



Elisa Olivito*

I poteri istruttori della Corte costituzionale: conoscenza della prassi applicativa della legge o preannuncio di un monito, in anticipo su Strasburgo?*

SOMMARIO: 1. L'ordinanza n. 131 del 2021 nel contesto dell'ordinanza di rinvio. – 2. Dagli OPG alle REMS: una questione di politica legislativa e di attuazione della riforma. – 3. I poteri istruttori della Corte in funzione di monito anticipato e di stimolo per il legislatore (con un occhio a Strasburgo)? – 4. Qualche considerazione finale.

1. L'ordinanza n. 131 del 2021 nel contesto dell'ordinanza di rinvio.

Lo scorso giugno, al fine di acquisire informazioni utili alla decisione, la Corte costituzionale ha ritenuto di esercitare i suoi poteri istruttori pronunciando l'ordinanza n. 131. Il provvedimento è stato accompagnato da un comunicato ufficiale, nel quale si rimarca che la richiesta di informazioni è stata avanzata con riferimento alle difficoltà registrate nella concreta applicazione delle misure di sicurezza nei confronti degli autori di reato infermi di mente e socialmente pericolosi.

L'ordinanza si distingue in primo luogo per il fatto di essere numerata, poiché a partire dal 1987 la Corte ha preferito ricorrere a ordinanze istruttorie non numerate e, quindi, non pubblicate nella Gazzetta ufficiale. Ciò ha costituito un evidente ostacolo alla conoscibilità sia delle richieste istruttorie sia, conseguentemente, del modo di esercizio dei poteri istruttori, come è stato prontamente e più volte rimarcato dalla dottrina¹.

Essa colpisce, inoltre, soprattutto per il merito dei quesiti posti dalla Corte e per la posta in gioco, per comprendere i quali è necessario fare un passo indietro ed esaminare l'ordinanza di rinvio.

* Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Roma “La Sapienza”.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Di recente si segnala, tuttavia, l'ordinanza istruttoria pubblicata come allegato in calce alla sentenza n. 197/2019.

Sull'importanza della conoscenza diretta delle richieste istruttorie, tra i molti e solo da ultimo, cfr. G.P. DOLSO, *Ancora un tassello nella elaborazione giurisprudenziale del processo costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2020, 380 ss.

Per alcuni dati sul punto si veda, invece, 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*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 60 ss.

Il giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Tivoli ha sollevato d'ufficio questione di legittimità costituzionale di alcune norme², in relazione agli articoli 27 e 110 Cost., nella parte in cui, attribuendo alle Regioni e agli organi amministrativi da esse coordinati e vigilati l'esecuzione del ricovero provvisorio presso una residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza (d'ora in avanti REMS), escludono la competenza del Ministro della giustizia in relazione all'esecuzione della misura di sicurezza detentiva provvisoria. Esse violerebbero, inoltre, gli articoli 2, 3, 25, 32 e 110 Cost., nella parte in cui consentono di adottare disposizioni generali in materia di misure di sicurezza attraverso atti amministrativi, in violazione della relativa riserva di legge.

La questione di costituzionalità trae origine dalla vicenda giudiziaria riguardante una persona indagata per il delitto di violenza o minaccia a un pubblico ufficiale, che al momento della commissione del fatto era in stato di totale incapacità di intendere e di volere, perché affetta da disturbo di psicosi schizo-affettiva con tratti antisociali e perché dedita al sistematico abuso di alcolici. L'indagato, che aveva sempre rifiutato le cure e non collaborava con le strutture sanitarie preposte al trattamento terapeutico, era stato pertanto riconosciuto come persona socialmente pericolosa e nei suoi confronti era stata disposta in via provvisoria la misura di sicurezza detentiva del ricovero presso una REMS (artt. 206 c.p. e 312 c.p.p.), da individuarsi a cura del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (d'ora in avanti DAP) nel rispetto del criterio della territorialità. Per far fronte alla pericolosità sociale del prevenuto, l'applicazione di una misura di sicurezza non contenitiva era stata, infatti, ritenuta insufficiente, anche perché avrebbe richiesto la collaborazione del soggetto.

La misura di sicurezza provvisoria detentiva del ricovero in REMS non era stata, però, eseguita, per mancanza di disponibilità di posti nelle strutture presenti sul territorio regionale e per l'impossibilità dell'amministrazione penitenziaria di disporre un trasferimento al di fuori della Regione, sia per mancanza di competenza in materia di gestione delle REMS – affidato al servizio sanitario regionale – sia in virtù del principio della territorialità delle cure che, insieme ai principi della residualità, della transitorietà e del reinserimento sociale, presiede alla gestione delle REMS. Disposta conseguentemente la misura di sicurezza provvisoria non detentiva della libertà vigilata presso una struttura residenziale psichiatrica per trattamenti terapeutico-riabilitativi a carattere estensivo, neppure questo provvedimento aveva avuto buon esito, poiché l'indagato aveva sistematicamente rifiutato il ricovero residenziale o se ne era allontanato, non sottoponendosi ad alcuna delle terapie imposte.

Ad avviso del giudice rimettente, l'impossibilità di dare esecuzione alla misura del ricovero in REMS sarebbe una diretta conseguenza del vigente assetto normativo, che da un lato ha affidato esclusivamente al servizio sanitario regionale sia la gestione del flusso dei dati relativi ai pazienti nelle diverse fasi della misura di sicurezza sia il tracciamento delle disponibilità di posti, dall'altro ha rimesso ad atti di natura non regolamentare l'intera disciplina del ricovero in REMS e dei connessi requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi.

Dalle difficoltà applicative della normativa che ha portato al graduale smantellamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (d'ora in avanti OPG) e dalle disfunzioni attribuite alla gestione sanitaria regionale delle misure di sicurezza detentive il giudice *a quo* ha, quindi, desunto due motivi di incostituzionalità³. Su di essi è opportuno soffermarsi per comprendere meglio i termini e il contesto in cui si colloca l'ordinanza istruttoria, poiché, ferma restando la fumosità delle argomentazioni utilizzate dal giudice rimettente, quei motivi denotano una lettura prevalentemente securitaria delle misure di sicurezza per i c.d. *folli rei*, che contraddice la *ratio* della normativa indubbiata.

² Ordinanza n. 110/2020, con riferimento agli articoli 206 e 222 c.p., nonché all'art. 3-ter del decreto-legge n. 211/2011, convertito con modificazioni dalla legge n. 9/2012, come modificato dall'art. 1 comma 1 lett. a) del decreto-legge n. 52/2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 81/2014.

³ Cfr. A. CERRI, *Il profilo fra argomento e termine della questione di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1978, 333 ss.

