

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 3/2022

Data: 7 giugno 2022

La Corte alla ricerca di nuove strade per garantire la massima effettività dei diritti fondamentali. Note a margine della sentenza n. 22 del 2022 della Corte costituzionale*

di Ottavia Di Capua – Dottoressa in Giurisprudenza, Università degli Studi Roma Tre

ABSTRACT: This article analyses the Constitutional Court's judgement no. 22/2022 in which the Court, following an articulated preliminary enquiry to the various public bodies having competence in the REMS system, concludes its intervention with a decision of “inadmissibility”, accompanied by an ultimate and reinforced warning to the Legislator. The complaints raised by the referring body and shared by the Constitutional Judges and the inefficiencies of the entire system would not be overcome by a ruling of the Court. It's necessary for a legislative reform to reorganize the discipline of the security measure in such a way as to guarantee the effectiveness of the fundamental rights. The paper highlights, on the one hand, the complex and innovative procedural tool used by the Court, which has become a promoter of loyal cooperation between the different institutions, and on the other hand, the use of the concept of vulnerability, a constant reference for any Court to ensure the universalism of the protection of fundamental rights.

SOMMARIO: 1. L'impervia strada del sistema delle REMS: dall'introduzione al «grido di dolore» della magistratura inerme. – 2. L'ordinanza istruttoria n.131 del 2021: la Corte “coordinatrice”. – 3. La decisione finale: l'inammissibilità come tappa verso la realizzazione di un sistema di tutele

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

efficaci. – 4. Osservazioni conclusive. – 4.1 Un monito rafforzato. – 4.2 L’ineludibile esigenza di tutela dei diritti fondamentali dei soggetti «doppiamente vulnerabili».

1. L’impervia strada del sistema delle REMS: dall’introduzione al «grido di dolore» della magistratura inerme

Il cammino per il corretto funzionamento delle Residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), iniziato con il graduale superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari (OPG), è stato, e continua ad essere, lento e faticoso, richiedendo il coinvolgimento attivo di diversi soggetti.

Con il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 1° aprile 2008, nell’assegnare alle Regioni la competenza per la tutela dei soggetti che hanno commesso fatti costituenti oggettivamente reato, socialmente pericolosi e affetti da vizio parziale o totale di mente, si erano dettate delle linee guida per garantire, oltre alle esigenze di sicurezza, la tutela della salute negli OPG e nelle case di cura e custodia. In seguito, l’introduzione dell’art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011, convertito in l. n. 9 del 2012¹, fissava il termine di definitivo superamento di queste strutture entro il 1° febbraio 2013 e, a seguito di deroghe, con la legge n. 81 del 2014, al 31 marzo 2015. Non essendosi rispettata nemmeno tale ultima scadenza in numerose Regioni, il Governo, tramite l’esercizio del potere sostitutivo, ha nominato un commissario unico il quale, finalmente, nel febbraio 2017 ha sancito la definitiva chiusura degli OPG.

Ma i problemi non sono finiti nel 2017, tutt’altro. Il numero di coloro che necessitavano del ricovero presso le REMS è da subito parso molto superiore ai posti a disposizione: la creazione dei posti è stata eseguita sulla base del «numero di internati presenti negli OPG dopo una fortissima campagna di dimissione». Non si tenne, pertanto, conto dei nuovi possibili ingressi².

¹ D. PICCIONE, *Il pensiero lungo. Franco Basaglia e la Costituzione*, Merano 2014, 150, sottolinea la matrice culturale comune della predetta legge e della legge n. 180 del 1978 che ha condotto alla soppressione degli ospedali psichiatrici. Nonostante le due riforme siano avvenute in periodi storici profondamente diversi, soprattutto dal punto di vista del ruolo ricoperto dal Parlamento nell’ordinamento, ciò che le accumuna è lo scopo perseguito, che lo stesso dettato costituzionale impone, ossia quello di garantire «l’effettività delle libertà costituzionali» che si realizza mediante una «lotta inesausta contro le istituzioni dell’esclusione».

² G. NICOLÒ, *Oltre le buone intenzioni: no al ritorno al passato e problema di legittimità costituzionale. Quindi quale futuro?*, in *Questione Giustizia* online, 4 febbraio 2021. F. GUALTIERI, *L’applicazione delle misure di sicurezza detentive e il “malfunzionamento strutturale” del sistema delle REMS, secondo C. Cost., sentenza n. 22 del 2022: un punto di svolta nel superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Giustizia insieme*, 7 febbraio 2022, par. 4,

Inoltre, al fine di consentire un'adeguata cura e tutela, e un pieno rispetto della dignità dei soggetti ricoverati, il decreto del 1° ottobre 2012 emanato dal Ministro della Salute, di concerto con il Ministro della Giustizia e con l'intesa della Conferenza unificata, fissava il limite numerico di venti posti letto in una REMS. A ciò si aggiunga che, pur prevedendo l'art. 3-ter del d.l. 211 del 2011 la misura di sicurezza detentiva quale *extrema ratio*, applicabile solo in caso di dimostrata inidoneità di misure alternative, l'assenza di effettivi diversi strumenti ha condotto al ricovero presso le REMS di soggetti autori di «reati tutto sommato modesti»³. Al contempo si è assistito al ricovero presso le medesime strutture di «soggetti “disturbanti”», colpevoli di reati ben più gravi⁴. A queste due tipologie di soggetti debbono corrispondere, ovviamente, esigenze di cura e, al contempo, di sicurezza diverse.

Al contrario, nell'attuale sistema, l'unica differenza derivante dalla tipologia del reato contestato consiste nel tempo di permanenza presso le REMS, introdotto dalla legge n. 81 del 2014 allo scopo di evitare i c.d. ergastoli bianchi che caratterizzavano le precedenti misure di sicurezza⁵. Tale termine viene calcolato mediante il rinvio ex art. 1, comma 1-*quater*, d.l. n. 52 del 2014, ai criteri dettati dall'art. 278 c.p.p., facendo così riferimento alla pena edittale massima prevista per il reato⁶.

evidenzia la preoccupante e lampante differenza, che poteva lasciar presagire l'inefficienza del nuovo sistema, tra la «media di circa 1.250 pazienti accolti nei vecchi OPG, per lo meno tra gli anni 2008 e 2011» e i soli 652 posti letto previsti nelle 36 REMS.

³ P. PELLEGRINI, *Il superamento degli OPG e le REMS. Oltre le buone intenzioni*, in *SosSanità*, www.sossanita.org, 7 giugno 2020, che calcola il numero di questi soggetti nel circa 35% dei ricoverati.

⁴ IBIDEM. L'Autore afferma l'inidoneità del ricovero presso le REMS di «soggetti criminali, altamente psicopatici, dipendenti da sostanze, [...] sex offender» per cui auspica la predisposizione di «trattamenti mirati ma nell'ambito di un'articolata risposta penitenziaria e di appropriati percorsi alternativi personalizzati».

⁵ Per considerazioni approfondite e attenta ricostruzione dei vari interventi normativi cfr. A. PUGIOTTO, *La follia giuridica dell'internamento dei manicomi criminali*, in F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Volti e maschere della pena. OPG e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Roma 2013, 117-141. L'Autore rilevava che le criticità e gli attriti con i diritti fondamentali, riscontrati nel precedente sistema delle misure di sicurezza detentive, sarebbero stati superabili tramite l'abolizione del doppio binario, introdotto con il codice Rocco e sopravvissuto fino ad oggi. Non trattandosi di una previsione imposta dalla Costituzione e venuta meno ogni distinzione della funzione propria della pena e della misura di sicurezza, entrambe volte al reinserimento del soggetto all'interno della società, l'Autore sottolineava la ragionevolezza dell'abrogazione delle disposizioni che prevedono la non imputabilità per vizio di mente, sì da garantire ai soggetti indagati o imputati di essere «giudicat[i] per le loro azioni», di potersi effettivamente difendere, e, in caso di condanna, di essere sottoposti ad una pena «certa», determinata e non prorogabile, eliminando così a monte qualsiasi rischio di riproposizione degli «ergastol[i] nascost[i]».

