

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 3/2022

Data: 7 giugno 2022

REMS: riserva di legge e competenze del Ministro della giustizia. Dopo un'ampia istruttoria, ancora una pronuncia di incostituzionalità accertata ma non dichiarata.

Osservazioni su Corte cost. n. 22/2022*

di Giuseppe Monaco – Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università Cattolica del Sacro Cuore - Piacenza

ABSTRACT: With sentence no. 22 of 2022, the Constitutional Court once again deals with security measures and in particular with REMS (residences for the execution of security measures), structures that have replaced judicial psychiatric hospitals in recent years. The Court highlights the infringement of the absolute reserve of law pursuant to art. 25, paragraph 3, of the Constitution, as well as the powers of the Minister of Justice, pursuant to art. 110 of the Constitution. The sentence is also noted because it comes after a complex preliminary order - the results of which are given in the motivation - and, on the other hand, because, despite having ascertained the constitutional illegitimacy of the rule, it does not declare it and invites the legislator to intervene quickly, through a comprehensive system reform.

SOMMARIO: 1. Premessa: molteplici profili di interesse della sentenza n. 22 del 2022. – 2. Assegnazione in REMS e riserva assoluta di legge. – 3. REMS e competenze del Ministro della giustizia. – 4. Utilizzo delle risultanze dell'istruttoria svolta ai sensi dell'art. 12 N.I. – 5. Ancora una incostituzionalità accertata ma non dichiarata.

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

1. Premessa: molteplici profili di interesse della sentenza n. 22 del 2022

La Corte costituzionale, con la sentenza 27 gennaio 2022, n. 22 in esame, torna a occuparsi di misure di sicurezza e in particolare di REMS (residenze per l'esecuzione di misure di sicurezza), strutture che hanno sostituito negli ultimi anni gli ospedali psichiatrici giudiziari (OPG), divenuti bersaglio di critiche sempre più frequenti per l'inefficienza e per il trattamento sovente degradante riservato ai soggetti ivi ricoverati. L'art. 3-ter del d.l. 211/2011 aveva originariamente disposto il superamento degli OPG nel termine del 1° febbraio 2013, termine successivamente prorogato fino al 31 marzo 2015. La chiusura definitiva in tutto il territorio nazionale è avvenuta poi agli inizi del 2017, a seguito dell'intervento di un Commissario nominato con d.p.c.m. del 19 febbraio 2016, nell'esercizio dei poteri sostitutivi del Governo *ex art. 120 Cost.*, resosi necessario per il mancato raggiungimento dell'obiettivo in alcune regioni.

Il giudice *a quo* aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 206 e 222 c.p. e dell'art. 3 *ter* del d.l. 211/2011 sotto due diversi profili: per un verso, perché le norme in questione avrebbero estromesso, in violazione dell'art. 110 Cost., il Ministro della giustizia da qualsiasi competenza concernente l'esecuzione di una misura di sicurezza disposta dal giudice penale e incidente sulla libertà personale di individui infermi di mente. Per altro verso, vi sarebbe stata una violazione della riserva di legge, per essere la disciplina delle REMS rimessa ad atti normativi secondari o ad accordi tra Stato ed autonomie territoriali.

Dopo una prima ordinanza istruttoria, la n. 131/2021, con cui la Corte ha richiesto ad alcuni ministri, al Presidente della Conferenza delle Regioni e al Presidente dell'Ufficio parlamentare di bilancio - a ciascuno per quanto di rispettiva competenza - una relazione in risposta a quattordici quesiti, una volta ricevute le informazioni, la Consulta ha esaminato nel merito la questione, giungendo peraltro ad una pronuncia di inammissibilità, con invito rivolto al legislatore affinché si adoperi per una riforma urgente del sistema.

La sentenza in esame si segnala per diversi profili, alcuni dei quali attinenti al merito della questione, altri concernenti piuttosto temi del processo costituzionale. Innanzi tutto, sulla scia anche di altre recenti pronunce - come si vedrà subito - la Corte propone un'accurata ricostruzione dell'istituto dell'assegnazione in residenza per esecuzione di misure di sicurezza e si sofferma sulla natura della riserva di legge di cui all'art. 25, comma 3, Cost., oltre che sulle competenze in materia del Ministro

della giustizia. Da un punto di vista processuale, la sentenza giunge dopo un'ordinanza istruttoria, grazie alla quale la Consulta ha potuto raccogliere numerose informazioni sull'organizzazione e il funzionamento delle REMS. Può essere interessante verificare fino a che punto le conoscenze acquisite mediante le relazioni richieste ai sensi dell'art. 12 N.I. siano state realmente impiegate e fossero, quindi, necessarie ai fini della decisione. Peraltro, si tratta ancora una volta di una sentenza di inammissibilità, con incostituzionalità accertata ma non dichiarata e con invito al legislatore a intervenire rapidamente mediante una complessiva riforma di sistema, alla luce anche di alcune indicazioni che la Corte stessa si premura di fornire.

2. Assegnazione in REMS e riserva assoluta di legge

Andando con ordine, la Corte, dopo aver corretto l'oggetto dell'ordinanza di rimessione – precisando che le censure coinvolgono in realtà soltanto l'art. 3 *ter* del d.l. n. 211/2011, con conseguente inammissibilità della questione riferita ai due articoli del codice penale (artt. 206 e 222) richiamati, per *aberratio ictus* - si preoccupa in primo luogo di qualificare l'istituto in esame come vera e propria misura di sicurezza. Se è pur vero che il legislatore (art. 3 *ter*, comma 3, del d.l. 211/2011) ha previsto l'esclusiva gestione sanitaria all'interno della struttura e una vigilanza soltanto perimetrale ed esterna, è anche vero che uno dei presupposti per l'assegnazione in una di queste nuove residenze è il permanere della pericolosità sociale della persona interessata. Inoltre, secondo l'art. 1, comma 1 *quater*, del d.l. n. 52/2014, il ricovero nelle REMS è incluso espressamente tra le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive. Detto ricovero non può essere, dunque, equiparato ad altri trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale ex artt. 33 e 35 della l. n. 833/1978. Oltre alla malattia mentale presuppone, infatti, la previa commissione di un fatto di reato e la valutazione della pericolosità sociale; si tratta, inoltre, di misura disposta dal giudice penale, alla cui esecuzione sovrintende il magistrato di sorveglianza e che incide sulla libertà personale, tanto che al soggetto interessato è vietato l'allontanamento dalla struttura.

Questa nuova misura sostituisce il ricovero in OPG e, sulla scia della precedente, richiede sempre, per essere legittima la, compresenza di due presupposti: per un verso, l'infermità di mente dell'autore di reato, con conseguente necessità di misure a carattere terapeutico per la cura degli infermi psichici e, per altro verso, la pericolosità sociale dell'infermo di mente, con conseguente necessità di interventi in

grado di contenere la pericolosità stessa a tutela della collettività. Questi principi, già enunciati nella precedente giurisprudenza della Corte relativa al ricovero in OPG, possono essere riferiti anche all'assegnazione in REMS, misura rispetto alla quale è stato rafforzato il carattere terapeutico, ma che continua ad incidere sulla libertà personale. Proprio per tale ragione, in applicazione del principio di *extrema ratio*, il giudice potrà disporla solo in mancanza di altre strategie di controllo e di terapia adeguate.

