

Il trattamento sanitario nell'ambito delle REMS dopo Corte cost. n. 22/2022*

Gabriella Cordova**

SOMMARIO: 1. Il ruolo del consenso al trattamento sanitario in psichiatria. – 2. Criticità nel sistema delle REMS e problemi relativi alla gestione dei pazienti candidati. – 3. Il progetto individualizzato nelle REMS, in rapporto al consenso del paziente con infermità psichica autore di reato. – 4. La contenzione nelle situazioni di emergenza psichiatrica all'interno delle REMS.

ABSTRACT:

Il contributo pone in rilievo la doppia vocazione del ricovero presso le REMS: la funzione di contenimento della pericolosità sociale e il carattere terapeutico-riabilitativo. In tale contesto, assume centralità la definizione di un progetto individualizzato che consente al reo d'intraprendere un percorso di cura e di riabilitazione sociale. Alla luce delle argomentazioni di Corte cost. n. 22/2022 e della declinazione del principio volontaristico in ambito psichiatrico, il profilo che viene analizzato riguarda il caso in cui l'autore di reato, affetto da disturbo psichiatrico e sottoposto al ricovero presso una REMS, non abbia prestato il proprio consenso a tale programma terapeutico. L'elaborato affronta, inoltre, la problematica relativa all'uso delle misure di contenzione in una prospettiva che potrebbe apparire più conforme al definitivo superamento della prassi di coercizione quale era propria dei manicomi.

The contribution highlights the dual role of hospitalization in REMS: the function of containment of social dangerousness and the therapeutic-rehabilitative character. In this context, an individualized project, that allows the offender to embark on a path of treatment and social rehabilitation, assumes centrality. According to the considerations of Constitutional Court no. 22/2022 and the declination of the voluntaristic principle in the psychiatric field, the profile being analysed concerns the case that the offender, suffering from psychiatric disorder and subjected to hospitalization in a REMS, has not given his consent to the therapeutic program. The paper also addresses the issues related to the use of restraint measures in a perspective that might appear more in line with the definitive overcoming of the practice of coercion as it used to be in asylums.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Dottoranda di ricerca in Diritto penale, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano.

1. Il ruolo del consenso al trattamento sanitario in psichiatria

L'acquisizione corretta del consenso al trattamento sanitario rappresenta senz'altro un aspetto particolarmente problematico dell'attività medica. Del resto, fino a pochi anni orsono parlare di consenso nell'ambito psichiatrico poteva essere considerato, addirittura, un ossimoro. Soltanto attraverso la l. 13 maggio 1978, n. 180 (la c.d. legge Basaglia) la persona con disturbi psichici è stata infatti riconosciuta come soggetto capace di autodeterminazione¹.

Va premesso che prima della riforma Basaglia le esigenze di sicurezza della società venivano di fatto anteposte al diritto alla salute mentale. Così che in seguito alla chiusura dei manicomi si è assistito a un importante mutamento di prospettiva² rispetto alla percezione della persona affetta da disturbo psichico, in quanto da «oggetto di custodia e di coercizione intramurale» essa è divenuta «titolare del diritto alla cura»³.

Su questa base, il principio cardine, introdotto della legge Basaglia e poi inserito nella l. 23 dicembre 1978, n. 833 (*Istituzione del servizio sanitario nazionale*), stabilisce che, di regola, gli accertamenti e i trattamenti sanitari, anche nel settore psichiatrico, sono volontari. Pertanto, la cura della salute psichica deve attuarsi su base volontaria, non essendo tendenzialmente ammessa l'imposizione di una data terapia.

È noto, tuttavia, che sussistono delle ipotesi di deroga a tale principio. Gli artt. 33-35, l. n. 833/1978 dispongono infatti che, in situazioni eccezionali ed urgenti, possono essere eseguiti dall'autorità sanitaria accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori nei confronti dei pazienti affetti da un disturbo mentale. Tali interventi sono attuati, di norma, in presidi territoriali extraospedalieri⁴, oppure in strutture ospedaliere nell'ipotesi di «alterazioni psichiche tali da richiedere interventi terapeutici urgenti»⁵.

La proposta motivata di trattamento sanitario obbligatorio può essere redatta da qualsiasi medico abilitato alla professione e, nell'ipotesi in cui il trattamento debba essere eseguito in condizioni di degenza ospedaliera, deve essere convalidata da un altro medico della azienda sanitaria locale. Successivamente, entro 48 ore dal momento di convalida, il sin-

¹ Art. 1, l. n. 180/1978 successivamente inserito nell'art. 33, l. 23 dicembre 1978, n. 833 (*Istituzione del servizio sanitario nazionale*).

² La legge Basaglia ha rappresentato anche un primo passo in avanti verso un progresso sociale e culturale in merito alla cura, all'assistenza e alla tutela della salute mentale. Tale riforma ha, altresì, favorito il superamento dei pregiudizi nei confronti delle persone con disagi psichici cfr. P. DELL'ACQUA, *Persone, malattia mentale e guarigione*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2011, pp. 783 ss.

³ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2015, pp. 871-872.

⁴ L'esistenza giuridica dei trattamenti sanitari obbligatori extraospedalieri (TSOE) è controversa in dottrina. Per un'analisi delle diverse posizioni dottrinali cfr. E. DALY, *I fantasmi del diritto. Alcune riflessioni sul trattamento sanitario obbligatorio extraospedaliero*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2021, pp. 227 ss.

⁵ Art. 34, co. 4, l. n. 833/1978.

daco è tenuto a decidere sull'istanza presentata e, qualora reputi di accoglierla, dispone con ordinanza l'esecuzione del trattamento. Inoltre, il provvedimento del sindaco, entro 48 ore dal ricovero, deve essere notificato al giudice tutelare, il quale, assunte le informazioni necessarie e accertati i presupposti di legge, provvede con decreto motivato a convalidarlo. Nell'ipotesi di mancata convalida, il sindaco ordina la cessazione del trattamento nella struttura ospedaliera.

Tra i presupposti, dunque, di applicazione dei trattamenti sanitari obbligatori, non vi è, oggi, alcun riferimento alla presunzione di pericolosità sociale della persona affetta da disturbo psichico, fattore che, in passato, rappresentava invece il fondamento del sistema custodiale disciplinato della l. 14 febbraio 1904, n. 36, orientata a valutare il paziente psichiatrico quale mero problema di sicurezza pubblica. Ne consegue che i trattamenti sanitari obbligatori vengono disposti, diversamente da quanto avveniva in precedenza, per una finalità di cura del paziente e non in forza di una sua ritenuta pericolosità sociale. Peraltro, anche nelle ipotesi di trattamento obbligatorio, il legislatore richiede il coinvolgimento del malato psichiatrico. L'art. 33, l. n. 833/1978 afferma infatti, al comma terzo, che «gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori [di cui ai precedenti commi] devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato».

In seguito alla legge Basaglia, pertanto, la libertà del paziente circa la scelta del trattamento sanitario e la partecipazione volontaria del medesimo al programma terapeutico vengono ad assumere un ruolo centrale anche nell'ambito della psichiatria.

Si assiste, infatti, al superamento della presunzione di incapacità del paziente psichiatrico: se la patologia non compromette del tutto le facoltà mentali⁶, il soggetto mantiene sia la titolarità del diritto alla salute, sia la libertà di autodeterminazione nell'ambito terapeutico. Simile libertà trova fondamento, come affermato dalla Corte costituzionale⁷, negli artt. 2, 13 e 32, co. 2, Cost. e, ora, anche nella l. 22 dicembre 2017, n. 219 (*“Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”*), assumendo un ruolo autonomo da quello del diritto alla salute.

Può dirsi, allora, dirsi che il consenso del paziente (e, quindi, il principio volontaristico) si caratterizza per la sua «funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello

⁶ Sul punto, il Comitato Nazionale per la Bioetica nel Parere *“Psichiatria e salute mentale: orientamenti bioetici”*, 24 novembre 2000, in *www.governo.it*, p. 12, ha affermato che «tra l'assoluta incapacità di intendere e di volere, propria della demenza, e la “normalità” vi sono una serie di gradi intermedi, dove *deficit* cognitivi e alterazioni affettive possono determinare diminuzioni di tale capacità ma non la sua assenza».

⁷ Corte cost. 15 dicembre 2008, n. 438, con nota di R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 4953-4970. In senso conforme Corte cost. 23 luglio 2009, n. 253. In tale sentenza, la Corte costituzionale ha affermato che «se è vero che ogni individuo ha diritto ad essere curato, egli ha, altresì, il diritto a ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua libertà personale, conformemente all'art. 32, comma 2, della Costituzione».

all'autodeterminazione e quello alla salute»⁸. Per cui la libertà di scelta relativa ai trattamenti sanitari diviene espressione non soltanto di una forma di tutela del diritto alla salute, ma anche di un autonomo e indipendente diritto all'autodeterminazione⁹: in altri termini, il consenso o il dissenso in ambito terapeutico rappresentano un «problema di libertà, o meglio di libera espressione di sé da parte del soggetto, del proprio modo di intendere la vita, il rapporto con la malattia e il proprio corpo»¹⁰.

Con ciò l'affermarsi del diritto all'autodeterminazione ha comportato il superamento della concezione paternalistica dell'attività medica¹¹. Se da un lato, quindi, si deve rilevare che, «a fronte di una situazione fisica o psicologica di significativa debolezza e fragilità, si amplifica il ruolo di garanzia dell'operatore sanitario»¹²; dall'altro lato è necessario prendere atto della circostanza che «anche al paziente psichiatrico si riconoscono, fino a prova contraria, spazi di libertà, di capacità, di responsabilità e di autodeterminazione che vanno cercati e tutelati nell'incontro e nel divenire del rapporto con l'operatore psichiatrico»¹³.

È ben noto, del resto, che la legge n. 219/2017 stabilisce all'art. 1 che «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne nei casi espressamente previsti dalla legge». Tuttavia, appare particolarmente problematico appurare un consenso libero in un settore, come quello della psichiatria, nel quale la patologia clinica incide per l'appunto, in maniera più o meno intensa, sulla psiche del paziente, di cui costituisce un aspetto la sua stessa capacità decisionale. Pertanto, seppur il consenso informato e la sua valutazione da parte del medico costituiscano di regola i presupposti del rapporto sanitario, non si è mancato di far emergere come un'applicazione formalistica dei principi generali summenzionati possa ritorcersi, in ambito psichiatrico, a discapito del paziente, sulla base di una presupposizione solo fittizia della sua libertà. Giungendosi ad affermare, da parte di una voce autorevole,

⁸ Corte cost. 23 dicembre, 2008, n. 438.

⁹ E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli, 2012, pp. 84 ss. Un primo orientamento dottrinale, invece, escludeva che la libertà di scelta relativa ai trattamenti sanitari potesse essere espressione di un diritto distinto da quello alla salute. In tal senso cfr. D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, co. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Rapporti etico-sociali*, Bologna, pp. 167 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, pp. 31 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, pp. 36 ss.; P. VERONESI, *Salute e autodeterminazione: i principi costituzionali*, in D. CARUSI, S. CASTIGLIONE, G. FERRANDO (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione. Atti del Convegno di Genova (23 maggio 2011)*, Torino, 2012, p. 65.

¹⁰ A. D'ALOIA, *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quad. cost.*, 2010, p. 241.

¹¹ In tale scenario il paziente diviene partecipe della definizione del programma terapeutico. Secondo F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, cit., p. 378 «il consenso informato mira [...] a porre al centro dell'attenzione del medico non solo, o non soltanto, la malattia ma la persona bisognosa di cure; cosicché, ai doveri di informazione del medico corrisponde oggi la figura del malato partecipe, che può considerare l'informazione come un suo diritto irrinunciabile e non più come una gentile concessione».

¹² S. ANZILLOTTI, *La posizione di garanzia del medico. Uno studio giuridico, bioetico e deontologico*, Milano, 2013, p. 217.

¹³ U. FORNARI, *Quale "Consenso informato" in psichiatria*, in U. FORNARI (a cura di), *Il consenso informato in psichiatria*, Torino, 1997, pp. 1-20.

che in tale ambito «non sempre si può rispettare il principio della contrattualità, ma si deve ritornare in alcuni casi a quello della beneficiabilità»¹⁴, vale a dire agire secondo le modalità più idonee per la tutela della salute del paziente. Il medico sarebbe tenuto, perciò, a valutare se ricorrere all'uno o all'altro principio «all'unico scopo di tutelare la salute mentale di una persona che non è in grado di farlo autonomamente»¹⁵.

Ciò premesso, il principio volontaristico dev'essere necessariamente declinato tenendo conto della peculiare condizione in cui si trova il soggetto affetto da disturbi psichici.

In psichiatria, infatti, è più frequente che si realizzi un assenso¹⁶ rispetto alla proposta terapeutica formulata dal medico, anziché una partecipazione attiva del malato nella individuazione, col medico, del trattamento da attivare. Ciò in quanto nella maggior parte dei casi i pazienti affetti da un disturbo psichico manifestano difficoltà nel comprendere la natura della patologia e ridotta autonomia decisionale, pervenendosi di conseguenza a sostenere che l'acquisizione del consenso rappresenti, in tale branca della medicina, il punto di arrivo del trattamento sanitario¹⁷, piuttosto che il presupposto dell'intervento terapeutico. L'acquisizione del consenso nell'ambito psichiatrico non si concretizzerebbe, pertanto, in «un atto formale da ottenere in occasione del primo incontro», bensì in un «processo continuo, composto anche da periodiche verifiche che si sviluppano a seguito di un generico iniziale benessere»¹⁸.