⁶ Critiche riguardo la previsione di un termine massimo agganciato alla pena sono espresse da A. LAURITO, *Le REMS e la sfida del nuovo modello terapeutico-riabilitativo nel trattamento del folle reo*, in A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione*, Roma 2017, 260 ss., il quale ne osserva le conseguenze che si riflettono negativamente sull'efficacia specialpreventiva sia a contenuto positivo, dovendosi dimettere, per mera decorrenza di un termine parametrato ex art. 278 c.p.p., un soggetto potenzialmente ancora bisognoso di cure e terapia, sia sull'efficacia specialpreventiva a contenuto negativo, nei casi, ad esempio, di infermità mentale irrecuperabile del reo in cui, con la dimissione allo scadere del termine si verificherebbe una «contrazione delle esigenze di difesa sociale». Ipotizza fosse

La «logica di fondo assai diversa rispetto al ricovero in OPG»⁷ che caratterizza la nuova misura di sicurezza e che ha l'indiscusso pregio di valorizzare le ragioni di cura della salute del soggetto ricoverato⁸, contrariamente alla precedente concezione in cui «prevale[va] l'inquadramento della follia come [...] necessità di sicurezza degli altri»⁹, trova, in alcuni casi, il personale delle Residenze, caratterizzate da una gestione esclusivamente sanitaria e da una blanda attività di vigilanza, incapace di affrontare situazioni «anche di tipo contenitivo e detentivo».¹⁰

Non solo. A seguito della sentenza Raso n. 9163 del 2015 delle Sezioni Unite Penali, sono state ricondotte al vizio di mente, grazie al progresso della ricerca scientifica, situazioni ulteriori rispetto a quelle originariamente immaginate negli art. 88 e 89 c.p. Ciò ha condotto all'incoerenza del sistema che, pur sancendo la «straordinaria eterogeneità delle situazioni sintetizzate dall'etichetta del vizio di mente», non si è preoccupato di «corrisponde[re] una diversificazione delle misure terapeutiche e custodiali per il trattamento dell'autore di reato con disturbi psichiatrici»¹¹.

Insomma, nel sistema del ricovero delle REMS, al giusto fine di scongiurare il rischio di sovraffollamento nelle strutture, si è giunti al paradossale risultato di sovraffollare le stesse liste d'attesa, sia in entrata sia in uscita¹², con conseguente ineseguitabilità dei provvedimenti e ampi vuoti di tutela tanto nei confronti degli internandi, quanto della comunità.

Rilevano in proposito anche due risoluzioni del Consiglio Superiore della Magistratura adottate rispettivamente il 19 aprile 2017 e il 24 settembre 2018. Nella prima risoluzione il CSM, per far fronte ai numerosi problemi riscontrati nell'applicazione della disciplina, ha «delinea[to] un quadro di buone pratiche e di schemi procedimentali» soffermandosi sulla necessità di una continua

più opportuno prevedere «una presunzione relativa di non pericolosità legata al decorso di un determinato lasso di tempo», in modo tale da consentirne un adattamento al caso concreto e così garantire al contempo la funzione di tutela della collettività e della libertà del reo.

⁷ Corte Cost. n. 22 del 2022, punto 5.1 *Considerato in diritto*.

⁸ Sulla tutela dell'integrità psico-fisica quale «presupposto» della finalità della pena, «la risocializzazione» del detenuto, e sulle criticità e contraddizioni riscontrate nella realtà carceraria nella tutela del diritto fondamentale alla salute, M. CAREDDA, *Il diritto alla salute nelle carceri italiane. Questioni ancora aperte*, in M. RUOTOLO, S. TALINI, *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli 2017, 165-196.

⁹ D. PICCIONE, *Il pensiero lungo*, cit., 140. L'Autore pone in luce come lo stesso riferimento normativo alla pericolosità sociale quale presupposto per l'applicazione della misura di sicurezza di ricovero presso un OPG, «qualifica[va] la funzione» di «neutralizza[zio]ne [del] reo non imputabile» di queste strutture che, «perseguendo finalità miste e ambivalenti, regredi[vano] [...] [in] generatori di esclusione, malessere, sofferenza psichica e fisica».

¹⁰ M. PATARNELLO, *Le Rems: uscire dall'inferno solo con le buone intenzioni*, in *Questione Giustizia* online, 2 giugno 2020, par. 3, il quale segnala le numerose richieste di ausilio effettuate dalle REMS nei confronti dei magistrati di sorveglianza nella gestione dei pazienti più problematici sotto l'aspetto della pericolosità.

¹¹ A. MASSARO, *Tutela della salute mentale e sistema penale: dalla possibile riforma del doppio binario alla necessaria diversificazione della risposta "esecutiva"*, in *Questione Giustizia*, 13 maggio 2021, 6.

¹² Rileva il problematico aspetto delle liste d'attesa in uscita G. NICOLÒ, *Oltre le buone intenzioni*, cit.

collaborazione e di una costante «integrazione funzionale tra ufficio di sorveglianza, Dipartimenti di salute mentale [...], direzione delle REMS, Ufficio per l'esecuzione penale esterna (UEPE)» per consentire al giudice «[l]a conoscenza aggiornata delle soluzioni offerte dai servizi» e quindi, di volta in volta, la valutazione delle esigenze per il caso, e per rendere la misura di sicurezza custodiale l'estremo rimedio. Nella seconda risoluzione il CSM, ribadendo le finalità espresse dalla precedente, ha richiamato l'utilità dei Protocolli operativi quali strumenti per «conferire alla già auspicata collaborazione tra gli organismi pubblici e privati carattere stabile e forma strutturata», sì da «integrare il procedimento giudiziario in ciascuna delle sue fasi»¹³.

È in questo contesto che si inserisce «il grido di dolore»¹⁴ del Tribunale ordinario di Tivoli effettuato con l'ordinanza di rimessione dell'11 maggio 2020.

Il Giudice per le indagini preliminari nel giugno 2019 aveva disposto l'applicazione provvisoria della misura di sicurezza del ricovero presso una REMS e, in attesa dell'eseguibilità di quest'ultima, l'applicazione della libertà vigilata presso una struttura residenziale terapeutico riabilitativa (SRTR). Il pubblico ministero, trovandosi nel corso dei dieci mesi successivi nell'impossibilità di eseguire la misura di sicurezza del ricovero, stante l'indisponibilità di posti e l'assenza di qualsivoglia potere del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (DAP), in base alla legislazione vigente, «di incidere sulle manifestazioni di quelle REMS che rifiutavano di ricevere l'internando»¹⁵, si rivolgeva al giudice, segnalando tra l'altro l'ineseguibilità della misura di sicurezza della libertà vigilata, dovuta alla mancanza di collaborazione della persona sottoposta alle indagini di seguirne le prescrizioni. Pertanto, il giudice, contestualmente all'ordinanza di revoca della libertà vigilata, decideva di rimettere la questione davanti alla Corte costituzionale, dubitando della legittimità costituzionale degli artt. 206 e 222 c.p.¹⁶ e dell'art. 3-ter d.l. n. 211/2011, come

¹³ Per il testo integrale delle due risoluzioni del CSM e per considerazioni approfondite cfr. B. SECCHI, A. CALCATERRA, *La nuova risoluzione del CSM in tema di misure di sicurezza psichiatriche*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 settembre 2018.

¹⁴ M. PATARNELLO, *Le Rems: uscire dall'inferno solo con le buone intenzioni*, cit., par. 5.

¹⁵ Corte Cost. n. 22 del 2022, punto 1.1 del *Ritenuto in fatto*.

¹⁶ L'art. 222 c.p. è stato ripetutamente sottoposto all'esame della Corte costituzionale: lo stesso giudice costituzionale nella sent. n. 253 del 2003 sottolineava che la disposizione «risulta[va] oggetto di ben 18 decisioni della Corte dal 1967 ad oggi», quasi tutte culminate, però, in pronunce di infondatezza e inammissibilità. Con la sentenza n. 139 del 1982 il Giudice delle leggi ha sancito l'incostituzionalità degli artt. 222, primo comma, 204. Cpv. e 205, cpv, nella parte in cui, dettando una «presunzione assoluta di durata dell'infermità psichica», non consentivano al giudice, nel disporre l'applicazione della misura di sicurezza del ricovero in un OPG, una valutazione «della persistente pericolosità sociale», con ciò «prescinde[ndo] dalla "attualizzazione" del giudizio» sulla salute psichica del soggetto. Sempre in tema di infermità di mente del reo, rileva la successiva sentenza n. 141 del 1982, avente ad oggetto gli artt.

successivamente modificato, e da ultimo convertito nella l. n. 81 del 2014, che disciplina il processo di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (OPG). Il giudice *a quo*, con un'ordinanza di rimessione completa e dettagliatamente motivata, ha sollevato questione di legittimità costituzionale di tali articoli per incompatibilità con gli artt. 27 e 110 Cost., laddove essi non contemplano alcun coinvolgimento del Ministro della Giustizia nell'esecuzione della misura di sicurezza¹⁷, e con gli artt. 2, 3, 25, 32 e 110 Cost., poiché l'attribuzione della competenza sulla disciplina della misura ad atti amministrativi violerebbe la riserva di legge.

