



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2019 FASC. III

(ESTRATTO)

GESSICA VERONICA GOLIA

**QUANDO “LA PRIGIONE È UN’INGIUSTIZIA, LA LIBERTÀ UN
PERICOLO”: LA DETENZIONE DOMICILIARE PER I DETENUTI
AFFETTI DA INFERMITÀ PSICHICA SOPRAVVENUTA**

9 OTTOBRE 2019

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Gessica Veronica Golia*

Quando “la prigione è un’ingiustizia, la libertà un pericolo”: la detenzione domiciliare per i detenuti affetti da infermità psichica sopravvenuta**

(nota a [Corte cost., sent. 19 aprile 2019 n. 99](#))

ABSTRACT: *When «prison is an injustice, freedom a danger»: home detention for prisoners suffering from supervening mental infirmity*

The article examines the Italian Constitutional Court’s decision n. 99/2019 which extended the applicability of “humanitarian” or “derogating” house arrest referred to art. 47-ter (1-ter) of Law no. 354 of 26 July 1975 (Norms regulating the penitentiary system and the enforcement of measures involving deprivation and limitation of freedom) even in the event of prisoners suffering from serious mental illness.

In fact, at present, as a result of the abolition of OPGs (Judicial Psychiatric Hospitals), mentally ill offenders sentenced to prison, cannot rely on the care they need. Indeed, on the one hand, the recent REMS (Residences for the Execution of Security Measures) are only intended to insane offenders judged to be not-imputable and subjected to a custodial security measure; on the other hand, there is no precise legislation to establish the incompatibility between prison regime and mental health, and it is not possible to apply for an alternative to imprisonment aimed at therapeutic purposes. This legal framework causes a very serious violation of protection of health, that has both constitutional as well as human right worth: thus, these prisoners are subjected to inhuman and degrading treatments in breach of the article 3 of the ECHR.

The commented decision allows to fill much of the gap in protection of detainees with psychiatric disorders, but, nevertheless, there are still unsolved problems, with regard to the access and execution of this peculiar kind of home arrest. Especially, it appears necessary to reconsider the highly problematic concept of social dangerousness.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La questione: il vuoto di tutela per i detenuti sofferenti psichici - 2.1. Il caso. L’ordinanza di rimessione della Corte di cassazione - 2.2. Il precedente: la soluzione prospettata dal Tribunale di sorveglianza di Messina - 3. Il responso della Corte costituzionale - 4. Considerazioni a margine - 4.1. Un *déjà vu*: lo slancio della giurisprudenza verso soluzioni extramurarie - 4.2. Il reo diventato folle: un malato come gli altri - 4.3. Dalla teoria alla pratica: le questioni (vecchie e nuove) ancora da districare - 5. Conclusioni.

1. Premessa

Con la sentenza in commento la Corte costituzionale ha esteso l’applicabilità dell’istituto della detenzione domiciliare c.d. umanitaria, di cui all’art. 47-ter co.1-ter ord.penit., ai detenuti affetti da grave infermità psichica, di cui all’art. 148 c.p., per i quali l’attuale panorama normativo non prevede alcuna alternativa alla detenzione carceraria – pur se incompatibile con le loro condizioni di salute – essendo intervenuta – tra il 2012 e il 2014 – la chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari (in seguito, OPG)¹, cui l’art. 148 destinava gli infermi psichici detenuti: come è noto, l’OPG era l’unica istituzione a cui il sistema penale demandava la gestione del disagio psichico degli autori di fatti di

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

** Il virgolettato riflette un pensiero di C. LOMBROSO, in *Sull’istituzione dei manicomi criminali in Italia*, 1872, s. II, vol. V, 74.

¹ Queste le tappe fondamentali del processo di riforma: il d.p.c.m. 1 aprile 2008 che, nell’allegato C, per la prima volta ha delineato un percorso per il superamento degli OPG; il d.l. 211/2011, convertito in l. n. 9/2012, che ha disposto la chiusura degli OPG e ha contestualmente istituito le nuove strutture deputate a sostituirli, ossia le REMS, *Residenze per l’Esecuzione delle Misure di Sicurezza* (v. art 3-ter); il d.l. 24/2013, convertito in l. n. 57/2013; nonché la conclusiva l. n. 81/2014, che ha convertito il d.l. 52/2014. Per l’attuazione della riforma è stato necessario ricorrere ad un Commissario Unico, nominato con d.p.c.m. 19 febbraio 2016 nella persona di Franco Corleone. L’ultimo OPG (Barcellona P.G.) è stato chiuso solo il 20 febbraio 2017.

reato, internandovi indistintamente soggetti più o meno *rei* e più o meno *folli* (dai prosciolti ai periziandi, dagli imputati ai detenuti)².

Prodromico a tale intervento additivo è stato un lungimirante provvedimento del Tribunale di Sorveglianza di Messina, che per primo ha adottato la soluzione in parola (già prospettata in sede di stesura del progetto di riforma³), mentre la Corte di cassazione, più cauta, sollevava la questione di legittimità costituzionale: dunque, il Giudice delle leggi ha convalidato quello che era già un *idem sentire* che percorreva la giurisprudenza, impegnata nella tutela di diritti fondamentali della persona minacciati da una protratta inerzia legislativa.

Invero, la chiusura delle istituzioni totali – esito di un travagliato iter normativo⁴ finalizzato a ricondurre il sistema nell'alveo della legge Basaglia e del c.d. decreto Bindi, che disponeva di equiparare l'assistenza sanitaria dei cittadini ristretti a quella dei cittadini liberi, in ossequio agli artt. 3 e 32 Cost. – era destinata a confluire in un più ambizioso e complessivo disegno di riforma dell'ordinamento penitenziario, teso al superamento della logica 'carcerocentrica' e al potenziamento della tutela della salute, soprattutto psichica: invece, tale disegno – abbozzato con accuratezza dagli *Stati Generali per l'Esecuzione Penale*⁵, che aveva poi preso forma con la legge delega 23 giugno 2017 n. 103 (c.d. riforma Orlando), e sembrava essersi ormai concretizzato con lo schema redatto dall'apposita Commissione⁶ – infine, si è dissolto nel nulla con i decreti legislativi 2 ottobre 2018 nn. 123 e 124, che hanno sistematicamente ignorato gli spunti in tema di tutela della salute psichica in carcere, allargando il *vulnus* che ha reso necessario l'intervento della Corte costituzionale⁷.

