

QUESTIONI APERTE

Detenzione domiciliare “in deroga” -Profili di incostituzionalità

La decisione

Esecuzione della pena - Grave infermità psichica sopravvenuta - Detenzione domiciliare “in deroga” - Rinvio dell’esecuzione della pena - Inapplicabilità - alternative alla detenzione carceraria- Insussistenza - Diritto alla salute - finalità rieducativa della pena - Contrasto - Questione di legittimità costituzionale (C.E.D.U., art. 3; Cost., artt. 2, 3, 27, 32, 117; C.p., artt. 146, 147, 148; l. 26 luglio 1975, n. 354, art. 47-ter, co. 1-ter).

É rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 47-ter, comma 1-ter ord. pen. nella parte in cui detta previsione di legge non prevede l’applicazione della detenzione domiciliare anche nelle ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta durante l’esecuzione della pena. La norma si pone, infatti, in contrasto con plurime disposizioni costituzionali, tra cui l’art. 27 Cost. sotto il profilo della sua contrarietà al senso di umanità, l’art. 32 Cost. in quanto finisce per incidere sul bene primario della salute e l’art. 117, comma 1 Cost. in relazione ai contenuti dell’art. 3 Conv. Eur. Dir. Uomo.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE PRIMA, 22 marzo 2018 (ud. 23 novembre 2017) - BONITO, *Presidente* - MAGI, *Relatore* - ANIELLO, P.M. (*conf.*) - Montenero, *ricorrente*.

La detenzione intramuraria “obbligata” del soggetto affetto da grave infermità psichica e l’assenza di strumenti alternativi idonei ad assicurare un trattamento conforme ai principi costituzionali e convenzionali.

L’Autrice esamina la questione di legittimità costituzionale dell’art. 47-ter, comma 1-ter ord. pen. nella parte in cui detta previsione di legge non prevede l’applicazione della detenzione domiciliare anche nelle ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta durante l’esecuzione della pena. In particolare, si evidenziano le criticità della normativa penitenziaria con riferimento specifico all’assenza di strumenti alternativi alla detenzione carceraria per il detenuto in esecuzione pena con residuo superiore a quattro anni, affetto da grave patologia psichica sopravvenuta, stante l’inapplicabilità sia degli artt. 146, 147 e 148 c.p. sia della detenzione domiciliare c.d. “umanitaria” ex art. 47-ter comma 1-ter ord. pen., in assenza di rinvio -nella citata disposizione di legge- alla norma di cui all’art. 148 c.p.

The Author examines the question of the constitutionality of art. 47-ter, comma 1-ter ord. pen. in the part in which this provision of law does not provide for the application of domicile detention even in cases of serious psychic infirmity occurred during the execution of the sentence. In particular, we highlight the criticality of the prison legislation with specific reference to the absence of alternative tools to imprisonment for the inmate in pain under penalty of over four years, suffering from serious psychic pathology occurred, given the inapplicability of both articles. 146, 147 and 148 c.p. both of the domiciliary detention c.d. "Humanitarian" ex art. 47-ter paragraph 1-ter ord. pen., in the absence of a reference - in the aforementioned provision of the law - to the norm referred to in art. 148 p.p.

Quando sovente si discute dei c.d. trattamenti inumani e degradanti - con riferimento alle condizioni delle carceri e delle modalità di esecuzione della pena detentiva- si è portati immediatamente a pensare alla materialità del concetto; per meglio dire, la mente associa il significato di degrado o di inumanità a carenze strutturali o inadeguatezza dei locali di detenzione(per esempio, la cella e/o gli spazi comuni) o, in ogni caso, a situazioni ambientali umilianti o avviliti, capaci di provocare sofferenza nel detenuto.

