute mentale come sull'esistenza di uno specifico monitoraggio della tempestiva esecuzione dei provvedimenti di applicazione delle misure di sicurezza). Vi sono infine gli ultimi quesiti che sembrano volti a consentire l'instaurazione di una sorta di contraddittorio tra le autorità statali e quelle regionali al fine di rendere ragione delle problematiche sollevate con l'ordinanza di remissione⁴⁷.

Spesso le ragioni sottese alla decisione di ricorrere all'istruttoria permangono in ombra, essendo al più desumibili dalla pronuncia finale, laddove, come ha notato autorevole dottrina, sarebbe sempre opportuno che le motivazioni della scelta assunta dal giudice costituzionale venissero

⁴⁵ Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2021*, Roma, 2021, 215 ss. secondo cui vi è un aumento del numero delle persone in attesa di collocazione presso le residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (Rems). Secondo i dati rilevati dal 2019 al 2021, si è passati da un totale, su base nazionale di 603 a 715, alla fine del 2020, per giungere a 770 attuali. Di questi, 98, al mese di febbraio 2021, sono coloro che attendono l'invio in una Rems rimanendo in carcere, in uno stato di detenzione illegittima.

⁴⁶ Il che naturalmente non sorprende, v. R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985, 10 ss.

⁴⁷ In questo senso Corte cost., ord. 24 giugno 2021, n. 131 secondo cui «l) se sia prevista la possibilità dell'esercizio di poteri sostitutivi del Governo nel caso di riscontrata incapacità di assicurare la tempestiva esecuzione di tali provvedimenti nel territorio di specifiche Regioni; m) se le riscontrate difficoltà siano dovute a ostacoli applicativi, all'inadeguatezza delle risorse finanziarie, ovvero ad altre ragioni; n) se siano attualmente allo studio progetti di riforma legislativa, regolamentare od organizzativa per ovviare alle predette difficoltà e rendere complessivamente più efficiente il sistema di esecuzione delle misure di sicurezza applicate dal giudice nei confronti delle persone inferme di mente». Per un commento E. OLIVITO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale: conoscenza della prassi applicativa della legge o preannuncio di un monito, in anticipo su Strasburgo ?*, in *Nomos*, 2021, 2, 2 s.

esplicitati nel contesto dell'ordinanza⁴⁸. Nel caso in esame si deve evidenziare che la stessa ordinanza istruttoria risulta corredata, al contrario di altre precedenti, da una motivazione che ne svela il senso, la genesi e le premesse della fase istruttoria.

La Corte, attraverso l'ordinanza istruttoria, si è quindi assunta l'onere di non decidere in astratto, mantenendo un velo di ignoranza sulle condizioni concrete in cui versa il sistema strutturato dalla normativa oggetto del suo sindacato, ma ha scelto di acquisire dati relativi al modo in cui la legge viene interpretata ed applicata nella realtà⁴⁹, soprattutto per comprendere se il “collo di bottiglia” determinatosi nella fase di ingresso nelle Rems sia un dato sistematico od occasionale.

In questo senso

«se è vero che, data la natura del controllo di costituzionalità nel nostro ordinamento, non è immaginabile una tutela del diritto riconducibile al caso concreto, è anche vero – d'altra parte – che il caso concreto da cui origina la *quaestio legitimitatis* può presentare una certa esemplarità, può cioè essere in grado di svelare alla Corte insufficienze della legislazione ordinaria che hanno ripercussioni di carattere generale e che finiscono per tradursi in vizi di illegittimità costituzionale»⁵⁰.

Non si tratta dunque di dar luogo ad un confronto logico tra due disposizioni – legislativa e costituzionale – per i loro significati normativi virtuali, ma ad un controllo sul quale influirà l'esito dell'accertamento della realtà sottostante al dato normativo, nella misura in cui la conoscenza di determinati dati di fatto è funzionale a

«comprendere lo stesso significato della [disposizione], per cogliere la vita concreta del diritto; [si tratta di fatti quindi] che non sono considerati come oggetto della previsione legislativa, sebbene come elemento che la qualifica, che la chiarisce»⁵¹.

⁴⁸ M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nel giudizio sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 553 s., il quale constata che di norma «il senso compiuto di un'istruttoria si può comprendere soltanto dopo la lettura della pronuncia di merito che ne utilizza le risultanze», mentre sarebbe al contrario opportuno «strutturare diversamente le ordinanze istruttorie prevedendo una loro adeguata motivazione».

⁴⁹ G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del «fatto» nelle decisioni della Corte*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, 262.

⁵⁰ G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del «fatto» nelle decisioni della Corte*, cit., 253.

⁵¹ A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978, 1335 ss.

Quelli oggetto dell'istruttoria della Corte sono appunto i cd. *legislative facts*⁵² – ovvero tutti quei fatti che consentono la più ampia comprensione possibile della norma oggetto di sindacato nonché contribuiscono all'interpretazione della norma-parametro – i quali, lungi dal poter esprimere una fattualità che si imporrebbe all'attenzione della Corte, richiedono pur sempre una puntuale perimetrazione dello spazio d'azione del legislatore rispetto alle variabili, letterali e sistematiche, del testo costituzionale. La nozione appare comprensiva di una molteplicità di fenomeni: i “fatti presupposti”, ovvero quelli che hanno determinato le scelte del legislatore in fase di elaborazione della legge e contribuiscono a spiegarne la *ratio*; i “fatti conseguenti” che consentono alla Corte di comprendere come gli operatori del diritto danno applicazione alla legge; infine i “fatti prognostici”, ovvero quei fatti che illuminano i possibili effetti della norma o di un suo eventuale annullamento⁵³.

A loro volta i fatti hanno contenuto trasversale, potendo venire in rilievo fatti naturali, scientifici, sociali, economici, politici ed amministrativi⁵⁴, i quali naturalmente possono richiedere per essere compresi cognizioni di comune esperienza ovvero il ricorso a conoscenze extra-giuridiche e saperi esperti⁵⁵.

Sebbene sin'ora la Corte abbia fatto un uso parsimonioso del potere istruttorio⁵⁶, privilegiando altre strade per dare ingresso al fatto nel giudizio costituzionale⁵⁷,

«sia il tipo di metodologia con cui il “fatto” è ricostruito, che il tipo di struttura argomentativa in cui il fatto ricostruito acquista rilievo, hanno marcate influenze sull'uso dei poteri istruttori della Corte, sul peso delle risultanze ai fini della decisione, sulla

⁵² Sulla nozione e distinzione tra *legislative facts* e *adjudicative facts* T. GROPPi, *La Corte costituzionale tra “fatto legislativo” e “fatto sociale”*, in *Giur. cost.*, 1998, sp. 2803; E. OLIVITO, *La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 137 ss.

⁵³ M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 84 ss.

⁵⁴ M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale. Appunti per una ricerca*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, I, Napoli 2011, 3 ss.; F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Torino, 2002, 149.

⁵⁵ M. POLANYI, *The Republic of Science: Its Political and Economical Theory*, in *Minerva*, 1, 1962, 54 ss.

⁵⁶ In questo senso le riflessioni di T. GROPPi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997; G.A. FERRO, *Modelli processuali e istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, 2012; anche M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, cit., 49 s. che sottolinea come dal 1956 al 2016 la Corte abbia fatto ricorso alle ordinanze istruttorie solo in 93 casi, di 47 nell'ambito del giudizio costituzionale in via incidentale.

⁵⁷ Il riferimento è all'istruttoria informale ad opera del giudice relatore e dei suoi assistenti di studio su cui V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale di fronte alle questioni tecniche*, in *Quad. cost.*, 2019, 2, 395 ss.

funzione dell'argomento "fattuale" nell'economia della motivazione»⁵⁸.

L'esplicazione di un simile potere si connette ad un insieme di fattori volti a valorizzare le finalità *extraprocessuali* del ricorso alle ordinanze istruttorie: da un lato, l'accertamento e l'acquisizione formalizzata da parte della Corte di elementi di fatto sono destinate a consentire una maggiore trasparenza del processo decisionale e a rafforzarne sotto il profilo della persuasività la motivazione attraverso la condivisione dei presupposti anche con tutti i soggetti potenzialmente interessati dalla vicenda *sub iudice*, dall'altro, ne emergono gli evidenti vantaggi nei rapporti con l'opinione pubblica⁵⁹, legittimando maggiormente all'esterno l'azione della Corte nel rendere giustizia, cioè

«contribuire, anche in misura minima e marginale, a inverare la Costituzione nell'ordinamento, traendola dal rarefatto campo delle norme "super-primarie", per farla diventare materia viva della convivenza sociale, presente negli accordi e nei conflitti, garanzia molecolare di libertà e di eguaglianza nella società civile e nei rapporti tra questa e l'autorità dello Stato»⁶⁰.

Nel valorizzare la componente di concretezza del giudizio di costituzionalità, il ricorso all'istruttoria potrebbe altresì costituire anche una garanzia nei confronti di invasioni del giudice costituzionale nell'area della discrezionalità legislativa, consentendo alla collettività di accertare gli obbiettivi alla base della decisione e la «loro corrispondenza alle compatibilità di sistema»⁶¹. Nel caso di specie, si comprende il ricorso della Corte alla richiesta di informazioni agli enti preposti, laddove una valutazione sulla funzione di difesa sociale svolta dalla legge si connota per un tasso di politicità incompatibile con il giudizio costituzionale e pericolosamente suppletivo del ruolo del legislatore.

Al contempo, in senso inverso, non si può sottacere il rischio che l'evidenza istruttoria raccolta in termini formalizzati vincoli la Corte, la quale non si sentirebbe legittimata a mettere in discussione gli elementi emersi perché rientranti in una sfera di apprezzamento non sindacabile

⁵⁸ R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 336.

⁵⁹ Finalità, non evidenti ma da ritenersi sottese allo svolgimento dell'istruttoria, in sé apparentemente sprovvista di qualsiasi logica, sarebbero plausibilmente anche quella di un 'dialogo' con la pubblica opinione, al cui controllo critico meglio si può far fronte rendendo manifeste all'«uditorio universale» alcune argomentazioni. Cfr. T. GROPPI, *I poteri istruttori*, cit., 250 ss.

⁶⁰ G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2020, 4, 36.

⁶¹ M. LUCIANI, *I fatti e la Corte. Sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nel giudizio sulle leggi*, in *Giur. cost.*, 1987, 1045 ss., sp. 1071.

tramite un mero controllo esterno sulla manifesta irragionevolezza o il travisamento dei fatti⁶².

«Lì dove gli strumenti del bilanciamento garantiscono alla Corte degli spazi d'azione, che si restringono o si ampliano a seconda dell'intensità della violazione contestata o della qualificazione del diritto fatto valere, l'emersione in forma ufficiale e formalizzata di elementi di fatto rischierebbe insomma di evocare per la Corte il fantasma della discrezionalità tecnica»⁶³.