Quanto al primo motivo di incostituzionalità, pesa innanzitutto l'inquadramento penalistico della misura di sicurezza detentiva provvisoria del ricovero in REMS che, secondo il Gip di Tivoli, pur avendo carattere terapeutico, è una forma di restrizione della libertà personale diversa da quella derivante dall'esecuzione di un trattamento sanitario obbligatorio. In ragione della pericolosità sociale dell'autore di reato che, per infermità mentale al momento della commissione del fatto, deve essere sottoposto al ricovero in REMS, tale misura ha l'obiettivo di tutelare non solo la salute della persona sottoposta al ricovero, ma anche la vita e l'incolumità dei terzi.

L'esecuzione del provvedimento è, pertanto, ritenuta sostanzialmente assimilabile all'esecuzione di una misura giudiziaria penale restrittiva della libertà personale e in conseguenza di ciò andrebbe affidata al Ministro della giustizia, che sovrintende all'Amministrazione penitenziaria ed è responsabile, ai sensi dell'art. 110 Cost., dell'organizzazione e del funzionamento dei servizi relativi alla giustizia. L'attribuzione esclusiva dell'esecuzione delle misure di sicurezza a tale organo è, inoltre, desunta dal secondo comma dell'art. 117 Cost., là dove prevede che spetti in via esclusiva allo Stato la potestà legislativa in materia di ordine pubblico e sicurezza, giurisdizione e norme processuali, ordinamento civile e penale (lettere *b* e *l*).

Tuttavia, avendo previsto l'esclusiva gestione sanitaria delle REMS e la sola sicurezza perimetrale esterna, con la soppressione di ogni forma di presidio di sicurezza interna e la destinazione a tali strutture di soggetti provenienti di norma dal solo territorio regionale, la normativa indubbiamente avrebbe determinato la completa estromissione del Ministro della giustizia e del DAP da qualsiasi funzione in materia di misure di sicurezza nei confronti di infermi di mente, ponendosi così in contrasto, secondo il giudice rimettente, con le summenzionate disposizioni costituzionali.

In merito al secondo motivo di incostituzionalità, il giudice *a quo* argomenta che, poiché la misura di sicurezza detentiva del ricovero in REMS soggiace alla riserva di legge in materia penale *ex art.* 25 Cost., tale disposizione sarebbe stata violata dalle norme in oggetto. Esse avrebbero consentito la delegificazione della materia, rimettendo di fatto l'intera disciplina del ricovero in REMS e dei requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle strutture residenziali a un decreto da emanarsi di concerto da parte del Ministro della salute e del Ministro della giustizia, decreto poi adottato il 1° ottobre 2012 e qualificato dal Gip come decreto ministeriale di natura non regolamentare contenente disposizioni generali in materia di misure di sicurezza.

Per entrambi i motivi, gli argomenti del giudice rimettente appaiono, tuttavia, carenti e contraddittori, tanto da prefigurare una decisione di inammissibilità, che potrebbe ciononostante essere accompagnata – come si dirà – da un monito rafforzato, rivolto anche e non solo al legislatore.

Quanto al primo motivo, nel testo dell'ordinanza il Gip di Tivoli evoca l'art. 117, secondo comma, Cost., senza poi menzionarlo tra i parametri costituzionali che assume essere stati violati; tra questi parametri viene indicato, invece, l'art. 27 Cost., senza che nelle motivazioni tale motivo di incostituzionalità sia minimamente sviluppato. Il giudice *a quo*, inoltre, prospetta una pronuncia manipolativa (“nella parte in cui escludono”), ma non indica chiaramente il verso della richiesta addizione⁴.

Con riferimento al secondo motivo, il giudice rimettente indica tra i parametri costituzionali anche gli articoli 2 e 3 della Costituzione, senza che nel testo dell'ordinanza siano portati argomenti al riguardo. È, inoltre, apodittica e oscura la qualificazione del decreto ministeriale del 1° ottobre 2012 come atto di natura non regolamentare, che avrebbe attuato una forma di delegificazione, non

⁴ Sul punto si vedano innanzitutto F. MODUGNO, P. CARNEVALE, *Sentenze additive, «soluzione costituzionalmente obbligata» e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del “verso” della richiesta addizione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, I, 519 ss.

Per la più recente giurisprudenza costituzionale sulle richieste di pronunce manipolative e sull'attenuazione del requisito delle rime obbligate si veda, però, tra gli altri, G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Consulta online*, 3 febbraio 2020, 2 ss.

essendo chiari i termini in cui la delegificazione sarebbe avvenuta e quale rapporto vi sarebbe tra il suddetto decreto e l'art. 3-ter del decreto-legge n. 211/2011.

Occorre, pertanto, riflettere sulle ragioni che hanno spinto la Corte ad adottare l'ordinanza istruttoria in commento. Essa sembra, invero, sottendere questioni che vanno al di là sia del perimetro della questione promossa dal giudice *a quo* sia, a parere di chi scrive, delle decisioni che il giudice costituzionale potrebbe adottare nel merito.

2. Dagli OPG alle REMS: una questione di politica legislativa e di attuazione della riforma

Per cogliere la portata e la novità dell'ordinanza n. 131/2021 è necessario compiere un altro passo indietro e ricordare non tanto i passaggi normativi mediante i quali il sistema degli OPG è stato gradualmente superato in favore di un sistema basato, negli auspici, sulla marginalizzazione e sull'inserimento delle REMS in una più fitta rete di servizi psichiatrici territoriali⁵, quanto piuttosto la *ratio* e le scelte di politica legislativa che sono sottese al nuovo sistema di esecuzione delle misure di sicurezza detentive per autori di reato infermi di mente.

Un'analisi approfondita del nuovo sistema, che pure presenta aspetti problematici per via del controverso rapporto tra misure di sicurezza, infermità di mente e (presunzione di) pericolosità sociale⁶, prenderebbe troppo spazio⁷. Basti nondimeno ricordare che, nell'ambito di un più vasto intervento sulla sanità penitenziaria, il processo di riforma per l'applicazione delle suddette misure di sicurezza ha preso avvio con quell'art. 3-ter del decreto-legge n. 211/2011, sul quale si concentrano le attenzioni del giudice rimettente, ed è poi approdato alla legge n. 81/2014, che ha modificato il decreto legislativo n. 52/2014.

I criteri indicati dall'art. 3-ter per definire i requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle REMS⁸, unitamente all'ulteriore indicazione del decreto ministeriale 1° ottobre 2012, per cui ogni struttura ha un massimo di venti posti, traducono altrettanti punti cardine della riforma, successivamente corroborati dalla legge n. 81/2014.

