

*Commissione di studio sull'Esecuzione Penale
del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Torre Annunziata
"Carmine Paturzo"*

**LA DETENZIONE DOMICILIARE C.D. SURROGATORIA O IN DEROGA, EX ART. 47
TER, COMMA 1 TER, Legge 26 luglio 1975, n. 354**

SOMMARIO: 1. La detenzione domiciliare, brevi cenni. – 2. La genesi dell'istituto. – 3. Il differimento della pena e le intime connessioni con la detenzione domiciliare umanitaria. 3.1 – Il procedimento applicativo. – 4. L'istituto nel diritto vivente. Le sentenze Dell'Utri ed il mutato panorama interpretativo. 5. – Il tormentato concetto di malattia rilevante ai fini dell'applicazione della misura. La storica sentenza n. 99/2019 della Corte Costituzionale. – 6. Conclusioni. Prospettive future.

1. La detenzione domiciliare. Brevi cenni

La detenzione domiciliare, introdotta nell'Ordinamento penitenziario italiano soltanto con la L. 10 ottobre 1986, c.d. legge Gozzini, di cui sicuramente costituisce uno degli aspetti più significativi ed innovativi¹ è una modalità di esecuzione della pena detentiva in regime attenuato, svolta in un luogo diverso dal carcere; in particolare, presso l'abitazione del condannato o altro luogo pubblico di cura, assistenza ed accoglienza.

Pur essendo collocata sistematicamente accanto alle misure alternative tradizionali, la detenzione domiciliare disciplinata dall'art. 47 ter, presenta caratteristiche proprie e peculiari rispetto alle altre, tali da lasciarne intravedere una *ratio* originaria parzialmente diversa.

Invero, con riferimento alle categorie di soggetti interessati dalla norma, emerge che trattasi di individui particolarmente bisognosi di sostegno che lasciano presumere un minore rischio di condotta delinquenziale.

Dall'applicazione dell'istituto, sono sempre stati esclusi sia gli appartenenti alla criminalità organizzata sia coloro che hanno fatto una scelta criminale di particolare gravità e la cui condotta sia stata tale da lasciar presupporre l'attualità della pericolosità sociale.

¹ Il legislatore dell'epoca si ispirò all'istituto degli arresti domiciliari introdotto, nel codice di procedura penale Rocco, con la legge 28 luglio 1984, n. 398, nei confronti degli imputati e mirò appunto a colmare la disparità derivante dalla situazione di chi, avendo trascorso la custodia cautelare a casa o in un luogo di cura e assistenza, si trovava a dover ritornare in carcere in coincidenza del passaggio in giudicato della sentenza e di conseguenza a essere inserito nell'ambiente carcerario con una modificazione *in petus* delle condizioni detentive. Cfr. M. CANEPA e S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, GIUFFRÈ, pag. 242.

La norma, quindi, si fonda su una *ratio* tipicamente e genericamente umanitaria ed assistenziale.

Dalla sua introduzione la misura è stata oggetto di una progressiva espansione e allo stato attuale presenta diverse varianti, differenziate per la qualità e la quantità dei presupposti oggetto di vaglio giudiziale, per i soggetti potenziali destinatari e per le modalità di intervento e finalità perseguite.

Autorevole dottrina² sostiene che si tratta di un istituto poliedrico, che ha guadagnato un ruolo di primo piano nel sistema dell'esecuzione penale per un duplice ordine di ragioni sistematiche.

In primo luogo, detta misura è assimilabile alla reclusione in istituto con specifico riferimento ai suoi rigidi contenuti prescrittivi – e dunque applicabile a quei condannati non ancora maturi per un più avanzato percorso di risocializzazione.

In secondo luogo, non gravando la sua esecuzione sull'amministrazione statale, la stessa comporta costi ridotti; ciò per espressa specifica legislativa in quanto il comma 5 dell'art. 47 ter trasferisce al condannato gli oneri per il suo mantenimento, cura e assistenza medica.

A questi punti di forza corrispondono altrettanti punti di debolezza della misura alternativa, non consentendo di ritenere pienamente attuata la funzione costituzionale assegnata alla pena dall'art. 27, comma 3, Cost.

L'istituto è povero di contenuti rieducativi, di interventi di sostegno e di occasioni di risocializzazione; il suo progressivo sviluppo normativo è la conseguenza dell'originaria vocazione umanitaria della misura.

Potrebbe affermarsi, senza accenti di temerarietà ermeneutica, che la detenzione domiciliare soddisfa le esigenze espresse dall'art. 27, comma 3, Cost. – nella particolare accezione dell'umanità più che dell'effettività della pena – non direttamente ma indirettamente attraverso la tutela di altri valori fondamentali, quali la salute (art. 32 Cost.), la famiglia, l'infanzia e la maternità (artt. 29, 30 e 31 Cost.)

2. La genesi dell'istituto.

Come accennato, l'istituto della detenzione domiciliare è stato introdotto a distanza di circa 11 anni dall'entrata in vigore della legge sull'Ordinamento penitenziario in quanto da quest'ultima non era contemplata.

² F. DELLA CASA e G. GIOSTRA, *Manuale di diritto penitenziario*, GIAPPICHELLI, pag. 242

Si sono dovuti attendere altri 12 anni affinché il legislatore intervenisse in maniera organica su quest'istituto; anche in tal caso – come già accaduto per la legge del 1975 – una spinta propulsiva forte è stata data da una storica sentenza della Corte Costituzionale³.

È stata la legge 27 maggio 1998, n. 165, cd. “Simeone-Saraceni” ad aver inciso in maniera significativa sull'istituto⁴.

