

## DIRITTO ALLA SALUTE E DIRITTO PUNITIVO NEL SISTEMA DELLE «DISPOSIZIONI PER IL DEFINITIVO SUPERAMENTO DEGLI OSPEDALI PSICHIATRICI GIUDIZIARI»\*.

di Francesco Schiaffo\*\*

331

**Sommario.** 1. La ricerca di un nuovo equilibrio tra diritto alla salute e diritto punitivo nella legislazione per il superamento degli O.P.G.: la sconcertante semplificazione di una complessa vicenda legislativa. – 1.1. L'ipotesi di una *sostituzione* degli OPG e le interpretazioni della Corte costituzionale tra rigorose smentite e audaci ripensamenti. – 1.2. L'ipotesi della *sostituzione* e la *longue durée* di insostenibili orientamenti politico-sociali. – 1.3. Una insolita ma rinnovata strategia di effettività: la scelta del numero chiuso di posti letto tra S.P.D.C. e R.E.M.S. – 2. Il contesto storico della riforma di cui alla legge n. 9/2012. – 3. Il diritto alla salute e il diritto punitivo: la attualità delle tradizionali misure di sicurezza per il paziente psichiatrico dopo l'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011. – 3.1. La duplice ed inequivocabile scelta legislativa di sussidiarietà e di nuove modalità di esecuzione per le tradizionali misure di sicurezza per il paziente psichiatrico. – 4. Il diritto punitivo e «la tutela della salute mentale in modo da eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione»: le ragioni costituzionali. – 5. Ipotesi ermeneutiche sulle ragioni di un singolare equivoco: il dato letterale e l'acronimo di parole mai comparse nelle «disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari». – 6. Il legislatore e il contesto storico ed istituzionale della riforma: l'interpretazione dell'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011 oltre il dato letterale e ai margini di *disposizioni ingenuamente realistiche*. – 7. L'interpretazione delle «disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari» tra *testo, parole e costruzioni sistematiche*. – 8. Il diritto alla salute del paziente psichiatrico in esecuzione penitenziaria: le disposizioni dell'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011 e la inevitabile prospettiva della mera «*esecuzione*» di tradizionali misure di sicurezza.

### 1. La ricerca di un nuovo equilibrio tra diritto alla salute e diritto punitivo nella legislazione per il superamento degli O.P.G.: la sconcertante semplificazione di una complessa vicenda legislativa.

Le strategie per il «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari» di cui all'art. 3-ter aggiunto al d.l. n. 211/2011 con la legge di conversione n. 9/2012 e, poi, immediatamente modificate con altri sei provvedimenti legislativi approvati nel volgere di un tempo brevissimo hanno rappresentato, nella storia dell'ordinamento giuridico-penale

---

\* Sottoposto a referaggio.

\*\* Professore Ordinario di Diritto Penale – Università di Salerno.

italiano, un momento fondamentale ed a lungo atteso per l'adeguamento della tutela del diritto alla salute del paziente psichiatrico in esecuzione penitenziaria al regime ordinario della tutela della salute mentale.

Nonostante l'evidente indice di insolita complessità rappresentato dai numeri interventi legislativi intervenuti in pochissimo tempo, la progressiva revisione delle disposizioni originariamente approvate ha sempre avuto un orientamento chiaro ed univoco<sup>1</sup>: ciò, però, non ha impedito, ma, anzi, sembra aver determinato l'esito di una disciplina complessiva che, riferita ad un problema con importanti implicazioni extra-penalistiche, è risultata necessariamente articolata.

Continua ad essere riproposta, tuttavia, una sconcertante semplificazione della riforma intervenuta, secondo cui, con la disciplina di cui all'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011, gli OPG sarebbero stati sostituiti con le REMS non solo nella organizzazione delle strutture per l'esecuzione delle sanzioni penali, ma addirittura anche negli assetti fondamentali del sistema normativo delle misure di sicurezza.

### **1.1. L'ipotesi di una *sostituzione* degli OPG e le interpretazioni della Corte costituzionale tra rigorose smentite e audaci ripensamenti.**

In particolare, una semplificazione posta in questi termini sembra incoraggiata, oggi, anche dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 22/2022, sembra proporre un orientamento del tutto opposto a quello inequivocabilmente affermato dalla stessa Corte solo tre anni prima con la sentenza n. 99/2019.

In quella sede, infatti, la Corte aveva chiaramente sostenuto che «le REMS non sono istituzioni volte a sostituire i vecchi ospedali psichiatrici sotto altra veste o determinazione»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sul punto cfr. A. Pugiotto, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in *Costituzionalismo.it* n. 2/2015, par. 5 che efficacemente sintetizza la progressiva revisione legislativa del testo originario dell'art.3-ter aggiunto con la legge n. 9/2012, rappresentandola "nell'essenziale [...] così: dalla originaria prospettiva di una progressiva sanitarizzazione degli Opg alla loro sostituzione con strutture custodiali più dignitose e terapeuticamente efficaci, cui si affianca successivamente l'alternativa di percorsi riabilitativi nel territorio per i folli rei non più pericolosi fino a spostare il baricentro legislativo sul versante della cura individuale per tutti gli internati, a scapito di una opzione custodiale ridotta ad *extrema ratio*".

<sup>2</sup> Corte cost., sentenza n. 99/2019, in <https://www.cortecostituzionale.it> (consultato il 22.5.2023), punto 3.2. del Considerato in diritto: in esplicito e specifico riferimento alla «nella fondamentale sentenza» della Corte

Tre anni dopo, invece, nella sentenza n. 22/2022 la Corte ipotizza espressamente una sorta di «clausola di ‘trasformazione automatica’» nelle disposizioni di cui all’art. 3-ter<sup>3</sup> tra le quali sarebbe prevista, in particolare, la «base normativa che consente oggi di sostituire automaticamente i riferimenti alle misure di sicurezza del ricovero in OPG o dell’assegnazione a casa di cura e custodia, ancora presenti nel codice penale e nella disciplina penitenziaria, con l’assegnazione a una REMS».

Addirittura – afferma la Corte – «quest’ultima costituisce così, a tutti gli effetti, una nuova misura di sicurezza»<sup>4</sup>.

### 1.2. L’ipotesi della *sostituzione* e la *longue durée* di insostenibili orientamenti politico-sociali.

Date le origini, l’evoluzione, il tenore letterale e il contesto sistematico delle disposizioni vigenti che disciplinano il superamento degli OPG, una simile semplificazione sembra, tuttavia, insostenibile sia per quanto concerne gli assetti fondamentali del sistema normativo delle misure di sicurezza, che in riferimento alla organizzazione di servizi e strutture per la relativa esecuzione penitenziaria.

Sotto il primo profilo, infatti, essa potrebbe non avere un affidabile fondamento normativo nella legislazione vigente che, anzi, sembra deporre in tutt’altro senso.

Per altro verso, invece, la stessa semplificazione potrebbe offrire una rappresentazione solo minima e comunque molto parziale degli esiti prodotti dalla riforma: dei sei OPG che fino a una dozzina di anni fa erano dislocati sul territorio nazionale, indubbiamente non ne esiste più neppure uno, ma è impensabile ed inverosimile che essi siano stati sostituiti (soltanto) con le REMS.

In qualsiasi contesto comunicativo, quindi, continuare a riproporre la stessa

---

costituzionale per tutti, sul punto, cfr. M. Pelissero, *I mutamenti della disciplina delle misure terapeutiche e gli effetti indiretti sul giudizio di pericolosità sociale*, in M. Bevilacqua, L. Notaro, G. Profeta, L. Ricci e A. Savarino (a cura di), *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale. Tra sistema penale e servizi sanitari*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 9 ss., p. 12.

<sup>3</sup> Corte cost., sentenza n. 22/2022, in <https://www.cortecostituzionale.it> (consultato il 22.5. 2023), punto 5.3.2. del Considerato in diritto.

<sup>4</sup> Corte cost., sentenza n. 22/2022, cit., punto 5.1. del Considerato in diritto; per una diversa ed articolata interpretazione della sentenza n. 22/2022 della Corte costituzionale cfr. D. Piccione, *Il nuovo volto delle misure di sicurezza per il folle reo. Tra poteri istruttori e sindacato della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, p. 553 ss.

semplificazione significherebbe dare una rappresentazione della riforma fuorviante e distorta perché probabilmente compromessa dall'implicito postulato della condivisione di logiche di internamento e di segregazione ovvero di orientamenti politico-sociali, politico-sanitari e politico-criminali risalenti ed incompatibili con l'attuale contesto giuridico-costituzionale<sup>5</sup>.