Tali punti cardine sono costituiti, in particolare, dai principi che ora presiedono all'applicazione e all'esecuzione delle misure di sicurezza detentive, ovvero sia il principio di territorialità, il principio dell'inclusione e del reinserimento sociale, il principio di *extrema ratio* e i principi di transitorietà e di residualità delle misure di sicurezza detentive. Essi, complessivamente intesi, sono tesi a orientare le misure di sicurezza detentive preminentemente verso le esigenze di tutela della salute mentale e di

⁵ Sul punto si veda A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015, 23 ss.

A questo proposito, peraltro, la Corte costituzionale ha rimarcato che «le REMS non sono istituzioni volte a sostituire i vecchi ospedali psichiatrici sotto altra veste e denominazione» (sentenza n. 99/2019, punto 3.2 del *Considerato in diritto*).

⁶ Basti solo pensare, per le ricadute pratiche, a ciò che è stato evidenziato, tra l'altro, dalla Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale, istituita dal Senato il 30 luglio 2008 e presieduta da Ignazio Marino, nella *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari* (20 luglio 2011), in merito alla necessità di «porre un argine al fenomeno delle proroghe sistematiche della misura di sicurezza, basate su una certa dilatazione del concetto di pericolosità sociale: sovente la proroga risulta disposta non già in ragione di una condizione soggettiva di persistente pericolosità, ma bensì per la carenza di un'adeguata offerta di strutture residenziali e riabilitative esterne, che dovrebbero essere individuate e messe a disposizione dai competenti Dipartimenti di salute mentale. In questo modo, il luogo della cura e dell'esecuzione della misura di sicurezza sembra essere condizionato dall'inefficienza dei servizi psichiatrici, i quali non riescono a provvedere alle necessità più complesse e gravose dei pazienti psichiatrici autori di reato».

⁷ Si veda, tra i molti, 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. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 82 ss.

⁸ Ci si riferisce innanzitutto all'esclusiva gestione sanitaria all'interno delle strutture, alla sola attività perimetrale di sicurezza e di vigilanza esterna e alla destinazione delle strutture ai soggetti provenienti, di norma, dal territorio regionale di ubicazione delle medesime.

cura dei pazienti autori di reato, nell'idea che il contemperamento con le esigenze di sicurezza e di tutela della collettività non debba tradursi nella prevalenza di queste su quelle.

L'esclusiva gestione sanitaria delle strutture residenziali e il principio della territorialità del ricovero esprimono, in particolare, la predilezione per l'attuazione dei trattamenti terapeutici e riabilitativi in contesti residenziali e territoriali, poiché la presa in carico dei servizi di salute mentale del luogo di residenza o di provenienza della persona interessata è tesa a scongiurare il suo sradicamento dal territorio e, quindi, le correlate difficoltà di reinserimento al termine delle cure o della fase di acuzie⁹.

Al rafforzamento di questi principi ha, del resto, contribuito la Corte costituzionale, che con alcune pronunce ne ha delineato sia i contorni sia l'ancoraggio costituzionale. Il giudice costituzionale ha, infatti, avuto modo di affermare che, tra le due polarità della cura dell'infermo di mente e del contenimento della sua pericolosità sociale, «le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente [...]: e pertanto, ove in concreto la misura coercitiva del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario si rivelasse tale da arrecare presumibilmente un danno alla salute psichica dell'infermo, non la si potrebbe considerare giustificata nemmeno in nome di tali esigenze»¹⁰.

Nondimeno, se sul punto la Corte ha avuto modo di intervenire in diverse occasioni, in special modo censurando alcuni automatismi legislativi¹¹, resta fermo che la delimitazione del sistema delle misure di sicurezza detentive per gli autori di reato infermi di mente è una questione di politica legislativa. Ciò comporta che siano compiute ponderazioni complesse e che siano fatte scelte di non poco momento, che spettano in prima battuta al legislatore¹². Allo stesso modo, le disfunzioni e le

⁹ Come ricorda A. CALCATERRA, *Misura di sicurezza con ricovero in REMS: il ritorno al passato no!*, in *Diritto penale e uomo*, 6/2020, 7 s.

¹⁰ Corte cost., sentenza n. 253/2003, punto 2 del *Considerato in diritto*.

Si veda altresì la sentenza n. 73/2020, punto 4.4 del *Considerato in diritto*: «[L]a misura di sicurezza dovrebbe auspicabilmente essere conformata in modo da assicurare, *assieme*, un efficace contenimento della pericolosità sociale del condannato e adeguati trattamenti delle patologie o disturbi di cui è affetto (secondo il medesimo principio espresso dalla sentenza n. 253 del 2003, in relazione al soggetto totalmente infermo di mente), nonché *fattivo sostegno rispetto alla finalità del suo «riadattamento alla vita sociale»* – obiettivo quest'ultimo che, come recentemente rammentato dalla sentenza n. 24 del 2020, il legislatore espressamente ascrive alla libertà vigilata (art. 228, quarto comma, cod. pen.), ma che riflette *un principio certamente estensibile, nell'attuale quadro costituzionale, alla generalità delle misure di sicurezza»* (corsivi miei).

¹¹ Oltre alla sentenza 253/2003, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 222 c.p. (Ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario), nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale, occorre ricordare la sentenza n. 367/2004, che similmente ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 206 c.p. (Applicazione provvisoria delle misure di sicurezza), nella parte in cui non consente al giudice di disporre, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una misura di sicurezza non detentiva prevista dalla legge, idonea ad assicurare alla persona inferma di mente cure adeguate e a contenere la sua pericolosità sociale.

Ma si vedano anche la sentenza n. 186/2015, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lettera b), del decreto-legge n. 52/2014, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 30 n. 81/2014, nelle parti in cui stabilisce che l'accertamento della pericolosità sociale “è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale” e che “non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali”, e la sentenza n. 99/2019, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1-ter, della legge n. 354/1975, nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-ter.

¹² La Corte costituzionale aveva, d'altronde, già rimarcato che «*solo il legislatore* (la cui inerzia in questo campo, caratterizzato da scelte assai risalenti nel tempo e mai riviste alla luce dei principi costituzionali e delle acquisizioni scientifiche, non può omettersi di rilevare ancora una volta) *può intraprendere la strada di un ripensamento del sistema delle misure di sicurezza*, con particolare riguardo a quelle previste per gli infermi di mente autori di fatti di reato, e ancor più di una *riorganizzazione delle strutture e di un potenziamento delle risorse»* (Corte cost., sentenza n. 253/2003, punto 3 del *Considerato in diritto*, corsivi miei).

criticità che hanno accompagnato l'attuazione della riforma, rischiando di minarne la credibilità, reclamano interventi strutturali e, a monte, valutazioni di natura politica, il cui peso e i cui tratti non possono ricadere sul (e non competono al) giudice costituzionale.

