

Le REMS in prospettiva costituzionale: sul diritto alla salute contro il potere di rinchiudere

Katia PONETI*

Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Firenze

ABSTRACT: This article has the aim of putting in question the reasons raised by the Court of Tivoli in his appeal to the Constitutional Court defeating the conformity of the legislation about REMS to the principles laid down in the Italian Constitution. REMS are psychiatric facilities and are inscribed in the wider net of psychiatric services, and all together deal with mental health of crimes' authors bearing a psychiatric disease. They represent the new approach to treatment and, in some cases, to custody, of crimes' authors with mentally illness, based on the right to health as a fundamental right, not to be reduced by or postponed at security reasons, even when a security measure is needed and is applied. As the appeal promoted by the Court of Tivoli put in question the centrality of health right in the treatment of mentally ill crimes' authors, as expressed in the exclusive management of REMS facilities by public health services, it represents a great opportunity to explore the constitutional and cultural basis of this new approach, to underline its best practices and to suggest considerations in order to overcome the asserted problem of lack of places in REMS

1. Introduzione

Con il ricorso proposto alla Corte Costituzionale il Tribunale di Tivoli¹ richiama nuovamente l'attenzione della Corte sul sistema delle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), che insieme ai servizi di salute mentale sul territorio garantiscono l'applicazione delle misure di sicurezza per autori di reato con patologia psichiatrica. La riforma che ha condotto al superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari (OPG) ha avuto lo scopo di

* Contatto: Katia PONETI | katia.poneti@unifi.it

¹ Ordinanza dell'11 maggio 2020, iscritta al n. 110 del registro delle ordinanze 2020, pubblicata sulla G.U. del 16/09/2020, Camera di consiglio del 26 maggio 2021, Rel. Viganò.



mettere la salute al centro della risposta, pur repressiva, ai fatti-reato commessi da persone con patologia mentale.

Proprio su questa caratteristica essenziale del nuovo sistema si concentra l'ordinanza di rimessione. Questa, infatti, dubita che sia conforme alla Costituzione l'esclusiva competenza dei servizi sanitari a dare esecuzione alla misura di sicurezza (provvisoria nel caso specifico) del ricovero presso una REMS, in quanto esclude dalla medesima competenza il Ministero della Giustizia.

Il panorama delle esperienze che si sono sviluppate nei cinque anni dall'apertura delle prime REMS è variegato, con buone prassi e criticità; tutte stimolate dalla competenza delle Regioni in materia sanitaria, che ha permesso sperimentazioni di diversi modelli.

L'ordinanza del Tribunale di Tivoli presenta questo sistema come del tutto inefficiente, incapace di assicurare un posto in cui eseguire la misura di sicurezza. Se vi è stato chi l'ha salutata come un atto di denuncia dell'incapacità delle idee di riforma di realizzare cambiamenti effettivi², non sono mancati, peraltro, immediati commenti in senso opposto, che hanno sottolineato la necessità di contrastare ritorni al passato, e di cogliere l'opportunità offerta per approfondire la riflessione sugli esiti della riforma³. Seguendo tale secondo approccio, si vuole qui partire dalle critiche sollevate, per fare il punto sul sistema delle REMS, sulle sue caratteristiche (il numero chiuso dei pazienti per ogni struttura, il principio di territorialità nella collocazione del paziente, la gestione interna esclusivamente sanitaria, le liste d'attesa tenute dalle strutture) e criticità, che si suggerisce di affrontare facendo un ulteriore passo avanti sulla strada della riforma. Alla luce delle pronunce della Corte Costituzionale e di alcuni atti di *soft law* si analizzeranno le motivazioni proposte dall'ordinanza di rimessione. Per concludere con alcune riflessioni in merito alla questione specifica delle liste d'attesa.

² M. Patarnello (2020) "Le Rems: uscire dall'inferno solo con le buone intenzioni", *Questione Giustizia*, consultabile al sito: https://www.questionegiustizia.it/articolo/le-rem-uscire-dall-inferno-solo-con-le-buone-intenzioni_02-06-2020.php.

³ Si vedano P. Pellegrini (2020) "Il superamento degli OPG e le REMS. Oltre le buone intenzioni", in *SosSanità*, consultabile al sito <http://www.sossanita.org/archives/10368>; A. Calcaterra (2020) "Misura di sicurezza con ricovero in REMS: il ritorno al passato no!", *Diritto penale e uomo(DPU) – CriminalLaw and Human Condition*, 6: 42-52; F. Corleone, M. Passione (2020) "La subdola nostalgia del manicomio giudiziario", rubrica di Fuoriluogo, *Il manifesto*, 24 giugno 2020.



Lo scopo di questo commento è quello di continuare a riflettere sul radicale cambiamento di prospettiva operato dalla riforma per il superamento degli OPG, la messa al centro della salute delle persone, che, indipendentemente dalla loro condotta penale e dalla loro pericolosità, hanno il diritto di essere curate, in attuazione dell'art. 32 Cost. La riforma è nata da un seme lanciato che ha generato piante rigogliose e un po' disordinate, che è bene orientare, ma certamente non recidere.

2. L'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale

È stata rimessa alla Corte Costituzionale da parte del Tribunale di Tivoli (Ufficio GIP/GUP) la questione di costituzionalità degli artt. 206 e 222 c.p. e dell'art. 3-ter del DL 211/2011 (convertito con modificazioni nella Legge 9/2012, come modificato dall'art. 1, co. lett. a) del DL 52/2014, convertito con modificazioni nella Legge 81/2014):

1) in relazione agli artt. 27 e 110 Cost. perché, attribuendo l'esecuzione del ricovero provvisorio presso una REMS alle Regioni, escludono la competenza del Ministero della Giustizia;

2) in relazione agli artt. 2, 3, 25, 32 e 110 Cost. perché, prevedendo l'adozione con atti amministrativi di disposizioni generali in materia di misure di sicurezza violano la riserva di legge in materia.

È opportuno ricordare i fatti che stanno all'origine del ricorso. Riguardano la richiesta di esecuzione di una misura provvisoria (ex art. 206 c.p.) e i tentativi, vani perché le strutture sono al completo, di reperire un posto in una REMS del territorio della Regione di residenza della persona destinataria della misura; nonché le prove fatte per inserire la medesima persona in strutture psichiatriche non detentive, con applicazione della libertà vigilata con prescrizioni terapeutiche, tutti con esito negativo poiché la persona non accetta le cure e non vuole stare nelle strutture. Si riporta in narrativa (punto 3) che proprio il consulente tecnico “osservava che l'indagato poteva essere in grado di seguire un trattamento psichiatrico esclusivamente in termini coattivi, all'interno di strutture protette e specializzate per il trattamento delle patologie di cui era portatore” e concludeva che il soggetto “non aveva coscienza di malattia, aveva sempre rifiutato le cure e non collaborato con i servizi preposti e,



pertanto, presentava un rischio psicopatologico rilevante in termini di pericolosità sociale e necessitava di cure ad alta intensità terapeutica”. Da tale valutazione psichiatrica il giudice riteneva necessario il ricovero in REMS, applicando inoltre fino alla sua esecuzione effettiva, la misura della libertà vigilata ex art. 228 c.p.

Il fatto-reato per il quale la persona è imputata aiuta a cogliere la realtà sociale su cui le norme vanno a incidere: l'imputato aveva minacciato il Sindaco per indurlo a garantirgli la consegna di buoni alimentari e pochi giorni dopo tentava di aggredire il medesimo sindaco, lanciandogli contro un cartone di vino senza colpirlo, fatti questi ricondotti all'art. 336, 2° comma, c.p. che punisce la violenza o minaccia a pubblico ufficiale per costringerlo a compiere un atto del proprio ufficio, o comunque per influire su di esso; l'imputato aveva anche chiamato il pronto intervento '112' dicendo di volersi suicidare, e poi al personale del 118 arrivato a casa sua dichiarava di star bene e di non aver bisogno del loro intervento, fatti ricondotti alla fattispecie dell'art. 658 c.p., procurato allarme. Se ne possono trarre alcuni elementi: si tratta di una persona che ha probabilmente bisogno di un aiuto economico per poter mangiare, visto che cercava di ottenere buoni alimentari, e che soffre di un disagio mentale evidente, visto che minaccia il suicidio. E, come evidenziato in narrativa, è affetto da una dipendenza da alcool. Sembra più che altro una persona che ha bisogno di essere curata e di ricevere un sostegno sociale, più che di essere contenuta con una misura penale. È importante sottolineare questa caratteristica, che può apparire come un'analisi del fatto poco rilevante dal punto di vista della questione di diritto, ma come si dirà più avanti, ne costituisce un aspetto essenziale.

Il punto di fatto su cui l'ordinanza concentra la sua attenzione è la mancanza di un posto nelle REMS della Regione Lazio e la affermata impossibilità da parte del DAP di superare tale mancanza, ricoverando comunque in sovrannumero l'interessato nelle REMS di competenza, oppure in una REMS di un'altra Regione. Il DAP non ha possibilità di intervenire in quanto la 'lista d'attesa' per l'ingresso in REMS è gestita dalle regioni, nello specifico dal servizio sanitario, tramite l'utilizzo del Sistema informativo per il monitoraggio del superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (SMOP), che ha la funzione di gestire il flusso dei dati relativi ai pazienti nelle diverse fasi della misura di sicurezza e di tracciare le

variazioni nella situazione d'internamento (trasferimento, esecuzione penale esterna con licenza finale di esperimento, libertà vigilata, dimissione).

In diritto, l'ordinanza ritiene si debba dubitare della costituzionalità di un sistema che non permette al Ministero della Giustizia, tramite l'intervento del DAP, di superare l'esclusiva competenza delle autorità sanitarie nell'attuazione concreta del ricovero in REMS. L'argomentazione del giudice *a quo* consta di due motivi.

Il primo motivo: il giudice sostiene che sarebbe stata violata la competenza del Ministero della Giustizia in merito all'organizzazione e funzionamento dei servizi della giustizia (art. 110 Cost.) da parte delle norme che attribuiscono l'esclusiva gestione sanitaria delle REMS al servizio sanitario. La natura penale delle misure di sicurezza (art. 25 Cost.) sarebbe invece determinante della conseguente doverosa attribuzione di tutti i compiti esecutivi al Ministero della Giustizia. La natura penale delle misure di sicurezza da eseguire in REMS, è messa in evidenza a partire dal loro obiettivo, che è ulteriore rispetto a quello di tutelare la salute del destinatario (obiettivo a cui invece è riconducibile per intero la disciplina del trattamento sanitario obbligatorio), comprendendo anche il contenimento della pericolosità sociale del medesimo, visto che "il presupposto per la limitazione della libertà personale è la commissione di un fatto costituente reato da parte di persona incapace di intendere e di volere per la quale sussiste il detto requisito della pericolosità sociale" (punto 28). Il giudice rimettente individua altresì nella tutela della vita e della incolumità personale di terzi diversi dalla persona sottoposta a misura, in base agli artt. 2 e 25 Cost., i beni costituzionalmente protetti che il contenimento della pericolosità sociale dovrebbe tutelare (punto 30). Argomentando ancora per differenza rispetto al TSO, il giudice *a quo* sottolinea che "l'Autorità giudiziaria ha la competenza esclusiva a disporre di propria iniziativa la misura di sicurezza detentiva, definitiva o provvisoria" (punto 28). Evidenzia poi come le relative disposizioni di esecuzione penale e di ordinamento penitenziario siano applicabili, e applicate, agli internati presso le REMS; presupposto della misura di sicurezza della REMS è, come per le altre misure di sicurezza, la pericolosità sociale come definita dall'art. 203 c.p.

Da queste considerazioni il giudice *a quo* trae la conclusione che l'esecuzione della misura di sicurezza detentiva del ricovero in REMS "è sostanzialmente assimilabile all'esecuzione di una misura giudiziaria penale restrittiva della libertà personale e va affidata



per gli aspetti materiali all'organo che sovrintende all'Amministrazione penitenziaria", ovvero al ministero della Giustizia, a cui in base all'art. 110 Cost. spettano l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia. Dunque, la natura essenzialmente penale della misura di sicurezza ne dovrebbe attribuire la competenza esecutiva all'Amministrazione penitenziaria. Invece, l'esclusione dell'Amministrazione penitenziaria dalla competenza esecutiva "discende", afferma ancora il giudice *a quo*

dall'esclusiva gestione sanitaria della struttura, dalla previsione solo di sicurezza perimetrale esterna delle dette REMS, con soppressione di ogni forma di presidio di sicurezza interna per gli stessi internati, per gli operatori e per eventuali visitatori, e con ordinaria destinazione delle REMS a soggetti provenienti dal territorio regionale delle medesime (punto 34).

Con il secondo motivo si sostiene che sarebbe stata violata la riserva di legge in materia penale (art. 25 Cost.) tramite l'adozione con atti amministrativi di disposizioni generali in materia di misure di sicurezza, e sarebbe quindi incostituzionale la previsione di legge che vi rinvia. L'atto a cui l'ordinanza fa riferimento è il decreto "di natura non regolamentare" (il DM 1° ottobre 2012) a cui la norma impugnata ha rinvio la definizione dei requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle strutture REMS, decreto qualificato dal giudice *a quo* come un atto di delegificazione adottato in violazione di riserva di legge in materia penale. Il motivo non è ulteriormente argomentato nell'ordinanza di rimessione.

3. Il superamento degli OPG e il sistema delle REMS

La chiusura delle strutture che ospitavano gli OPG è avvenuta tra il 2015 e il 2017. Le strutture erano sei: Castiglione delle Stiviere, Reggio Emilia, Montelupo Fiorentino, Aversa, Napoli, Barcellona Pozzo di Gotto. Ma il percorso è stato costruito negli anni precedenti.

Dagli oltre 1400 internati presenti nel 2011, si era passati, attraverso dimissioni verso strutture o presa in carico sul territorio, e anche rientri in carcere, alla presenza di 623 uomini e 75 donne al 31 marzo 2015, termine ultimo fissato per la chiusura degli OPG. Il processo si

è concluso quasi due anni dopo con la chiusura dell'OPG di Montelupo Fiorentino nel febbraio 2017, e ha richiesto la nomina di un commissario *ad acta*.