È piuttosto evidente, tuttavia, che il concetto di trattamento inumano o degradante non può e non deve limitarsi a ricomprendere solo gli aspetti puramente materiali della detenzione - sia pure di fondamentale importanza - ma coinvolge plurimi aspetti della vita del ristretto. All'uopo, la Corte di Strasburgo ha già da tempo riempito di significati il concetto di trattamento inumano e degradante: è inumano quel trattamento ove è possibile individuare elementi quali la premeditazione, la durata, l'intensità delle sofferenze fisiche e mentali, la presenza di disturbi di carattere psichiatrico tali da provocare volontariamente sofferenze mentali e fisiche di particolare intensità; è degradante il trattamento che provoca sentimenti di paura, angoscia e inferiorità, capace di avvilito, che umilia fortemente l'individuo davanti agli altri e che è in grado di farlo agire anche contro la sua volontà e coscienza; rappresenta tortura, infine, un regime penitenziario ad un tempo inumano e degradante insieme che per tale ragione, è capace di produrre sofferenze ancora più intense¹

Nell'alveo di tali trattamenti sono, dunque, ricompresi diversi tipi di violazioni, che potrebbero idealmente suddividersi tra: quelli in cui la violazione è integrata da fenomeni di *carattere oggettivo*, quali il sovraffollamento, le precarie condizioni igieniche o la mancanza di accesso a luce naturale e aria aperta; e quelli in cui la violazione ha *carattere soggettivo*, discendendo dalla incompatibilità tra il regime detentivo e le specifiche condizioni di salute, fisica o psichica, del ricorrente.

Proprio su tale ultimo aspetto si è concentrata l'attenzione della Corte di legittimità la quale, nella pronuncia in commento, ha avuto il pregio di porre l'accento su tutte le criticità della normativa penitenziaria vigente, evidenziandone le aporie con riferimento agli strumenti alternativi alla detenzione carce-

¹ I concetti descritti sono stati ben evidenziati a suo tempo in Corte EDU, 7 luglio 1989, Soering c. Regno Unito; in dottrina v. la completa esposizione di BOCCHINI, voce *Carceri e sistema penitenziario*, in *Dig. Pen.*, Agg. III, Torino, 2005, 131 ss.

riaria per il detenuto in esecuzione pena con residuo superiore a quattro anni, affetto da grave patologia psichica sopravvenuta.

Da ciò discende la necessità, a parere della Corte, di sollevare d'ufficio questione di legittimità costituzionale dell'art. 47-*ter*, comma 1-*ter* ord. pen. nella parte in cui non prevede l'applicazione della detenzione domiciliare anche nelle ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta durante l'esecuzione della pena. Alla questione di costituzionalità giunge, il Supremo Collegio, a seguito di una lunga e dettagliata disamina degli strumenti potenzialmente applicabili nel caso di specie: in primo luogo, si afferma a chiare lettere che l'art. 148 c.p. è, allo stato, inapplicabile in quanto implicitamente abrogato a seguito della chiusura degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari e della loro "sostituzione" con le Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza.² Queste ultime, infatti, risultano di fatto strutture deputate all'esecuzione delle sole misure di sicurezza e destinate, dunque, ai soggetti portatori di infermità psichica e, allo stesso tempo, socialmente pericolosi: con riferimento ai detenuti colpiti da infermità mentale non sottoposti a misure di sicurezza, non possono essere allocati nelle suddette REMS, ma saranno inseriti nelle c.d. "Articolazioni per la tutela della Salute Mentale", le quali sono Sezioni interne - si badi bene - all'istituto penitenziario. In parole semplici, un OPG in miniatura inserito all'interno della stessa struttura carceraria, dotato di personale medico e infermieristico specializzato per la cura e l'assistenza psichiatriche *nel* carcere. Del resto, evidenzia la Corte, risultano oggettivamente inapplicabili sia l'art. 146 c.p. sia l'art. 147, poiché trattasi di norme che fanno riferimento a situazioni di sola infermità fisica (l'art. 147) o alla presenza di "malattia particolarmente grave per effetto della quale le sue condizioni di salute risultino incompatibili con lo stato di detenzione, quando la persona si trova in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative" (art. 146, co. 1, lett. c).