La corretta configurazione dell'istituto è funzionale, nel discorso della Corte, alla verifica del rispetto delle garanzie previste in Costituzione, sia per quanto concerne le misure di sicurezza, sia con riferimento ai trattamenti sanitari obbligatori. Innanzi tutto, l'art. 25, comma 3, Cost. stabilisce una riserva di legge per l'applicazione delle misure di sicurezza. Rispetto al comma 2 del medesimo articolo, che attiene alle norme incriminatrici e alle pene, manca uno specifico riferimento al divieto di retroattività *in peius*¹, ma questa differenza non assume particolare rilievo nella qualificazione della riserva di legge. È pur vero che, letteralmente, il comma 3 si limita a stabilire che la legge preveda i "casi" in cui possa essere applicata una misura di sicurezza e non anche i "modi", differenziandosi in ciò dalla formulazione utilizzata per le misure restrittive della libertà personale, ma proprio la necessità di una lettura sistematica delle due norme (art. 25 e art. 13) impone di concludere che la legge debba prevedere, almeno nel loro contenuto essenziale, anche i modi in cui può essere disposta una restrizione della libertà personale mediante misura di sicurezza. Ne consegue che la riserva di cui al comma 3 dell'art. 25 Cost. è una riserva di legge statale di tipo assoluto.

Al contempo, secondo la Corte, considerazioni analoghe possono essere svolte con riferimento alla riserva di legge di cui all'art. 32, comma 2, Cost. Nel momento in cui il trattamento sanitario oltre che obbligatorio è anche coattivo, alle garanzie dell'art. 32 devono sommarsi quelle di cui all'art. 13 Cost., inclusa la riserva assoluta di legge.² Ad ulteriore conferma delle proprie argomentazioni, la Consulta richiama l'art. 2, che tutela i diritti inviolabili della persona, tra cui la sua integrità psicofisica.

Alla luce di queste premesse, secondo la Consulta la disciplina delle REMS manifesta «evidenti

¹ Peraltro, secondo la Corte, tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo in senso lato possono essere applicate soltanto se la legge che prevede l'intervento sanzionatorio sia già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato, sempre che l'intervento in questione «non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza)». Così la sent. 4 giugno 2010, n. 196.

² Tesi, questa, prevalente in dottrina. Cfr. M. LUCIANI, *Salute I) Diritto alla salute – Dir. Cost.*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, 10. Diversamente, cfr. G. AMATO, *Rapporti civili. Art. 13*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 51, secondo cui, invece, per le restrizioni della libertà personale necessarie per trattamenti sanitari di cui all'art. 32 Cost., varrebbero le garanzie individuate da quest'ultima norma.

profili di frizione con tali principi». L'art. 3-ter del d.l. n. 211/2011 si limita infatti a richiamare alcuni principi generali cui sono tenute ad attenersi le fonti secondarie e individua i casi cui si può applicare la misura di sicurezza in questione, mentre la disciplina relativa ai modi di esecuzione della stessa sono affidati a fonti subordinate o ad accordi tra Governo ed autonomie territoriali, in contrasto con la natura assoluta delle riserve di legge sopra richiamate. Al contrario la normazione primaria dovrebbe disciplinare organicamente a livello statale la misura di sicurezza dell'assegnazione ad una REMS, precisando le ipotesi in cui sia necessario l'uso della contenzione e le modalità di esecuzione e specificando altresì i poteri dell'autorità giudiziaria e in specie della magistratura di sorveglianza, in modo uniforme sul territorio nazionale.

La conclusione cui giunge la Corte è condivisibile. Come noto, il dibattito in dottrina si è concentrato soprattutto sul secondo comma dell'art. 25. La riserva di legge è di regola intesa come assoluta³ sia per quanto concerne le norme incriminatrici (*nullum crimen sine lege*), sia – e per certi versi con maggior rigore⁴ – per le sanzioni penali (*nulla poena sine lege*), in funzione di garanzia della sfera di libertà dei singoli, per impedire «scelte discrezionali dell'esecutivo nell'an, nel quid, nel quomodo dell'intervento repressivo»⁵. Anche la riserva di cui al terzo comma è qualificata come

³ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 1995, 64; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, 52; F. BRICOLA, *Rapporti civili. Art. 25, 2° e 3° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 238 ss. Altri hanno qualificato la riserva in questione come “tendenzialmente assoluta” – al pari della riserva concernente le norme incriminatrici – così da «consentire che fonti sublegislative concorrano all'individuazione della pena nei limiti di un'integrazione puramente tecnica». In tal senso cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2006, 53. Sulla riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost. come “tendenzialmente assoluta” cfr. già M. ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1974, 170 ss. Per un approfondimento della giurisprudenza costituzionale, con particolare riferimento al tema delle norme penali in bianco – nella duplice accezione di norme che rinviavano a fonti secondarie per la specificazione di dettagli tecnici e di norme che puniscono l'inosservanza di regolamenti dell'Esecutivo o di provvedimenti amministrativi, sul modello dell'art. 650 c.p. – cfr. I. PELLIZZONE, *Norme penali in bianco e riserva di legge*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 8 ss.

⁴ Si veda in tal senso la sent. 23 marzo 1966, n. 26. La Corte ritiene che «il principio costituzionale della legalità della pena sia da interpretare più rigorosamente, nel senso che esso esige che sia soltanto la legge (o un atto equiparato) dello Stato a stabilire con quale misura debba esser repressa la trasgressione dei precetti che vuole sanzionati penalmente. La dignità e la libertà personali sono, nell'ordinamento costituzionale democratico e unitario che regge il Paese, beni troppo preziosi perché, in mancanza di un inequivoco disposto costituzionale in tali sensi, si possa ammettere che un'autorità amministrativa, e comunque un'autorità non statale, disponga di un qualche potere di scelta in ordine ad essi». Per una critica della sentenza cfr. P. G. GRASSO, *Il principio “nullum crimen sine lege” nella Costituzione italiana*, Milano, 1972, 215 ss. Diversamente, condivide la conclusione della sentenza, ma non l'argomentazione utilizzata, G. AMATO, *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25*, in *Giur. Cost.*, 1966, 273, secondo cui l'irrigidimento deriva dal fatto che la determinazione della pena «non può essere scissa fra più fonti senza scindere anche quelle scelte caratterizzanti, che la riserva affida alla legge».

⁵ Così M. BETZU, *La riserva assoluta di legge come principio politico e la legge come principio gnoseologico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2013, 5. In senso analogo cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà*

assoluta dalla dottrina⁶ e non vi è dubbio che nel caso di specie si tratti di una misura di sicurezza, destinata, come è, a sostituire altre due misure di sicurezza previste dagli artt. 219 e 222 c.p., quali l'assegnazione a casa di cura e di custodia e il ricovero in OPG (art. 3-ter, comma 4, del d.l. 211/2011), sempre, peraltro, in un'ottica di *extrema ratio*, nel senso che si potrà fare applicazione di tale misura solo nel caso in cui non ve ne siano altre idonee ad assicurare cure adeguate e a far fronte alla pericolosità sociale del soggetto destinatario.⁷

Inoltre, la misura in questione incide sulla libertà personale, proprio perché coattiva, in linea con la giurisprudenza ormai consolidatasi della Corte, secondo cui il «carattere di immediata coercizione» qualifica le misure come restrizioni della libertà personale e vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione⁸. Nella sfera dell'art. 13 Cost. rientrano, dunque, come affermato dalla

personale, Milano, 1967, 370; ID., *Riserva di legge e libertà personale*, cit., 265 ss., in cui sostiene che la riserva in materia penale costituisce per la libertà personale il completamento di quella stabilita dall'art. 13 Cost.: tanto i procedimenti, quanto i provvedimenti sanzionatori devono essere sottratti alle scelte incondizionate di organi sub-legislativi. In senso contrario, invece, rispetto alla tesi che la *ratio* della riserva di legge in generale sia ancora da ricercare nella garanzia dei diritti individuali, cfr. S. FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali* (1963), ora in ID., *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Milano, 2010, 301 ss., che insiste piuttosto sulla funzione di garanzia della minoranza contro la maggioranza. Cfr. anche A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969, 26 ss., secondo il quale la legge si trova in una posizione "neutra" rispetto alla garanzia sostanziale dei diritti, che va fatta risalire direttamente alla Costituzione e al tipo di disciplina in essa prevista. In questa prospettiva, il fondamento della riserva di legge andrebbe piuttosto ricercato nel principio democratico e, sostiene l'Autore, pur essendo vero che l'esecutivo governa attraverso la sua maggioranza parlamentare, è altrettanto vero che la riserva di legge consente comunque alla minoranza di inserirsi nel procedimento di formazione della volontà statuale. La dottrina tende a ritenere che la riserva di legge assolva oggi ad una pluralità di funzioni, sia pure correlate con le due principali (garanzia dei diritti e principio democratico), dalla tutela delle minoranze, alla necessaria e dettagliata valutazione di determinati argomenti; dalla ponderazione di tutti gli interessi della collettività generale alla garanzia della certezza del diritto, dal rispetto del principio di eguaglianza almeno nel campo delle libertà civili e dei diritti politici, alla funzione di "pubblicità", che assicura il controllo dell'opinione pubblica sulle decisioni dei soggetti istituzionali. Cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 147 ss.; A. CERRI, *Problemi generali della riserva di legge e misure restrittive della libertà economica*, in *Giur. Cost.*, 1968, 2240 ss.