La tutela della salute mentale è l'obiettivo e il filo conduttore del nuovo sistema per l'esecuzione delle misure di sicurezza, che si colloca a livello normativo nell'ambito della più ampia riforma della sanità penitenziaria, passata dalla gestione del Ministero della Giustizia a quella delle Regioni (competenti legislativamente in via concorrente ex art. 117 Cost., 3° co., salvo i principi fondamentali definiti con legge dello Stato) nella prospettiva di garantire ai detenuti un livello di tutela della salute equivalente a quello offerto alla popolazione non detenuta⁴. L'attuazione completa della riforma della sanità penitenziaria, realizzata con il DPCM 1° aprile 2008 (a cui aveva rinviato l'art. 2, comma 283, della Legge 244/2007), segna anche l'inizio del passaggio alle Regioni delle funzioni sanitarie afferenti agli OPG ubicati nel loro territorio, da esercitare attraverso le aziende sanitarie. L'Allegato C al DPCM dava, alle Regioni e all'Amministrazione penitenziaria, alcuni criteri guida per traghettare gli OPG alla nuova gestione regionale. Tra questi vi era il criterio per cui gli internati in OPG dovevano essere collocati il più vicino possibile al loro luogo di residenza (principio della territorialità), e indirizzati, per quanto possibile dal punto di vista medico, verso il reinserimento all'interno della società (principio della rieducazione)⁵. Le soluzioni adottabili dalle Regioni andavano dalle strutture OPG con livelli diversificati di vigilanza, a strutture di accoglienza e all'affido ai servizi psichiatrici e sociali territoriali, in ogni caso sotto la responsabilità del dipartimento di salute mentale di appartenenza della struttura.

Tuttavia, il passaggio decisivo verso la progettazione di strutture diverse è stato fatto sulla spinta dello scandalo creato dalle immagini del filmato realizzato dalla Commissione

⁴ La legge delega 419/1998 sulla razionalizzazione del Servizio Sanitario Nazionale, dava l'indicazione (art. 5, co. 1) di riordinare la medicina penitenziaria, in modo da includerla all'interno del S.S.N. Il decreto delegato 230/1999 attuava la delega affermando il principio della parità nell'erogazione delle prestazioni sanitarie tra soggetti reclusi e soggetti liberi. Si prevedeva anche un calendario in tappe progressive per il trasferimento delle funzioni sanitarie alle Regioni.

⁵ Si individuavano tre fasi operative successive. Prima: dimissione degli internati che avevano concluso la misura di sicurezza e trasferimento nelle carceri degli internati detenuti. Seconda, un anno dopo: costituzione di macro-bacini di utenza avvicinando gli internati alla zona di provenienza. Terza, due anni dopo: passaggio alla responsabilità delle Regioni per la presa in carico dei soggetti, con restituzione di ogni internato al suo territorio di provenienza.



del Senato sul funzionamento del servizio sanitario nazionale, presieduta da Ignazio Marino⁶, che mostravano le condizioni di vita inumane e degradanti degli internati: di conseguenza, tra il 2012 e il 2014, sono stati fatti passaggi normativi, finalizzati a chiudere gli OPG, e ad eliminare alcune delle storture più macroscopiche del sistema delle misure di sicurezza. Si è previsto un termine ultimo per il superamento definitivo degli OPG (1° febbraio 2013, poi 1° aprile 2014, infine 31 marzo 2015) stabilito dalla Legge 9 del 2012, di conversione del Decreto-Legge 211/2011, che all'art. 3-ter, ha dettato le “disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari”. Su questo primo testo si sono inseriti, e aggiunti, modificandolo, due successivi interventi: il Decreto-Legge 24/2013 (convertito nella Legge 57/2013) e il Decreto-Legge 52/2014 (convertito nella Legge 81/2014), che dettano le disposizioni che costituiscono l’ossatura del sistema delle REMS⁷.

Si è trattato di una ‘rivoluzione gentile’, come l’ha definita Franco Corleone. Certamente una riforma non organica e che necessita ancora di aggiustamenti, ma sicuramente “una rivoluzione culturale e sociale”⁸, il cui orizzonte è ben chiaro: “il superamento definitivo di ogni logica e di ogni struttura che rimandi al manicomio, ovvero all’espulsione, al nascondimento, alla coazione e all’internamento del malato e della malattia”⁹. Le tappe di avvicinamento possono essere parziali, anche contraddittorie, è necessario prenderne atto e superarle, ma ciò che non si deve fare è tornare indietro “perché quello che abbiamo alle spalle lo conosciamo bene e lo abbiamo visto per decenni all’opera”¹⁰.

⁶ Commissione parlamentare di inchiesta sull’efficacia e l’efficienza del servizio sanitario nazionale, *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all’interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, Doc. XXII-bis n. 4, consultabile al sito: https://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/servizio_sanitario16/Relazione_OOPPGG_doc_XXII-bis_4.pdf.

⁷ Per una ricostruzione delle norme si vedano G. Melani (2015) “Dalla genesi all’attuazione: il non-finito processo di superamento degli OPG”, in Fondazione Giovanni Michelucci e Garante dei detenuti della Toscana (a cura di), *L’abolizione del manicomio criminale: tra utopia e realtà*, Fiesole, Fondazione Michelucci Press, pp. 71-82; S. Finazzo (2018) “Residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza”, *Digesto discipline penalistiche, Aggiornamento*, X: 672-700.

⁸ F. Corleone (2018) “La rivoluzione gentile. La fine degli OPG ed il cambiamento radicale”, in F. Corleone (a cura di), *Manicomi criminali. La rivoluzione aspetta la riforma*, numero monografico dei *Quaderni del Circolo Rosselli*, XXXVIII, 130(1): 11-17, in particolare p. 15.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.



Le REMS sono configurate come parti di un contesto più ampio, strutture che non operano da sole come faceva l'OPG, ma che sono inserite nella rete dei servizi psichiatrici territoriali, insieme ai quali hanno il compito di prendere in carico i soggetti destinatari delle misure di sicurezza. Tale collocazione delle REMS risponde all'obiettivo di tutela della salute mentale come formulato dalla Legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale che raccomanda l'inserimento dei "servizi psichiatrici nei servizi sanitari generali in modo da eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione, pur nella specificità delle misure terapeutiche, e da favorire il recupero e il reinserimento sociale dei disturbati psichici"¹¹.

L'invio in REMS è previsto solo come *extrema ratio*, seguendo la strada indicata dalla Corte Costituzionale nella sentenza 253/2003 (su cui si veda il paragrafo successivo), quando ogni altra misura sia ritenuta non idonea a contrastare la pericolosità sociale del soggetto¹². Le REMS devono anche essere un luogo temporaneo, per la cura della fase più grave della patologia, non devono trasformarsi in cronici: ogni paziente deve avere fin dal suo ingresso il piano terapeutico riabilitativo individuale (PTRI), costruito insieme al Dipartimento per la salute mentale sul territorio, con lo scopo di far sì che recuperi quanto più possibile le sue competenze ad abilità, nella prospettiva del reinserimento sociale¹³. Le nuove REMS non devono essere luoghi in cui si trascorrono 'ergastoli bianchi' come accadeva in OPG: si pone un limite al numero delle proroghe della misura di sicurezza detentiva (non più di quanto sarebbe durata la pena edittale massima prevista per il reato commesso)¹⁴ e si impedisce di tener conto, come criterio di valutazione della pericolosità sociale, delle carenze di offerta terapeutica da parte dei servizi sul territorio, per porre fine alla prassi invalsa in costanza di OPG di dichiarare la persistenza della pericolosità sociale di una persona, non in base al suo percorso terapeutico, ma perché non vi erano strutture disposte ad accoglierla sul territorio¹⁵.

¹¹ Legge 833/1978 art. 2, co. 2, lett. g).

¹² Art. 3-ter, co. 4, DL 211/2011, conv. in L. 9/2012, come modificato dal DL 52/2014, conv. in L. 81/2014.

¹³ Art. 3-ter, co. 5 e 6, DL 211/2011, conv. in L. 9/2012, come modificato dal DL 24/2013, conv. in L. 57/2013.

¹⁴ Art. 1, co. 1-quarter, DL 52/2014, conv. in L. 81/2014.

¹⁵ Art. 3-ter, co. 4, DL 211/2011, conv. in L. 9/2012, come modificato dal DL 52/2014, conv. in L. 81/2014. Su tale ultima disposizione si è già espressa la Corte Costituzionale con la sentenza n. 186/2015, dichiarando non fondata la questione di costituzionalità in relazione a numerosi articoli (1, 2, 3, 4, 25, 27, 29, 30, 31, 32, 34, 77 e 117): la Corte afferma che la norma "non ha modificato, neppure indirettamente, per le persone inferme di mente o seminferme di mente, la nozione di pericolosità sociale, ma si è limitata ad incidere sui criteri di scelta tra le diverse misure di sicurezza e sulle condizioni per l'applicazione di quelle detentive". Su cui si veda A.

Come si è detto, la riforma che ha dato vita alle REMS è stata una riforma dettata dall'urgenza di intervenire rispetto alla grave situazione dei diritti della persona emersa dall'indagine sugli OPG, e caratterizzata da asistematicità e incompletezza. Una riforma 'a metà del guado', che ha ancora dei passi da fare, ma rispetto ai cui traguardi non si deve arretrare¹⁶. Tra i nodi irrisolti vi è quello fondamentale della disciplina generale delle misure di sicurezza, non avendo la riforma toccato l'impianto del Codice penale, né nella forma, né nella sostanza. Ma vi sono anche nodi più specifici riguardanti l'attuazione della riforma, tra cui la mancanza di disposizioni generali in materia di REMS, che disciplinino in modo specifico lo status giuridico delle persone ivi inserite: a queste infatti si applica l'Ordinamento penitenziario, poiché nessuna modifica è stata introdotta alla loro posizione giuridica, ma tale normativa, pensata per istituzioni penitenziarie, non sempre è compatibile con strutture ad esclusiva gestione sanitaria e con le esigenze di pazienti psichiatrici; così, in via interpretativa, molte norme sono comunque applicabili, come quelle sui rapporti con la magistratura di sorveglianza (art. 35-bis, 35-ter, 69) e quelle che consentono l'accesso all'area penale esterna: il lavoro all'esterno (art. 21), i permessi di cui all'art. 30, le licenze (art. 53), la semilibertà (art. 48); così come in materia di diritti, si applicano le disposizioni del Capo II (condizioni generali), adeguandole alle specifiche esigenze terapeutiche della persona. Invece, si presentano incompatibili con la gestione sanitaria il regime di sorveglianza particolare e le norme disciplinari¹⁷. L'individuazione della disciplina applicabile ai ricoverati dovrebbe però essere regolata dal legislatore, perché lo status giuridico definisce i diritti e le garanzie dei pazienti ricoverati, che non devono essere ridotti rispetto a quelli applicabili in precedenza a seguito del passaggio dalla gestione penitenziaria a quella sanitaria¹⁸.

Il DM 1° ottobre 2012, ha stabilito i requisiti "strutturali, tecnologici e organizzativi" delle REMS in base ai criteri indicati dall'art. 3-ter, co. 3, del DL 211/2011, conv. in L.

Pugiotto (2015) "La 'giurisprudenza difensiva' in materia di Ospedali psichiatrici giudiziari a giudizio della Corte costituzionale", *Giurisprudenza costituzionale*, 4: 1432-1443.

¹⁶ Si veda M. Pelissero (2020) "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, pp. 79-101.

¹⁷ *Ivi*, pp. 96-97.

¹⁸ *Ibidem*.



9/2012, ovvero: esclusiva gestione sanitaria all'interno delle strutture, attività di sicurezza perimetrale e destinazione delle strutture a soggetti provenienti, di norma, dal territorio in cui le strutture sono ubicate. Il DM ha dettato requisiti aggiuntivi rispetto a quelli già previsti in via generale per le strutture sanitarie dal DPR 14 gennaio 1997¹⁹, e minimi (ogni Regione può fare di più), specifici per le attività sanitarie che devono essere svolte nelle REMS. Tra questi vi è l'indicazione che la struttura abbia un massimo di 20 posti e che sia articolata in camere di una-due persone, non superando comunque i quattro ospiti in casi particolari. Devono essere presenti spazi per le attività in comune e sistemi di sicurezza adeguati, sistemi di chiusura delle porte interne ed esterne, sistemi di allarme, telecamere. Tra i requisiti organizzativi si dà indicazione che il personale sia strutturato in équipe multidisciplinare, formata da medici psichiatri, psicologi, infermieri, terapisti della riabilitazione psichiatrica/educatori, OSS, con una dotazione minima. La responsabilità della gestione all'interno della struttura è assunta da un medico dirigente psichiatra. L'organizzazione del lavoro deve fondarsi sui principi del governo clinico (*governance* clinico-assistenziale), impegnandosi per il miglioramento continuo della qualità dei servizi e del raggiungimento di standard assistenziali elevati. Strumenti di tale governo sono l'adozione di linee guida professionali e la definizione di percorsi assistenziali, in base ai quali sono adottate procedure scritte di consenso professionale almeno per una serie di tematiche cruciali come, per es., le modalità di accoglienza del paziente, la definizione del programma individualizzato, la valutazione clinica e del funzionamento psico-sociale, le modalità di raccordo con gli altri servizi del DSM e con le forze dell'ordine.

In sintesi: i criteri di organizzazione delle REMS sono definiti dalla legge, in modo generale, mentre il DM indica standard sanitari minimi a cui le strutture devono rispondere.

Le REMS sono state pensate per assicurare standard di alta qualità, modellate sull'esperienza dei servizi di salute mentale di comunità e seguendo l'eredità culturale del movimento contro l'istituzionalizzazione²⁰. Nelle REMS si segue il modello terapeutico della

¹⁹ Cfr. DPR 14 gennaio 1997, "Atto d'indirizzo e coordinamento alle Regioni in materia di requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi per l'esercizio delle attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private".

²⁰ Si veda C. Di Lorito, L. Castelletti, I. Lega, B. Gualco, F. Scarpa, B. Völlm (2017) "The closing of forensic psychiatric hospitals in Italy: Determinants, current status and future perspectives. A scoping review", *International Journal of Law and Psychiatry*, 55: 54-63.



recovery, sono scoraggiate le pratiche contenitive e incentivate le attività comunitarie, sia interne alla struttura, sia esterne²¹. Si tratta di un sistema rivoluzionario nella cura dei pazienti autori di reato, un modello pionieristico, che è fondato sull'idea dei riformatori che riducendo le pratiche costrittive al minimo la ripresa dei pazienti può essere più facilmente raggiunta²². Si è costruito un modello originale e molto complesso, certamente non definitivo ma in evoluzione grazie al superamento delle sue contraddizioni²³. Tra cui quella tra cura e custodia diviene chiara nel momento in cui, anche per gli autori di reato, si applicano i principi in materia di salute, primo tra tutti quello fondamentale del consenso e della partecipazione attiva alla cura da parte del paziente e del porsi in una relazione profonda da parte del medico psichiatra per “entrare nel mondo del possibile cambiamento dell'altro e di sé”²⁴, condizioni possibili solo in un contesto di libertà e che spingono quindi per un superamento degli aspetti custodiali, che tuttora le REMS conservano.