Anzitutto, veniva riformato l'art. 47 ter con la creazione dei commi 1 bis ed 1 ter⁵.

Il comma 1 bis, estendeva le possibilità applicative della misura ai condannati che dovessero espriare una pena detentiva non superiore ai due anni di reclusione – anche se costituente residuo di maggior pena – indipendentemente dai presupposti soggettivi previsti dal comma 1, con esclusione dei condannati per i delitti ricompresi nell'art. 4 bis Legge 354/75.

Al contempo, si contemplava come necessario un giudizio da parte del Tribunale di Sorveglianza circa l'idoneità della misura a prevenire il pericolo di recidiva in capo al condannato.

Veniva, poi, introdotto il comma 1 ter per risolvere legislativamente l'annosa questione del rapporto tra gli istituti sostanziali del rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione, disciplinati dagli artt. 146 e 147 c.p., e la detenzione domiciliare.

L'art. 47 ter, comma 1 ter, testualmente dispone: *“quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 del codice penale, il tribunale di sorveglianza, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1, può disporre la applicazione della detenzione domiciliare, stabilendo un*

³ Con la sentenza n. 414 del 19 novembre 1991, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47 ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 nel testo introdotto dall'art. 13 della legge 10 ottobre 1986, n. 663 nella parte in cui non prevedeva che la reclusione militare potesse essere espiata in detenzione domiciliare quando trattavasi di persona in condizioni di salute particolarmente gravi che richiedono costanti contatti con i presidi sanitari territoriali. Nel prosieguo della presente trattazione, si noterà come quest'ultimo sintagma costituisce uno dei presupposti indefettibili, unitamente alla estrema gravità dello stato di salute del condannato detenuto, affermati dalla giurisprudenza di legittimità affinché il condannato, pur essendo astrattamente idoneo a vedersi differita in maniera facoltativa la pena, in luogo di quest'ultima potesse accedere alla detenzione domiciliare in surroga. In disparte quest'ultima considerazione che verrà meglio approfondita *infra*, davvero singolare e curioso è stato il caso specifico che ha condotto il Giudice delle Leggi ad affermare l'incostituzionalità della disposizione in esame. Ciò che rileva, ai fini specifici che in questa sede interessano, è la considerazione che il Giudice delle Leggi aveva – ed ha ancor più oggi – del diritto alla salute, ritenuto all'epoca (in cui ancora vigeva l'obbligo di leva), come l'unico capace di porsi quale limite alla soggezione del militare alla specialità della pena militare, attraendolo in quella comune e ammettendolo in conseguenza alla detenzione domiciliare. *“Il bene fondamentale della vita e della salute, di cui all'art. 32 Cost.[...] ha forza di sottrarre il cittadino alle armi, condannato alla pena della reclusione militare, alla soggezione alla disciplina e alle modalità della espiazione speciale, quando egli richieda conversione di questa in detenzione domiciliare. Il valore della dignità e della salute di ciascun essere umano è valore supremo che non conosce distinzione e gradazioni di status personali e dunque annienta ogni separazione tra cittadini e soldati.”*

⁴ La legge Simeone-Saraceni, per vero, è intervenuta in maniera organica sulla materia dell'esecuzione penale. Anzitutto, veniva riscritto l'art. 656 c.p.p. ed altresì significativamente modificato l'istituto dell'affidamento in prova ai servizi sociali. Quanto alla detenzione domiciliare ordinaria prevista dall'art. 47 ter L. 354/75, veniva riformato il comma 1 e venivano aggiunti i commi 1 bis, 1 ter ed 1 quater.

⁵ Quanto alle modifiche del comma 1, da un lato, veniva innalzato a 4 anni il *quantum* di pena (anche se residuo di maggior pena) entro il quale la misura potesse essere concessa. D'altro lato, veniva innalzato sino a 10 anni il limite di età della prole convivente con la madre condannata, innalzamento che dava diritto alla fruizione della misura e veniva, infine, esteso il beneficio al padre esercente la potestà di prole sino a 10 anni con lo stesso convivente, quando la madre fosse deceduta o impossibilitata a dare assistenza ai figli.

termine di durata di tale applicazione, termine che può essere prorogato. L'esecuzione della pena prosegue durante la detenzione domiciliare”.

Veniva così creata una “terza” fattispecie di detenzione domiciliare, dettata anch’essa dalle finalità umanitarie, ma con connotazioni molto diverse rispetto a quella ordinaria.

Anzitutto, sulla base di un’interpretazione letterale della norma, è evidente che, a differenza della detenzione domiciliare cd. biennale prevista dal comma 1 bis, non sono stati contemplati dal legislatore limiti di sorta, relativamente al *quantum* di pena da espiare ovvero al delitto per cui il soggetto sia stato condannato.

È espunto dal tenore letterale della disposizione ogni riferimento all’art. 4 bis dell’ordinamento penitenziario (all’epoca della novella già in vigore) e ai cd. delitti ostativi.

Intuitivamente si comprende come detta disposizione introduca, in prima battuta e prepotentemente, la tematica del diritto alla salute per tutti i cittadini, anche per coloro che sono *in vinculis*.

Va comunque sottolineata l’insufficienza del dato normativo nel suo tenore letterale in quanto poco specifico e tipizzante rispetto alla clausola residuale di esordio.

Ogni ulteriore considerazione sull’istituto della detenzione domiciliare cd. in surroga o in deroga necessita preliminarmente di un’analisi degli istituti di diritto sostanziale.

3. Il differimento obbligatorio e facoltativo della pena e la detenzione domiciliare cd. umanitaria o in deroga.

La legge sull’Ordinamento penitenziario non prevedeva in origine strumenti volti a tutelare beni di rilevanza costituzionale come la salute, la famiglia, la maternità, l’infanzia o la malattia.