Rimedio ipotizzabile -solo astrattamente- sarebbe la detenzione domiciliare *ex* art. 47 *ter* co.1 lett. c ord. pen., la quale prevede che la pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiate nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, as-

² Ad opera dell'art. 3-*ter* d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, come modificato dal d.l. 31 marzo 2014, n. 52, convertito dalla l. n. 81 del 31 maggio 2014, secondo cui «dal 31 marzo 2015 gli ospedali psichiatrici giudiziari sono chiusi e le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia sono eseguite esclusivamente all'interno di strutture sanitarie».

sistenza o accoglienza, nei casi di persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali³. Tuttavia, tale misura risulta inapplicabile per i ristretti con pena residua superiore a quattro anni, come nell'ipotesi posta all'attenzione della Corte di legittimità. *Hic sunt leones*, si potrebbe dire, giacché con la pronuncia in commento la Corte evidenzia il nervo scoperto della materia: al caso di specie non risulta applicabile neppure la previsione dell'art. 47-ter co. 1-ter ord. pen., che disciplina il rimedio della c.d. detenzione domiciliare "umanitaria"⁴. Con tale ultima dizione ci si riferisce a un'ipotesi peculiare, secondo cui la detenzione domiciliare può essere applicata anche se la pena supera i quattro anni quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p. In questi casi, il Tribunale di Sorveglianza può disporre l'applicazione della detenzione domiciliare stabilendo un termine di durata che può essere di volta in volta prorogato. Ovviamente il periodo in detenzione varrà come esecuzione della pena, il

³ Secondo la giurisprudenza, in assenza di un preciso parametro legislativo, il ricorso all'istituto del differimento o a quello della detenzione domiciliare dovrà discendere non solo dall'accertamento dei consueti requisiti di legge ma anche dalle caratteristiche del reo e dalle sue condizioni personali e familiari - quali età, esistenza o meno di garanzie di affidabilità, pericolosità sociale, gravità e durata della sanzione - privilegiandosi comunque il primo qualora si giunga a concludere nel senso di una impossibilità a cogliere il significato rieducativo della pena inflitta in conseguenza dell'impossibilità di proiettare in un futuro gli effetti della sanzione sul condannato (Cass., Sez. I, 18.6.2008, Graziano, in *Mass. Uff.*, 240602) e meramente illusorie appaiano le possibilità concrete di reinserimento causa la precarietà dello specifico quadro clinico (Cass., Sez. I, 6.3.2000, Ranieri, in *Mass. Uff.*, 215494; Id., Sez. I, 15.11.1999, Di Girolamo, in *Mass. Uff.*, 214419). Se la detenzione domiciliare ha come finalità la rieducazione e il reinserimento sociale del condannato, il rinvio facoltativo della esecuzione della pena per grave infermità fisica mira ad evitare che l'esecuzione della pena avvenga in contrasto con il diritto alla salute ed il senso di umanità, costituzionalmente garantiti (Cass., Sez. I, 9.1.2017, n. 39525, inedita).

⁴ Introdotta dalla l. 27 maggio 1998 n. 165 (c.d. Legge Simeone), è stata individuata come misura intermedia tra la pena detentiva eseguita in carcere, eccessivamente afflittiva, e la sua sospensione concessa attraverso gli articoli 146 e 147 del codice penale, eccessivamente clemenziale. Per tale aspetto, è stata evidenziata la polifunzionalità di questo istituto: da un lato, risponde alle esigenze d'inderogabilità della pena e di controllo di soggetti pericolosi; dall'altro, introduce un regime detentivo attenuato per renderlo compatibile col principio di umanità delle pene (così NUZZO, *La Corte costituzionale estende i confini della detenzione domiciliare*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 6, 702). Tale aspetto è stato valorizzato anche dalla giurisprudenza di legittimità: in proposito, v. Cass., Sez. I, 7 dicembre 1999, Saraco, in *Mass. Uff.*, 215203 secondo cui «l'innovazione, chiaramente mirata a colmare una lacuna legislativa esistente nella previgente normativa, per la quale si imponeva un'alternativa secca tra carcerazione e libertà senza vincoli in presenza dei presupposti di fatto indicati dagli artt. 146 e 147 cod. pen., configura la polifunzionalità del regime detentivo mirato, per un verso, dall'esigenza di effettività dell'espiazione della pena e del necessario controllo cui vanno sottoposti i soggetti pericolosi e, per altro verso, a una sua esecuzione mediante forme compatibili con il senso di umanità, quale quella della detenzione domiciliare a termine, in presenza di negativa condizione soggettiva del condannato che non ne consente la piena liberazione derivante dall'applicazione dell'istituto della sospensione, obbligatoria o facoltativa, dell'esecuzione della pena».