2. L'ordinanza istruttoria n.131 del 2021: la Corte "coordinatrice"

Con un'ampia e articolata richiesta istruttoria ai sensi dell'art. 12 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale¹⁸, effettuata con l'ordinanza n. 131 del 2021, il giudice

88 e 206 c.p., con cui il giudice costituzionale, distinguendo la misura prevista dal primo art. censurato dal giudice *a quo* dalle misure di sicurezza provvisorie ex. art. 206 c.p., conclude circa l'infondatezza delle censure prospettate sia con riferimento all'art. 27, cpv, Cost., escludendo che alla misura di cui all'art. 88 c.p. possa attribuirsi «funzione di prevenzione speciale» e, a maggior ragione, «natura sanzionatoria», sia con riferimento all'art. 3, primo comma, Cost «in considerazione del diverso trattamento stabilito per i comuni infermi di mente (non imputati)», stante la «non omogeneità delle situazioni considerate» dal giudice ricorrente. Con la predetta sentenza n. 253 del 2003 è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 222 c.p. «nella parte in cui, [dettando un automatismo,] non consent[iva] al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale». A seguito di tale pronuncia, il Giudice delle leggi, con la sentenza n. 367 del 2004, è intervenuto nuovamente per dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'automatismo previsto dall'art. 206 c.p. in materia di misure di sicurezza provvisorie. Con la sentenza n. 208 del 2009, avente ad oggetto l'art. 219 c.p. nella parte in cui esclude una valutazione delle esigenze del caso concreto per l'assegnazione di altra misura di sicurezza in luogo del ricovero in casa di cura e custodia, la Corte, nel dichiarare l'inammissibilità della questione per omesso tentativo di interpretazione conforme del giudice *a quo*, ribadisce «il principio secondo il quale si deve escludere l'automatismo che impone al giudice di disporre comunque la misura detentiva, anche quando una misura meno drastica [...] si riveli capace, in concreto, di soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura e tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale».

¹⁷ A. CALCATERRA, *Misure di sicurezza con ricovero in REMS: il ritorno al passato no!*, in *Diritto penale e uomo – Criminal Law and Human Condition*, n. 6/2020, 44. L'Autrice teme che la richiesta effettuata con l'ordinanza di rimessione dal giudice *a quo* di coinvolgimento del Ministro della Giustizia, quale «organo che sovrintende l'Amministrazione penitenziaria», nell'esecuzione di questa misura di sicurezza esponga al rischio «un vero e proprio ritorno al passato» nella modalità di gestione e di tutela dei pazienti ricoverati, comportando una regressione della disciplina, la quale verrebbe nuovamente inserita nel circuito penitenziario con conseguente valorizzazione «del principio custodiale e di sicurezza sociale rispetto a quello di cura». Analoga preoccupazione è esposta da P. ADDIS, *La Corte costituzionale, le Rems e un uso particolare del potere istruttorio*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2021, 1364.

¹⁸ Sui poteri istruttori della Corte T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano 1997, in cui, tra i numerosi profili trattati e l'approfondimento delle 55 ordinanze istruttorie fino ad allora esperite, l'Autrice anticipa l'utilità dell'ingresso nel processo costituzionale degli *amici curiae* per l'acquisizione di elementi fattuali, apertura ora realizzata mediante la Delibera dell'8 gennaio 2020; G. A. FERRO, *Istruttoria e giudizi di*

costituzionale, preso atto dell'inefficienza del sistema incentrato sul ricovero nelle REMS, pone ben quattordici quesiti a tutti i soggetti pubblici nazionali aventi poteri e responsabilità nell'ambito del sistema di trattamento del soggetto indagato o imputato affetto da infermità psichica, socialmente pericoloso. Il giudice costituzionale si rivolge direttamente, assegnando un termine di 90 giorni, al Ministro della Giustizia, al Ministro della Salute, al Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e al Presidente dell'Ufficio parlamentare di bilancio.

I quesiti posti sono puntuali e penetranti: quante e quali sono le REMS per Regione e quanti pazienti ospitano; come viene regolamentata la deroga al principio di territorialità nel ricovero del paziente; quante persone risultano in attesa del collocamento presso una struttura sia a livello regionale che a livello nazionale, quali siano i titoli di reato contestati e dove sono provvisoriamente ubicate; quali difficoltà si riscontrano nel funzionamento dei luoghi di cura per la salute mentale esterni alle REMS; quali competenze vengono riconosciute al Ministro della Giustizia e al Ministro della Salute e se vi siano forme di coordinamento tra questi ultimi e le aziende sanitarie locali (ASL) e i Dipartimenti di salute mentale (DSM); se vengono garantiti i livelli essenziali di assistenza (LEA) dalle Regioni nei trattamenti per la salute mentale disposti dal giudice; se vi sia monitoraggio del Governo ed eventualmente la previsione di poteri sostitutivi; quali sono le ragioni della crisi del sistema delle REMS e se vi siano progetti di riforma legislativa per superarne le inefficienze¹⁹.

È ormai incontestabile il rilievo del fatto anche nel giudizio costituzionale²⁰ il quale, pur trattando una vicenda «su atti» e «tra atti», nasce da un caso concreto e non può comunque eludere

legittimità costituzionale, Leonforte 2010. L'Autore, dopo attenta analisi delle ordinanze istruttorie cui è ricorso la Corte e dei modelli processuali seguiti negli altri processi, conclude circa la natura peculiare dell'istruttoria esperita nel giudizio costituzionale, rilevandone aspetti, quali l'inquisitorialità e la discrezionalità del giudice costituzionale sia nelle modalità di svolgimento sia nella valutazione delle risultanze, che la avvicinerebbero all'istruttoria legislativa, sia pure «copert[a] da forme (o formalità) processuali». L'Autore, sottolineando la natura giurisdizionale del Giudice delle leggi, esprime la necessità che il processo costituzionale, pur mantenendo caratteri propri e peculiari, muti indirizzo e segua «le coordinate assiologiche racchiuse nel concetto costituzionalmente accolto di processo», garantendo così una più netta divisione tra la Corte e i «soggetti pubblici al cui controllo essa è, in parte, preposta». Va inoltre precisato che la Corte costituzionale si è sempre mostrata restia e parsimoniosa nell'utilizzo dei suoi poteri istruttori, V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, 393; M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2017, 9, evidenza che, dall'inizio della sua attività al 2016, le ordinanze istruttorie sono state solo 93.

¹⁹ P. ADDIS, *La Corte costituzionale, le Rems e un uso particolare del potere istruttorio*, cit., 1366-1367, basandosi sulle diverse categorie di fatti rilevanti per la Corte elaborate dalla dottrina, riconduce la natura dei dati fattuali richiesti nell'ordinanza in esame a «fatti extraprocessuali di carattere naturale o amministrativo» e a «fatti economici».

²⁰ Ricostruisce dettagliatamente le osservazioni e gli esiti del dibattito dottrinale avente ad oggetto la rilevanza del fatto nel giudizio sulle leggi G. A. FERRO, *Istruttoria e giudizi di legittimità costituzionale*, cit., 183 ss.

un qualche giudizio prognostico anche nella fase finale del giudizio²¹. È lo stesso fatto che «illumina la disposizione, la qualifica, la chiarisce»²², e contribuisce a giungere ad una soluzione non assurda, poiché, «attesta[ndo] lo stretto ancoraggio del giudizio costituzionale alla dimensione della concreta applicazione della norma ai rapporti tra consociati»²³, permette che la soluzione data dal giudice costituzionale sia verificata²⁴, nel senso che essa non può essere in contrasto con l'ordinamento nel suo complesso²⁵. È proprio il giudizio *a quo* a divenire la «fenditura attraverso la quale le vicende della vita penetrano, grazie al caso concreto, nell'ambito del processo costituzionale» e impone al giudice, al fine di garantire l'«effettività della tutela», un approfondimento dei dati fattuali e un giudizio di costituzionalità avente ad oggetto la «*law in action*»²⁶.

²¹ V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, cit., 393.

²² IBIDEM.

²³ R. NEVOLA (a cura di), *L'assistenza alla decisione giurisdizionale, Appunti per l'incontro quadrilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale spagnolo, Corte costituzionale portoghese e Consiglio costituzionale francese*, Servizio Studi, in www.cortecostituzionale.it, 28 settembre 2018, 49.