Questi valori erano e sono suscettibili di entrare in tensione ed in contrasto con la funzione special-preventiva e le connesse esigenze repressive della pena.

La salvaguardia e la tutela di questi diritti erano esclusivamente affidate all’istituto del differimento della pena, nella sua duplice declinazione del rinvio obbligatorio, previsto e tipizzato nell’art. 146 c.p., e del rinvio facoltativo, disciplinato dal successivo art. 147 c.p.⁶

⁶ Le due disposizioni sono inserite nel Libro I “*Dei reati in generale*”, Titolo V “*Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione, applicazione ed esecuzione della pena*”, Capo II “*Della esecuzione della pena*”, del codice penale.

La disciplina del codice di diritto sostanziale tutela alcune categorie di soggetti bisognosi di particolare protezione nei cui confronti debba essere eseguita la pena.

Lì dove l'esecuzione della pena va differita, obbligatoriamente o facoltativamente, nel bilanciamento dei valori costituzionali in gioco, le esigenze repressive e rieducative della pena cedono necessariamente il passo ai primari diritti della salute e della famiglia.

In particolare, il differimento della pena detentiva è obbligatorio (art. 146 c.p.) quando la stessa va eseguita nei confronti:

- di una donna incinta (comma 1, n. 1);
- di una madre di infante di età inferiore ad un anno (comma 1, n. 2) ⁷;
- di persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria – accertate ex art. 286 bis, comma 2, c.p.p. ⁸ - ovvero da altra malattia particolarmente grave per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano 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 e alle terapie curative (comma 1, n. 3).

Il differimento della pena detentiva può, invece, essere disposto (art. 147 c.p.):

- se è stata presentata domanda di grazia e l'esecuzione della pena non deve essere differita a norma dell'articolo precedente ⁹ (comma 1, n.1);
- se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita contro chi si trova in condizioni di grave infermità fisica (comma 1, n. 2);
- se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita nei confronti di madre di prole di età inferiore a tre anni (comma 1, n. 3) ¹⁰.

⁷ Il comma 2 della disposizione pone delle condizioni fattuali, intimamente connesse al rapporto di genitorialità e di maternità, venute meno le quali il differimento non opera ovvero, se concesso, va revocato. Trattasi dei casi di:

- interruzione della gravidanza;
- decadenza dalla responsabilità genitoriale sul figlio ai sensi dell'art. 330 c.c.;
- premorienza, abbandono ovvero affidamento ad altri del figlio, semprechè l'interruzione della gravidanza o il parto siano avvenuti da oltre due mesi.

⁸ L'art. 286 bis, comma 2, c.p.p. statuisce che “*con decreto del Ministro della sanità, da adottare di concerto con il Ministro di grazia e giustizia, sono definiti i casi di AIDS conclamata o di grave deficienza immunitaria e sono stabilite le procedure diagnostiche e medico-legali per il loro accertamento*”. Si vedano, sul punto, il D.M. 21 ottobre 1999, nonché il D.M. 7 marzo 2001.

⁹ È questo il caso, alla recentissima attenzione della cronaca, di un'ordinanza (n. 5826/21 del 22.06.2021) del Tribunale di Sorveglianza di Milano, con la quale è stato disposto il differimento facoltativo e provvisorio della pena ex art. 147, comma 1, n. 1, c.p. fino al 09.09.2021 e comunque entro il termine contemplato dall'art. 147, comma 2, c.p. (un periodo complessivamente non superiore a sei mesi dall'irrevocabilità della sentenza di condanna) a beneficio del condannato sul presupposto della sussistenza del *fumus* di non manifesta infondatezza della domanda di grazia presentata nel suo interesse. La vicenda che ha riguardato il prevenuto, condannato in via definitiva ad anni 6 di reclusione per il delitto punito dall'art. 416 bis c.p., è oltremodo affascinante ed interessante prima di tutto da un punto di vista umano ed in disparte ogni considerazione che attiene ai profili tecnici della vicenda processuale.

¹⁰ Anche per tale fattispecie, in perfetta simmetria letterale e normativa con l'art. 146, comma 2, c.p., l'art. 147, comma 3, c.p. prevede la revoca del provvedimento qualora:

- la madre sia decaduta dalla responsabilità genitoriale sul figlio ex art. 330 c.c.;

In tutti i casi contemplati dalle due disposizioni, il differimento della pena opera a prescindere dalla quantità o dalla qualità di pena, che il condannato deve espiare.

Il differimento della pena, sia esso obbligatorio o facoltativo, comporta un'alternativa secca tra la reclusione e la completa libertà dell'esecutato – quest'ultima ovviamente limitata al concreto periodo di tempo in cui permangono i bisogni prefigurati dalle norme.

Detti bisogni, secondo la *ratio legis*, dovrebbero determinare, per loro natura, una scarsa pericolosità del beneficiario.

In tal modo, l'avvio dell'esecuzione viene posticipato sino al momento in cui cessano le esigenze che hanno determinato il periodo di sospensione; se l'esecuzione è già in corso, viene interrotta per il tempo necessario al ripristino di normali condizioni detentive.

In presenza delle condizioni fattuali contemplate dagli artt. 146 e 147 del codice penale, il Tribunale di Sorveglianza si trova di fronte a due opzioni completamente antitetiche – la completa prigionia e l'assoluta (seppur temporanea) libertà.

L'ambito di applicazione e gli effetti della concessione garantiscono una tutela piuttosto circoscritta.