4. Un conflitto di attribuzione mancato o per procura?

Prima di affrontare criticamente la prima delle questioni sollevate dal giudice *a quo*, si vuole osservare come quello proposto avrebbe potuto assumere le forme di un conflitto di attribuzione tra il gip del Tribunale di Tivoli e la Regione Lazio per omessa esecuzione di un provvedimento giurisdizionale, ovvero quello con cui era stata disposta la misura di sicurezza provvisoria del ricovero in Rems.

A decorrere dal 1° aprile 2015, le misure di sicurezza detentive devono essere eseguite esclusivamente all'interno delle Rems, ossia all'interno di strutture sanitarie, la cui edificazione e gestione è di competenza regionale, le quali peraltro devono presentare i requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi previsti dall'allegato A del già citato decreto adottato dal Ministro della Salute, di concerto col Ministro della giustizia del 1° ottobre 2012. Le Regioni devono quindi garantire l'accoglienza e presa in carico nelle proprie Rems di persone sottoposte a misura di sicurezza detentiva residenti nel proprio ambito territoriale.

Nel caso di specie, come dettagliato in modo puntuale nell'ordinanza, la misura di sicurezza era risultata ineseguibile per l'incapacità dei competenti dipartimenti di salute mentale della regione Lazio a rendere disponibile un posto presso una Rems sita nel territorio della medesima Regione.

Il giudice avrebbe potuto prospettare una lesione per menomazione delle attribuzioni costituzionalmente riconosciute al potere giudiziario di cui è espressione, facendo valere un

⁶² E. MALFATTI, *Giurisprudenza costituzionale e "questioni tecniche": i poteri istruttori della Corte costituzionale*, in *Consultaonline*, 27 gennaio 2020, 8.

⁶³ G. REPETTO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale tra "modelli" processuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 306.

cattivo uso del potere regionale che tuttavia si traduce in una carenza di potere in concreto⁶⁴.

L'indicata attribuzione, che si connette al disposto degli artt. 2, 3, 24 e 113 Cost., sarebbe stata pregiudicata dall'omissione provvedimento o «non esecuzione» dell'ordinanza adottata dal gip ai sensi degli artt. 206 c.p. e 312 c.p.p. Al contempo la tutela giurisdizionale dei diritti della persona soggetta a misure di sicurezza così come le contrapposte esigenze di prevenzione a tutela della collettività rimarrebbero prive di effettività, ove si riconoscesse alla Regione la possibilità di decidere discrezionalmente se dare esecuzione o meno ai provvedimenti della magistratura.

La Corte costituzionale si è espressa più volte ritenendo ammissibile il conflitto sollevato da parte di un potere che si è ritenuto menomato della pienezza delle sue attribuzioni previste dalla Costituzione a causa di atti o anche di sostanziali omissioni di altri poteri. In questo senso gli atti di giurisdizione possono essere a base di conflitto di attribuzione tra Regioni e Stato, oltre che tra poteri dello Stato, purché il conflitto medesimo non si risolva in mezzo improprio di censura del modo di esercizio della funzione giurisdizionale⁶⁵, ma si traduca in una contestazione della riconducibilità dell'atto che determina il conflitto alla funzione giurisdizionale⁶⁶ ovvero sia messa in questione l'esistenza stessa del potere giurisdizionale. In tutti questi casi, il conflitto verrebbe infatti a configurarsi non come controllo sul contenuto dell'attività giurisdizionale, ma come garanzia di sfere di attribuzioni che si vogliono costituzionalmente protette da interferenze da parte di organi della giurisdizione o che si vogliono riservare al controllo di altra istanza costituzionale⁶⁷.

Non si può negare che l'esito di un eventuale conflitto con la regione Lazio non avrebbe soddisfatto le mire del giudice *a quo*, potendo al massimo accertare l'interferenza omissiva posta in essere dai poteri regionali attraverso la colposa inattuazione dell'ordinanza giudiziale. Diverso il tenore dell'ordinanza di remissione commentata, il cui obiettivo primario è quello di rimettere in gioco il Dap nella partita sulla gestione delle Rems, conformandosi come una sorta di conflitto di attribuzione per procura. Lo si desume dall'*obiter dictum* con cui si è richiamato

⁶⁴ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 434; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2004, 377. Nella giurisprudenza costituzionale si è precisato che «la figura dei conflitti di attribuzione non si restringe alla sola ipotesi di contestazione circa l'appartenenza del medesimo potere, che ciascuno dei soggetti contendenti rivendichi per sé, ma si estende a comprendere ogni ipotesi in cui dall'illegittimo esercizio di un potere altrui consegua la menomazione di una sfera di attribuzioni costituzionalmente assegnate all'altro soggetto» (Corte cost., 20 gennaio 1977, n. 40).

⁶⁵ Corte cost., 27 dicembre 1974, n. 289; Corte cost., 10 dicembre 1981, n. 183; Corte cost., 20 marzo 1985, n. 70; Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 357.

⁶⁶ Corte cost., 24 luglio 1981, n. 150; Corte cost., 23 dicembre 1986, n. 283.

⁶⁷ Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 27; in dottrina G. GRASSO, *Il conflitto di attribuzioni tra le Regioni e il potere giudiziario*, Milano, 2001.

il parametro negletto di cui all'art. 117, 2° co., Cost.⁶⁸, che funge evidentemente da argomentazione volta a rafforzare la conclusione secondo la quale, dato che al Ministero della giustizia spettano, ai sensi dell'art. 110 Cost., l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia con le correlate responsabilità, per l'effetto anche la gestione degli ingressi nelle Rems e la fase applicativa delle relative misure di sicurezza debba essere parte delle attribuzioni del Guardasigilli. In sostanza si ritiene – differentemente dal giudice *a quo* – che un eventuale accoglimento della questione di costituzionalità non avrà alcun effetto sul problema denunciato dal giudice tiburtino, ma semplicemente verrà a ridefinire i confini delle competenze e i ruoli degli enti coinvolti nella gestione dei folli rei.

Tornando alla questione sollevata, il giudice fa derivare dalla qualificazione formale del ricovero in Rems quale misura di sicurezza, disciplinata dall'art. 25, 3° co., Cost., l'automatica riconduzione dell'applicazione della misura, per gli aspetti materiali, all'organo che sovrintende l'Amministrazione penitenziaria, ossia il Ministro della giustizia al quale spettano ai sensi dell'art. 110 Cost. l'organizzazione e il funzionamento dei servizi della giustizia e le relative responsabilità.

Se la sequenza procedurale che determina l'applicazione della misura di sicurezza è rimasta immutata, nella misura in cui la riforma opera a codice penale invariato, quindi senza introdurre trasformazioni strutturali al sistema codicistico del “doppio binario”, tuttavia le innovazioni introdotte dalla legislazione che ha superato gli Opg vengono a modificare in termini qualitativi il verso del sistema delle misure di sicurezza⁶⁹.

Le misure di sicurezza detentive destinate agli infermi di mente devono infatti muoversi entro due polarità: cura e tutela dell'incapace da un lato, contenimento della pericolosità sociale dall'altro, trovando giustificazione, a livello costituzionale, solo se «rispondono contemporaneamente a entrambe queste finalità, collegate e non scindibili»⁷⁰.

Entro questo contesto la legge n. 81/2014, innovando punti qualificanti del previgente regime

⁶⁸ Trib. Tivoli, sez. gip-gup, ord. 11 maggio 2020 secondo cui: «Un ulteriore indicatore della esclusiva attribuzione del Ministro della giustizia in materia di misure di sicurezza si trae dall'art. 117 secondo comma Cost., che nel ripartire le competenze legislative tra lo Stato e le Regioni prevede che spetti allo Stato la legislazione esclusiva in materia di: “h) ordine pubblico e sicurezza [...] l) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale”».

⁶⁹ G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare)*, cit. si riferisce alla legge n. 81/2014 come «di una vera e propria riforma sostanziale delle misure di sicurezza a codice penale inalterato».

⁷⁰ Corte cost., 18 luglio 2003, n. 253. In dottrina cfr. A. FAMIGLIETTI, *Verso il superamento della “pena manicomiale”*, in *Giur. cost.*, 2003, 2118 ss.; T. GROPPI, *La sentenza n. 253 del 2003: la Corte e il «diritto mite»*, in *Forum Quad. cost.*, 29 luglio 2003.

dell'internamento, viene a ridefinire i termini del bilanciamento, aprendo contraddizioni nel sopravvissuto sistema del “doppio binario”⁷¹.

La *ratio* della normativa contestata si esplicita infatti nella volontà del legislatore di accentuare l'importanza che il trattamento sanitario riveste in casi di reati commessi da infermi di mente, privilegiando l'adozione di forme di intervento volte a rispondere alle esigenze di cura, piuttosto che a quelle di controllo e di custodia⁷². Con la sanitarizzazione delle Rems

«l'attenzione non è più posta sul luogo («dove li mettiamo?»), ma sul modo («come li recuperiamo socialmente?»), grazie a una trama normativa capace di creare le condizioni perché l'esecuzione della misura di sicurezza avvenga sul territorio d'origine, attraverso la presa in carico dei servizi di prossimità sociosanitari, sulla base di specifici programmi terapeutici individuali, e solo in via residuale e strettamente necessaria all'interno di edifici di custodia, peraltro strutturalmente ridefiniti»⁷³.

Se dunque la finalità del ricovero in Rems (e il *modus* in cui questa è costruita) attiene in via prevalente alla tutela della salute dell'internato che integra e assorbe il contenuto di una misura imposta coattivamente nell'ambito della dialettica tra cura e custodia, si deve prendere coscienza che il ricovero nelle Rems rappresenti una forma di trattamento sanitario imposto per via legislativa, secondo quanto previsto dall'art. 32, 2° co., Cost.⁷⁴.

⁷¹ D. PICCIONE, *Politiche delle libertà costituzionali e soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Giur. cost.*, 2013, 5167 s.; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 917 ss.

⁷² Come notato da Corte cost., 24 aprile 2019, n. 99 questa opzione si situa nel contesto «di riforme legislative che riflettono un cambiamento di paradigma culturale e scientifico nel trattamento della salute mentale, che può riassumersi nel passaggio dalla mera custodia alla terapia (ad esempio, in tal senso, il parere del Comitato nazionale per la bioetica, «Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere» del 22 marzo 2019)».

⁷³ A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 2, 11. Secondo la giurisprudenza costituzionale, le Rems siano strutture ad esclusiva gestione sanitaria (Corte cost., n. 99/2019) e che durante il ricovero debba essere assicurata all'internato ogni più opportuna terapia delle sue patologie psichiche (Corte cost., n. 253/2003), con lo scopo ultimo di assicurarne l'obiettivo della risocializzazione (Corte cost., 29 aprile 2020, n. 73) attraverso un trattamento individualizzato volto anche al superamento, o al contenimento degli effetti, di tali patologie.