⁶ Cfr. L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990, 6; M. BETZU, *La riserva assoluta di legge*, cit., 5; P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Padova, 1966, 139.

⁷ Con riferimento alla misura del ricovero in OPG e alla *extrema ratio* della stessa si vedano le sentt. 29 novembre 2004, n. 367 e 18 luglio 2003, n. 253.

⁸ Cfr. la sent. 10 aprile 2001, n. 105, in tema di espulsione dello straniero, ma anche la precedente pronuncia n. 31 maggio 1995, n. 210, secondo cui l'ordine di rimpatrio non comporta lesione dei beni protetti dall'art. 13 della Costituzione, in considerazione del carattere obbligatorio, ma non coercitivo, che tale ordine presenta. Peraltro, la giurisprudenza della Corte non si sofferma esclusivamente sull'elemento della coercizione, ma anche su quello della degradazione giuridica, come precisato nella stessa sent. n. 210/1995 e in altre pronunce (cfr. la sent. 7 dicembre 1994, n. 414 e, ancor prima, la sent. 30 giugno 1964, n. 68): «perché la libertà personale venga effettivamente incisa deve verificarsi una "degradazione giuridica" dell'individuo nel senso dell'avverarsi di "una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere in cui si concreta la violazione dell'*habeas corpus*"».

dottrina⁹, quelle misure coercitive - e non meramente obbligatorie - che implicano, cioè, una coazione fisica sul soggetto destinatario del provvedimento, a prescindere dalla collaborazione di quest'ultimo.

Non è quindi accettabile che la quasi completa disciplina sia dettata dalla normazione secondaria o affidata ad accordi adottati in sede di Conferenza unificata. Il d.l. 211/2011 si limita, infatti, a individuare pochi e generici criteri cui la normazione secondaria è chiamata ad attenersi, ovvero l'esclusiva gestione sanitaria all'interno delle strutture, l'attività di sicurezza solo perimetrale, la destinazione alle strutture di soggetti provenienti dal territorio regionale di ubicazione delle medesime, oltre alla previsione del ricorso a tale misura come *extrema ratio* e rinvia ad un successivo decreto la definizione dei requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle residenze in questione. Troppo poco per considerare rispettate le riserve di legge di cui agli artt. 25 e 13 Cost.

3. REMS e competenze del Ministro della giustizia

Secondo la Consulta vi è un ulteriore profilo di illegittimità, così come prospettato dal giudice *a quo*, ossia la lesione dell'art. 110 Cost., in quanto la normativa impugnata esclude in sostanza il Ministro della giustizia dall'organizzazione e dal funzionamento delle REMS, nonostante si tratti di una misura di sicurezza che rientra a pieno titolo tra i servizi relativi alla giustizia. La misura, pur essendo fortemente caratterizzata in senso terapeutico, tanto da giustificare la scelta di affidare la gestione ai sistemi sanitari regionali, resta pur sempre una misura di sicurezza disposta dal giudice penale a seguito della commissione di un reato e sulla cui esecuzione sovrintende il magistrato di sorveglianza. Appare, dunque, in contrasto con la previsione di cui all'art. 110 Cost., l'assenza di una

⁹ Cfr. in particolare A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, 180-181; R. ROMBOLI, *Sulla legittimità costituzionale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza e di assistenza*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Torino, 2001, 5 ss. Diversamente, nel senso che la libertà personale può essere intaccata tanto da coercizione fisica, quanto da coercizione morale, e quindi da ordini, divieti, minacce e altre forme di intimidazione morale, si veda in particolare P. GROSSI, *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. Cost.*, 1962, 265. Cfr. anche A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 66 ss.; 190 ss. Secondo l'Autore la fattispecie di cui all'art. 13 Cost. è «a schema aperto o variabile, pur essendo in funzione di una costante: la persona umana» (p. 196) e costituiscono restrizioni della libertà personale non solo le misure che si risolvono in una coercizione fisica, ma anche l'imposizione di un obbligo, di un vincolo o di un limite alla libertà di autodeterminazione del singolo, quando « si può ritenere che il vincolo alla sfera psichica è progredito nell'offesa al potere del singolo di determinarsi secondo la propria volontà in ordine alle "manifestazioni fisiche della personalità", e quindi in una restrizione delle sue possibilità fisiche» (p. 75).

esplicita base normativa su cui fondare il coinvolgimento del Ministro della giustizia nel coordinamento e monitoraggio delle REMS.

La Corte non si tira indietro rispetto a un tema, quello delle competenze di un ministro dello Stato, che è piuttosto inusuale sia portato alla sua attenzione nell'ambito di un giudizio in via incidentale. Come noto, la Corte ha riconosciuto la legittimazione del Ministro della giustizia a stare in giudizio nell'ambito dei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, tenuto conto che tale Ministro è l'unico ad avere delle competenze espressamente riservategli da due norme della Costituzione (artt. 107 e 110 Cost.) e in questa tipologia di giudizi la Corte ha avuto occasione di pronunciarsi più volte sui limiti delle sue competenze in relazione ad altri poteri dello Stato¹⁰. Nel caso di specie, la questione proposta incidentalmente dal giudice remittente si incentra sulla asserita violazione dell'art. 110 Cost., che sancisce la competenza del Ministro della giustizia rispetto all'organizzazione e al funzionamento dei servizi relativi alla giustizia. In sostanza si contesta che l'intera gestione delle REMS sia affidata ai sistemi sanitari regionali e in particolare ai dipartimenti regionali per la salute mentale.

Per comprendere come si sia giunti a un'organizzazione incentrata sui sistemi sanitari regionali, occorre ricordare che la chiusura degli OPG è stata decisa anche a seguito delle ispezioni condotte nel 2011 da una Commissione parlamentare d'inchiesta (cd. "Commissione Marino") - istituita con deliberazione del Senato del 30 luglio 2008 - che aveva rilevato nelle strutture ispezionate pratiche in alcuni casi lesive della dignità della persona, ma soprattutto la quasi totale assenza di cura dei soggetti ricoverati. Nella Relazione approvata dalla Commissione nella seduta del 20 luglio 2011 si legge: «tutti gli OPG presentano un assetto strutturale assimilabile al carcere o all'istituzione manicomiale, totalmente diverso da quello riscontrabile nei servizi psichiatrici italiani». In sostanza, l'istituzione degli OPG non aveva comportato un effettivo superamento del modello del vecchio manicomio criminale, considerato che anche tali ospedali erano organizzati come carceri, finalizzati alla detenzione e non alla cura e riabilitazione dei soggetti internati. L'esigenza di rafforzare la finalità terapeutica della misura in questione, per evitare che si riproponessero le inefficienze degli OPG, ha indotto il legislatore ad affidare al sistema sanitario la gestione delle REMS, inserendo peraltro l'assistenza sanitaria fornita nelle stesse tra i livelli essenziali di assistenza ai sensi dell'art. 33, comma 5, del d.p.c.m. 12 gennaio 2017, con conseguente emarginazione del ministero della giustizia.