La riconosciuta rilevanza della volontà del paziente psichiatrico fa sorgere il problema, quindi, inerente alle modalità di acquisizione e alla validità del consenso (o del rifiuto) verso i trattamenti sanitari nel contesto suddetto.

Ben si sa, infatti, che il consenso all'attività sanitaria dev'essere espresso, oltre che da persona capace di intendere e di volere, anche in modo personale, esplicito, specifico, consapevole, libero e (salvo le casistiche di cui agli artt. 4 e 5 l. n. 219/2017) attuale. Il che però nell'ambito psichiatrico, alla luce di quanto già s'è detto, appare di non facile realizzazione.

Senza dubbio, il paziente psichiatrico ha diritto a ricevere le informazioni cliniche pertinenti da parte del medico, il quale deve tener conto del tipo di patologia e delle possibili ripercussioni che le informazioni stesse potrebbero avere sul paziente¹⁹. L'informazione,

¹⁴ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2018, p. 1120.

¹⁵ U. FORNARI, *op. cit.*, p. 1121.

¹⁶ Appare opportuno evidenziare la distinzione tra consenso e assenso in quanto mentre il termine “consenso” rimanda ad una partecipazione attiva del paziente e, dunque, ad una decisione condivisa, nel concetto di “assenso” è insita, invece, una semplice accettazione del paziente della proposta presentata dal medico.

¹⁷ O. GRECO, R. CATANESI, *La responsabilità professionale dello psichiatra*, Padova, 1990, p. 30; P. GIROLAMI, *Alcune considerazioni in tema di consenso al trattamento sanitario con particolare riguardo all'ambito psichiatrico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, p. 16.

¹⁸ A. VENCHIARUTTI, *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, cit., pp. 829 ss.

¹⁹ U. FORNARI, *L'informazione come strumento comunicativo e terapeutico*, in U. FORNARI (a cura di), *Aspetti del consenso in psichiatria clinica e forense*, Torino, 2001, p. 15. In merito all'obbligo di informazione cfr. J.M. BIRKHOFF, *Informare il*

poi, dev'essere sempre ponderata e adattata in relazione alle condizioni psichiche, alla capacità emotiva e al grado di cultura del malato²⁰: spesso, in realtà, il dissenso alla cura è frutto di una non corretta comprensione ed elaborazione delle informazioni fornite dal medico.

Un quadro, questo, dal quale consegue la necessità, confermata anche dal Comitato nazionale per la bioetica, di adottare in psichiatria «una soluzione intermedia tra garantismo radicale e paternalismo rigido, soluzione consistente nel dilazionare cronologicamente il consenso informato» e volta a promuovere «la comprensione e il libero e consapevole conformarsi [del malato] alle indicazioni prescritte»²¹.

Assumono quindi particolare rilievo le modalità di comunicazione e l'attitudine empatica del medico²², quali fattori che incidono sia sulla comprensione del contenuto dell'informazione, sia sulla resilienza del paziente, vale a dire sulla sua capacità di far fronte, in maniera positiva, alle difficoltà derivanti dalla malattia e dal trattamento terapeutico²³.

Soprattutto in ambito psichiatrico, perciò, l'acquisizione del consenso dipende non soltanto dall'informazione fornita al paziente, ma anche dalle peculiari modalità di comunicazione strettamente connesse alla patologia in atto.

Resta tuttavia l'interrogativo circa le condizioni di validità del consenso o del rifiuto nei confronti del trattamento psichiatrico. E, in proposito, non può che competere al medico valutare la consapevolezza del paziente che rifiuti una data proposta terapeutica, in rapporto alle specificità del caso clinico. L'accertamento relativo alla validità giuridica del rifiuto richiede, infatti, che vengano considerate tutte le peculiarità della condizione del paziente, evitando così di attribuire rilievo a decisioni derivanti, *tout court*, dalla situazione di fragilità in cui il medesimo si trova.

A questi fini, s'è tentato di identificare in dottrina²⁴ alcuni elementi costitutivi della capacità decisionale che, una volta accertati, potrebbero far ritenere valido il consenso o il rifiuto prestati: «la capacità di comprendere informazioni rilevanti per la decisione sulle terapie», «la capacità di ragionare [...] e di elaborare» tali informazioni e «la capacità di valutarne il significato»²⁵. Tuttavia, tali indici non sono adeguatamente chiarificati.

paziente psichiatrico sul suo disturbo mentale e sulle cure possibili: dovere o facoltà?, in U. FORNARI, S. JOURDAN, *La responsabilità professionale dello psichiatra*, Torino, 2006, pp. 14 ss.

²⁰ M. LIGUORI, G. CANNAVÒ, M. ORRICO, *La responsabilità medica, dalla teoria alla prassi processuale*, Rimini, 2011, pp. 137 ss.

²¹ Comitato Nazionale per la Bioetica nel Parere "Psichiatria e salute mentale: orientamenti bioetici", cit., p. 34.

²² Sull'aspetto comunicativo nella relazione tra medico e paziente si vedano, tra tutti, con riferimento alla c.d. medicina narrativa R. CHARON, *Medicina narrativa. Onorare le storie dei pazienti*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2019; L. ZANNINI, *Medical Humanities e medicina narrativa. Nuove prospettive nella formazione dei professionisti della cura*, Milano, 2008; V. MASINI, *Medicina narrativa. Comunicazione empatica ed interazione dinamica nella relazione medico-paziente*, Milano, 2016.

²³ C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, Napoli, 2013, p. 94

²⁴ T. GRISSO, P.S. APPELBAUM, *Il consenso alle cure: guida alla valutazione per medici e operatori sanitari*, Torino, 2000.

²⁵ R. ROSSO, *La capacità di dare il consenso al trattamento e la sua valutazione*, in U. FORNARI, *Aspetti del consenso in psichiatria clinica e forense*, cit., pp. 31-33.

S'è anche ipotizzato che la valutazione della capacità decisionale possa realizzarsi attraverso il ricorso a moduli scritti articolati sulla base di un questionario e mediante l'analisi delle risposte del paziente. Sennonché le domande predeterminate potrebbero impedire di esaminare in tutte le sue caratteristiche la situazione clinica, vincolando la comunicazione tra medico e paziente in modo da non consentire la raccolta completa di informazioni. Tali moduli sottenderebbero, quindi, finalità di medicina difensiva²⁶, in quanto potrebbero costituire soltanto «un atto formale di dubbio significato e privo di intrinseca e reale validità»²⁷.

Al contrario, il riferimento nel corso del colloquio clinico a linee guida²⁸, le quali non costituiscono prescrizioni vincolanti, ma semplici indicazioni per lo psichiatra, potrebbe aiutare gli operatori sanitari nella raccolta delle informazioni relative alla capacità decisionale dei pazienti, onde valutarne il pensiero in relazione alla decisione terapeutica²⁹.

In sintesi, l'incertezza relativa alla validità del consenso prestato ai trattamenti psichiatrici potrebbe comportare forme di denegazione terapeutica per motivi difensivi. Ma allo stesso esito potrebbe condurre una considerazione burocratica e formale all'eventuale rifiuto.

Pur considerando il paziente psichiatrico come interlocutore del medico, un rifiuto delle terapie condizionato dallo stato patologico psichiatrico non dovrebbe impedire, conseguentemente, il compimento di interventi a beneficio del malato e orientati a fronteggiare una sua eventuale pericolosità verso i terzi.

L'incidenza di tale stato esclude, quindi, che il rifiuto del paziente psichiatrico possa essere considerato fondatamente libero e, di conseguenza, insindacabile. Diversamente, ne deriverebbe una deresponsabilizzazione del medico rispetto alla ricerca di un percorso di cura e di sostegno per il malato. Risulta del resto attuale, tanto più in ambito psichiatrico, quanto osservava Eugenio Borgna: «Come è possibile valutare e scandagliare la libertà, la capacità di esprimere giudizi autonomi e liberi in un'area decisionale che ha a che fare con la propria salute e con il tumulto di emozioni in essa implicate»³⁰?

Ciò posto, appare necessario riflettere sulle modalità d'intervento degli operatori sanitari in presenza di un rifiuto da parte del paziente psichiatrico.

In proposito, l'unica strada da percorrere sembrerebbe, a prima vista, quella delineata dai suddetti artt. 33 ss., l. n. 833/1978.

²⁶ In tal senso, U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, op. cit., p. 953. Secondo l'Autore i modelli preconfezionati per la formalizzazione del consenso «non servono ad altro che assolvere mere competenze burocratiche-amministrative in un'ottica di medicina difensiva che solo nella relazione medico paziente può recuperare la sua dignità di medicina della responsabilità».

²⁷ P. PANCHERI, *Consenso al trattamento, ma quale consenso*, in *Journal of Psychopathology*, 1999, p. 97 ss.

²⁸ L. EUSEBI, *Brevi note sulla problematica relativa al consenso del paziente in ambito psichiatrico: il ruolo delle «linee guida»*, in C. MUNIZZA (a cura di), *Salute Mentale e Diritti. Problemi e percorsi di tutela*, Torino, 2003, pp. 65-70.

²⁹ R. ROSSO, *La capacità di dare il consenso al trattamento e la sua valutazione*, cit., p. 44.

³⁰ E. BORGNA, *Noi siamo un colloquio*, Milano, 2000, p. 206.

Sebbene i medici ricorrano sovente a tale strumento, sarebbe opportuno tuttavia che il percorso terapeutico non s'identifichi col trattamento sanitario imposto dalla legge. Il ricorso a quest'ultimo potrebbe ingenerare, infatti, l'illusione che esso rappresenti un valido surrogato del percorso di cura. Quando, invece, la previsione legislativa rischia di dar luogo a una risposta di natura soltanto giuridica e burocratica ai problemi derivanti dalla condizione clinica del malato.

Il problema del rifiuto delle cure andrebbe affrontato piuttosto, come accennavamo, attraverso un complesso lavoro di costruzione dell'alleanza terapeutica tra psichiatra e paziente. Si tratta di promuovere un modello di cura in cui venga valorizzato il dialogo, coinvolgendo anche medici di fiducia o familiari che possano incentivare la partecipazione attiva del paziente al programma terapeutico.

In psichiatria, pertanto, la valutazione del consenso o del dissenso è strettamente dipendente da una serie di condizioni che investono la relazione medico-paziente. In altre parole, la libertà di decidere e, dunque, di autodeterminarsi richiede, ancor più per tale ambito, un costante rapporto comunicativo ed empatico del paziente col medico.

Un rapporto che assume particolare importanza proprio nell'ipotesi in cui il paziente abbia manifestato il proprio dissenso. In tal caso, in effetti, è necessario evitare qualsiasi forma di deprivazione terapeutica, posto che tale rifiuto potrebbe essere espressione di una capacità decisionale limitata o annullata dalla patologia psichiatrica. La procedura di cui agli artt. 33 ss. l. n. 833/1978, in ogni caso, non può costituire l'asse portante degli interventi medici in presenza di un rifiuto delle terapie. Tenuto conto che, in psichiatria, il consenso è in divenire, il trattamento sanitario obbligatorio deve considerarsi un'eventualità eccezionale.

2. Criticità nel sistema delle REMS e problemi relativi alla gestione dei pazienti candidati

Nonostante il percorso legislativo, lungo e tortuoso³¹, che ha condotto al superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e alla loro sostituzione con strutture di carattere prioritariamente sanitario (le Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza: REMS), il sistema delle misure di sicurezza è tuttora connotato da asistematicità e incompletezza.

³¹ Per l'analisi delle riforme legislative relative alla soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari e all'introduzione delle REMS cfr. P. A. ALLEGRI, B. GIORS, M. MIRAVALLE, *Salute mentale e questione criminale: dal superamento normativo degli OPG all'attuazione della riforma*, in M. PELISSERO, L. SCOMPARIN, G. TORRENTE (a cura di), *Dieci anni di REMS. Un'analisi interdisciplinare*, Napoli, 2022, pp. 3 ss.

Gli interventi legislativi, se da un lato hanno posto al centro della risposta sanzionatoria la salute del reo, dall'altro lato hanno rappresentato «una riforma a metà del guado»³². Sebbene, infatti, le riforme abbiano avuto come scopo precipuo quello di superare la concezione custodiale e neutralizzante degli ospedali psichiatrici giudiziari in favore di una risposta sanzionatoria più conforme alle esigenze di cura dell'autore di reato³³, sono stati evidenziati diversi profili di criticità nella disciplina delle REMS.

A tal proposito, si rende necessario richiamare soprattutto le recenti pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu, 24 gennaio 2022, *Sy c. Italia*, ric. 11791/20) e della Corte costituzionale (Corte cost., 27 gennaio 2022, n. 22).

Nel primo caso la Corte europea³⁴ ha condannato lo Stato italiano per la violazione degli artt. 5 e 3 Cedu³⁵, dato che il provvedimento di ricovero in REMS, emesso nei confronti del ricorrente, non era mai stato eseguito per assenza di posti disponibili nelle strutture: il ricorrente quindi non aveva potuto beneficiare di un percorso individualizzato e diretto a un eventuale reinserimento sociale.

Con simile pronuncia la Corte, in primo luogo, ha sottolineato la duplice funzione, quella di cura e quella di controllo, delle misure di sicurezza a contenuto terapeutico e, su tale base, ha riscontrato un vuoto di tutela nella disciplina italiana, in quanto ritenuta lesiva della dignità della persona malata di mente. La Corte di Strasburgo ha riconosciuto, inoltre, che il trattamento degli autori di reato affetti da infermità di mente si fonda su garanzie di natura anche sovranazionale che non possono essere pregiudicate da disfunzioni del sistema nazionale.