²⁴ «Le teorie sono una cosa bellissima e necessarissima, ma le teorie giuridiche han da servire a spiegare i fatti; perciò, se v'è contrasto, sono le teorie che si devono adattare ai fatti». Questo è stato il monito del Prof. Antonio Scialoja riportato da V. ANDRIOLI, *Ricordo di Antonio Scialoja*, in *Il Foro italiano*, n. 5/1968, 17.

²⁵ La necessità di essere preparata davanti alla continua evoluzione, e quindi al complicarsi della società, è sempre più avvertita dalla Corte. Il dato è confermato anche dalla previsione della possibilità per il giudice costituzionale di ricorrere, laddove ne ravvisi la necessità, all'audizione in apposita camera di consiglio di esperti di chiara fama, introdotta con la riforma dell'8 gennaio 2020 ed ora contenuta nell'art. 17 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte. Si tratta di un mezzo che garantisce un vantaggioso incremento del ventaglio di strumenti "formali" a disposizione della Corte per la comprensione del reale, più elastico rispetto all'istruttoria formale, in quanto consente alla Corte una libera valutazione degli apporti conoscitivi. Per approfondimenti v. A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2020, 7 aprile 2020, 13-26. Sempre con la delibera del gennaio 2020, la Corte ha permesso l'ingresso nel processo costituzionale di interessi collettivi e diffusi attinenti alla questione di costituzionalità tramite la veste processuale dell'*amicus curiae*. Anche questo istituto conferma la rilevanza del fatto nel giudizio costituzionale poiché permette ora alle formazioni sociali senza scopo di lucro e ai soggetti istituzionali, portatori di tali interessi, di apportare il proprio contributo, scaturito dall'esperienza sul campo, attraverso la presentazione di opinioni scritte sottoposte a un vaglio di ammissibilità circa l'utilità per la risoluzione del caso. Per un'analisi approfondita dei primi decreti di ammissione compiuti dalla Corte v. M. D'AMICO, *Gli 'amici curiae'*, in *Questione giustizia*, n. 4/2020, 122-136. La decisione di introdurre questa figura processuale nel nostro ordinamento non è stata scevra da critiche: alcuni Autori hanno evidenziato il rischio che la Corte finisca per subire un'eccessiva pressione da parte di soggetti, quali sindacati e partiti politici, già ampiamente inseriti nel tessuto sociale: questi ultimi potrebbero approfittare della breccia così aperta per introdurre discussioni e dinamiche politiche in una sede impropria. Così M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 411 ss.; A. D'ATENA, *Sul radicamento della Corte costituzionale e sull'apertura agli "amici curiae"*, in *Aa. Vv.*, *Liber amicorum per Pasquale Costanzo. Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale*, in *Consulta Online*, 2 luglio 2020, 29 ss.; G. P. DOLSO, *Recenti interventi sul processo costituzionale*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2020, 400; P. RIDOLA, *La Corte costituzionale si apre all'ascolto della società civile*, in *Federalismi*, 22 gennaio 2020, VI, il quale, confermando l'utilità di questo ruolo processuale, ha evidenziato la necessità di dotare la Corte di quegli «strumenti di protezione della [sua] indipendenza non solo nei confronti dello stato, ma anche dall'aggressività del tessuto pluralistico».

²⁶ T. GROPPI, *Nuova vita per i "vecchi" poteri istruttori?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2021, 1360.

L'ordinanza in questione sembra, però, andare oltre la mera richiesta istruttoria ai fini della conoscenza dei dati fattuali, poiché può interpretarsi come un invito, tramite una necessaria azione di coordinamento collaborativo, rivolto a tutte le istituzioni coinvolte per adoperarsi al fine di individuare le falle del sistema, premessa indispensabile per una soddisfacente soluzione del problema, coerente, nella sua applicazione, con le norme costituzionali. In altre parole, si mira a che le istituzioni competenti, coordinandosi tra loro, divengano esse stesse autrici della costruzione di un edificio giuridico coerente quanto più possibile con le diverse esigenze dell'ordinamento: la tutela della collettività e la tutela del detenuto vulnerabile²⁷.

Da una parte lo strumento "leggero" formalmente utilizzato, l'ordinanza istruttoria, pone la Corte al riparo da possibili critiche di ingerenza che negli ultimi anni hanno interessato la sua attività²⁸, d'altra parte realizza, però, una fondamentale attività di coordinamento in profondità che, nel caso di specie, era mancata, nella consapevolezza che per «ambire a delineare un "dover essere" (costruito sulla base dei principi costituzionali, sovranazionali e legislativi) non può prescindere[si] dalla conoscenza dell'"essere"»²⁹.

Il fatto che si sia voluto accompagnare l'ordinanza in esame con un comunicato stampa sta ad indicare la consapevolezza della Corte della particolare utilizzazione dello strumento del potere istruttorio³⁰. Basti pensare che, dal 1986 e fino all'ordinanza istruttoria n. 79 del 2021, per le

²⁷ Rende evidente la particolarità di alcuni dei quesiti posti dal Giudice delle leggi e, quindi, la finalità perseguita dalla Corte non solo di acquisire conoscenze ma anche «di suscitare riflessioni sia fra i decisori politici, sia nell'opinione pubblica» suggerendo al Governo e al Parlamento «una serie di possibili contromisure che fungano da antidoto a criticità e problemi che possono avere conseguenze molto gravi», P. ADDIS, *La Corte costituzionale, le Rems e un uso particolare del potere istruttorio*, cit., 1369. Nello stesso senso v. E. OLIVITO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale: conoscenza della prassi applicativa della legge o preannuncio di un monito, in anticipo su Strasburgo?*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2/2021, 10, che sottolinea «l'inusuale intento» che la Corte pare voler perseguire «di richiamare l'attenzione del legislatore e delle amministrazioni pubbliche». Si tratterebbe di una sorta di monito anticipato affinché le autorità competenti si occupino di risolvere le inefficienze del sistema.

²⁸ In generale, negli ultimi anni è stata messa in luce una rinnovata centralità del ruolo della Corte. In dottrina vi è chi ha ravvisato veri e propri «sconfinamenti» nell'atteggiamento del giudice costituzionale in grado di alterare l'equilibrio dei poteri e finanche l'intero ordinamento, v. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, 251-290. Altri, al contrario, hanno considerato le azioni del giudice costituzionale degli «adattamenti» al contesto attuale derivanti dall'«elasticità» che, nel nostro ordinamento costituzionale, ha caratterizzato sempre l'indispensabile «linea di confine» che demarca le funzioni politiche da quelle di giustizia costituzionale, v. E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2019, 777-788.

²⁹ M. RUOTOLO, *La detenzione e i diritti dei detenuti come tema costituzionalistico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2015, 3.

³⁰ Sul sempre maggior ricorso ai diversi comunicati stampa, che assolvono alla funzione di informare la collettività degli avvenimenti più importanti nell'organizzazione e nell'attività del giudice costituzionale, e, in generale sulla strutturazione di una costante e stabile comunicazione verso l'esterno, v. A. CELOTTO, *I comunicati stampa aiutano o*

ordinanze istruttorie, di cui si escludeva la rilevanza per i consociati, non erano nemmeno previste la numerazione e la pubblicazione³¹.

3. La decisione finale: l'inammissibilità come tappa verso la realizzazione di un sistema di tutele efficaci

La Corte, nella sentenza n. 22 del 2022, si occupa, in prima battuta, di precisare il *thema decidendum* dal punto di vista della qualifica normativa. Il Giudice delle leggi rileva che le censure formulate dal giudice *a quo* concernono soltanto l'articolo 3-ter in quanto, nel disciplinare l'organizzazione e il funzionamento delle REMS, la disposizione avrebbe «estromesso il Ministro della Giustizia da ogni competenza rispetto all'esecuzione delle misure di sicurezza disposte dal giudice penale nei confronti di persone inferme di mente, in violazione dell'art. 110 Cost., e avrebbe altresì demandato a fonti normative secondarie o ad accordi con le autonomie territoriali la regolamentazione di aspetti essenziali delle misure di sicurezza in esame»³², con ciò violando il limite della riserva di legge di cui agli artt. 25 e 32 Cost. Gli articoli 206 e 222 c.p., anch'essi censurati dal giudice rimettente, nulla dispongono né sulle competenze del Ministro della Giustizia né sulla disciplina delle REMS. Di qui la conclusione dell'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto tali disposizioni del codice penale.

danneggiano la motivazione delle decisioni?, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 5/2009, 3728-3730; A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa dal palazzo della Consulta anziché provvedimenti cautelari della Corte costituzionale? Sugli "effetti preliminari" della dichiarazione d'incostituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, 1-16; G. D'AMICO, *Comunicazione e Persuasione a palazzo della Consulta*, in *Diritto e società*, n. 2/2018, 237-254; D. CHINNI, *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, in *Diritto e società*, n. 2/2018, 255-280; A. SPERTI, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in *Diritto e società*, n. 4/2019, 735-790; M. NISTICÓ, *Corte costituzionale, strategie comunicative e ricorso al web*, in D. CHINNI, *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Napoli 2019, 77-104; A. VACCARI, *Il ruolo dei comunicati stampa nel recente "caso Cappato"*, in D. CHINNI, *Potere e opinione pubblica*, cit., 185-195; *Forum, i comunicati stampa della Corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2020, 358-398.