che rende tale strumento normativo ancor più appetibile per il detenuto affetto dalle descritte patologie.⁵

Ebbene, come già detto, non essendo applicabili né l'art. 146, né l'art. 147 c.p. (in quanto riferibili alle ipotesi di infermità fisica) e in assenza di rinvio - nell'art. 47-ter co. 1-ter - alla norma di cui all'art. 148 c.p. (la sola che preveda la specifica ipotesi dell'infermità psichica sopravvenuta), cade anche la possibile applicazione della misura della detenzione domiciliare "umanitaria"; la conseguenza è che risulta sprovvista di tutela quella minoranza di detenuti con pena residua superiore a quattro anni, affetti da patologia psichica grave e sopravvenuta, i quali potranno essere curati solo all'interno delle predette "Articolazioni per la tutela della Salute Mentale", interne all'istituto penitenziario.

Doveroso il dubbio di costituzionalità, secondo i Supremi Giudici: pur nella correttezza giuridica della decisione di merito, ciò non esclude la necessaria verifica del rispetto delle garanzie individuali e della compatibilità costituzionale e convenzionale dell'attuale reticolato normativo, che non fornisce alternative alla detenzione carceraria per una categoria di detenuti affetti da importanti patologie psichiche.⁶

La delicatezza della materia, in altri termini, impone un approccio al tema che tenga conto delle nuove frontiere rappresentate dalla tutela multilivello dei diritti umani emergente dalle convenzioni internazionali e dalle carte internazionali dei diritti.⁷ Nello specifico, occorre tenere a mente le c.d.

⁵ La giurisprudenza ha progressivamente delineato gli elementi dello stato di salute incompatibile con il regime carcerario, idoneo a giustificare il differimento dell'esecuzione della pena per infermità fisica o la applicazione della detenzione domiciliare. All'uopo, è stato chiarito che quest'ultimo non è limitato alla patologia implicante un pericolo per la vita, dovendosi avere riguardo ad ogni stato morboso o scadimento fisico capace di determinare una situazione di esistenza al di sotto di una soglia di dignità da rispettarsi pure nella condizione di restrizione carceraria (Cass., sez. I, 08/05/2009, Aquino, in *Mass. Uff.*, 244132) Lo stato morboso del condannato in tanto legittima il differimento obbligatorio o facoltativo della pena, in quanto la prognosi sia infausta *quoad vitam* ovvero il soggetto possa giovare in libertà di cure e trattamenti indispensabili non praticabili in stato di detenzione, neanche mediante ricovero in ospedali civili o altri luoghi esterni di cura, ovvero ancora, a cagione della gravità delle condizioni, l'espiazione della pena si riveli in contrasto con il senso di umanità. Nell'affrontare la questione inerente alla possibilità di concessione del rinvio dell'esecuzione della pena, la pronuncia in commento ribadisce il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale ai fini della concessione del detto differimento, occorre avere riguardo a tre principi costituzionali: il principio di uguaglianza, il senso di umanità ed il diritto alla salute (Cass., sez. I, 05/04/2016, E.M., in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1, p. 46; Cass., sez. I, 22/03/2017, Rizzo, in *Quot. giur.*, 2017)

⁶ La detenzione domiciliare alternativa al rinvio può essere concessa solo se la malattia di tipo mentale determina delle conseguenze sulle condizioni di salute fisica del condannato: lo ha precisato da tempo Cass., Sez. I, 15 aprile 2004, Petruolo, in *Mass. Uff.*, 228132.