Peraltro, condividendo anche i criteri di efficacia proposti nell'ambito degli stessi orientamenti, la suddetta rappresentazione parziale, distorta e fuorviante della riforma intervenuta finirebbe per esporla anche al rischio di un confronto inevitabilmente fallimentare con il sistema precedente.

Se, poi, ciò accade anche in contesti particolarmente qualificati (o addirittura istituzionali) del dibattito giuridico, diventa più probabile l'esito di una ulteriore revisione – se non addirittura la controriforma – delle strategie per il «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari» di cui all'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011, la cui reale complessità rischierebbe, così, di rimanere in gran parte irrimediabilmente travisata.

### **1.3. Una insolita ma rinnovata strategia di effettività: la scelta del numero chiuso di posti letto tra S.P.D.C. e R.E.M.S.**

Nella prospettiva della sostanziale condivisione e, quindi, della reiterazione di desueti ed ormai insostenibili orientamenti politico-sociali, politico-sanitari e politico criminali, rischiano di collocarsi, d'altra parte, anche le motivazioni della stessa sentenza n. 22/2022 della Corte costituzionale, laddove si concludono con una singolare *agenda politica* per la definizione della necessità di ulteriori interventi di riforma.

Si tratta di indicazioni che, nel merito, appaiono in gran parte pienamente condivisibili<sup>6</sup>,

---

<sup>5</sup> In questa prospettiva sembrano ricorrere le ragioni del modello storiografico della *longue durée* teorizzato dalla scuola francese degli *Annales* ed efficacemente rappresentata nel fondamentale testo di F. Braudel, *Historie et Sciences sociales. La longue durée*, in *Annales. Économies, Sociétés, Civilisation*, 1958, p. 725 ss. che, come è noto, in alternativa ad una storiografia abbagliata dalla “scoperta massiccia di fonti documentarie [che] ha fatto credere allo storico che tutta la verità stesse nella autenticità documentaria» e, quindi, «impernata sul dramma dei ‘grandi avvenimenti’» (op. cit., p. 729) e propone, invece, “una storiografia di lunga, addirittura di lunghissima durata” (op. cit., p. 727) consapevole dell’“immenso dominio della cultura” (op. cit., p. 732).

<sup>6</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a F. Schiaffo, *La tutela della salute mentale per «eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione» e il «definitivo superamento» degli o.p.g. tra devastazioni annunciate e necessità di ulteriori adeguamenti*, in *La legislazione penale*, n. 3/2022, p. 139 ss., p.148 ss.

ma che, per altro verso, sembrano contraddire l'orientamento costantemente perseguito con la progressiva revisione e integrazione legislativa delle disposizioni inizialmente introdotte con il testo originario dell'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011.

In particolare, desta perplessità l'auspicio della Corte relativo alla «realizzazione [...], sull'intero territorio nazionale, di un numero di REMS sufficiente a far fronte ai reali fabbisogni»<sup>7</sup>.

Evidentemente sarebbe questa la soluzione per la «problematicità dell'esistenza di liste di attesa nell'esecuzione di provvedimenti emessi dall'autorità giudiziaria» (valutate, tuttavia, 'in costante calo' pressoché contemporaneamente dalla Ministra della giustizia<sup>8</sup>) che la Corte «non può [...] non rilevare», anche se espressamente sceglie di non pronunciarsi sulle relative cause affermando che «non spetta» ad essa «stabilire se [...] l'esistenza di lunghe liste d'attesa sia ascrivibile» ad «un eccesso di provvedimenti di assegnazione alle REMS da parte dell'autorità giudiziaria in conseguenza di una diffusa mancata adesione al nuovo approccio culturale sotteso alla riforma» intervenuta «come sostenuto dal Ministero della salute unitamente alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome»<sup>9</sup> a seguito della istruttoria promossa che, prima della sentenza n. 22/2022, la stessa Corte ha promosso con la ordinanza n. 131/2021.

In quanto rappresentato senza una chiara definizione delle cause e, quindi, dei criteri per valutare il reale fabbisogno di strutture, l'auspicio della Corte di «un numero di REMS sufficiente» rischia in modo esemplare non solo di risolversi in un pretesto per assecondare ancora diffuse ed ostinate, sebbene ormai insostenibili logiche di segregazione, ma anche e soprattutto di compromettere radicalmente una essenziale strategia di effettività del sistema progettato e già implementato.

Analogamente a quanto accadde in occasione del superamento degli ospedali psichiatrici civili con la disciplina rigorosamente limitativa per la istituzione dei nuovi «servizi psichiatrici di diagnosi e cura» (S.P.D.C.) di cui all'art. 6, co. 3, legge n. 180/1978<sup>10</sup>, un

<sup>7</sup> Corte cost., sentenza n. 22/2022, cit., punto 6 del Considerato in diritto.

<sup>8</sup> Cfr. *Relazione annuale al Parlamento della Ministra della giustizia Marta Cartabia (19 gennaio 2022)*, in [https://www.sistemapenale.it/pdf\\_contenuti/1642596273\\_relazione-annuale-parlamento-ministra-marta-cartabia-amministrazione-della-giustizia-19-gennaio-2022.pdf](https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1642596273_relazione-annuale-parlamento-ministra-marta-cartabia-amministrazione-della-giustizia-19-gennaio-2022.pdf) (consultato il 22.5.2023) laddove, con evidente soddisfazione ed esplicito "piacere", la ministra sceglieva di "segnalare che è in costante calo il numero dei detenuti in attesa di entrare nelle REMS: erano 98 nell'ottobre 2020, divenuti 35 nella stessa data del 2021" evidenziando, quindi, una riduzione che, nell'arco di un solo anno, rasentava i 2/3 del dato iniziale e lo portava, pertanto, quasi ad 1/3.

<sup>9</sup> Corte cost., sentenza n. 22/2022, cit., punto 5.4. del Considerato in diritto.

<sup>10</sup> Cfr. *infra* par. 4.

numero tendenzialmente chiuso di posti nelle REMS oggi è importante – se non addirittura decisivo – per il reale superamento degli OPG e per la deistituzionalizzazione del paziente psichiatrico autore di un fatto preveduto dalla legge come reato.

In entrambi i casi, infatti, il numero chiuso ha rappresentato una autentica *chiave di volta* del nuovo sistema<sup>11</sup> in quanto vincolo di necessaria efficacia di un intervento terapeutico<sup>12</sup> realizzato senza segregazioni o, comunque, senza ricoveri prolungati ovvero realizzato in termini del tutto conformi ai principi della tutela della salute di cui all'art. 32 Cost. e agli altri principi di riferimento delle leggi n. 180 e 833 del 1978<sup>13</sup>.

Nella particolare prospettiva di valutazioni di effettività – che dovrebbero essere decisive nell'ordinamento giuridico-costituzionale espressamente radicato nel “secolo che riscopre la fattualità del diritto”<sup>14</sup> –, la scelta di rendere disponibile un numero limitato e tendenzialmente chiuso di posti nelle REMS – come già la analoga scelta fatta a suo tempo con l'istituzione degli SPDC – sembra configurare una interessantissima soluzione di “effettività primaria” che prescinde del tutto da qualsiasi esigenza di effettività anche “secondaria”<sup>15</sup>: grazie ad essa, infatti, la normativa per il «definitivo superamento» degli OPG sembra in grado di realizzare tutti gli obiettivi perseguiti indipendentemente dalla comminazione di qualsiasi tipo di sanzione.

---

<sup>11</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a F. Schiaffo, *Una nuova strategia per una tutela effettiva dei diritti fondamentali: il ruolo essenziale di un numero limitato di posti letto nelle REMS*, in *Diritto e giustizia minorile*, n. 3-4/2021, p. 31 ss.

<sup>12</sup> In tal senso anche F. Corleone, *Abbatere il muro dell'imputabilità. Una proposta che guarda oltre*, in *La legislazione penale*, n. 2/2021, p. 457 ss., p. 461.

<sup>13</sup> Sul punto v. *infra* par. 3 e par. 4.

<sup>14</sup> In tal senso P. Grossi, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno* (2013), in Id., *L'invenzione del diritto*, Bari, 2017, p.60 ss., 68 ss., secondo cui “il secolo che riscopre la fattualità del diritto ha nelle sessioni della Prima Sottocommissione (ma si può tranquillamente estendere a conclusione alla intera Assemblea) dei riscontri puntualissimi” (op. cit., p. 69) che, nel testo definitivo della Costituzione, emergono in modo esemplare nell'affermazione del «compito della Repubblica» di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale» che limitano «di fatto la libertà e l'uguaglianza» di cui all'art. 3, co. 2.