A sua volta, la Corte costituzionale, nella sentenza 27 gennaio 2022, n. 22, ha rilevato l'urgente necessità di una complessiva riforma legislativa.

³² M. PELISSERO, *Misure di sicurezza e REMS: una disciplina a metà del guado*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere*, Napoli, 2020, pp. 79 ss.

³³ Il mutamento legislativo, oltre a comportare il superamento della visione custodiale e neutralizzante degli ospedali psichiatrici, ha rappresentato un cambiamento culturale nella gestione degli autori di reato non imputabili affetti da patologia psichiatrica. A tal proposito, si vedano le considerazioni di F. CORLEONE, *La rivoluzione gentile. La fine degli OPG e il cambiamento radicale*, in F. CORLEONE (a cura di), *Manicomi criminali. La rivoluzione aspetta la riforma*, Pisa, 2018, p. 130. In merito alle più significative novità della riforma cfr. P. A. ALLEGRI, B. GIORS, M. MIRAVALLE, *Salute mentale e questione criminale: dal superamento normativo degli OPG all'attuazione della riforma*, cit., pp. 3 ss. In particolare, la riforma ha introdotto il principio di territorialità del ricovero e il limite temporale delle misure di sicurezza per superare il fenomeno dei c.d. ergastoli bianchi. Sul punto cfr. A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in *Costituzionalismo.it*, 2015.

³⁴ Corte Edu, 24 gennaio 2022, *Sy c. Italia*, ric. 11791/20.

³⁵ In merito a tali disposizioni cfr. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2022, pp. 159 ss. Per un esame della giurisprudenza della Corte Europee in tema di diritti e libertà degli autori di reato affetti da sofferenza psichica cfr. L. SCOMPARIN, *La valutazione della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle limitazioni alla libertà personale imposte alle persone affette da patologie mentali: tra casi e principi, una progressiva crescita di attenzione per diritti fondamentali a rischio amplificato*, in M. PELISSERO, L. SCOMPARIN, G. TORRENTE (a cura di), *Dieci anni di REMS*, cit., pp. 461 ss.

L'ordinanza di rimessione³⁶ aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 206 e 222 c.p. e dell'art. 3-ter, d.l. 22 dicembre 2011, n. 211 (*Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*) – conv., con modifiche, nella l. 17 febbraio 2012, n. 9, come modificato dall'art. 1, co. 1, lettera a), d.l. 31 marzo 2014, n. 52 (*Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*), conv., con modifiche, nella l. 30 maggio 2014, n. 81 – per due ordini di motivi: il primo per violazione degli artt. 27 e 110 Cost., poiché il Ministero della Giustizia, competente in merito all'organizzazione e al funzionamento delle istituzioni giudiziarie, risulta estromesso da qualsiasi funzione riguardante l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive presso le REMS, in ragione dell'esclusiva gestione sanitaria di tali strutture; il secondo per violazione degli artt. 2, 3, 25, 32 e 110 Cost. e, in particolare, del principio di riserva di legge previsto in materia penale, in quanto la disciplina di tali misure viene regolata tramite l'adozione di atti amministrativi.

La Corte costituzionale, dopo aver disposto con ordinanza³⁷ un'articolata istruttoria volta ad acquisire informazioni sul funzionamento dei luoghi di cura dai Ministri della Giustizia e della Salute e dal Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, ha recepito le censure sollevate dal giudice remittente. Tuttavia, attraverso una pronuncia di inammissibilità, si è astenuta dal dichiarare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni di cui sopra, dato che ciò avrebbe comportato il trasferimento della competenza sulle REMS dal sistema sanitario al Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (DAP), come era previsto al tempo degli ospedali psichiatrici giudiziari.

In relazione al primo profilo di illegittimità costituzionale, la Corte, pur affermando che il sistema delle REMS alla luce dell'art. 3-ter, co. 3, d.l. n. 211/2011 sia di "esclusiva gestione sanitaria", ha sottolineato che tale caratteristica non esclude la dimensione penale della misura di sicurezza e, dunque, la competenza del Ministero della Giustizia.

La Corte costituzionale ha auspicato, pertanto, che il legislatore, intervenendo attraverso una collaborazione di tutte le autorità coinvolte, assicuri «una esplicita base normativa allo stabile coinvolgimento del Ministero della giustizia nell'attività di coordinamento e monitoraggio del funzionamento delle REMS»³⁸.

Relativamente, poi, alla seconda questione di illegittimità costituzionale, la Corte costituzionale ha ritenuto che la riserva di legge prevista all'art. 25, co. 3, Cost. debba intendersi come assoluta e che la disposizione, pur richiedendo soltanto che la fonte primaria stabilisca i "casi" in cui può essere disposta una misura di sicurezza, debba essere interpretata alla luce di quanto sancito all'art. 13, co. 2, Cost., ai sensi del quale la legge è chiamata

³⁶ Sull'ordinanza emessa dal giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Tivoli cfr. A. CALCATERRA, *Misura di sicurezza con ricovero in REMS: il ritorno al passato no!*, in *Diritto penale uomo*, 12 giugno 2020.

³⁷ Corte cost. ord. 26 maggio 2021, n. 131.

³⁸ Corte cost. 27 gennaio 2022, n. 22.

a stabilire anche i “modi” di esecuzione di tali misure, dato che possono incidere sulla libertà personale del reo.

Sul punto, la Corte ha rilevato, pertanto, che l'attuale quadro normativo³⁹ mostra profili di frizione con i suddetti principi poiché la legge non indica le modalità di esecuzione delle misure di sicurezza, detentive e non. Tale ambito, infatti, è esclusivamente disciplinato da fonti secondarie e, segnatamente, da accordi tra Governo e autonomie locali, nonché dagli atti conseguenti adottati dalle singole Regioni e dalle Province autonome.

Questi due motivi di contrasto della disciplina delle REMS con le disposizioni costituzionali hanno comportato, in effetti, diverse criticità sul piano del funzionamento delle strutture di ricovero e della gestione dei pazienti.

Un primo grave malfunzionamento del sistema, evidenziato sia dalla Corte costituzionale, sia dalla Corte Europea, risiede nelle liste d'attesa per l'esecuzione dei provvedimenti emessi dall'autorità giudiziaria.

Sebbene, in effetti, la Consulta abbia richiamato il principio di *extrema ratio* della misura in esame, che trova origine nella riforma della l. n. 81/2014 e che impone l'accesso alle REMS soltanto ai soggetti affetti dalle patologie più gravi, la tendenza, secondo i dati ufficiali⁴⁰, è quella di un'estensione delle liste di attesa.

Il che, da un lato, orienta verso la realizzazione di nuove REMS, ma dall'altro deve tener conto del richiamo a non correre «il rischio di pregiudicare la logica di residualità, eccezionalità e transitorietà del momento custodiale»⁴¹.

³⁹ Attualmente la disciplina vigente si fonda sul d.m. 1 ottobre 2012 che, in attuazione dei commi 2 e 3 dell'art. 3-ter del d.l. n. 211/2011, detta i requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle REMS, sugli accordi sanciti tra il Governo, le Regioni e le Province autonome e sugli atti adottati da ogni singola Regione e Provincia autonoma. Si ritiene opportuno segnalare che, in data 30 settembre 2022, è stato revisionato il precedente Accordo della Conferenza Stato-Regioni del 26 febbraio 2015 al fine di «regolamentare efficacemente lo svolgimento delle istituzioni coinvolte nella gestione dei pazienti a cui è applicata la misura di sicurezza».

⁴⁰ Per un'analisi dei dati ufficiali cfr. Relazione del Garante Nazionale delle persone private della libertà presentata nel 2022 al Parlamento in www.garantenazionaleprivatiliberta.it; P. A. ALLEGRI, *Le liste d'attesa per l'accesso in REMS. Modelli di tenuta tra esigenze di cura ed aspirazioni securitarie*, in M. PELISSERO, L. SCOMPARIN, G. TORRENTE (a cura di), *Dieci anni di REMS. Un'analisi interdisciplinare*, Napoli, 2022, pp. 305 ss.; P. PELLEGRINI, *Liste di attesa per l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive: analisi e possibili soluzioni*, in www.dirittopenaleeuomo.it, 3 marzo 2021; M. ZUFFRANIERI, D. DE CORI, E. ZANALDA, *The paradox of the waiting list to enter REMS: A delay in the execution of magistrates' orders or a search for a better way to treat mentally disordered offenders? Reflections three years after the closure of forensic psychiatric hospital in Italy*, in *J. psychiatry psychiatr. disord.*, 2020, pp. 63 ss.

⁴¹ Comitato Nazionale di Bioetica nel Parere “*La cura delle persone con malattie mentali: alcuni problemi bioetici*”, 21 settembre 2017, in www.governo.it, p. 38. In tal senso, D. PICCIONE, *Il nuovo volto delle misure di sicurezza per il folle reo. Tra poteri istruttori e sindacato della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 3/2022, p. 569 secondo il quale «l'effettività dei diritti costituzionali non può mai garantirsi con l'aumento dei posti nei luoghi della restrizione, perché l'incremento dell'offerta, fatalmente colmando ogni nuova capienza, retroagisce subito inducendo un'impennata nella domanda e quindi vanificando del tutto il principio dell'*extrema ratio* nella comminazione della misura di sicurezza più afflittiva».

Risulta evidente, del resto, che la soluzione rispetto alle liste d'attesa non potrebbe consistere nella collocazione provvisoria dei soggetti in sovrannumero all'interno degli istituti penitenziari, in quanto strutture nel cui ambito il disagio mentale viene ad aggravarsi⁴².

In merito al problema dell'assegnazione del soggetto non imputabile alle singole strutture di ricovero, si è peraltro ritenuto in dottrina⁴³ che un intervento stabile da parte del Ministero della Giustizia attraverso il Sistema informativo per il monitoraggio del superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (SMOP)⁴⁴ potrebbe consentire di avere un quadro realistico e generale del numero delle persone in attesa di esecuzione della misura di sicurezza sul territorio nazionale.

Una modifica normativa suscettibile di considerazione potrebbe riguardare, inoltre, la derogabilità del principio ordinario di territorialità⁴⁵ disciplinato all'art. 3-ter, co. 2, lett. c), d.l. n. 211/2011, secondo cui il soggetto dev'essere ricoverato in una struttura presente sul territorio regionale di abitazione dello stesso. Tale deroga, infatti, se da un lato priverebbe il soggetto di un collegamento con il territorio di origine, dall'altro potrebbe consentire di tutelare tempestivamente, almeno in certi casi, sia il bisogno di cura del paziente, sia le esigenze di protezione della collettività.

In argomento si deve altresì rilevare che la recente revisione che ha interessato l'Accordo della Conferenza Stato, Regioni e Province autonome (Rep. Atti 188/CU/2022)⁴⁶, inerente alla gestione dei pazienti sottoposti a misura di sicurezza, ha introdotto all'art. 4 alcuni criteri per la tenuta delle liste d'attesa. E che, ulteriormente, è stata prevista l'attivazione di un Punto Unico Regionale con il compito di controllare e monitorare le liste di attesa.

⁴² Il carcere, infatti, «è l'unico luogo in cui si apre una cartella clinica a una persona sana, che non è malata ma probabilmente lo diventerà» L. CASTELLANO, D. STASIO, *Diritti e castighi. Storie di umanità cancellata in carcere*, Milano, 2009, p. 243; D. GONIN, *Il corpo incarcerato*, Torino, EGA, 1994, p. 12 circa alcuni studi, condotti in Francia, sulla relazione tra le condizioni di vita in carcere e l'aggravarsi o il manifestarsi di patologie psichiatriche.

⁴³ M. PELISSERO, *Le misure di sicurezza personali: scoperto il vaso di pandora*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 1236.

⁴⁴ Il Sistema informativo per il monitoraggio del superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (SMOP) è un sistema operativo ideato e realizzato dal Laboratorio sperimentale di Sanità penitenziaria «Eleonora Amato» dalla Regione Campania e dall'Azienda sanitaria locale di Caserta. Tale sistema consente di raccogliere dati e informazioni in grado di valutare il funzionamento delle REMS, delle articolazioni per la tutela della salute mentale in carcere e delle strutture regionali che si occupano della gestione dei pazienti psichiatrici sottoposti ad una misura di sicurezza non detentiva. Al fine di fornire una mappatura su scala nazionale, il sistema operativo è stato reso disponibile, senza oneri, a tutte le amministrazioni sanitarie e autorità coinvolte nel percorso di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari.

⁴⁵ In tal senso, M. PELISSERO, *Le misure di sicurezza personali: scoperto il vaso di pandora*, cit., p. 1236.

⁴⁶ In data 30 settembre 2022, è stato revisionato il precedente Atto della Conferenza Unificata del 26 febbraio 2015 (Rep. Atti 17/CU/2015) recante "Accordo, ai sensi del d.m. 1° ottobre 2012, Allegato A, concernente disposizioni per il definitivo superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari in attuazione al d.m. 1° ottobre 2012 emanato in applicazione dell'art. 3-ter, comma 2 del Decreto legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito con modificazioni, dalla Legge 17 febbraio 2012, n. 9 e modificato dal Decreto Legge 31 marzo 2014, n. 52, convertito in Legge 30 maggio 2014, n. 82". Sul punto, A. CALCATERRA, *Le nuove linee dell'Accordo della Conferenza Stato Regioni per la gestione dei pazienti con misure di sicurezza. Luci e ombre*, in *Sistema Penale*, 13 dicembre 2022.