³¹ T. GROPPI, *Nuova vita per i "vecchi" poteri istruttori?*, cit., 1358. L'Autrice, oltre a ricordare quando, per la prima volta, nella sentenza 197 del 2019 venne pubblicata in calce alla stessa l'ordinanza istruttoria disposta, sottolinea la rilevanza di questo cambiamento dal punto di vista della trasparenza nell'attività del giudice costituzionale. L'Autrice rileva anche la particolarità dell'ordinanza n. 79 del 2021 nel disporre l'audizione di testimoni, che, insieme alle altre considerazioni, pare essere di buon auspicio per una rinnovata attività istruttoria «in questa nuova fase della giurisprudenza costituzionale» impegnata a garantire «l'effettività della tutela».

³² Corte Cost. n. 22 del 2022, punto 2.1 *Considerato in diritto*.

Sempre preliminarmente la Corte rileva che le vicende nel giudizio *a quo*, successive alla proposizione dell'ordinanza di rimessione – nel caso in esame l'assoluzione dell'imputato – non rilevano ai fini dell'ammissibilità delle questioni per l'autonomia del giudizio incidentale di costituzionalità, funzionale ad assicurare la preminenza dell'«interesse istituzionale e obiettivo alla costituzionalità delle leggi»³³, e che è ora sancito dall'art. 21 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale³⁴.

La Corte, pur attribuendo particolare rilievo alla finalità curativa e terapeutica della misura di assegnazione a una REMS, ne sottolinea la natura di misura di sicurezza fortemente limitativa della libertà personale avente «funzione di contenimento della pericolosità sociale di chi abbia già commesso un reato, o sia gravemente indiziato di averlo commesso, in una condizione di vizio totale o parziale di mente»³⁵ e ricorda che lo stesso d.l. n. 52 del 2014, convertito nella legge n. 81 del 2014 comprende espressamente il «ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza» tra le «misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive».

La Corte ricostruisce, pertanto, «la natura pienamente bifronte»³⁶ del ricovero presso le REMS, cui corrisponde una necessaria duplice finalità: «di cura e tutela dell'infermo e di contenimento della sua pericolosità sociale»³⁷.

La necessità che la materia sia disciplinata da una legge statale che detti non solo «i casi» ma anche «i modi» in cui debba trovare applicazione la misura di sicurezza in questione, discende, pertanto, sia dall'art. 25, terzo comma, che dall'art. 32, secondo comma, alla luce anche dell'art. 13 Cost.

Ad oggi, l'unica fonte legislativa contenente la disciplina dei casi in cui debba essere disposto il ricovero in una REMS è, oltre alle disposizioni del codice penale, l'art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011, come successivamente modificato, che prevede un mero rinvio ai casi in cui «poteva essere applicato il ricovero in OPG o l'assegnazione a casa di cura o di custodia, risultando inidonea ogni possibile alternativa non custodiale»³⁸, mentre si occupano dettagliatamente delle modalità di

³³ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, vol. 2, Bologna 2018, 314.

³⁴ «La sospensione, l'interruzione e l'estinzione del processo principale non producono effetti sul giudizio davanti alla Corte costituzionale».

³⁵ Corte Cost. n. 22 del 2022, punto 5.2 *Considerato in diritto*.

³⁶ F. GUALTIERI, *L'applicazione delle misure di sicurezza detentive e il "malfunzionamento strutturale" del sistema delle REMS*, cit., par. 3.

³⁷ Corte Cost. n. 22 del 2022, punto 5.2 *Considerato in diritto*.

³⁸ Corte Cost. n. 22 del 2022, punto 5.3.2 *Considerato in diritto*.

applicazione della misura fonti normative secondarie: il «decreto ministeriale del 1° ottobre 2012 [...], [l'] accordo adottato in Conferenza unificata il 26 febbraio 2015 e, a cascata, [...] tutti gli atti conseguenti adottati a livello delle singole Regioni e Province autonome»³⁹.

La Corte, pertanto, concorda con le prime censure formulate dal rimettente: è assolutamente necessario che una fonte primaria si occupi di disciplinare uniformemente in tutto il territorio nazionale la materia, di individuare ruolo e competenze dell'autorità giudiziaria e di attuare un coordinamento anche con gli altri testi legislativi, dal codice penale alla legge sull'ordinamento penitenziario che continuano riferirsi alle vetuste misure di sicurezza ormai definitivamente soppiantate dalle nuove REMS.

Quanto ai problemi applicativi della misura di sicurezza⁴⁰, la Corte ricostruisce un quadro di preoccupante e strutturale malfunzionamento delle residenze, fondato sulle risultanze istruttorie consistenti in una relazione predisposta dal Ministro della Giustizia, dal Ministro della Salute e dal Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome: dalla copiosità di persone in attesa di collocamento, ai lunghi tempi di permanenza nelle liste d'attesa, all'evidente maggiore difficoltà di alcune Regioni di gestire il sistema.

Ciò che il Giudice delle leggi pone in luce, nel continuo ritardo nell'esecuzione di provvedimenti che, «per loro natura [...] dovrebbero essere immediatamente eseguiti», è un «difetto sistemico di effettività nella tutela dell'intero fascio di diritti fondamentali che l'assegnazione a una REMS mira a tutelare»⁴¹: la protezione della comunità sociale nel suo insieme e il diritto alla salute dell'infermo. Le soluzioni che la Corte richiama sono quelle contenute nella relazione richiesta ai soggetti pubblici interpellati con l'ordinanza istruttoria che il giudice costituzionale ricostruisce

³⁹ IBIDEM.

⁴⁰ Sui problemi applicativi delle misure di sicurezza si è concentrata, a seguito della legge delega n. 103 del 2017, la 'Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione del sistema delle pene accessorie' presieduta dal Prof. Marco Pelissero, istituita tramite D.M 19 luglio 2017. Il progetto di riforma, poi non attuato dai d.lgs. n. 121, 123 e 124 del 2018 nella parte avente ad oggetto le misure di sicurezza, si concentrava da un lato sul garantire un'efficace tutela della sanità nell'ambito penitenziario, dall'altro sul potenziamento di misure terapeutiche alternative al carcere, distinguendo, per i soggetti prosciolti per infermità e socialmente pericolosi, a seconda della gravità del fatto di reato commesso, l'applicazione della «vigilanza terapeutica» ovvero del «ricovero in residenza terapeutica giudiziaria». V. M. PELISSERO, *Misure di sicurezza e REMS: una disciplina a metà guado*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere*, Napoli 2020, 79 ss. Pur se «non rientrante esplicitamente nel perimetro di lavoro della Commissione» il progetto elaborato dalla Commissione Pelissero è stato recentemente recepito dalla 'Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario', istituita con D.M. 13 settembre 2021, e presieduta dal Prof. Marco Ruotolo. Le relazioni finali di ciascuna Commissione sono reperibili sul sito del Ministero della Giustizia: www.giustizia.it.

⁴¹ Corte Cost. n. 22 del 2022, punto 5.4 *Considerato in diritto*.

dettagliatamente nella parte in fatto della sentenza: dalla ricerca di effettive vie alternative per la cura e la tutela della salute mentale, così da limitare il ricorso a provvedimenti di assegnazione di ricovero presso REMS, fino, solo laddove sia necessario, alla creazione di nuove strutture.