L'impiego di personale nelle REMS è elevato, con un rapporto personale/posti letto di 1,5, non dissimile da quello presente negli SPDC della Regione Emilia-Romagna, e le diverse professionalità risultano, in base alla ricerca svolta dall'Osservatorio sul superamento degli OPG e sulle REMS e dal Coordinamento REMS-DSM²⁵, così distribuite: medici psichiatri 8,4%, psicologi 3,9%, infermieri 42,1%, OSS 27,2%, educatori/TRP 6,4%, assistenti sociali 3,1% e vigilanti 8,9%.

Il principio di territorialità, oltre ad essere necessario alla presa in carico socio-sanitaria, che appunto deve avvenire da parte dei servizi sul territorio e non in strutture ospedaliere, se non nei casi di necessità, è anche principio funzionale al reinserimento sociale visto che in concreto tale reinserimento potrà essere facilitato dai servizi sociali nonché dalle relazioni parentali e amicali presenti sul territorio di provenienza. Le REMS risultano inserite

²¹ *Ivi*, p. 60 ss.

²² *Ivi*, p. 62.

²³ Si veda P. Pellegrini (2019) “Quale futuro per una ‘rivoluzione gentile’?”, in F. Corleone (a cura di), *Il muro dell'imputabilità. Dopo la chiusura dell'Opg, una scelta radicale*, Fiesole, Fondazione Michelucci Press, pp. 43-68, in particolare p. 64.

²⁴ *Ivi*, p. 51.

²⁵ Si veda S. Cecconi, P. Pellegrini (2019) “Osservatorio sulle REMS: primo report”, in F. Corleone (a cura di), *Il muro dell'imputabilità. Dopo la chiusura dell'Opg, una scelta radicale*, cit., p. 71 ss.: la ricerca è stata svolta nell'aprile 2019 tramite l'invio di questionari alle 31 REMS esistenti al tempo, delle quali 24 hanno risposto, campione che rappresenta il 77% delle REMS e corrisponde a strutture che ospitano 546 utenti sul totale di 641, quindi circa l'85,2% del totale dei posti disponibili.



in una rete di altri servizi sul territorio, con significativi e strutturati collegamenti con DSM, UEPE, magistratura e sono molto diffusi i protocolli tra magistratura, Asl, DSM, regione finalizzati alla gestione delle misure di sicurezza²⁶. Il principio di territorialità è ampiamente condiviso dai responsabili delle strutture, e negli anni i pazienti ‘fuori regione’ sono man mano diminuiti (a settembre 2017 erano 15 su 604)²⁷.

Per evidenziare alcune modalità di funzionamento delle REMS è utile guardare ai dati quantitativi.

Le REMS sul territorio italiano erano 30 a giugno del 2018 e ospitavano 622 pazienti (di cui 62 donne), con una capienza di 641 posti²⁸. Dei 622 presenti: 283 erano in misura definitiva, 233 in misura provvisoria, mentre 4 avevano un mix di misure. Dati che rendono chiaro quanto incidano sul totale dei presenti i provvedimenti dei Gip, che emettono le misure provvisorie. Il flusso degli ingressi e delle uscite testimonia un alto avvicendamento: si ha un totale di 1137 persone transitate dalle REMS dal momento della loro apertura al giugno 2018, delle quali più della metà (esattamente 672) sono state dimesse, tanto da poter affermare che “le REMS sono delle strutture tendenzialmente aperte e, contrariamente agli OPG, non prevedono una presenza senza fine”²⁹. In base ai dati forniti dal DAP, alla data del 26 giugno 2018 risultavano in attesa di ricovero 468 persone, delle quali 57 si trovavano ristrette in istituti penitenziari³⁰.

I dati presentati dal Garante nazionale delle persone private della libertà personale³¹ e riferiti al 15 aprile 2020 vedono la presenza di 31 REMS sul territorio nazionale, 2 delle quali al momento della rilevazione erano però chiuse: la struttura di Aurisina (TS) per ristrutturazione, quella di Rieti (RI) ancora inattiva³². Le presenze al 15 aprile 2020 erano in

²⁶ *Ivi*, p. 74.

²⁷ E. Tavormina (2018) “Report sullo stato delle REMS”, in F. Corleone (a cura di), *Manicomi criminali. La rivoluzione aspetta la riforma*, cit., pp. 19-29, in particolare p. 20.

²⁸ Si veda E. Tavormina (2018) “Il quadro delle Rems in Italia e la fotografia di Volterra”, in F. Corleone (a cura di), *Mai più manicomi*, Fiesole, Fondazione Michelucci Press, pp. 27-47, in particolare p. 31.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ivi*, p. 33.

³¹ Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale (2020) *Relazione al Parlamento 2020*, Parte II, Tab. 4.9. p. 241, consultabile al sito: https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/pub_rel_par.page.

³² Ad oggi si può aggiungere la REMS di Empoli, aperta in Toscana nell’agosto di quest’anno, che può ospitare al momento 9 pazienti, che aumenteranno a 20 una volta conclusi i lavori.



totale 609, e rispetto alle 623 presenze della data di inizio del monitoraggio, 1° febbraio 2020, vi sono stati 13 ingressi e 26 dimissioni. Al 31 gennaio 2020 nelle 29 REMS attive risultano presenti 616 persone di cui 71 donne (11,5%). Le posizioni giuridiche dei presenti in REMS erano così ripartite: 347 misure definitive (di cui 257 OPG e 90 CCC), 253 provvisorie, 16 casi di sospensione o di trasformazione della misura di sicurezza ex art. 212 c.p.). Le misure provvisorie rappresentano il 41% degli ospiti delle REMS. I numeri delle persone in attesa di esecuzione della misura sono rilevati all'11 febbraio 2020: in totale 714 in attesa, dei quali 63 in carcere. Dei presenti in carcere è rilevato anche il tipo di misura applicata: 11 definitivi e 52 provvisori. Dati che descrivono bene il fenomeno del largo uso della misura da parte dei Gip.

La permanenza in REMS non è lunga: il Garante nazionale riporta le degenze medie degli ultimi anni, calcolate in giorni: 312 nel 2017, 341 nel 2018, 358 nel 2019³³. Già il Commissario per la chiusura degli OPG aveva mostrato come nelle REMS la permanenza non fosse molto lunga, registrando ben 506 dimissioni già ad agosto 2016³⁴. Evelin Tavormina sottolinea questo dato, insieme a quello, altrettanto importante, del numero irrisorio dei reingressi, tanto da indurre a ritenere che “il sistema stia rispondendo alle aspettative e che il lavoro svolto dagli operatori delle REMS, in stretta collaborazione con i servizi territoriali, stia dando dei risultati molto soddisfacenti”³⁵. Anche la ricerca condotta dall'Osservatorio sulle REMS fa emergere il dato del buon funzionamento delle strutture in termini di uscite e scarsi reingressi: dalla loro apertura (che varia da struttura a struttura e che va dal 01/04/2015 al 11/03/2019) al momento della rilevazione (marzo 2019) sono transitate per le REMS 1580 persone, mentre le persone dimesse sono state 1029 (cioè il 65,1% di quelle transitate). I reingressi totali sono stati 51 (pari al 3,2% dei transitati)³⁶. Anche i pazienti provenienti dagli OPG sono rimasti, a quattro anni dall'apertura delle REMS, solo il 10,1%, un dato importante, che indica come la riforma possa funzionare³⁷.

³³ *Ivi*, Tab. 4.4. p. 237.

³⁴ F. Corleone (2016) *Relazione Semestrale sulle attività svolte dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, 19 febbraio 2016 - 19 agosto 2016, consultabile al sito: <https://www.penale.contemporaneo.it/upload/Relazione%20Semestrale.pdf>.

³⁵ E. Tavormina (2018), cit., p. 28.

³⁶ S. Cecconi, P. Pellegrini (2019), cit., p. 72.

³⁷ *Ivi*, p. 77.



4. Giurisprudenza e *soft law*: salute e valore dell'esclusiva gestione sanitaria

Dai primi anni 2000 la giurisprudenza della Corte Costituzionale è intervenuta sulla natura delle misure di sicurezza per non imputabili, dandone una lettura che mette al centro la finalità di tutela della salute (ci si riferisce alle note sentenze nn. 253/2003, 367/2004 e 208/2009). Si è trattato di una svolta nel modo di interpretare la funzione delle misure di sicurezza, che è stata il riferimento di principio dei successivi mutamenti normativi: la Corte ha affermato il valore terapeutico delle misure di sicurezza per infermi di mente, sia di quelle definitive che di quelle provvisorie, che non devono essere più intese come rivolte prevalentemente a garantire la sicurezza, ma piuttosto la salute della persona a cui sono applicate, nel necessario bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti.

Con la sentenza n. 253/2003³⁸ la Corte ha giudicato sulla legittimità costituzionale dell'art. 222 del Codice penale, in relazione agli artt. 3 e 32 Cost. e ha ribadito (cfr. sentenza 139/1982) che le misure di sicurezza nei confronti dell'infermo di mente si muovono tra le due polarità della cura e tutela dell'infermo, da un lato, e del contenimento della sua pericolosità, dall'altro, rispondendo a entrambe le finalità. A partire da tale interpretazione ha affermato l'incostituzionalità del rigido automatismo che imponeva al giudice di applicare la misura dell'OPG anche quando una misura meno segregante, come la libertà vigilata, potesse soddisfare le esigenze di cura e di sicurezza³⁹. A fondamento del ragionamento la Corte ha posto il principio, già affermato nella sua precedente giurisprudenza (sentenze nn. 307/1990, 258/1994, 118/1996, sulle misure sanitarie obbligatorie a tutela della salute pubblica), secondo il quale "le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare

³⁸ M.T. Collica (2004) "Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso", *Diritto penale e processo*, 3: 300-307; M. Pelissero (2012) "Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari nel tempo della crisi", *Diritto penale e processo*, 8: 1017-1026.

³⁹ C. Cost. n. 253/2003: "anche quando una misura meno drastica, e in particolare una misura più elastica e non segregante come la libertà vigilata, che è accompagnata da prescrizioni imposte dal giudice, di contenuto non tipizzato (e quindi anche con valenza terapeutica), 'idonee ad evitare l'occasione di nuovi reati' (art. 228, secondo comma, c.p.), appaia capace, in concreto, di soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura e tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale" (punto 3, considerato in diritto).



misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente”(punto 2, considerato in diritto)⁴⁰.

L’argomentazione centrale già aveva trovato espressione nella richiamata sentenza 139/1982, con la quale la Corte aveva dichiarato l’illegittimità costituzionale degli artt. 222, primo comma, 204, cpv. e 205, cpv. n. 2, del Codice penale, in quanto non subordinavano l’esecuzione della misura del ricovero in OPG all’accertamento della sussistenza della pericolosità sociale al tempo in cui la misura deve essere applicata: la Corte ha così reso obbligatorio tale accertamento ed eliminato l’automaticità del ricovero in OPG. La decisione 139/1982 colloca se stessa nel solco della precedente giurisprudenza, in particolare rappresenta una tappa ulteriore del percorso di smantellamento delle preclusioni legali, che con la precedente n. 110/74, aveva già superato la durata delle misure di sicurezza in termini rigidi aprendo alla possibilità della revoca anticipata. La sentenza n. 139/1982, facendo un successivo passo, prevede di effettuare tale accertamento prima di tutto al momento in cui la misura deve essere applicata⁴¹. In un passaggio precedente della medesima sentenza, la Corte nel giustificare l’obbligatoria applicazione della misura dell’OPG quando venga rilevata la pericolosità sociale, ovvero quando vi sia malattia psichiatrica (visto che le due valutazioni non vengono disgiunte) si sofferma sulla natura di tale misura, che inscindibilmente collega la dimensione di sicurezza e quella terapeutica⁴². Di più non dice la Corte. E infatti la sentenza ha evitato il problema centrale che era stato posto, ovvero l’indagine sul nesso necessario tra malattia mentale e pericolosità⁴³. Ma, seppur carente su questo punto centrale,

⁴⁰ C. Cost. n. 253/2003: principio da cui deriva che “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” di tutela della collettività (punto 2, considerato in diritto).

⁴¹ C. Cost. n. 139/1982: “il potere di apprezzamento concreto del giudice, che la presente pronuncia ritiene necessario ad evitare ingiustificati livellamenti di situazioni diverse, non è altro se non il potere di non internare in ospedale psichiatrico giudiziario soggetti che, in considerazione del loro attuale stato di salute, avrebbero il diritto di ottenere immediatamente la revoca c.d. anticipata” (punto 9, considerato in diritto).

⁴² C. Cost. n. 139/1982: “presupposti e definizione dell’istituto pongono così in risalto - e inscindibilmente collegano - dimensione 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.)” (punto 6, considerato in diritto).

⁴³ G. Vassalli, (1982) “A prima lettura. L’abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell’ago”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1982, 1: 1202-1230.



la sentenza 139 ha posto le basi per la considerazione della presenza imprescindibile della finalità di tutela della salute nell'applicazione della misura di sicurezza, tanto che se la persona, invece che un vantaggio ricevesse un danno per la propria salute dall'applicazione della misura questa non dovrebbe essere applicata. Vero è che, per le condizioni materiali in cui si trovavano gli OPG nessuna misura si sarebbe potuta immaginare utile alla salute di nessuno, ma la Corte su questo punto, essendo di fatto e non di diritto, ha rinviato più volte all'intervento del legislatore (oltre alla 139/1982, si ricordano tra le altre le sentenze 111/1996 e 228/1999).

Il nucleo argomentativo che pone la funzione di cura come imprescindibile requisito della misura di sicurezza è utilizzato dalla Corte anche in altre sentenze riguardanti misure sanitarie obbligatorie di salute pubblica (sentenze 307/1990, 258/1994, 118/1996, tutte sulle vaccinazioni) che ribadiscono il principio per cui la tutela della salute dell'individuo destinatario di un trattamento sanitario deve essere sempre un fine, anche quando è, contemporaneamente, un mezzo. Con la sentenza 307/1990, sulla vaccinazione obbligatoria antipolio la Corte riconosce la necessità di un equo indennizzo dei danni da vaccinazione, in quanto in nome della tutela della salute collettiva non si può chiedere il sacrificio (gratuito) della salute individuale⁴⁴. Con la sentenza 258/1994 la Corte afferma lo stesso principio e, pur dichiarando inammissibile la questione (relativa alla necessità di predisporre indagini mediche preventive prima di sottoporre una persona a vaccinazione) invitava il legislatore a prevedere tutte le possibili cautele per evitare rischi di complicazioni. Infine, la sentenza 118/1996, giudicando sulla decorrenza dell'indennizzo previsto dalla Legge n. 210/1992 sui danni da vaccinazione tratta delle due dimensioni della salute individuale e della salute

⁴⁴ C. Cost. 307/1990: “un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili. Con riferimento, invece, all'ipotesi di ulteriore danno alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio – ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica – il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività non è da solo sufficiente a giustificare la misura sanitaria. Tale rilievo esige che in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, ciascuno possa essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico, ma non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri. [...] In particolare, finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito” (punto 2, considerato in diritto).



collettiva, entrambe presenti nell'art. 32 Cost. La Corte ammette, da un lato, che vi siano situazioni descrivibili come 'scelte tragiche' in cui alcuni soffrono tutti i danni e il resto della collettività tutti i vantaggi⁴⁵. Ma ribadisce, dall'altro, il principio che la salute individuale non può essere semplicemente un mezzo per scopi collettivi⁴⁶.