2. La questione: il vuoto di tutela per i detenuti sofferenti psichici

2.1. Il caso. L'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione

Il protagonista della vicenda che ha occasionato la declaratoria in commento era un detenuto condannato per concorso in rapina aggravata, affetto da un grave disturbo psichico con impulsi autolesivi, che, in ragione di tale patologia, proponeva istanza al Tribunale di Sorveglianza di Roma volta ad ottenere il differimento della pena per grave infermità ai sensi dell'art. 147 c.p. Avverso l'ordinanza di rigetto del Tribunale adito, l'istante proponeva ricorso innanzi alla Corte di cassazione, che, con ordinanza n.13382/2018, rimetteva la questione alla Consulta. La Suprema Corte confermava l'impossibilità di sussumere la vicenda in esame sotto la fattispecie invocata del rinvio facoltativo della pena, stante la lettera dell'art. 147 co. 1 n. 2 c.p. che esige una infermità di tipo fisico, e tenendo altresì conto della consolidata giurisprudenza di legittimità, «tesa a marcare una netta

² Queste le categorie di soggetti che venivano internate in OPG: i prosciolti per infermità di mente socialmente pericolosi, ex art. 222 c.p.; gli imputati, in qualsiasi grado di giudizio, sottoposti alla misura di sicurezza provvisoria in OPG ex artt. 206 c.p. e 312 c.p.p., in quanto socialmente pericolosi; i soggetti sottoposti ad altre misure di sicurezza detentive (anche in aggiunta alla pena) con infermità mentale sopravvenuta ex art. 212 c.p.; i detenuti minorati psichici ex art. 111 co. 5 d.p.r. 230/2000; i detenuti in osservazione, cioè di cui deve essere accertata l'infermità psichica ex art. 112 co. 2 d.p.r. 230/2000; nonché, appunto, i detenuti con infermità di mente sopravvenuta ex art. 148 c.p.

³ Precisamente, nella *Proposta 3* del *Tavolo X* degli *Stati Generali per l'Esecuzione Penale* (cfr. *Relazione del Tav. X*) poi recepita nello schema di decreto redatto dalla competente Commissione, presieduta dal Prof. M. Pelissero (cfr. *Relazione e articolato della Commissione Pelissero*).

⁴ V. *supra*, nota 1.

⁵ Convocati il 19 maggio 2015 dall'allora Ministro della giustizia A. Orlando, gli *Stati Generali* hanno costituito un percorso interdisciplinare di studi, volto a conformare l'esecuzione della pena ai principi costituzionali. Del trattamento penale dell'infermo di mente si sono occupati il *Tavolo 10* (cfr. *Relazione del Tav. X*) e il *Tavolo 11* (cfr. *Relazione del Tav. XI*), dedicati rispettivamente a *Salute e disagio psichico* e *Misure di sicurezza*. Quest'ultimo, è stato coordinato dal dott. N. Mazzamuto (successivamente membro della Commissione Pelissero), autore del primo provvedimento che ha applicato la detenzione domiciliare ad un detenuto infermo di mente.

⁶ V. nota 3.

⁷ Cfr. A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 7 novembre 2018, *passim*; E. DOLCINI, *Carcere, problemi vecchi e nuovi*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 19 novembre 2018, *passim*.

differenziazione tra l'ipotesi della infermità fisica e quella della infermità 'meramente' psichica», laddove per “*meramente*” si intende la patologia psichiatrica che – come nel caso del condannato *de quo* – non ha ricadute di tipo fisico⁸; quindi, coerentemente, non poteva applicarsi la detenzione domiciliare c.d. in deroga, di cui all’art. 47-ter, c.1-ter o.p., che non ha una sua autonoma operatività, ma soggiace ai presupposti del rinvio (obbligatorio o facoltativo) della pena. Piuttosto, il caso sarebbe rientrato a pieno titolo nell’art. 148 c.p., che, per i detenuti affetti da infermità psichica sopravvenuta, prevede(va) il ricovero negli ormai chiusi OPG: norma da ritenersi ormai implicitamente abrogata, alla luce dell’evoluzione normativa dell’ultimo decennio (che veniva sinteticamente richiamata). Dunque, pur riconoscendo il «*profilo finalistico*» della detenzione domiciliare in deroga, che mira a mediare le esigenze di umanizzazione della pena e quelle di contenimento della pericolosità del reo, la Suprema Corte ha ritenuto che l’applicazione dell’art.47-ter co. 1-ter o.p. ai detenuti in questione fosse preclusa dal dato letterale di una disposizione che aveva indiscutibilmente affidato agli OPG specifici compiti terapeutici: non ravvisando, quindi, alcun margine per un’interpretazione conforme a Costituzione, il Collegio ha invocato un intervento additivo del Giudice delle leggi, rilevando l’illegittimità costituzionale (per contrasto con gli artt. 2, 3, 27, 32, e 117 Cost. e 3 Cedu) dell’art. 47-ter co. 1-ter o.p. nella parte in cui non prevedeva l’applicazione della detenzione domiciliare c.d. umanitaria anche alle ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta durante l’esecuzione della pena. L’ordinanza di remissione prendeva atto della mancanza di alternative alla detenzione carceraria per i detenuti in parola, dando conto, da un lato, dell’impossibilità di utilizzare le neonate *Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza* (in seguito: REMS)⁹, in quanto trattasi di strutture sanitarie che il Legislatore ha inteso destinare esclusivamente – come si evince dal nome – agli infermi di mente sottoposti a misure di sicurezza; e, dall’altro, dell’insufficienza delle “*Articolazioni per la tutela della Salute Mentale*” interne agli istituti di pena, appositamente previste in sede di riforma. In tale assetto normativo la Suprema Corte ravvisava una duplice disparità di trattamento: la condizione dei detenuti con infermità mentale sopravvenuta, invero, appariva peggiore sia rispetto a quella dei detenuti affetti da infermità fisiche (cui si applica l’art. 147 c.p.), sia rispetto a quella dei sofferenti psichici ricoverati nelle neonate REMS (i quali, come si è detto, ricevono apposite cure, in una struttura sanitaria adeguata alle loro condizioni di salute), quando invece i malati di mente, vuoi che siano sottoposti ad una misura di sicurezza, vuoi che siano stati condannati alla pena detentiva, vivono una condizione «*del tutto assimilabile, quantomeno sul piano delle prevalenti necessità terapeutiche*». Addentrandosi nella questione, i giudici di legittimità non hanno trascurato di denunciare il «*manifesto regresso trattamentale*» che colpisce gli infermi di mente ristretti in carcere, dovuto ad una «*complessiva de-giurisdizionalizzazione*»: infatti, l’allocazione del detenuto presso le (ancora poche e inadatte) sezioni psichiatriche interne agli istituti penitenziari è disposta non già da un provvedimento giurisdizionale – come accadeva per il ricovero in OPG – ma direttamente dall’Amministrazione Penitenziaria, senza previa verifica da parte della Magistratura di Sorveglianza circa l’idoneità del trattamento praticabile, con il rischio – concreto – che l’Amministrazione si lasci influenzare da fattori contingenti (tra cui il sovraffollamento)¹⁰.

⁸ A maggior ragione il caso non trovava regolamentazione nella fattispecie del rinvio obbligatorio di cui all’art. 146 c.p., che fa riferimento a specifiche patologie, ovvero, per le infermità particolarmente gravi, esige che la malattia sia in uno stadio così avanzato da non rispondere alle terapie. Parimenti inapplicabile risultava la detenzione domiciliare ordinaria di cui all’art. 47-ter, c.1 o.p. (in particolare, let. c) ostandovi la durata della pena residua, che, al momento della proposizione dell’istanza, era superiore ai 4 anni (precisamente, pari a 6 anni, 4 mesi e 21 giorni).

⁹ V. *supra*, nota 1. Giova rammentare che la novità rivoluzionaria delle REMS si sostanzia nella gestione esclusivamente sanitaria e nell’assenza della polizia penitenziaria. Le REMS vengono dipinte dal Legislatore come una sorta di reparto ospedaliero: un massimo di 20 posti letto; camere singole o doppie, ciascuna munita di bagno con doccia; ambiziosi standard di assistenza e un’elevata dotazione minima del personale (cfr. d. intermin. 1° ottobre 2012 adottato dal Ministero della salute di concerto con il Ministero della giustizia): caratteristiche evidentemente incompatibili con quelle dei vecchi manicomi giudiziari.