Sottolinea la correttezza dell'impostazione adottata dalla Corte il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale: «gli elementi di immaturità» dell'intero sistema non sono superabili con un «mero aumento numerico dei posti» ma tramite «una strategia composta per ridurre il divario tra posti disponibili e provvedimenti di assegnazione», che deve partire dall'effettiva possibilità di intraprendere percorsi e misure terapeutiche alternative, sì da rendere la misura custodiale del ricovero presso una REMS realmente «residuale»⁴².

Quanto all'ultima censura, riguardante la possibile violazione dell'art. 110 Cost, dovuta all'esclusione di ogni competenza del Ministro della Giustizia in materia, la Corte, pur riconoscendo la ragionevolezza di affidare la gestione di un trattamento «fortemente [...] terapeutico» ai sistemi sanitari regionali e pur implicitamente non accogliendo *in toto* la prospettazione formulata dal giudice *a quo*, concorda sull'illegittimità della disciplina, non potendosi prescindere da un'attività di sorveglianza e coordinamento nel funzionamento del sistema della misure di sicurezza in esame da affidare al Ministro della Giustizia, al fine di evitare che «le singole autorità giudiziarie [...] [si trovino] a interagire direttamente con le strutture amministrative delle singole REMS e i vari dipartimenti regionali per la salute mentale»⁴³.

Nonostante la condivisione delle censure prospettate dal rimettente e gli «evidenti profili di frizione»⁴⁴ della disciplina avente ad oggetto il sistema delle REMS con i principi e le norme costituzionali, è inevitabile la conclusione della Corte con una pronuncia di inammissibilità. Nessuno dei «*vulnera*» evidenziati può essere risolto da una pronuncia dell'organo costituzionale: il malfunzionamento dell'intero sistema non sarebbe superabile né tramite la previsione di una competenza del Ministro della Giustizia, né tramite una mera declaratoria di illegittimità, che ne comporterebbe, al contrario, l'integrale caducazione creando così un vuoto normativo e, quindi, una situazione di incostituzionalità ancora più accentuata di quella odierna. Si tratta di una pronuncia, seppur peculiare come a breve si dirà, di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata» con cui il

⁴² Comunicato stampa, *Dalla sentenza della Corte Costituzionale la necessità di una nuova legislazione per le Rems: servono cura, attenzione e assicurazione sociale*, Roma, 27 gennaio 2022, in www.garantenazionaleprivatiliberta.it.

⁴³ Corte Cost. n. 22 del 2022, punto 5.5 *Considerato in diritto*.

⁴⁴ Corte. Cost. n. 22 del 2022, punto 5.3.2 *Considerato in diritto*.

Giudice delle leggi decide di non dichiarare, pur accertandola, l'illegittimità costituzionale di una norma, poiché dall'eliminazione di questa si verrebbe a creare una situazione di maggiore attrito con la Carta costituzionale⁴⁵.

La Corte evidenzia, piuttosto, la necessità di una riforma legislativa che tenga debitamente conto dei profili di incostituzionalità della normativa e delle gravi inefficienze del meccanismo del ricovero presso le REMS evidenziati nella sentenza e rivolge un severo e ultimativo monito al legislatore, dettando le linee guida dell'imprescindibile intervento normativo, sottolineando «che non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa»⁴⁶.

L' intervento del legislatore rappresenterà, dunque, il necessario approdo di civiltà nel tortuoso cammino, culturale e giuridico – iniziato con il rifiuto dell'«istituzione totale per eccellenza: manicomio e carcere insieme»⁴⁷ e, ancor prima, con la legge Basaglia⁴⁸ – verso il raggiungimento di una tutela efficace della salute mentale, «tema a lungo relegato in una terra di nessuno»⁴⁹.

4. Osservazioni conclusive

4.1 Un monito rafforzato

Nel caso in esame la Corte è giunta al monito attraverso un procedimento al quale hanno contribuito tutte le autorità interessate e si sono così venuti a delineare gli elementi essenziali del

⁴⁵ M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli 2012 (consultato online in www.gruppodipisa.it, 18-19), il quale affianca a questa tipologia di pronunce quelle di «costituzionalità provvisoria» con cui si dichiara la costituzionalità della norma «condizionat[a] al progressivo riordino della legislazione o al perdurare di situazioni di eccezionalità», poiché entrambe presuppongono un necessario e successivo intervento legislativo.

⁴⁶ Corte. Cost. n. 22 del 2022, punto 6 *Considerato in diritto*.

⁴⁷ F. CORLEONE, *La rivoluzione fa paura. Torna la suggestione del manicomio*, in F. CORLEONE (a cura di), *Mai più manicomi. Una ricerca sulla REMS di Volterra: la nuova vita dell'Ambrogiana*, Fiesole 2018, 13.

⁴⁸ Cfr. D. PICCIONE, *Il pensiero lungo*, cit., il quale ripercorre analiticamente le varie fasi del pensiero di Franco Basaglia, sottolineando in ogni passaggio quanto il lavoro da quest'ultimo svolto fosse fortemente finalizzato all'effettiva attuazione dei diritti e delle norme costituzionali. Vengono, inoltre, messi in luce gli aspetti applicativi che hanno in qualche misura tradito i principi ispiratori della riforma e che hanno condotto ad ampi vuoti di tutela nel trattamento della salute mentale poiché non si è provveduto a predisporre un'effettiva assistenza psichiatrica alternativa all'abrogato e disumano sistema di ricovero nei manicomi civili. Sempre in riferimento al tema dell'evoluzione della tutela della salute mentale in ottica costituzionale si veda S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano 2015.

⁴⁹ D. PICCIONE, *Il pensiero lungo*, cit., 148.

sistema che la legge dovrà definire. Il fatto che il risultato dell'istruttoria si inserisca quale presupposto del procedimento legislativo⁵⁰ non può che essere d'aiuto alla soluzione del problema, facilitandolo. Al contempo, l'intervento – nella fase precedente alla formazione della legge – da parte dei soggetti destinati ad applicare la norma dovrebbe rafforzare l'effettività della tutela.

In altre parole, la novità dell'intervento della Corte risiede nel fatto che, in questo caso, il monito è in qualche modo accompagnato dai risultati istruttori di quelle stesse istituzioni che sono state e saranno impegnate nell'attuazione del sistema di tutela della salute dell'infermo e dell'interesse della comunità sociale. Il Giudice delle leggi, con uno strumento complesso fortemente e opportunamente innovativo, formula, pertanto, un invito al legislatore affinché provveda ad una riforma legislativa, forte della spinta ricevuta attraverso il coordinamento realizzato mediante l'ordinanza istruttoria che ha reso protagonisti anche coloro che sono chiamati ad attuare la normazione, tutti concordi nel ritenere inadeguato l'attuale sistema.

Il giudice costituzionale tesse, quindi, la trama di un dialogo volto ad essere proficuo per la realizzazione dell'intervento legislativo. Sia l'ordinanza istruttoria che la sentenza finale sono, pertanto, da includere, quali innovazioni, nell'evoluzione delle tecniche decisorie che il giudice costituzionale ha elaborato nel corso della storia, al fine di divenire «parte attiva nello sviluppo di un diritto costituzionale relazionale, che si fonda su [un] dialogo» fruttuoso con gli altri soggetti dell'ordinamento, tra cui, ovviamente, un ruolo fondamentale gioca il rappresentante popolare⁵¹. Potrebbe, pertanto, trattarsi dell'avvio di una nuova strada, nell'ambito della ricerca di strumenti volti alla miglior tutela dei diritti costituzionali⁵².

⁵⁰ Per un'analisi delle pronunce tramite le quali la Corte è ricorsa all'utilizzo dell'istruttoria quale strumento per «"giustificare"» il monito rivolto al legislatore v. G. A. FERRO, *Istruttoria e giudizi di legittimità costituzionale*, cit., 275-278.

⁵¹ M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e società*, n. 1/2020, 74, nota 60. Sul diritto costituzionale relazionale v. V. BARSOTTI, G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford 2015, 231 ss, in cui si pone in luce come proprio la capacità della Corte, dimostrata sin dagli albori, di instaurare rapporti collaborativi con gli altri attori istituzionali ha permesso, in un ordimento fondato sulla supremazia della legge, «[the] unexpected and swift success in establishing and consolidating its constitutional role»; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, 17, in cui l'Autrice nega fermamente l'affermazione che vedrebbe incompatibile un dialogo tra gli organi giurisdizionali poiché, non solo esso si realizza «nella fase conoscitiva del problema», ma viene generato dalla stessa pronuncia finale che, lungi dal rappresentare «la parola ultima, [a]pre un processo, che coinvolge altri attori, giurisdizionali e non, nella ricerca comune di una sempre più adeguata risposta ai problemi sociali».