Per tale motivo e, dunque, per assicurare una più ampia tutela dei valori costituzionali in gioco, il Legislatore penitenziario ha aggiunto al novero delle misure alternative la detenzione domiciliare con la legge Gozzini.

Ed invero il comma 1, lett. c) dell'art. 47 ter annovera tra i potenziali destinatari della misura anche chi versi in condizioni di salute particolarmente gravi.

Per meglio definire questa categoria, il Legislatore è ricorso al requisito della “necessità” per il malato/condannato/detenuto di costanti contatti con i presidi sanitari territoriali e di cure non garantite all'interno del circuito penitenziario¹¹.

La tutela del diritto alla salute all'interno delle case circondariali o di reclusione costituisce, a sommo avviso di chi scrive, il nervo scoperto dell'intero ordinamento penitenziario italiano.

Ciò posto e attesa la parziale coincidenza tra le figure soggettive delineate dal comma 1 dell'art. 47 ter con quelle enumerate dagli artt. 146 e 147 c.p., può dirsi che le norme penali – eccezion fatta per il

- il figlio muoia, venga abbandonato ovvero affidato ad altri piuttosto che alla madre.

¹¹ È evidente che il criterio, adottato dalla lett. c) del comma 1 dell'art. 47 ter, lascia emergere le esigenze di tipo economico-organizzativo piuttosto che umanitarie, sottese a questa previsione. Si noti, pertanto, il raccordo con il comma 5 della disposizione *supra* menzionata relativamente alla *ratio* ed alla funzione dell'istituto.

richiedente la grazia (art. 147, comma 1, n. 1, c.p.) – offrono un sottoinsieme delle categorie contemplate dall'ordinamento penitenziario e tutelano soggetti maggiormente vulnerabili.

In questo contesto, quindi, l'art. 47 ter, comma 1 ter, avrebbe dovuto fungere da relevantissima norma di raccordo fra i due istituti.

Invero, in tutti i casi – più ristretti per categorie soggettive ma ben più ampi quanto a soglie di pena e condizioni ostative all'accesso – in cui il codice penale prescriverebbe il differimento dell'esecuzione, viene concesso un potere dispositivo e discrezionale al Tribunale di Sorveglianza.

Ecco che “astrattamente” la misura alternativa diviene applicabile anche alle persone condannate a lunghe reclusioni ovvero all'ergastolo o, addirittura, infine al regime differenziato contemplato dall'art. 41 bis.

Emerge intuitivamente il contemperamento, da un lato, del diritto, costituzionalmente tutelato, alla salute e la funzione, sempre costituzionalmente tutelata, rieducativa della pena con le funzioni, dall'altro, special-preventiva e repressiva della pena.

Ecco stagliarsi, in questi casi, la detenzione domiciliare cd. surrogatoria (del differimento della pena) o cd. in deroga (ai consueti limiti di pena e categoriali contemplati dall'art. 47 ter, comma 1 Ord. Pen.).

3.1 Il procedimento applicativo

Anche con riguardo al procedimento applicativo e concessorio della detenzione domiciliare in surroga o in deroga, la legislazione in materia non presenta soluzioni interpretative univoche.

Alcuna norma del codice di rito disciplina specificamente l'istituto, né alcuna traccia dello stesso si rinviene nell'art. 656 c.p.p., che veniva riscritto unitamente all'art. 47 ter dalla legge Simeone-Saraceni.

Difatti l'art. 47 ter comma 1 quater, nella sua originaria formulazione prevedeva che *“l'istanza di applicazione della detenzione domiciliare è rivolta, dopo che ha avuto inizio l'esecuzione della pena, al tribunale di sorveglianza competente in relazione al luogo di esecuzione della pena. Nei casi in cui vi sia un grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione, l'istanza di detenzione domiciliare di cui ai precedenti commi 1 e 1 bis è rivolta al magistrato di sorveglianza che può disporre l'applicazione della misura. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni di cui all'articolo 47, comma 4”*.

L'unica disposizione era l'art. 684 c.p.p., rubricato “*Rinvio dell'esecuzione*”, che faceva però riferimento solo ed esclusivamente agli istituti di cui agli artt. 146 e 147 c.p.¹².

Detta disposizione si appalesava insufficiente in quanto demandava non all'ufficio del Pubblico Ministero, funzionalmente competente all'esecuzione delle pene ex art. 656 c.p.p., ma al solo Tribunale di Sorveglianza o, nei casi di *fumus* e grave pregiudizio per il condannato dalla protrazione dello stato di detenzione, al Magistrato di Sorveglianza ogni decisione sul differimento della pena.

Insomma, la concessione della misura alternativa al condannato, pur connotata da vocazione umanitaria a tutela del diritto alla salute, doveva necessariamente passare per l'ingresso in istituto penitenziario e l'espiazione di un principio di pena *in vinculis*.

Veniva demandata ad una necessaria attività di impulso del difensore del condannato e, dunque, ad una successiva statuizione del Tribunale o del Magistrato di Sorveglianza la concessione della misura.

A colmare parzialmente detta lacuna, è intervenuto il D.P.R. 230/2000 che all'art. 108, rubricato “*Rinvio dell'esecuzione delle pene detentive*” dispone che “*Il pubblico ministero competente per l'esecuzione, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, il direttore dell'istituto penitenziario e il direttore del centro di servizio sociale, quando abbiano notizia di talune delle circostanze che, ai sensi degli articoli 146 e 147, primo comma, numeri 2) e 3), del codice penale, consentono il rinvio dell'esecuzione della pena, ne informano senza ritardo il tribunale di sorveglianza competente e il magistrato di sorveglianza*”.