¹⁰ La Suprema Corte, peraltro, ha ricordato che anche l’allocazione presso tali sezioni può dar luogo ad un trattamento inumano e degradante, laddove le terapie risultino inappropriate, come affermato dalla Corte Edu nella [sent. W.D c. Belgio del 6 settembre 2016](#), nel rilevare le deficienze del sistema carcerario belga per la detenzione dei malati di mente.

Ancora, il Collegio ha argomentato diffusamente sull'obbiettivo della rieducazione tramite la pena, richiamando la giurisprudenza costituzionale che valorizza l'art. 27, c. 3, Cost. come disposizione la cui realizzazione non può essere vanificata dallo scontro con esigenze diverse (quali la difesa sociale), e ha individuato nel regime di detenzione carceraria dei malati *de quibus* la violazione del divieto di *trattamenti inumani e degradanti* di cui all'art. 3 Cedu (citando una nutrita giurisprudenza della Corte di Strasburgo) che «*configura un obbligo positivo per lo Stato*», assoluto e inderogabile, che «*non trova alcuna forma di bilanciamento in esigenze antagoniste*».

2.2. Il precedente: la soluzione prospettata dal Tribunale di sorveglianza di Messina

Nell'attesa della decisione della Consulta è stata pronunciata dal Tribunale di sorveglianza di Messina una interessante ordinanza (la [n. 248 del 2018](#), estensori Mazzamuto–Lino), che ha risolto un caso analogo a quello che aveva dato luogo alla rimessione alla Corte costituzionale. I giudici dello stretto convergono con la Corte di cassazione nel rilevare l'esistenza di un vuoto normativo, ma fanno un passo ulteriore: consapevoli che dentro a queste 'voragini' dell'ordinamento ci sono persone in carne ed ossa, con i loro diritti incompressibili, la cui reale tutela esige interventi tempestivi, individuano nel sistema uno strumento immediatamente utilizzabile, applicando in via analogica l'art. 147 c.p. e la detenzione domiciliare in deroga, con obbligo di residenza in una *Comunità Terapeutica Assistita* (CTA), ad un detenuto affetto da grave infermità mentale, sottraendolo alla insostenibile azione patogena che il carcere esercitava sulle sue condizioni. Soluzione, questa, che risultava idonea a soddisfare anche le concomitanti esigenze di difesa sociale.

Tale provvedimento merita di essere analizzato per l'originalità e l'«audacia»: esso, infatti, configura un esempio paradigmatico di quegli sforzi ermeneutici che, non di rado, la magistratura di sorveglianza più attenta e solerte compie per dare concreta attuazione ai valori costituzionali, dovendo operare delicati bilanciamenti tra interessi fondamentali confliggenti tra loro.

I giudici messinesi spiegano che la soluzione adottata non contrasta con il divieto di analogia di cui all'art. 14 delle Preleggi, atteso che le norme interpretate non costituiscono affatto una «*eccezione alle regole generali*», anzi, ne sono l'espressione, poiché estrinsecano *in subiecta materia* alcuni principi cardine del nostro ordinamento (quali la tutela della salute *ex art. 32 Cost.*, il principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, il principio di umanità della pena *ex art. 27, c. 3, Cost.*). Né la soluzione contrasta con il divieto di applicazione analogica proprio delle norme penali, poiché – in ossequio al principio del *favor rei*, che permea tutto il diritto penale – esso opera solo *in malam partem*, quale naturale corollario del principio di tassatività, che è posto a presidio della libertà del singolo: al contrario, nel caso di specie, vi è un intervento evidentemente *in bonam partem*, volto ad esprimere il *favor libertatis*, oltre che a tutelare il diritto alla salute del detenuto, che diversamente, continuando ad essere ristretto in carcere, avrebbe subito un pregiudizio irreversibile.

Quanto all'individuazione dell'*eadem ratio*, l'ordinanza coglie nella presenza di un'«*infermità*» la ragione specifica che accomuna il caso del detenuto con malattia psichica alla fattispecie, regolata dall'art. 148 c.p., del detenuto con infermità fisica e che, in quest'ultima norma, rende necessaria la disciplina giuridica del differimento della pena o della sua esecuzione in detenzione domiciliare. Più che di argomento *a simili*, potrebbe parlarsi di argomento *a fortiori*, secondo un rapporto fra casi che – come si vedrà – è stato poi ravvisato dalla Corte costituzionale: se la malattia *fisica* necessita di un trattamento diverso dalla detenzione ordinaria, *a fortiori* ciò vale per la malattia *psichica*, atteso che il carcere, notoriamente, tende ad acuire i disturbi mentali¹¹. Il principio applicato dall'ordinanza in parola, in fondo, è il medesimo a cui si informano, seppur nelle loro diverse sfumature, gli articoli 146 e 147 c.p., nonché lo stesso art. 47-ter co.1-ter o.p.: ossia quello di «tirar fuori» il detenuto da un

¹¹ Ancora, potrebbe ravvisarsi il c.d. argomento *apogogico*, che tiene conto degli esiti assurdi a cui la norma darebbe luogo in sede di applicazione (cfr. F. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 367): di fatti, i giudici hanno voluto scongiurare le conseguenze pregiudizievoli – e incoerenti rispetto alla logica del sistema giuridico – che sarebbero derivate al malato dalla permanenza in carcere.

luogo *incompatibile* con le sue *condizioni di salute*, per collocarlo in un luogo in cui, con le dovute prescrizioni, possa essere *curato*.

In definitiva: al Tribunale di Sorveglianza di Messina va l'indubbio merito di aver effettivamente fornito, in un momento di *impasse*, una immediata tutela, individuando una soluzione interpretativa idonea a ricondurre il sistema «*nei binari di compatibilità e conformità ai principi sanciti dalla Carta costituzionale e dalla CEDU*»¹².

3. Il responso della Corte costituzionale

La motivazione in diritto della sentenza in commento si apre con una compiuta definizione di *infermità psichica sopravvenuta*: si chiarisce, opportunamente, che con tale nozione si intende non solo la patologia effettivamente insorta durante la detenzione, bensì anche «*una malattia mentale che, pur cronica o preesistente al reato, non sia stata considerata influente sulla capacità di intendere e di volere nel corso del giudizio penale dal quale è scaturita la condanna definitiva*».