Limitarsi, tuttavia, al monitoraggio delle disponibilità risponde soltanto all'esigenza di individuare un luogo di custodia per il soggetto nei confronti dei quali è stata disposta la misura di sicurezza.

Una soluzione conforme ai principi costituzionali richiederebbe, invece, maggiore attenzione al profilo terapeutico della misura. Nell'attuale contesto, infatti, viene svilita la natura terapeutica delle REMS in quanto la mancanza delle risorse e di personale adeguato all'interno delle strutture rischia di pregiudicare l'efficacia del percorso di cura del paziente.

Il problema delle liste d'attesa rappresenta, dunque, un «sintomo»⁴⁷ delle difficoltà che il sistema si trova a fronteggiare a causa della carenza dei mezzi a disposizione. Pertanto, l'aumento di tali risorse potrebbe agevolare la predisposizione di programmi terapeutici individualizzati finalizzati a un'effettiva riabilitazione del reo e, di conseguenza, a una significativa riduzione delle recidive⁴⁸.

La mancanza di una normativa primaria, inoltre, ha indirettamente comportato l'applicazione ai soggetti ristretti nelle REMS della disciplina stabilita dalla l. 26 luglio 1975, n. 354, cioè dall'ordinamento penitenziario e dal relativo regolamento di esecuzione: per cui tali soggetti vengono ancora giuridicamente qualificati come «internati», sebbene simile termine possa risultare, oggi, anacronistico⁴⁹.

L'assegnazione a una REMS costituisce, infatti, una misura di sicurezza molto diversa rispetto al ricovero negli ospedali psichiatrici giudiziari, in quanto la gestione esclusivamente sanitaria le conferisce un marcato carattere terapeutico-riabilitativo. Il nuovo contesto di disciplina sembrerebbe evidenziare, pertanto, la necessità di un adeguamento anche linguistico delle disposizioni normative alla luce della vocazione terapeutica di tale misura. Una considerazione, invero, che, richiedendo un intervento legislativo, non ha potuto essere recepita nel suddetto Accordo di revisione dalla Conferenza Stato, Regioni e Province autonome, nel quale viene stabilito, invero con un certo arretramento con quanto era stato previsto nel precedente accordo⁵⁰, che «le persone ospitate nelle REMS mantengono lo status giuridico di «internati» e sono, pertanto, assoggettate alle conseguenti applicazioni delle disposizioni di legge».

⁴⁷ P. A. ALLEGRI, *op. cit.*, p. 329.

⁴⁸ Alcune ricerche hanno, infatti, dimostrato che la maggiore disponibilità di programmi terapeutici diminuisce la probabilità di recidiva da parte di tali soggetti. Sul punto cfr. A. M. FERGUSON, J.R.P. OGLOFF, L. THOMSON, *Predicting recidivism by mentally disordered offenders using the LSI-R:SV*, in *Criminal Justice and Behavior*, 2009, pp. 8 ss.

⁴⁹ 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, A. SAVARINO (a cura di), *Malattia psichica e pericolosità sociale: tra sistema penale e servizi sanitari*, Torino, 2021, p. 19; A. MASSARO, *Le Rems e «la sottile linea rossa tra il senno e la follia»*, *ivi*, p. 56; S. BOSI, *Trattamento degli autori di reato affetti da malattia psichica, tra disciplina normativa vigente e prospettive future*, *ivi*, p. 182; K. NATALI, *Vita quotidiana e diritti dei pazienti ricoverati nelle REMS*, in M. PELISSERO, L. SCOMPARIN, G. TORRENTE (a cura di), *Dieci anni di REMS*, cit., p. 257; F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! La rimozione di un «fossile vivente» quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 64 ss.

⁵⁰ Nell'Accordo del 26 febbraio 2015, oltre a stabilire che agli internati dovevano essere riconosciuti i diritti previsti dall'ordinamento penitenziario, si era precisato che tali diritti dovevano essere «pienamente garantiti, in prospettiva ampliativa, anche in considerazione della esclusiva gestione sanitaria».

La qualifica di “internati” dei pazienti ricoverati nelle REMS e le lunghe liste d’attesa sono due dei profili di criticità⁵¹ del funzionamento del sistema delle misure di sicurezza personali detentive e sono anche sintomo di un difficile superamento della logica propria dei manicomi criminali. Una logica ancorata alla preminenza della difesa sociale piuttosto che alla riabilitazione e al reinserimento sociale del reo.

La persistenza di tali disfunzioni del sistema delle REMS dipende dalla doppia funzione delle misure di sicurezza a contenuto terapeutico, dato che rispondono sia ad esigenze di difesa sociale, sia ad un bisogno di cura della persona⁵². Sul bilanciamento tra queste due istanze si è espressa, peraltro, la stessa Corte costituzionale nella sentenza 18 luglio 2003, n. 253, affermando che «le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da arrecare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente»⁵³. In altri termini, il diritto alla salute sancito dall’art. 32 Cost.⁵⁴ costituisce il limite dell’intervento del diritto penale. Ciò posto risulta fondamentale trovare un punto di equilibrio tra due poli: la sicurezza della società e la cura del soggetto dichiarato non imputabile in rapporto a un dato disturbo psichico.

Alla luce di quanto statuito dalla Corte costituzionale e dalla Corte Europea, si rende dunque necessario che le REMS offrano effettivamente a tutte le persone per le quali sia stata disposta la misura di sicurezza detentiva un percorso di assistenza e di cura.

È indubbio, allora, che il legislatore debba intervenire con urgenza sulla disciplina generale delle REMS: onde proseguire in quella rivoluzione culturale iniziata con la legge Basaglia nel 1978, che ne rappresenta un ineludibile punto di partenza.

3. Il progetto individualizzato nelle REMS, in rapporto al consenso del paziente con infermità psichica autore di reato

Nella citata pronuncia n. 22/2022 della Corte costituzionale viene riconosciuta chiaramente la doppia vocazione dell’assegnazione alle REMS di un soggetto autore di reato affetto da infermità psichica. Se, da un lato, infatti, la REMS «non può che trovare la peculiare

⁵¹ Ulteriori punti critici della disciplina vigente sono connessi all’organizzazione della sicurezza nelle REMS cfr. E. PENCO, *La gestione della sicurezza nelle REMS: profili organizzativi, giuridici e terapeutici*, in M. PELISSERO, L. SCOMPARIN, G. TORRENTE (a cura di), *Dieci anni di REMS*, cit., pp. 279 ss.; K. NATALI, *Vita quotidiana e diritti dei pazienti ricoverati nelle REMS: i modelli di organizzazione interna*, cit., pp. 255 ss.

⁵² A tal proposito, Corte cost. 27 luglio 1982, n. 139, secondo la quale «presupposti e definizione dell’istituto pongono così in risalto – e inscindibilmente collegano – dimensioni di “sicurezza” e dimensione terapeutica; il che è necessario a legittimare la misura, sia di fronte alla finalità di prevenzione speciale, “riabilitativa”, propria in genere delle misure di sicurezza (sentenza n. 68 del 1967) sia di fronte al principio, anche esso costituzionale, di tutela della salute (art. 32 Cost.)».

⁵³ Corte cost. 18 luglio 2003, n. 253.

⁵⁴ Sull’art. 32 Cost. cfr. S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015.

ragion d'essere [...] in una specifica 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», dall'altro lato, però, tali strutture, per il loro «marcato carattere terapeutico-riabilitativo» rappresentano strumenti di recupero sociale⁵⁵. La misura di sicurezza del ricovero nelle REMS non può essere disposta, dunque, per ragioni di difesa sociale senza che ne venga, al contempo, valorizzata la funzione terapeutica: quella funzione che consente al reo d'intraprendere un percorso di cura e di riabilitazione sociale.

In un tale contesto, assume centralità la definizione di un progetto terapeutico-riabilitativo individualizzato. Ma in proposito deve constatarsi che, nell'attesa di un intervento legislativo, le modalità di esecuzione delle misure di sicurezza e, in particolare, la definizione del progetto di cura del paziente si sostanziano nelle indicazioni formulate dai regolamenti interni di ogni singola struttura.

La necessità di un regolamento interno è prevista nel d.m. 1° ottobre 2012⁵⁶ con il quale sono stati definiti i «requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle strutture residenziali destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero» nelle REMS. Le indicazioni fornite dall'Allegato A del decreto ministeriale risultano, tuttavia, poco esaustive sia sul piano del contenuto, sia in relazione alla procedura di adozione di tali regolamenti. Di conseguenza, le singole strutture, rivendicando un potere di autoregolamentazione, hanno predisposto i propri atti interni, indispensabili per l'esercizio delle funzioni sanitarie, sulla base di quanto previsto nell'ordinamento penitenziario⁵⁷. In particolare, nelle disposizioni dei regolamenti interni viene spesso fatto riferimento alla necessità di predisporre un progetto terapeutico-riabilitativo individualizzato. Tale necessità è stata ribadita con la recente revisione dell'Accordo della Conferenza Stato, Regioni e

⁵⁵ Cfr. Corte cost. 27 gennaio 2022, n. 22. In modo conforme, si è espressa anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo nella sentenza, 24 gennaio 2022, *Sy c. Italia*, ric. 11791/20. La Corte ha riconosciuto, infatti, una doppia funzione di tali misure: «da una parte una funzione sociale di protezione, dall'altra parte una funzione terapeutica legata all'interesse individuale della persona alienata di beneficiare di una terapia o di un percorso sanitario individualizzato».

⁵⁶ L'allegato A del d.m. 1° ottobre 2012 prevede l'adozione di un regolamento a cura del responsabile della struttura. Il d.m. 1° ottobre 2012 è stato emanato in attuazione dei commi 2 e 3 dell'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011 ed è un decreto di natura non regolamentare del Ministero della salute, adottato di concerto con il Ministro della giustizia, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e di Bolzano.

⁵⁷ Si prenda, ad esempio, quanto stabilito nei seguenti regolamenti consultati: «Carta di servizi e regolamento» della REMS di Nogara in www.aulss9.veneto.it; «Regolamento di funzionamento della Residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza "REMS" presso la Comunità Residenziale di Via Colle in Maniago» in www.asfo.sanita.fvg.it; «Regolamento della REMS di Casale di Mezzan» in www.ausl.pr.it; «Regolamento REMS ASL Rieti» in www.asl.rieti.it. In particolare, si ritiene opportuno definire la procedura di adozione del regolamento interno in base a quanto stabilito all'art. 16 o.p. dal momento che il coinvolgimento della magistratura di sorveglianza contribuisce a tutelare e a prevenire la violazione di diritti fondamentali. Ulteriori dati sono stati tratti dal lavoro di ricerca di K. NATALI, *Vita quotidiana e diritti dei pazienti ricoverati nelle REMS: i modelli di organizzazione interna*, cit., pp. 262-264 il quale, sulla base dei regolamenti condivisi dalle amministrazioni delle residenze ha rilevato che soltanto un regolamento è frutto di un confronto con l'autorità giudiziaria. Per approfondimenti sulla procedura di approvazione del regolamento interno delle strutture penitenziarie cfr. S. MUSSO, sub *Art. 16 ord. pen.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2019, pp. 214 ss.

Province autonome, dato che all'art. 8 si è stabilito che «per ogni paziente al quale è stata applicata una misura di sicurezza è definito uno specifico progetto terapeutico-riabilitativo individualizzato (PTRI), periodicamente verificato secondo le procedure sanitarie ed inserito nella cartella clinica personale» entro 45 giorni della segnalazione della presa in carico del paziente.

Tale progetto deve essere definito dal Dipartimento di salute mentale territorialmente competente che, a tal fine, collabora con gli Uffici Interdistrettuali di Esecuzione Penale Esterna e con il dirigente responsabile della REMS⁵⁸. Il programma terapeutico deve essere inoltrato, altresì, all'autorità giudiziaria e al Ministero della salute.

Emerge tuttavia, dai dati presenti sulla piattaforma del citato Sistema informativo SMOP, che per molti dei sottoposti, in via definitiva, alla misura del ricovero presso le REMS non è stato predisposto alcun progetto di cura. Questo profilo sottolinea un'importante lacuna circa la vocazione terapeutica delle nuove strutture, nelle quali dovrebbero essere salvaguardate le esigenze di salute e di inclusione sociale del paziente.

In merito a tale programma, appare opportuno rilevare che il trattamento sanitario dev'essere strutturato in base alle caratteristiche del disturbo psichiatrico del paziente come pure della sua personalità e dei suoi bisogni sociali e relazionali.

Il percorso di cure farmacologiche, psicoterapeutiche e socio-riabilitative eseguito nelle REMS dovrebbe permettere ai pazienti di superare o attenuare la condizione d'infermità mentale alla quale è stata associata la pericolosità sociale.

Proprio per tale ragione, durante il periodo di ricovero, risulta fondamentale la rielaborazione degli eventi correlati al reato commesso, in quanto tale reato rappresenta una manifestazione non soltanto della condizione patologica di salute mentale, ma anche di un complesso di fattori biopsicosociali interagenti in modo dinamico sulla personalità del paziente. Pertanto, oltre agli aspetti psichiatrici, devono essere analizzati gli aspetti socio-familiari e relazionali che possono aver inciso sulla condizione psico-fisica dell'autore di reato.

Occorre, infatti, considerare che il percorso individualizzato mira anche a una ricostruzione e a una rielaborazione delle esperienze che hanno preceduto, accompagnato e seguito il reato. Il reato dev'essere valutato, dunque, come una parte della storia del paziente e non come un'etichetta identificativa e stigmatizzante.