Su tale precedente riflessione fa perno la Corte, nella sentenza 253/2003, arrivando alla conclusione che la misura dell'OPG debba essere applicata solo se non ve ne sono altre adeguate meno restrittive. Essa sottolinea, ancora una volta, l'inerzia del legislatore e la necessità di un ripensamento dell'intero sistema delle misure di sicurezza, concludendo che nell'ambito del sistema vigente il giudice debba poter adottare la misura che appaia idonea, in concreto, a soddisfare le esigenze di cura e tutela della persona, da un lato, di controllo e contenimento della sua pericolosità sociale dall'altro lato. Le sentenze nn. 367/2004 e 208/2009, hanno confermato la stessa prospettiva di principio e hanno ribadito identica interpretazione riguardo, rispettivamente, alle misure di sicurezza provvisorie (art. 206 c.p.) e alla misura della casa di cura e custodia (art. 219 c.p.).

In questa giurisprudenza si trova enunciato il principio di *extrema ratio* delle misure di sicurezza detentive, che è stato poi introdotto per via legislativa dall'art. 3-ter sopra esaminato. Vi si trova altresì il nucleo del principio di diritto che dà senso a tutta la riforma successiva, ovvero che la salute della persona non può mai essere subordinata alle esigenze di tutela della collettività. Salute del singolo e sicurezza collettiva sono interessi che devono essere bilanciati nell'adozione delle misure di sicurezza, ma quando si decide per l'adozione della misura deve essere sempre presente anche l'interesse alla tutela della salute del singolo sottoposto alla misura. La finalità special-preventiva delle misure di sicurezza, con la

⁴⁵ C. Cost. 118/1996: "la legge che impone l'obbligo della vaccinazione antipoliomielitica compie deliberatamente una valutazione degli interessi collettivi ed individuali in questione, al limite di quelle che sono state denominate 'scelte tragiche' del diritto: le scelte che una società ritiene di assumere in vista di un bene (nel nostro caso, l'eliminazione della poliomielite) che comporta il rischio di un male (nel nostro caso, l'infezione che, seppur rarissimamente, colpisce qualcuno dei suoi componenti). L'elemento tragico sta in ciò, che sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri" (punto 4, considerato in diritto).

⁴⁶ C. Cost. 118/1996: "Ma nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri. La coesistenza tra la dimensione individuale e quella collettiva della disciplina costituzionale della salute nonché il dovere di solidarietà che lega il singolo alla collettività, ma anche la collettività al singolo, impongono che si predisponga, per quanti abbiano ricevuto un danno alla salute dall'aver ottemperato all'obbligo del trattamento sanitario, una specifica misura di sostegno consistente in un equo ristoro del danno" (punto 5, considerato in diritto).



sentenza 253/2003, sembra cedere, almeno in parte, davanti alle finalità del reinserimento sociale e della salute dell'individuo.

Successivamente alla riforma la Corte Costituzionale è tornata sulla questione della salute mentale delle persone sottoposte a misura penale, nel caso specifico detenute, grazie alla Corte di Cassazione⁴⁷, che ha proposto questione di legittimità costituzionale delle norme riguardanti la cosiddetta detenzione domiciliare 'umanitaria' o 'in deroga' (ovvero di quelle norme che permettono alle persone detenute affette da patologie fisiche di accedere alla detenzione domiciliare in luoghi di cura, di cui agli artt. 146-147 c.p. e art. 47-ter, co. 1-ter O.P.), in relazione alla loro applicabilità ai soggetti detenuti con patologia psichiatrica sopravvenuta, e alla luce della disciplina riguardante la patologia psichiatrica (art. 148 c.p.), come ricostruita dopo l'intervento delle Leggi 9/2012 e 81/2014 sul superamento degli OPG.

La Corte di Cassazione, analizzando l'impatto della riforma sulle norme in esame, ricostruisce tale disciplina come caratterizzata da un vuoto normativo, derivante dall'abrogazione tacita dell'art. 148 c.p. ad opera della Legge del 2014, che avendo stabilito la chiusura degli OPG, destinato le REMS all'esecuzione delle misure di sicurezza, e non avendo fatto parola dei detenuti con patologia psichiatrica sopravvenuta, avrebbe reso inapplicabile l'art. 148. Tale abrogazione si traduce in un vuoto di tutela per il detenuto con patologia psichiatrica che, contrariamente al detenuto con patologia fisica, non può accedere alla sospensione della pena e alla detenzione domiciliare in luogo di cura. I principi e le norme chiamati in causa sono gli artt. 2, 3, 27 e 32 della Costituzione: la dignità della persona, l'uguaglianza, il divieto di pene contrarie al senso di umanità e il principio della rieducazione, nonché il diritto alla salute. Anche l'art. 3 della Convenzione EDU, che vieta la tortura e i trattamenti inumani e degradanti, è richiamato per il tramite dell'art. 117 Costituzione.

La Corte Costituzionale, con la sentenza 99/2019⁴⁸, ha giudicato fondato il ricorso ed accolto la ricostruzione normativa proposta dalla Corte di Cassazione; ha altresì avuto modo

⁴⁷ Corte di Cassazione, sezione I, n. 13382/2018, data udienza 23/11/2017.

⁴⁸ Su cui si vedano: M. Ruotolo (2019) "Quando l'inerzia del legislatore rende indifferibile l'intervento della Corte costituzionale. A proposito dell'applicazione della detenzione domiciliare per il 'reo folle'", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2: 1103-1111; M. Bortolato (2019) "La sentenza n. 99/2019 della Corte costituzionale: la pari dignità del malato psichico in carcere", *Cassazione Penale*, 9: 3152-3162; M. Pelissero (2019) "Infermità psichica sopravvenuta: un fondamentale intervento della Corte costituzionale a fronte del



di esprimersi sul valore complessivo della riforma. Ha affermato che l'art. 148, primo comma, c.p. non è più applicabile perché superato da riforme legislative che lo hanno svuotato di contenuto precettivo. Pur non essendo stata formalmente abrogata, tutti gli istituti a cui rinvia la disposizione dell'art. 148 sono scomparsi, eliminati dalle riforme legislative mosse da un nuovo approccio alla malattia mentale, sintetizzabile nel passaggio dalla mera custodia alla terapia⁴⁹.

Il ragionamento della Corte Costituzionale ruota attorno alla tutela del diritto alla salute in condizioni di detenzione, ambito in cui viene in rilievo l'effettività delle garanzie costituzionali di persone che oltre a trovarsi in uno stato di privazione della libertà personale, sono anche gravemente malate e versano dunque "in una condizione di duplice vulnerabilità" (punto 2.1. considerato in diritto). In caso di gravi condizioni di salute, che rendono necessaria l'uscita dal carcere, non garantirla sarebbe una violazione del diritto alla salute, sancito dall'art. 32 Cost⁵⁰. Spetta al giudice contemperare nel caso specifico le esigenze di salute e sicurezza, graduando le prescrizioni della detenzione 'in deroga' (punto 5.3. considerato in diritto).

La Corte si sofferma sulle REMS, confermandone le caratteristiche fondanti: sono dedicate solo all'esecuzione delle misure di sicurezza, sono istituite "su base regionale e a esclusiva gestione sanitaria" e "non sono istituzioni volte a sostituire i vecchi ospedali psichiatrici sotto altra veste e denominazione" (punto 3.2. considerato in diritto). Esclude quindi che in REMS possano essere mandati i detenuti con patologia psichiatrica, la cui condizione deve essere affrontata in base al principio di diritto per cui la tutela della salute comprende, oltre a quella fisica, la salute psichica⁵¹.

silenzio del legislatore", *Diritto Penale e Processo*, 9: 1261-1270; A. Menghini (2020) "La grave infermità psichica sopravvenuta. La consulta supplisce all'inerzia del legislatore", in A. Menghini, E. Mattevi (a cura di), cit., pp. 191-207.

⁴⁹ C. Cost. 99/2019: "in virtù 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)" (punto 3.1. considerato in diritto).

⁵⁰ C. Cost. 99/2019: "la sofferenza che la condizione carceraria inevitabilmente impone di per sé a tutti i detenuti si acuisce e si amplifica nei confronti delle persone malate, sì da determinare, nei casi estremi, una vera e propria incompatibilità tra carcere e disturbo mentale" (punto 4.1. considerato in diritto).

⁵¹ C. Cost. 99/2019: "la malattia psichica è fonte di sofferenze non meno della malattia fisica ed è appena il caso di ricordare che il diritto fondamentale alla salute ex art. 32 Cost., di cui ogni persona è titolare, deve intendersi



Il cambiamento di paradigma culturale e scientifico nel trattamento della salute mentale ‘dalla custodia alla cura’, si trova al cuore delle riforme legislative che hanno portato al superamento degli OPG, e prima dei manicomi civili con la Legge Basaglia, così ricostruisce in modo sintetico ed efficace la Corte, rinviando al Parere del CNB “Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere” del 22 marzo 2019. In questo atto, di poco precedente alla pubblicazione della sentenza della Corte, il Comitato Nazionale di Bioetica sottolinea la grande importanza del mutamento in atto, e come il cambio di paradigma nell’ambito della salute mentale (dal paradigma custodialista, fondato sulla pericolosità a sé e agli altri della persona affetta da disturbo psichiatrico, al paradigma terapeutico) sia più arduo nel caso di soggetti autori di reato. La riforma che ha portato al superamento degli OPG deve essere completata prevedendo anche una tutela adeguata per i soggetti detenuti con patologia psichiatrica, che è la più diffusa in carcere⁵². Tuttavia, non si dovrebbe pensare alla salute in carcere solo come prestazione dei giusti farmaci e trattamenti sanitari, ma come promozione complessiva dell’equilibrio psico-fisico, come partecipazione attiva del detenuto alla relazione di cura, aiutato da condizioni di detenzione almeno decenti e da relazioni familiari e affettive che possano proseguire anche in ambito detentivo. Il Comitato Nazionale di Bioetica tocca anche la questione del doppio binario imputabilità-non imputabilità e avanza riserve riguardo al nesso tra malattia e reato che sta alla sua base, perché considera la malattia e non il singolo individuo come causa del reato, impedendo una rielaborazione e un’uscita da tale condizione patologica⁵³.

Al tema della centralità della tutela della salute nell’applicazione delle misure di sicurezza e dell’eguale tutela della salute fisica e mentale per le persone recluse, affette dalla duplice vulnerabilità della malattia e della privazione della libertà, si affianca quello della

come comprensivo non solo della salute fisica, ma anche della salute psichica, alla quale l’ordinamento è tenuto ad apprestare un identico grado di tutela (tra le molte, sentenze n. 169 del 2017, n. 162 del 2014, n. 251 del 2008, n. 359 del 2003, n. 282 del 2002 e n. 167 del 1999), anche con adeguati mezzi per garantirne l’effettività” (punto 4.1. considerato in diritto).

⁵² Come emerge dai risultati dello studio condotto a livello nazionale dall’Agenzia Regionale di Sanità (ARS) della Toscana in collaborazione col Ministero della Salute (2015) “La salute dei detenuti in Italia: i risultati di uno studio multicentrico”, *Documenti dell’Agenzia Nazionale di Sanità della Toscana*, n. 83.

⁵³ CNB (2019) *Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere*, parere del 22 marzo 2019, p. 9: “rifiutare il presunto automatismo naturalistico e deterministico fra malattia e reato, restituendo al malato la sua individualità e responsabilità, e dunque la possibilità di rielaborare una parte importante del proprio vissuto legata al reato”.



gestione esclusivamente sanitaria delle REMS, che la Corte costituzionale ricorda nella sentenza 99/2019 (punto 3.2. considerato in diritto).

La gestione esclusivamente sanitaria dei presidi medici interni agli istituti penitenziari, è stata analizzata in alcuni atti di *soft law* che hanno contribuito a delineare lo spessore del diritto alla salute in ambito penitenziario. Il rapporto *Health in Prisons* dell'Organizzazione Mondiale della Sanità⁵⁴, ha indicato, tra i punti essenziali per la tutela della salute in carcere il principio di gestione comune dei servizi sanitari interni ed esterni al carcere, poiché la gestione separata crea numerosi problemi, come difficoltà nel reclutamento del personale, educazione e formazione continua inadeguate. L'OMS raccomanda quindi che i servizi sanitari penitenziari lavorino accanto a quelli esterni, in modo da fornire lo stesso standard di cura, e ricorda la Dichiarazione di Mosca sulla sanità penitenziaria come parte della salute pubblica⁵⁵, in base alla quale il ministro responsabile per la sanità penitenziaria dovrebbe essere quello responsabile della sanità pubblica⁵⁶. La gestione dei presidi sanitari interni ed esterni dovrebbe essere unica, con mobilità e passaggio di personale e competenze nelle due direzioni: dalla comunità esterna al mondo carcerario e viceversa, come mezzo per avere uno staff aggiornato professionalmente e integrato nella comunità scientifica di riferimento, nonché per mantenere maggior indipendenza di giudizio e di comportamento nei confronti dello staff penitenziario. Caratteristiche queste che sono indicate come funzionali all'affermazione del principio generale su cui la salute in carcere deve fondarsi, ovvero l'equivalenza dello standard di cura tra interno ed esterno del carcere⁵⁷.

Come elemento essenziale per la garanzia del diritto alla salute delle persone recluse si raccomanda dunque una caratteristica organizzativa del servizio sanitario penitenziario: la gestione sanitaria e il personale medico devono essere gli stessi di quelli del mondo libero.

In tale direzione è andata la riforma della sanità penitenziaria, in armonia con le raccomandazioni del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e del Consiglio

⁵⁴ WHO (2007) *Health in Prisons. A WHO guide to the essentials in prison health*, WHO, Geneva.

⁵⁵ WHO (2003) *Moscow Declaration on Prison Health as a Part of Public Health*, WHO Regional Office for Europe, Geneva.

⁵⁶ *Ivi*, p. 2.

⁵⁷ *Ivi*, p. 7 ss.



d'Europa⁵⁸, e ha aperto la strada per riportare il mondo carcerario nel mondo esterno. I servizi sanitari sono oggi organizzati e gestiti all'interno degli istituti penitenziari dalle aziende sanitarie regionali, con personale assunto dalle medesime e secondo la programmazione regionale. Nello stesso modo le REMS sono organizzate e gestite dalle Regioni, nonché inserite nella rete dei servizi psichiatrici sul territorio. La ragione di questa scelta non è puramente pratico-gestionale, ma è consequenziale alla considerazione delle persone private della libertà su un piano di parità con le persone libere in relazione ai loro diritti fondamentali, tra i quali la salute occupa un posto centrale.