Il Giudice delle leggi condivide «*senz'altro*» la ricostruzione dell'assetto normativo vigente compiuta dalla Cassazione, segnatamente l'inapplicabilità dell'art. 148 c.p., in quanto «*completamente svuotato di contenuto precettivo*» dalle intervenute riforme: «*svuotato*» perché sono ormai scomparsi gli istituti ivi richiamati, ma soprattutto, osserva la Corte, è scomparso l'approccio culturale alla malattia mentale di cui l'art. 148 c.p. è espressione. Nell'ottica del codice Rocco, infatti, orientata all'internamento e alla custodia, il problema della permanenza dell'infermo di mente in carcere sorgeva sostanzialmente come problema di convivenza con la restante popolazione carceraria, e si considerava risolto con la semplice reclusione «*altrove, insieme ad altre persone similmente malate e senza prospettive di rientro nella vita sociale*», soluzione certamente inadeguata alla luce del paradigma culturale e scientifico in cui viene inquadrata oggi la malattia mentale, improntato alla cura¹³, che ha portato alla chiusura dei manicomi civili prima, di quelli giudiziari poi. La Consulta rileva quindi l'incompletezza dell'*iter* di riforma (ripercorrendone rapidamente le tappe principali), e ricorda a chiare lettere che «*le REMS non sono istituzioni volte a sostituire i vecchi ospedali psichiatrici sotto altra veste e denominazione*»: invero, mentre – come si è detto – gli OPG accoglievano indiscriminatamente tutti i sofferenti psichici a vario titolo intrappolati nelle maglie del circuito penale¹⁴, le REMS hanno come destinatari, per espressa previsione normativa, unicamente gli infermi di mente ritenuti non imputabili e socialmente pericolosi, sottoposti ad una misura di sicurezza dal contenuto terapeutico a cagione del loro stato. Sul punto, la Corte ha altresì avuto cura di invalidare quel problematico inciso della legge delega (di cui all'art. 1 co. 16 let. d), L. n. 103/2017, noto come «*Emendamento Mussini*»¹⁵ che è stato oggetto di dibattito in dottrina e che «*ambiguamente*» prevedeva il ricovero in REMS anche per le altre categorie di infermi di mente gravitanti nell'universo penitenziario: si chiarisce che la normativa vigente non è suscettibile di essere integrata in via interpretativa da tale inciso della delega, rimasto inattuato. Dunque, nelle REMS non vi è spazio per i condannati affetti da infermità mentale sopravvenuta, per i quali, secondo l'attuale assetto normativo, come denunciato dalla Cassazione, non vi sono alternative al carcere (se non le

¹² Trib. Sorv. Messina, ord. 248/2018.

¹³ Sul punto, viene richiamato il [Parere «Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere» del Comitato Nazionale per la Bioetica del 22 marzo 2019](#).

¹⁴ V. *supra*, nota 2.

¹⁵ L'art. 1, c. 16, lett. d) l. n. 103/2017 proponeva di spalancare le porte delle REMS anche ai detenuti con infermità mentale sopravvenuta, agli imputati sottoposti a misure di sicurezza provvisorie, e a tutti i soggetti di cui si debbano accertare le condizioni psichiche, in caso di inidoneità delle apposite sezioni intramurarie «*a garantire i trattamenti terapeutico-riabilitativi, con riferimento alle peculiari esigenze di trattamento dei soggetti e nel pieno rispetto dell'articolo 32 della Costituzione*». Tale disposizione mirava a trovare anche per questi malati una collocazione consona alla loro patologia, stante l'inadeguatezza delle articolazioni sanitarie delle carceri, ma, in tutta evidenza, andava a riproporre quella promiscuità di posizioni giuridiche e di patologie, che trasformerebbe qualunque struttura in una istituzione totale, vanificando il superamento degli OPG, e rendendo la riforma una *truffa delle etichette*.

sezioni speciali di cui all'art. 65 o.p., comunque interne al carcere stesso, e per giunta ancora insufficienti): anche il Giudice delle Leggi ritiene inapplicabili ai detenuti *de quibus* tutte le fattispecie già considerate dalla Suprema Corte, con ciò discostandosi dalla soluzione interpretativa adottata dal Tribunale di sorveglianza di Messina.

La Consulta ricorda che il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. comprende, oltre alla salute fisica, anche la salute psichica, «*alla quale l'ordinamento è tenuto ad apprestare un identico grado di tutela*»; e, per di più, sottolinea che la sofferenza 'normalmente' insita nella reclusione si amplifica nei malati di mente e ne aggrava la patologia, determinando un «*supplemento di pena contrario al senso di umanità*», fino ad arrivare ad una vera e propria *incompatibilità* con il carcere, passibile di integrare un *trattamento inumano e degradante*, in violazione dell'art. 3 Cedu. La Corte sottolinea allora l'esigenza di predisporre interventi «*complessi e integrati*» a tutela della salute mentale dei detenuti, raccomandando tanto il potenziamento delle strutture sanitarie interne agli istituti di pena, quanto la promozione di percorsi terapeutici esterni per i casi più gravi; ricorda, a tal proposito, che il Legislatore è rimasto sordo ad un precedente monito rivoltagli dalla stessa Corte (con [sentenza n. 111/1996](#)) circa la necessità di individuare un'equilibrata soluzione all'insoddisfacente trattamento riservato ai detenuti *ex art. 148 c.p.*: pur essendo ben consapevole che solo al Legislatore spetta completare l'avviato processo di riforma, la Corte esplicita la necessità del proprio intervento di accoglimento, finalizzato a porre rimedio alla perpetrata violazione dei valori costituzionali denunciata dall'ordinanza rimettente, affinché «*nessun condannato sia mai costretto a scontare la pena in condizioni contrarie al senso di umanità, meno che mai un detenuto malato*».

Si passa quindi all'analisi della detenzione domiciliare c.d. umanitaria: la Consulta chiarisce – opportunamente – che la detenzione domiciliare non implica «*riduttivamente un ritorno a casa o tanto meno un ritorno alla libertà*», ma costituisce un istituto intermedio tra il carcere e la libertà, che può essere modellato dal giudice, con prescrizioni variamente limitative¹⁶, e che, pertanto, si presta a salvaguardare tanto le esigenze di salute del detenuto, quanto quelle di difesa sociale.

Preoccupati di garantire un uso equilibrato e tendenzialmente uniforme del nuovo istituto, all'insegna di una «*attenta valutazione caso per caso, momento per momento della singola situazione*», i Giudici della Consulta indicano infine alcuni parametri cui fare riferimento per un «*dosaggio ponderato delle limitazioni*»: i quadri clinici; le condizioni sociali e familiari; l'esistenza o meno di servizi di cura all'interno del carcere; la salvaguardia degli altri detenuti e del personale degli istituti; la compatibilità tra la malattia e il carcere; le esigenze di sicurezza pubblica, con riguardo al giudizio di pericolosità (attualizzato rispetto all'evoluzione sanitaria e personale del detenuto), che possono precludere il ricorso ai trattamenti extramurari (su questo aspetto vd. *infra*, §4.3).

4. Considerazioni a margine

4.1. Un déjà vu: lo slancio della giurisprudenza verso soluzioni extramurarie

L'istituto della detenzione domiciliare c.d. *umanitaria* o *in deroga* nasce (con la l. 27 maggio 1998, n. 165, c.d. legge Simeone) per rispondere a finalità prettamente assistenziali e umanitarie, e si caratterizza per una indubbia *polifunzionalità*, poiché consente il mantenimento di una forma di controllo, attraverso modalità compatibili con le condizioni di salute del reo; così permettendo di contemperare le esigenze terapeutiche del singolo con le esigenze di sicurezza della collettività.