Il passaggio dagli OPG alle REMS si è, difatti, innestato su una riforma dai piedi fragili. Nel prevedere la chiusura degli OPG e fissare il limite massimo di applicazione delle misure di sicurezza detentive¹³, il legislatore non ha messo in conto che la predisposizione di percorsi terapeutico-riabilitativi per gli internati con vizio di mente presuppone sia la garanzia di molteplici condizioni materiali, strutturali e istituzionali, affinché l'attuazione delle misure avvenga sulla base dei principi già richiamati, sia la capacità del contesto politico, culturale e sociale di «recepire le scelte normative in ordine al rapporto tra salute mentale e sistema penale»¹⁴.

Alla prova dei fatti sono, pertanto, emerse diverse problematiche: *i.* la fragilità e l'inadeguatezza del tessuto socio-territoriale e di quello istituzionale, che avrebbero dovuto invece sostenere l'attuazione della riforma non solo nell'ipotesi di carenza delle strutture¹⁵; *ii.* la difficoltà di assicurare azioni sinergiche tra le istituzioni coinvolte, al fine di individuare la migliore risposta alle esigenze di cura dei rei infermi di mente; *iii.* l'utilizzo niente affatto residuale delle misure di sicurezza detentive, provvisorie e definitive, con conseguente formazione di lunghe liste d'attesa, dovute non tanto al ridotto numero di posti in ciascuna struttura o al numero di strutture disponibili¹⁶, bensì soprattutto alle richieste di applicazione provvisoria di misure di sicurezza¹⁷.

Tali criticità, nel loro insieme, rischiano di frustrare sia le esigenze di cura della persona su base sanitaria e territorializzata, sia quelle di difesa sociale.

L'esigenza di cura è frustrata quando la persona destinataria della misura di sicurezza detentiva, essendo già soggetta a misura di custodia cautelare e non potendo essere ricoverata in REMS per l'insufficienza di posti, è trattenuta in carcere fino a quando il ricovero non si renda possibile, determinandosi così una situazione di illegittima detenzione priva di giustificazione costituzionale.

Per quanto concerne invece l'esigenza di difesa sociale, se la misura di sicurezza detentiva raggiunge una persona libera e non vi sono posti disponibili in REMS, il soggetto resta libero, «senza alcuna concreta possibilità di governarne le azioni, fino a quando non commette un reato per il quale sia prevista la custodia cautelare o non perde del tutto il controllo di sé, finendo sottoposto ad un TSO. Con buona pace della sicurezza pubblica e per lo più di quella dei familiari, solitamente i più coinvolti in questo genere di dinamiche»¹⁸.

¹³ A questo proposito l'art. 1, comma 1-*quater*, del decreto-legge n. 52/2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 81/2014, ha stabilito che le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima.

¹⁴ M. PELISSERO, *Misure di sicurezza e REMS: una disciplina a metà del guado*, cit., 85.

¹⁵ Cfr. G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra Opg e Rems*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 luglio 2015, 14 ss.

¹⁶ Al riguardo si è, peraltro, osservato che «[s]e tutte le persone che sono in lista di attesa nel 2020 potessero entrare in REMS grazie a una moltiplicazione dei posti disponibili avremmo nuovamente degli OPG, più puliti e con strutture più decenti, ma con gli stessi numeri»: K. PONETI, *Le REMS in prospettiva costituzionale: sul diritto alla salute contro il potere di rinchiudere*, in *L'Altro Diritto*, 11 maggio 2021, 43.

Per una diversa prospettiva sul ricorso della magistratura alle misure di sicurezza si veda P. DI NICOLA, *Vademecum per tentare di affrontare (e risolvere) il problema dell'assenza di posti nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 dicembre 2017, 2 ss.

¹⁷ Come da ultimo ricordato dal Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, secondo il quale il numero delle misure di sicurezza provvisorie dimostra «un rapporto ancora 'acerbo' della Magistratura con la nuova configurazione del sistema dopo la chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari»: *Relazione al Parlamento 2021*, 228, rinvenibile all'indirizzo www.garantenazionaleprivatiliberta.it.

¹⁸ M. PATARNELLO, *Le Rems: uscire dall'inferno solo con le buone intenzioni*, in www.questioneginstizia.it (20 giugno 2020), il quale da un lato riconosce, come qui si sostiene, che il gip di Tivoli chiede alla Corte costituzionale «un intervento difficile, dal punto di vista del valore politico aggiunto necessario rispetto alla manipolazione del testo vigente», ma dall'altro lato ritiene che «resterebbe comunque un'ampia gamma di possibilità per la Corte di indicare il percorso di un intervento

3. I poteri istruttori della Corte in funzione di monito anticipato e di stimolo per il legislatore (con un occhio a Strasburgo)?

Dall'ordinanza di rinvio si evince pianamente che nelle difficoltà di esecuzione delle misure di sicurezza detentive il giudice rimettente intravede il segno di una più generalizzata e generica inefficienza della gestione sanitaria e territorializzata delle REMS, così come previsto dalla normativa di riforma. A sostegno di tale impostazione il gip di Tivoli richiama due risoluzioni del Consiglio superiore della magistratura (d'ora in avanti CSM) in cui, sulla base dell'istruttoria svolta per verificare l'impatto giudiziario delle disposizioni sul superamento degli OPG, sono state indicate direttive interpretative ed applicative, nonché protocolli operativi per l'esecuzione delle misure di sicurezza psichiatriche.

Le due risoluzioni sono state l'occasione per rimarcare alcuni problemi applicativi e sistematici, quali: *i.* l'esistenza di dubbi circa l'applicabilità delle norme sull'ordinamento penitenziario alle nuove istituzioni; *ii.* lo squilibrio numerico tra posti disponibili e richieste di disponibilità da parte delle autorità giudiziarie competenti, anche per via del fatto che alle strutture residenziali sono sempre più spesso assegnate persone soggette all'applicazione di tali misure in via provvisoria; *iii.* la conseguente attrazione dell'imputato nel circuito delle REMS in assenza delle caratteristiche idonee al recupero e alla cura del suo stato psicofisico, perché l'irrogazione provvisoria della misura di sicurezza avviene allo stato degli atti e con una conoscenza limitata della sua storia personale e del profilo di salute; *iv.* il nodo del computo e degli effetti del termine di durata massima del ricovero in REMS; *v.* l'esigenza della magistratura giudicante di adeguata e costante conoscenza delle risorse e delle soluzioni offerte dai servizi di salute mentale sul territorio, attraverso un rapporto di collaborazione e di scambio di informazioni e la sottoscrizione di protocolli operativi e programmi di formazione¹⁹.