<sup>15</sup> Posta una particolare rivisitazione della fondamentale distinzione kelseniana tra norme primarie e norme secondarie e, quindi, la definizione delle norme “prescrittive di obblighi o divieti” come “norme primarie” e delle norme “prescrittive delle relative sanzioni” come “norme secondarie”, propone di “distinguere l'effettività (e l'ineffettività) primaria o di primo grado, che è assicurata dall'osservanza (o dall'inosservanza) e perciò dalla effettività (o dall'ineffettività) delle norme primarie e delle relative garanzie primarie (nonché dei relativi diritti) e l'effettività (e l'ineffettività) secondaria o di secondo grado, assicurata invece dall'osservanza (o dall'inosservanza) e perciò dalla effettività (o dall'ineffettività) delle norme secondarie e delle connesse garanzie secondarie (e con esse, di nuovo, dei relativi diritti)” L. Ferrajoli, *Effettività primaria ed effettività secondaria. Prospettive per un costituzionalismo globale*, in A. Catania (a cura di), *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Milano, 2005, p. 129 ss., p. 131 (le evidenziazioni grafiche sono dell'A.).

## 2. Il contesto storico della riforma di cui alla legge n. 9/2012.

L'occasione per aggiungere, in sede di conversione, un ulteriore articolo al d.l. n. 211/2011 «per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento» fu data dalla particolare ed evidente rilevanza politica assunta dalla necessità di dare un ulteriore e decisivo impulso al «programma per il superamento graduale degli OPG» già previsto nell'Allegato C al d.P.C.M. del 1.4.2008 sulla riorganizzazione della sanità penitenziaria<sup>16</sup>. Si trattava, in particolare, di rivedere ed integrare quel programma al fine di adeguare l'ordinamento giuridico italiano alle sollecitazioni che, intanto, erano emerse anche formalmente in ambito europeo con la visita fatta dal Comitato per la prevenzione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti (CPT) nell'OPG di Aversa nel settembre del 2008 e con il relativo *report* del 9 aprile 2009 che fu pubblicato sul sito istituzionale del Comitato dopo circa un anno<sup>17</sup>.

Al momento della conversione in legge del d.l. n. 211/2011 era trascorso un ulteriore anno dopo la pubblicazione del *report*, ma, intanto, a seguito dell'intervento del CPT, sollecitazioni analoghe e più dettagliate erano emerse anche dalle valutazioni della Commissione parlamentare di inchiesta sulla efficacia e l'efficienza del sistema sanitario nazionale che, dopo essere entrata in ciascuno dei sei OPG all'epoca ancora presenti sul territorio nazionale, nel luglio del 2011 approvò una Relazione espressamente intitolata alle «condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari»<sup>18</sup>.

Dopo la conversione in legge del d.l. n. 211/2011, alle sollecitazioni del CPT e della Commissione parlamentare si aggiunsero, infine, anche le parole perentorie ed inequivocabili del Presidente della Repubblica che colse l'occasione del messaggio di fine

---

<sup>16</sup> Sulle iniziative relative agli OPG assunte in ambito europeo e nazionale anche prima del d.P.C.M. del 1.4.2008 cfr., per tutti, A. Pugiotto, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, cit., par. 3.

<sup>17</sup> Il *report* sulla visita fatta dal CPT nell'OPG di Aversa tra il 14 e il 16 settembre 2008 risale al 9 aprile 2009 e fu pubblicato il 20 aprile 2010: cfr. <https://hudoc.cpt.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22aversa%22%5D,%22sort%22:%5B%22CPTDocumentDate%20Descending,CPTDocumentID%20Ascending,CPTSectionNumber%20Ascending%22%5D,%22CPTSectionID%22:%5B%22p-ita-20080914-en-45%22%5D%7D> (consultato il 22.5.2023).

<sup>18</sup> La *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari* approvata il 20 luglio 2011 dalla Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio Sanitario Nazionale istituita con deliberazione del Senato del 30 luglio 2008 è pubblicata in [https://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/servizio\\_sanitario16/Relazione\\_OOPPGG\\_doc\\_X\\_XII-bis\\_4.pdf](https://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/servizio_sanitario16/Relazione_OOPPGG_doc_X_XII-bis_4.pdf) (consultato il 22.5.2023).

anno del 2012 per salutare “con compiacimento” la imminente “chiusura [...] degli Ospedali psichiatrici giudiziari, autentico orrore indegno di un paese appena civile”<sup>19</sup>.

Il Presidente della Repubblica, però, dava atto soltanto del lavoro svolto dalla *Commissione parlamentare istituita in Senato* e non faceva alcun riferimento esplicito, invece, alle disposizioni di cui all’art. 3-ter che, nel mese di febbraio dello stesso anno, era stato aggiunto in sede di conversione al d.l. n. 211/2011 e che, intanto, era stato anche modificato già due volte.

Ben presto, infatti, la soluzione che era stata privilegiata nel testo originario dell’art. 3-ter e che era essenzialmente residenziale e, quindi, fortemente limitativa della libertà personale del paziente psichiatrico, in un ambito non esclusivamente penalistico e soprattutto in considerazione delle strategie per la tutela del diritto alla salute perseguite nel contesto complessivo dell’ordinamento giuridico italiano risultò palesemente eccentrica in relazione soprattutto ad una delle caratteristiche che, già negli anni Settanta, lo avevano reso peculiare ed esemplare nel panorama internazionale.

Fu questa, in sostanza, la ragione che ha caratterizzato ciascuna delle sei modifiche che, con i dd.ll. nn. 158/2012, 24/2013 e 52/2014 e poi con ognuna delle rispettive leggi di conversione nn. 189/2012, 57/2013 e 81/2014, intervennero sul testo originario dell’art. 3-ter condividendo e realizzando progressivamente un chiaro ed univoco orientamento di riforma.

### **3. Il diritto alla salute e il diritto punitivo: la attualità delle tradizionali misure di sicurezza per il paziente psichiatrico dopo l’art. 3-ter, d.l. n. 211/2011.**

Con la legge n. 81/2014 che convertiva il d.l. n. 52/2014 fu definito il testo attualmente vigente dell’art. 3-ter, d.l. n. 211/2011.

In quella occasione, rivedendo le disposizioni già aggiunte nella seconda parte del co. 4 con il d.l. n. 52/2014 da convertire, probabilmente fu introdotta l’integrazione più vistosa e storicamente più significativa dell’art. 3-ter, d.l. n. 211/2011: con la legge n. 81/2014, infatti, furono notoriamente precisati i criteri per la valutazione della pericolosità sociale

---

<sup>19</sup> Il testo del discorso di fine anno del 2012 del Presidente della Repubblica è pubblicato in <https://presidenti.quirinale.it/elementi/55018> (consultato il 22.5.2023).

del paziente psichiatrico, su cui poi si sarebbe pronunciata anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 186/2015, chiarendone i rapporti con la disciplina codicistica<sup>20</sup>.

### **3.1. La duplice ed inequivocabile scelta legislativa di sussidiarietà e di nuove modalità di esecuzione per le tradizionali misure di sicurezza per il paziente psichiatrico.**

Ma con le disposizioni della seconda parte del co. 4 dell'art. 3-ter aggiunta con il d.l. n. 52/2014 da convertire erano state finalmente recepite innanzitutto le indicazioni date dalla Corte costituzionale oltre 10 anni prima, nella sentenza n. 253/2003<sup>21</sup>.