In questi termini, la questione in commento sembra riecheggiare la vicenda di un altro istituto, che è stato, ed è tuttora, un prezioso e malleabile strumento nelle mani dei giudici: la libertà vigilata. Proprio la giurisprudenza, a partire dagli anni '80, ne ha sfruttato la duttilità per ovviare al rigido automatismo del codice Rocco, che per i rei infermi di mente prevedeva sempre e comunque la misura

¹⁶ Si tratta delle prescrizioni di cui all'art. 284 c.p.p.

di sicurezza dell'internamento¹⁷: i magistrati di sorveglianza hanno iniziato ad applicare la libertà vigilata, riempita di prescrizioni a carattere terapeutico, al fine di soddisfare al contempo le istanze di difesa sociale e il bisogno di cure, nell'ottica della sussidiarietà della misura detentiva; e, analogamente a quanto avvenuto oggi, anche in quella occasione la Consulta, con [sentenza n. 253/2003](#), ha dato il suo *placet* a tale soluzione di 'compromesso', indicando nella libertà vigilata c.d. terapeutica la misura da preferire rispetto all'o.p.g. quando fosse in grado di garantire un equilibrio tra «due polarità [...]collegate e non scindibili»¹⁸ come il diritto della persona alla cura e la tutela della sicurezza. Da subito è stato affermato che con questa pronuncia – che ha rappresentato e rappresenta ancora la 'stella polare' per il trattamento degli infermi di mente autori di reato – la Corte costituzionale ha inaugurato un «diritto mite», determinando il «passaggio da un "diritto per regole" a un "diritto per principi" fortemente esposto alla pressione dei casi della vita»¹⁹, in cui il giudice gioca un ruolo determinante: si potrebbe osservare che la pronuncia costituzionale in commento - e con lei l'anticipatrice ordinanza di Messina - si inserisce in questo solco, poiché ha fatto appello ai *principi* fondamentali per proporre una soluzione *mite* onde scongiurare quella che, seguendo la *summa lex*, si sarebbe risolta in una *summa iniuria*.

4.2. *Il reo diventato folle: un malato come gli altri*

La sentenza in commento rivestirà un importante ruolo-guida rispetto alla ormai ineludibile parificazione normativa dei detenuti sofferenti psichici rispetto a quelli affetti da infermità fisiche, in ossequio ai principi basilari del nostro ordinamento, e in linea con il panorama sovranazionale, in cui le disposizioni e le pronunce che tutelano la salute mentale sono – giustamente – «*the mirror image*»²⁰ di quelle che tutelano la salute fisica. È pacifico, infatti, che «*tutela della salute*» non significa più, banalmente, «*cura delle malattie*», secondo la obsoleta visione organicistica, ma ha una latitudine ben più ampia, indicando uno «*stato di completo benessere fisico, psichico e sociale*»²¹. Se così è, l'abbandono *sine cura* di un soggetto mentalmente disturbato in un ambiente (ulteriormente) pregiudizievole per l'equilibrio psichico, come quello del carcere, segna l'inadeguatezza della legislazione italiana rispetto al divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Cedu), all'insegna di un grave arretramento di civiltà; tale da configurare, altresì, una violazione dell'art. 2 Cedu, ai sensi del quale il diritto alla vita «è *protetto dalla legge*»: proprio la peculiare insofferenza del detenuto infermo psichico rispetto al regime carcerario sfocia, notoriamente, in frequenti tentativi suicidari.

La sentenza in commento, dunque, inietta finalmente una cospicua e salutare dose di umanità e civiltà nel nostro sistema penitenziario.

4.3. *Dalla teoria alla pratica: le questioni (vecchie e nuove) ancora da districare*

¹⁷ Cfr. L. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/1993, 622.

¹⁸ Cfr. [Corte cost., sent. 18 luglio 2003 n. 253](#), *Considerato in diritto*, punto 2.

¹⁹ T. GROPLI, *La sentenza 253/2003: la Corte e il "diritto mite"*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 20 luglio 2003.

²⁰ L'espressione è usata in *Commentary on Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules*, in *European Prison Rules*, Council of Europe, June 2006, 44, con riferimento alla *rule 12*, rispetto alla *rule 11*. Infatti, preziosi indirizzi per garantire una tutela adeguata alle persone ristrette, provengono dalle *European Prison Rules* (in particolare, si occupa della salute mentale le *rule 47*), nonché dalle c.d. *Mandela Rules*, le *Regole Minime delle Nazioni Unite per il trattamento dei detenuti*, approvate nel 2015 (in particolare, si segnalano le *rules 2.2, 5, 11, 24, 25, 27, 30, 31, 33, 39.3, 75.3, 76.2, 78, 90, 93.2, 109, 110*).

²¹ Così veniva definita la salute, già nel lontano 1946, dall'*Organizzazione Mondiale della Sanità*, affermando che «*il godimento del miglior stato di salute raggiungibile costituisce un diritto fondamentale di ogni persona*»: cfr. *Preambolo della Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità*.

Com'è normale che sia, la sentenza in esame lascia insoluti alcuni problemi e ne determina dei nuovi, imponendo all'interprete e al Legislatore rinnovate riflessioni.

Il primo aspetto problematico riguarda l'accesso del detenuto al beneficio *de quo*: sebbene la Consulta abbia indicato dei parametri in base ai quali il giudice deve valutare le singole situazioni, nondimeno, per salvaguardare in concreto le esigenze di sicurezza e di uguaglianza, le – pur necessariamente discrezionali – valutazioni dei giudici dovrebbero innestarsi su una base sufficientemente solida, che ancori la definizione di *grave infermità psichica incompatibile con la detenzione in carcere* a prestabilite caratteristiche degli istituti di pena, oltre che a determinate evidenze medico-scientifiche, indici comportamentali e dati empirici, il più possibile obiettivi, onde evitare un abuso dell'istituto²².

Sul punto dell'accesso si aggroviglia un ulteriore nodo. Tra i parametri di cui il giudice deve tener conto, la Consulta annovera le “*condizioni sociali e familiari*” del detenuto: in effetti, un contesto adeguato ad accogliere un malato di mente che ha commesso dei delitti è l'*humus* indispensabile per far fruttare le prescrizioni imposte dal magistrato. Nondimeno, nelle pieghe di questo criterio potrebbe annidarsi una disparità di trattamento – ancorché non immediatamente percepibile – basata proprio sul contesto familiare e sociale di provenienza del reo: l'eventualità che tali condizioni ‘situazionali’ possano risultare ostative, in modo determinante, alla detenzione in luogo esterno, rievoca istantaneamente – *mutatis mutandis* – le storie dei tanti, troppi, *ergastolani bianchi* che restavano in OPG essenzialmente per una mancanza di alternative extramurarie²³. Il rischio – tutt'altro che remoto – è che i detenuti provenienti da ambienti degradati vadano a configurare una categoria di malati di ‘serie B’, che difficilmente riuscirà a beneficiare dell'opportunità offerta dalla Consulta. In effetti, l'istituto della detenzione domiciliare si è sempre caratterizzato per generare questo tipo di disparità, esasperando il meccanismo di selezione sociale del carcere: inapplicabile a chi non dispone di un domicilio idoneo, l'art. 47-ter o.p., tradizionalmente, finisce per consentire un trattamento di favore ai rei più facoltosi²⁴; e in presenza di una malattia mentale, l'abbandono e la solitudine non possono che aumentare, dal momento che alle difficoltà squisitamente sociali ed economiche facilmente si accompagna un atteggiamento scarsamente partecipativo dei familiari, incapaci di gestire un congiunto affetto da una grave patologia psichica, che si è reso autore di gravi delitti (per giunta, a volte, proprio tra le mura domestiche). A tal proposito, si consideri ancora che la detenzione domiciliare pone un problema di compatibilità con l'art. 27 co. 1 Cost., in quanto la pena investe direttamente il nucleo familiare: anche questo problema viene esacerbato dalla presenza di una malattia di mente.