⁵² Poiché, come evidenziato da M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 644, «il successo o l'insuccesso della singola tipologia decisoria [...] dipende in larga parte dalla

Come dalla stessa Corte evidenziato è di buon auspicio per la realizzazione di un sistema coerente con i principi costituzionali la previsione, successiva all'ordinanza istruttoria, di procedimenti di coordinamento attivati «tra i diversi attori istituzionali coinvolti»⁵³.

4.2 L'ineludibile esigenza di tutela dei diritti fondamentali dei soggetti «doppiamente vulnerabili».

La Corte costituzionale realizza così, nell'indifferenza culturale e politica riguardo al tema⁵⁴, un importante passo ulteriore, arricchendo la sua strumentazione, per la tutela di un diritto fondamentale nei confronti di un soggetto, come dalla stessa Corte definito nella sentenza n. 99 del 2019, «doppiamente vulnerabile». È proprio con la predetta sentenza che la Corte «ha [...] scritto una pagina importante»⁵⁵ nella valutazione della particolare situazione di vulnerabilità in cui versavano i detenuti affetti da grave infermità psichica sopravvenuta nel corso dell'esecuzione della pena, parificandola, al fine di ottenere la detenzione domiciliare, all'infermità fisica sopravvenuta,

“risposta” in termine di “seguito” del legislatore e dei giudici», non ci resta che attendere l'auspicata collaborazione del rappresentante politico.

⁵³ Corte. Cost. n. 22 del 2022, punto 5.5 *Considerato in diritto*.

⁵⁴ M. PATARNELLO, *Le Rems: uscire dall'inferno solo con le buone intenzioni*, cit., par. 5.

⁵⁵ *IBIDEM*.

definitivamente sancendo l'incompatibilità del regime carcerario per entrambe le situazioni⁵⁶ e la condizione di «disumanità del disturbo mentale vissuto in cattività»⁵⁷.

La parola vulnerabilità, fondamento degli artt. 2 e 3 Cost., non compare espressamente nel testo costituzionale, così come è assente nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo⁵⁸. Protagonista fondamentale nella tutela delle situazioni di vulnerabilità è, quindi, la giurisprudenza⁵⁹ che, attraverso la sua attività interpretativa svolta per il tramite di giudizi di valore⁶⁰, interviene al fine di apprestare maggiore protezione a determinati soggetti.

⁵⁶ La sentenza n. 99 del 2019 rientra tra i provvedimenti in cui il giudice costituzionale ha operato al di là delle rime obbligate. È da sottolineare che, in tutti i casi in cui la Corte si è fatta più coraggiosa, ci si trovava nell'ambito del diritto penale, in cui la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti si rende ancora più necessaria. M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, cit., 62 ss., nell'analisi delle più recenti sentenze che sembrano oltrepassare i confini della competenza dell'organo costituzionale e invadere abusivamente gli spazi di spettanza del legislatore, evidenzia una possibile lettura evolutiva delle rime obbligate, considerando il limite della discrezionalità legislativa quale «limite relativo». L'applicazione di questo schema, infatti, non permette al giudice costituzionale di intervenire direttamente «in prima battuta» in materie coperte da discrezionalità legislativa e caratterizzate, quindi, dall'assenza di un'unica soluzione normativa e dalla necessità di un bilanciamento tra diversi valori, potendo la Corte solamente limitarsi a segnalare al rappresentante politico il necessario intervento. Ma, laddove il legislatore rimanga inerte, la Corte potrebbe ritenersi legittimata a porre rimedio essa stessa alla situazione di incostituzionalità. A. MASSARO, *Tutela della salute mentale e sistema penale*, cit., 12 s., osserva come, in questo caso, l'intervento della Corte non possa colmare il vuoto di tutela derivante dall'«intollerabile» inerzia legislativa sul tema. Mentre prima della riforma gli OPG erano competenti ad accogliere anche i soggetti affetti da infermità psichica sopravvenuta, stante l'esclusione di competenza delle REMS in materia, l'unica via percorribile della c.d. detenzione domiciliare umanitaria non sempre potrebbe corrispondere alla «soluzione più idonea per il trattamento del disagio psichiatrico».

⁵⁷ D. PICCIONE, *Il cuore oltre l'ostacolo: la Corte costituzionale umanizza il trattamento del detenuto con disturbo mentale grave, attraverso l'estensione della detenzione domiciliare "in deroga"*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/2019, 1129.

⁵⁸ E. DICIOTTI, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ars Interpretandi*, n. 2/2018, 13. R. CHENAL, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, *Ars Interpretandi*, n. 2/2018, 35 ss., si domanda se la vulnerabilità possa essere prevista positivamente dal legislatore analizzando i possibili scenari: tramite una definizione tassativa, basata su criterio formale ovvero sostanziale, oppure quale clausola aperta. Risponde negativamente a tale possibilità poiché, nel primo caso, stante l'impossibilità di valutare il caso concreto, ci si esporrebbe al rischio di una sovrainclusione ovvero sottoinclusione, mentre nel secondo la previsione normativa si risolverebbe in una formula vuota. Per garantire anche la certezza del diritto, potrebbe ipotizzarsi, a parere dell'Autore, la previsione da parte del legislatore di criteri non tassativi consistenti in presunzioni semplici, flessibili ed adattabili, di volta in volta, al caso concreto. P. SCARLATTI, *I diritti delle persone vulnerabili tra incertezze congenite e indirizzi in via di consolidamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2021, 12 evidenzia come, proprio la necessità di assicurare la certezza del diritto, impone all'organo giurisdizionale che si trovi a valutare una situazione di vulnerabilità un obbligo motivazionale più stringente.

⁵⁹ Sul riferimento alla vulnerabilità nelle pronunce della Corte di Giustizia v. A. DE GIULI, *Sul concetto di "vulnerabilità" secondo la Corte di Giustizia UE*, in *Diritto penale e uomo*, n. 10/2020, 88 ss., in cui l'Autrice analizza l'impiego del concetto nelle varie pronunce della Corte sia in ambito sociale, in cui la discrezionalità del giudice europeo si esprime al massimo stante l'«eterogeneità delle esperienze di vita» e l'assenza di criteri predefiniti, che in quello economico e ambientale, in cui, al contrario, l'attività della Commissione e del Consiglio Europeo delimita «a priori» il riconoscimento di situazioni di debolezza.

⁶⁰ E. DICIOTTI, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 16.

Un ruolo centrale occupa, senza dubbio, la Corte EDU⁶¹. Nonostante nelle sue pronunce la Corte faccia riferimento a un concetto di vulnerabilità «in senso latissimo», includendovi soggetti che si trovano in «una generica situazione di svantaggio» rispetto alla normalità⁶², possono dirsi ormai consolidati i criteri interpretativi adottati⁶³. Il riferimento a questa espressione è andato aumentando nella giurisprudenza della CEDU⁶⁴ e l'ambito in cui la Corte si è espressa maggiormente tramite «una impostazione decisamente garantista», in virtù degli artt. 2 e 3 della Convenzione, riguarda la particolare situazione di vulnerabilità in cui si trovano i soggetti ristretti nella loro libertà personale⁶⁵. E, tra questi, una situazione di maggiore fragilità, cui deve corrispondere da parte dell'ordinamento una tutela più intensa, riguarda coloro che, ristretti, si trovano in una «condizion[e] di vulnerabilità multifattoriale»⁶⁶, dovendo fare i conti anche con una malattia mentale.

⁶¹ Il 22 aprile 2022 il Presidente della Corte di Strasburgo, Róbert Spanó ha tenuto una *Lectio magistralis*, presso l'Università 'La Sapienza', dal titolo *Diritti umani e persone vulnerabili*. In questa occasione il Presidente ha ribadito quanto il tema della vulnerabilità, che interessa tutta «la comunità di giudici che lavora in sinergia [...] per l'affermazione e la tutela dei diritti fondamentali», debba considerarsi ancora più attuale per la grave crisi politica che attraversa l'Europa poiché se da un lato la guerra colpisce soprattutto le persone che già versano in una situazione di vulnerabilità, dall'altro genera e incrementa nuove forme di debolezza.

⁶² E. DICIOTTI, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 30. L'Autore, nel saggio, distingue e definisce i tre possibili impieghi del termine vulnerabilità: vulnerabilità in senso stretto, vulnerabilità in senso lato e vulnerabilità in senso latissimo. P. SCARLATTI, *I diritti delle persone vulnerabili tra incertezze congenite e indirizzi in via di consolidamento*, cit., 12, scrive di «un concetto di vulnerabilità per così dire evanescente».