⁷ Le regole di riferimento in tema di trattamento penitenziario e esecuzione delle pene detentive si rica-

“Regole Penitenziarie Europee”, da ultimo ribadite nella Raccomandazione R(2006)2 adottata dal Comitato dei Ministri degli Stati membri l’11/01/2006, che rappresentano fonte importantissima per il periodico aggiornamento e valutazione della situazione carceraria degli Stati membri. In tale ultima raccomandazione, in particolare, è enunciato un principio tanto semplice quanto inapplicato: la vita in carcere deve essere il più vicino possibile agli aspetti positivi della vita nella società libera, da cui discende l’ulteriore regola secondo cui le restrizioni imposte alle persone private di libertà devono essere ridotte allo stretto necessario e devono essere proporzionali agli obiettivi legittimi per i quali sono state imposte (punti 3 e 5 della R 20062).⁸

Orbene, nell’ipotesi di grave patologia psichica sopravvenuta che non determini ricadute di natura fisica, la detenzione nelle Articolazioni per la Salute Mentale interne all’istituto penitenziario potrebbe non essere connotata dal detto requisito della proporzionalità rispetto agli obiettivi legittimi della restrizione carceraria. Se, infatti, il principio rieducativo rappresenta baluardo indiscusso del giusto processo penitenziario, è naturale che tale obiettivo può essere raggiunto unicamente nei confronti di soggetto predisposto – sia fisicamente che mentalmente – a ricevere un trattamento intramurario che lo conduca progressivamente alla risocializzazione. In altri termini, un soggetto dotato di tutti gli ordinari strumenti psichici e cognitivi – indipendentemente dal grado di istruzione e/o di esperienze di vita – potrà essere “carta assorbente” per il perseguimento dell’obiettivo rieducativo, giacché «il carcere non è più inteso come luogo di segregazione, e di allontanamento dalla società, bensì come momento di sollecito apprestamento di tutte le strutture, materiali e psicologiche, necessarie alla

vano dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali del 1950 e dai relativi protocolli addizionali, dal Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 e dai protocolli ad esso allegati e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, adottata a Nizza nel 2000. A tale quadro si aggiunga la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo (approvata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite a New York il 10/12/1948), nella quale è chiaramente espresso il diritto di ogni individuo a non essere sottoposto a tortura e/o a trattamenti inumani o degradanti (art. 5).

⁸ All’uopo v. LA ROCCA, *Lo schema di decreto legislativo sulla riforma penitenziaria*, in *questa Rivista*, online, la quale sottolinea che «sul piano normativo, il d. lgs. n. 230 del 1999 ha affermato il carattere di universalità della tutela della salute, con la solenne enunciazione del principio della parità di trattamento dei detenuti rispetto ai cittadini liberi». Con riferimento ai detenuti affetti da patologia psichica, nello specifico, occorre far riferimento alla Regola 47 delle Regole Penitenziarie Europee, rubricata «Salute mentale»: «1. Devono essere disponibili degli istituti specializzati o delle sezioni specializzate, posti sotto il controllo medico, per l’osservazione e la cura di detenuti affetti da disturbi o anomalie mentali [...]. 2. Il servizio medico penitenziario deve fornire cure psichiatriche a tutti i detenuti che hanno la necessità di tali cure e porre particolare attenzione alla prevenzione del suicidio».

rieducazione ed al reinserimento del deviante»⁹. Allorché, al contrario, il soggetto destinatario dell'obiettivo rieducativo è colpito da un'infermità psichica grave sopravvenuta, non è più portatore di quegli strumenti cognitivi necessari per la comprensione del percorso di riabilitazione sociale. Quest'ultimo si tramuta in "vetro riflettente", potremmo dire, annullando *in radice* la dimensione del trattamento sanzionatorio e risolvendosi in un mero "parcheggio" fine a sé stesso del detenuto nell'istituto penitenziario: proprio tale aspetto trasforma inevitabilmente la condizione di tale categoria di detenuti in trattamento inumano e degradante, giacché orientato al perseguimento dell'unico obiettivo raggiungibile, la difesa sociale e la prevenzione generale.