Alla luce di quanto appena osservato e sulla base dei quesiti che la Corte rivolge, per quanto di rispettiva competenza, al Ministro della giustizia, al Ministro della salute, al Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nonché, limitatamente al quesito di cui alla lettera *m*), al Presidente dell'Ufficio parlamentare di bilancio, rimane da chiedersi perché il giudice costituzionale necessiti di informazioni e di dati tanto dettagliati per decidere la questione di legittimità costituzionale.

Alle predette Autorità la Corte chiede:

- a)* quante e quali siano, attualmente, le REMS attive sul territorio di ciascuna Regione e quanti pazienti siano effettivamente ospitati in ciascuna di esse;
- b)* quanti pazienti provenienti da Regioni diverse siano ospitati attualmente nelle REMS di ciascuna Regione e come sia regolamentato il meccanismo di deroga al principio di territorialità dell'esecuzione della misura del ricovero in REMS, previsto dall'art. 3-ter, comma 3, lettera *c*), del decreto-legge n. 211/2011, convertito, con modificazioni, nella legge n. 9/2012;
- c)* quante persone risultino attualmente collocate, in ciascuna Regione, nelle liste d'attesa per l'ammissione in una REMS e quanto sia il tempo medio di permanenza in tali liste;
- d)* quante siano, su scala nazionale, le persone destinatarie di un provvedimento di assegnazione a una REMS ancora non eseguito, adottato in via definitiva o provvisoria dal giudice;
- e)* quali siano, ovvero siano stati, nel caso di persone definitivamente prosciolte per infermità di mente, i titoli di reato contestati alle persone di cui alla lettera *d*);

legislativo necessario o almeno suonare un campanello di allarme ultimativo, rispetto ad un'indifferenza tanto prolungata quanto indifendibile» (*ibidem*).

¹⁹ Cfr. Risoluzione del 19 aprile 2017, avente ad oggetto *Directive 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*; Risoluzione del 24 settembre 2018, avente a oggetto *Protocolli operativi in tema di misure di sicurezza psichiatriche*.

f) quante di tali persone risultino allo stato collocate in una struttura penitenziaria sulla base di ordinanze di custodia cautelare, ovvero in reparti ospedalieri di medicina psichiatrica sulla base di ordinanze di custodia cautelare in luogo di cura (art. 286 c.p.p.), o ancora siano sottoposte *medio tempore* alla misura di sicurezza della libertà vigilata, come nel caso oggetto del giudizio *a quo*;

g) quali siano le principali difficoltà di funzionamento dei luoghi di cura per la salute mentale esterni alle REMS per gli imputati e le persone prosciolte in via definitiva, che siano risultati affetti da infermità mentale;

h) se esistano, e in caso affermativo come operino, forme di coordinamento tra il Ministero della giustizia, il Ministero della salute, le aziende sanitarie locali e i Dipartimenti di salute mentale, volte ad assicurare la pronta ed effettiva esecuzione, su scala regionale o nazionale, dei provvedimenti di applicazione, in via provvisoria o definitiva, di misure di sicurezza basate su una duplice valutazione di infermità mentale e di pericolosità sociale dell'interessato;

i) quali specifiche competenze esercitino, in particolare, il Ministro della giustizia e il Ministro della salute rispetto a tale obiettivo;

j) se il ricovero nelle REMS, ove disposto dal giudice, nonché gli altri trattamenti per la salute mentale disposti sulla base di un provvedimento di libertà vigilata rientrino nei livelli essenziali di assistenza, che le Regioni sono tenute a garantire;

k) se sia attualmente effettuato dal Governo uno specifico monitoraggio sulla tempestiva esecuzione dei provvedimenti di applicazione delle misure di sicurezza in esame;

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.

La Corte valorizza, in questo modo, i suoi poteri istruttori e utilizza il canale più consueto per immettere elementi fattuali nel giudizio di costituzionalità²⁰, probabilmente anche grazie alla spinta che di riflesso è scaturita dalle recenti modifiche delle Norme integrative su esperti e *amici curiae*²¹.

Nel caso di specie occorre, nondimeno, capire quale sia la direzione verso cui spinge l'acquisizione di tali elementi, dal momento che molti di essi esulano del tutto dai termini della *quaestio* e, quindi, dal chiesto (in particolare, lettere e, j, l, n), mentre altri alludono a criticità già desumibili, ad esempio, dalle richiamate risoluzioni del CSM (restanti lettere).

Dai quesiti formulati nell'ordinanza si desume che l'attività istruttoria predisposta dalla Corte è volta ad acquisire al giudizio sulle leggi la conoscenza di fatti che si pongono a cavallo tra fatti endoprocessuali e fatti extraprocessuali. Ciò conferma che la netta distinzione tra gli uni e gli altri non è affatto agevole, non solo perché i fatti endoprocessuali possono essere di per sé forieri di più ampie considerazioni attinenti a fatti extraprocessuali²², ma anche perché, come nel caso in questione, la Corte chiede ad altre autorità di fornire dati e informazioni, che solo per un verso attengono alla vicenda processuale da cui è scaturita la *quaestio*.

²⁰ Sul punto cfr. M. CHIAVARIO, *Ordinanze interlocutorie della Corte costituzionale nei giudizi di legittimità promossi in via incidentale*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, *La giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 1985, 233 ss.

²¹ Per alcune riflessioni sul punto si rinvia a E. OLIVITO, *Il processo costituzionale si apre alla società civile? Le necessarie cautele*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2020, 1071 ss.

²² Su tale distinzione e sul labile confine tra fatti endoprocessuali e fatti extraprocessuali sia consentito il rinvio a E. OLIVITO, *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017, 4 ss.; EAD., *I fatti a Corte. 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*, cit., 137 ss.

I quesiti sembrano, invero, preordinati soprattutto a rafforzare l'idea che gli elementi di valutazione desumibili per via istruttoria suggeriscano in definitiva una riforma della materia (lettera *n*), collocandosi pertanto tra il livello della norma-oggetto e quello della motivazione della successiva decisione costituzionale²³.

Si tratta di fatti che, per un verso, gettano luce sulle norme oggetto della questione di legittimità costituzionale, perché sono ritenuti utili a individuare la c.d. situazione normativa, ossia la disposizione normativa per come essa è applicata (o non applicata) nella realtà²⁴, ma per l'altro verso travalicano la stretta situazione normativa, riportando l'attenzione su elementi che meglio si addicono a considerazioni di politica del diritto.