In quella sede, come è noto, fu affermata la necessità di applicare la misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario solo in via sussidiaria, dichiarando «l'illegittimità costituzionale dell'articolo 222 del codice penale, nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale». In particolare, nella esplicita prospettiva di una «esigenza di flessibilità e di individualizzazione» nella esecuzione della misura di sicurezza, in quella sentenza si indicava anche la possibilità di una radicale alternativa al ricovero in OPG rappresentata dalla «libertà vigilata, che è accompagnata da prescrizioni imposte dal giudice, di contenuto non tipizzato (e quindi anche con valenza terapeutica)»<sup>22</sup> e di cui, ai sensi dell'art. 53, co. 4, l. n. 354/1975, già allora (e ancora oggi) si applica il «regime» quando all'internato, ai sensi del c. 1 dello stesso articolo, evidentemente per le stesse ragioni di diversificazione e

<sup>20</sup> Con espliciti e testuali riferimenti ai lavori preparatori della legge n. 81/2014, in quella sede la Corte ha affermato che, con le modifiche introdotte al co. 4 dell'art. 3-ter e relative alla valutazione della pericolosità sociale del paziente psichiatrico, semplicemente «si è voluto che l'applicazione della misura di sicurezza detentiva possa “aver luogo o protrarsi solo in base alla specifica valutazione della situazione personale dell'infermo di mente” e che non sia «conseguenza dello stato di marginalità socioeconomica in cui questi verrebbe a trovarsi se dimesso» e ha concluso dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale: cfr. Corte cost., sentenza n. 186/2015, in <https://www.cortecostituzionale.it> (consultato il 22.5.2023), punto 4.2. del Considerato in diritto.

<sup>21</sup> Sul punto cfr. A. Pugiotto, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, cit., par. 6.

<sup>22</sup> Corte cost., sentenza n. 253/2003, in <https://www.cortecostituzionale.it> (consultato il 22.5.2023), punto 3. del Considerato in diritto.

individualizzazione della esecuzione è «concessa una licenza di sei mesi nel periodo immediatamente precedente alla scadenza fissata per il riesame di pericolosità».

Le disposizioni che recepivano le indicazioni della Corte costituzionale e che furono aggiunte al co. 4 dell'art. 3-ter con il d.l. n. 52/2014 furono ulteriormente riviste con la legge di conversione n. 81/2014.

Ne fu esteso, infatti, l'ambito di applicabilità riferendo l'applicazione dell'art. 222 c.p. secondo criteri di sussidiarietà anche alle ipotesi di applicazione solo provvisoria della misura ed includendo nella stessa disciplina anche la misura di sicurezza di cui all'art. 219 c.p. che, data la lettera della legge, ne era stata inizialmente esclusa.

Oggi, dunque, la seconda parte del co. 4 dell'art. 3-ter d.l. n. 211/2011 innanzitutto preclude al giudice l'applicazione delle misure di sicurezza di cui agli artt. 219 e 222 c.p. al paziente psichiatrico autore di un fatto di reato, «salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a far fronte alla sua pericolosità sociale».

A queste condizioni, pertanto, sono tuttora applicabili le misure di sicurezza di cui agli artt. 219 e 222 c.p.<sup>23</sup>.

E a questi casi, quindi, si riferiscono anche le nuove «strutture destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia» di cui al co. 2, nonché i relativi «requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi» e le altre modalità di esecuzione espressamente previste o comunque deducibili dallo stesso art. 3-ter e dalla normativa che ad esso è collegata e che, in quanto definita anche da fonti secondarie, esso stesso predispone.

In particolare, oggi, per i casi in cui non è possibile «nei confronti dell'infermo di mente e del seminfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa» – e, dunque, è inevitabile il «ricovero in un ospedale psichiatrico

---

<sup>23</sup> Annovera “l'introduzione del principio dell'extrema ratio nell'applicazione della misura di sicurezza privativa della libertà personale» tra le «cinque notevoli trasformazioni dell'impianto trattamentale del reo prosciolto per incapacità di intendere e di volere» introdotte con il d.l. n.52/2014 e con le successive modifiche intervenute in sede di conversione D. Piccione, *Il nuovo volto delle misure di sicurezza per il folle reo*, cit., p. 554 che, con esemplare chiarezza, afferma che “solo per casi residuali, infatti, venivano istituite le Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS)” e che, nonostante la sorprendente configurazione di una «clausola di 'trasformazione automatica'» nell'ambito della legislazione penale e penitenziaria (v. *supra* nota 4), comunque considera la sentenza n. 22/2022 della Corte costituzionale una “autentica summa sullo stato dell'arte circa la dimensione costituzionale delle misure di sicurezza per il non imputabile” (op. cit., p. 555).

giudiziario o in una casa di cura e custodia» per «assicurare cure adeguate» all'internato e «fare fronte alla sua pericolosità sociale» (art. 3-ter, co. 4, d.l. n. 211/2011) –, il co. 2 dell'art. 3-ter d.l. n. 211/2011 prevede nuove «strutture» con particolari «requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi» e, quindi, corrispondentemente prevede per le misure di sicurezza di cui agli artt. 219 e 222 c.p. modalità di esecuzione nuove e più conformi alle storiche scelte adottate in Italia nel 1978 con le leggi nn. 180 e 833: come è noto, queste ultime costituiscono ancora oggi, nel panorama internazionale, un riferimento chiaro e costante per le politiche statali sulla salute mentale.

Solo le disposizioni di cui all'art. 3-ter attualmente vigente e la normativa ad esso collegata configurano, infatti, strategie più conformi alla legge n. 833/1978 che, istituendo il «servizio sanitario nazionale» (art. 1), all'art. 2, co. 2 ne definisce espressamente gli scopi e, conformemente a quanto era stato già deciso solo pochi mesi prima con la legge n. 180/1978, tra essi annovera, alla lett. g), anche «la tutela della salute mentale [...] in modo da eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione».

La stessa tutela della salute mentale, dunque, va evidentemente assicurata anche al paziente in esecuzione penitenziaria.

#### **4. Il diritto punitivo e «la tutela della salute mentale in modo da eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione»: le ragioni costituzionali.**

D'altra parte, «discriminazione» e «segregazione», ancor prima di essere esplicitamente stigmatizzate all'art. 2, co. 2, lett. g), l. n. 833/1978, risultano implicitamente ma chiaramente incompatibili innanzitutto con l'affermazione del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. che, prima di *garantire* «cure gratuite agli indigenti» e di affermare comunque l'inviolabilità dei «limiti imposti dal rispetto della persona umana», espressamente lo considera «fondamentale diritto dell'individuo».

In quanto tale, esso assume un valore e un ruolo che, dato il fondamentale orientamento personalistico unanimemente riconosciuto come carattere primario ed essenziale della Costituzione repubblicana, lo differenziano radicalmente dal diritto punitivo dello Stato: in nessun caso e in nessuna misura, dunque, quest'ultimo potrà limitarlo.

Si tratta, peraltro, di un principio che, in epoca recente, in varie occasioni è stato

chiaramente ribadito ai vertici dell'ordinamento giuridico sia nella legislazione, che nella giurisprudenza costituzionale.

Sotto il primo profilo, infatti, lo stesso ordine di idee rappresenta chiaramente il postulato della legge costituzionale n. 1/2007 che ha soppresso l'unica eccezione originariamente prevista al divieto di pena di morte di cui all'art. 27, co. 4, Cost.: risulta, quindi, inequivocabilmente e inderogabilmente confermata la assoluta impossibilità che il diritto punitivo dello Stato limiti diritti fondamentali dell'individuo quali il diritto alla vita e il diritto alla salute.

Nella giurisprudenza costituzionale, invece, in epoca recente lo stesso principio è stato chiaramente affermato proprio in riferimento specifico alla tutela della salute mentale con la sentenza n. 99/2019 della Corte costituzionale che ha dichiarato la parziale illegittimità del co. 1-ter dell'art. 47-ter della legge n. 354/1975, determinando l'estensione al paziente psichico dell'ambito di applicabilità della detenzione domiciliare in deroga ai limiti di cui al co. 1 dello stesso art. 47-ter, posto che si tratta di «una misura che può essere modellata dal giudice in modo da salvaguardare il fondamentale diritto alla salute del detenuto, qualora esso sia incompatibile con la permanenza in carcere»<sup>24</sup>.

Innanzitutto, dunque, il trattamento terapeutico di patologie che coinvolgono la salute mentale dell'individuo non ammette «segregazione».

Era essenzialmente questo il senso della legge n. 180/1978 che anticipava, sotto questo profilo, la legge n. 833/1978 e che, sebbene abbia segnato la storia sociale italiana soprattutto per la previsione del «graduale superamento degli ospedali psichiatrici» di cui all'art. 7, co. 6, al successivo co. 7 persegue chiaramente l'obiettivo di precludere ogni analoga forma di segregazione disponendo che «è in ogni caso vietato costruire nuovi ospedali psichiatrici, utilizzare quelli attualmente esistenti come divisioni specialistiche psichiatriche di ospedali generali, istituire negli ospedali generali divisioni o sezioni psichiatriche e utilizzare come tali divisioni o sezioni neurologiche o neuropsichiatriche». Prima del «graduale superamento» si stabiliva, inoltre, anche un termine brevissimo entro il quale «le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano [...] individuano gli ospedali generali nei quali [...] devono essere istituiti specifici servizi psichiatrici di diagnosi e cura»

---

<sup>24</sup> Corte cost., sentenza n. 99/2019, cit., punto 5. del Considerato in diritto; sul punto cfr. E. Apicella, *Infermità psichica sopravvenuta: una importante sentenza della Corte costituzionale sulla detenzione domiciliare c.d. "umanitaria"* (Corte cost., sent. 20 febbraio – 19 aprile 2019, n.99), in *Critica del diritto*, 2019, p. 39 ss.