Tale riforma è stata esaminata dal parere CNB “La salute “dentro le mura”” del 27 settembre 2013 che ne ha sottolineato l'importanza perché apre le porte del carcere all'istituzione sanitaria “il cui mandato primo e unico è la promozione della salute della persona e la sua tutela come paziente”⁵⁹: di fronte alle esigenze di sicurezza, rappresentate dalle istituzioni giudiziarie e penitenziarie, le Asl dovrebbero poter rappresentare gli interessi della persona detenuta, tanto più se malata, alla tutela del proprio diritto alla salute. Inoltre, il fatto che il personale sanitario si trovi ora alle dipendenze delle Asl e non più dell'Amministrazione penitenziaria rappresenta una garanzia di autonomia per i medici, che possono essere più liberi di porsi “dalla parte del paziente”⁶⁰.

Nel percorso fin qui tracciato sono stati messi in luce diversi aspetti del diritto alla salute in condizione di privazione della libertà, differenti ma intimamente legati e complementari, che sono parti del comune movimento, verso un maggiore spazio per i diritti della persona reclusa, nella prospettiva che la sfera di libertà di ognuno sia compressa non più di quanto necessario all'esecuzione della pena⁶¹. Decisioni della Corte Costituzionale, atti

⁵⁸ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1993), *3rd General report on the CPT's activities, covering the period 1 January to 31 December 1992*, Strasburgo 4 giugno 1993, punti 38-40; Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (1998) *Raccomandazione n. R(98)7 sugli aspetti etici e organizzativi della salute in carcere*, punti 10-11.

⁵⁹ CNB (2013) “La salute “dentro le mura””, parere del 27 settembre 2013, p. 15: “da ‘medico penitenziario’ a ‘medico tout court’ comporta però una maturazione culturale, così che i medici si considerino davvero autonomi e al servizio della persona, senza farsi impropriamente carico di altre esigenze e punti di vista che non sono richiesti di rappresentare; e che anzi sono chiamati a controbattere ‘dalla parte del paziente’”.

⁶⁰ *Ivi*, p. 17.

⁶¹ Su cui C. Cost. 26/1999. Si rinvia a G.M. Flick (2012) “I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale”, *DeS*, 1, consultabile al sito: https://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it/images/pdf/MaterialeDidattico/Giovanni_Maria_Flick-I_diritti_dei_detenuti_nella_giurisprudenza_costituzionale.pdf.



legislativi e strumenti di *soft law*, hanno cooperato, spostando prima un limite poi un altro, ad affermare quel “fondamentale diritto dell’individuo” previsto dall’art. 32 Cost. per le persone sottoposte a privazione della libertà in modo paritario con i cittadini liberi, e senza discriminazioni rispetto ai medesimi, in armonia con gli articoli 3 e 32 della Costituzione. La condizione specifica di reclusi e di malati, che la Corte Costituzionale ha definito come quella di una ‘doppia vulnerabilità’, deve essere tenuta presente dalla legislazione per garantire cure adeguate (art. 3, 2° co.) e non inferiori a quelle dei cittadini liberi (art. 3, 1° co.); nello stesso tempo la legislazione deve rispettare il limite stabilito dalla Costituzione tramite il riferimento alla persona umana: poiché in nessun caso può venir meno il rispetto che le è dovuto (art. 32, 2° co.)⁶², anche nel caso di persone sottoposte a misura penale il trattamento sanitario deve rispettare tale limite, che si sostanzia nel rispetto e nella valorizzazione dell’autonomia della persona in materia di cura.

5. Gestione penitenziaria *versus* gestione sanitaria (sul primo motivo di ricorso)

Nell’ordinanza che qui si commenta, la criticata mancanza di potere da parte del DAP nel procedere all’inserimento in REMS delle persone destinatarie di misure di sicurezza detentive si fonda sull’unica argomentazione relativa alla natura penale della misura di sicurezza, da cui si deduce la necessaria competenza esecutiva del Ministero della Giustizia:

l’esecuzione della misura di sicurezza detentiva, nel caso di specie in via provvisoria, del ricovero in REMS è sostanzialmente assimilabile all’esecuzione di una misura giudiziaria penale restrittiva della libertà personale e va 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 (punto 32).

Il giudice *a quo* sottolinea inoltre la perdurante competenza esclusiva dell’Autorità giudiziaria nel disporre la misura di sicurezza detentiva, e il fatto che le relative disposizioni

⁶² Su cui si rinvia a S. Rodotà (2012) *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, in particolare p. 161 e p. 255 ss.



di esecuzione penale e di ordinamento penitenziario siano applicabili, e applicate, agli internati presso le REMS; presupposto della misura di sicurezza della REMS è, come per le altre misure di sicurezza, la pericolosità sociale come definita dall'art. 203 c.p.

Ora, né disposizioni normative né prassi operative nel sistema delle REMS hanno revocato in dubbio la natura penale delle misure di sicurezza, né le competenze della magistratura nel disporre, e in generale sovrintendere alle misure eseguite in REMS. E neppure va in tal senso l'interpretazione delle norme impugnate.

Ciò che l'ordinanza rivendica è evidentemente la gestione penitenziaria delle REMS. Infatti, dall'insieme delle caratteristiche delle REMS (esclusiva gestione sanitaria, con conseguente numero chiuso, sicurezza solo perimetrale, e principio di territorialità) “discende” – afferma l'ordinanza – “la completa estromissione da qualsiasi funzione in materia di misure di sicurezza nei confronti degli infermi di mente del Ministero della Giustizia” (punto 34). E, in particolare, sottolinea in più punti come il numero chiuso e il principio di territorialità siano di ostacolo all'inserimento coattivo da parte dell'Amministrazione penitenziaria di destinatari di misura di sicurezza in REMS, indipendentemente dalla capienza della struttura e dalla competenza territoriale, esponendo la popolazione al pericolo costituito da individui già giudicati pericolosi.

Come si è evidenziato nel precedente paragrafo la gestione dei servizi sanitari da parte esclusivamente della sanità pubblica (Regioni, Asl, REMS) è parte integrante e sostanziale del diritto alla salute delle persone sottoposte a misura penale, sia essa una pena o una misura di sicurezza. In tal senso si è chiaramente espresso il D.Lgs. 230/99 che, mentre assegnava le funzioni sanitarie al Ministero della sanità e alle Regioni, imponeva all'Amministrazione penitenziaria di provvedere alla sicurezza dei detenuti e degli internati (art. 2 co. 3) e al Ministero della Giustizia riservava tutte le competenze in materia di sicurezza all'interno delle strutture sanitarie ubicate negli istituti penitenziari e nell'ambito dei luoghi esterni di cura ove siano ricoverati gli internati (art. 4). Il DL 211/2011, conv. con modif. in Legge 9/2012 ha fatto un passo ulteriore disponendo che nelle REMS, strutture dedicate a misure speciali per pazienti psichiatrici, sia prestata un'attività di sicurezza soltanto esterna alla struttura.



Dunque, le caratteristiche delle REMS, riassunte nel principio della gestione esclusivamente sanitaria, sono essenziali per la tutela del diritto alla salute, e quindi non sono eliminabili o riducibili, senza ridurre quel diritto. Non si sta, infatti, parlando di una competenza organizzativa da valutare in termini di efficienza del servizio, ma di una funzione professionale, quella sanitaria, propedeutica e indispensabile alla piena attuazione del diritto alla salute, che solo se svolta in piena autonomia da condizionamenti e pressioni derivanti dal potere gerarchico o disciplinare di altra istituzione, storicamente dell'Amministrazione penitenziaria, può adempiere pienamente al suo ruolo di tutela e promozione del diritto alla salute.

Un'altra considerazione è tuttavia necessaria in merito alla competenza dell'Amministrazione penitenziaria, che l'ordinanza ritiene espropriata dalla regola del numero chiuso delle strutture e dal principio di territorialità nel sistema delle REMS: ciò che si dà per scontato è che il DAP inserirebbe lo stesso le persone in REMS, anche in sovrannumero e anche lontano dalla propria residenza, perché lo si vede come privo di vincoli, espressione dell'ampia estensione del potere penitenziario che non è stata ancora scalfita dalle norme dell'Ordinamento Penitenziario. Potere che permette, ritenendolo cosa legittima e doverosa, di inserire nuovi detenuti negli istituti penitenziari, anche se la capienza regolamentare è stata già superata di molto, nonché di assegnare detenuti agli istituti penitenziari molto lontani dalla loro residenza, senza tenere conto delle difficoltà che avranno i familiari per spostarsi e avere un colloquio, nonché del danno che avrà la persona detenuta dalla mancanza di relazioni con i familiari. Eppure, al contrario, l'Ordinamento Penitenziario detta disposizioni chiare in materia di posti nelle carceri: gli istituti penitenziari devono essere realizzati in modo da accogliere un numero limitato di detenuti o internati, e avere oltre che locali per esigenze di vita individuale anche quelli per lo svolgimento di attività in comune (art. 5); i locali in cui si svolge la vita dei detenuti e degli internati devono essere "di ampiezza sufficiente, illuminati con luce naturale e artificiale in modo da permettere il lavoro e la lettura; aerati, riscaldati ove le condizioni climatiche lo esigono, e dotati di servizi igienici riservati, decenti e di tipo razionale", inoltre i locali per il pernottamento consistono di camere dotate di uno o più posti, e agli imputati deve essere garantito il pernottamento in camere a un posto, a meno che la situazione particolare non lo permetta (art. 6). In merito



all'assegnazione dei detenuti agli istituti la loro provenienza territoriale è rilevante: nel disporre i trasferimenti deve essere seguito il criterio di assegnare i detenuti a istituti prossimi alla residenza delle famiglie (art. 42) e in generale si prevede di realizzare su base regionale un sistema integrato di istituti, differenziati per tipologia detentiva, che soddisfi il “principio di territorialità dell'esecuzione penale” (art. 115 reg. att.). I principi del numero chiuso e della territorialità non sono dunque estranei al sistema penitenziario, che prevede capienze regolamentari degli istituti, requisiti minimi di abitabilità per gli spazi interni e criteri di assegnazione che tengano conto dei legami familiari. È però noto come tali norme restino troppo spesso soltanto sulla carta. Il sovraffollamento penitenziario è stato infatti 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 della Corte EDU⁶³.

La rivendicazione di un ruolo per l'Amministrazione penitenziaria nella gestione delle misure di sicurezza per non imputabili non dovrebbe dunque mirare a poter esercitare un potere che appare discutibile anche per il carcere, quando se ne dà un'estensione senza limiti. In uno stato liberale alla rivendicazione del potere del sovrano di rinchiudere si oppongono le ragioni dei diritti dei reclusi, sottomettendolo alle garanzie inviolabili a tutela della persona umana, tra queste il diritto alla salute, da attuare nelle REMS come in carcere. Il riferimento culturale che tale potere aveva davanti era la “persona pericolosa a sé e agli altri” alla quale si rispondeva con l'internamento, ma il cambio di paradigma avvenuto prima con la Legge Basaglia poi con la riforma per il superamento degli OPG ha ora come riferimento la persona, soggetto di diritti, bisognosa di cure.

Piuttosto, 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.

Infine, la dimensione ‘penale’ delle misure di sicurezza, di quelle per pazienti psichiatrici e a maggior ragione di quelle per soggetti imputabili, porta alla questione di

⁶³ Corte europea dei diritti dell'uomo, Causa Torreggiani e altri c. Italia (Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10), sentenza 8 gennaio 2013.



fondo, sempre aperta, del contrasto di tali misure con i principi del diritto penale liberale⁶⁴, e che vari progetti di riforma del Codice penale hanno cercato di affrontare nella prospettiva della modifica o dell'abolizione completa del doppio binario⁶⁵.

La Commissione Marino aveva indicato l'abolizione della non imputabilità come il punto di approdo della riforma del sistema degli OPG, dovendolo rinviare, per la radicalità dell'intervento necessario, a una successiva riforma organica del Codice penale⁶⁶. Lungi dal progettare un sistema meramente retributivo, incapace di graduare la sanzione in base alle condizioni personali del soggetto, sarebbe invece valorizzata la funzione risocializzatrice della pena, prevista dalla Costituzione, e il principio del trattamento penitenziario, che hanno proprio il fine di adeguarsi alla persona singola per predisporre modalità di reinserimento sociale che tengano conto delle sue caratteristiche⁶⁷.

Recentemente in tale direzione vi è stata la proposta di abolizione della non imputabilità per autori di reato con patologia psichiatrica, con il riconoscimento della responsabilità penale e la contemporanea offerta di cure, superando così il doppio binario pena-misura di sicurezza, ed estendendo anche agli autori di reato con patologia psichiatrica, condannati e non più prosciolti, il principio della Legge Basaglia, per cui la cura non si può imporre, ma può solo essere accettata tramite il consenso della persona che vi è sottoposta⁶⁸.

Alla base di questa proposta sta il principio per cui 'la responsabilità è terapeutica', con cui si riconoscono le acquisizioni più recenti in tema di patologia psichiatrica, considerata non più come una condizione immutabile, ma come una malattia curabile, o

⁶⁴ Su cui si rinvia a L. Ferrajoli (2008) *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, pp. 796 -797.

⁶⁵ Per una disamina dei vari progetti si veda: M. Pelissero (2008) *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, Torino, p 140 ss.

⁶⁶ Commissione parlamentare d'inchiesta sull'efficacia del sistema sanitario nazionale - Senato della Repubblica - XVI Legislatura, *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, 20 luglio 2011, Doc. XXII-bis n. 4, p. 10. Si veda anche F. Della Casa (2013) "La rimozione di un fossile vivente quale primo passo di un arduo processo riformatore", *Riv it dir proc pen*, 1: 64-103.

⁶⁷ Su cui si rinvia a E. Santoro (2020) "Casa di lavoro e colonie agricole: batteri resistenti alla civiltà giuridica?", *La legislazione penale*, consultabile al sito: <http://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2020/12/Santoro-Approfondimenti.pdf>.

⁶⁸ Si veda G. Melani, "Abolire il doppio binario", in F. Corleone (a cura di), *Il muro dell'imputabilità. Dopo la chiusura dell'Opg, una scelta radicale*, cit., p. 13: la proposta riprende e sviluppa le precedenti proposte di legge Corleone e Modugno del 1991 (AS 2894) e Corleone 1996 (Atti Parlamentari n. 151).



almeno migliorabile⁶⁹. Solo in casi rari questa dà luogo a una completa incapacità di intendere e volere, mentre nella maggioranza delle situazioni presenta un insieme composito di condizioni, tra le quali sono da privilegiare e stimolare quelle che fanno appello alla parte libera e responsabile della persona, in vista del recupero/miglioramento della salute, situazione in cui la condanna, riconoscendo la responsabilità penale del soggetto, lo aiuta a elaborare il reato commesso, in vista del recupero.