⁷⁴ Si riprende la suggestione di T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario e la tutela costituzionale della salute*, in D. BUSNELLI, U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, 242 s., 257 ss., il quale, dopo aver precisato che nel caso di ricovero in Opg la tutela della salute non assume il mero ruolo di limite al contenuto del trattamento, ma lo scopo del trattamento stesso, sottolinea che «l'esecuzione della misura comporta (anzi, deve comportare) la cura dell'internato perché la rieducazione ed il reinserimento sociale implicano, nel caso dell'infermo di mente, la guarigione (o, quanto meno, il miglioramento) della malattia, che è all'origine della pericolosità del soggetto; e non v'è dubbio, ovviamente, che si tratti di un trattamento sanitario obbligatorio»; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 82, secondo cui «per [le misure di sicurezza] il Costituente non aveva bisogno di delineare la funzione, essendo rieducative per definizione: mutando soltanto il contenuto della rieducazione a seconda che le misure di sicurezza si applichino a soggetti capaci o incapaci di intendere o di volere» e in nota «Per questi ultimi dovendo la misura di sicurezza assumere una funzione esclusivamente curativa»; G. VASSALLI, *L'abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, in *Giur. cost.*, 1982, 1202 ss.; in questo senso anche A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di*

In questa prospettiva il presupposto fondamentale in base al quale orientare la risposta sanzionatoria dovrebbe essere rappresentato non più dallo

«stato di inimputabilità e pericolosità, ma [da] bisogno reale di trattamento: la necessità e opportunità di trattamento medico in ragione dello stato mentale del soggetto, garantendo così trattamenti conformi al senso di umanità e orientati alla risocializzazione del soggetto, trattamenti cioè conformi dello stato mentale del reo, secondo quanto disposto dall'art. 27, co. 3° co. Cost.»⁷⁵.

A fronte della crisi dell'anfibia categoria della pericolosità, legata alla diagnosi psichiatrica e ad una aleatoria prognosi sull'eventuale esigenza di neutralizzazione del reo⁷⁶, l'esigenza di mettere al centro del sistema la persona del paziente psichiatrico ed il primato della sua riabilitazione trova fondamento nella consapevolezza che la cura è la migliore forma e tecnica di controllo⁷⁷.

Come noto il d.l. n. 52/2014 ha stabilito che il magistrato non possa fondare il giudizio di pericolosità sociale sulla base delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo o sulla sola mancanza di programmi terapeutici individuali, dovendo procedere ad «un doppio giudizio prognostico»⁷⁸ prima sull'*an* circa la pericolosità sociale del reo avvalendosi di tutti gli indicatori dell'art. 133, co. 2, c.p., poi sul *quomodo* per fronteggiarla senza che rilevino quelli

detenzione: coordinate di un binomio complesso, in ID. (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, Rems e CPR*, Roma, 2017, 37.

⁷⁵ M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, 679; A. MANNA, *Sull' "abolizione" degli ospedali psichiatrici giudiziari: pericolosità sociale o bisogno di terapia?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3, 1329 ss. Il che non significa che le considerazioni sulla pericolosità, più o meno qualificata, del soggetto sarebbero comunque bandite dall'orizzonte della decisione sul trattamento degli autori non imputabili. Di esse, infatti, si potrebbe, anzi si dovrebbe, tenere conto «al pari di qualsiasi altro elemento funzionale al giudizio circa il se, il modo e il quantum dell'intervento trattamentale» (ID., *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 3, 870). Pare infatti evidente che la risocializzazione [dei soggetti non imputabili per infermità mentale] dipende dalla guarigione o quanto meno dal miglioramento delle loro condizioni psichiche» (Corte cost. n. 139/1982). Non si può sottacere la contraria indicazione pervenuta da una recente pronuncia della Corte costituzionale (Corte cost., 16 aprile 2021, n. 69) secondo cui «non c'è dubbio che, durante il ricovero in una residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza, debba essere assicurata all'internato ogni più opportuna terapia delle sue patologie psichiche. Cionondimeno, detto ricovero è pur sempre la modalità prevista dall'ordinamento per eseguire la misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, il cui scopo tipico è il contenimento della pericolosità sociale dell'internato».

⁷⁶ M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso" del reato*, in A. GABOARDI et al., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, 295 s.

⁷⁷ Come peraltro sottolinea il giudice costituzionale, il «problema umano e sociale del trattamento da riservare ai prosciolti per infermità psichica non può essere risolto in termini formali e nominalistici – di etichetta verrebbe fatto di dire – ma impone l'adozione di misure concretamente idonee alla cura e non soltanto alla custodia di quei soggetti medesimi» (Corte cost. n. 139/1982).

⁷⁸ 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 *Arch. pen.*, 2015, 2, 11.

26

“sociali”⁷⁹.

Un’ultima suggestione volta a corroborare il parallelismo tra misura di sicurezza per gli infermi di mente e trattamento sanitario obbligatorio, proviene dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale ha esteso anche al primo istituto il principio *primum non nocere* già consolidato con riferimento al secondo, laddove si è prescritto che «le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente»⁸⁰.

Tuttavia, anche qualora non si volesse aderire alla tesi sopra esposta, vi sono ulteriori argomentazioni attinenti al meccanismo normativo che confermano la necessaria sanitarizzazione delle modalità di esecuzione della misura di sicurezza. Ci si riferisce al principio di residualità⁸¹ e alla regola del “numero chiuso”⁸², che si ispirano alla logica secondo cui la compressione della libertà personale deve rappresentare l’*extrema ratio* nei confronti del soggetto ristretto. Si spiega così la scelta normativa – dettagliata per decreto e regolamentata da un apposito accordo raggiunto in Commissione Unificata⁸³ – di adeguare le caratteristiche strutturali, organizzative e finanziarie, «ove necessario», l’attività perimetrale di sicurezza e di vigilanza esterna delle Rems, alle specificità delle condizioni dei soggetti internati: da qui un modello con strutture da 20 posti letto, articolate in camere (singola, doppia, fino a un massimo di quattro posti) con *standard* di igiene, sicurezza, decoro e comfort ed inoltre fornite dei necessari requisiti tecnologici e organizzativi per assicurare cura e custodia.

La riforma ha, infatti, ridefinito il baricentro del nuovo sistema intorno ai dipartimenti di salute mentale, a cui è affidata la predisposizione di programmi terapeutici e riabilitativi allo scopo di attuare, di norma, i trattamenti in contesti territoriali e residenziali. Così se, da un lato, le Rems non possono pertanto divenire una sineddoche istituzionale, essendo soltanto un elemento del complesso sistema di cura e riabilitazione dei pazienti psichiatrici autori di reato, dall’altro, l’esclusione dell’applicabilità all’interno delle nuove strutture delle disposizioni

⁷⁹ Corte cost., 23 luglio 2015, n. 186.

⁸⁰ Corte cost., n. 253/2003.

⁸¹ L’art. 1, co. 1, lett. b), d.l. n. 52 del 2014 circoscrive, infatti, il ricovero in Rems ai casi in cui «[...] ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate». L’internamento in Rems ha assunto peraltro anche il carattere della transitorietà nella misura in cui il dipartimento di salute mentale deve predisporre per ogni internato, entro tempi stringenti, un progetto terapeutico-riabilitativo individualizzato, poi inviato al giudice competente, in modo da rendere residuale e transitorio il ricovero in struttura.

⁸² Il numero massimo di degenti per struttura sembra costituire un fondamentale spartiacque fra una realtà manicomiale ed una residenza psichiatrica: occorre quindi evitare che il limite di 20 degenti sia aggirato tramite la costruzione di più padiglioni nella stessa struttura.

⁸³ L’*Accordo concernente disposizioni per il definitivo superamento degli Opg*, sottoscritto il 26 febbraio 2015 in Conferenza Unificata (consultabile nel sito ufficiale www.unificata.it, con il codice 4.10/2015/18).

dell'ordinamento penitenziario consente di valorizzare lo scarto realizzatosi fra la funzione terapeutico-riabilitativa e quella marcatamente custodiale che connotava gli Opg⁸⁴. Ancora un significativo corollario della prevalente finalità terapeutico-riabilitativa attribuita all'istituto dal legislatore è il principio della territorialità del ricovero che, quindi, di norma assume valore determinante in ogni decisione riguardo alla assegnazione e trasferimento del degente, come espressamente previsto nell'art. 3-ter, co. 3, lett. c), d.l. n. 211/2011. Il rafforzamento dei servizi territoriali appare in questo quadro come una necessità non solo per garantire una rapida risposta alle esigenze di cura e contenimento in Rems delle persone maggiormente pericolose e la dimissione da tali strutture di quei pazienti che, superata la fase di acuzie della malattia, possano essere reinserite sul territorio o presso comunità terapeutiche, ma anche per costruire progetti individuali che restituiscano progressivamente la persona al territorio attraverso il supporto dei necessari presidi al fine di evitare che il costante isolamento e la solitudine cui sono destinate le persone con problematiche mentali possa acuire il disfunzionamento in un circolo drammaticamente senza uscita.

La scelta legislativa dell'organizzazione sanitaria delle Rems si correla strettamente alla tutela dei diritti fondamentali⁸⁵ – primo fra tutti quello alla salute, ma anche alla dignità e all'autodeterminazione individuale – diritti che l'ordinamento assicura in concreto attraverso le prestazioni di servizio pubblico, le quali, a loro volta, incidono sulla qualità e capacità di assicurare l'effettività dei diritti la cui soddisfazione è compito delle istituzioni della Repubblica.

Secondo il giudice *a quo* non è conforme alle disposizioni costituzionali la completa estromissione del Ministero della giustizia, e per esso dei suoi organi amministrativi come il Dap, da qualsiasi funzione in materia di misure di sicurezza verso gli infermi di mente, il che avrebbe determinato la creazione di un sistema disfunzionale e completamente privo di

⁸⁴ C. MAZZUCATO, G. VARRASO, *Chiudere o...aprire? Il "superamento" degli OPG tra istanze di riforma e perenni tentazioni di "cambiare tutto per non cambiare niente"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 3, 1341 ss. sottolineano la difficile riferibilità di molte delle disposizioni contenute nella legge sull'ordinamento penitenziario a soggetti "ricoverati" in residenze ad esclusiva gestione sanitaria: si pensi, per restare agli aspetti più evidenti, alle limitazioni relative alla permanenza all'aperto (art. 10 ord. penit.), all'apparato disciplinare (artt. 38-40 ord. penit.), all'impiego della forza fisica (art. 41 ord. penit.), al regime di sorveglianza particolare (art. 14-bis ord. penit.) o al regime c.d. di carcere duro (art. 41-bis ord. penit.).

⁸⁵ A. PIOGGIA, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, 22 ss. Come si legge in Corte cost., 27 novembre 1998, n. 383 secondo cui: «Organizzazione e diritti sono aspetti speculari della stessa materia, l'una e gli altri implicandosi e condizionandosi reciprocamente. Non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione», sicché l'analisi dell'organizzazione deve sempre «considerarsi anche sul suo lato funzionale esterno, coinvolgente i diritti e incidente su di essi».

razionalità.