Alcun riferimento dal Legislatore penitenziario veniva, comunque, operato all'istituto della detenzione domiciliare in deroga e, dunque, la lacuna ed il difetto di coordinamento sistematico continuavano a permanere.

La detenzione domiciliare “umanitaria” non poteva essere concessa provvisoriamente dal Magistrato di Sorveglianza laddove ricorressero i medesimi presupposti, disciplinati sulla base del combinato disposto di cui agli artt. 684 c.p.p., 103 D.P.R. 230/2000 e 47 ter, comma 1 quater L. 354/75¹³.

¹² La disposizione statuisce che “*il tribunale di sorveglianza provvede in ordine al differimento dell'esecuzione delle pene detentive e delle sanzioni sostitutive della semidetenzione e della libertà controllata nei casi previsti dagli artt. 146 e 146 del codice penale, salvo quello previsto dall'art. 147 comma 1 n. 1 del codice penale, nel quale provvede il Ministro di grazia e giustizia. Il tribunale ordina quando occorre la liberazione del detenuto e adotta gli altri provvedimenti conseguenti. Quando vi è fondato motivo per ritenere che sussistono i presupposti perché il tribunale disponga il rinvio, il magistrato di sorveglianza può ordinare il differimento dell'esecuzione, o, se la protrazione della detenzione può cagionare grave pregiudizio al condannato, la liberazione del detenuto. Il provvedimento conserva effetto fino alla decisione del tribunale, al quale il magistrato trasmette gli atti senza ritardo*”.

¹³ La tenuta costituzionale dell'impianto normativo, così descritto, veniva messa in discussione nel 2004 dall'Ufficio di Sorveglianza di Alessandria, che sollevava, in riferimento agli artt. 3, 27 e 32 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 47 ter, comma 1 quater, della legge n. 354/75 nella parte in cui non consente l'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare nel caso di condannato con pena residua superiore ai quattro anni.

La Corte Costituzionale ha valutato detta lacunosa disciplina coerente sia internamente con quella di genere della detenzione domiciliare e sia con il sistema in generale; per l'effetto, dichiarando manifestamente infondata la questione (**Corte Costituzionale**, 20 giugno 2005, **ord. n. 688**, pubblicata in G.U. il 06.07.2005).

In particolare, il Giudice delle leggi riteneva non palesemente irrazionale la scelta del Legislatore di riservare esclusivamente al tribunale collegiale ogni decisione ex art. 47 ter, comma 1 ter, sulla base di due indici, che si cementificano tra loro: il livello della pena e la residua pericolosità sociale del condannato ¹⁴.

La Corte aggiungeva per completezza che alle esigenze più urgenti del condannato nel limitato periodo "interinale" rispetto alla decisione del Tribunale di Sorveglianza si sarebbe potuto sopperire tramite il ricorso allo strumento del ricovero previsto dall'art. 11, secondo comma, L. 354/75¹⁵.

Pur non essendo queste le indicazioni offerte dalla Corte, il Legislatore ha deciso di porre rimedio a detta incoerenza sistematica, modificando l'art. 47 ter, comma 1 quater con il decreto-legge 1 luglio 2013, n. 78, convertito con modifiche dalla legge 9 agosto 2013, n. 94.

Anche la detenzione domiciliare ex art. 47 ter, comma 1 ter, poteva essere richiesta, in via interinale ed in caso di grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione, al Magistrato di Sorveglianza parificando detta disciplina a quella della detenzione domiciliare di cui ai commi 1 ed 1 bis.

Appare utile indicare espressamente le ragioni che inducevano il Legislatore a disporre, tra le altre, anche detta modifica, ad ulteriore attestazione e conferma della precarietà e frammentarietà degli interventi in materia esecutiva ¹⁶ ma soprattutto delle condizioni inumane e degradanti della detenzione in istituto per cui l'Italia era stata da poco condannata dalla CEDU con la sentenza Torreggiani.

¹⁴ La *ratio* di detta decisione è stata implicitamente confermata dalla sentenza del 4 novembre 2020, **n. 245, Corte Cost.** con cui è stata dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2 e 5 del decreto-legge 10 maggio 2020, n. e dell'art. 2-bis del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28 convertito, con modificazioni, nella legge 25 giugno 2020, n. 70, promossi dal Tribunale di sorveglianza di Sassari, dal Magistrato di sorveglianza di Avellino e dal Magistrato di sorveglianza di Spoleto.

¹⁵ Questa pronuncia è stata la prima occasione per la Corte Costituzionale di esprimersi sulla misura della detenzione domiciliare in deroga, concepita come alternativa rispetto al differimento dell'esecuzione della pena nella prospettiva di creare uno strumento intermedio e più duttile tra il mantenimento della detenzione in carcere e la piena liberazione del condannato (conseguente al rinvio)..

¹⁶ Dette ragioni venivano individuate: nella perduranza del problema del sovraffollamento delle carceri, nell'insufficienza della legge n. 199/2010 in materia di esecuzione delle pene detentive brevi presso il domicilio a fronteggiare detto annoso problema, nel mancato completamento del piano straordinario penitenziario e nel termine di un anno assegnato dalla sentenza Torreggiani c./o Italia entro cui procedere all'adozione delle misure necessarie a porre rimedio alla constatata violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che sancisce il divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti.

Ad oggi la normativa si attesta ancora precaria e incompleta in quanto non armonizzata con gli artt. 684 c.p.p. e 108 D.P.R. 230/2000 e risultano *ictu oculi* vuoti di tutela per i condannati liberi per delitti ostativi o sopra soglia.