In sostanza, quando la pena residua supera i quattro anni, lo Stato di diritto pare sacrificare l'obiettivo rieducativo e del trattamento individualizzato sull'altare della prevenzione generale e delle esigenze di difesa della collettività. Parimenti evidente è, poi, il sacrificio del diritto alla salute del soggetto sottoposto a restrizione della libertà in esecuzione di una pena o di una misura cautelare coercitiva, nonostante la tutela attribuita a tale bene primario non solo in sede costituzionale ma anche e soprattutto sovranazionale. Proprio nelle Regole Penitenziarie Europee, l'intera Parte III è dedicata alla salute, espressamente qualificando come obbligo dell'Autorità quello di assicurare ogni cura necessaria ai soggetti affidati alla sua custodia (art. 39).¹⁰ La Corte di legittimità, nella sentenza in commento, evidenzia l'impossibilità di un'interpretazione della normativa in senso convenzionalmente conforme con riferimento ai contenuti dell'art. 3 Conv. Eur: sul punto, occorre sottolineare che il diritto alla salute non trova tutela espressa in una specifica norma della Convenzione, ma la violazione di quest'ultimo è stata progressivamente riconosciuta come trattamento inumano o degradante e dunque ricondotta nell'alveo dell'art. 3 Conv. Eur. Le pronunce della Corte di Strasburgo sul tema sono plurime e hanno fornito ampio sostrato motivazionale alla questione di legittimità sollevata nella pronuncia in esame: è considerato trattamento inumano e

⁹ COPPETTA, «*Ordinamento penitenziario*», in *Enc. Giur.*, Agg. IV, Roma, 2000, 873.

¹⁰ Il diritto alla salute è definito testualmente "Protezione della salute" nell'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che garantisce che «ogni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana»; sul tema, rilevanti sono altresì i contenuti della Risoluzione del Parlamento europeo del 15.12.11 sulle condizioni detentive nell'UE (punto 8) nonché gli Standard approvati dal Comitato per la prevenzione della tortura, aggiornati a gennaio 2015, ove la parte III è dedicata ai Servizi di assistenza sanitaria in carcere.

degradante, ex art. 3 C.e.d.u., l'ipotesi in cui le gravi condizioni di salute del detenuto siano incompatibili con una detenzione in carcere prolungata per un periodo di tempo significativo o eseguita in ambiente poco salubre.¹¹ In termini ancor più precisi, la Corte Europea ha di recente focalizzato le problematiche specifiche della detenzione dei soggetti affetti da patologia psichica, rilevando la contrarietà rispetto all'art. 3 della Convenzione di tutti quegli *status* detentivi caratterizzati da assenza di strutture e trattamenti terapeutici idonei a perseguire lo scopo della detenzione stessa.¹²

A tali considerazioni devono aggiungersi altresì le ulteriori problematiche collegate alla presenza di tendenze suicide nel detenuto, ove a venire in rilievo non è solo l'art. 3 Conv. Eur., ma anche l'art. 2 sul diritto alla vita. Sul punto, la Corte di Strasburgo ha evidenziato la sussistenza di un obbligo positivo per lo Stato di adottare misure appropriate per la salvaguardia della vita di quanti si trovino sotto la sua giurisdizione che, nei casi di suicidio in carcere, può dirsi violato qualora le autorità penitenziarie, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di un rischio concreto ed immediato, non abbiano adottato le misure che, ragionevolmente, ci si può aspettare che scongiurino quel rischio.¹³

I principi costituzionali riferibili alla tutela della salute, d'altro canto, si pongono in una prospettiva di razionalità punitiva, delineando una cornice

¹¹ Si vedano Corte EDU, 10 giugno 2008, Scoppola c. Italia; Corte EDU, 9 settembre 2010, Xiros c. Grecia; Corte EDU, 17 luglio 2012, Scoppola c. Italia; Corte EDU, 11 febbraio 2014, Contrada c. Italia; di recente, v. Gr. Chambre, 20 ottobre 2016, Mursic c. Croazia. Per una rassegna completa sul tema e conseguente indicazione giurisprudenziale, v. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in MASSARO (a c. di), *La tutela della salute nei "luoghi di detenzione". Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CIE*, Roma, 2017, 207.