Insomma, *rebus sic stantibus*, accanto ai rei folli che sconteranno la pena nel confortevole (o meno disagiata) ambiente casalingo, sembra si debba prefigurare che tanti altri detenuti, in analoghe condizioni psichiche, continueranno a vivere in sordina la loro incompatibilità con il carcere, dimenticati nelle celle ordinarie o abbandonati a regimi di sorveglianza spesso fittizi, o comunque amplificatori del disagio mentale, incapaci di far valere i propri diritti per la mancanza di un apparato familiare e sociale su cui poter contare, cui lo Stato dovrebbe supplire, pena la violazione dell'obbligo di cui all'art. 3 Cedu.

²² Diventa, a questo punto, fondamentale, onde evitare un accesso indiscriminato alla detenzione domiciliare in deroga, fornire altresì gli strumenti per ‘decodificare’ correttamente gli atteggiamenti dei detenuti, distinguendo i reali sintomi di una irrimediabile incompatibilità con il carcere, dai meri comportamenti di protesta o non collaborativi (quali il rifiuto delle cure, o i gesti ‘moderatamente’ autolesionistici) artatamente posti in essere per l'ottenimento del beneficio (cfr. G. DI ROSA, *Le solitudini in carcere. Il detenuto malato e il detenuto straniero: dialogo a tre voci*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 5 luglio 2018, 5).

²³ Si ricorda che proprio per scongiurare questi epiloghi il legislatore del 2014 (cfr. art. 1, c. 1 lett. b, d.l. 52/2014), in tema di malati di mente non imputabili, ha riformato il giudizio di pericolosità sociale basandolo sulle sole «*qualità soggettive della persona*», con espunzione delle *condizioni di vita individuale, familiare e sociale* di cui all'art. 133, c. 2, n. 4, c.p., statuendo che «*non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali*».

²⁴ Cfr. C. PERINI, *Prospettive attuali dell'alternativa al carcere tra emergenza e rieducazione*, in *Dir. pen. cont.* 4/2017, 84; G. DI ROSA, *Le solitudini in carcere* cit., 6.

D'altro canto, è pur vero che stigmatizzare eccessivamente questo aspetto significa segnare un punto in più a favore del monopolio del carcere, inattaccabile – almeno in teoria – sotto il profilo dell'uguaglianza tra i condannati²⁵. Anche e soprattutto per gli infermi socialmente ed economicamente più svantaggiati, quindi, appare improcrastinabile definire a livello legislativo delle apposite misure e strutture, in ottemperanza al suesposto monito della Corte.

In proposito, vengono al pettine i nodi inerenti il momento squisitamente esecutivo.

La Consulta fa riferimento all'«attenta individuazione del luogo di detenzione» e definisce di «fondamentale rilievo» la possibilità di eseguire la detenzione domiciliare anche in «luogo pubblico di cura o assistenza o accoglienza», alludendo, evidentemente, alle migliori potenzialità terapeutiche che una struttura sanitaria può offrire. Sarebbe opportuno, però, considerare anche un altro aspetto: la commistione tra malati di mente autori di reato e non, pericolosi e non, comporta, nella quotidianità, difficoltà non di poco conto per le strutture sanitarie, chiamate ad applicare il ben diverso regime che richiede la gestione dei pazienti giudiziari. Si prenda in considerazione una Comunità Terapeutica Assistita, indicata dalla commentata ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Messina quale luogo per l'esecuzione della disposta detenzione, che, tipicamente, è anche il luogo in cui hanno l'obbligo di dimorare gli infermi di mente in libertà vigilata, soluzione particolarmente in voga per ovviare al problema del superamento del periodo massimo di ricovero in REMS e, in generale, per evitare lo stesso ricovero, ricorrendo, quando possibile, ad una misura non detentiva secondo quanto prescritto dalla L. n. 81/2014. Ora, la CTA presuppone – o presupporrebbe – un'adesione al trattamento, ma, in realtà, la presenza di soggetti pericolosi autori di reato, costringe gli operatori ad adottare cautele che non sono proprie di una CTA, sicché, nella prassi, si viene ad assottigliare sempre più la differenza tra le strutture custodiali e quelle che dovrebbero essere strutture meramente sanitarie²⁶.

Un ulteriore nodo, inerente l'esecuzione, riguarda la finalità rieducativa, sempre più esposta ad essere considerata un'«utopia»²⁷ per tutto l'universo penitenziario. Sarebbe ingenuo pensare che la mera espiazione della pena per l'infermo di mente nelle forme della detenzione domiciliare sia, di per sé sola, garanzia di un trattamento conforme a Costituzione: è ben possibile, infatti, che anche tra le mura domestiche (o tra quelle di una struttura sanitaria) la pena si risolva in un custodialismo sterile e sia connotata dai tipici effetti desocializzanti, che si rivelano particolarmente dannosi e antiterapeutici per i soggetti affetti da patologie psichiatriche. Per giunta, si consideri che proprio la detenzione domiciliare, notoriamente, non brilla per opportunità di reinserimento sociale, anzi sembra offrire ben poco sul piano dell'offerta trattamentale²⁸, atteso che il legislatore si è limitato ad elencare una serie di restrizioni attinenti le mere modalità esecutive (mutuandole, peraltro, da una misura cautelare), senza modellare la misura sulle esigenze rieducative²⁹. La partita, dunque, si gioca sul terreno delle prescrizioni, ed è dominata dal magistrato di sorveglianza. In linea con la *ratio* dell'istituto di tutelare la salute del reo, dovranno avere un ruolo preponderante le prescrizioni inerenti

²⁵ Cfr. F. PALAZZO, *Crisi del carcere e culture di riforma*, in *Dir. pen. cont.* 4/2017, 9.

²⁶ Mentre nella REMS l'internato è soggetto a poteri coercitivi, per cui in caso di evasione sarà riportato in REMS dalle forze dell'ordine; il libero vigilato non è – o non dovrebbe essere – soggetto a poteri coercitivi, per cui se si allontana, violando l'obbligo di permanenza in CTA, non può esservi riaccompagnato coattivamente (su questa distinzione cfr. Trib. sorv. Torino, ord. 17.10.2018), ma dovrebbe essere ammessa solo quell'opera persuasiva che un uomo in divisa può esercitare nei confronti del malato di mente, convincendolo a rientrare in Comunità. Questa soggezione ai poteri coercitivi si manifesta anche nella possibilità di somministrare coattivamente la terapia farmacologica, alla stregua di un TSO, essendo la REMS – come l'OPG – un trattamento permanentemente applicabile: la misura di sicurezza, cioè, contiene *in re ipsa* l'autorizzazione all'esecuzione delle cure (ma sul punto si registrano opinioni e protocolli non ben delineati). Invero, nella pratica REMS e CTA appaiono del tutto simili, e collocando in una CTA anche un malato che ha lo *status* giuridico di detenuto, le cose non possono che complicarsi, trattandosi di un soggetto che di certo non può non essere sottoposto a poteri coercitivi.