La finalità del programma terapeutico, peraltro, consiste anche nel superamento della pericolosità sociale e, quindi, nella riabilitazione del soggetto affetto da disturbo psichico.

⁵⁸ Sul punto, è stato osservato come, in alcune strutture, il regolamento interno prevede che, qualora il dipartimento di salute mentale non predisponga il PTRI entro il termine stabilito, il dirigente della struttura deve segnalare tale inadempienza all'autorità giudiziaria. Cfr. K. NATALI, *Vita quotidiana e diritti dei pazienti ricoverati nelle REMS: i modelli di organizzazione interna*, cit., p. 269. Inoltre, secondo i dati provenienti dalla rilevazione promossa nell'aprile 2019 dall'organismo privato Osservatorio sul superamento degli OPG e sulle REMS e dal Coordinamento nazionale REMS-DMS, i programmi terapeutici riabilitativi individualizzati redatti entro 45 giorni dall'ingresso sono stati solo ¼ del totale (in www.confbaglia.org).

Per la realizzazione di tale obiettivo s'è affermato che non vi può essere cura, in psichiatria, senza la partecipazione attiva della persona⁵⁹.

Tuttavia, potrebbe darsi – anche a seguito della limitazione della libertà personale, e in particolare all'inizio dell'esecuzione della misura – un rifiuto del trattamento sanitario⁶⁰.

Si rende pertanto necessario riflettere sull'ipotesi in cui l'autore di reato, affetto da disturbo psichiatrico e sottoposto al ricovero presso una REMS, non abbia espresso il proprio consenso al programma terapeutico-riabilitativo individualizzato.

In proposito, va anzitutto richiamato che l'unica ipotesi espressamente prevista dalla legge in cui un soggetto può essere sottoposto, a prescindere dal consenso, a un trattamento sanitario, è quella, di cui già s'è detto, dei “trattamenti sanitari obbligatori per malattia di mente”⁶¹. In tali casi, il trattamento sanitario è imposto al soggetto non soltanto per ragioni di tutela legate alla condizione psico-fisica dello stesso, ma anche per salvaguardare la salute della collettività.

Il fondamento normativo di tale disciplina risiede nell'art. 32, co. 2, Cost., che prevede due limiti all'imposizione dei trattamenti sanitari⁶².

Il primo consiste nella previsione di una riserva di legge, sulla cui natura giuridica la dottrina appare divisa. Secondo un primo orientamento maggioritario⁶³, tale riserva di legge dev'essere interpretata in senso relativo, con la conseguenza che se, da un lato, spetta al legislatore nazionale dettare i principi generali e i criteri direttivi della materia, dall'altro le fonti secondarie devono regolare e integrare la disciplina. Al contrario, una parte della dottrina⁶⁴, minoritaria ancorché autorevole, ha sostenuto la natura assoluta della riserva, riconoscendo perciò, per il settore in oggetto, soltanto il ruolo del potere legislativo dello Stato.

⁵⁹ P. PELLEGRINI, *La sentenza della Corte Costituzionale 22/2022 sulle REMS: un commento dello psichiatra*, in *www.societa-dellaragione.it*, 2022.

⁶⁰ M. MENGOSZI, *Stato di detenzione e libertà di cura*, in *Rivista di BioDiritto*, 2022, p. 52.

⁶¹ Per un approfondimento di tale disciplina cfr. A. PIZZI, *Malattie e trattamenti sanitari. Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 89 ss.; F.A. ROVERSI MONACO, L. COLOMBINI, E. FERRARI, V. ITALIA, *Il servizio sanitario nazionale: commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, Milano, 1979.

⁶² Si deve rilevare che il termine «trattamenti sanitari» previsto all'art. 32, co. 2, Cost. dev'essere inteso in senso ampio e, dunque, comprende tutte quelle attività mediche riguardanti «la fase preventiva, diagnostica, di cura e riabilitazione» del paziente (S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, cit., p. 257). Sul punto, cfr. E. CAVASINO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 5960; D. VINCENZI AMATO, sub *Art. 32, co. 2, Cost.*, cit., p. 176.

⁶³ In tal senso cfr. V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, p. 558; S.P. PANUZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1979, pp. 900 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari “non obbligatori” e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1982, pp. 312 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, pp. 31 ss. Peraltro, in senso conforme, Corte cost. 23 giugno 1994, n. 258, e recentemente Corte cost. 20 febbraio 2023, n. 25, secondo la quale «la Costituzione ha introdotto una riserva di legge relativa, ma rinforzata per contenuto, stante il necessario “rispetto della persona umana” prescritto dall'ultimo periodo dell'art. 32, secondo comma, Cost.».

⁶⁴ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, cit., pp. 192 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, pp. 385 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, pp. 28-29.

Il secondo limite desumibile della previsione costituzionale coincide con il rispetto della persona umana. Ne consegue che, nel definire i trattamenti sanitari obbligatori, il legislatore deve individuare modalità di esecuzione che non ledano la dignità della persona⁶⁵.

In merito alla possibile applicazione del trattamento sanitario obbligatorio per malattia di mente disciplinato agli artt. 33, 34 e 35, l. n. 833/1978 in assenza del consenso da parte degli autori di reato affetti da disturbo psichiatrico e sottoposti al ricovero in REMS va considerata, tuttavia, la peculiare natura di tale ricovero.

Come osservato dalla Corte costituzionale, infatti, l'imposizione del medesimo trattamento nelle REMS presuppone non soltanto un disturbo psichico, ma anche la previa commissione di un fatto costituente reato. L'applicazione di tale trattamento, essendo una misura di sicurezza, ha richiesto, inoltre, l'accertamento della pericolosità sociale del soggetto ai sensi dell'art. 203 c.p. e, prima ancora, la constatata sussistenza al momento della condotta, sulla base di una perizia medica, di uno stato di incapacità naturale. Per cui, sebbene l'accertamento sia limitato al momento della commissione del reato, il giudizio sulla non imputabilità è indice di una mancanza di capacità d'intendere e di volere del soggetto che potrebbe persistere anche nel corso dell'esecuzione della misura di sicurezza. Di conseguenza il rifiuto del trattamento sanitario potrebbe essere espressione di una capacità decisionale compromessa dalla patologia psichiatrica.

Diversamente, il provvedimento che dispone il trattamento sanitario obbligatorio non presuppone né l'accertamento di un fatto costituente reato, né un giudizio sull'imputabilità del soggetto. Oltre a ciò, tra i presupposti della sua applicazione *ex art.* 33, co. 4, l. n. 883/1978 non vi è alcun riferimento alla presunzione di pericolosità sociale della persona affetta da disturbo psichico.

Un'ulteriore distinzione, derivante dalla natura limitativa della libertà personale, si sostanzia nell'autorità che dispone il ricovero presso le REMS. Mentre, infatti, il trattamento sanitario obbligatorio *ex art.* 34, l. n. 833/1978 viene applicato dall'autorità amministrativa con conseguente convalida del giudice tutelare, l'assegnazione alla REMS viene ordinata dal giudice penale, in via provvisoria o definitiva, con la sentenza nella quale viene accertato il fatto di reato.

Nei procedimenti per l'esecuzione di un trattamento sanitario obbligatorio, dunque, l'autorità giudiziaria, nella figura del giudice tutelare, svolge soltanto una funzione di controllo in quanto, attraverso il decreto di convalida, verifica esclusivamente il rispetto dei presupposti e delle norme procedurali, previste agli artt. 34 e 35, l. n. 883/1978, da parte dell'autorità amministrativa.

⁶⁵ Appare opportuno sottolineare che la Corte costituzionale ha individuato ulteriori presupposti per l'imposizione di tali trattamenti cfr. Corte cost. 22 giugno 1990, n. 307; Corte cost. 23 giugno 1994, n. 258; Corte cost. 18 aprile 1996, n. 118.

Inoltre, dalla qualificazione del ricovero presso una struttura sanitaria in termini di misura di sicurezza consegue il compito del magistrato di sorveglianza di sovrintendere all'esecuzione di tale misura.

Le distinzioni esistenti tra l'assegnazione in REMS e il trattamento sanitario obbligatorio consentono, pertanto, di escludere l'applicazione della disciplina prevista agli artt. 33 ss. della l. n. 833/1978 nell'ipotesi in cui l'autore di reato affetto da disturbo psichico si opponga all'esecuzione del programma terapeutico.

La Corte costituzionale rimarca, in particolare, come la natura penale e la condizione limitativa della libertà personale rendano tale assegnazione di carattere coattivo. Con la conseguenza per cui «durante la sua esecuzione possono essere praticati al paziente trattamenti sanitari coattivi, ossia attuabili nonostante l'eventuale volontà contraria del paziente»⁶⁶. In altri termini, il carattere coattivo del ricovero presso le REMS comporta non soltanto il divieto di allontanarsi dalle strutture sanitarie, ma anche, secondo la Corte, la perdita di libertà decisionale del paziente circa le cure previste dal programma terapeutico-riabilitativo⁶⁷.

Tale considerazione troverebbe giustificazione «nel contemporaneo perseguimento di un obiettivo di cura del malato psichiatrico e di quello di prevenzione e protezione della collettività, per la cui sicurezza questi rappresenta un pericolo»⁶⁸.

In merito alla suddetta qualificazione⁶⁹, la Corte costituzionale ha rilevato, tuttavia, che un trattamento sanitario coattivo deve rispettare, alla luce di quanto previsto agli artt. 13 e 32 Cost., le garanzie e i limiti sopra esposti. A tal proposito, è necessario – già lo si richiamava – che «la legge preveda anche i “modi”, oltre che i “casi”, in cui un simile trattamento [...] “determinato”, e dunque descritto e disciplinato dalla legge, può essere eseguito contro la volontà del paziente»⁷⁰.

Proprio in relazione a tale aspetto, la Corte ha dunque osservato come l'attuale disciplina del ricovero presso le REMS presenti dei profili di incompatibilità con i principi costitu-

⁶⁶ Corte cost. 27 gennaio 2022, n. 22.

⁶⁷ In merito alle ulteriori limitazioni derivanti dalla perdita della libertà personale dei soggetti sottoposti a regimi restrittivi si veda anche la pronuncia di Corte cost. 22 novembre 2000, n. 526. In tale sentenza, la Consulta ha affermato che l'amministrazione penitenziaria può legittimamente disporre misure restrittive – nel caso di specie perquisizioni – qualora non siano eccedenti il sacrificio della libertà personale già discendente dallo stato di detenzione. In particolare, la Corte costituzionale ha ritenuto che le perquisizioni personali, disposte nei casi previsti dal regolamento di esecuzione o da quello interno, sono misure di trattamento «rientranti nella competenza dell'Amministrazione penitenziaria» poiché «attinenti alle modalità concrete di attuazione del regime penitenziario» volte a tutelare l'ordine e la sicurezza all'interno dell'istituto detentivo.

⁶⁸ B. GAGLIARDI, *La tutela della salute mentale degli “ex-internati”*, in M. PELISSERO, L. SCOMPARIN, G. TORRENTE (a cura di), *Dieci anni di REMS*, cit., p. 346.

⁶⁹ In merito alla natura obbligatoria del trattamento sanitario eseguito nelle REMS cfr. S. ROSSI, *Ad occhi chiusi. Il sistema delle REMS di fronte alla Corte costituzionale*, in *Riv. BioDiritto*, 2021, p. 25; T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario e la tutela costituzionale della salute*, in D. BUSNELLI, U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, pp. 257 ss.

⁷⁰ Corte cost. 27 gennaio 2022, n. 22.

zionali. In particolare, la mancanza di un quadro normativo a livello statale, che indichi le categorie e le tipologie dei trattamenti sanitari che possono essere eseguiti all'interno delle strutture senza il consenso del paziente, fa emergere un punto di contrasto con la riserva di legge e con il principio di determinatezza previsti all'art. 32, co. 2, Cost. In altri termini, sarebbe da considerare incostituzionale «una legge che, anziché determinare i trattamenti imposti, si limitasse a sancire l'obbligo di curare genericamente patologie o addirittura di sottoporsi alle cura consigliate dai sanitari»⁷¹.

Dalle argomentazioni della Corte costituzionale si evince in primo luogo, pertanto, che il programma terapeutico-riabilitativo, predisposto nei confronti di un autore di reato affetto da disturbo psichico e compiuto nelle REMS, ha natura coercitiva e, come tale, può essere eseguito anche contro la volontà del paziente⁷²; in secondo luogo, però, si evince altresì che il carattere coercitivo dei trattamenti sanitari impone un intervento legislativo attraverso il quale vengano individuate le caratteristiche dei percorsi terapeutici ammessi e l'*iter* procedimentale che gli operatori sanitari dovrebbero seguire nell'ipotesi di mancanza collaborazione da parte del paziente.

Si potrebbe ritenere, dunque, che la Corte costituzionale, sottolineando la differente logica di fondo dell'assegnazione a una REMS rispetto al ricovero presso gli ospedali psichiatrici giudiziari, abbia valorizzato il carattere curativo-riabilitativo della misura fino a considerare la cura in termini di coazione⁷³.

Tale assunto ha tuttavia sollevato delle obiezioni in campo medico, dal momento che potrebbe vanificare gli interventi volti al superamento della logica manicomiale. L'irrelevanza del rifiuto potrebbe comportare, infatti, il ritorno a un sistema di natura custodiale in cui il progetto di cura si configuri in termini di privazione della libertà e di psicofarmaci coattivamente imposti. Pertanto, se «la misura giudiziaria, diviene una forma di trattamento obbligatorio e coatto, la via per una nuova grande istituzionalizzazione rischia di essere aperta»⁷⁴.