In via di estrema sintesi, atteso l'attuale panorama normativo, il condannato che versi nelle condizioni previste e disciplinate dagli artt. 146 e 147, nei cui confronti debba essere eseguita (e l'esecuzione non sia ancora iniziata):

- a) una condanna sopra soglia dei 4 anni di reclusione ovvero
- b) una condanna per un delitto di cui all'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario

non ha altra soluzione che avanzare alla Procura competente istanza, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 684 c.p.p. e 103 D.P.R. 230/2000, di differimento obbligatorio o facoltativo della pena da inoltrare con urgenza al Magistrato di Sorveglianza competente.

Detta evenienza pone un duplice ordine di problemi interpretativi di non poco rilievo che non hanno soluzione pratica e sono rimessi alla discrezionalità ed al buon senso degli operatori.

Da un punto di vista sostanziale, l'operatore – sia esso avvocato o pubblico ministero – non può ricorrere nell'immediatezza all'istituto più adatto al caso di specie, la detenzione domiciliare in deroga o in surroga del differimento della pena.

Da un punto di vista procedurale, si rimette ad una valutazione discrezionale degli uffici di Procura se procedere all'esecuzione immediata di pene detentive in istituto nei confronti di soggetti, la cui restrizione in carcere (ed il grave pregiudizio connesso al ritardo in una decisione tempestiva interinale ad opera del Magistrato di Sorveglianza competente) può causare danni talvolta irreparabili e non quantificabili alla loro salute.

4. L'istituto nel diritto vivente. Le sentenze Dell'Utri ed il mutato panorama interpretativo.

Un'interpretazione letterale della disposizione, come detto, lascia scorgere un'insufficienza normativa in punto di tipicità e determinatezza – requisiti necessari trattandosi di norme sostanziali visto il richiamo agli artt. 146 e 147 c.p.

Considerata l'ampia platea dei soggetti potenzialmente beneficiari del differimento della pena, non si reputa chiara nel suo tenore letterale la disposizione e appare evidente un difetto di coordinamento.

In particolare, non si comprende quando il Tribunale di Sorveglianza – ricorrendo i presupposti di cui agli artt. 146 e 147 c.p. – possa applicare la detenzione domiciliare in deroga o in surroga.

Sin dal suo primissimo arresto, la giurisprudenza di legittimità ha respinto questo difetto di coordinamento¹⁷ ed ha affermato un principio di diritto consolidato.

Contrariamente a quanto affermato da autorevole dottrina¹⁸ ed attestato dalla storia dell'istituto introdotto per fini umanitari, la Corte di Cassazione ha statuito che la detenzione domiciliare, al pari delle altre misure alternative alla detenzione, ha come finalità il reinserimento sociale del condannato, mentre il differimento della pena mira soltanto ad evitare che l'esecuzione della stessa avvenga in spregio del diritto alla salute e del senso di umanità.

Quando all'esito di tale valutazione, prosegue la Corte, e tenuto conto della natura dell'infermità e di un'eventuale prognosi infausta *quoad vitam* a breve scadenza, l'espiazione di una pena appaia contraria al senso di umanità per le eccessive sofferenze da essa derivanti, ovvero appaia del tutto priva di significato in conseguenza dell'impossibilità di proiettare in un futuro gli effetti della sanzione sul condannato, dovrà trovare applicazione l'istituto del differimento previsto dal codice penale.

Se, invece, le condizioni di salute, pur particolarmente gravi, non presentino le suddette caratteristiche di sofferenza o di prognosi infausta, e richiedano i contatti con i presidi sanitari territoriali indicati dall'art. 47 ter, comma 1, lett. c), dell'ordinamento penitenziario, potrà essere disposta la detenzione domiciliare ai sensi del citato art. 47 ter, comma 1 ter¹⁹.

Una prima analisi di detto principio di diritto conferma che appare quantomeno improprio il richiamo operato dal legislatore all'art. 146 c.p.

¹⁷ Vds. **Cass. Pen., Sez. I**, 19 ottobre 1999, n. 5715, in cui, a fronte del problema posto dal ricorso del "coordinamento tra l'istituto del "rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena" disciplinato dall'art. 147 c. 1 n. 2 cod. pen. per il caso di "grave infermità fisica" del condannato a "pena restrittiva della libertà personale", e quello della detenzione domiciliare previsto dall'art. 47 ter c. 1 lett. c) Ord. pen., come modificato dall'art. 4 legge 27.5.98 n. 165, in favore della, "persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali" è stato statuito che "Come ben sottolinea il Procuratore Generale presso questa Corte, in ogni caso il giudice è tenuto ad attenersi a regole prestabilite, conformi alle finalità dell'istituto prescelto, non potendosi dall'uso del verbo "Potere" usato dal legislatore dedursi la possibilità di scelte arbitrarie. In questa prospettiva, e tenuto conto delle esigenze di tutela collettiva che vanno costantemente considerate in tema di esecuzione della pena, deve essere interpretato il comma 1 ter dell'art. 47 ter Ord. pen., che recita: "Quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 del codice penale, il tribunale di sorveglianza, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1, può disporre la applicazione della detenzione domiciliare, stabilendo un termine di durata di tale applicazione, termine che può essere prorogato". La norma, che conferma la sopravvivenza dell'istituto previsto dal codice penale può destare perplessità nella previsione che, quando si ravvisino i presupposti di applicabilità del rinvio della esecuzione della pena, possa applicarsi la detenzione domiciliare. **La disposizione ha in realtà una sua logica, collegata alle esigenze di tutela collettiva, che qualora siano imponenti in relazione alla personalità del condannato possono meglio essere salvaguardate con la detenzione domiciliare piuttosto che con il rinvio della esecuzione, con una scelta che il giudice deve compiutamente motivare. Il descritto coordinamento tra le due norme, che non prevede possibilità di scelte arbitrarie, evidenzia la manifesta infondatezza della proposta eccezione di costituzionalità**".