⁶³ P. SCARLATTI, *Tutela dei diritti e trattamento dei detenuti vulnerabili. A proposito del recente caso Sy contro Italia*, in *Diritti fondamentali*, n. 1/2022, 11 aprile 2022, 547 ss., il quale sottolinea, dal punto di vista formale, la precedenza sempre accordata dalla Corte Edu agli «urgent cases concerning vulnerable applicants» nella trattazione delle questioni. L'Autore ripercorre, poi, analiticamente, i diversi indirizzi giurisprudenziali emersi nelle sentenze della Corte di Strasburgo sia con riferimento alla fonte di vulnerabilità, sia per quanto riguarda gli effetti, procedurali e sostanziali, che dal riconoscimento di quest'ultima derivano.

⁶⁴ E. DICIOTTI, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 13, evidenzia un incremento del riferimento a questo principio da sette nel 2000 a settanta nel 2013. Altri dati numerici in V. LORUBBIO, *Soggetti vulnerabili e diritti fondamentali: l'esigenza di un portale della giurisprudenza CEDU*, in *Famiglia. Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 10 marzo 2020, par. 4. L'Autore, nel presentare il recente portale «CEDUinCAMMINO – Giurisprudenza della Corte EDU su persone, relazioni familiari e soggetti vulnerabili», riferisce di circa 500 pronunce in cui si richiama la parola «vulnerability» di cui l'80% pubblicate negli ultimi dieci anni, sintomo della crescente attenzione da parte del mondo giuridico al tema che corrisponde all'evoluzione del sentire sociale e agli «studi in ambito sociologico, pedagogico, psicologico, nonché nel campo delle scienze naturali» in materia.

⁶⁵ Si richiama P. SCARLATTI, *Tutela dei diritti e trattamento dei detenuti vulnerabili*, cit., 553 ss., il quale, sottolineando l'ampia interpretazione estensiva offerta dalla giurisprudenza EDU del concetto di detenzione, riporta le sentenze e le condanne emesse dalla Corte nei confronti degli Stati contraenti e gli indirizzi giurisprudenziali da quest'ultima seguiti nella penetrante tutela apprestata a queste situazioni di vulnerabilità.

⁶⁶ Così M. LUCIANI, Intervento durante la *Lectio magistralis* del Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, Róbert Spanó, *Diritti umani e persone vulnerabili*, cit., *Le persone vulnerabili e la Costituzione*, in www.cortecostituzionale.it, 3.

Rilevano a questo proposito le due pronunce cautelari ex art. 39 del Regolamento della Corte adottate nel 2020 e nel 2021 nei confronti dell'Italia con cui si ordinava la scarcerazione di due soggetti detenuti nonostante la scadenza del titolo cautelare per assenza di posti nelle REMS. E a queste, come ipotizzato dalla dottrina⁶⁷, è seguita una condanna con la pronuncia Sy contro Italia, di cui la stessa Corte costituzionale dà conto nella sentenza n. 22 del 2022. Nel caso in esame la Corte di Strasburgo sottolinea come, nonostante l'indagine sulla situazione psichica del ricorrente e la consapevolezza dei giudici penali italiani dell'inadeguatezza della detenzione nei confronti di un soggetto socialmente pericoloso, recidivo, affetto da disturbo della personalità e disturbo bipolare, e la conseguente decisione della necessità di un trasferimento presso una REMS, il ricorrente sia rimasto detenuto in un carcere per oltre due anni senza la prestazione di alcuna terapia medica, stante l'ineseguitabilità del trasferimento presso una REMS.

Inevitabile, pertanto, la condanna nei confronti dello Stato italiano il quale ha omesso di «organizzare il proprio sistema penitenziario in modo da assicurare ai detenuti il rispetto della loro dignità umana», indipendentemente «dalle difficoltà finanziarie o logistiche» poiché, una volta preso atto dell'insufficienza di posti letto nelle REMS esistenti sul territorio, non ha provveduto a trovare soluzioni alternative che tutelassero i diritti del ricorrente.

La Corte di Strasburgo in questo caso e la Corte costituzionale con la sentenza 22 del 2022 giungono, pertanto, ad un medesimo risultato: il ricorso al concetto della vulnerabilità, volto a sottolineare specifiche diseguaglianze, quale strumento per «garantire la massima effettività dei diritti fondamentali»⁶⁸ e, pertanto, per sancire la necessità di «un'assunzione di responsabilità da parte del legislatore» e dello Stato italiano nel suo complesso⁶⁹ nel grave deficit di tutela e protezione in cui versano soggetti detenuti «particolarmente vulnerabili proprio in ragione della loro malattia»⁷⁰.

⁶⁷ A. MASSARO, *Tutela della salute mentale e sistema penale*, cit., 12.

⁶⁸ R. CHENAL, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, cit., 51.

⁶⁹ P. SCARLATTI, *Tutela dei diritti e trattamento dei detenuti vulnerabili*, cit., 560. V. anche P. SCARLATTI, *I diritti delle persone vulnerabili tra incertezze congenite e indirizzi in via di consolidamento*, cit., 8-18, il quale, nell'esame della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2021, evidenzia come la pronuncia si discosti dagli orientamenti seguiti tanto dalla Corte stessa, quanto dalla Corte EDU che, al contrario, solitamente si rapportano in maniera simile al concetto di vulnerabilità. Infatti, nel caso in esame, la Corte costituzionale si è limitata a motivare il provvedimento secondo la logica dell'*id quod plerumque accidit*, senza riportare dettagliatamente le «argomentazioni puntuali a sostegno del ragionamento».

⁷⁰ Corte. Cost. n. 22 del 2022, punto 5.3.2 *Considerato in diritto*.

L'intervento della Corte costituzionale, quindi, si iscrive a pieno titolo in quel movimento di universalismo della tutela effettiva dei diritti fondamentali, il «costituzionalismo globale»⁷¹, che vede come principali attrici le diverse Corti nazionali, sovranazionali e internazionali⁷².

⁷¹ T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell'epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Federalismi*, n. 3/2021, 141.

⁷² È quanto auspicava G. GORLA, *Unificazione "legislativa" e unificazione "giurisprudenziale". L'esperienza del diritto comune*, in *Il Foro italiano*, n. 4/1977, 92 ss, par. IX. L'Autore esprime l'idea che un'unificazione del diritto, o dei diritti, non può essere realizzata soltanto dai legislatori ma richiede un coinvolgimento attivo della giurisprudenza. Su analoga linea, citato da Gorla, R. DAVID, *The International Unification of private law*, in *International Encyclopedia of Comparative law*, vol. II, cap. 5, 1971, che mostra grande apprezzamento per lo spirito di apertura e comunanza che aveva permeato lo *ius commune* dal XIII al XVIII secolo in Europa. V. ONIDA, *Le parole della Costituzione repubblicana*, in G. MELIS, G. TOSATTI (a cura di), *Le parole del potere. Il lessico delle istituzioni in Italia*, Bologna 2021, 49-57, descrive l'«universalismo dei diritti» quale causa che ha eroso la sovranità esterna degli Stati e questa nuova era del costituzionalismo che permette di leggere i principi della Costituzione non più come appartenenti al singolo Stato bensì come «patrimonio dell'umanità». A tal proposito si rileva, inoltre, il riferimento nella sentenza in esame alla giurisprudenza della Corte EDU e del Tribunale costituzionale federale tedesco sul tema dell'effettività dei diritti. Sul sempre maggiore riferimento nelle pronunce della Corte costituzionale, non solo alla giurisprudenza comunitaria ed europea, ma a tutto il diritto straniero, quale sintomo «rivelatore di una crescente sensibilità della Corte verso le esperienze di altri ordinamenti», v. R. NEVOLA (a cura di), *L'assistenza alla decisione giurisdizionale, Servizio studi*, cit., 28 ss. Analoghe considerazioni in D. DE LUNGO, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull'uso dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale recente, a partire dal caso Cappato* cit., 15 ss, che sottolinea come il ricorso «più esplicito, ma anche più "coraggioso"» dello strumento comparatistico da parte della Corte costituzionale, sia il necessario «corollario naturale dell'allargamento (a livello nazionale e internazionale) dell'uditorio dei giudici costituzionali, della loro integrazione entro circuiti di comunicazione e "reciproca fertilizzazione" delle esperienze costituzionali, della sedimentazione di un patrimonio comune di principi».