Se da un lato si rientra nell'ipotesi in cui l'ordinanza istruttoria «tende ad acquisire elementi di conoscenza relativi al modo in cui la legge è stata applicata, ai criteri cui l'autorità amministrativa si è attenuta e, dunque, relativi alla vita della norma nella realtà concreta»²⁵, dall'altro lato si ha l'impressione che i quesiti insistano prevalentemente sulle carenze strutturali e sistemiche delle misure di sicurezza detentive.

E dal momento che «la prassi applicativa di un disposto normativo non può mai costituire oggetto del controllo della Corte in sede di giudizio sulle leggi [...] [potendo semmai] essere la *chiave di lettura* di quel disposto, almeno se ricorrono talune condizioni (saldezza ed inequivocità della prassi stessa)»²⁶, la conoscenza delle difficoltà di esecuzione delle misure di sicurezza detentive nei confronti delle persone inferme di mente prelude a una sorta di analisi di adeguatezza della normativa indubbiata, con intenti di monito e di stimolo, ma anche a scopo cautelativo.

Al riguardo, è innanzitutto opportuno ricordare che dalla giurisprudenza costituzionale è già emersa la differenza tra questioni di costituzionalità ammissibili, perché aventi a oggetto automatismi legislativi ai quali la Corte è in grado di porre rimedio, e questioni di costituzionalità inammissibili o infondate, perché tramite esse il giudice *a quo* chiede «interventi normativi o *fattuali*»²⁷, esorbitanti dai poteri del giudice costituzionale, quali ad esempio la mera eliminazione della misura di sicurezza o la sua sostituzione con misure alternative di creazione giurisprudenziale, ovvero ancora quando è denunciata la cronica inadeguatezza delle strutture degli OPG. Ancor di più, il giudice costituzionale ha rimarcato che «incombe sul legislatore il dovere di portare a termine nel modo migliore la già

²³ La distinzione fra tre livelli di attività conoscitiva della Corte (norma-parametro, norma-oggetto, motivazione del giudizio) è ripresa da A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 1498, il quale peraltro riteneva che, quando l'attività conoscitiva della Corte incide direttamente sulla motivazione, «ha lo scopo di procurare asserzioni di fatto dirette a rendere più convincente la decisione adottata. In tal caso però trattandosi di un elemento inessenziale, le informazioni che la Corte ritiene opportuno procurarsi dovrebbero essere preferibilmente acquisite o attraverso le notizie di fatto allegate dalle parti o in via assolutamente informale. Poiché, se così non fosse, la richiesta formale di dati potrebbe avere il senso di un ingiustificato *atto dilatorio*, che, in certi casi, potrebbe essere di pregiudizio al godimento di taluni diritti fondamentali, senza avere la contropartita della sua rilevanza essenziale per il giudizio» (*ivi*, 1499-1500, corsivi miei).

²⁴ Sulla nozione di situazione normativa si veda A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Milano, Giuffrè, 1988, 55 ss., nonché ID., *Storia di un «falso». L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990, 107 ss.

²⁵ A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e nei conflitti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, 1356.

²⁶ M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 533 s. (corsivi dell'A.).

²⁷ Corte cost., sentenza n. 367/2004, punto 3 del *Considerato in diritto* (corsivo mio), che richiama la sentenza n. 228/1999 («l'ordinamento vigente può essere considerato meritevole di revisione e di correttivi [...] e agli eventuali correttivi non può certo provvedere questa Corte, essendo le diverse opzioni possibili rimesse unicamente a scelte discrezionali del legislatore») e l'ordinanza n. 88/2001 («tramite i quesiti di costituzionalità sollevati, i giudici rimettenti chiedono in sostanza alla Corte interventi additivi di revisione della disciplina delle misure di sicurezza applicabili nel caso di proscioglimento dell'imputato per infermità psichica»).

avviata riforma dell'ordinamento penitenziario nell'ambito della salute mentale, con la previsione di apposite strutture interne ed esterne al carcere»²⁸.

Si ha, nondimeno, l'impressione che dietro l'ordinanza n. 131 del 2021 vi sia un convitato di pietra e che l'esercizio del potere istruttorio serva alla Corte per suonare un campanello d'allarme e porre l'accento su problematiche emerse da tempo, sebbene *rebus sic stantibus* la soluzione di tali nodi – a parere di chi scrive – sia al di fuori delle sue disponibilità decisorie. La richiesta istruttorie potrebbe, quindi, avere l'inusuale intento di richiamare l'attenzione del legislatore e delle amministrazioni pubbliche sulle già menzionate difficoltà applicative della riforma, facendo sì che vi sia un intervento in tempo utile ovvero prima che sia troppo tardi.

Difatti, sebbene il giudice *a quo* non ne faccia menzione, il sistema delle misure di sicurezza detentive per gli infermi di mente, in particolare per ciò che concerne l'indisponibilità di posti nelle REMS, ha destato l'attenzione anche della Corte europea dei diritti dell'uomo, che a marzo 2020 e a gennaio di quest'anno ha adottato due provvedimenti cautelari, ai sensi dell'art. 39 del suo Regolamento, volti a far cessare immediatamente la detenzione illegale di due pazienti psichiatriche all'interno di istituti penitenziari ordinari²⁹.

In entrambi i casi la Corte di Strasburgo è chiamata a valutare se 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 medico-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 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti CEDU) e con il divieto di trattamenti e pene inumane e degradanti, di cui all'art. 3 CEDU.

In attesa che la Corte di Strasburgo decida i ricorsi nel merito, per l'ordinamento italiano si pongono questioni che trascendono i singoli casi, poiché la detenzione illegale in strutture penitenziarie ordinarie di persone che attendono il ricovero in REMS costituisce un problema di tipo strutturale³⁰. Esso scaturisce, invero, dalle già richiamate difficoltà riscontrate nell'applicazione della suddetta misura di sicurezza, in presenza delle quali i giudici di Strasburgo potrebbero decidere di applicare, d'ufficio o su richiesta delle parti, la procedura della sentenza pilota, così come codificata dall'art. 61 del Regolamento.

Tale procedura può essere attivata quando i fatti all'origine di un ricorso rivelino l'esistenza, nell'ordinamento interessato, di un problema strutturale o sistemico o di una disfunzione analogha, che hanno dato luogo o potrebbero dar luogo alla presentazione di ricorsi ripetitivi. Conseguentemente, nella sentenza pilota la Corte indica, oltre alla natura del problema strutturale o sistemico o della disfunzione constatata, anche il tipo di misure riparatorie generali che lo Stato deve adottare in applicazione del dispositivo della sentenza, potendo all'occorrenza rinviare l'esame di tutti i ricorsi che traggono origine da uno stesso motivo, in attesa dell'adozione delle misure indicate.