(art. 6, co. 3) per «i trattamenti sanitari per malattie mentali che comportino la necessità di degenza ospedaliera» di cui al comma precedente e per gli «accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale» che, rigorosamente disciplinati già all'art. 2 e seguenti della stessa legge n. 180/1978 e poi agli artt. 34 e 35, legge n. 833/1978, hanno una durata necessariamente breve e rappresentano le eccezione al principio secondo cui «nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge» stabilito all'art. 32, co. 2 Cost..

L'eliminazione di «ogni forma di discriminazione», poi, implica chiaramente, per altro verso, che neanche per problemi psichiatrici alla persona in regime penitenziario possono essere destinati trattamenti terapeutici diversi da quelli di cui usufruirebbe l'individuo in libertà<sup>25</sup>.

Se, dunque, la terapia per il paziente psichiatrico è un trattamento in libertà<sup>26</sup>, la stessa terapia, al pari di quanto accade o, comunque, dovrebbe accadere per ogni altra terapia per qualsiasi altra patologia, deve essere accessibile per la persona in esecuzione penitenziaria.

### **5. Ipotesi ermeneutiche sulle ragioni di un singolare equivoco: il dato letterale e l'acronimo di parole mai comparse nelle «disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari».**

Dati i tempi, gli obiettivi e anche gli strumenti della comunicazione interindividuale e sociale che inizialmente determinano l'uso e poi la puntuale e larghissima diffusione di acronimi, a quello di R.E.M.S. è stata ridotta la definizione di «residenze per l'esecuzione

---

<sup>25</sup> Risulta, infatti, sorprendente, non corrisponde ad una prassi diffusa e, a nostro avviso, sarebbe comunque illegittima la circostanza che appare deducibile dalle motivazioni della sentenza n.22/2022 della Corte costituzionale che, per rappresentare la natura dell'assegnazione ad una REMS come «misura limitativa della libertà personale», accanto alla «circostanza che al soggetto interessato può essere impedito di allontanarsi dalla REMS» rappresenta anche quella che «durante la sua esecuzione possono essere praticati al paziente trattamenti sanitari coattivi, ossia attuabili nonostante l'eventuale volontà contraria del paziente»: ciò, tuttavia, non preclude, afferma la Corte, che comunque «essa si distingue, peraltro, dal trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale disciplinato dagli articoli da 33 a 35 della legge 23 dicembre 1978 n.833» la cui applicazione, quindi, sembra superflua, date le argomentazioni della Corte: Corte cost., sentenza n. 22/2022, cit., punto 5.1. del Considerato in diritto.

<sup>26</sup> Quello secondo cui «la libertà è terapeutica» divenne uno degli slogan più rappresentativi delle audaci e storiche posizioni di Franco Basaglia che ne elaborò e propose in più occasioni anche un preciso e accreditato fondamento scientifico: tra i molteplici riferimenti cfr. F. Basaglia, *La distruzione dell'ospedale psichiatrico come luogo di istituzionalizzazione* (1965), in Id., *L'utopia della realtà*, Torino, 2005, p. 17.

delle misure di sicurezza» che, probabilmente per analoghe esigenze di semplificazione, in troppi contesti sono state inopportunamente rappresentate come l'attuale equivalente dei vecchi OPG.

«Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza» è una definizione che, nella legislazione italiana, è stata utilizzata per la prima volta solo quando ormai erano già trascorsi oltre due anni dalla introduzione dell'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011 che detta le disposizioni tuttora fondamentali per la configurazione delle strategie «per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari».

Nelle stesse disposizioni, tuttavia, la definizione «residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza» – poi ridotta all'acronimo REMS – non ricorre tuttora, non era prevista nel testo originariamente approvato e non è mai comparsa in alcuna delle sei integrazioni e revisioni intervenute successivamente.

Innanzitutto, quindi, manca un presupposto testuale – e, dunque, anche fondamentale – per assumerla ad efficace rappresentazione simbolica delle fondamentali strategie legislative «per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari» di cui all'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011.

Nella legislazione italiana, infatti, un riferimento testuale alle «residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza» compare per la prima volta solo al co. 1-*quater* aggiunto all'art. 1, d.l. n. 52/2014 con la legge di conversione n. 81/2014.

Ma, come l'acronimo solitamente utilizzato per indicarle nell'ambito di rappresentazioni sociali non necessariamente rigorose sotto il profilo giuridico, anche il testuale riferimento legislativo alle «residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza» di cui al co. 1-*quater* dell'art. 1, d.l. n. 52/2014 sembra determinato essenzialmente da esigenze di immediata efficacia comunicativa, più che dagli scopi primari e diretti e dai contenuti specifici della disposizione di legge che lo usa.

Esso, infatti, compare per la prima volta nell'ambito di una disposizione – quella, appunto, di cui al co. 1-*quater* dell'art. 1, d.l. n. 52/2014 – che appare essenzialmente (se non esclusivamente) destinata ad introdurre un limite massimo di durata che fosse inequivocabilmente posto a favore degli internati in applicazione di tutte «le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive».

Ovvero a stravolgere, dopo 84 anni e solo nell'ambito di una disposizione di legislazione speciale, una delle caratteristiche storicamente più evidenti e peculiari del codice Rocco.

In particolare, data la rilevanza storica del contenuto essenziale della disposizione di cui al c. 1-*quater* dell'art. 1, d.l. n. 52/2014, la soluzione di un sintetico riferimento alle «residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza» appariva verosimilmente orientato a non rischiare di comprometterne efficacia e chiarezza riproponendo la più rigorosa (ma evidentemente dispersiva) definizione delle «strutture destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia»: all'epoca della introduzione del co. 1-*quater* nell'art. 1, d.l. n. 52/2014, già da oltre due anni (ovvero fin dalla sua prima approvazione) a queste ultime – e, dunque, non alle REMS – faceva e fa tuttora riferimento il co. 2 dell'art. 3-*ter*, d.l. n. 211/2011 con le «disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari».

**6. Il legislatore e il contesto storico ed istituzionale della riforma: l'interpretazione dell'art. 3-*ter*, d.l. n. 211/2011 oltre il dato letterale e ai margini di disposizioni ingenuamente realistiche.**

Ma, sebbene sia un'ipotesi evidentemente incongruente con l'ambizioso obiettivo delle disposizioni di cui all'art. 3-*ter*, dalla stessa contestualizzazione storica della legge n. 9/2012 che lo aggiunse al d.l. n. 211/2011 emergono elementi sufficienti a ritenere che neppure nelle disposizioni del co. 2 sia stata data priorità ad una dettagliata disciplina o, almeno, ad una esaustiva definizione delle «strutture destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia».

Un simile obiettivo, infatti, sarebbe stato perseguibile solo con una proposta di legge elaborata nell'ambito di una attenta programmazione politica. Un confronto con operatori di settore e parti sociali, invece, sembra essere intervenuto solo dopo l'approvazione del testo originario dell'art. 3-*ter* e ne ha evidentemente determinato le modifiche e le integrazioni introdotte – pur sempre entro i limiti della fondamentale struttura dell'articolo già approvato con la legge n. 9/2012 – in poco meno di due anni con ognuno dei sei provvedimenti legislativi successivi.

D'altra parte, l'art. 3-*ter* fu aggiunto in sede di conversione al d.l. n. 211/2011 e sembra

averne sempre condiviso il contesto di origine, rappresentato innanzitutto da uno dei «casi straordinari di necessità ed urgenza» di cui all'art. 77, co. 2 Cost.<sup>27</sup>: nel caso del d.l. n. 211/2011 si era trattato del clima di particolare attenzione delle istituzioni europee al sistema penitenziario italiano<sup>28</sup> che si ripropose in termini analoghi al momento della relativa conversione, date le precise sollecitazioni che, in riferimento agli OPG, erano state formalizzate dal CPT nel *report* del 2009 sulla visita ad Aversa, pubblicato poi nel 2010 (e che successivamente furono condivise e rafforzate da quelle più dettagliate della Commissione parlamentare di inchiesta nel 2011).