¹⁰ Basti pensare alle note pronunce 27 luglio 1992, n. 379, in relazione al conflitto di attribuzione tra CSM e Ministro della giustizia per il conferimento di incarichi direttivi e 18 maggio 2006, n. 200, concernente il conflitto di attribuzione tra Presidente della Repubblica e Ministro della giustizia, in tema di concessione della grazia.

La stessa Corte aveva in precedenza precisato che le REMS non sono destinate a sostituire i vecchi ospedali psichiatrici «sotto altra veste e denominazione» e che si tratta di strutture «su base regionale e a esclusiva gestione sanitaria»¹¹. Le REMS sono volte ad assicurare all'internato ogni più opportuna terapia delle sue patologie psichiche, «con lo scopo ultimo di assicurarne l'obiettivo della risocializzazione (sentenza n. 73 del 2020) attraverso un trattamento individualizzato volto anche al superamento, o al contenimento degli effetti, di tali patologie»¹². D'altra parte, la Corte aveva anche sottolineato che si tratta di misure privative della libertà personale, al fine di contenere la pericolosità sociale dell'internato, in conseguenza della previa commissione di un fatto di reato¹³ e nella sentenza in esame non può che riaffermare la duplice natura della misura, terapeutico-sanitaria per un verso, di tutela della collettività, mediante il contenimento della pericolosità sociale dell'autore di reato, per altro¹⁴.

La strada è, dunque, stretta: occorre evitare che le nuove strutture ripropongano le medesime caratteristiche degli OPG, alla cui chiusura definitiva si è giunti proprio perché in dette strutture mancava la doverosa attenzione alla salute - e alla dignità - dell'internato, trattato in definitiva alla stregua di un detenuto. Sotto questo profilo sicuramente non si può tornare indietro. Al contempo, occorre considerare la duplice dimensione della misura in questione e tenere conto che, come già riconosciuto in passato dalla Corte, tra i servizi relativi alla giustizia di cui all'art. 110 Cost. sono senz'altro inclusi quelli pertinenti all'esecuzione delle misure e delle pene detentive¹⁵. Sotto questo profilo lo svuotamento delle competenze del Ministro della giustizia può apparire lesivo dell'art. 110 Cost. Sebbene, infatti, nel d.l. 211/2011 si faccia menzione del Guardasigilli, con la previsione che il decreto del Ministro della salute relativo all'organizzazione delle REMS sia adottato di concerto con il

¹¹ Così la sent. 19 aprile 2019, n. 99, in cui la Corte ricorda che gli OPG erano destinati a ospitare tutti i malati psichiatrici gravi, anche con eventuale infermità sopravvenuta rispetto alla condanna, mentre le REMS hanno come unici destinatari i malati psichiatrici ritenuti non imputabili in sede di giudizio penale.

¹² Così l'ord. 16 aprile 2021, n. 69, in cui si ribadisce che si tratta di strutture a esclusiva gestione sanitaria.

¹³ Sempre nell'ord. n. 69/2021, cit.

¹⁴ Duplicità di dimensione – di sicurezza e terapeutica – già riconosciuta con riferimento alla misura del ricovero in OPG. Così la sent. 27 luglio 1982, n. 139. E nella successiva pronuncia 18 luglio 2003, n. 253, con ancora maggiore perentorietà, la Corte aveva affermato che «le misure di sicurezza nei riguardi degli infermi di mente incapaci totali si muovono inevitabilmente fra queste due polarità, e in tanto si giustificano, in un ordinamento ispirato al principio personalista (art. 2 della Costituzione), in quanto rispondano contemporaneamente a entrambe queste finalità, collegate e non scindibili (cfr. sentenza n. 139 del 1982), di cura e tutela dell'infermo e di contenimento della sua pericolosità sociale. Un sistema che rispondesse ad una sola di queste finalità (e così a quella di controllo dell'infermo "pericoloso"), e non all'altra, non potrebbe ritenersi costituzionalmente ammissibile». In tempi più recenti, in relazione ai diversi obiettivi cui dovrebbero tendere le misure di sicurezza applicabili al soggetto condannato a pena diminuita in ragione della sua infermità psichica, si veda la sent. 24 aprile 2020, n. 73.

¹⁵ Cfr. in tal senso le sentenze 7 giugno 2013, n. 135 e 28 ottobre 1993, n. 383.

Ministro della giustizia, resta il fatto che la gestione è poi interamente affidata ai dipartimenti regionali per la salute mentale e che la stessa magistratura è tenuta ad interagire direttamente con tali organi amministrativi, senza un coinvolgimento del Ministero della giustizia.

4. Utilizzo delle risultanze dell'istruttoria svolta ai sensi dell'art. 12 N.I.

La pronuncia in esame si segnala altresì perché la Consulta ha ritenuto necessario, in questa vicenda, fare ricorso ai propri poteri istruttori, ai sensi dell'art. 12 N.I., con l'ord. 24 giugno 2021, n. 131¹⁶. In quella circostanza la Consulta ha rivolto al Ministro della giustizia, al Ministro della salute, al Presidente della Conferenza delle Regioni e, per un singolo aspetto, anche al Presidente dell'Ufficio parlamentare di bilancio - a ciascuno per quanto di rispettiva competenza - numerosi quesiti, la maggior parte dei quali finalizzati ad ottenere una conoscenza più approfondita del concreto funzionamento delle REMS, a partire dal numero delle residenze presenti in ciascuna regione, dei pazienti ospitati e delle persone in lista d'attesa, nonché delle persone destinatarie di un provvedimento di assegnazione a una REMS ancora non eseguito e collocate presso strutture penitenziarie o in reparti ospedalieri o sottoposte a libertà vigilata. La Corte ha poi chiesto informazioni in merito alle difficoltà di funzionamento di luoghi di cura esterni alle REMS, all'esistenza di forme di coordinamento tra Ministero della giustizia, Ministero della salute, aziende sanitarie locali e alle competenze specifiche esercitate dai due Ministri; e ancora, ha domandato se sia previsto un monitoraggio del Governo ed eventualmente se questo possa esercitare poteri sostitutivi; quali siano le ragioni, finanziarie o meno, delle difficoltà di esecuzione delle misure in questione e informazioni circa eventuali progetti di riforma legislativa *in itinere*.

Il ricorso ai poteri istruttori non è così frequente: nell'arco di più di 65 anni di attività si contano soltanto un centinaio di ordinanze istruttorie assunte nei vari giudizi di sua competenza. In tempi più recenti si rileva una maggiore attenzione, anche da parte della dottrina,¹⁷ alla fase istruttoria del

¹⁶ Per un commento dell'ordinanza si può vedere G. MONACO, *Una complessa ordinanza istruttoria della Consulta in tema di misure di sicurezza*, in *Forum Quad. cost.*, n. 1, 2022, 1 ss.; E. OLIVITO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale: conoscenza della prassi applicativa delle leggi o preannuncio di un monito, in anticipo su Strasburgo?*, in *Nomos*, n. 2, 2021, 1 ss.