¹⁸ F. DELLA CASA e G. GIOSTRA, *Manuale di diritto penitenziario*, GIAPPICHELLI, *ibidem*.

¹⁹ Vedansi sul punto, **Cass. Pen., Sez. I**, 22 novembre 2000, n. 8936; **Cass. Pen., Sez. I**, 30 marzo 2004, n. 17947; **Cass. Pen., Sez. I**, 8 maggio 2009, n. 22373; **Cass. Pen., Sez. I**, 14 ottobre 2011, n. 972; **Cass. Pen., Sez. I**, 6 giugno 2012, n. 26136; **Cass. Pen., Sez. I**, 18 dicembre 2013, n. 789; **Cass. Pen., Sez. I**, 5 marzo 2014, n. 37216; **Cass. Pen., Sez. I**, 24 giugno 2014, n. 32882).

Il differimento in tal caso dovrebbe essere obbligatorio e detta scelta normativa mal si concilia con quella discrezionalità giurisdizionale che, invece, caratterizza la semantica degli artt. 147 c.p. e 47 ter L. O.P.²⁰.

Laddove ricorra la casistica e la tipizzazione prevista dall'art. 146 c.p., poco margine ermeneutico è concesso al Tribunale di Sorveglianza; deve disporre il differimento.

A maggior ragione, ove si consideri che la valutazione è stata effettuata a monte dal Legislatore che ha individuato come soglia empirica della gravità dello stato morboso l'avanzamento dello stato di malattia *“da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative”*.

Insomma, anche l'occhio imperito del giurista comprende che trattasi dei malati terminali e non vi è soglia di pericolosità che regga ad una valutazione di rigore letterale imposta dalla norma.

Eppure, il diritto vivente, interponendo quel genere di giurisprudenza definita in più di una monografia come creativa o costitutiva, ha affermato come plausibile una dicotomia tra differimento obbligatorio e detenzione domiciliare ex art. 47 ter, comma 1 ter, con particolare riferimento alla categoria contemplata dall'art. 146, comma 1, n. 3 c.p.

Sul punto, la Corte di Cassazione ricorda con orientamento consolidato che, con riferimento al rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena, lo stato di salute incompatibile con il regime carcerario, idoneo a giustificare il differimento per infermità fisica o l'applicazione della detenzione domiciliare, non è limitato alla patologia implicante un pericolo per la vita. Il differimento, difatti, deve aver 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.

Mentre, come accade molteplici volte nelle pronunce degli Uffici e dei Tribunali di Sorveglianza, la soglia di tutela del cittadino/condannato è arretrata rispetto a non meglio specificate esigenze di tutela della collettività, che giocoforza sopravanzano e scavalcano l'insopprimibile diritto alla salute.

Detto assunto appare ancor più certo laddove si ponga mente alla definizione di grave stato di salute ex art. 147 c.p. offerto dai giudici di legittimità.

²⁰ La correttezza di questa preliminare notazione esegetica trova ampio e copioso riscontro nel diritto vivente. La quasi totalità di pronunce di legittimità, intervenute in materia di detenzione domiciliare in deroga o surrogatoria sin dalla sua entrata in vigore, attengono ai rapporti tra quest'ultima ed il differimento facoltativo della pena ex art. 147, comma 1, n. 2, c.p.. Va posto in evidenza, per completezza di analisi che non isolate, seppur ampiamente minoritarie, sono state le pronunce aventi ad oggetto rapporti tra l'istituto in esame ed il differimento obbligatorio ex art. 146, comma 1, n. 3.

È stato più volte precisato e ribadito che la gravità dello stato di salute deve essere intesa come patologia implicante un serio pericolo per la vita o la probabilità di altre rilevanti conseguenze dannose, eliminabili o procrastinabili con cure o trattamenti tali da non poter essere praticati in regime di detenzione inframuraria, neppure mediante ricovero in ospedali civili o in altri luoghi di esterni di cura ex art. 11 L. 26 luglio 1975, n. 354.

È stata, altresì, sottolineata la necessità che il differimento sia ricollegato ad un grado di gravità delle patologie da cui è affetto il condannato tali da porre in pericolo la vita o da provocare rilevanti conseguenze dannose e, comunque, da esigere un trattamento che non si possa facilmente attuare nello stato di detenzione, operando un bilanciamento tra l'interesse del condannato ad essere adeguatamente curato e le esigenze di sicurezza della collettività.

Alla luce della consolidata giurisprudenza appena citata e volendo operare un quadro di sintesi, può dirsi che:

- laddove si sia in presenza di una malattia in fase terminale e, quindi, tale che il malato/condannato non risponda più alle terapie **deve** disporsi il differimento ex art. 146 c.p.;
- laddove ricorra una prognosi infausta *quoad vitam* tale da esigere un trattamento terapeutico difficilmente attuabile in regime di detenzione inframuraria – neppure attraverso il ricorso agli strumenti offerti dall'art. 11 O.P. – il Tribunale di Sorveglianza **dovrebbe** ricorrere all'istituto del differimento facoltativo ex art. 147 c.p.;
- laddove, infine, le condizioni di salute, pur particolarmente gravi, non presentino le caratteristiche della prognosi infausta *quoad vitam* ma richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali, il Tribunale di Sorveglianza **dovrebbe** disporre la detenzione domiciliare ex art. 47 ter, comma 1 ter.