Le conclusioni riportate nell'ordinanza tuttavia appaiono manifestamente infondate, non solo alla luce delle ragioni sopra esposte, ma anche per la mancanza di rapporto eziologico tra la pretesa estromissione di ruolo del Ministero della giustizia e la sussistenza del problema delle liste d'attesa⁸⁶, a cui si accompagna l'assenza di alcun elemento atto a comprovare che il conferimento delle attribuzioni reclamate al Dap possa di per sé porre rimedio alla *quaestio*.

La circostanza che un ordine legittimamente adottato dall'autorità non venga eseguito, o meglio non possa essere eseguito per carenze materiali e/o cattiva organizzazione, costituisce nel campo dell'esecuzione penale una novità, laddove, in Italia, nessun istituto penitenziario si rifiuterebbe di trattenere una persona destinataria di un ordine di carcerazione in ragione del sovraffollamento della struttura⁸⁷. Questa logica non può applicarsi alle Rems che sono state create sulla base di precisi requisiti tecnico-strutturali ed in conformità al criterio del numero chiuso non possono ospitare pazienti in sovrannumero mettendo altrimenti a rischio da un canto la sicurezza, dall'altro l'efficacia dei trattamenti terapeutici programmati. Il combinato disposto tra residualità, territorialità della misura e numero chiuso delle strutture è stato "ideologicamente" concepito al fine di spezzare il «vincolo sinallagmatico»⁸⁸ che legava la domanda – ovvero i provvedimenti restrittivi adottati dalla magistratura – e l'offerta – ovvero i posti nelle Rems – anche al fine di favorire l'affermazione di un diritto vivente fedele all'opzione legislativa volta alla residualità del controllo custodiale, con conseguente contrazione del ricorso a tali strutture⁸⁹.

Diversamente il portato della soluzione proposta nell'ordinanza sarebbe quello di riattribuire al Ministero della giustizia la competenza sull'applicazione dell'esecuzione materiale del ricovero in Rems – il che appare già di per sé abbastanza generico – sottintendendo che questa

⁸⁶ Diversamente, come emerso dalla risoluzione del 19 aprile 2017 del Consiglio superiore della magistratura dedicata a «*Direttive interpretative ed applicative in materia di superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) e di istituzione delle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), di cui alla legge n. 81 del 2014*», 2017, 9 «lo squilibrio numerico tra i posti disponibili presso le strutture residenziali e le richieste di disponibilità provenienti dalle autorità giudiziarie competenti [è] aggravato dalla circostanza che presso le Rems, strutture chiaramente finalizzate ad ospitare soggetti destinatari di misure di sicurezza detentive nella fase esecutiva, sono stati destinati sempre più frequentemente persone sottoposte ad indagini soggette all'applicazione di misure in via provvisoria».

⁸⁷ Il sovraffollamento penitenziario è stato ridotto solo a seguito della condanna dell'Italia per violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani, avvenuto nel 2013 con la sentenza Torreggiani (Corte Edu, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10).

⁸⁸ D. PICCIONE, *Politiche delle libertà costituzionali e soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 5173.

⁸⁹ A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, cit., 24.

attribuzione, per avere una pretesa funzione risolutiva del problema denunciato, dovrebbe esplicitarsi in deroga al criterio del numero chiuso (quindi sovraffollando le Rems come si fa con le carceri⁹⁰) e in deroga al principio di territorialità⁹¹, ovvero, ove necessario, destinando il paziente presso la prima Rems disponibile anche se sita a centinaia di chilometri dal contesto sociale e familiare dello stesso, con l'effetto di annichilire qualsiasi possibilità di reinserimento sociale del reo.

La scelta che il giudice tiburtino richiede di operare alla Corte sconfinava evidentemente nell'ambito della discrezionalità politica⁹², venendo ad incidere non tanto su una scelta di attribuzione di competenza⁹³, ma sulla stessa *ratio legis* che ha ispirato la costruzione di un sistema ad incastro nel circuito magistratura/servizi di salute mentale volto ad affermare la centralità della persona che permane tale, anche se reo, anche se folle.

Per chiudere sull'argomento pare necessaria un'ultima considerazione.

Appare significativo, se non illuminante, che il Consiglio superiore della magistratura, sia nella risoluzione del 19 aprile 2017 che in quella successiva del 24 settembre 2018⁹⁴, non abbia posto alcuna attenzione al tema della competenza del Ministero o del Dap con riferimento alla gestione del collocamento in Rems e delle liste d'attesa, ma abbia sottolineato la necessità di implementare moduli collaborativi e partecipativi tra le autorità coinvolte sul tema. In questo

⁹⁰ Ciò senza considerare che il sistema dei vasi comunicanti tra Rems e carceri è già stato posto all'attenzione anche della Corte europea dei diritti dell'uomo, che nei casi *Sy c. Italia*, ricorso n. 11791/20 e *Ciotta c. Italia*, ricorso n. 368/21 e *V.T. c. Italia*, ricorso n. 50023/20 ha adottato due provvedimenti cautelari, ai sensi dell'art. 39 del Regolamento interno, volti a far cessare immediatamente la detenzione illegale di due pazienti psichiatrici all'interno di istituti penitenziari ordinari. In entrambi i casi la Corte di Strasburgo si è posta il problema di valutare se, stante la mancata esecuzione dei provvedimenti con cui era stata disposta l'applicazione provvisoria del ricovero in Rems e, data l'indisponibilità di posti, la detenzione illegale in carcere senza assicurazione dei trattamenti sanitari adeguati alle esigenze di cura dei ricorrenti siano compatibili, tra gli altri, con il diritto alla libertà personale, di cui all'art. 5 §1 Cedu con il divieto di trattamenti e pene inumane e degradanti, di cui all'art. 3.

⁹¹ Peraltro l'indicazione dell'art. 3-ter, co. 3, lett. c) della legge n. 9/2012 non è rigida, avendo il legislatore stabilito che – «di norma» – nelle Rems vengano ospitati soggetti «provenienti [...] dal territorio regionale di ubicazione delle medesime».

⁹² L'analisi della giurisprudenza costituzionale sembra in certa misura confermare quella che taluno ha definito “deferenza” del giudice rispetto alle scelte del legislatore in tema di organizzazione: le norme in materia sono infatti difficilmente dichiarate costituzionalmente illegittime, se non per irragionevolezza o per violazione del riparto di competenza Stato/regioni, tutelandosi per l'effetto la discrezionalità del legislatore, specie se statale, nel definire i principi sull'organizzazione pubblica. Cfr. F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. amm.*, 2012, 21 ss.; anche V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008, 64 ss.

⁹³ Per non sovrapporre la propria discrezionalità a quella del Parlamento, finendo per esercitare un inammissibile potere di scelta, la valutazione della Corte deve essere condotta attraverso precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo. Nel caso di specie la Corte dovrebbe “costruire” le forme e i termini di intervento del Ministero della giustizia nell'ambito della procedura esecutiva delle misure di sicurezza.

⁹⁴ Su cui B. SECCHI, A. CALCATERRA, *La nuova risoluzione del CSM in tema di misure di sicurezza psichiatriche*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2018.

senso si rammentava come sia condivisa la

«consapevolezza che il magistrato giudicante debba poter disporre di un ventaglio di plurime soluzioni applicative adatte al caso di specie, così da poter impostare la risposta trattamentale del prosciolto non imputabile sin dal momento del giudizio, in modo adeguato alle esigenze del singolo. In particolare, perché ciò possa accadere, risulta opportuno che gli uffici giudicanti di primo grado mantengano un rapporto costante di collaborazione, scambio di informazioni e conoscenza capillare della rete dei servizi di salute mentale che fanno capo al dipartimento di salute mentale [...] La conoscenza aggiornata delle soluzioni offerte dai servizi consente, infatti, al giudice la possibilità di indirizzare il non imputabile ad un programma terapeutico adeguato al caso singolo; di poter plasmare il contenuto delle misure di sicurezza sin dal momento della pronuncia nel processo penale; di rispettare il fondamentale collegamento tra il tessuto territoriale di provenienza dell'infermo di mente autore di reato e l'esecuzione della misura di sicurezza nei suoi confronti; ed ancora, di prendere in considerazione il ricorso alla misura di sicurezza detentiva, cioè diversa dalla libertà vigilata, solo quando essa si appalesi l'unica soluzione utile e praticabile e non quando essa appaia, meccanicisticamente, la via più immediata per la neutralizzazione della sua carica di pericolosità»⁹⁵.

Il baricentro intorno al quale si può costruire una soluzione al problema non è quello competenziale o di smontaggio dei principi su cui si fonda la riforma, ma sta nella necessità di realizzare una costante integrazione funzionale, ai fini della gestione delle misure di sicurezza per il non imputabile, tra magistratura, dipartimenti di salute mentale, direzione delle Rems e uffici per l'esecuzione penale esterna.

Vi è infine la questione della competenza del Dap, negata dal giudice *a quo*, ma che emerge dall'accordo raggiunto in Conferenza Unificata in data 26 febbraio 2015, il cui art. 2 assegna al Dap la competenza in materia di trasferimenti, traduzioni e assegnazioni (in conformità alla procedura prevista all'art. 658 c.p.p. su impulso del pubblico ministero, cui viene trasmesso il provvedimento che dispone o conferma la misura di sicurezza) prevedendo forme di coordinamento con le Regioni, attesa la necessità di aggiornare in tempo reale il registro delle presenze e della disponibilità dei posti in Rems⁹⁶. Non vi è nulla pertanto che vieti all'Amministrazione penitenziaria di mantenere un monitoraggio e una gestione attendibile dei

⁹⁵ Risoluzione del 19 aprile 2017, cit., 10.

⁹⁶ Non si può sottacere come, ai sensi dell'art. 97, co. 2, Cost, l'attribuzione di competenza definita nell'accordo a favore del Dap necessiti di una più solida legittimazione attraverso una disciplina dettata da fonte primaria che chiarisca ruolo e poteri del dipartimento nel monitoraggio e nel coordinamento con le Regioni nella gestione dell'esecuzione delle misure di sicurezza.

dati sulle misure di sicurezza, così come di contribuire ad un coordinamento nazionale finalizzato a far sì che le Rems continuino a formare un sistema, fatto di strutture diverse e indipendenti, ma collegate tra loro da una rete di rapporti istituzionali⁹⁷.

5. Declinare la riserva di legge

Con la seconda questione, sviluppata in termini ermetici, il giudice *a quo* contesta la violazione della riserva di legge dettata dall'art. 25, co. 3, Cost. che non consentirebbe la delegificazione⁹⁸ attuata tramite il decreto di natura non regolamentare⁹⁹ a cui rinvia l'art. 3-ter, co. 3, del d.l. n. 211/2011, conv. con modif. in legge n. 9/2012, per la definizione dei requisiti delle Rems.

In particolare, come già segnalato, con tale decreto del Ministro della salute, adottato di concerto con il Ministro della giustizia, d'intesa con la Conferenza permanente Stato-Regioni, sono stati definiti, ad integrazione di quanto previsto dal d.P.R. 14 gennaio 1997, ulteriori requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi, anche con riguardo ai profili di sicurezza, relativi alle strutture destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in Rems. Il predetto decreto si è conformato ai seguenti criteri direttivi, prevedendo: a) esclusiva gestione sanitaria all'interno delle strutture; b) attività perimetrale di sicurezza e di vigilanza esterna, ove necessario in relazione alle condizioni dei soggetti interessati, da svolgere nel limite delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente; c) destinazione delle strutture ai soggetti provenienti, di norma, dal territorio regionale di ubicazione delle medesime.