¹⁷ Si può ricordare il convegno del "Gruppo di Pisa" del 9-10 giugno 2017, incentrato proprio su questi temi e le relative relazioni pubblicate nel volume M. D'AMICO - F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria*

processo costituzionale, in linea con la crescente importanza riconosciuta al “fatto”¹⁸ e in considerazione, altresì, delle difficoltà incontrate dalla Consulta nell’affrontare questioni tecnico-scientifiche sempre più complesse o questioni con importanti risvolti sul bilancio dello Stato. Nella direzione di fornire alla Corte elementi e conoscenze utili ai fini del giudizio si inseriscono anche le modifiche delle Norme integrative apportate con la delibera dell’8 gennaio 2020, con l’apertura del processo alle opinioni degli *amici curiae* e all’audizione di esperti. In ogni caso è insolita la proposizione, in applicazione dell’art. 12 N.I., di ben quattordici quesiti, per una ricostruzione il più possibile precisa del quadro complessivo, per acquisire meri dati di fatto, valutazioni dell’amministrazione destinataria, o ancora informazioni più specifiche su aspetti organizzativi e prassi applicative, che finiscono col coinvolgere anche questioni di carattere giuridico.

Della «corposa» relazione, predisposta congiuntamente dal Ministro della giustizia, dal Ministro della salute e dal Presidente della Conferenza delle regioni e delle Province autonome, la Corte ha dato ampiamente conto in sentenza, soprattutto nel “ritenuto in fatto”, dilungandosi in particolare sulle cause delle difficoltà emerse nella realizzazione e gestione delle REMS, così come individuate dal Ministero della giustizia, dal Ministero della salute e dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome. Anche nel “considerato in diritto” la Consulta è tornata, sia pure più sinteticamente, sugli esiti dell’istruttoria, che avrebbero confermato le prospettazioni del giudice rimettente in merito al grave malfunzionamento dell’assegnazione in REMS. Una misura di sicurezza come quella in questione richiede, infatti, di essere eseguita immediatamente, considerato che è finalizzata anche ad evitare la commissione di nuovi reati; al contrario, dall’istruttoria è emersa una situazione che «evidenzia un difetto sistemico di effettività nella tutela dell’intero fascio di diritti fondamentali che l’assegnazione a una REMS mira a tutelare», dai diritti delle potenziali vittime di aggressione del soggetto destinatario della misura, al diritto alla salute di quest’ultimo. Situazione, peraltro, più grave in alcune regioni, con conseguente diseguale tutela dei diritti fondamentali nel territorio nazionale. La

ed effetti delle decisioni, Napoli, 2018. Cfr. anche E. MALFATTI, *Giurisprudenza costituzionale e "questioni tecniche": i poteri istruttori della Corte costituzionale*, in *Consulta Online, Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 27 gennaio 2020, 7 ss.

¹⁸ Cfr. G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, 2012, 155 ss.; F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002, 145 ss.; G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del «fatto» nelle decisioni della Corte*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, 245 ss.

Consulta non va a sindacare le ragioni di fondo del malfunzionamento del sistema¹⁹, limitandosi a fotografare la situazione rappresentata nella relazione prodotta in giudizio e rilevando la mancanza di effettività di tutela, derivante non da meri inconvenienti di fatto, bensì, a suo dire, dalla stessa disciplina normativa della misura in questione.

La Corte, però, non accoglie la questione, ma conclude il giudizio con una sentenza di inammissibilità, risultato cui giunge, secondo le sue stesse argomentazioni, anche per effetto delle risultanze istruttorie. In sostanza, secondo la Consulta, proprio dall'istruttoria emerge che la difficoltà di collocare tempestivamente in una REMS il destinatario della misura di sicurezza non può essere risolta soltanto per effetto di una pronuncia additiva, che coinvolga il Ministro della giustizia nel processo di individuazione di una REMS disponibile e nel collocamento del destinatario della misura. Il problema di fondo è costituito dall'insufficienza dei posti disponibili, di gran lunga inferiori rispetto ai numeri delle liste d'attesa e pertanto l'accoglimento della richiesta del giudice *a quo* non sarebbe di per sé sufficiente per risolvere il problema stesso.

I risultati dell'istruttoria sono dunque entrati espressamente nella motivazione della pronuncia e ciò rappresenta indubbiamente un fatto positivo, in un'ottica di trasparenza e, più in generale, di rispetto delle regole processuali²⁰. Allungare i tempi del giudizio a favore di un'ampia istruttoria, senza poi dare conto dei risultati della stessa e della sua utilità per la decisione finale potrebbe celare, infatti, un allontanamento dal *thema decidendum* individuato nell'ordinanza di rimessione e una violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, oltre che comportare un coinvolgimento sempre meno effettivo delle parti del giudizio principale, in contrasto col principio del contraddittorio, che governa qualunque giudizio, anche quello costituzionale.

Resta, peraltro, da chiedersi se la constatazione dell'insufficienza dei posti nelle strutture a seguito dell'istruttoria fosse realmente indispensabile per giungere al riconoscimento dell'illegittimità costituzionale della norma impugnata e poi alla mancata dichiarazione di incostituzionalità, con relativa pronuncia di inammissibilità. Per quanto, come detto, gli esiti dell'istruttoria siano stati

¹⁹ Secondo il Ministro della giustizia la causa principale è da rinvenire nella realizzazione di un numero inadeguato di posti-letto, nell'assenza di canali di comunicazione tra Autorità giudiziarie, aziende sanitarie e dipartimenti di salute mentale, oltre che nella sottovalutazione delle problematiche relative alla sicurezza interna ed esterna alle REMS. Il Ministro della salute e la Conferenza delle Regioni insistono, invece, su criticità di ordine culturale e sull'insufficiente applicazione del principio di *extrema ratio* della misura di sicurezza detentiva.

²⁰ Sull'opportunità di un'istruttoria formalizzata, per una maggiore trasparenza del processo decisionale, oltre che per una motivazione più ricca e persuasiva, si veda già T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997, 130.

ampiamente illustrati nella pronuncia, residua il dubbio che un'indagine così approfondita in merito al concreto funzionamento delle REMS non fosse realmente necessaria: la prassi applicativa, è stato detto, non dovrebbe costituire oggetto del controllo della Corte in sede di giudizio sulle leggi²¹ e comunque le difficoltà di un funzionamento efficiente del sistema emergevano già in modo sufficientemente palese dalla ricostruzione operata dal giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione. Per effetto della relazione prodotta in giudizio il quadro si è ulteriormente arricchito, sotto il profilo normativo e soprattutto amministrativo, ma non si può non segnalare, innanzi tutto, che la violazione della riserva di legge era un vizio rilevabile a prescindere da ulteriori approfondimenti istruttori. La relazione può avere, forse, fornito un contributo di una qualche utilità per meglio comprendere la distribuzione effettiva delle competenze tra il Ministro della giustizia e quello della salute, in funzione poi dell'accertamento della lesione delle competenze del primo ai sensi dell'art. 110 Cost. D'altra parte, non sembra che l'istruttoria posta in essere abbia realmente influito sulla tipologia di decisione e quindi sulla scelta di una pronuncia di inammissibilità rispetto al semplice accoglimento, per la considerazione che l'annullamento della normativa impugnata avrebbe comportato una lesione ancora maggiore degli interessi costituzionalmente rilevanti.

Nel complesso, se per un verso si può apprezzare l'intento della Corte di comprendere meglio il quadro normativo e organizzativo della misura di sicurezza in questione e soprattutto il fatto di aver illustrato in sentenza gli esiti dell'istruttoria, resta, per altro verso, la sensazione che la Consulta avrebbe potuto raggiungere le medesime conclusioni anche senza la corposa relazione prodotta in giudizio. Le informazioni acquisite hanno rafforzato tali conclusioni e gettato più che altro le basi per un confronto della Corte col legislatore da una posizione di maggiore consapevolezza e le hanno al contempo consentito di focalizzarsi sul tema dell'effettività della tutela di diritti fondamentali, richiamando su questo aspetto l'attenzione anche del Parlamento.

²¹ In tal senso M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 534. Al limite, secondo l'Autore, la prassi applicativa può costituire «la chiave di lettura di quel disposto, almeno se ricorrono talune condizioni (saldezza ed inequivocità della prassi stessa)».