5. Delegificazione e ‘natura non regolamentare’ (sul secondo motivo di ricorso)

Con il secondo motivo di ricorso, pur se soltanto accennato, il giudice *a quo* qualifica come atto di delegificazione il decreto ‘di natura non regolamentare’ a cui rinvia l’art. 3-ter co. 3 DL 211/2011, conv. con modif. in Legge 9/2012, per la definizione dei requisiti delle strutture REMS. È dunque necessario far riferimento alla riflessione sulla delegificazione e sugli atti ‘di natura non regolamentare’, per poi svolgere alcune considerazioni sulla natura del DM 1° ottobre 2012.

Com’è noto con l’art. 17 della Legge 400/1988 è stata data una forma più definita al potere regolamentare governativo e predisposta una procedura rigida per delegificare⁷⁰, ovvero per passare dalla normazione di tipo legislativo a quella di tipo regolamentare, nell’ottica della semplificazione e razionalizzazione dei procedimenti normativi. Il 2° comma dell’art. 17 prevede sia requisiti procedurali (adozione con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio di Stato e previo parere delle Commissioni parlamentari competenti in materia, che si pronunciano entro trenta giorni dalla richiesta) che sostanziali (materie non coperte da riserva assoluta di

⁶⁹ F. Corleone (2020) “La responsabilità è terapeutica”, in A. Menghini, E. Mattevi (a cura di), cit., pp. 150-165.

⁷⁰ Sulla delegificazione la letteratura è vastissima, si ricordano qui solo alcuni testi monografici e voci enciclopediche: G. Demuro (1995) *Le delegificazioni: modelli e casi*, Giappichelli, Torino; A. Pizzorusso (1995) “Delegificazione”, *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano; S. Niccolai (2001) *Delegificazione e principio di competenza*, Cedam, Padova; N. Lupo (2003) *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del Governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Il Mulino, Bologna; G. Tarli Barbieri (1996) *Le delegificazioni (1989-1995): la difficile attuazione dell’art. 17, secondo comma, della legge 23 agosto 1988, n. 400*, Giappichelli, Torino; V. Coccozza (2005) *La delegificazione. Riparto e forme della potestà regolamentare*, Napoli, Jovene.



legge prevista dalla Costituzione, per le quali le leggi, nell'autorizzare l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, determinano le norme generali regolatrici della materia e dispongono l'abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari). Tuttavia, essendo la Legge 400/1988 una fonte non costituzionale ma ordinaria, è comunque possibile che altre leggi, di pari rango, possano prevedere 'modelli alternativi' di produzione delle fonti secondarie⁷¹.

Alla maggiore disciplina formale imposta dalla Legge 400/1988 è seguita, come reazione, la tendenza a sfuggire alle forme procedurali, previste per l'adozione dei regolamenti, per evitare i controlli di legittimità, adottando atti che non fanno riferimento alla Legge 400 e alle sue procedure⁷². Nel solco della 'fuga dalla legge 400'⁷³ si è inserita, soprattutto a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, quella è stata definita come 'fuga dal regolamento'⁷⁴, e che ha dato come suo frutto la prassi del rinvio da parte del Parlamento e dell'adozione da parte del Governo, e dei Ministeri, di atti 'di natura non regolamentare'.

⁷¹ Su cui M. Ruotolo (2011) "A proposito di regolamenti ministeriali in delegificazione", in *Osservatorio sulle fonti.it*, 3, che distingue le norme 'sulla' delegificazione da quelle 'di' delegificazione: le norme sulla delegificazione sono quelle che prevedono il procedimento, quelle di delegificazione quelle che lo attuano; può anche darsi che una norma di delegificazione stabilisca anche il procedimento attraverso cui delegificare, cioè sia anche norma sulla delegificazione, senza rifarsi a una norma precedente: nell'ambito di questa distinzione l'art. 17 della Legge 400/1988 "si atteggia a norma sulla normazione, predisponendo un procedimento, non necessariamente l'unico procedimento possibile, per operare quel trasferimento-dismissione dalla sede parlamentare a quella governativa, che usualmente denominiamo 'delegificazione'".

⁷² U. De Siervo (1991) "Lo sfuggente potere regolamentare del Governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 l. 400/1988)", in (AA. VV.) *Scritti per Mario Nigro*, I, Giuffrè, Milano, pp. 277-301; *id.* (1996) "Il potere regolamentare alla luce dell'attuazione dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988", *Diritto Pubblico*, 1: 63-95.

⁷³ N. Lupo (2018) "La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione", *Federalismi.it*, 3.

⁷⁴ Su cui F. Modugno, A. Celotto (2003) "Un "non regolamento" statale nelle competenze concorrenti", *Quaderni costituzionali*, 2: 355-357: lo scopo del ricorso ai 'non regolamenti' è quello di eludere l'applicazione del 6° co. del nuovo art. 117 Cost., secondo cui la potestà regolamentare spetta alle Regioni, salvo che nelle materie di legislazione esclusiva, in cui spetta allo Stato, si tratta di "una vera e propria fuga dal regolamento, nel senso che il legislatore statale, pur di non attivare la competenza regolamentare regionale, demanda l'attuazione delle proprie leggi ad atti statali formalmente non regolamentari". Ancora F. Cintioli (2003) "A proposito dei decreti ministeriali "non aventi natura regolamentare", *Quaderni costituzionali*, 2003, 4: 820-822, in particolare p. 822, sottolinea come 'fuga dal regolamento' e 'truffa delle etichette' siano "figlie di una delle numerose contraddizioni del titolo V, che da una parte accentua la qualità normativa del regolamento parallelo alla funzione legislativa, dall'altro ne favorisce il deperimento o quantomeno la frammentazione".



Il rinvio all'atto 'di natura non regolamentare' ha avuto maggiore diffusione successivamente alla riforma del Titolo V della Costituzione ed è stato un effetto del processo di assestamento della nuova ripartizione di competenze tra Stato e Regioni⁷⁵. Ambito in cui i confini reciproci sono stati continuamente ridefiniti: dopo l'entrata in vigore della Legge cost. 3/2001, il riparto delle competenze legislative è stato reso più flessibile, con la sentenza della Corte Costituzionale 303/2003⁷⁶, mentre quello delle competenze regolamentari è rimasto rigido, così come previsto dall'art. 117, 6° co. Cost., con la previsione che regolamenti statali siano adottabili solo nelle materie di legislazione esclusiva; nelle altre la potestà regolamentare spetta alle Regioni. Alla 'vistosa asimmetria' tra i due criteri costituzionali, uno flessibile e derogabile, l'altro rigido e inderogabile è stato ricondotto un effetto duplice: una spinta verso la rilegificazione di materie già passate alla competenza regolamentare del Governo e uno stimolo al legislatore a prevedere atti 'non aventi natura regolamentare', in quanto tali non sottoposti al rigido riparto di competenze stabilito, con esclusivo riferimento alla potestà regolamentare, dall'art. 117, 6° comma Cost⁷⁷.

L'atto 'di natura non regolamentare' è stato criticato in dottrina: c'è chi l'ha considerato un mezzo attraverso cui lo Stato cerca di conservare la competenza

⁷⁵ V. Marcenò (2011) "Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti", *Osservatorio sulle fonti.it*, 3; N. Lupo (2018), cit.

⁷⁶ Con la nota sentenza 303/2003 la Corte ha ritenuto applicabile anche alla funzione legislativa il principio di sussidiarietà (previsto espressamente dall'art. 118 Cost. per la funzione amministrativa), permettendo l'attrazione in sussidiarietà allo Stato di competenze per assicurarne l'esercizio unitario, in particolare quando vi sia un "intreccio di materie". All'attrazione in sussidiarietà è connesso l'obbligo di leale collaborazione, in base al quale nessuno dei soggetti che legiferano può ignorare gli spazi di autonomia dell'altro, e che prevede il coinvolgimento delle Regioni tramite intese (C. Cost. 278/2010). In un momento successivo è stato riconosciuto dalla Corte anche il principio di prevalenza, applicabile in alternativa a quello di sussidiarietà, quando si riscontri un "intreccio di materie", e una viene considerata prevalente e serve a individuare la competenza. La distinzione è rilevante, tra le altre cose, ai fini del differente coinvolgimento delle Regioni, che, nel caso di sussidiarietà, devono prendere parte alla decisione in virtù del principio di leale collaborazione, tramite intesa nella Conferenza Unificata (C. Cost. 251/2016). Nel caso invece di competenza statale definita per prevalenza le Regioni possono partecipare, se si tratti di materie di competenza concorrente, ma tramite parere, che non vincola nel merito la decisione. Su cui si veda: R. Bin (2017) *La leale cooperazione nella giurisprudenza costituzionale più recente, intervento al Seminario "Il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni"*, Roma, Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, 6 aprile 2017, p. 3, consultabile al sito: <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Leale%20collaborazione.pdf>.

⁷⁷ N. Lupo (2018), cit., p. 13.



regolamentare in modo contrario all'art. 117, 6° co. Cost.⁷⁸, chi invece pur evidenziando l'atipicità, ha ritenuto che non invadesse necessariamente la sfera di competenza regionale, ma colmasse il vuoto lasciato dall'inerzia, facendosi da parte quando le singole Regioni avessero esercitato il proprio potere regolamentare⁷⁹.

La natura di tali atti atipici va individuata attraverso criteri sostanziali: è rimesso all'interprete decidere se si tratti, in ogni singolo caso, di un regolamento con valore normativo, oppure se di un provvedimento amministrativo generale⁸⁰. In dottrina sono stati ricondotti al regolamento, relativamente al contenuto dell'atto, i caratteri della generalità, astrattezza ed innovatività, di cui invece l'atto amministrativo generale sarebbe carente; invece, in relazione allo scopo dell'atto, la sola specificazione dell'operatività di norme già presenti nell'ordinamento, quasi sempre per accertare presupposti di fatto o introdurre valutazioni tecniche, sono caratteristiche che inducono a ritenere la natura di provvedimento amministrativo pur in presenza di generalità e astrattezza, così come un contenuto che abbia carattere eccezionale o temporaneo⁸¹.

La Corte Costituzionale nella sentenza 116/2006 ha giudicato tale tipo di atto un "atto statale dalla indefinibile natura giuridica"⁸², tuttavia riconoscendo la tendenziale ammissibilità di fonti secondarie atipiche⁸³, pur se nel caso di specie ha dichiarato l'illegittimità costituzionale perché l'atto era lesivo della competenza legislativa regionale in materia di agricoltura. In altro caso la Corte ha dichiarato la conformità a Costituzione delle norme che rinviavano a tali tipologie di decreti, ma si è comunque pronunciata "a prescindere dalla complessa qualificabilità dei poteri in questione come potestà regolamentare in senso proprio" (Sentenza n. 285/2005, punto n. 11 del considerato in diritto)⁸⁴. In altro caso ha negato valore normativo all'atto (si trattava del DPCM 21 dicembre 2012 recante lo schema

⁷⁸ A. Moscarini (2008) "Sui decreti del governo 'di natura non regolamentare' che producono effetti normativi", *Giurisprudenza costituzionale*, 6: 5075-5108.

⁷⁹ F. Modugno, A. Celotto (2003), cit., p. 357.

⁸⁰ Se sia un atto che ha lo scopo di disporre o piuttosto quello di provvedere (V. Crisafulli (1959) "Atto normativo", *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano).

⁸¹ Su cui A. Moscarini, cit.; V. Marcenò, cit.

⁸² Sentenza 116/2006, punto n. 7 del considerato in diritto.

⁸³ G. Rivosecchi (2019) "Considerazioni sparse in ordine alle attuali tendenze della produzione normativa", *Osservatorio costituzionale*, 1-2: 78-105, in particolare p. 96.

⁸⁴ *Ivi*, p. 95: Rivosecchi cita anche la sentenza n. 165/2007, punto n. 4.4 del considerato in diritto, che qualifica tali decreti come espressione di "poteri di tipo normativo o programmatorio".



di rendicontazione delle spese dei gruppi dei consigli regionali) in quanto esso si limita “ad indicare i criteri e le regole tecniche volte a soddisfare quelle esigenze di omogeneità nella redazione dei rendiconti annuali di esercizio dei gruppi consiliari”⁸⁵.

Il Consiglio di Stato ha affrontato la questione dell’atto “di natura non regolamentare” condannandone l’uso, in un primo tempo (Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2012, n. 9), ma ammettendone, più recentemente, la legittimità (sentenza del Cons. St., sez. VI, 30 novembre 2016, n. 5035 e Cons. St., sez. VI, 24 luglio 2017, n. 3665 e n. 3666)⁸⁶.

Il tema di fondo rimane quello della ricerca di maggiore equilibrio e di forme adeguate a esprimere le relazioni di potere tra Stato e Regioni, soprattutto nelle materie di competenza concorrente. A partire dalla comprensione delle dinamiche politiche e istituzionali che generano tali prassi, il Comitato per la legislazione della Camera, nella sua funzione di esame delle bozze di decreto sottoposte alle Commissioni parlamentari e nelle sue relazioni annuali sta indirizzando raccomandazioni sulla tecnica legislativa alla Camera, in modo da evitare le forme atipiche di atti⁸⁷.

Venendo al caso specifico del DM 1° ottobre 2012: se ne deve escludere, in primo luogo, la funzione di delegificazione, non comportando esso né la modifica di atti legislativi né deroghe ai medesimi. Le modifiche sono state, infatti, operate con le Leggi 9/2012 e 81/2014 (con cui si sono decise la chiusura degli OPG, l’esecuzione delle misure di sicurezza nelle REMS, e il principio di *extrema ratio*), le quali hanno definito le nuove modalità di esecuzione delle misure di sicurezza per non imputabili, compreso il criterio dell’esclusiva gestione sanitaria delle strutture destinate ad ospitarli. Tale criterio, insieme agli altri due (che possono considerarsi come corollari del primo) dell’attività perimetrale di sicurezza e vigilanza esterna, e della destinazione delle strutture ai soggetti provenienti, di norma, dal territorio regionale di ubicazione delle medesime, si colloca nel solco della ripartizione di competenze tra sistema sanitario e sistema penale tracciata dal DPR 230/1999, come già detto nel paragrafo precedente, e intende in tal senso orientare le caratteristiche delle strutture sanitarie REMS che dovranno essere definite dal decreto attuativo ‘di natura non

⁸⁵ Sent. n. 39 del 2014, punto n. 6.3.9.3. del considerato in diritto. Cfr. Rivosecchi (2019), cit.

⁸⁶ Su cui si rinvia all’analisi svolta da N. Lupo, (2018), cit. p. 15 ss.