²⁷ Così rileva E. DOLCINI, *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018, 1667-1692.

²⁸ Sul punto, v. M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell'offerta trattamentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2/2016, 733 ss.

²⁹ Cfr. G. TORRENTE, *Il sistema dell'esecuzione delle pene e il nuovo protagonismo del carcere*, in [Diritto Penale Uomo](#), 2 aprile 2019, 11.

la cura, segnatamente, l'obbligo di intraprendere un programma terapeutico presso i Dipartimenti di salute mentale (DSM), i quali necessitano urgentemente di essere potenziati per non vanificare qualsivoglia intervento legislativo o giudiziario. Dovrebbero poi accompagnarsi altre prescrizioni dal contenuto emancipante, tali da assicurare al malato ristretto quel *training* sociale necessario, innanzitutto, per il successo della terapia farmacologica, nonché – e questo vale per tutti i condannati – per il reingresso nella società libera, sul presupposto che gli esseri umani sono più inclini ad adeguarsi alle regole sociali in virtù dell'interazione con altri soggetti che non in forza di contropunte deterrenti³⁰. Quanto più le prescrizioni saranno 'personalizzate', ed elaborate 'su misura' per il caso concreto, tanto più saranno alte le probabilità di successo del progetto rieducativo, ma, nondimeno, per assicurare un'ottimale funzionalità dell'istituto, e, soprattutto, una sua uniformità di applicazione sul territorio nazionale, sembrerebbe opportuno – pur lasciando ampia discrezionalità al giudice – fissare dei punti cardine a livello legislativo, per strutturare l'esecuzione della pena in modo proficuo e gratificante, in ossequio al principio di legalità³¹ e delineare – prevedendo appositi protocolli – percorsi gradualmente che coinvolgano tutte le istituzioni interessate (in particolar modo i DSM) senza accollare l'intero peso delle scelte e dell'intervento alla sola Magistratura di Sorveglianza³².

Dunque, l'imposizione di apposite prescrizioni rappresenta il cuore pulsante della misura, che ne determinerà il successo o il fallimento. A tal proposito, si pone un ulteriore nodo problematico: *quid iuris* in caso di violazione delle prescrizioni?

Il comma 6 dell'art. 47-ter o.p. prevede la revoca della detenzione domiciliare «*se il comportamento del soggetto, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, appare incompatibile con la prosecuzione delle misure*»³³. In effetti, l'imposizione di prescrizioni senza la possibilità di disporre la sanzione tipica, ossia la revoca, in caso di violazioni, determinerebbe un sistema sbilanciato verso il reo a discapito del Tribunale di Sorveglianza, che perderebbe di 'credibilità' insieme alle sue statuizioni, il che, evidentemente, vanificherebbe la finalità curativa e rieducativa dell'istituto. Nondimeno, per garantire la tutela della salute quale bene primario e incomprimibile, non sembra irragionevole chiedersi se sia giusto, pur in caso di violazioni e incompatibilità con il beneficio *de quo*, far ritornare il malato in carcere, ossia in un luogo che aggrava la sua malattia (potenzialmente, anche fino alla morte, essendo il suicidio un epilogo frequente in tali casi), o se non si debba piuttosto escludere questa evenienza in ragione della peculiarità e della delicatezza di tale nuova fattispecie rispetto alle altre ipotesi di detenzione domiciliare.

Infine, resta il nodo più difficile da sciogliere. La Consulta, dopo avere delineato un quadro compatibile coi valori costituzionali, conclude con una sorta di 'avvertimento': «*ciò non può accadere se il giudice ritiene prevalenti nel singolo caso le esigenze della sicurezza pubblica*». Per questa ipotesi, dunque, rischia di permanere la disparità di trattamento tra gli infermi di mente non imputabili, che vengono ricoverati in una struttura sanitaria, e quelli imputabili, che, se pericolosi, sono destinati a rimanere in carcere, pur essendo ugualmente malati, anche se «*impazzire prima o dopo non è una causa imputabile al reo tale da giustificare un trattamento diseguale*»³⁴. È inevitabile allora chiedersi: è giusto comprimere la tutela della salute in nome di – pur significative – istanze di

³⁰ Cfr. M.B. MAGRO, *Neuroscienze e teorie ottimiste della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2018, 180.

³¹ Cfr. M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato tra "ideologia correzionalistica" del trattamento e "garanzie" costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018, 1693-1719. L'A. fa leva sul principio di stretta legalità e denuncia un atteggiamento di «*arbitrio*» della magistratura di sorveglianza relativamente «*alla "gestione" concreta delle "misure alternative"*», ritenendo che debba essere invece la legge a prevedere, «*una volta per tutte*» in via «*generale*», «*astratta*» e «*predeterminata*» forme di esecuzione progressiva della pena: cfr. 1710-1711.

³² Nella direzione di una sinergia interistituzionale insiste anche il Consiglio superiore della magistratura, puntualmente intervenuto sul problema della sorte degli infermi di mente autori di reato dopo la chiusura degli OPG con due risoluzioni, rispettivamente del 17 aprile 2017 e 24 settembre 2018; v. B. SECCHI – A. CALCATERRA, *La nuova risoluzione del CSM in tema di misure di sicurezza psichiatriche*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 5 novembre 2018.

³³ Anche in questo caso non vi sono automatismi, ma la valutazione circa la sussistenza o meno della suddetta incompatibilità è rimessa all'apprezzamento del Tribunale di sorveglianza.

³⁴ Così G. VASSALLI, *Fine poco gloriosa di una norma poco civile*, in *Giust. pen.*, 1/1975, 2033, commentava la [sent. 146/1975](#) con cui la Corte costituzionale aveva dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 148 c.p. nella parte in cui non prevedeva che il periodo trascorso in OPG fosse computato nel periodo di pena.

difesa sociale? È giusto ritenere queste ultime «prevalenti»? Alla luce delle considerazioni sinora svolte non sembra si possa rispondere positivamente a questa domanda...anzi, la stessa Corte – nella già citata fondamentale [sentenza n. 253/2003](#) – aveva fornito una risposta inequivocabilmente negativa, avendo statuito che «*le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da arrecare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente*»³⁵. Dunque, se un condannato malato deve necessariamente, per la tutela della pubblica sicurezza, rimanere in carcere, quanto meno è necessario assicurargli una cura adeguata, possibilmente di livello non inferiore a quello assicurato ai non imputabili nelle REMS, onde evitare di relegare la salute ad una variabile dipendente del prevalente mandato custodiale.