¹² Si tratta di Corte edu, 6 settembre 2016, W.D. c. Belgio, sentenza "pilota" ove la Corte ha rilevato che, da una parte, le terapie mediche offerte nei reparti di "difesa sociale" delle carceri belga appaiono del tutto inadeguate alla cura dei soggetti ivi detenuti (ad es. le relazioni psichiatriche mostrano che a W.D. erano stati prescritti esclusivamente farmaci antidepressivi e psicotici); dall'altra, che la collocazione di queste persone all'interno di strutture extra carcerarie idonee al loro riabilitazione risulta pressoché impossibile, sia per la generale scarsità di ospedali psichiatrici, sia perché la legge non consente alle autorità di ordinare a tali strutture - spesso restie ad accogliere individui che abbiano commesso reati - di ammettere queste persone. Sulla scorta di queste considerazioni, i giudici di Strasburgo ritengono che il Belgio sia venuto meno ai propri obblighi di protezione scaturenti dall'art. 3 Cedu, avendo detenuto W.D. in condizioni incompatibili con la dignità umana. Si veda anche Corte edu, 10 gennaio 2013, Claes v. Belgium, ric. n. 43418/09.

¹³ Si veda, *ex multis*, Corte EDU, 9 giugno 1998, L.C.B. c. Regno Unito; Id., 3 aprile 2001, Keenan c. Regno Unito; Id., 7 gennaio 2003, Younger c. Regno Unito; Id., 16 ottobre 2008, Renolde c. Francia; Id., 19 luglio 2012, Ktreb c. Francia. In tutte le suddette pronunce, la Corte attribuisce rilevanza a eventuali precedenti tentativi e alla diagnosi delle condizioni psichiche del detenuto, oltre che alla mancata attuazione delle disposizioni relative alla cooperazione fra istituto penitenziario e servizi sanitari. Per approfondimenti v. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere*, cit., 207 ss.

chiaramente preordinata a bilanciare l'efficienza repressiva con la garanzia dei diritti fondamentali della persona.¹⁴ All'uopo, la Corte costituzionale ha da tempo evidenziato che, pur essendo indubitabile che la pena presenti risvolti che ineriscono alla difesa sociale, tali profili non potranno mai autorizzare «il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione» nel contesto del trattamento sanzionatorio. Anzi, non va trascurata la circostanza che la finalità rieducativa è la sola «espressamente consacrata in Costituzione». Infatti, in uno Stato evoluto, «la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stessa della pena». Ne consegue l'esigenza che la pena deve tendere a rieducare, il fine del recupero del reo e allora, «lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue».¹⁵ Ha forza granitica, dunque, nella giurisprudenza costituzionale la prevalenza del diritto alla salute, ove gravemente minacciato, rispetto alla tutela di esigenze di contenimento della pericolosità: non è la pena differita a determinare una situazione di pericolo giacché, diversamente opinando, verrebbe ad assegnarsi alla pena una funzione di prevenzione generale, obliterandosi quella eminente finalità rieducativa più volte riaffermata dalla Corte Costituzionale; semmai, è la carenza di adeguati strumenti di prevenzione la cui lacunosità - che può e deve essere colmata mediante auspicabili interventi del legislatore - non può costituire, in sé e per sé, ragione sufficiente per incrinare, sull'opposto versante, la tutela dei valori che la norma ha inteso salvaguardare.¹⁶

Con riferimento alle modalità di detenzione dei soggetti affetti da infermità mentale sopravvenuta, rispetto ai quali malattia è un "posterius" e non un "prius", rispetto al fatto penalmente rilevante, occorre evidenziare che la Corte costituzionale, seppur in vigenza degli OPG, aveva già da molto tempo inviato segnali di preoccupazione al legislatore. In particolare, con un'espressione efficace, la Corte rilevava che «la malattia psichica, per quanto sopravvenuta, è comunque una realtà che a un certo punto delle due diverse vicende umane viene pur sempre ad unificarle. Ragion per cui [...] si ritiene che sottoporre a due distinti trattamenti il caso della malattia mentale sopravvenuta e quello

¹⁴ Si veda la nota pronuncia costituzionale 2 luglio 1990, n. 313, in *Foro it.*, 1990, I, p. 2385, con nota di FIANDACA-TRANCHINA.