⁸⁷ *Ivi*, p. 18 ss.



regolamentare', come previsto dall'art. 3-ter co. 3 DL 211/2011, conv. con modif. in Legge 9/2012.

Dunque, visto che le modifiche alle norme penali sono già tutte comprese negli atti legislativi, il decreto non opera una delegificazione ed è da escludere che l'atto vada a intaccare la riserva di legge di cui all'art. 25 Cost. Sul punto merita tuttavia ricordare, che vi sono casi nell'ordinamento in cui si utilizzano norme regolamentari per disciplinare i modi in cui la privazione della libertà personale deve avvenire, materia coperta da riserva di legge ex art. 13 Cost. Ne è un esempio, il caso dei centri di permanenza per i rimpatri, che pur essendo previsti da legge statale (art. 14 D.Lgs. 286/1998) non sono regolati da nessuna previsione legislativa, ma solo da alcune norme regolamentari (artt. 20-23 DPR 394/1999), peraltro insufficienti allo scopo sia perché non individuano anticipatamente le strutture che ospiteranno i centri, né le caratteristiche, sia perché in merito alle modalità di svolgimento della vita all'interno del centro fanno rinvio a disposizioni subordinate, come il provvedimento del Prefetto o le direttive del Ministero⁸⁸. Oppure vi sono modi di privazione della libertà che non sono definiti da nessun atto, neppure regolamentare, anche se la legge ne delinea i criteri generali di applicazione (art. 284 c.p.p.) come nel caso della detenzione e degli arresti domiciliari, in cui le modalità concrete di limitazione della libertà e i requisiti dei domicili per essere idonei allo svolgimento della reclusione sono rimessi completamente alla scelta del giudice.

In secondo luogo, utilizzando il criterio sostanzialistico fatto proprio da dottrina e giurisprudenza, e dunque guardando al contenuto del DM 1° ottobre 2012, si vede che questo va ad integrare i requisiti già dettati per tutte le strutture sanitarie con DPR 14 gennaio 1997⁸⁹, prevedendo "ulteriori requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi, anche con riguardo ai profili di sicurezza" per le REMS, che sono strutture sanitarie dedicate a specifici

⁸⁸ Per una disamina di tali norme nel senso della violazione della riserva di legge ex art. 13 cost. si rinvia a A. Di Martino (2012) "La disciplina dei 'c.i.e.' è incostituzionale. Un pamphlet", *Diritto Penale Contemporaneo*, consultabile al sito: <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/1487-la-disciplina-dei-cie-e-incostituzionale>.

⁸⁹ DPR 14 gennaio 1997 "Approvazione dell'atto di indirizzo e coordinamento alle regioni e alle province autonome di Trento e di Bolzano, in materia di requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi per l'esercizio delle attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private" adottato in base all'art. 8, comma 4 del D.Lgs. 502/1992 che prevede che l'atto di indirizzo e coordinamento sia emanato "d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome, sentito il Consiglio superiore di sanità".



destinatari. Il D.Lgs 502/1992 prevede in via generale che le strutture sanitarie debbano avere determinati requisiti per essere accreditate, definiti nel DPR 14 gennaio 1997, a cui si aggiungono per le REMS quelli dettati dal DM 1° marzo 2012, e che sono integrati dalle discipline regionali in materia di accreditamento delle strutture sanitarie, tra cui si trovano anche le REMS. Il decreto, lungi dal dettare disposizioni in materia penale, prevede una serie di standard minimi strutturali, tecnologici e organizzativi per le REMS, che le Regioni dovranno garantire e potranno casomai migliorare, ma dai quali non potranno allontanarsi in peggio.

Il DM può essere dunque ricondotto alla fattispecie del provvedimento amministrativo generale. I profili di sicurezza individuati nel decreto fanno riferimento, tra i requisiti tecnologici, a “sistemi di sicurezza congrui rispetto alla missione della struttura quali sistemi di chiusura delle porte interne ed esterne, sistemi di allarme, telecamere, nel rispetto delle caratteristiche sanitarie e dell’intensità assistenziale”, nonché, tra i requisiti organizzativi, a “modalità di attivazione delle Forze dell’Ordine, nelle situazioni di emergenza attinenti alla sicurezza”; per quanto attiene invece all’attività perimetrale di sicurezza e vigilanza esterna, che “non costituisce competenza del Servizio sanitario nazionale né dell’Amministrazione penitenziaria” le Regioni e le Province autonome “attivano specifici accordi con le Prefetture”.

Si potrebbe casomai discutere se l’attività di sicurezza perimetrale non necessiti, per essere “non di competenza dall’Amministrazione penitenziaria”, di un atto di livello primario, vista la ripartizione di competenze operata dal D.Lgs 230/1999 (art. 2, 3° co. “alla erogazione delle prestazioni sanitarie provvede l’azienda unità sanitaria locale. L’amministrazione penitenziaria provvede alla sicurezza dei detenuti e a quella degli internati ivi assistiti”) poi integrata dall’art. 3-ter, co. 3° in questione, che detta il criterio della “esclusiva gestione sanitaria *all’interno* delle strutture”. Tuttavia, un compito di mera sicurezza perimetrale, senza gestione della struttura (essendo questa espressamente esclusa) sembra non coerente con le funzioni proprie dell’Amministrazione penitenziaria, così che si può pensare che la disposizione dell’art. 3-ter, co. 3° sia da intendere, in quanto riguardante strutture la cui disciplina è stata completamente riscritta, come speciale rispetto all’art. 2, 3° co. del D.Lgs 230/1999, e dunque come escludente rispetto alla competenza



dell'Amministrazione penitenziaria anche sulla sicurezza esterna perimetrale; in tal senso sembra essere del resto stata interpretata anche dal Ministro della Giustizia, tanto che il DM è stato formulato con il suo concerto.

Merita anche ricordare che le attività inerenti alcuni aspetti dell'esecuzione delle misure di sicurezza e i rapporti con la magistratura sono state regolamentate, dietro rinvio del DM 1° ottobre 2012, con l'Accordo del 26 febbraio 2015 della Conferenza Unificata, il cui scopo è quello di definire a chi spetta realizzare alcuni compiti operativi, in situazioni che si trovano al confine delle competenze. Ad esempio, riguardo ai trasferimenti, è competente il DAP se sono effettuati per motivi di giustizia, è competente la Asl se il motivo è sanitario. Quanto ai procedimenti amministrativi, questi sono svolti da personale amministrativo delle REMS, ma le attività di identificazione, immatricolazione, tenuta della posizione giuridica sono svolte dal personale dell'Amministrazione penitenziaria per il periodo di un anno, rimandando a un momento successivo le definitive attribuzioni, cosa che ancora non è stata fatta: la funzione di 'matricola' viene infatti svolta dagli istituti penitenziari più vicini per territorio alla REMS. La sicurezza e la vigilanza perimetrali sono attivate con specifici accordi con la Prefettura di riferimento. Insomma, si tratta di una definizione, peraltro concordata tra Stato, Regioni e Province autonome, di compiti operativi⁹⁰, che è quindi lontana dal rivestire quel ruolo di "ulteriore forma di delegificazione", a cui fa cenno l'ordinanza di rimessione. In ultimo, a ulteriore conferma che ciò a cui mira l'ordinanza non è affermare la competenza del DAP in modo coerente all'esclusiva gestione sanitaria delle REMS, ma mettere in dubbio proprio tale caratteristica, conviene anche notare che l'Accordo prevede che le assegnazioni alle REMS sono fatte dal DAP, ma attenendosi al principio della territorialità e in base alla disponibilità di posti letto nelle strutture.

Sul punto si può concludere, infine, anche se la questione non è oggetto del ricorso, che il fatto che il DM 1° ottobre 2012 introduca valutazioni tecniche in merito ai requisiti delle strutture REMS dovrebbe valere, alla luce della giurisprudenza sopra riportata, anche ad escluderne la natura regolamentare e dunque il contrasto con l'art. 117, 6° comma Cost. Per il

⁹⁰ Dopo quasi sei anni di attività delle REMS, le prassi operative si sono differenziate (in alcuni luoghi la polizia penitenziaria non fa più gli accompagnamenti, in altri non è stata ritenuta necessaria la vigilanza perimetrale, la funzione di 'matricola' è ancora svolta dagli istituti penitenziari), varrebbe quindi la pena di rivedere l'Accordo alla luce dell'esperienza fatta.



suo contenuto il DM 1° ottobre 2012 appare quindi porsi come un atto amministrativo di fissazione di criteri unitari in materia di salute, competenza concorrente; inoltre, l'atto è adottato con l'intesa della Conferenza Unificata, e di concerto con il Ministero della Giustizia. Su di esso si possono esprimere le critiche sopra accennate in merito alla necessità di una maggiore razionalità delle fonti e degli strumenti di coordinamento legislativo e regolamentare tra Stato e Regioni⁹¹, tuttavia esso si inserisce nelle prassi riconosciute legittime dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa.

6. Posti in REMS e liste d'attesa: sui problemi e sulle soluzioni concrete

Per affrontare il problema concreto a partire dal quale l'ordinanza di rimessione si muove, non si dovrebbe tanto demolire una riforma che, passo passo, sta portando avanti una svolta radicale nell'approccio agli autori di reato con patologia psichiatrica, quanto piuttosto analizzare il fenomeno delle liste d'attesa, per capire quali ne siano le dimensioni reali, le ragioni e i rimedi. È infatti necessario dare risposte pronte ai bisogni di salute, e anche di sicurezza se e quando serve.

Nell'ordinanza si sostiene che il numero di posti nelle REMS sia insufficiente, a partire dal fatto che le liste d'attesa per l'ingresso sono molto lunghe. Conviene qui riprendere i dati sopra descritti: l'ultimo dato specifico sulla capienza delle REMS è del giugno 2018, con 641 posti totali⁹². La lista d'attesa formata dalle persone in attesa di esecuzione della misura consta, all'11 febbraio 2020, di un totale di 714 persone, delle quali 63 in carcere. Poco meno di due anni prima, al 26 giugno 2018 risultavano in attesa di ricovero 468 persone, delle quali 57 si trovavano ristrette in istituti penitenziari. Andando a

⁹¹ Sul punto si denuncia la necessità di un riordino delle forme di raccordo interistituzionale nell'ambito del sistema delle Conferenze Unificate, su cui si rinvia a A. Paiano (2020) "Forme di raccordo fra stato e autonomie territoriali: il principio di leale collaborazione e il sistema delle conferenze", in *Osservatorio sulle fonti.it*, 1: 227-261.

⁹² Si veda E. Tavormina (2018), cit. p. 31. Al 15 aprile 2020 si hanno 609 presenze sul territorio nazionale: il Garante nazionale non ha pubblicato il dato dei posti complessivi, ma considerando che al momento della rilevazione una REMS risulta chiusa per ristrutturazione e un'altra ancora da aprire, si può ipotizzare che il numero sia più o meno lo stesso del 2018.



ritroso, a questi dati si possono aggiungere quelli relativi ai mesi di agosto-settembre 2017, riportati nella ricerca di Evelin Tavormina⁹³, che indica le presenze nel mese di settembre in 604 persone, e la continua crescita delle misure non eseguite che sono 337 (agosto 2017)⁹⁴. Vi sono, ancora prima, i dati relativi ai primi mesi del 2017 forniti dal Commissario unico per il superamento degli OPG on. Corleone: si hanno 290 ordinanze non eseguite, delle quali 206 relative a misure provvisorie e 84 a misure definitive⁹⁵. Infine, i dati al 6 settembre 2016, in cui risultavano non eseguite 219 ordinanze: il dato è anch'esso del Commissario unico⁹⁶ e suddivide le ordinanze a seconda se relative a territori con REMS attive, ma senza posti disponibili (177), oppure a territori ancora senza REMS attive (42), ed evidenzia, in entrambi i casi, come la gran parte delle ordinanze riguardi misure provvisorie (150 su 219). I dati mostrano dal 2016 a oggi un aumento esponenziale dei numeri delle liste d'attesa.

Sommando le 609 persone ricoverate al 15 aprile 2020 con le 714 in lista d'attesa all'11 febbraio 2020, si ha un totale di 1323 persone sottoposte a misure di sicurezza, in parte eseguite, in parte non ancora. Un numero molto simile a quello delle presenze in OPG prima che incominciasse il processo di loro superamento. Poi si era scesi dalle più di 1400 presenze nel 2011 alle 698 presenze al 31 marzo 2015. Se 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. Inoltre, se al totale dei destinatari di un'ordinanza nel 2020 (1323) sommassimo il numero dei dimessi dopo l'entrata in funzione delle REMS e fino a marzo 2019 (1029), avremmo un numero complessivo (2362) ben più alto di quelle che erano le presenze in OPG, da cui, com'è noto, le persone non venivano dimesse in tempi così rapidi come avviene con le REMS.

⁹³ E. Tavormina (2018), cit., pp. 20-21.

⁹⁴ *Ivi*, p. 29.

⁹⁵ F. Corleone (2016) *Seconda Relazione Semestrale sulle attività svolte dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, 19 agosto 2016 - 19 febbraio 2017, consultabile al sito: <https://www.camera.it/temiap/2017/02/28/OCD177-2763.pdf>.

⁹⁶ F. Corleone (2016) *Relazione Semestrale sulle attività svolte dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, 19 febbraio 2016 - 19 agosto 2016, consultabile al sito: <https://www.penale.contemporaneo.it/upload/Relazione%20Semestrale.pdf>.



Data	31/03/2015	06/09/2016	31/01/2017	Agosto/Settembre 2017	26/06/2018	11/02/2020
Presenti in REMS	698 (OPG)	541	569	604	622	609*
Inseriti in lista d'attesa	///	219	290	337	468	714

*Dati al 15/04/2020

Il continuo aumento dei numeri delle liste d'attesa è un fenomeno che va letto e affrontato a partire da alcune considerazioni:

1) Mettere in discussione il dato numerico. Le liste d'attesa hanno numeri molto elevati, ma non vi è la certezza che corrispondano ai numeri reali. Già era stato evidenziato dal Commissario come i conti spesso non tornassero per le forti incongruenze rilevate tra i dati forniti dal DAP e quelli raccolti direttamente dalle liste d'attesa delle strutture⁹⁷. Si ha la certezza che la condizione di coloro che si trovavano in carcere al momento dell'applicazione della misura non sia mutata, ma non si ha la stessa certezza per le persone che erano libere. La misura della REMS, infatti, potrebbe essere stata revocata o trasformata in libertà vigilata. Oppure accade che la misura comminata resti quella della REMS, ma di fatto la persona sia inserita in comunità psichiatrica, senza quindi il necessario collegamento tra servizi sanitari e magistratura. E in molti casi di tali persone si perdono proprio le tracce. Considerando che non vi è più un organismo di coordinamento e di monitoraggio del sistema delle REMS⁹⁸ e che i dati non sono raccolti in modo sistematico, è possibile che il problema continui a

⁹⁷ F. Corleone (2016) *Seconda Relazione Semestrale sulle attività svolte dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, cit., p. 45.