⁹⁷ K. PONENTI, *Le Rems in prospettiva costituzionale: sul diritto alla salute contro il potere di rinchiudere*, in *L'Altro diritto*, 2021, 5, 32.

⁹⁸ Sfugge da dove il giudice derivi la natura delegificante del decreto, laddove, nella specie, è assente la disposizione legislativa di "autorizzazione" atta ad abilitare il regolamento ministeriale a delegificare la materia. Il decreto infatti è stato autorizzato a disciplinare ed integrare un ambito normativo la cui disciplina è contenuta in norme di rango primario, non rilevando, peraltro, l'assenza nella legge di norme generali regolatrici della materia – potendosi trarre dalla disciplina di legge già in vigore e non delegificata, la determinazione dei tratti e degli effetti essenziali degli istituti da disciplinare – né l'omessa previsione dell'effetto abrogativo delle norme vigenti, che rappresenta il *proprium* della delegificazione, e non vi è necessità che ciò sia letteralmente esternato dalla previsione legislativa.

⁹⁹ Sui decreti di natura non regolamentare, cfr. F. MODUGNO, A. CELOTTO, *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, in *Quad. cost.*, 2003, 355 ss., secondo i quali è ravvisabile il vizio dell'eccesso di potere qualora, in elusione dell'art. 117, co. 6, Cost., venga in realtà delegata ad organi statali «una potestà fittiziamente non regolamentare»; E. ALBANESI, *I decreti del Governo «di natura non regolamentare». Un percorso interpretativo*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, 2011, 169 ss.; v. altresì R. ZACCARIA, *Introduzione*, in ID., *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, 2011, 16, il quale si riferisce ai decreti di natura non regolamentare quale «metodo di produzione normativa "a cannocchiale"», un metodo che sempre più frequentemente vede «la legge parlamentare [...] demandare e rimandare parti della scelta politica ad altri atti, inevitabilmente del Governo».

Sorvolando sulla circostanza che il giudice *a quo*, immemore delle sue precedenti argomentazioni inerenti la distinzione tra misure di sicurezza e trattamento sanitario obbligatorio, lamenti la violazione anche della riserva di legge sancita dall'art. 32, co. 2, Cost.¹⁰⁰, si vuole rammentare come l'art. 25, co. 3, Cost., riprendendo l'art. 199 c.p., sancisca che «nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non nei casi previsti dalla legge». Anche la Corte costituzionale è intervenuta per chiarire come l'esistenza del principio di legalità in tema di misure di sicurezza determini la necessità di una «completa, tassativa e non equivoca previsione legislativa»¹⁰¹ che stabilisca i casi nei quali le stesse possono essere applicate¹⁰². Quindi la riserva di legge, articolazione del principio di legalità, è volta a garantire che per legge venga disciplinato non solo l'istituto delle varie tipologie di misura di sicurezza, quale fattispecie sanzionatoria¹⁰³, ma anche i casi nei quali la persona può esservi soggetta. Non pare pertanto che si possa configurare una violazione della riserva di legge nella devoluzione al Governo della disciplina integrativa di aspetti tecnico-organizzativi relativi alle strutture ove ospitare i rei infermi di mente, laddove peraltro i criteri direttivi a cui deve conformarsi tale disciplina sono desumibili dalle fonti primarie attraverso cui si è sviluppato il percorso riformatore.

Diverso e più complesso è il discorso relativo alla legittimità dell'utilizzo dello strumento del decreto di natura non regolamentare, su cui si sono appuntate incisive critiche soprattutto in sede dottrinale.

Riprendendo una metafora architettonica si è scritto che «l'edificio neoclassico dell'ordinamento giuridico ereditato dall'illuminismo, fondato sulla legge, si è trasformato in una costruzione barocca di figure non tutte inserite in modo armonioso»¹⁰⁴, tra queste dissonanze risaltano i decreti non regolamentari, strumenti giuridici spesso privilegiati dal Governo per l'esercizio del potere normativo.

¹⁰⁰ Come noto si tratta di riserva di legge relativa rafforzata per contenuto, come affermato dalla prevalente dottrina tra cui D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° co.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Rapporti etico sociali*. Artt. 29-34, Bologna Roma, 1976, 172 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, 313; M. LUCIANI, *Salute I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 10.

¹⁰¹ Corte cost., 15 novembre 1972, n. 157.

¹⁰² «La riserva di legge sancita nell'art. 25 Cost., ultimo comma, in altri termini, demanda alla competenza esclusiva del legislatore la determinazione degli elementi costitutivi delle fattispecie condizionanti l'applicazione delle misure: sicché rientra nella discrezionalità del legislatore stesso anche lo stabilire se e quali spazi sia opportuno riservare all'accertamento ed alla valutazione discrezionale del giudice in relazione al singolo caso concreto» (Corte cost., 27 luglio 1982, n. 140).

¹⁰³ Corte cost., 29 maggio 1968, n. 53.

¹⁰⁴ G. SILVESTRI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Politica e diritto*, 1987, 149.

La modularità del sistema delle fonti è strettamente connessa all'evoluzione della forma di Stato e di governo, riflettendo gli equilibri che si innescano tra gli organi e le istituzioni che esercitano funzioni normative. Così alla perdita di centralità del Parlamento e alla connessa "crisi della legge"¹⁰⁵ si accompagna la progressiva espansione del ruolo dell'Esecutivo e delle fonti normative ad esso riconducibili, prefigurando un modello dei rapporti tra fonti che si emancipa dal criterio della gerarchia per avvicinarsi a quello di competenza¹⁰⁶.

Il paradosso della persistente bulimia normativa correlata alla necessità di snellire i tempi di ogni scelta ha contribuito al fenomeno della «fuga dal regolamento»¹⁰⁷, manifestatasi nell'affermazione di fonti «inqualificate»¹⁰⁸ ovvero nel «camuffamento»¹⁰⁹ dei regolamenti come atti amministrativi generali, determinando una violazione, ad opera del Governo con il contributo del Parlamento, non solo delle forme richieste dalla legge n. 400/1988, ma anche, e soprattutto, del riparto della funzione regolamentare stabilito dalla Costituzione.

La tendenziale tipizzazione della potestà regolamentare¹¹⁰ operata dalla legge n. 400/1988, che avrebbe dovuto contribuire a stabilizzare entro una struttura ordinata e stabile i rapporti tra la legge e fonti secondarie, ha rivelato tutta la sua fragilità dimostrandosi incapace «di resistere a leggi successive che, senza modificarne i contenuti, hanno disciplinato diversamente, in specifiche materie i poteri normativi del Governo, ovvero, più frequentemente, ne hanno tacitamente disatteso i contenuti su singoli aspetti»¹¹¹.

Il fenomeno è emerso in particolare attraverso le diverse forme di elusione del modello e delle

¹⁰⁵ F. MODUGNO, *A mò di introduzione. Considerazioni sulla crisi della legge e la trasformazione della funzione normativa*, in ID. (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000, 3 s.

¹⁰⁶ A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Torino, 1999, 61 ss.

¹⁰⁷ S. BARTOLE, *Una prospettiva di rivalutazione dei poteri normativi del Governo. A proposito della l. n. 400 del 1988*, in *Giur. cost.*, 1988, I, 1469 ss.; A. PACE, *I ridotti limiti della potestà normativa del Governo nella l. n. 400 del 1988*, *ivi*, 1483 ss.; G.U. RESCIGNO, *Il nome proprio degli atti normativi e la l. n. 400 del 1988*, *ivi*, 1493 ss.; L. CARLASSARE, *Prime impressioni sulla nuova disciplina del potere regolamentare prevista dalla l. n. 400 del 1988 a confronto col principio di legalità*, *ivi*, 1989, 1476 ss.; ID., *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990, 7 ss.; E. CHELLI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, *ivi*, 53 ss.; U. DE SIERVO, *Lo sfuggente potere regolamentare del Governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 della l. n. 400/1988)*, in *Scritti per Mario Nigro*, I (Stato e amministrazione), Milano, 1991, 277 ss.; L. CARLASSARE, P. VERONESI, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 951 ss., spec. 959 ss.

¹⁰⁸ Riprendendo R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 149.

¹⁰⁹ N. LUPO, *La potestà regolamentare del governo dopo il nuovo titolo V Cost.: sui primi effetti di una disposizione controversa*, in *Osservatorio delle fonti 2001*, Torino, 2003, 261.

¹¹⁰ S. BARTOLE, *Una prospettiva di rivalutazione dei poteri normativi del Governo. A proposito della legge n. 400 del 1988*, in *Giur. cost.*, 1988, 1469 ss.

¹¹¹ G. TARLI BARBIERI, *Il Governo della Repubblica a trent'anni dalla legge n. 400/1988. Alcune considerazioni sparse (a mò di conclusioni)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, 1, 16.

garanzie procedurali sancite dall'art. 17 della citata legge¹¹²: veniva così obliterato, per i decreti a contenuto normativo definiti dalla legge, espressamente o meno, «non regolamentari», il parere del Consiglio di Stato, la registrazione della Corte dei conti, la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, ma anche, ove previsto, il parere delle Commissioni parlamentari e delle Conferenze¹¹³.

La suddetta tendenza ha subito un'ulteriore accelerazione a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione che ha declinato in termini inediti la già evocata fuga dal regolamento, con la progressiva diffusione di disposizioni legislative che prevedono l'adozione di decreti di natura non regolamentare.

Vi è da rammentare che la riforma del Titolo V della Costituzione ha mutato profondamente l'assetto del regime della potestà regolamentare, in particolare nella misura in cui ha circoscritto il perimetro di operatività della potestà regolamentare dello Stato alle sole materie affidate alla sua competenza legislativa esclusiva¹¹⁴.

Nonostante la riforma costituzionale abbia determinato il superamento del principio del parallelismo delle funzioni, si è progressivamente consolidato il distinto criterio del parallelismo tra competenze legislative e competenze regolamentari in forza del quale tra la legislazione e l'amministrazione regionale non sussiste dissociazione, ma coincidenza tendenziale di oggetto¹¹⁵, il che appare congruente con la logica che connota il riparto verticale. In questo senso è indubbio che, negli ambiti in cui lo Stato è competente a porre i principi fondamentali e nei quali alle Regioni spetta la disciplina di dettaglio o ancor più in quelle affidate alla loro potestà legislativa esclusiva-residuale, non vi sia margine di operatività per i regolamenti statali¹¹⁶ a cui è consentito intervenire unicamente all'interno delle materie di competenza esclusiva dello Stato, indicate nell'art. 117, co. 2, Cost.