In particolare, con l'art. 3-*ter* aggiunto con la legge di conversione n. 9/2012, si trattava innanzitutto di dare in tempi brevi un nuovo e decisivo impulso alla audace (ma inattuata) calendarizzazione di un «superamento graduale degli OPG» che era stato già previsto nel d.P.C.M. del 1° aprile 2008.

In quel caso aveva prevalso, evidentemente, la scelta fortemente simbolica di replicare la storica previsione del «graduato superamento degli ospedali psichiatrici» di cui al co. 6 dell'art. 7, legge n. 180/1978.

Ma dato che, all'epoca, la previsione legislativa di una *gradualità* divenne poi l'attesa pressoché ventennale di un completo e reale superamento<sup>29</sup>, nel 2012 il clima di particolare urgenza sembra aver determinato innanzitutto la diversa scelta di qualificarlo «definitivo» già nella rubrica del nuovo articolo aggiunto al d.l. n. 211/2011: già la rubrica dell'art. 3-*ter*, d.l. n. 211/2011, dunque, oggi sembra rappresentare efficacemente l'obiettivo e la volontà di dare immediatamente seguito alle sollecitazioni del CPT e della Commissione parlamentare sul superamento degli OPG.

---

<sup>27</sup> Emerge, anche sotto questo profilo, una sostanziale continuità tra decreto legge e legge di conversione che sembra riconducibile a quella evidentemente considerata necessaria anche dalla Corte costituzionale quando ha affermato che le eventuali modifiche introdotte in un decreto legge con la legge di conversione non possono risolversi in un «innesto nell'iter di conversione dell'ordinaria funzione legislativa» e, quindi, non possono «spezzare il legame essenziale tra decretazione d'urgenza e potere di conversione»: cfr. Corte cost., sentenza n. 22/2012, in <https://www.cortecostituzionale.it> (consultato il 22.5.2023), punto 4.2. del Considerato in diritto.

<sup>28</sup> Ben nota ed esemplare, sotto questo profilo, è la vicenda della sentenza Torreggiani in cui furono riuniti molti ricorsi già pendenti presso la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: cfr. Corte EDU, causa *Torreggiani e altri c. Italia* – Seconda Sezione – sentenza 8.1.2013 – ricorsi nn. 43517, 46882, 55400, 57875, 61535 e 35315 del 2009 e nn. 35315 e 37818 del 2010, in [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_20\\_1.wp?facetNode\\_1=1\\_2\(2013\)&facetNode\\_2=0\\_8\\_1\\_85&previousPage=mg\\_1\\_20&contentId=SDU810042](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=1_2(2013)&facetNode_2=0_8_1_85&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU810042) (consultato il 22.5.2023).

<sup>29</sup> La vicenda della reale chiusura degli ultimi manicomi pubblici emerse anche all'attenzione del legislatore quando, con l'art. 3, co. 5, legge n. 724/1994, ne fu espressamente e specificamente disposto il completamento entro il 31 dicembre 1996, ovvero oltre 18 anni dopo l'approvazione della legge n. 180/1978; il termine non fu rigorosamente rispettato e ancora più recente è stata la reale chiusura di analoghe strutture private.

Non è una scelta meramente simbolica, invece, quella di dare alle sollecitazioni intervenute un chiaro riscontro di efficienza con disposizioni che, a differenza delle prescrizioni di cui all'Allegato C del d.P.C.M. del 1° aprile 2008, nel caso dell'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011 risultano dotate di inequivocabile «forza di legge».

Quanto al contenuto specifico delle disposizioni introdotte, infine, la volontà e l'obiettivo di dare un immediato riscontro di efficienza alle sollecitazioni del CPT e della Commissione parlamentare – e, quindi, di corrispondere adeguatamente al clima di particolare urgenza – emerge chiaramente nella scelta di selezionare e concretizzare innanzitutto una delle «soluzioni possibili» che lo stesso Allegato C aveva esplicitamente ipotizzato nell'ambito dell'ultima e «terza fase» del «programma di superamento graduale degli OPG».

In quella sede, infatti, il d.P.C.M. del 1° aprile 2008, affermata innanzitutto la necessità di una «differenziazione nella esecuzione della misura di sicurezza» di cui all'art. 222 c.p. (esplicitamente ricondotta anche alla sentenza n. 253/2003 della Corte costituzionale) e data la possibilità di precisazioni anche successive che era offerta dalla programmazione di un percorso di superamento solo «graduato», proponeva una rappresentazione semplicemente sommaria delle diverse strategie perseguibili per il reale conseguimento del risultato programmato: testualmente, infatti, nell'Allegato C di esse si affermava soltanto che «vanno dalle strutture OPG con livelli diversificati di vigilanza, a strutture di accoglienza e all'affido a servizi psichiatrici territoriali».

Si trattava, dunque, di soluzioni ipotizzate tutte sull'esplicito postulato della necessità di una «differenziazione dell'esecuzione» di tradizionali misure di sicurezza all'epoca riservate dal codice penale al paziente psichiatrico che, pertanto, sarebbero rimaste comunque immutate: la riforma programmata con il d.P.C.M. avrebbe inciso solo sulla disciplina della loro esecuzione.

Nel 2008, però, nessuna di esse veniva preferita o considerata prioritaria.

Solo nel 2012, data la particolare situazione determinata dal contesto europeo e dato lo stesso postulato dell'esigenza di una «differenziazione» implicitamente ma chiaramente confermato con il rinvio iniziale ed immediato al d.P.C.M. del 1° aprile 2008, con la legge n. 9 si scelse di privilegiare, tra le «soluzioni possibili» sommariamente elencate nell'Allegato C, quella più immediatamente perseguibile o, comunque, più facile da rappresentare: quindi quella residenziale del ricovero in «strutture».

Ad essa, pertanto, erano dedicate pressoché esclusivamente le disposizioni fondamentali del testo originario dell'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011 che sono rimaste immutate nel loro contenuto essenziale e che, quindi, ancora oggi seguono una precisa e significativa progressione.

Innanzitutto, infatti, esse definiscono l'oggetto della propria disciplina rappresentandolo in termini di continuità con la disciplina vigente ovvero in termini di «completamento del processo di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari già previsto dall'allegato C del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° aprile 2008» (art. 3-ter, co. 1, d.l. n. 211/2011), di cui quindi si condivide anche il fondamentale postulato della necessità di una «differenziazione nell'esecuzione» della misura di sicurezza; poi, al co. 2, le disposizioni dell'art. 3-ter affermano immediatamente la necessità e indicano con precisione tempi, atti e procedure di una nuova disciplina per la definizione di «ulteriori requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi, anche con riguardo ai profili di sicurezza, relativi alle strutture destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia» (art. 3-ter, co. 2 e 3, d.l. n. 211/2011); al co. 4, inoltre, esse stabiliscono una data precisa (poi ridefinita 3 volte nelle successive modifiche) che era inizialmente rappresentata esclusivamente come *dies a quo* per l'entrata a pieno regime delle nuove strutture previste ai due commi precedenti e che tuttavia, dopo la terza modifica dell'art. 3-ter apportata con il d.l. n. 24/2013, è tuttora rappresentata innanzitutto come *dies ad quem* per la eventuale ed ulteriore operatività dei vecchi ospedali psichiatrici giudiziari e poi ancora come *dies a quo* per la funzionalità a pieno e, quindi, esclusivo regime delle nuove «strutture».

Si tratta, evidentemente, di disposizioni che scandiscono una progressione utile a rappresentare e comunicare efficacemente una ferma determinazione per il superamento, che diventa addirittura perentoria nei termini – e, in particolare, nell'avverbio – usati per la conclusiva descrizione del futuro regime, immediatamente successivo al conseguimento effettivo del superamento ovvero della chiusura degli OPG: «le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia sono eseguite esclusivamente all'interno delle strutture sanitarie di cui al comma 2» (art. 3-ter, co. 4, prima parte, d.l. n. 211/2011).