⁹⁸ In tal senso si veda l'Appello alle Istituzioni del 'Coordinamento REMS/DSM' e dell'Osservatorio sul superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari, sulle REMS, per la salute mentale, pubblicato nel novembre scorso, che chiede, tra le altre cose, la riattivazione dell'Organismo nazionale di monitoraggio sul superamento degli OGP composto dai Ministeri della Salute e della Giustizia, dalla Magistratura, dalla Conferenza delle Regioni, dall'Anci e dalle associazioni della società civile, consultabile al sito: <http://www.sossanita.org/archives/11807>.

sussistere. Manca una regia centrale, mentre servirebbero dati affidabili e controllati, confrontati con le conoscenze delle REMS e con i dati da queste forniti.

2) Comprendere che i posti limitati sono una scelta, non una carenza. Nel sistema delle REMS le strutture detentive sono state pensate e definite come uno dei percorsi, ma non il solo, in cui eseguire le misure, in costante relazione con la rete dei servizi psichiatrici e socio-sanitari sul territorio. Da questo modello deriva il numero limitato dei posti in REMS, destinati solo ai casi più gravi (principio dell'*extrema ratio*). Perché il sistema funzioni il limite dei posti deve essere conservato, la capienza complessiva “non si può dilatare senza correre il rischio di pregiudicare la logica di residualità, eccezionalità e transitorietà del momento custodiale”⁹⁹, piuttosto si dovrebbe affrontare, con una diversificazione delle strutture residenziali e maggior sostegno alla funzionalità dei presidi psichiatrici sul territorio, la disomogeneità e complessità dei quadri patologici dei pazienti ricoverati.

Le ordinanze di applicazione della misura in REMS fanno uso del principio di *extrema ratio*? Probabilmente non tutte, visto che ne vengono emesse in gran numero: i protocolli firmati in varie Corti d'appello danno disposizioni adeguate, in linea con le raccomandazioni date dal CSM per costruire collegamenti permanenti tra magistratura e servizi sul territorio, indispensabili per attivazione misure differenti dalla REMS. Le disposizioni di tali protocolli restano tuttavia al livello di raccomandazioni non cogenti, occorrerebbe invece in questo ambito un intervento del legislatore, per stabilire un meccanismo che istituzionalizzi e proceduralizzi il collegamento tra magistratura, servizi sanitari e strutture intermedie sul territorio, in modo che la misura della libertà vigilata con prescrizioni terapeutiche possa essere applicata in modo effettivo.

Mentre si chiude questo articolo, si ha notizia dell'approvazione di una norma che finanzia, purtroppo, l'incremento della capienza e del numero delle REMS¹⁰⁰. Meglio sarebbe

⁹⁹ CNB (2017) *La cura delle persone con malattie mentali: alcuni problemi bioetici*, parere del 21 settembre 2017, p. 38.

¹⁰⁰ Si tratta del DL 28 ottobre 2020, n. 137 “Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”, convertito con modificazioni dalla L. 18 dicembre 2020, n. 176, al cui art. art. 23 quinquies si prevede che: “Al fine di non vanificare la portata innovativa dell'articolo 3-ter del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9, di rispettare le misure di prevenzione legate all'emergenza da COVID-19 e contestualmente di *implementare la capienza e il numero delle strutture* sul territorio nazionale delle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza l'autorizzazione di spesa di cui

stato finanziare l'incremento dei servizi psichiatrici sul territorio, e si auspica in tal senso una modifica.

3) Evidenziare il problema specifico delle misure provvisorie. I dati indicano che il 41% delle persone ospitate in REMS al 31 gennaio 2020 avevano una misura provvisoria. Nella lista d'attesa all'11 febbraio 2020 si ha la ripartizione tra misure definitive e provvisorie solo riguardo alle persone detenute in carcere (su 63 reclusi, 52 sono provvisori e 11 definitivi, con una percentuale di provvisori del 82,5%). Nei dati presentati dal Commissario Corleone al 6 settembre 2016 nella lista d'attesa vi erano il 68,5% di misure provvisorie; in quelli al 31 gennaio 2017 le misure provvisorie erano il 71%. Risulta di tutta evidenza che le misure provvisorie incidono in maniera notevole sia sulle presenze nelle REMS (ben il 41%) sia, e ancora di più, sui numeri della lista d'attesa. Le misure provvisorie sono comminate anche per fatti bagatellari¹⁰¹. La misura provvisoria può avere in questi casi, quando è eseguita, la funzione di prendere in carico subito un soggetto che ne ha bisogno, perché la sua malattia è in fase acuta, ma tale funzione non dovrebbe essere svolta dal penale ma dai servizi sul territorio.

Oltre a 'intasare' il sistema delle REMS, le misure provvisorie sono portatrici di numerose problematiche per la tutela dei diritti delle persone che vi sono sottoposte. Dal punto di vista processuale presentano commistioni con la custodia cautelare, senza averne le garanzie, tanto che sarebbe preferibile abolirle e porre in carcere la persona, se vi sono esigenze cautelari, oppure affidarla al servizio psichiatrico sul territorio se non ve ne sono o sono ridotte; dal punto di vista della cura le misure provvisorie inducono a collocare nello stesso luogo, la REMS, persone che si trovano in fasi differenti del proprio percorso terapeutico (in genere in fase di acuzie i provvisori, invece compensati e con un programma avviato i definitivi) e possono creare turbamenti nell'equilibrio della comunità; in questa prospettiva è stata anche avanzata l'ipotesi di creare REMS specificamente dedicate all'esecuzione delle misure provvisorie¹⁰². Inoltre, per alcuni disturbi, come le psicopatie e i disturbi di personalità, è stato indicato come non adeguato il trattamento in REMS, in quanto

all'articolo 3-ter, comma 7, del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9, è incrementata di 1 milione di euro a decorrere dall'anno 2021".

¹⁰¹ CNB (2019), cit., p. 15.

¹⁰² Per un'analisi di questi punti mi permetto di rinviare a K. Poneti (2018) "Le misure di sicurezza e la modifica del Codice penale", in F. Corleone (a cura di), *Manicomi criminali. La rivoluzione aspetta la riforma*, cit., p. 37.



si tratta di casi in cui i bisogni di controllo sono prevalenti sui bisogni di cura e sarebbe più appropriata la carcerazione con supporto del centro di salute mentale interno al carcere¹⁰³.

La proposta di abrogazione delle misure provvisorie, con degenza in SPDC se necessario (con la procedura prevista dall'art. 73 c.p.p.), sarebbe l'opzione preferibile (e richiederebbe un investimento in tal senso nel sistema sanitario). Rimanendo invece nell'ambito della misura di sicurezza provvisoria, sarebbe necessario migliorare il collegamento tra psichiatria sul territorio e magistratura, anche eventualmente con un intervento del legislatore, per favorire l'applicazione di misure provvisorie non detentive, inserendo il soggetto in comunità sul territorio subito dopo l'arresto, oppure per non applicare nessuna misura, favorendo però la presa in carico della persona in stato libertà da parte dei servizi territoriali. Sarebbe opportuno che il magistrato che applica la misura potesse coinvolgere immediatamente i servizi sanitari, tramite un invito a prendere in carico la persona, per costruire da subito un percorso alternativo al carcere. Nel caso estremo in cui la persona da sottoporre a misura rifiuti le cure ma non manifesti grande pericolosità criminale, come nel caso che ha dato luogo al ricorso del Tribunale di Tivoli, il servizio sanitario potrebbe agire tramite la procedura di TSO svolta in SPDC, ovviamente qualora ne ricorrano i presupposti di legge, sul modello procedurale dell'art. 73 c.p.p. Dovrebbero in questi casi essere applicate, ovviamente, tutte le garanzie previste dalla Legge 833/1978, in particolare la persona sottoposta a TSO dovrebbe altresì essere informata del trattamento sanitario che si vuole applicarle e dovrebbero essere fatti tutti gli sforzi possibili per acquisire il suo consenso alle cure; inoltre, una volta che si sia proceduto con il TSO, dovrebbero essere fatti tutti gli sforzi possibili per trasformare il trattamento da obbligatorio in volontario. Procedendo con il TSO si può permettere il superamento della fase dell'acuzie, dopodiché si può valutare l'applicazione di misure non detentive, come la libertà vigilata con prescrizioni terapeutiche adeguate, o di nessuna misura mantenendo solo la relazione con il servizio psichiatrico, dando concreta applicazione al principio di *extrema ratio*.

4) Valorizzare le differenze sul territorio. Guardando di nuovo ai dati pubblicati dal Garante nazionale si nota¹⁰⁴ che le persone in liste d'attesa sono distribuite in modo assai differente tra le regioni. In Sicilia si hanno 125 persone in lista d'attesa, in Campania 122, in

¹⁰³ Si veda P. Pellegrini (2019), cit., p. 57.

¹⁰⁴ Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale (2020) cit., Tab. 4.8.



Lazio 81; mentre Veneto, Trentino Alto-Adige, Sardegna, Basilicata hanno numeri molto bassi. Tali differenze non si spiegano in proporzione alla popolazione residente, né al numero dei posti previsti nelle REMS, ma sembrano rimandare ai differenti modelli sanitari realizzati, oltre che a differenti approcci della magistratura. Nella riforma per il superamento degli OPG è stato infatti definito il modello generale, costituito dalla struttura chiusa, la REMS, circondata dall'insieme delle strutture e dei servizi sul territorio; non c'è stata però una indicazione più precisa per attuare le misure, sia all'interno delle REMS che sul territorio. Sono così nati una varietà di modelli regionali, che sarebbe bene conoscere e comparare, perché le migliori esperienze possano diventare dei punti di riferimento. Alcune questioni potrebbero essere le seguenti: quale sia la funzione della REMS dal punto di vista della terapia (luogo di cura delle acuzie o delle terapie di lungo periodo); quali trattamenti sono previsti e permessi nelle REMS; quale uso abbiano il TSO e la contenzione meccanica; che ruolo hanno le attività che dovrebbero continuare ad essere parte del trattamento: il lavoro, la formazione, i permessi.

5) Sostenere il principio di territorialità come opportunità di reinserimento. L'idea, a cui accenna l'ordinanza di rimessione, di mettere da parte il principio di territorialità per utilizzare i posti disponibili in REMS di altre regioni, non è condivisibile perché porterebbe alla separazione della persona dai suoi legami familiari, sociali e di cura, spingendola verso l'istituzionalizzazione. Risultato che, oltre a ledere il diritto alla salute della persona, manterrebbe alto il tasso di occupazione dei posti in REMS. L'indicazione che la misura di sicurezza venga eseguita sul territorio di provenienza del soggetto, è infatti un criterio fondamentale al fine di rispettare i suoi diritti (tra cui in primis salute, relazioni familiari), anche perché spesso si tratterà di persona già in carico ai servizi psichiatrici, con relazioni di cura avviate, che non possono essere interrotte senza offendere il diritto alla salute, che comprende anche la scelta del medico e la relazione terapeutica: le Asl devono restare al centro del sistema, perché solo così i pazienti autori di reato saranno considerati in primo luogo pazienti e avranno il contatto e la continuità con i servizi sul territorio¹⁰⁵. Ma il principio di territorialità è altresì essenziale al reinserimento sociale della persona sottoposta a misura di sicurezza, che con il supporto dei servizi socio-sanitari e il

¹⁰⁵ Anche il CNB ha sottolineato l'importanza del principio di territorialità: Parere del CNB *La cura delle persone con malattie mentali: alcuni problemi bioetici* del 21 settembre 2017, p. 39



mantenimento/recupero delle relazioni familiari e sociali può ridurre la propria permanenza in REMS. Molti sono i casi in cui il penale serve come supplente delle carenze del sociale, perché è più facilmente attivabile, tra i quali anche le misure di sicurezza si possono annoverare. L'applicazione del principio di territorialità è funzionale al percorso inverso: dal penale al sociale.

7. Conclusioni

Scopo dell'ordinanza è mettere in discussione il principio 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. Si tratta di una posizione non condivisibile nelle argomentazioni di diritto e nel giudizio complessivo sul sistema delle REMS considerato 'disfunzionale', ma offre una buona occasione per esaminare il sistema che è sorto dopo la chiusura degli OPG, il suo funzionamento e le sue ambiguità, nonché i suoi punti critici. Il sistema delle REMS è stato quindi analizzato nelle sue caratteristiche normative e attraverso alcuni dati quantitativi, evidenziando la sua condizione di incompiutezza, ma anche di svolta radicale rispetto al passato.

Il diritto alla salute delle persone private della libertà personale è emerso con sempre maggior definizione, grazie prevalentemente alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e ad alcuni pareri del Comitato nazionale di bioetica, mostrando aspetti differenti ma complementari: la funzione (anche) di tutela della salute propria delle misure di sicurezza, la necessaria uguaglianza di tutela per la malattia fisica e quella psichica della persona detenuta, il valore dell'esclusiva gestione sanitaria dei servizi di medicina destinati a persone private della libertà personale, non solo in termini di efficienza ma in termini di pienezza del diritto alla salute.

Il primo motivo di diritto sollevato dall'ordinanza di remissione è stato analizzato a partire dal valore fondante, per l'effettività del diritto alla salute, della esclusiva gestione sanitaria delle REMS, e dei servizi medici penitenziari. Tuttavia, è stata anche discussa l'importanza dei criteri del numero chiuso e della territorialità per il sistema penitenziario



stesso, secondo le disposizioni dell'Ordinamento penitenziario. Il secondo motivo di ricorso è stato discusso tramite una ricognizione delle procedure di delegificazione e di normazione secondaria, e delle posizioni di dottrina e giurisprudenza in merito all'atto 'di natura non regolamentare', per concludere che il DM 1° ottobre 2012 non sembra essere riconducibile alla delegificazione.

Certamente la questione della mancanza di posti è, in alcuni casi, un problema reale che necessita di essere analizzato e affrontato. Si sono proposte alcune riflessioni sul tema specifico, per mettere in evidenza quali cambiamenti (legislativi, di prassi, organizzativi, nessuno dei quali va però nella direzione di aumentare i posti in REMS) sarebbero necessari per ridurre e forse azzerare le liste d'attesa.

Infine, il giudizio della Corte potrà dare un po' di quella sistematicità che manca al mondo delle REMS, dirimere qualche nodo, e consolidare la direzione intrapresa sul sentiero della tutela dei diritti dei più deboli. L'augurio è che la Corte Costituzionale, proseguendo nella strada aperta con le precedenti sentenze, indirizzi la magistratura verso un'applicazione non formale del principio di *extrema ratio*, e sottolinei il valore della gestione esclusivamente sanitaria per l'effettività del diritto alla salute delle persone private della libertà personale.