Perciò, nonostante i principi di sussidiarietà e adeguatezza di cui all'art. 118 Cost. possano

¹¹² A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, 6, 5075 s. secondo cui «l'atipicità è stata decisamente favorita dal legislatore il quale, dopo il 1997, ha espressamente autorizzato la fuga dal regolamento, rinviando, per l'esecuzione ed attuazione delle leggi, a decreti ministeriali "di natura non regolamentare" ed attivando il procedimento dell'art. 17 l. n. 400 del 1988 solo nei casi in cui si intendesse attribuire al Governo una maggiore sfera di discrezionalità».

¹¹³ G. RIVOSECCHI, *Considerazioni sparse in ordine alle attuali tendenze della produzione normativa*, in *Osservatorio Aic*, 2019, 92 ss.; C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. pubblico*, 2010, 365 ss.

¹¹⁴ F. CINTIOLI, *A proposito dei decreti ministeriali «non aventi natura regolamentare»*, in *Quad. Cost.*, 2003, 820 ss.

¹¹⁵ A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino, 2019, 172; G. ROLLA, *Relazioni tra ordinamenti e sistema delle fonti. Considerazioni alla luce della legge costituzionale n. 3/2001*, in *Le Regioni*, 2002, 231.

¹¹⁶ Sul tema U. DE SIERVO, *Il sistema delle fonti: il riparto della potestà normativa tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2004, 6, 1264 s.

consentire «elementi di dinamicità» nel riparto di funzioni legislative di cui all'art. 117 Cost., i medesimi principi non potrebbero

«conferire ai regolamenti statali una capacità che è estranea al loro valore, quella cioè di modificare gli ordinamenti regionali a livello primario [...] Non può quindi essere loro riconosciuta l'attitudine a vanificare la collocazione sistematica delle fonti conferendo primarietà ad atti che possiedono lo statuto giuridico di fonti secondarie e a degradare le fonti regionali a fonti subordinate ai regolamenti statali o comunque a questi condizionate»¹¹⁷.

Vi è tuttavia da rammentare che il riferimento alle materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato include anche le cd. materie trasversali, il cui carattere onnivoro si riflette sull'estensione della

potestà legislativa concorrente o residuale delle Regioni, proiettandosi anche sulla delimitazione della rispettiva potestà regolamentare¹¹⁸. Né è esempio calzante la disciplina riconducibile alla materia della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, che è attribuita dall'art. 117, co. 2, lett. m), Cost. alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, a cui spetta, dunque, «anche la potestà normativa secondaria, con la naturale conseguenza della attribuzione del potere regolamentare»¹¹⁹.

Ancora, per descrivere un'ulteriore strada di espansione della potestà regolamentare statale, si sottolinea come la Corte costituzionale – previa verifica dell'efficacia-adequatezza del livello più adeguato alla implementazione delle funzioni amministrative – abbia riconosciuto la legittimità dell'avocazione delle competenze amministrative in sussidiarietà laddove la pluralità degli interessi riconducibili ad unità porti con sé un'esigenza di esercizio unitario della funzione normativo-formale, procedurale e tecnica alla stregua dell'art. 118, co. 1, Cost.¹²⁰.

Così prospettate le varie questioni implicate, emergono più chiaramente i profili problematici e

¹¹⁷ Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303.

¹¹⁸ G. ARCONZO, *Le materie trasversali nella giurisprudenza della Corte costituzionale dopo la riforma del Titolo V*, in N. ZANON, A. CONCARO (a cura di), *L'incerto federalismo: le competenze statali e regionali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 2005, 181 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Diritti fondamentali e Regioni: il nuovo Titolo V alla prova della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 5, 2008, 607 ss.

¹¹⁹ Corte cost., 24 luglio 2012, n. 207; Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 322; Corte cost., 1° dicembre 2006, n. 398 e n. 399.

¹²⁰ Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303, in *Giur. cost.*, 2003, 2675 ss. con note di A. D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*; A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*; anche G. SCACCIA, *Note sull'avocazione delle competenze in sussidiarietà*, in *Giur. cost.*, 2008, 1560.

le ragioni legittimanti la scelta del Governo di far fronte al limite delle competenze costituzionalmente delineate nel Titolo V, senza l'adozione di fonti regolamentari, ma affidando la produzione di effetti normativi ad atti formalmente provvedimentali.

Tale prassi, denunciata come «conseguenza estrema della perdita di senso del principio di separazione dei poteri, dell'indifferenza per le forme, del prevalere di interessi particolari, insuscettibili di tradursi in una sintesi collettiva, sostenuta dal consenso»¹²¹, ha avuto l'effetto, da un lato, di rafforzare i poteri normativi del Governo, rendendo, dall'altro, fluide le forme e tipologie degli atti adottati dall'esecutivo, con evidenti riflessi sulla definizione “flessibile” dei limiti della competenza regolamentare dello Stato.

Nonostante le criticità evidenziate, la Corte costituzionale si è limitata a denunciare l'«indefinibile natura giuridica»¹²² del decreto non regolamentare, dichiarando la conformità a Costituzione delle norme che rinviano a tali decreti, «a prescindere dalla complessa qualificabilità dei poteri in questione come potestà regolamentare in senso proprio»¹²³, sempre dopo aver escluso l'illegittimità della fonte primaria abilitante il decreto per violazione delle competenze legislative regionali¹²⁴.

Nel caso di specie non si ravvisa una violazione della riserva di legge, né delle competenze regionali, laddove l'art. 3-ter, co. 3, del d.l. n. 211/2011, conv. con modif. in legge n. 9/2012, dispone l'integrazione, mediante atto di natura non regolamentare, di quanto previsto dal d.P.R. del 14 gennaio 1997, dettando ulteriori requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi, anche con riguardo ai profili di sicurezza, per le Rems. Questo atto individua infatti gli *standard* e i requisiti che debbono caratterizzare le strutture a gestione sanitaria, connotandosi quindi come forme di integrazione e specificazione delle condizioni atte a garantire l'effettività dei livelli essenziali di assistenza vigenti nel settore sanitario¹²⁵. Conseguentemente non può negarsi la possibilità da parte del legislatore statale di delineare una analitica ed effettiva identificazione di tali *standard*, laddove in tale ambito non è definibile, almeno in astratto, un livello di

¹²¹ A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo “di natura non regolamentare” che producono effetti normativi*, cit., 5107.

¹²² Corte cost., 17 marzo 2006, n. 116.

¹²³ Corte cost., 19 luglio 2005, n. 285; Corte cost., 4 giugno 2012, n. 139; Corte cost., 20 novembre 2013, n. 274.

¹²⁴ Sull'impatto e rilevanza del fenomeno M. GIANNELLI, *I decreti di “natura non regolamentare”. Un'analisi a partire dalla prassi della XVI e XVII legislatura*, in *Osservatorio delle fonti*, 2019, 4 ss.

¹²⁵ Tanto più ove si assuma che gli standard non costituiscano tanto la fissazione di prescrizioni di carattere meramente tecnico, ma incidano in modo pervasivo sulla stessa discrezionalità dell'amministrazione, circoscrivendola o talvolta escludendola, al punto da conformare il contenuto effettivo dei diritti dei cittadini. Cfr. E. BALBONI, *Discrezionalità amministrativa e standard: note introduttive*, in ID. (a cura di), *Gli standard nella pubblica amministrazione, CNR-Progetto finalizzato sull'organizzazione e sul funzionamento della pubblica amministrazione*, Roma, 1994, 19 ss.

specificazione che faccia venire meno il requisito della loro essenzialità¹²⁶.

Se la individuazione degli *standard* – la quale determina indubbiamente una compressione dell'autonomia legislativa ed amministrativa delle Regioni – trova legittimazione nella lett. m) del secondo comma dell'art. 117 Cost., la relativa disciplina deve essere omogenea a quella prevista espressamente per i Lea, ove avvenga, come nel caso di specie, che la loro adozione si realizzi tramite una procedura non legislativa. In simili ipotesi, come già rilevato dalla Corte costituzionale¹²⁷,

«non assume rilevanza l'attribuzione del relativo potere normativo ad un regolamento ministeriale [...], dal momento che, operandosi nell'ambito di una materia di competenza esclusiva statale, la potestà normativa secondaria spetta allo Stato, ai sensi dell'art. 117, sesto comma, della Costituzione. Ciò che, invece, rileva è la ingiustificata riduzione delle modalità di coinvolgimento in questo procedimento delle Regioni (la mera richiesta di un parere alla Conferenza unificata) [...], [laddove] non può evidentemente ipotizzarsi che venga meno per essi proprio la più incisiva forma di leale collaborazione fra Stato e Regioni prevista dalla legislazione vigente per la determinazione dei Lea mediante procedure non legislative».

Proprio per tale ragione, in conformità all'indicazione espressa dalla giurisprudenza costituzionale la legge del 2012 ha disposto che per il decreto sui requisiti delle Rems adottato dal Ministro della salute di concerto con il Ministro della giustizia, fosse prevista una «forma più incisiva di leale collaborazione» tramite l'intesa con la Conferenza permanente Stato-Regioni.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, si deve concludere per l'infondatezza anche della seconda questione di legittimità sollevata dal giudice tiburtino.

6. I protocolli come forma della leale collaborazione

Il tema qui analizzato ha indubbiamente sostanza costituzionale involgendo i rapporti tra le istituzioni della Repubblica e incidendo sui diritti fondamentali di cittadini già di per sé vulnerabili, ma non per questo è una questione costituzionale, ovvero tale da dover essere risolta

¹²⁶ Secondo Corte cost., 29 aprile 2010, n. 150 tali standard sono essenziali «per assicurare livelli essenziali di sicurezza e di qualità delle prestazioni, in ambiti nei quali il possesso della dotazione strumentale e la sua corretta gestione e manutenzione assume preminente interesse per assicurare l'idoneità e la sicurezza delle cure».

¹²⁷ Corte cost., 31 marzo 2006, n. 134.

tramite l'intervento della Corte. Si ritiene, diversamente dal giudice *a quo*, che la soluzione al problema denunciato non si trovi nello scardinamento del sistema costruito dalla riforma, quanto nella piena attuazione della stessa in conformità al principio di leale collaborazione.

Stupisce, leggendo l'ordinanza, l'assoluta assenza di qualsivoglia forma di preventivo coordinamento tra il magistrato – che sembra operare rinchiuso nella torre eburnea dell'esercizio delle sue funzioni – il suo consulente tecnico e i servizi territoriali per la salute mentale, coinvolti solo a valle della decisione di applicare la misura di sicurezza provvisoria¹²⁸. Eppure le linee guida erano già stata delineate, come pure le *best practice* da applicare in casi analoghi.