⁷¹ S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità*, cit., p. 258; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., p. 561; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, cit., p. 174.

⁷² Contrariamente in psichiatria il profilo terapeutico viene tenuto distinto dalla dimensione custodiale del ricovero nelle REMS e, proprio per tale ragione, secondo P. PELLEGRINI, *Misure di sicurezza psichiatriche?*, in *Psicoterapia e Scienze Umane*, 4/2015, p. 646 il trattamento sanitario eseguito in tali strutture deve comunque essere destinato «ad incontrare in modo ineludibile la volontà della persona che vi è sottoposta».

⁷³ G. ZUFFA, *Dopo la chiusura dell'OPG: i residui del modello manicomiale e la sopravvivenza del binario "speciale" di giustizia per i "folli rei"*, in *Riv. BioDiritto*, 2022, p. 19.

⁷⁴ P. PELLEGRINI, *La sentenza della Corte Costituzionale 22/2022 sulle REMS: un commento dello psichiatra*, in *www.societa-dellaragione.it*, 2022. In tal senso, E. DALY, *La distinzione fra trattamento sanitario "obbligatorio" e trattamento sanitario "coattivo" nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: luci e ombre*, in *Corti supreme e salute*, 3/2022, p. 582 secondo il quale «una simile trattamento sanitario di carattere coattivo sembra riproporre un modello di cura [...] ormai estraneo al nostro ordinamento giuridico e in contrasto con i principi ispiratori della legge Basaglia». Si è peraltro ritenuto in dottrina che le REMS in ragione di alcune peculiarità sono «in grado di favorire quei processi di istituzionalizzazione e di infantilizzazione che caratterizzano in negativo» le istituzioni totali. cfr. G. TORRENTE, *È quello delle REMS un caso di deistituzionalizzazione?*, in M. PELISSERO, L. SCOMPARIN, G. TORRENTE (a cura di), *Dieci anni di REMS*, cit., p. 241.

S'è del resto richiamato che i progressi verificatisi nel campo della psichiatria sottolineano, invece, l'importanza della partecipazione attiva del paziente al programma terapeutico in quanto «la cura in psichiatria è complessa ed implica interventi biologici, farmacologici, psicoterapici e sociali, da attuarsi nella responsabilità e libertà»⁷⁵ del singolo. Così che la capacità di gestione della propria salute nei pazienti psichiatrici può essere minima o affievolita dalla patologia ma comunque, anche se ridotta, non può essere annullata in ragione della limitazione della libertà personale del singolo.

Sebbene la ricerca dell'adesione del paziente al programma terapeutico sia il punto di partenza di quel percorso riabilitativo al quale la misura di sicurezza dev'essere finalizzata, si deve tuttavia constatare, come già s'è detto, che il consenso del paziente, specialmente in psichiatria, rappresenta «il punto di arrivo di un proficuo percorso terapeutico»⁷⁶. Per cui l'iniziale rifiuto, che potrebbe anche derivare da una capacità decisionale compromessa dalla patologia, non deve condurre a forme di denegazione terapeutica.

La mancata adesione al trattamento sanitario appare in grado, inoltre, di incidere sul giudizio di riesame della pericolosità sociale in quanto, ai sensi dell'art. 208 c.p., il magistrato di sorveglianza può prorogare o revocare la misura valutando il comportamento del soggetto e l'esito del programma terapeutico. Ne consegue che il rifiuto del paziente potrebbe compromettere il trattamento sanitario e comportare il permanere del giudizio di pericolosità sociale. Il dissenso o l'inerzia del paziente potrebbero trasformare, dunque, il ricovero presso una REMS in una misura di sicurezza priva di contenuto terapeutico e senza possibilità di revoca o trasformazione da parte del magistrato di sorveglianza. In altre parole, il rifiuto e la mancata collaborazione da parte del paziente potrebbero portare a un prolungamento⁷⁷ del ricovero, precludendo anche la sostituzione della misura con un provvedimento meno afflittivo.

Da quanto precede deriva che nell'ipotesi di rifiuto o inerzia dell'autore di reato a prestare il consenso al trattamento sanitario, oppure nel caso in cui, in ragione della patologia, si manifesti uno stato attuale d'incapacità di intendere e di volere del medesimo soggetto, potrebbero essere attivati poteri d'intervento da parte della magistratura di sorveglianza al fine di consentire specifici trattamenti sanitari e, nel contempo, di proteggere il paziente da ogni possibile forma di abuso, da intendersi in termini di restrizione dei diritti fondamentali da parte dei sanitari in ragione della patologia e della limitazione della libertà personale.

⁷⁵ P. PELLEGRINI, *La sentenza della Corte Costituzionale 22/2022 sulle REMS: un commento dello psichiatra*, cit.

⁷⁶ V. *supra*, nota 14, e anche S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, cit., p. 276.

⁷⁷ Art. 1, co. 1-*quater*, d.l. n. 52/2014 «Le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima. Per la determinazione della pena a tali effetti si applica l'articolo 278 del codice di procedura penale. Per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo non si applica la disposizione di cui al primo periodo».

L'incremento delle funzioni della magistratura di sorveglianza, per esigenze di tutela dei diritti del malato di mente autore di reato, costituisce del resto anche uno dei profili evidenziati dai giudici costituzionali, i quali hanno affermato, infatti, che spetta al legislatore nazionale disciplinare in modo dettagliato e uniforme «il ruolo e i poteri dell'autorità giudiziaria e, in particolare della magistratura di sorveglianza, rispetto al trattamento degli internati nelle REMS»⁷⁸.

Sul punto, si possono ipotizzare due diverse modalità d'intervento della magistratura di sorveglianza.

In una prima prospettiva, alla luce anche delle considerazioni svolte dalla Corte costituzionale, il legislatore potrebbe stabilire e individuare i trattamenti sanitari coattivi suscettibili di essere eseguiti nell'ambito delle REMS a opera degli operatori sanitari. Per cui il programma terapeutico-riabilitativo verrebbe a essere definito sulla base delle sole indicazioni previste dalla legge.

Di conseguenza, l'approvazione con decreto del programma di trattamento da parte del magistrato di sorveglianza, ai sensi dell'art. 69, co. 5, o.p., si sostanzierebbe in una mera verifica del rispetto, nel caso concreto, delle prescrizioni legislative. Il provvedimento del giudice penale verrebbe ad assumere, pertanto, il medesimo valore riconosciuto al decreto di convalida emesso dal giudice tutelare ai sensi dell'art. 35, l. n. 833/1978.

Si possono constatare, tuttavia, alcuni profili di criticità in merito a una simile ipotesi normativa.

Anzitutto, l'intervento legislativo sarebbe espressione di un'estremizzazione delle garanzie previste agli artt. 13 e 32 Cost. che andrebbe a pregiudicare il carattere "individualizzato" del programma di cura.

Oltre a una realistica impossibilità per il legislatore di individuare i diversi trattamenti da eseguire in relazione ad ogni singola psicopatologia, si deve osservare, infatti, che un quadro normativo così dettagliato escluderebbe qualsiasi autonomia professionale da parte degli operatori sanitari. L'operato dei medici verrebbe privato della possibilità di adeguare il trattamento sanitario in base alle caratteristiche personali e agli aspetti socio-familiari e relazionali che potrebbero aver inciso sulla condizione psico-fisica dell'autore di reato. Ne consegue che il progetto di cura risulterebbe elaborato senza prendere in considerazione le specificità del singolo caso concreto.

In secondo luogo, tale soluzione, affidando al legislatore, e non al medico, il giudizio di proporzionalità del trattamento sanitario rispetto alle esigenze terapeutiche, escluderebbe qualsiasi controllo giudiziale su tale profilo. In altri termini, l'accertamento da parte della

⁷⁸ Corte cost. 27 gennaio 2022, n. 22. La necessità di definire e incrementare i poteri della magistratura di sorveglianza viene rilevata anche da M. PELISSERO, *Le misure di sicurezza personali: scoperto il vado di Pandora*, cit., p. 1239. In particolare, si è auspicata in dottrina l'introduzione di sistemi di coordinamento tra la magistratura e i servizi sanitari sul territorio cfr. P.A. ALLEGRI, *Le liste d'attesa per l'accesso in REMS*, cit., p. 334. Si è altresì ritenuto opportuno che alla magistratura di sorveglianza venga riconosciuta una funzione di controllo nel corso del procedimento di adozione del regolamento interno alle REMS cfr. K. NATALI, *Vita quotidiana e diritti dei pazienti ricoverati in REMS*, cit., p. 259.

magistratura di sorveglianza consisterebbe nel verificare la sola conformità delle scelte mediche e delle procedure seguite a quanto previsto dal legislatore.

Una diversa prospettiva potrebbe sostanziarsi, invece, nei termini di un compromesso tra il riconoscimento dell'autonomia professionale del medico e la tutela della posizione giuridica dell'autore di reato.

In particolare, sul piano legislativo potrebbero essere previsti gli obiettivi generali del percorso terapeutico e i principi da rispettare nell'individuazione degli interventi biologici, farmacologici e psicoterapeutici da attuarsi all'interno delle REMS.

Dunque, il legislatore potrebbe, ad esempio, affermare espressamente che il programma individualizzato deve tendere alla cura e al reinserimento sociale del paziente. Ulteriormente, potrebbe essere introdotto l'obbligo di porre in essere modalità d'intervento terapeutico rispettose dei diritti umani. Altresì, potrebbe essere specificatamente previsto il rispetto del principio di proporzionalità del trattamento rispetto alle esigenze terapeutiche. Sulla base delle considerazioni sostenute in psichiatria e come sancito all'art. 33, l. n. 833/1978, potrebbe essere stabilito, inoltre, che eventuali trattamenti sanitari coattivi necessitano di essere accompagnati da «iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato»⁷⁹.

In tale ottica, l'autonomia professione del medico non verrebbe pregiudicata, in quanto spetterebbe a quest'ultimo la determinazione del trattamento in base delle specificità del singolo paziente. Ma, stanti la mancanza o il rifiuto del consenso/assenso, o una persistente incapacità d'intendere e di volere del ricoverato in merito ai trattamenti terapeutici, potrebbe essere prevista una specifica modalità d'intervento da parte della magistratura di sorveglianza.

In altre parole, alla luce delle funzioni previste all'art. 69 o.p., potrebbe essere riconosciuto alla magistratura di sorveglianza un potere di controllo sull'individuazione dei trattamenti sanitari oggetto del programma terapeutico-riabilitativo individualizzato. Un potere che potrebbe essere sollecitato anche dal singolo recluso, essendo rivolto a garantire che i trattamenti sanitari coattivi, ossia eseguibili nonostante la volontà contraria del paziente, vengano svolti a tutela della sua salute e nel rispetto dei suoi diritti fondamentali. In tal caso, la magistratura di sorveglianza potrebbe intervenire ai sensi dell'art. 69, co. 6, lett. b), o.p., norma che prevede la possibilità per gli internati di presentare reclamo nell'ipotesi in cui «l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge» comporti «un grave e attuale pregiudizio all'esercizio dei diritti».

La magistratura di sorveglianza potrebbe accertare, pertanto, che i trattamenti sanitari coattivi rappresentino l'*extrema ratio* per la salvaguardia della condizione psicofisica del paziente e potrebbe determinare la durata, salvo proroga, dei trattamenti stessi.

⁷⁹ Art. 33, co. 5, l. n. 833/1978.

Inoltre, l'autorità giudiziaria potrebbe verificare, anche giovandosi di perizie, che tali trattamenti vengano compiuti entro i limiti della proporzionalità in base alle esigenze terapeutiche e nel rispetto della dignità della persona.

La magistratura di sorveglianza, in quest'ultima prospettiva, interverrebbe solo in presenza di un rifiuto o di una palese inattendibilità del consenso espresso dall'autore di reato, valutando ed eventualmente approvando nelle sue caratteristiche contenutistiche essenziali il programma proposto. Ove fosse richiesta, infatti, l'approvazione di ogni singolo intervento sanitario da parte dell'autorità giudiziaria si finirebbe per compromettere il percorso terapeutico in quanto, nell'ambito psichiatrico, è richiesto un costante adeguamento della terapia, essendo la condizione di salute strettamente connessa a fattori sociali e relazionali che, in modo dinamico, possono interagire rispetto alla personalità del paziente.

Qualora venisse prospettata l'approvazione giudiziaria delle singole variazioni del piano terapeutico, peraltro, risulterebbe facilmente pregiudicata l'efficacia stessa della terapia, poiché il tempo intercorrente tra la richiesta del medico e il provvedimento giudiziario potrebbe compromettere il percorso di cura dell'autore di reato.

In ogni caso, come affermato dalla Corte costituzionale, sarebbe necessario un intervento legislativo diretto a riformare il sistema delle REMS.

Tale intervento potrebbe consistere nell'espresso riconoscimento della centralità del programma terapeutico-riabilitativo individualizzato e nella regolamentazione dell'attività degli operatori sanitari. In tal modo, la scelta della strategia terapeutica sarebbe individuata dal personale sanitario sulla base delle caratteristiche personali, sociali e relazionali dell'autore di reato ma nel rispetto delle regole di comportamento dettate dal legislatore. Spetterebbe, dunque, alla magistratura di sorveglianza verificare che tali trattamenti, ove non coperti da consenso/assenso del paziente, vengano compiuti entro i limiti della proporzionalità rispetto alle esigenze terapeutiche e nel rispetto della dignità della persona.