In questa prospettiva estrapolare quest'ultima disposizione dal contesto storico ed

istituzionale che ne ha segnato le origini e seguire la Corte costituzionale che la assume a «base normativa che consente oggi di sostituire automaticamente i riferimenti alle misure di sicurezza del ricovero in OPG o della assegnazione a casa di cura e custodia ancora presenti nel codice penale e nella disciplina penitenziaria con l'assegnazione a una REMS» potrebbe essere una forzatura che si rivela insostenibile anche in riferimento ad altri e molteplici strumenti esegetici.

### 7. L'interpretazione delle «disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari» tra *testo, parole e costruzioni sistematiche*.

La ricostruzione del contesto storico ed istituzionale che ha segnato le origini di un provvedimento legislativo è unanimemente considerata uno strumento esegetico fondamentale – seppur non sufficiente - nella prospettiva di consolidate elaborazioni del procedimento ermeneutico in ambito giuridico.

In modo evidente, per esempio, essa costituisce un momento essenziale nella elaborazione esegetica proposta da Norberto Bobbio che assume come prima premessa il dato secondo cui “il linguaggio del legislatore non è necessariamente rigoroso”.

Pertanto, nella prima delle “tre fasi di sviluppo della giurisprudenza” intesa come “analisi linguistica che ha per oggetto le proposizioni normative di un determinato ordinamento giuridico”, il giurista lavora sul linguaggio del legislatore impegnandosi a «renderlo più rigoroso» attraverso la sua “purificazione”<sup>30</sup> ovvero attraverso una attività che è possibile in quanto si presume, appunto, “che al di là delle proposizioni normative [...] vi sia qualcosa che non sia del tutto riducibile alle proposizioni stesse”, che emerge innanzitutto dalla considerazione del contesto storico ed istituzionale che ha segnato l'origine delle disposizioni da interpretare e che può essere definito con “vari nomi che rivelano tutti quanti una disposizione ingenuamente realistica: spirito, volontà, pensiero, intenzione del legislatore”<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> N. Bobbio, *Scienza del diritto ed analisi del linguaggio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, p. 343 ss., p. 355.

<sup>31</sup> N. Bobbio, *Scienza del diritto ed analisi del linguaggio*, cit., p. 358.

Ma, anche al di là di un ambito specificamente giuridico, è un dato acquisito dell'ermeneutica contemporanea anche quello secondo cui “la *mens auctoris* non è un criterio valido per stabilire il significato di un'opera”<sup>32</sup>.

In particolare, nella prospettiva dell'ontologia ermeneutica, Gadamer propone proprio “il significato esemplare dell'ermeneutica giuridica”<sup>33</sup> per rappresentare la impossibilità per l'interprete di prescindere dalle “tradizioni”, dalle “*auctoritates*” e dai “pregiudizi” che sono “costitutivi della sua realtà storica più di quanto non lo siano i suoi giudizi”<sup>34</sup> e che colmano la “distanza temporale” che lo separa dalla creazione dell'opera da interpretare<sup>35</sup>.

Nella prospettiva della elaborazione esegetica proposta da Bobbio, si tratta dell'ultima delle “tre fasi di sviluppo della giurisprudenza” che è dedicata all’“ordinamento del linguaggio giuridico”.

La sua premessa è che “il linguaggio del legislatore non è necessariamente ordinato”. Dunque “il terzo compito del giurista è quello di ridurlo a sistema”<sup>36</sup>, in considerazione non soltanto del contesto normativo che preesiste al legislatore e nel quale egli ha inserito la sua opera, ma anche delle sue eventuali modifiche successive e, comunque, di tutti gli altri “pregiudizi”, “*auctoritates*” e “tradizioni” che hanno continuato a colmare la “distanza temporale” tra legislatore ed interprete.

Non soltanto interpretazione letterale e linguistica, dunque, ma anche interpretazione sistematica: è un dato altrettanto acquisito dell'interpretazione giuridica, infatti, quello secondo cui “non esistono vari metodi di interpretazione, ma un solo metodo del quale quelli, che siamo soliti chiamare metodi, non sono che i mezzi”.

Innanzitutto “non si può, infatti, quale che sia il metodo adottato, prescindere da una lettura del testo e questa non può farsi se non partendo dalle parole in esso contenute e dalla loro connessione grammaticale, né si può, del pari, prescindere dalle implicazioni logiche già presenti nelle strutture grammaticali e dalle costruzioni sistematiche che ne derivano”<sup>37</sup>.

Pur trattandosi di diversi “mezzi” di un unico metodo di interpretazione, nel caso delle disposizioni di cui all'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011 nessuno tra quelli più comunemente

<sup>32</sup> H.G. Gadamer, *Verità e metodo. Elementi di una ermeneutica filosofica* (1986), trad. it. di G. Vattimo, Milano, Bompiani, 2001, *Prefazione alla seconda edizione tedesca [1965]*, p. 1005.

<sup>33</sup> H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, cit., p. 671 ss.

<sup>34</sup> H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, cit., p. 563 ss., p. 573, p. 583.

<sup>35</sup> H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, cit., p. 603 ss.

<sup>36</sup> N. Bobbio, *Scienza del diritto ed analisi del linguaggio*, cit., p. 355.

<sup>37</sup> E. Paresce, (voce) *Interpretazione (filosofia)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 152 ss., p. 220.

applicati e solitamente considerati decisivi, anche se preso singolarmente, sembra condurre ad esiti difformi da quelli deducibili dalla considerazione del particolare contesto storico ed istituzionale in cui avrebbe agito la figura mitologica e antropomorfa – o, per dirla con Bobbio, “ingenuamente realistica” – del legislatore: nessuno di essi, in particolare, sembra offrire un affidabile fondamento all’idea che è stata sostenuta in modo esemplare anche dalla Corte costituzionale e secondo cui nelle disposizioni di cui all’art. 3-ter ricorre una «clausola di ‘trasformazione automatica’» delle tradizionali misure di sicurezza psichiatriche nella «assegnazione a una REMS», che, pertanto, sarebbe addirittura, «a tutti gli effetti, una nuova misura di sicurezza»<sup>38</sup>.

#### **8. Il diritto alla salute del paziente psichiatrico in esecuzione penitenziaria: le disposizioni dell’art. 3-ter, d.l. n. 211/2011 e la inevitabile prospettiva della mera «esecuzione» di tradizionali misure di sicurezza.**

Se, infatti, “non si può [...] prescindere da una lettura del testo e questa non può farsi se non partendo dalle parole” è evidente che, nel momento in cui il co. 4 dell’art. 3-ter, d.l. n. 211/2011 dispone che «le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell’assegnazione a casa di cura e custodia sono eseguite esclusivamente all’interno delle strutture sanitarie di cui al comma 2», è lo stesso *testo* della legge da interpretare che sembra precludere una conclusione come quella autorevolmente proposta dalla Corte costituzionale.

È evidente, infatti, che queste *parole* del co. 4 dell’art. 3-ter innanzitutto ripropongono opportunamente e molto chiaramente la distinzione tra il dato esclusivamente normativo delle «misure di sicurezza» e quello storico e concreto delle «strutture» in cui esse vanno «eseguite».

Date le «parole» utilizzate è chiaro, inoltre, che le misure di sicurezza che vanno «eseguite» nelle «strutture» sono «le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell’assegnazione a casa di cura e custodia» previste agli artt. 219 e 222 c.p. di cui, pertanto, la stessa disposizione postula inequivocabilmente la permanenza in vigore e, quindi, la persistente applicabilità: risulta singolare, quindi, che proprio la disposizione

---

<sup>38</sup> Cfr. *supra* nota 4.

di cui al co. 4 dell'art. 3-ter sia stata assunta come «base normativa che consente oggi di sostituire automaticamente i riferimenti alle misure di sicurezza del ricovero in OPG o dell'assegnazione a casa di cura e custodia, ancora presenti nel codice penale e nella disciplina penitenziaria, con l'assegnazione a una REMS»<sup>39</sup>.

D'altra parte, l'interpretazione proposta in modo esemplare dalla Corte costituzionale, palesemente contraddetta da una dettagliata e puntuale considerazione del tenore letterale della disposizione, non sembra viziata soltanto sotto un profilo di mera congruenza logico-formale.

Infatti, nella seconda parte dello stesso co. 4, le disposizioni di cui all'art. 3-ter definiscono e concretizzano anche un preciso ed esclusivo – e, quindi, necessario – ambito di applicazione delle «misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia» che, nella prima parte, sono state implicitamente, ma inequivocabilmente riconosciute ancora in vigore.