In questo senso nella risoluzione del Consiglio superiore della magistratura del 2017 si auspica «una costante integrazione funzionale» tra la magistratura, i dipartimenti di salute mentale e le loro unità operative complesse nonché le direzioni delle Rems, il che si traduce in un cambio di approccio da parte del giudicante qualora si trovi di fronte alla necessità di adottare una misura di sicurezza verso persona con disturbi mentali. Così

«già nella fase delle indagini sarà necessario, ove autore del reato risulti essere soggetto con ipotizzabile prognosi di non imputabilità o semimputabilità, non solo acquisire tutta la documentazione clinica rilevante, ma anche affidare ad un consulente l'incarico di eseguire un accertamento sulle condizioni di salute mentale dell'indagato e sulla sua eventuale pericolosità secondo i criteri indicati dalla normativa vigente. Sarà dunque indispensabile chiedere al consulente di coordinarsi con i servizi territoriali che hanno già (o che dovranno avere) in cura il soggetto e di individuare – collaborando con i servizi – le soluzioni di cura praticabili sul territorio o con inserimento comunitario, con onere specifico, nel caso di indicazione di Rems, di specificare gli elementi in base ai quali ogni alternativa risulti non praticabile»¹²⁹.

Una procedura volta quindi a consentire a tutti i soggetti responsabili della gestione del reo con infermità mentale di essere posti nella condizione di conoscere a monte le soluzioni applicabili

¹²⁸ Tutto ciò senza alcuna osservanza delle linee guida dettate dal Protocollo di Intesa sottoscritto tra il Ministero della giustizia, Procura generale della Repubblica di Roma, Corte d'Appello di Roma e la regione Lazio nel novembre 2017.

¹²⁹ B. SECCHI, A. CALCATERRA, *La nuova risoluzione del CSM in tema di misure di sicurezza psichiatriche*, cit. che richiamano la già citata risoluzione del Csm secondo cui «gli uffici giudicanti mantengano un rapporto di costante collaborazione, scambio di informazioni e conoscenza capillare della rete dei servizi di salute mentale che fanno capo al Dsm cui la legge n. 833 del 1978 assegna la responsabilità di prevenzione cura e riabilitazione dei problemi di salute psichica. Ed è questo che potrà consentire all'autorità giudiziaria di indirizzare il non imputabile ad un programma terapeutico adeguato al caso singolo, di plasmare le misure di sicurezza sin dal momento della pronuncia nel processo penale, di rispettare il fondamentale collegamento tra il tessuto territoriale di provenienza e l'esecuzione della misura».

al singolo caso concreto, in un costante dialogo e scambio di informazioni che assicuri le migliori cure possibili al paziente, garantendo al contempo il soddisfacimento delle istanze di difesa e sicurezza sociale.

Indicazioni di principio che non sono rimaste inattuato ma che hanno portato la VII Commissione del Csm, anche in virtù di esperienze pilota¹³⁰, ad elaborare uno *standard* uniforme per i protocolli operativi, riguardante i soggetti coinvolti, il tipo di soluzioni, l'efficacia tempestiva e le fasi dei procedimenti cui riferirsi, i principi residuali cui i protocolli devono ispirarsi e l'aspetto della formazione congiunta e del monitoraggio della fase esecutiva, contenuti poi trasfusi nella risoluzione del 2018¹³¹.

La ricerca di un corretto equilibrio tra legislazione e amministrazione in materia di giustizia passa anche attraverso la definizione di strumenti flessibili, sperimentali e implementabili attraverso l'esperienza; in questi termini si può spiegare il ricorso in vari ambiti¹³² allo strumento del protocollo d'intesa¹³³.

I protocolli,

«praticamente d'illimitata formulabilità per la variegata tipologia dei possibili enti stipulanti e per la multiformità delle variabili contenutistiche, muovono dall'esigenza di completare, in sede di prassi, regole e criteri dettati per legge che, per genericità ed eccessiva astrattezza o anche per complessità applicative e farraginosità interpretative, appaiono meritevoli di determinazioni secondarie, adottabili in forma di convenzione pattizia, nel duplice obiettivo di un concreto coordinamento interistituzionale e del raggiungimento di risultati comuni e condivisi»¹³⁴.

Si tratta in sostanza di trame di quell'ordito a rete che è divenuto il sistema pluricentrico e pluralista delle fonti, che, nella ramificazione dei rapporti, mantiene tuttavia l'idea di unità delle norme tra loro legate in un dialogo continuo.

¹³⁰ Come quella del Protocollo adottato dalla Corte d'Appello di Brescia.

¹³¹ Risoluzione Csm del 24 settembre 2018 su Protocolli operativi in materia di misure di sicurezza psichiatriche.

¹³² Si veda il Protocollo d'intesa firmato il 17 novembre 2016, tra la Corte di cassazione e Procura generale sull'applicazione del nuovo rito in Cassazione; il Protocollo d'intesa firmato il 15 dicembre 2016 tra Corte di cassazione, Consiglio nazionale forense e Avvocatura generale dello Stato sull'applicazione del nuovo rito in Cassazione.

¹³³ La norma che legittima i protocolli di intesa tra pubbliche amministrazioni è nell'art. 15, co. 1, legge n. 241/1990, che consente appunto alle Pubbliche amministrazioni di «concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune», anche al di fuori delle ipotesi regolate dal precedente art. 14 che istituisce la conferenza di servizi e precisa i casi ai quali questo istituto è applicabile.

¹³⁴ Risoluzione Csm del 7 luglio 2010 in tema di organizzazione delle Procure minorili che facendo seguito alle delibere del 21 luglio 1994, del 14 maggio 1998 e del 17 luglio 2002, rimarca alcune linee-guida generali relative ai contenuti dei protocolli.

In concreto le disposizioni contenute nei protocolli interagiscono, seppure indirettamente, con norme giuridiche che hanno natura processuale e investono direttamente l'organizzazione degli uffici giudiziari e i loro rapporti con altri enti. In alcuni casi – seppure implicitamente – le direttive ivi indicate, essendo proiettate verso obiettivi pratici specifici, sono perseguite al prezzo di sconfinare nella sfera propria dello *ius dicere* consistente nell'interpretazione della legge processuale rilevante sul contenuto della decisione¹³⁵.

Vi è da sottolineare che le regole protocollari non sono tecnicamente cogenti e non intendono surrogare il precetto normativo, ma semmai concorrere in via sussidiaria a quest'ultimo attraverso una serie di procedure e prassi condivise, la cui forza risiede esclusivamente nella loro capacità, e in quella dei soggetti ed enti coinvolti, di porsi e di imporle quali regole di indirizzo, coordinamento e programmazione, come tali riconosciute dalla comunità di operatori che le ha adottate per la loro utilità strumentale e capacità persuasiva.

Nel caso dei protocolli relativi alle misure di sicurezza in Rems a rilevare è per l'appunto la partecipazione e lo scambio esperienziale e informativo sotteso al loro *iter* di formazione o alla loro stessa evoluzione, nella misura in cui solo una piena integrazione tra i servizi di salute mentale sul territorio e gli apparati giudiziarie può consentire, sin dal primo contatto con il malato psichico autore di reato, una scelta funzionale, anche all'offerta territoriale di servizi, riguardo le misure adottabili in concreto per far fronte alla pericolosità sociale, dando priorità alle esigenze di cura e di inclusione sociale del malato, al fine di evitare gli effetti avversi propri della mera custodia neutralizzante.

In quest'ottica, i protocolli costituiscono un prezioso strumento di lavoro, di integrazione del procedimento giudiziario in ciascuna delle sue fasi, anche quelle connotate da maggiore criticità (dalla scelta della misura in concreto applicabile alla gestione delle acuzie dell'autore di reato e alla esecuzione della misura in corso), che potrebbe contribuire ad evitare il ricorso all'applicazione dell'art. 88 c.p. ai c.d. *cripto-imputabili*¹³⁶, riducendo il rischio di un accesso

¹³⁵ Da qui l'avvertimento contenuto nella Risoluzione Csm del 7 luglio 2010, cit. secondo cui «va opportunamente evitata ogni possibilità di contrasto con disposizioni normative di carattere sostanziale e processuale nonché di ordinamento giudiziario; del pari va scongiurata la previsione di possibili profili interpretativi che si pongano in evidente dissenso rispetto a consolidati orientamenti giurisprudenziali».

¹³⁶ Secondo il *Progetto di ricerca SMOP. Sistema informativo per il monitoraggio del superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari. Rapporto 2020*, cit., 48 ss. tra i soggetti ospitati in Rems «(in una percentuale che viene indicata come compresa tra il 40 e il 50% circa delle presenze) viene identificata dagli operatori la categoria dei cosiddetti “cripto-imputabili”, ossia persone che pur essendo capaci di intendere e di volere al momento della consumazione del reato, verrebbero giudicate non imputabili o semi-imputabili in ragione per esempio di uno stato di dipendenza (tipicamente i cosiddetti casi di “doppia diagnosi”) o di comportamenti definiti genericamente come “anti-sociali”. Il ricorso massivo alla misura di sicurezza e, tra le varie misure di sicurezza possibili, nello specifico a quella che rappresenta il più alto livello di contenimento, ossia la Rems, sarebbe determinato dalla sostanziale

massivo e indiscriminato alle Rems per via dell'assenza di alternative concrete.

Come si è sostenuto

«occorre riflettere sul fatto che esclusi dai giudizi di totale incapacità di intendere o di volere, in quanto non psicotici o comunque non affetti da uno scompenso psicotico, questi soggetti andrebbero a ingigantire il già vasto numero dei rei condannati affetti da un disturbo psichico, rei che l'esperienza americana ha ormai segnalato come un allarmante problema sociale e per i quali il carcere continua a rappresentare la soluzione obbligata, che accoglie sì, ma non cura»¹³⁷.

Una oculata gestione, attraverso una collaborazione tra uffici giudiziari e servizi territoriali regolata e garantita dai protocolli, potrebbe evitare tale fenomeno, costruendo e programmando a livello territoriale delle risposte personalizzate.

Mi permetto di chiudere con un appunto. In una fase, come quella che stiamo vivendo, connotata dal tentativo di realizzare riforme dell'apparato amministrativo e in particolare della giustizia¹³⁸, si potrebbe valutare la possibilità di sperimentare anche nel nostro ordinamento esperienze che si sono consolidate nel mondo anglosassone, come quella delle *Mental Health Courts*¹³⁹; si tratta di uffici giudiziari specializzati per gli imputati con malattie mentali che hanno un approccio *problem solving* alternativo al tradizionale procedimento penale in contraddittorio. I partecipanti vengono identificati attraverso lo *screening* e le valutazioni dei servizi di salute mentale e partecipano volontariamente a un piano di trattamento sotto supervisione giudiziaria sviluppato congiuntamente da un *team* formato da personale giudiziario e professionisti della salute mentale.

mancanza di alternative. I cripto-imputabili sono infatti, nella percezione degli operatori professionali che a vario titolo operano nelle Rems (medici, educatori, psicologi, infermieri, assistenti sociali, ecc.) soggetti che il territorio rappresentato in primis dai servizi sociali e psichiatrici territoriali, non sa come trattare altrimenti che con l'istituzionalizzazione. La presenza di un numero cospicuo di persone collocate in tale categoria rappresenta per gli operatori una, forse la più grande, criticità in termini di perseguimento della mission istituzionale così come globalmente intesa. Si tratterebbe infatti di persone che in primo luogo non necessitano di un intervento di tipo psichiatrico analogo a quello appropriato per coloro che vengono considerati davvero incapaci di intendere e di volere e, dunque, davvero pazienti psichiatrici. Necessiterebbero piuttosto di interventi di altro tipo, difficilmente identificabile però dagli operatori stessi (salvo il caso del trattamento specifico delle dipendenze)».