Insomma, proprio nelle ultime battute, la sentenza in commento riporta bruscamente alla realtà: questo ‘avvertimento’ sull’impossibilità di applicare il beneficio in parola in talune ipotesi, dovrebbe indurre a riflettere circa l’urgenza di predisporre soluzioni efficaci per i casi in cui la pericolosità del reo sia tale da rendere inopportuno il ricorso a misure extramurarie. Il che porta, inevitabilmente, a sottolineare che anche nel nuovo sistema del trattamento del reo (divenuto) folle emergerà il tema, davvero ineludibile, del «*giudizio di pericolosità*». Sono note le criticità di tale prognosi, non ancorata a parametri scientificamente riconosciuti: invero, stante l’unicità e l’irripetibilità delle caratteristiche di ogni essere umano (c.d. fattori intrinseci), nonché tenuto conto delle diverse variabili ambientali che lo condizionano (c.d. fattori estrinseci), la prevedibilità dei suoi comportamenti non può essere ingabbiata in schemi rigidi, alla stregua di un fenomeno naturalistico³⁶. Piuttosto, si suole affermare che trattasi di una sorta di *predizione* che avrebbe la stessa attendibilità del responso di un *indovino* o del *lancio di una moneta*³⁷: in altre parole, per il giudice che si accinge a formulare una tale prognosi, le probabilità di fare la scelta giusta sarebbero uguali a quelle di un eterno indeciso che affida le sue scelte ad un ‘testa o croce’. In effetti, al di là delle critiche iperboliche, è innegabile che si tratta di un giudizio «*dai piedi d’argilla*»³⁸, estremamente discrezionale, che può prestarsi - in maniera ben poco controllabile - ad applicazioni inflessibilmente securitarie, nel segno di considerazioni, ampiamente emotive, perlopiù improntate alla rassicurazione della collettività³⁹. Non è questa la sede per addentrarsi in tale annosa questione, ma sembra tuttavia necessario che le future applicazioni e le future scelte legislative tengano debitamente conto della cedevolezza della nozione di pericolosità e quindi dei rischi, per la salute e le libertà, che il ricorso ad essa inevitabilmente porta con sé.

5. Conclusioni.

³⁵ [Corte cost. sent. 18 luglio 2003 n. 253](#), *Considerato in diritto*, punto 2.

³⁶ Cfr. U. FORNARI; *Trattato di Psichiatria Forense*, Torino, 2004, 39.

³⁷ Cfr. G. DELL’OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Milano, 1985, 143; nonché O. GRECO – R. CATANESI, *Malattia mentale e giustizia penale. La percezione sociale della malattia mentale e della pericolosità del malato di mente*, Milano, 1988, 81.

³⁸ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 107.

³⁹ Com’è noto, *in subiecta materia* si sta progressivamente imponendo il dibattito sulle neuroscienze, sofisticate tecniche di *neuroimaging* che, attraverso la visualizzazione di determinate aree del cervello, individuate come sedi deputate al controllo degli impulsi o dei comportamenti violenti, promettono di conferire oggettività e scientificità alle perizie, statuendo correlazioni tra disfunzioni cerebrali e comportamenti antisociali. Nello specifico, in tema di pericolosità sociale e predizione della recidiva, si propone l’analisi dell’amigdala e della corteccia frontale, le quali presenterebbero particolari caratteristiche negli individui che manifestano un comportamento criminale persistente. Il condizionale è d’obbligo, trattandosi di un settore ancora incerto, un vero e proprio campo minato, che anzi desta non poche riserve, rischiando di riecheggiare – in maniera non troppo celata – teorie criminogenetiche di lombrosiana memoria, che portino ad etichettare irreversibilmente un individuo come *uomo delinquente* (sul punto, cfr. U. CASTIELLO *et al.*, *Le capacità giuridiche alla luce delle neuroscienze*, Memorandum Patavino, in [Diritto penale contemporaneo](#), 9 ottobre 2015, 7; I. MARZAGORA BETSOS, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà* in *Riv. it. med. leg.* 1/2011, 186; nonché U. FORNARI, *Le neuroscienze forensi: una nuova forma di neopositivismo?*, in *Cass. pen.*, 2012, *passim*).

Al termine di questa breve disamina non si può non rilevare con amarezza che nel sistema penitenziario l'infermo di mente è e rischia di rimanere «*l'unico malato che non ha diritto di essere malato*»⁴⁰, secondo una visione miope che non coglie come la cura rappresenti non solo un diritto fondamentale della persona, ma, al contempo, anche la miglior forma di intervento specialpreventivo.

L'ultima riforma – o presunta tale – ignorando interessanti proposte e studi, ha apportato al sistema esecutivo penale solo interventi di tipo 'cosmetico', senza toccare i punti nevralgici: in particolare, il reo infermo di mente, già ingiustamente pretermesso dalla riforma psichiatrica del '78, dopo ben 40 anni, è stato illogicamente estromesso anche dalla riforma sanitaria penitenziaria.

Ecco allora che la pronuncia costituzionale commentata deve essere proficuamente utilizzata come *input* per far rivivere quelle misure⁴¹ prima concepite con tanta dedizione da esperti di varia estrazione e poi impietosamente abortite dal legislatore delegato.

In ogni caso, come dimostrano i provvedimenti appena analizzati, le nuove idee sono auspicabilmente destinate a penetrare comunque nel nostro ordinamento a colpi di giurisprudenza (verosimilmente anche attraverso nuovi interventi della Consulta, che, soprattutto di recente, si è mostrata particolarmente sensibile alle problematiche del carcere⁴²), e ciò almeno fino a quando nei confronti dei sofferenti psichici non si mostri «*dolce, indulgente, umano il legislatore*»⁴³.

⁴⁰ N. VASCON, *Introduzione documentaria*, in F. BASAGLIA (a cura di), *L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Torino, 1974, 15.

⁴¹ Cfr. F. DELLA CASA, *L'urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell'era della riscoperta centralità del carcere*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 25 giugno 2018, *passim*. In particolare, si richiama (ivi, 9) quell'indirizzo secondo cui le norme di una Legge Delega inattuata sarebbero suscettibili di autonoma applicazione, purché non eccessivamente astratte. Tale indirizzo si rifà alla [sent 224/1990 della Corte costituzionale](#), la quale ha affermato: «*Sotto il profilo del contenuto, essa [la legge delega] è un vero e proprio atto normativo, nel senso che è un atto diretto a porre, con efficacia erga omnes, norme (legislative) costitutive dell'ordinamento giuridico: norme che hanno la particolare struttura e l'efficacia proprie dei <principi> e dei <criteri direttivi>, ma che, per ciò stesso, non cessano di possedere tutte le valenze tipiche delle norme legislative (come, ad esempio, quella di poter essere utilizzate, a fini interpretativi, da qualsiasi organo o soggetto chiamato a dare applicazione alle leggi)*». Invero, questa eventualità sembra doversi escludere, atteso che la Consulta, come si è visto, ha apertis verbis negato l'utilizzo a fini interpretativi, di un inciso della l. n 103/2017, argomentando: «*si tratta infatti di una delle previsioni della delega a cui non è stata data attuazione*». Auspica il recupero del progetto anche Magistratura democratica: cfr. *Mozione di Magistratura Democratica su pena e carcere* adottata in occasione del XXII Congresso Nazionale, Roma 1-3 Marzo 2019, in [Diritto penale contemporaneo](#), 7 marzo 2019.

⁴² Si pensi alle sentt. [149/2018](#) e [186/2018](#), rispettivamente in materia di ergastolo ostativo e carcere duro; inoltre, si consideri che nell'ottobre 2018 i giudici costituzionali hanno visitato 7 carceri per incontrare i detenuti e spiegare loro la Costituzione (cfr. il film di F. CAVALLI, *Viaggio in Italia: la Corte costituzionale nelle carceri*; nonché D. STASIO, *Un "Viaggio" per testimoniare che la Costituzione è di tutti*, in [cortecostituzionale.it](#), 26 settembre 2018).

⁴³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Roma, 2012, 88.