5. Ancora una incostituzionalità accertata ma non dichiarata

Come anticipato, la Corte ha scelto comunque di non dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 3-ter del d.l. 211/2011 – dopo aver ribadito che per le altre due norme contestate, gli artt. 206 e 222 c.p., vi era un problema di *aberratio ictus* – pur avendo rilevata «l'effettiva sussistenza dei vulnera lamentati dal ricorrente». Per un verso, la Corte ritiene che non basti riconoscere al Guardasigilli una competenza nel processo di individuazione di una REMS disponibile e di successivo collocamento dell'interessato, per conseguire il risultato auspicato di inserire tempestivamente in una REMS il destinatario della misura; per altro verso, ritiene che una pronuncia secca di incostituzionalità per violazione delle riserve di legge, avrebbe determinato un vuoto di tutela degli interessi costituzionalmente rilevanti, in contrasto con l'obiettivo del remittente di pervenire ad un'organizzazione più efficiente del sistema in essere. Da qui l'urgenza di una complessiva riforma del sistema, che dovrà passare attraverso il rispetto delle riserve di legge, un adeguato coinvolgimento del Ministro della giustizia e che dovrà, evidentemente, consentire la realizzazione di un numero adeguato di REMS, sufficiente a fronteggiare i reali fabbisogni sull'intero territorio nazionale. Sotto questo profilo, nel dialogo col legislatore, si segnala l'attenzione rivolta dalla Corte all'effettività della tutela dei diritti. Il passaggio è di rilievo, considerato che in alcune precedenti circostanze la posizione della Consulta è apparsa meno netta²², quando il diritto ad una prestazione è venuto a confliggere con esigenze di bilancio e tenuto conto che la stessa Corte ha ricordato come l'assistenza sanitaria erogata nelle REMS rientri nei livelli essenziali di assistenza (LEA) ai sensi dell'art. 33, comma 5, del d.p.c.m.

²² Si pensi soprattutto alla giurisprudenza degli anni Novanta. A titolo esemplificativo si può vedere la sent. 16 ottobre 1990, n. 455, in tema di diritto alla salute, che, nella dimensione di diritto ad ottenere un trattamento sanitario, viene garantito come «diritto costituzionalmente condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà», tenuto conto «dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento». In questa pronuncia la Corte aveva riconosciuto che l'attuazione della tutela di un bene costituzionalmente tutelato, pur essendo obbligatoria – tale da non poter comportare la degradazione da tutela costituzionale a tutela puramente legislativa – poteva essere realizzata «gradualmente», a seguito di un ragionevole bilanciamento non solo con altri interessi o beni a loro volta meritevoli di tutela, ma anche «con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione». Da qui anche il riconoscimento del «principio della programmazione» nella legislazione sanitaria, proprio sul presupposto che il diritto alle prestazioni sanitarie sia «finanziariamente condizionato». Così Corte cost., 27 luglio 2011, n. 248. Al limite, ciò che non si può ammettere è che le esigenze della finanza pubblica assumano, «nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana». Così Corte cost. 16 luglio 1999, n. 309 e 31 ottobre 2008, n. 354.

12 gennaio 2017.²³

La tecnica dell'illegittimità accertata ma non dichiarata è già stata utilizzata più volte in passato²⁴. La Consulta innanzi tutto evita di ricorrere ad una pronuncia di tipo manipolativo, per non interferire con la discrezionalità del legislatore, quando l'additiva richiesta non si presenta "a rime obbligate". In tempi più recenti, in realtà, soprattutto nel campo del diritto penale, la Corte ha osato spingersi oltre le rime obbligate²⁵, nel caso in cui il giudice remittente abbia quanto meno individuato nell'ordinamento una «soluzione costituzionalmente adeguata, benché non obbligata»²⁶. Nel caso di specie, i margini di manovra del Parlamento, al fine di rendere più efficiente il funzionamento delle REMS, sono talmente ampi da non consentire certamente l'individuazione di una soluzione costituzionalmente obbligata. Appare comunque difficile, anche superando il limite delle rime obbligate, che la Corte possa ricavare dal sistema vigente una soluzione che consenta il rapido inserimento in una REMS dei soggetti destinatari della misura di sicurezza, con cui sostituire la parte della norma dichiarata illegittima. Per altro verso, la Corte ritiene che un accoglimento secco, per violazione della riserva assoluta di legge, possa determinare una compromissione ancora maggiore dei diritti che si intendono tutelare. Sulla base

²³ Su LEA ed effettività della tutela cfr. E. CAVASINO, *Il diritto alla salute come diritto "a prestazioni"*. Considerazioni sull'effettività della tutela, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013, 335 ss. Si veda anche G. RAZZANO, *Lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali*, ivi, 25 ss. e, in particolare, 35 ss.; A. MANGIA, *I diritti sociali tra esigibilità e provvista finanziaria*, ivi, 581 ss.

²⁴ Cfr. la sent. 17 giugno 1987, n. 230, o in modo ancor più netto, la sent. 25 marzo 1992, n. 125, in tema di misure alternative alla detenzione per soggetti minori di età, in cui la Corte, dopo aver illustrato la evidente disarmonia della norma impugnata rispetto a diversi principi costituzionali, dichiara l'inammissibilità della questione, richiamando, da un lato, la discrezionalità del legislatore per la pluralità di soluzioni rinvenibili e, dall'altro, il rischio di un vuoto legislativo nell'ipotesi di una pronuncia interamente caducatoria. Si veda anche la sent. 16 febbraio 2006, n. 61, in tema di attribuzione del cognome, in cui la Corte giunge a sancire l'inammissibilità della questione, dopo avere affermato che «l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna»; o ancora la sent. 5 novembre 2015, n. 223, in tema di reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare.

²⁵ La valutazione della Corte sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio deve comunque essere condotta attraverso precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo, per non sovrapporsi alla discrezionalità del legislatore. Così la sent. 10 novembre 2016, n. 236. In senso analogo si possono vedere anche le sentt. 5 dicembre 2018, n. 222 e 7 dicembre 2018, n. 233. Sul tema cfr. D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistema penale*, n. 2, 2021, 5 ss.; M. RUOTOLO, *Oltre le "rime obbligate"?*, in *federalismi.it*, n. 3, 2021, 54 ss.; D. MARTIRE, *Dalle "rime obbligate" alle soluzioni costituzionalmente "adeguate", benché non "obbligate"*, in *Giur. cost.*, 2019, 696 ss.

²⁶ Così la sent. 8 marzo 2019, n. 40, in tema di sostanze stupefacenti e trattamenti sanzionatori, che ribalta le precedenti conclusioni cui la Consulta era pervenuta poco tempo prima, in particolare con la sent. 13 luglio 2017, n. 179. Con tale pronuncia aveva dichiarato l'inammissibilità della questione avente il medesimo oggetto, per la presenza di plurime opzioni legislative e quindi per il necessario rispetto della priorità di valutazione del legislatore, al quale si formulava un auspicio affinché procedesse rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio.

di questa duplice premessa, la Corte ha optato per una pronuncia di inammissibilità, con incostituzionalità accertata ma non dichiarata, che lascia quindi in vita la normativa impugnata e invoca un intervento urgente del legislatore.

In tempi recenti, a fronte di situazioni per certi versi simili – sotto il profilo dell’assenza di soluzioni univoche e al contempo dell’accertamento di un vizio di legittimità – la Consulta ha perseguito una strada innovativa, quella del rinvio dell’udienza di merito, secondo il meccanismo utilizzato per la prima volta in occasione del “caso Cappato”²⁷. Insieme al rinvio si prevede, altresì, un monito stringente al legislatore, con successivo accoglimento della questione, qualora, entro il termine fissato per la nuova udienza, il Parlamento non abbia messo mano alla normativa contestata nella direzione suggerita con l’ordinanza di rinvio.