¹⁵ I passi tra virgolette sono sempre riferiti alla sentenza costituzionale n. 313/1990.

¹⁶ Corte cost., n. 70 del 1994.

della infermità preesistente al fatto comporti la violazione dei principi costituzionali menzionati, giacché identica è la struttura custodiale che eroga il trattamento». ¹⁷ Per tale ragione, «spetta al legislatore scegliere una equilibrata soluzione che garantisca anche a questi condannati la tutela della salute mentale senza che sia eluso il trattamento penale». ¹⁸

La difficoltà interpretativa e applicativa nasce, tuttavia, da un discutibile quanto obsoleto assunto di partenza del legislatore: la grave infermità psichica sopravvenuta è servente rispetto alla grave infermità fisica, la quale consente il differimento dell'esecuzione nonché la detenzione domiciliare, alle condizioni indicate nella norma di legge. La grave infermità mentale, in altri termini, è concettualmente "meno grave" della grave infermità fisica: lungi dal fare tesoro dei summenzionati moniti della Corte costituzionale il legislatore, dopo la chiusura degli OPG, ha volutamente ignorato tale minoranza di detenuti, che potremmo definire "gli ultimi" della popolazione carceraria. Lo si è evidenziato anche nella sentenza in commento, nella quale si segnala la non applicabilità - allo stato - della previsione della legge n.103 del 2017 (la c.d. *Riforma Orlando*) e in particolare il punto di delega contenuto nella lettera d) dell'art. 16 co.1 (ove si prevede l'assegnazione alle REMS anche dei soggetti portatori di infermità psichica sopravvenuta durante l'esecuzione, in ipotesi di inadeguatezza dei trattamenti praticati in ambito penitenziario) trattandosi, per l'appunto, di delega non ancora tradotta in una o più disposizioni concretamente applicabili. ¹⁹

Così stando le cose, si auspica la definitiva approvazione dello schema di decreto legislativo di riforma dell'ordinamento penitenziario attuativo della delega "Orlando", nel quale è dato riscontrare un disegno di equiparazione tra infermità fisica e psichica al fine del rinvio dell'esecuzione della pena e della pratica possibilità di applicare la detenzione domiciliare *ex art. 47-ter, co 1-*

¹⁷ Corte cost., n. 11 del 1996.

¹⁸ Corte cost., n. 11, cit.

¹⁹ Si riporta testualmente il contenuto della delega "Orlando" sul tema: «d) tenuto conto dell'effettivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e dell'assetto delle nuove residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), previsione della destinazione alle REMS prioritariamente dei soggetti per i quali sia stato accertato in via definitiva lo stato di infermità al momento della commissione del fatto, da cui derivi il giudizio di pericolosità sociale, nonché dei soggetti per i quali l'infermità di mente sia sopravvenuta durante l'esecuzione della pena, degli imputati sottoposti a misure di sicurezza provvisorie e di tutti coloro per i quali occorra accertare le relative condizioni psichiche, qualora le sezioni degli istituti penitenziari alle quali sono destinati non siano idonee, di fatto, a garantire i trattamenti terapeutico-riabilitativi, con riferimento alle peculiari esigenze di trattamento dei soggetti e nel pieno rispetto dell'articolo 32 della Costituzione»

ter, ord. pen.²⁰ Il disegno riformatore, sul punto, prevede l'unica soluzione razionalmente ipotizzabile: l'abrogazione dell'art. 148 c.p., norma ormai priva di concreta utilizzazione e l'inserimento, nel corpo dell'art. 147 c.p. - relativo al rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena - del riferimento alla infermità psichica. Nelle more, si attende con fiducia la decisione della Corte costituzionale, affinché apra la strada ad una *reductio ad unum* del concetto di grave infermità, col definitivo abbandono della antiquata considerazione della patologia psichica come malattia "di serie B".

NICOLETTA MANI

²⁰ Sui contenuti dello schema di decreto legislativo per la riforma penitenziaria v. La Rocca, *Lo schema di decreto legislativo sulla riforma penitenziaria*, cit.