Si tratta, dunque, di uno strumento di cui la Corte di Strasburgo si è dotata per far fronte a violazioni sistemiche della CEDU, derivanti da quelli che potremmo ritenere veri e propri “fatti legislativi”, anche al fine di rafforzare l'obbligo di conformazione di cui all'art. 46 CEDU. Pertanto, data l'indicazione della tipologia di misure strutturali e di rimedi generali da adottare, la sentenza

²⁸ Corte cost., sentenza n. 99/2019, punto 4.3 del *Considerato in diritto*.

²⁹ Si tratta dei provvedimenti emessi nell'ambito dei casi *Sy c. Italia*, ricorso n. 11791/20 e *Ciotto c. Italia*, ricorso n. 368/21. Ma si veda anche il caso *V.T. c. Italia*, ricorso n. 50023/20.

Nel caso *Ciotto c. Italia*, peraltro, tenuto conto del ritardo con cui lo Stato ha adottato misure in risposta alla decisione di cui all'articolo 39 del Regolamento (ossia “fornire al richiedente un alloggio in REMS o altrove, in cui può essere fornito un trattamento adeguato per la sua condizione psichiatrica”), il ricorrente lamenta altresì che vi è stato un ostacolo all'esercizio effettivo del diritto di ricorso del richiedente, garantito dall'art. 34 CEDU.

³⁰ Dagli ultimi dati rilevati dal Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale emerge che, tra il 2019 e il 2021, vi è stato un aumento del numero delle persone in attesa di collocazione in REMS. Al mese di febbraio 2021 le persone in attesa di ricovero sono settecentosettanta, di cui novantotto si trovano in carcere in uno stato di detenzione illegittima: cfr. *Relazione al Parlamento 2021*, cit., 228.

pilota ha un duplice effetto: *i.* incide sul margine di apprezzamento altrimenti riservato agli Stati contraenti nel decidere come eliminare la violazione della CEDU riscontrate dalla Corte; *ii.* unisce gli effetti del giudizio sul singolo ricorso a quelli più generali e oggettivi propri delle decisioni costituzionali³¹.

Lo spettro di una nuova sentenza pilota in ambito penitenziario richiama, peraltro, alla mente sia la sentenza Torreggiani³² sia il suo séguito normativo e giurisprudenziale³³. Tali elementi sono, infatti, particolarmente utili a leggere tra le righe dell'ordinanza n. 131/2021 e a intravedere sullo sfondo, nell'ipotesi di una perdurante inerzia legislativa, il tentativo della Corte costituzionale di scongiurare la procedura pilota o, più plausibilmente, di accendere i riflettori sulla questione di legittimità costituzionale in anticipo sulla decisione che seguirà all'istruttoria.

Vedremo a quali conclusioni giungerà la Corte sulla base delle risultanze istruttorie. Nell'attesa possono, nondimeno, farsi alcune osservazioni.

La scelta di ricorrere all'ordinanza numerata sembra, innanzitutto, essere dettata dall'esigenza di renderla conoscibile e – come conferma il comunicato – darle il dovuto risalto³⁴. Ciò risponde perfettamente all'idea che, nel caso di specie, l'istruttoria sia impiegata, anche in funzione monitoria, per (tentare di) aprire un dibattito sulla normativa indubbiata e sulle sue prospettive di riforma, come *mutatis mutandis* auspicano di fare le c.d. ordinanze di incostituzionalità prospettata³⁵. L'ordinanza in commento, inoltre, non deve essere letta isolatamente, ma nel contesto della fase attuale della

³¹ Sulla procedura di sentenza pilota, tra i molti, cfr. F. PALOMBINO, *La «procedura di sentenza pilota» nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, 91 ss. Per un accostamento tra le sentenze pilota e le sentenze additive di principio si veda B. RANDAZZO, *Nuovi sviluppi in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2/2006, 17.

Sul rafforzamento del ruolo quasi-costituzionale della Corte di Strasburgo attraverso la procedura pilota si veda W. SADURSKI, *“Partnering with Strasbourg”. Constitutionalisation of the ECtHR, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, in *Human Rights Law Review*, 2009, 402 ss.

³² Corte europea dei diritti dell'uomo, *Torreggiani e altri c. Italia*, sentenza 8 gennaio 2013, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.

³³ Per il séguito costituzionale si veda Corte cost., sentenza n. 279/2013: nel dichiarare la questione inammissibile, il giudice costituzionale ha evidenziato che, fermo restando il rispetto della priorità di valutazione del legislatore sulla pluralità e sulla congruità dei mezzi per impedire che si protragga un trattamento detentivo contrario al senso di umanità, non sarebbe stato in ogni caso tollerabile «l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia» (punto 8 del *Considerato in diritto*).

³⁴ Nell'opinione di chi scrive, peraltro, questa è la ragione per cui la Corte costituzionale, anziché ricorrere all'audizione di esperti di chiara fama, ha preferito esercitare i poteri istruttori *ex art.* 12 delle Norme integrative e pubblicare la relativa ordinanza, seppur con finalità e attraverso quesiti inconsueti.

L'audizione di esperti è prevista dall'art. 14-*bis* delle Norme integrative, quando le questioni di legittimità costituzionale da risolvere rendano necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline. Essa è disposta in camera di consiglio con apposita ordinanza depositata presso la cancelleria della Corte. Tuttavia, tale ordinanza non è pubblicata nella Gazzetta ufficiale e nella prima occasione in cui la Corte ha audito degli esperti (reg. ord. n. 167 del 2019) si è avuta sommaria conoscenza della convocazione soltanto attraverso un comunicato.

Inoltre, le parti costituite possono partecipare alla camera di consiglio in cui gli esperti sono sentiti, con la sola facoltà di formulare domande, mentre con l'istruttoria di cui all'art. 12 delle Norme integrative le parti sono maggiormente coinvolte, essendo previsto il deposito del materiale istruttorio, con facoltà delle parti di prenderne visione (art. 14 delle Norme integrative). Su tali differenze si veda, tra gli altri, G.P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 21 marzo 2021, 12.

Peculiare è, nondimeno, l'ordinanza n. 79/2021, con cui la Corte costituzionale, nell'esercizio dei poteri istruttori *ex art.* 12 delle Norme integrative, ha chiesto alcune informazioni e ha contestualmente disposto l'audizione di alcune delle autorità destinatarie della richiesta istruttoria.