¹³⁷ M. BERTOLINO, *Il "crimine" della pericolosità sociale: riflessioni da una riforma in corso*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1380 s.

¹³⁸ Si veda il disegno di legge delega di riforma del processo civile (d.d.l. n. 1662) che ha previsto di istituire il Tribunale per persone, minorenni e famiglie al quale verranno affidate le competenze civili, penali e di sorveglianza ora attribuite al Tribunale per i minorenni, nonché tutte le materie riguardanti famiglia, separazioni o divorzio.

¹³⁹ M.E. MOORE, V.A. HIDAY, *Mental Health Court Outcomes: A Comparison of Re-Arrest and Re-Arrest Severity Between Mental Health Court and Traditional Court Participants*, in *Law Hum Behav*, 2006, 30, 659 ss.; G. LERNER WREN, *Mental Health Courts: Serving Justice and Promoting Recovery*, in *Annals Health L.*, 2010, 19, 577 ss.; K.A. SNEDKER, *Therapeutic Justice. Crime, Treatment Courts and Mental Illness*, Palgrav, 2018.

7. *Oltrepassare la soglia*

La chiusura del manicomio criminale rappresenta la conclusione di un lungo percorso di liberazione che ha imposto una cultura fondata sui diritti, concretatasi nell'istituzione delle Rems, luoghi in cui prevale la salute sulla coercizione e di cui sono pilastri strutturali la residualità, la territorialità e il limite del numero chiuso. Si tratta di un modello che supera la vecchia concezione della centralità dell'istituzione segregante, per farsi luogo di transito o di transizione verso la società: è appunto

«attorno agli snodi assistenziali e di accoglienza di un territorio [che] possono definirsi contesti estesi, comunità diffuse, relazioni molteplici che, certamente con molta fatica e dichiarate intenzioni emancipative, possono consapevolmente capovolgere l'immagine dello spazio dedicato, del luogo sanitario, dell'istituzione totale. Luoghi, snodi, soglie che devono favorire lo scambio, l'incontro, il reciproco riconoscimento. Capaci di accogliere con attenzione singolare. Soglie che mai definiscono un dentro, che costruiscono un passaggio. [...] Luoghi di relazioni possibili che riconoscono e promuovono l'identità dei soggetti, che permettono che l'incontro, l'ascolto, l'aiuto, la cura possano accadere. Luoghi che possono essere attraversati nella pienezza del proprio diritto»¹⁴⁰.

Accanto alla metamorfosi che ha coinvolto i luoghi, vi è la trasfigurazione – forse ancora incompiuta – che ha investito il tessuto normativo, il quale, già in seguito alla legge n. 9/2012, ha schiuso le porte ad un livello di innovazione legislativa che ha investito l'intero procedimento di comminazione delle misure di sicurezza, in corso ed in esito al giudizio, coinvolgendo direttamente anche il sistema di esecuzione del nostro apparato securitario.

Tuttavia, alla difficile opera di deistituzionalizzazione avviata con la riforma, è seguita una fase di perdurante incertezza e forme di resistenza ammantate da esigenze securitarie¹⁴¹. A tal proposito sono significativi i puntuali interventi della Corte costituzionale, la quale ha chiarito alcuni aspetti controversi della riforma del 2012, venendo ad armonizzare le antinomie tra il

¹⁴⁰ P. DELL'ACQUA, S. D'AUTILIA, *Abbandonare quei luoghi, abitare le soglie*, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 2013, 1358 s.

¹⁴¹ Così A. PUGIOTTO, *La 'giurisprudenza difensiva' in materia di Ospedali psichici giudiziari a giudizio della Corte costituzionale (Osservazione a Corte Cost. 23 luglio 2015 n. 186)*, in *Giur. cost.*, 2015, 4, 1432 ss.; anche D. PICCIONE, *L'orizzonte di tutela del reo infermo di mente secondo la Costituzione. (Umanizzazione del sistema delle misure di sicurezza: rileggendo la lezione di Franco Bricola)*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 3, 5 secondo cui: «Intorno ai momenti applicativi delle recenti riforme si sono prospettati dubbi; poi, da questi, sono sorte prassi disapplicative e striscianti tendenze regressive. In particolare, è sino ad ora mancata la capacità di rispondere integrando i centri di responsabilità nel compito unitario di offrire nuove risposte alla disastrosa condizione in cui tuttora versano gli infermi rei nell'ordinamento italiano».

sistema codicistico e gli interventi di umanizzazione delle misure di sicurezza compiuti dal legislatore¹⁴². Ma tra le righe delle diverse pronunce sembra emergere il continuo monito a che il giudizio della magistratura inveri e renda effettivo il principio di residuale ed eccezionale applicazione della detenzione dell'infermo di mente.

Si deve allora riconoscere che il problema delle liste d'attesa è anche, ma non solo, un problema strutturale di carenza di posti nelle Rems, essendo principalmente determinato dalla poco efficace collaborazione tra i soggetti istituzionali coinvolti nella gestione del reo folle così come dalla difficoltà da parte della magistratura a cambiare mentalità, rappresentandosi non più come potere diffuso formato da monadi decidenti, ma come parte di un sistema complesso, al cui centro vi è più il rispetto della dignità della persona e l'esigenza della sua cura quale fattore di tutela della sicurezza collettiva¹⁴³.

Occorre allora affrontare – anche attraverso l'implementazione dei protocolli¹⁴⁴ – i problemi legati all'effettività delle norme che impongono la drastica riduzione delle misure di sicurezza detentive, della loro durata, favorendo la declinazione territoriale in favore di misure meno restrittive che non possono essere misconosciute al malinteso fine di scongiurare pericoli

¹⁴² Come sottolinea M. PELISSERO, *Misure di sicurezza e Rems: una disciplina a metà del guado*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizione, accertamento e risposte del sistema penale*, 2020, 82 «Sul piano normativo, rimane l'asimmetria tra codice penale e legislazione complementare. Non si tratta solo di asimmetria formale, vista la permanenza del riferimento ad Opg e case di cura e di custodia nelle norme del codice penale, pur essendo state "chiuse" le strutture nelle quali tali misure erano eseguite; è soprattutto un'asimmetria di *rationes* tra logica della sicurezza del codice penale e logica della cura che sta alla base delle Rems».

¹⁴³ *Progetto di ricerca SMOP. Sistema informativo per il monitoraggio del superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari. Rapporto 2020*, cit., 33 e 58 secondo cui «La permanenza di un numero cospicuo di persone in lista d'attesa prima di accedere a una Rems consente di aprire ad una riflessione di più ampio respiro sulla pericolosità, intesa in senso sociologico anziché giuridico. Un gran numero di persone si trova ad aspettare di entrare in una Rems senza, sostanzialmente, rappresentare un pericolo per la società nel suo complesso, ossia senza che si registri la commissione di ulteriori reati. La tenuta del sistema delle liste d'attesa, che sostanzialmente ha retto finora nonostante la diffusa richiesta di apertura di nuove Rems, pare dunque contrastare una retorica di senso comune in base alla quale, per garantire la sicurezza della società nel suo complesso, persone che hanno commesso dei reati, spesso ritenuti particolarmente efferati, devono essere trattenute all'interno di strutture ad alto livello contenitivo. È convinzione radicata e diffusa quella secondo cui allentare tali forme di contenimento può costituire un rischio per la collettività nel suo complesso. I dati sulle liste d'attesa sembrano darci il rimando di una realtà differente. È possibile ipotizzare forme di controllo alternative al contenimento all'interno di istituzioni totali senza necessariamente intaccare i livelli di sicurezza generali. [...] A dimostrarlo, c'è il numero di misure di sicurezza che vengono "trasformate" dal giudice durante la permanenza in lista d'attesa. Tale trasformazione segnala che una soluzione diversa dalla Rems sarebbe stata possibile fin dal principio, evitando di allungare le "liste d'attesa". Torna dunque, ancora una volta, la già richiamata necessità che, fin dal momento della commissione del reato, si avvii un dialogo costruttivo tra autorità giudiziaria e servizi sanitari per "anticipare" il più possibile la presa in carico del paziente, evitando che l'ordine di ricovero in Rems sia dettato da un'eccessiva "ansia custodialistica" legata al pericolo della commissione di un nuovo reato».

¹⁴⁴ In questa prospettiva, in modo coerente alla natura penale delle misure di sicurezza, parrebbe opportuno che l'Amministrazione penitenziaria mantenesse un monitoraggio e una gestione attendibile dei dati su tali misure, nonché contribuisse a un coordinamento nazionale finalizzato a far sì che le Rems continuino a formare un sistema, fatto di strutture diverse e indipendenti, ma collegate tra loro da una rete di rapporti istituzionali.

prognosticamente inverificabili¹⁴⁵. Si tratta dunque di prenderne sul serio le promesse di finalizzare quel “lavoro su altri”, proprio della magistratura e dei servizi, al *recovery* e socializzazione dei rei folli¹⁴⁶, promesse difficili da onorare con strumenti anfibi come le misure di sicurezza, costitutivamente collocate all’intreccio tra cura e controllo, ma non impossibili, laddove si affronti questa sfida costruendo e ricostruendo nella quotidianità delle pratiche atte a creare condizioni di dignità per gli internati.

¹⁴⁵ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 113 s.

¹⁴⁶ A. MAONE, B. D’AVANZO, *Recovery. Nuovi paradigmi per la salute mentale*, Milano, 2015; sul tema delle Rems e le soluzioni per ovviare al problema delle liste d’attesa si veda P. PELLEGRINI, *Liste d’attesa per l’esecuzione delle misure di sicurezza detentive: analisi e possibili soluzioni*, in *Dir. pen. uomo*, 2021, 3, 9 ss.; G. TRAVAINI, P. CARUSO, I. MERZAGORA, *Disagio psichico e misure alternative: un’esperienza milanese*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizione, accertamento e risposte del sistema penale*, cit., 217 ss.; L. CASTELLETTI, S. BISSOLI, C. PIAZZA, *L’integrazione funzionale dello psichiatrico-forense nella risoluzione delle “liste d’attesa”: l’esperienza delle Rems del Veneto*, in *Rass. it. crim.*, numero speciale, 2019, 46 ss.; R. MEZZINA, *Pena e cura. Le risposte attuali dei servizi di salute mentale alla luce della chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in R. MANCINELLI et. al. (a cura di), *Salute nella polis carceraria: evoluzione della medicina penitenziaria e nuovi modelli operativi*, Istituto superiore di sanità, 2019, 22, 47 ss.; G. LATTE et al., *Dagli Opg alle Rems: il ruolo di un servizio sanitario territoriale nell’esecuzione delle misure di sicurezza detentive e non, nei confronti degli autori di reato con problemi psichici*, in *Riv. psych.*, 2018, 1, 31 ss.