Il semplice rinvio dell’udienza di trattazione non era, però, in questa circostanza un’opzione utilmente praticabile: il problema scaturisce proprio dalla difficoltà di eseguire in tempi rapidi la misura di sicurezza dell’assegnazione in REMS, per soggetti socialmente pericolosi e bisognosi di cure, che nel frattempo non potrebbero essere detenuti in istituti penitenziari, ma neppure assegnati in soprannumero in una REMS. Ne deriverebbe, infatti, in quest’ultima ipotesi, un sovraffollamento delle residenze e lo snaturamento della loro funzione di cura e riabilitazione. Appaiono evidenti, dunque, le differenze che intercorrono tra il caso di specie e una questione di costituzionalità concernente una norma incriminatrice, proprio perché sono ben diverse le conseguenze di un rinvio delle udienze di trattazione.

Una pronuncia come quella in esame non può evidentemente lasciare del tutto soddisfatti, considerato che resta in vigore una normativa riconosciuta come incostituzionale proprio dall’organo deputato a sindacare la legittimità delle leggi e a dichiararne l’eventuale contrasto con la Costituzione, con gli effetti di cui all’art. 136 Cost. A seguito di questa tipologia di pronunce, infatti, nel giudizio *a*

²⁷ Il riferimento è all’ord. 16 novembre 2018, n. 207, di rinvio dell’udienza di trattazione, con contestuale avviso al legislatore che, in assenza di una nuova disciplina coerente con i principi costituzionali come ricostruiti dalla Corte stessa, sarebbe seguita una pronuncia di illegittimità della norma impugnata, come poi è avvenuto con la sent. 22 novembre 2019, n. 242. Il meccanismo è stato poi replicato in relazione al reato di diffamazione a mezzo stampa. All’ord. 26 giugno 2020, n. 132, di rinvio con monito, ha poi fatto seguito la sent. 12 luglio 2021, n. 150, di accoglimento in relazione ad alcune delle norme impuginate. Cfr. D. MANELLI, *La diffamazione a mezzo stampa e il persistente dominio dell’inerzia legislativa nella tutela dei diritti. La Consulta perfeziona un nuovo caso di “incostituzionalità differita” con la sentenza n. 150 del 2021*, in *Consulta Online*, n. 1, 2022, 94 ss. E ancora, in relazione al c.d. “ergastolo ostativo”, la Corte, con ord. 15 aprile 2021, n. 97, ha disposto un nuovo rinvio dell’udienza di trattazione. Al legislatore, in un’ottica di collaborazione istituzionale, spetta il compito di dettare una disciplina della materia, dopo aver ricercato un punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco e tenuto conto altresì delle incompatibilità con la Costituzione già evidenziate nella pronuncia.

quo troverà applicazione la norma illegittima, con lesione delle posizioni soggettive coinvolte che avrebbero tratto beneficio dall'accoglimento della questione e non viene soddisfatto neppure l'interesse generale alla legittimità costituzionale dell'ordinamento. Per un'eventuale ulteriore valutazione da parte della Corte della normativa già riconosciuta incostituzionale si dovrà attendere che la questione sia nuovamente sollevata in altro giudizio, anche a distanza di tanto tempo²⁸.

Come già rilevava anni orsono Zagrebelsky, se per un verso si giustifica l'astensione della Corte rispetto a un'addizione che andrebbe a interferire con la discrezionalità del legislatore, per altro verso, una volta riconosciuta l'incostituzionalità della norma, appare meno giustificabile la dichiarazione di inammissibilità della questione e «il rifiuto della Corte di decidere, in questi casi, si risolve in qualcosa di molto prossimo alla denegata giustizia»²⁹. L'Autore non trascurava il problema del vuoto legislativo, perché in determinate circostanze «l'esigenza di continuità nel tempo dell'ordinamento giuridico non può considerarsi solo 'di mero fatto', tale quindi che la Corte costituzionale possa disinteressarsi degli effetti delle sue pronunce»³⁰, ma evidenziava l'esigenza di rintracciare una forma più accettabile di equilibrio tra l'esigenza di eliminare norme incostituzionali e quella di continuità nel tempo dell'ordinamento giuridico³¹. Con pronunce come quella in esame la Corte sembra, infatti, rinunciare al proprio ruolo di custode della Costituzione³², affidandosi, per l'eliminazione del vizio, alla buona volontà del legislatore, o dovendo attendere che un altro giudice decida di ripresentarle la questione.

A distanza di anni non si può dire che una soluzione realmente efficace e soprattutto non suscettibile di contestazioni sia stata rinvenuta. A livello normativo nulla è stato innovato su questo fronte, mentre

²⁸ Si pensi all'attribuzione del cognome: dopo la sent. 16 febbraio 2006, n. 61 di inammissibilità – che seguiva peraltro due ordinanze di manifesta inammissibilità del 1988, la n. 176 e la n. 586 - a distanza di dieci anni la Corte torna ad esaminare la normativa in questione con la sent. 21 dicembre 2016, n. 286 e, a fronte della lunga inerzia del legislatore, pronuncia un'additiva per consentire ai genitori, di comune accordo, di trasmettere al figlio, al momento della nascita, anche il cognome materno. Già nel 2006 era stato rilevato il contrasto della normativa all'epoca vigente con principi costituzionali, ma si sono dovuti attendere altri dieci anni per giungere alla dichiarazione di illegittimità costituzionale. Su queste pronunce si veda N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in Riv. A.I.C., n. 4, 2017, 1 ss.

²⁹ Così G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 305.

³⁰ *Ibidem*, 306. Secondo l'Autore, vi sono casi in cui il pericolo per l'ordinata applicazione del diritto, per la continuità di funzioni pubbliche essenziali, per la certezza dei rapporti giuridici derivanti dalla pura e semplice eliminazione delle leggi sono tali da assumere un indubbio rilievo costituzionale.

³¹ Zagrebelsky ricordava anche alcune soluzioni utilizzate in altri sistemi di giustizia costituzionale, come il rinvio, per non più di un anno, dell'efficacia invalidante della pronuncia di incostituzionalità; o la pronuncia di semplice incostituzionalità o incompatibilità, senza dichiarazione di invalidità della legge; o ancora la dichiarazione che la legge è ancora costituzionale. *Ibidem*, 308 ss.

³² Cfr. R. PINARDI, *La questione è fondata, anzi è inammissibile (ovvero: la Corte e la natura incidentale del suo giudizio)*, in *Giur. Cost.*, 2015, 2071 ss.

a livello giurisprudenziale una delle soluzioni sicuramente più innovative formulate in tempi recenti, ma a sua volta non immune da rilievi critici³³, ossia il rinvio dell'udienza di trattazione per dare tempo al legislatore di intervenire, non sempre può essere impiegata in modo efficace e la stessa Corte vi ha fatto ricorso in via eccezionale³⁴.

Anche l'alternativa di una sentenza di rigetto in via transitoria, con monito al legislatore, non avrebbe soddisfatto pienamente. La Corte avrebbe potuto, cioè, evidenziare in via teorica i profili di incostituzionalità, ma al contempo rigettare la questione, nell'ottica di una riforma ancora da completare e quindi di una disciplina che risulti ancora, temporaneamente, conforme a Costituzione³⁵. Il rigetto sarebbe più coerente, rispetto ad una sentenza di inammissibilità, con la scelta di entrare nel merito della questione, ma si dovrebbe ricorrere a una sorta di finzione, quella di ritenere la disciplina impugnata come transitoria e rimarrebbe il problema di fondo, ossia la permanenza nell'ordinamento di una norma in realtà già ritenuta incostituzionale.

Resta la possibilità di una sentenza meramente caducatoria, qualora si riuscisse a superare quell'*horror vacui* che ha spinto la Corte a ricercare soluzioni sempre più creative³⁶ - inclusa la dichiarazione di incostituzionalità con effetti da prodursi successivamente allo scadere di un certo termine indicato dalla Corte stessa³⁷ - che mettono, però, in discussione il rispetto delle regole del

³³ Cfr. N. ZANON, *Il rapporto tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, n. 3, 2021, critico nei confronti dell'idea stessa di una leale collaborazione tra Corte costituzionale e legislatore.