³⁵ Il riferimento è naturalmente per prima all'ordinanza n. 207/2018.

Per una lettura di tale ordinanza come nuova e più stringente forma di esercizio della funzione monitoria della Corte cfr. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista Aic*, 2/2019, 654.

giustizia costituzionale³⁶, senza dubbio caratterizzata dall'attivismo della Corte nella ricerca di nuovi spazi decisori, nonostante il formale riconoscimento della discrezionalità del legislatore e a dispetto della sua inerzia.

4. *Qualche considerazione finale*

Come è stato già osservato, dal modo in cui il giudice *a quo* ricostruisce l'evoluzione normativa dagli OPG alle REMS e al contempo delinea, seppur confusamente, la questione di legittimità costituzionale, emerge pianamente che l'ordinanza di rinvio prospetta, per il tramite di una declaratoria di incostituzionalità, il superamento della gestione esclusivamente sanitaria delle REMS, «in particolare allo scopo di permettere al DAP di assegnare alle strutture i soggetti sottoposti a misura di sicurezza, se necessario anche superando i principi di territorialità e del numero chiuso delle strutture»³⁷.

In un'ottica questa volta di “giurisprudenza regressiva” più che solo “difensiva”³⁸, ciò comporterebbe, tuttavia, il rovesciamento di una riforma che, seppur con molte difficoltà e alcuni inciampi, ha inteso trasferire dal Ministro della giustizia alle Regioni la competenza in materia di esecuzione delle misure di sicurezza detentive nei confronti delle persone affette da patologie psichiatriche.

Tale giurisprudenza fa, peraltro, il paio sia con una logica di mero incremento delle strutture residenziali chiuse, in luogo dell'irrobustimento dell'intervento territoriale in funzione terapeutico-riabilitativa, sia con quello speculare orientamento contenitivo, che vorrebbe «impropriamente comprendere nel sistema delle Rems – destinate al trattamento sanitario di persone le cui forme di disagio mentale, totalmente o parzialmente incidenti sulla responsabilità penale, risalgono all'epoca di commissione del fatto ritenuto illecito – il carico di soggetti che tale disagio hanno sviluppato nel corso della detenzione [... e] il cui numero aumenta proporzionalmente alla tendenza progressiva di definire come ‘disturbi psichiatrici’ disagi che discendono, invece, da condizioni pregresse di fragilità sociale o da situazioni di deprivazione materiale che si acquisiscono con l'ingresso nel sistema penitenziario»³⁹.

È, pertanto, evidente che sullo sfondo dell'ordinanza di rinvio e della richiesta istruttoria si stagliano questioni importanti, che incidono sul diritto alla salute dei folli rei e toccano il c.d. doppio binario, la non imputabilità, la pericolosità sociale, le misure di sicurezza e i servizi territoriali di salute mentale. Problematiche complesse, rispetto alle quali la diversità delle molteplici prospettive politico-culturali postula discussioni serrate, scelte consapevoli e visioni di sistema⁴⁰.

³⁶ Cfr. R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in *Consultaonline*, 24 aprile 2020, 34.

³⁷ K. PONETI, *Le REMS in prospettiva costituzionale: sul diritto alla salute contro il potere di rinchiodare*, cit., 49.

³⁸ Nel senso indicato da A. PUGIOTTO, *La giurisprudenza difensiva in materia di Opg a giudizio della Corte costituzionale*, in *Rivista Aic*, 4/2015, 1 ss.

³⁹ Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2021*, cit., 227.

⁴⁰ Solo per ricordare alcune prospettive, si vedano M. IANNUCCI, G. BRANDI, *Il reo folle e le modifiche dell'ordinamento penitenziario*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2018, 89 ss.; F. CORLEONE (a cura di), *Il muro dell'imputabilità. Dopo la chiusura dell'Opg, una scelta radicale*, Fiesole, Fondazione Michelucci Press, 2019.

Per un raffronto, invece, tra la prospettata riforma dell'ordinamento penitenziario del 2017 (legge delega n. 103/2017) e la parziale attuazione del 2018 (decreti legislativi nn. 121, 123, 124/2018), con particolare riferimento alle misure alternative alla detenzione e alle situazioni di disagio psichico di detenuti e internati, si veda ad esempio E. DOLCINI, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 maggio 2019, 3 ss. L'A. evidenzia, tra l'altro, come non sia stata in alcun modo rafforzata «l'assistenza psichiatrica negli istituti di pena, come previsto nella legge-delega, ma addirittura si è operato in senso opposto, fra l'altro eliminando dal testo del nuovo art. 11 ord. penit. la previsione secondo la quale “ogni istituto dispone... dell'opera di almeno uno specialista in psichiatria”» (*ibidem*).

L'ordinanza istruttoria, nel porre in risalto la varietà e la gravosità delle questioni da affrontare, non fa altro che confermare la necessità di un momento di riflessione. Cionondimeno, a distanza di qualche anno dalla riforma degli OPG, la “seconda” parola su tali punti non spetta alla Corte, ma ad altri soggetti, quantunque in uno spirito di leale collaborazione, di cui il giudice costituzionale, da un lato, si vuole fare promotore in funzione di pungolo anticipato e dei cui esiti, dall'altro lato, chiede traccia attraverso i quesiti posti⁴¹.

L'auspicio fin d'ora è che tutto ciò non cada nel vuoto e che non ci si ritrovi nella condizione di ignorare prima un monito della Corte costituzionale e di rincorrere poi affannosamente una sentenza pilota della Corte di Strasburgo.

In Parlamento è, inoltre, in attesa di discussione un progetto di legge di iniziativa parlamentare in materia di imputabilità e di misure alternative alla detenzione per le persone con disabilità psicosociale (A.C. 2939). A differenza di passate iniziative di sola modifica del sistema delle misure di sicurezza e al fine del riconoscimento della piena dignità del malato di mente, il progetto propende per la soluzione più radicale dell'abolizione della nozione di non imputabilità per vizio di mente (con conseguente abolizione delle misure di sicurezza correlate), anche attraverso l'attribuzione al malato della responsabilità per i propri atti. Esso prevede altresì la riconversione delle REMS in strutture ad alta integrazione socio-sanitaria, quali articolazioni dei dipartimenti di salute mentale delle aziende sanitarie locali.

⁴¹ A questo proposito, è opportuno, peraltro, ricordare che il 26 febbraio 2015, in sede di Conferenza unificata, Governo, Regioni, Province autonome e Autonomie locali avevano siglato un accordo, in attuazione del decreto ministeriale 1° ottobre 2012.