In un simile quadro, il ruolo dell'autorità giudiziaria consisterebbe, dunque, nel tutelare l'autore di reato affetto da disturbo psichiatrico rispetto alla determinazione del percorso terapeutico da attuarsi nel caso di ricovero in REMS. L'intervento auspicato, pertanto, valorizzando il carattere-terapeutico-riabilitativo del ricovero nelle REMS, sarebbe volto a tutelare la condizione psico-fisica del paziente nell'ipotesi in cui la mancanza o il rifiuto del consenso/assenso possano pregiudicare il percorso terapeutico.

4. La contenzione nelle situazioni di emergenza psichiatrica all'interno delle REMS

Le misure di contenzione disposte nel corso del trattamento sanitario eseguito in ragione del ricovero presso le REMS manifestano a loro volta delicati nodi problematici.

Preliminarmente si deve rilevare che tali misure restrittive vengono applicate senza chiedere il consenso della persona e, quindi, comportano una perdita di autonomia da parte

dei pazienti. In tali ipotesi, infatti, la libertà di scelta della persona viene meno in ragione di una situazione di contingente necessità.

Con il termine “misure di contenzione”⁸⁰ si fa riferimento a tutte quelle pratiche poste in essere dagli operatori sanitari al fine di attenuare e contrastare comportamenti tenuti da un soggetto in una situazione di grave disagio psichico⁸¹.

Un primo profilo problematico riguarda la discussa qualificazione di tali misure. Secondo un'opinione espressa in dottrina, la contenzione dev'essere considerata un trattamento sanitario⁸² e, di conseguenza, risulterebbe necessario il rispetto di quanto previsto all'art. 32, co. 2, Cost.

Contrariamente a tale interpretazione, appare opportuno, tuttavia, escludere la configurazione della contenzione in termini di misura terapeutica⁸³, anche alla luce dei numerosi studi che evidenziano gli effetti negativi prodotti dalla medesima sulla salute fisica e sul benessere psicologico del paziente⁸⁴.

⁸⁰ Le misure di contenzione si distinguono in: contenzione manuale che «consiste nell'uso della forza fisica da parte del paziente sanitario per bloccare il paziente o per vincere la resistenza»; contenzione meccanica che implica «l'uso di presidi che riducono o controllano il movimento del paziente, come la cintura di forza»; contenzione chimica che si sostanzia nella «somministrazione di farmaci che modificano il comportamento»; contenzione ambientale che comporta applicazione di «cambiamenti all'ambiente di vita di una persona per limitare o controllare i suoi movimenti» e la contenzione relazionale che punta «all'ascolto e all'osservazione del paziente». Così G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, pp. 1487 ss.; M. MASSA, *Voce “Contenzione”*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2016, pp. 57 ss.

⁸¹ Le finalità per le quali possono essere disposte tali misure sono diverse: «prevenire o evitare comportamenti aggressivi diretti contro sé o altri, preservare l'incolumità del paziente da azioni compiute in stato di incoscienza o semi-incoscienza, garantire la tranquillità e gestibilità del luogo di cura, somministrare terapie farmacologiche rifiutate dal paziente» cfr. G. DODARO, L. FERRANNINI, *Contenzione meccanica in psichiatria. Introduzione al focus*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2013, p. 167.

⁸² In tal senso, R. CATANESI, F. CARABELLESE, G. TROCCHI, *Contenzione fisica in psichiatria*, in V. VOLTERRA (a cura di), *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Milano, 2010, p. 970 secondo i quali, sebbene non possano essere considerate delle misure a contenuto terapeutico in senso stretto, sono comunque finalizzate a tutelare la vita e la salute del paziente.

⁸³ A tal proposito, cfr. S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Diritto e società*, 1979, p. 891; secondo G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, cit., pp. 1487 ss. la contenzione è la risposta «a un problema di gestione del paziente, inevitabile non per ragioni oggettive ma per ragioni “soggettive” interne al singolo servizio, come conseguenza dell'assenza di risorse in grado di offrire una modalità di intervento differente». In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. V, 20 giugno 2018, n. 50497 la contenzione è «un presidio restrittivo della libertà personale che non ha né una finalità curativa, né produce materialmente l'effetto di migliorare le condizioni di salute del paziente – anzi, secondo la letteratura scientifica, può concretamente provocare, se non utilizzato con le dovute cautele, lesioni anche gravi all'organismo». In senso conforme, Cass. pen., sez. V, 20 giugno 2018, n. 50497 secondo la quale l'uso della contenzione è «un presidio restrittivo della libertà personale che non ha né una finalità curativa né produce materialmente l'effetto di migliorare le condizioni di salute del paziente – anzi, secondo la letteratura scientifica, può concretamente provocare, se non utilizzato con le dovute cautele, lesioni anche gravi all'organismo» (cd. Caso Matrogiovanni) e Cass. pen., sez. VI, 02 luglio 2021, n. 35591 nella quale la contenzione viene considerata un mero presidio cautelare.

⁸⁴ Per un'analisi degli effetti della coercizione sui pazienti cfr. M. MENEGATTO, A. ZAMPERINI, *Coercizione e disagio psichico*, Roma, 2018, p. 12; G. ROSSI, L. TORESINI, *SPDC aperti e senza contenzioni per i diritti inviolabili della persona*, in S. ROSSI (a cura di), *Il nodo della contenzione. Diritto, psichiatria e dignità della persona*, Merano, 2015, p. 273.

Per tale ragione, le misure di contenzione devono essere considerate lesive della libertà personale e, perciò, possono essere disposte soltanto in situazioni di emergenza e di necessità.

La diversa qualificazione delle misure di contenzione incide, peraltro, sull'individuazione delle condizioni e dei limiti entro i quali l'operatore sanitario è autorizzato, in senso coercitivo o, eccezionalmente, mediante la somministrazione di farmaci, a limitare la libertà del paziente.

Qualificando la contenzione in termini di violazione della libertà personale, infatti, risulterebbe applicabile l'art. 13 Cost. che prevede un sistema di garanzie più intenso rispetto all'art. 32, co. 2, Cost., in quanto ogni forma di coercizione è ritenuta lecita solo nei casi e nei modi previsti dalla legge (riserva di legge) e altresì per atto motivato dell'autorità giudiziaria (riserva di giurisdizione). Del resto, anche il quadro normativo sovranazionale⁸⁵ impone la rigorosa osservanza del principio di legalità, necessità e proporzionalità ogni qual volta venga limitata la libertà personale del paziente psichiatrico.

In relazione al rispetto del principio di legalità, una parte della dottrina⁸⁶ ha ravvisato il fondamento normativo delle misure di contenzione nell'art. 60 R.D. 16 agosto 1909, n. 615, attuativo della l. 14 febbraio 1904, n. 38⁸⁷, secondo il quale la pratica della contenzione è legittimata da un'autorizzazione scritta del direttore o di un medico della struttura.

⁸⁵ In tal senso cfr. art. 7 della Convenzione di Oviedo in tema di tutela delle persone che soffrono di disturbo mentale prevede che «la persona che soffre di un disturbo mentale grave non può essere sottoposta, senza il proprio consenso, a un intervento avente per oggetto il trattamento di questo disturbo se non quando l'assenza di un tale trattamento rischia di essere gravemente pregiudizievole alla sua salute e sotto riserva delle condizioni di protezione previste dalla legge comprendenti le procedure di sorveglianza e di controllo e le vie di ricorso».

Sempre in ambito europeo si vedano gli artt. 3, 5 e 8 CEDU e la relativa interpretazione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo cfr. M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2013, pp. 179 ss. Si vedano, inoltre, gli artt. 15, 16 e 17 della Convenzione ONU sul diritto alle persone con disabilità in quanto si è ritenuto in dottrina che la mancata previsione normativa di un possibile intervento mediante strumenti coercitivi in situazioni di necessità e urgenza dovrebbe implicitamente comportare un divieto di applicazione di tali pratiche. In tal senso, G. ARCONZO, *La pratica della contenzione a confronto con i diritti delle persone con disabilità sanciti dalla convenzione ONU*, in S. ROSSI (a cura di), *Il nodo della contenzione. Diritto, psichiatria e dignità della persona*, Merano, 2015, p. 341.

⁸⁶ D. VALENTINI, *I trattamenti e gli accertamenti sanitari obbligatori in Italia*, Padova, 1996, p. 91; G. PAVICH, *Profili generali di liceità e illiceità nella contenzione dei pazienti psichiatrici*, in *Riv. pen.*, 2008, pp. 367 ss. Si deve evidenziare però che tale atto non può essere individuato come fondamento normativo delle misure di contenzione in ragione della riserva di legge assoluta prevista all'art. 13 Cost.

⁸⁷ Secondo tale disposizione «nei manicomi debbono essere aboliti o ridotti ai casi assolutamente eccezionali i mezzi di coercizione degli infermi e non possono essere usati se non con l'autorizzazione scritta del direttore o di un medico dell'istituto. Tale autorizzazione deve indicare la natura e la durata del mezzo di coercizione. L'autorizzazione indebita dell'uso di detti mezzi rende passibili coloro che ne sono responsabili di una sanzione amministrativa da lire 60.000 a lire 200.000, senza pregiudizio delle maggiori pene comminate dal Codice penale. L'uso dei mezzi di coercizione è vietato nella cura in case private. Chi contravviene a tale disposizione è soggetto alla stessa pena stabilita dal comma precedente».

Si deve osservare, peraltro, che la riforma del 1978 sembrerebbe aver abrogato⁸⁸ implicitamente tale disposizione, in quanto l'abolizione dei manicomi avrebbe svuotato di significato il Regio Decreto attuativo.

Va nondimeno segnalato che, sul piano della disciplina vigente, l'art. 41 della legge 26 luglio 1975, n. 354 e l'art. 82 del regolamento penitenziario, introdotto nel 2000, legittimano la contenzione fisica nei confronti dei detenuti e degli internati individuando le condizioni e i limiti dell'impiego della forza fisica. Senonché, tale disciplina, nel momento in cui si considera la contenzione non come trattamento sanitario⁸⁹ bensì come atto inerente alla sicurezza del paziente stesso o di altri⁹⁰, pone seri dubbi di legittimità costituzionale per il contrasto con la riserva giurisdizionale prevista all'art. 13 Cost.⁹¹.

In mancanza di un preciso quadro normativo a livello statale, le singole strutture di ricovero hanno dunque stabilito, attraverso regolamenti interni o mediante accordi con le prefetture, procedure di gestione dei casi in cui l'autore di reato affetto da disturbo psichico manifesti stati di agitazione o atti aggressivi. Tuttavia, la mancanza di indicazioni sul piano nazionale comporta rilevanti differenze tra i relativi protocolli, in quanto alcuni si limitano a sottolineare la «non competenza del personale sanitario alla salvaguardia della custodia ambientale attraverso l'uso di metodi coercitivi»⁹² e altri, invece, specificano in modo dettagliato la procedura d'intervento e gli obblighi di informazione spettanti agli operatori sanitari⁹³.

⁸⁸ Il condizionale è necessario in quanto la riforma non ha abrogato espressamente l'art. 60, R.D. 16 agosto 1909, n. 615 e non ha vietato o limitato il ricorso alle metodologie di contenzione. L'art. 11, l. n. 180/1978 ha disposto, infatti, che «sono abrogati gli articoli 1, 2, 3 e 3-bis della legge 14 febbraio 1904, n. 36, concernente "Disposizioni sui manicomi e sugli alienati" e successive modificazioni, l'articolo 420 del codice civile, gli articoli 714, 715 e 717 del codice penale, il n. 1 dell'articolo 2 e l'articolo 3 del testo unico delle leggi recanti norme per la disciplina dell'elettorato attivo e per la tenuta e la revisione delle liste elettorali, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 20 marzo 1967, n. 223, nonché ogni altra disposizione incompatibile con la presente legge». Per l'abrogazione implicita della norma cfr. M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, cit., p. 118; C. SALE, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, in *Dir. pen. cont.*, 17 aprile 2014, p. 13 la quale evidenzia che, successivamente alla l. n. 180/1978, «nulla più è stato previsto sulla contenzione». In senso contrario, cfr. L. FERRANNINI, P.F. PELOSO, F. SCAPATI, E. MAURA, *Aspetti clinici della contenzione*, in R. CATANESI, L. FERRANNINI, P.F. PELOSO (a cura di), *La contenzione fisica in psichiatria*, Milano, 2006, p. 14; G.M. POLSELLI, *Iter legislativo e assistenza psichiatrica in Italia*, in S. CARTA, P. PETRINI (a cura di), *Quale futuro per la legge 180? Psicoanalisi e cure psichiatriche in Italia*, Roma, 2005, p. 132.

⁸⁹ In tal senso, cfr. L. BICEGO, *Luci ed ombre sulla contenzione alle persone fragili*, in M. MISLEJ, L. BICEGO (a cura di), *Contro la contenzione*, Santarcangelo di Romagna, Maggiolini Editore, 2011, pp. 52 ss.

⁹⁰ La contenzione viene utilizzata, infatti, «in funzione preventiva rispetto a comportamenti aggressivi, ossia come forma di intervento anticipato rispetto all'insorgenza di un pericolo attuale per la vita o l'incolumità fisica del personale sanitario o degli altri ospiti della struttura» G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, cit., p. 1486.

⁹¹ In questo senso, cfr. G. DODARO, L. FERRANNINI, *Contenzione meccanica in psichiatria. Introduzione a focus*, cit., pp. 167 ss.

⁹² Regolamento di funzionamento della residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza "REMS" presso la Comunità Residenziale di Via Colle in Maniago, in www.asfo.sanita.fvg.it.