In particolare, data l'eccezione espressamente prevista nella seconda parte del c. 4 dell'art. 3-ter, è evidente che, in presenza degli altri consueti presupposti delle misure di sicurezza, il giudice non può fare altro che ordinarne l'applicazione «nei confronti dell'infermo e del seminfermo di mente», «quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale».

È chiaro che, in quest'ultimo caso, si tratta di strumenti esegetici che non sono limitati alla considerazione di singole *parole* usate nel *testo* della legge.

Infatti, anche se è coinvolta soltanto una diversa disposizione dello stesso comma dello stesso articolo della stessa legge, comunque si adottano prospettive che sono più complesse della considerazione di singole *parole* del *testo* della legge da interpretare e che sono determinate, invece, anche *dalle costruzioni sistematiche che ne derivano*.

La definizione delle ragioni per cui le misure di sicurezza di cui agli artt. 219 e 222 c.p. risultano ancora e tuttora applicabili in presenza di presupposti che peraltro, prima delle modifiche introdotte al co. 4 dell'art. 3-ter con il d.l. n. 52/2014, non erano mai stati così precisamente definiti dalla legge, contribuisce in modo decisivo a chiarire l'ambito della riforma realizzata con le disposizioni attualmente vigenti di cui all'art. 3-ter d.l. n. 211/2011 e con la normativa ad esso collegata.

---

<sup>39</sup> Così la sentenza n. 22/2022 della Corte costituzionale: cfr. *supra* nota 4.

Ritorna, sotto questo profilo, la duplice prospettiva del contesto storico della riforma e di una attenta considerazione delle *parole* usate dal legislatore.

In particolare, dato il *testo* della disposizione, è palese che il riferimento al dato ontologico delle «strutture» rappresenta la risposta al problema che, all'epoca della legge n. 9/2012, aveva assunto una precisa ed urgente rilevanza storica e politica e che la stessa disposizione di cui alla prima parte del co. 4 dell'art. 3-ter recupera anche in una prospettiva rigorosamente giuridica riconoscendolo, definendolo e riproponendolo con *parole* chiare ed univoche nella prioritaria definizione di un luogo in cui le misure di sicurezza «sono eseguite».

Nelle stesse *parole* chiare ed univoche di cui alla prima parte del co. 4 dell'art. 3-ter risuona, peraltro, anche l'eco di altre parole che è restituita da una essenziale ricostruzione delle principali tappe della precedente evoluzione della normativa sul superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari.

Una prospettiva palesemente incentrata sulla «esecuzione», infatti, era stata adottata e risulta chiaramente privilegiata nel testo dell'Allegato C al d.P.C.M. del 1° aprile 2008, laddove la necessità di una «differenziazione nella esecuzione della misura di sicurezza» - in quel caso espressamente ricondotta, peraltro, anche alla giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>40</sup> - è assunta come premessa del successivo e dettagliato elenco di singole «azioni» per il «superamento graduale degli OPG».

Non si tratta, tuttavia, soltanto di un'eco o di una assonanza determinate da una particolare consapevolezza storica, ma, ancora una volta, anche delle *parole* e del *testo*, chiaro ed esplicito, delle disposizioni di cui all'art. 3-ter.

Infatti, la prima disposizione del relativo co. 1 pone anche la premessa di minime *costruzioni sistematiche*, definendo innanzitutto l'oggetto della propria disciplina in esplicita continuità con il d.P.C.M. del 1° aprile 2008 e, quindi, nella stessa prospettiva principalmente ed espressamente dedicata alle modalità di esecuzione delle misure di sicurezza.

Le REMS, in altre *parole* (che pure sono inequivocabilmente usate nell'art. 3-ter, nell'altra, fondamentale disposizione di cui al co. 2), non sono altro che le «strutture destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale

---

<sup>40</sup> In particolare, il d.P.C.M. del 1° aprile 2008 rinvia, sul punto, alle motivazioni della sentenza n. 253/2003 della Corte costituzionale: cfr. *supra* par. 3.1.

psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia» e sorprende, quindi, che il relativo ricovero possa essere considerato, invece, «a tutti gli effetti, una nuova misura di sicurezza».

Data la complessiva normativa vigente sul superamento degli OPG, si tratta, in particolare, di strutture solo eventualmente necessarie alla esecuzione delle misure di sicurezza di cui agli artt. 219 e 222 c.p., nell'ambito della quale avrebbero comunque un ruolo rigorosamente limitato solo alla prima fase<sup>41</sup>.

Ciò non implica, tuttavia, la necessità di integrare l'elenco di cui al co. 1 dell'art. 62, legge n. 354/1975 dedicato agli «istituti per l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive».

Infatti, riproponendo ancora una volta la mitologia antropomorfa o la *disposizione ingenuamente realistica* del legislatore, non è stata finora una sua distrazione o una dimenticanza, ma una scelta precisa, coerente e assolutamente opportuna, determinata dalla piena e giusta consapevolezza dei rapporti tra il fondamentale diritto alla salute dell'individuo e il diritto punitivo dello Stato.

Nell'elenco degli «istituti per l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive» di cui all'art. 62, co. 1, legge n. 354/1975 sarebbero state incluse, altrimenti, quelle che sono espressamente definite «strutture sanitarie» al co. 4 dell'art. 3-ter che, alla lett. a) del precedente co. 3, altrettanto espressamente ne dispone la «*esclusiva gestione sanitaria*».

Accade nelle REMS, quindi, ciò che accade in qualsiasi altra struttura sanitaria in cui, per qualsiasi altra patologia, sia ricoverato il paziente in esecuzione penitenziaria: per il tempo strettamente necessario è sospeso il diritto punitivo dello Stato per lasciare spazio alla tutela effettiva del diritto alla salute dell'individuo.

Poi, dopo la prima fase della esecuzione delle misure di sicurezza di cui agli artt. 219 e 222 c.p. in cui può anche essere stato necessario il ricovero in una REMS, conformemente alla «tutela della salute mentale in modo da eliminare ogni forma di discriminazione di segregazione» prevista in via generale ed astratta all'art. 2, co. 2, lett. g), legge n. 833/1978, resta solo la necessità di «salvaguardare il fondamentale diritto alla salute del detenuto, qualora esso sia incompatibile con la permanenza in carcere» già ipotizzata in via specifica e concreta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 99/2019.

---

<sup>41</sup> Sul punto cfr. F. Schiaffo, “*Der Ersatz des Strafrechts durch Besseres*”: il sogno di Radbruch nel laboratorio delle REMS, in C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta e F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, vol. I, p. 453 ss., p. 460 ss.

**Abstract:** Con le «disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari» di cui all'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011 ed alla normativa ad esso collegata la tutela del diritto alla salute del paziente psichiatrico in esecuzione penitenziaria è stata adeguata al regime ordinario della tutela della salute mentale. Tuttavia, gli istituti destinati alla esecuzione delle misure di sicurezza di cui agli artt. 219 e 222 c.p. non sono stati semplicemente chiusi e sostituiti con nuove strutture penitenziarie e non è stata prevista, con le stesse disposizioni, alcuna nuova misura di sicurezza. Strutture e servizi per l'esecuzione delle misure di sicurezza di cui agli artt. 219 e 222 c.p. sono stati adeguati, invece, alle necessità di una organizzazione della «tutela della salute mentale in modo da eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione» che, ai sensi dell'art. 2, co. 2, lett. g), legge n. 833/1978, rappresenta uno degli «obiettivi» dell'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale, decisa in ottemperanza dell'art. 32 Cost.

**Abstract:** Through the «provisions for the ultimate overcoming of the forensic psychiatric hospitals» referred to in Article 3-ter of the Legislative Decree no. 211/2011 and the related legislation, the protection of the right to health of psychiatric patients in penitentiary facilities has been brought in line with the ordinary regime for the protection of mental health. However, the facilities intended for the implementation of the security measures under Article 219 and 222 of the Criminal Code have not simply been replaced with new prison structures, and, through the abovementioned provisions, no new security measures have been provided for. The structures and services for the execution of security measures under Articles 219 and 222 of the Criminal Code have been instead adapted for the purpose of «protecting mental health in order to eliminate any form of discrimination and segregation» which, under Article 2, paragraph 2, letter G of Law no. 833/1978, represents one of the «aims» of the creation of the National Health Service, decided for in compliance with Article 32 of the Constitution.

**Parole chiave:** Diritto alla salute mentale – Misure di sicurezza – Discriminazione - Segregazione – Servizio sanitario pubblico.

**Key words:** Right to Mental Health – Security Penal Measures – Discrimination - Segregation – Public Health Service.