³⁴ Si veda ad esempio la sent. 4 novembre 2020, n. 230, con cui la Corte dichiara l'inammissibilità di una questione concernente il diritto ad essere genitori di due donne unite civilmente. È stato osservato che in tale circostanza la Corte avrebbe potuto fare ricorso al rinvio dell'udienza, alla luce di alcune similitudini con il "caso Cappato". In tal senso N. ZANON, *Il rapporto tra la Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 96, secondo cui «in entrambi i casi le fattispecie sottendono scelte di valore e di natura etica, e sollecitano riflessioni su valori "ultimi": da una parte, la vita e la dignità individuale, la scelta sul se e come morire; dall'altra, la famiglia, il matrimonio, il rapporto con i figli»; R. PINARDI, *Governare il tempo (e i suoi effetti). Le sentenze di accoglimento nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2022, 53.

³⁵ Cfr. R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007, 88 ss.

³⁶ In senso critico rispetto alla proliferazione di strumenti processuali, anche in termini di certezza del diritto costituzionale, cfr. A. RUGGERI, *Vacatio sententiae alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un anomalo "bilanciamento" tra un bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all'art. 136 Cost. (nota minima alla sent. n. 41 del 2021)*, in *Giustizia Insieme*, 13 aprile 2021.

³⁷ Si pensi alla sent. 17 marzo 2021, n. 41, con cui la Consulta riconosce il contrasto tra la disciplina dei giudici ausiliari e l'art. 106 Cost., ma al contempo rileva che «altri valori costituzionali di pari – e finanche superiore – livello» finirebbero col risultare «in sofferenza ove gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale risalissero (retroattivamente, come di regola) fin dalla data di efficacia della norma oggetto della pronuncia». Ne segue una dichiarazione di illegittimità che, per evitare un grave pregiudizio all'amministrazione della giustizia, produrrà però effetti solo una volta decorso il termine (31 ottobre 2025) per l'entrata in vigore della riforma della magistratura onoraria. Si è parlato in proposito di «una sorta di singolare e inedita operazione di "sospensione" temporanea dell'art. 106, secondo comma, della Costituzione». Così V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di*

processo costituzionale³⁸.

Non manca nella giurisprudenza della Corte qualche segnale nella direzione quanto meno di un'attenuazione dell'*horror vacui*. In una recente pronuncia³⁹ la Consulta ha ricordato il principio secondo cui una dichiarazione di illegittimità costituzionale non può essere preclusa dalla carenza di disciplina che ne deriva⁴⁰. Sarà compito dei giudici comuni trarne le dovute conseguenze sul piano applicativo, utilizzando gli strumenti ermeneutici a loro disposizione e spetterà al legislatore intervenire per disciplinare quegli aspetti che risultassero bisognosi di apposita regolamentazione. Il principio è stato impiegato in un ambito, quello delle norme sanzionatorie, in cui la Corte è solita fare ricorso a pronunce di inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore, oppure, in tempi più recenti, a sentenze additive, che superano il classico schema delle "rime obbligate". La Corte ha precisato che il vuoto normativo conseguente ad una rimozione semplice della norma dall'ordinamento sarebbe inaccettabile soltanto nel caso in cui «ne derivasse una menomata protezione di diritti fondamentali dell'individuo o di beni di particolare rilievo per l'intera collettività rispetto a gravi forme di aggressione, con eventuale conseguente violazione di obblighi costituzionali o sovranazionali». Nel caso esaminato la Corte ha ritenuto che non sussistessero tali condizioni⁴¹, pur avendo la questione ad oggetto una norma sanzionatoria.

Indubbiamente non si possono trarre conseguenze affrettate da una semplice pronuncia, in cui peraltro la Corte ribadisce che in determinate situazioni il vuoto normativo sarebbe comunque

incostituzionalità o "sospensione" temporanea della norma costituzionale?, in *Osserv. cost.*, n. 2, 2021, 131. In senso critico cfr. anche A. RUGGERI, *Vacatio sententiae alla Consulta*, cit., secondo cui la decisione si pone «ben oltre (e, per ciò stesso, contro) il disposto di cui all'art. 136 della Carta che – come si sa – vorrebbe prodotto subito e in ogni caso l'effetto ablativo che è proprio delle pronunzie di accoglimento»; R. PINARDI, *Costituzionalità "a termine" di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, in *Consulta Online*, n. 1, 2021, 288 ss.

³⁸ Cfr. le considerazioni di A. PUGIOTTO, *Dalla porta stretta alla fuga dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2016, 169, quando richiama la Corte alla difesa e al rispetto delle regole che presiedono al processo costituzionale. Come afferma l'Autore, «la conformità a Costituzione del diritto legislativo va garantito dentro il processo costituzionale, non contro o fuori di esso». Si veda anche R. PINARDI, *Governare il tempo (e i suoi effetti)*, cit., 59 ss.

³⁹ Cfr. la sent. 23 settembre 2021, n. 185.

⁴⁰ Principio già riconosciuto espressamente nel lontano 1958. Cfr. la sent. 24 novembre 1958, n. 59.

⁴¹ Secondo la Corte, nel caso di specie, «il deficit di tutela conseguente all'ablazione della norma denunciata non attinge, dunque, a quei livelli che rendono indispensabile la ricerca – e l'indicazione, da parte del giudice rimettente (sentenze n. 115 del 2019 e n. 233 del 2018) – di soluzioni sanzionatorie alternative, costituzionalmente adeguate, suscettibili di essere sostituite, ad opera di questa Corte, a quella sospettata di illegittimità costituzionale, in attesa di un intervento legislativo».

inaccettabile⁴². Si può, più che altro, cogliere un segnale di un possibile parziale riassetto: il ricorso, per un verso, a pronunce di inammissibilità, con incostituzionalità accertata, ma non dichiarata o, per altro verso, ad additive che oltrepassino il tradizionale schema delle “rime obbligate”, facendo leva su precisi punti di riferimento offerti dal sistema normativo vigente, anche alternativi tra loro, costituisce l'*extrema ratio*. Laddove sussista un vizio di costituzionalità, il necessario rispetto della discrezionalità del legislatore dovrebbe in via generale condurre ad una sentenza caducatoria, con gli effetti di cui all'art. 136 Cost.

Nel caso dell'assegnazione in REMS, in realtà, siamo già in presenza di una mancata applicazione di quanto previsto dalla disciplina vigente, per ragioni varie. Oltre tutto è difficile immaginare come la Corte possa in futuro - qualora il legislatore dovesse rimanere inerte e il problema fosse nuovamente sottoposto al suo esame - intervenire efficacemente sul punto, per affrontare e risolvere il tema di fondo, quello della mancanza di effettività della tutela dei diritti fondamentali in rilievo. Anche in quest'ottica, la pronuncia di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, che evidenzia una violazione di riserve assolute di legge, senza trarne le dovute conseguenze, e che al contempo segnala l'intenzione di non sottrarsi una seconda volta all'accoglimento della questione, nell'ipotesi in cui l'inerzia del legislatore dovesse protrarsi eccessivamente⁴³, trasmette una sensazione di incompiutezza.

⁴² Cfr. R. PINARDI, *L'horror vacui nel controllo di costituzionalità su misure di carattere sanzionatorio (note a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 185 del 2021)*, in *Nomos*, n. 3, 2021, 8 ss., secondo cui le argomentazioni della Corte in questa pronuncia rivestono, in realtà, un ruolo assai meno dirompente di quanto potesse apparire ad una prima lettura.

⁴³ Con le parole conclusive della Corte, subito prima del dispositivo: «non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine ai gravi problemi individuati dalla presente pronuncia».