⁹³ Protocollo generale recante "procedure operative di collaborazione fra il personale sanitario e il personale delle forze di polizia in caso di situazioni critiche all'interno delle residenze per l'esecuzione della misura di sicurezza (REMS)" sottoscritto dalla Prefettura di Bologna e di Parma e le Aziende Sanitarie Locali di Bologna e di Parma, in www.ausl.pr.it.

L'analisi dell'assetto normativo vigente in materia sembrerebbe far emergere, pertanto, la necessità di un intervento legislativo che disciplini, in modo organico e a livello statale, le pratiche di contenzione, fisica o farmacologica, specialmente in un settore come quello delle REMS in cui sussistono ineludibili esigenze di tutela, data la particolare vulnerabilità del paziente ricoverato⁹⁴.

In proposito, la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto l'urgenza di una fonte primaria, poiché spetta al legislatore «stabilire – in ogni caso in chiave di *extrema ratio* ed entro i limiti della proporzionalità rispetto alle necessità terapeutiche e del rispetto della dignità della persona – se e in che misura sia legittimo l'uso della contenzione all'interno delle REMS ed eventualmente quali ne siano le ammissibili modalità di esecuzione»⁹⁵.

Tale necessità è stata anche riscontrata dal Comitato Nazionale per la bioetica affermando che, indipendente dalla qualificazione della pratica di contenzione e, dunque, dai differenti sistemi di garanzie sanciti agli artt. 13 o 32 Cost., la possibilità di disporre misure contenitive nei confronti del paziente psichiatrico dev'essere «prevista da una legge emanata dal Parlamento, la quale ne disciplini i presupposti applicativi»⁹⁶.

In merito al problema della lacuna legislativa, tuttavia, occorre evidenziare alcuni profili di ambiguità circa l'eventuale regolamentazione delle misure di contenzione.

Ancorché l'intervento legislativo fosse in grado di garantire l'individuazione di presupposti e di modalità vincolanti su tutto il territorio nazionale, un'eventuale previsione legislativa, volta a disciplinare le misure di contenzione, potrebbe trasformare la natura di tali strumenti. Un riconoscimento esplicito corre, infatti, il rischio di comportare la qualificazione delle pratiche di contenzione in termini di misure ordinarie e non più eccezionali. In altri termini, la regolamentazione giuridica potrebbe implicare l'inquadramento dei metodi di contenzione fisica o farmacologica come strumento legittimo ed ordinario d'intervento da parte del personale sanitario.

Proprio per tale ragione, potrebbe apparire non condivisibile la scelta di disciplinare, sul piano legislativo, le misure di contenzione in quanto ciò rischia di far riemergere una visione manicomiale e, dunque custodiale, pregiudicando così l'affermazione di una cultura della salute mentale fondata sul rispetto della dignità umana e sulla concezione *no-restraint*.

Secondo il Comitato Nazionale per la bioetica, peraltro, l'intervento legislativo dovrebbe prospettare il ricorso alle tecniche di contenzione in termini di *extrema ratio* e soltanto

⁹⁴ S. Rossi, *La dignità offesa. Contenzione dei diritti della persona*, in S. Rossi (a cura di), *Il nodo della contenzione: diritto, psichiatria e dignità della persona*, Merano, 2015, p. 367 ritiene «necessario, specie in ambiti che incidono direttamente sui diritti fondamentali delle persone, la previsione di forme di regolamentazione vincolanti e omogenee su tutto il territorio nazionale per evitare fenomeni di discriminazione territoriale o di carattere sociale».

⁹⁵ Corte cost. 27 gennaio 2022, n. 22.

⁹⁶ Comitato Nazionale per la Bioetica nel Parere «*La contenzione: problemi bioetici*», in *www.governo.it*; G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, cit., p. 1499.

in situazioni di necessità e urgenza, in modo proporzionato al pericolo grave e attuale di danno alla persona e per il tempo strettamente necessario.

Si rende quindi necessario riflettere attentamente su un'eventuale previsione legislativa che disciplini i presupposti applicativi delle misure di contenzione sulla base dei requisiti evidenziati da tale Comitato.

In merito a ciò, si deve osservare la coincidenza sostanziale delle situazioni cui ci riferiamo con i presupposti dello stato di necessità ai sensi dell'art. 54 c.p. Ne consegue che, nel nostro ordinamento, sussiste già un ambito in cui l'utilizzo della contenzione può costituire una modalità legittima ma eccezionale d'intervento, presenti i suddetti presupposti⁹⁷.

Si deve considerare, inoltre, che l'inquadramento delle misure di contenzione come atti per sé illegittimi, ma scriminati in situazioni di necessità ai sensi dell'art. 54 c.p., consente di superare i dubbi di legittimità costituzionale per il contrasto con la riserva di giurisdizione prevista ai sensi dell'art. 13 Cost. Proprio la situazione di urgenza che comporta il ricorso alle misure di contenzione rende, infatti, impossibile la previa approvazione dell'intervento coercitivo da parte dell'autorità giudiziaria.

Come emerge dall'orizzonte giuridico attuale, dunque, il ricorso alle misure di contenzione deve considerarsi intrinsecamente illecito e può costituire una legittima modalità d'intervento soltanto al verificarsi dei presupposti dello stato di necessità⁹⁸.

Tale inquadramento è conforme agli obiettivi perseguiti dalla riforma Basaglia in quanto, nel momento in cui l'utilizzo delle misure di coercizione viene individuato come strumento eccezionale, implicitamente viene rivendicata la finalità esclusivamente terapeutica e riabilitativa dei trattamenti psichiatrici⁹⁹.

L'attuale gestione sanitaria delle REMS e il carattere terapeutico della misura di sicurezza escludono, inoltre, che all'operatore sanitario possa essere affidato il compito di reprimere

⁹⁷ L'uso delle forme di coercizione, fisica o farmacologica, deve considerarsi, infatti, intrinsecamente illecito con la conseguente possibile configurazione in capo all'operatore sanitario delle ipotesi delittuose previste agli artt. 605 e 610 c.p. La contenzione può costituire, dunque, una legittima modalità d'intervento soltanto al verificarsi dei presupposti della legittima difesa ex art. 52 c.p. e dello stato di necessità ex art. 54 c.p. e, pertanto, in presenza di un pericolo attuale, per necessità di difesa o di salvataggio e in modo che l'azione sia proporzionata rispetto all'offesa. In tal senso, cfr. G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, cit., p. 1496.

⁹⁸ In senso contrario in dottrina si è ritenuto che la contenzione dev'essere qualificata in termini di atto medico finalizzato a reprimere il comportamento aggressivo, espressione e manifestazione della stessa malattia psichica. Secondo tale tesi, in ambito psichiatrico, il programma terapeutico comprende tutti i trattamenti volti alla tutela della salute del paziente e, pertanto, anche le misure di controllo di atti etero o auto lesivi rappresentano un profilo della prestazione terapeutica. Per cui la legittimità dell'uso delle misure di contenzione è strettamente connessa alla posizione di garanzia dello psichiatra. In tale prospettiva, l'eventuale mancato intervento mediante queste forme di coercizione potrebbe costituire fonte di responsabilità penale ai sensi dell'art. 40, co. 2, c.p. Cfr. R. CATANESI, G. TROCCOLI, F. CARABELLESE, *Responsabilità professionale e contenzione fisica in psichiatria*, cit., pp. 91 ss.; C. SALE, *Aspetti penalistici della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., p. 6.

⁹⁹ Al personale sanitario non possano essere riconosciuti, infatti, «compiti di sorveglianza e di neutralizzazione custodiali» in quanto la riforma del 1978 ha comportato il superamento della logica custodiale e di difesa dei manicomi. U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 1017.

attraverso strumenti coercitivi, al di fuori delle condizioni predette, i comportamenti aggressivi dell'autore di reato affetto da disturbo psichico.

Sarebbe dunque sensato prevedere sul piano legislativo un divieto di utilizzo di tali pratiche, salvo nelle ipotesi in cui le tecniche di contenzione potrebbero essere scriminate ai sensi dell'art. 54 c.p.

La previsione legislativa di un divieto di utilizzo di tali tecniche, all'infuori delle condizioni dello stato di necessità, potrebbe rappresentare un tassello fondamentale nell'avanzamento della tutela della salute umana, indicando con chiarezza il definitivo superamento della cultura manicomiale.

Alcuni studi¹⁰⁰ evidenziano un utilizzo, in effetti, tutt'altro che infrequente delle misure di contenzione nei confronti dei malati affetti da disturbo psichico.

In particolare, emerge che le misure di contenzione vengono comunemente impiegate come strumenti di sicurezza in presenza di episodi di violenza che si manifestano all'interno delle strutture sanitarie¹⁰¹. Ora, non si può negare che la cura dei pazienti psichiatrici implichi un elevato rischio di comportamenti aggressivi e violenti nei confronti del personale sanitario. Ma l'intervento di contenzione dovrebbe sempre avvenire, come s'è detto, nel rispetto della dignità umana e per il tempo strettamente necessario.

Anche a tal proposito, pertanto, sarebbe opportuno emanare linee guida di carattere nazionale che, seppur non vincolanti, potrebbero orientare l'operato dei medici con regole procedurali e metodologiche, volte a individuare situazioni in cui l'intervento mediante una misura coercitiva potrebbe risultare legittimo.

Le raccomandazioni, contenute nelle linee guida, potrebbero altresì prevedere strategie di prevenzione dei comportamenti violenti e non collaborativi dei pazienti psichiatrici sulla base dalle evidenze clinico-scientifiche disponibili al fine di ridurre l'uso dei mezzi di contenzione. Sul punto, le linee guida potrebbero indicare agli operatori sanitari le tecniche di intervento più efficaci a seconda della gravità dello stato di agitazione e della patologia psichiatrica del paziente, segnalando le circostanze in cui l'intervento coercitivo divenga inevitabile. In altri termini, si potrebbero indicare buone pratiche per la prevenzione della contenzione, ad esempio, di tipo organizzativo, ambientale o clinico-assistenziale, da seguire nelle situazioni di crisi, prevedendo il ricorso alle misure di contenzione in chiave di *extrema ratio*.

Le suddette linee guida potrebbero fornire, inoltre, una cornice di carattere nazionale al fine di evitare un uso discriminatorio di tali pratiche e favorire un'uniformità di trattamento. La mancanza di regole di comportamento "generalizzate" finisce, infatti, per comportare un uso differenziato delle tecniche di contenzione nelle diverse strutture sanitarie.

¹⁰⁰ Sul punto, cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica nel parere "La contenzione: problemi bioetici", 23 aprile 2015, pp. 14 ss.

¹⁰¹ In merito agli strumenti di sicurezza nell'ambito dell'attività sanitaria cfr. G. DODARO, *Coercizione in psichiatria tra sicurezza dei luoghi di cura e diritti fondamentali del paziente*, in S. ROSSI (a cura di), *Il nodo della contenzione. Diritto, psichiatria e dignità della persona*, Merano, 2015, pp. 39 ss.

In un ambito in cui si incide direttamente sui diritti fondamentali della persona, invece, appare doverosa la predisposizione di raccomandazioni aventi carattere generale. In tal senso, le linee guida potrebbero indicare la finalità d'uso, i tipi di contenzione, la durata e le complicità legate all'uso dei mezzi coercitivi. Inoltre, potrebbero essere definite con chiarezza le procedure da seguire nei casi in cui l'uso dei mezzi di contenzione risulti necessario.

Lo scopo delle linee guida sarebbe, dunque, quello di indirizzare circa le modalità d'intervento nelle situazioni di necessità e urgenza.

Si deve infine segnalare che la Conferenza Permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome ha approvato un'intesa¹⁰² con la quale le Regioni si sono impegnate ad avviare o implementare entro il 30 giugno 2023¹⁰³ percorsi per il superamento della contenzione meccanica. In tale documento, sono stati predefiniti gli obiettivi generali e comuni che dovrebbero essere perseguiti dalle Regioni, ma il contenuto dei provvedimenti, finalizzati a conseguire tali obiettivi, viene interamente rimesso alle scelte dei singoli enti territoriali.

Diversamente dall'elaborazione di linee guida nazionali, pertanto, la predisposizione di specifiche iniziative e cautele da parte delle singole Regioni non potrebbe garantire un'uniformità di garanzie nell'esecuzione delle tecniche di contenzione su tutto il territorio.

In conclusione, sul piano legislativo, le pratiche di contenzione dovrebbero essere vietate, salvo che in presenza delle condizioni di cui all'art. 54 c.p., e le linee guida nazionali dovrebbero delineare buone pratiche, procedurali e organizzative, da osservare nelle situazioni di emergenza psichiatrica in modo tale da garantire un'uniformità di trattamento nelle diverse REMS presenti sul territorio. In tale prospettiva, il ricorso alle misure di contenzione continuerebbe a costituire una modalità eccezionale d'intervento, seppur regolamentata. Un simile riforma legislativa potrebbe apparire più conforme al nuovo paradigma di cura della salute mentale in quanto indicherebbe con chiarezza il definitivo superamento della dimensione coercitiva tipica dei manicomi.

¹⁰²Intesa, ai sensi dell'allegato sub A, lettera o) dell'Intesa 4 agosto 2021 – Rep. Atti n. 153/CSR –, tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano sul documento "Linee di indirizzo per la realizzazione dei progetti regionali volti al rafforzamento dei Dipartimenti di Salute Mentale regionali", in *www.statoregioni.it*, 28 aprile 2022.

¹⁰³Il Ministero della Salute ha previsto la possibilità per le singole Regioni di prorogare al 31 dicembre 2023 il termine di scadenza dei progetti volti al superamento della contenzione meccanica (si veda la delibera di Giunta della Regione Lombardia n° XI/7661 del 28/12/2022).