Ecco, dunque, il solco in cui si inserisce nella prassi l'istituto di cui trattasi, nel segmento logico immediatamente successivo a quello ex art. 147 c.p.

Ciò che nella prassi rende quasi perfettamente sovrapponibili i due istituti – contemplati rispettivamente dall'art. 147 c.p. e dall'art. 47 ter, comma 1 ter, O.P. – è il concetto dei costanti contatti con i presidi sanitari territoriali.

Per logica, prima ancora che per scienza, la necessità di un costante ed immediato contatto con i presidi sanitari territoriali lascia presumere uno stato di salute più grave rispetto a quello che comporta il ricorso alle strutture sanitarie esterne di diagnosi o di cura ex art. 11, comma 4, O.P.²¹.

A fronte di detto ormai consolidato orientamento di legittimità, se ne va affermando uno “nuovo” contemporaneo all'emergenza pandemica.

Prima ancora di esaminarlo – per comprendere se e quali siano le differenze rispetto a quello testé analizzato – va osservato che a fungere da spartiacque sono state le due sentenze Dell'Utri (**Cass. Pen., Sez. I**, 4 maggio, 2017, n. 39160 e **Cass. Pen., Sez. I**, 19 aprile 2018, n. 22307).

La prima delle due sentenze concludeva in senso sfavorevole un percorso, intrapreso dall'istante e volto ad ottenere il differimento facoltativo della pena per grave stato di salute.

La pronuncia della Suprema Corte ripercorreva, in primo luogo, i principi cardine su cui si fonda l'istituto: il principio di uguaglianza senza distinzione di condizioni personali, il principio secondo cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità ed infine il diritto alla salute fondamentale per l'individuo.

Per poi proseguire affermando che le condizioni di salute del condannato devono essere oggetto di rigoroso e specifico esame da parte del Tribunale di Sorveglianza.

In particolare, il Tribunale è chiamato ad un attento e saggio bilanciamento ed equilibrio tra gli elevati valori in gioco – “*in concreto talora difficile*” – tra la certezza della pena, da un lato, e la salvaguardia del diritto alla salute ed un'esecuzione penale rispettosa dei criteri di umanità della pena, dall'altro, al fine precipuo di individuare la situazione cui dare prevalenza.

Con la prima pronuncia, veniva ritenuto logico il ragionamento offerto dal Tribunale di Sorveglianza di Roma.

Con la seconda pronuncia, di contro, la Suprema Corte censurava l'apparenza motivazionale e, per l'effetto, annullava con rinvio l'ordinanza che sostanzialmente richiamava quella precedente, appiattita ad un giudicato interno che aveva superato lo scrutinio di legittimità.

²¹ Basti por mente, sul punto, ad una circostanza di fatto, agilmente riscontrabile nella prassi, quantomeno dei più prossimi istituti di detenzione e pena. Un cardiopatico ischemico, che abbia necessità di una coronarografia o anche un test scintigrafico da sforzo e che faccia richiesta – ad onta di quanto prevede la norma che attribuisce detto potere al Tribunale di Sorveglianza – al Direttore dell'istituto, si vedrà materialmente effettuato l'esame e aggiornato il proprio quadro clinico non prima di due mesi dalla richiesta.

L'importante arresto segnato da questa seconda pronuncia attiene al necessario e costante aggiornamento, rinnovamento ed attualizzazione della valutazione dei valori in gioco antagonisti, viepiù considerando la parallela evoluzione in senso peggiorativo della gravità dello stato di salute.

Come detto, questi due arresti giurisprudenziali hanno costituito uno spartiacque ed hanno condotto ad un parziale cambiamento dei principi di diritto in materia²².

In primo luogo, è stato chiarito con nettezza – conformemente peraltro a quanto per anni sostenuto dalla dottrina – che l'istituto in parola ha una chiara vocazione umanitaria e costituisce attuazione dei diritti costituzionalmente tutelati dagli artt. 27, comma 3, e 32 Cost.

È stata abbandonata la concezione secondo cui la detenzione domiciliare “in deroga o in surroga” abbia mai avuto una funzione *latu sensu* rieducativa, accostabile alle altre misure alternative, se non nella limitata ottica per cui le pene non devono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità.

In secondo luogo, per frenare prassi di retroguardia offerte da taluni Tribunali di Sorveglianza, sono stati posti alcuni punti fermi con riguardo alla necessità di una stringente e rigorosa valutazione della gravità dello stato di salute del condannato²³.

Insomma, e concludendo con riferimento al più recente diritto vivente, può affermarsi che la Suprema Corte stia prestando sempre più attenzione alla tutela dello stato di salute del condannato/malato che non rientri ancora nel limite di pena, previsto dal comma 1 dell'art. 47 ter, e che debba espriare un delitto cd. ostativo.

Si è, purtroppo, lontani dal veder la luce con riguardo alla tutela del diritto alla salute in regime di detenzione inframuraria.

Troppo esigui sono gli strumenti concessi alla difesa dei condannati per verificare – nella pendenza del procedimento di sorveglianza e nell'attesa delle invocate richieste ex art. 11 O.P. da parte dei detenuti – se il diritto alla salute costituzionalmente tutelato venga adeguatamente garantito in carcere.

Detta conclusiva riflessione è resa ancor più amara:

²² *Ex plurimis*, vds. **Cass. Pen, Sez. I**, 22 marzo 2021, n. 10958.

²³ È stato affermato che il giudice che, in presenza di dati o documentazione clinica attestanti l'incompatibilità delle condizioni di salute del condannato con il regime carcerario, ritenga di non accogliere l'istanza di differimento dell'esecuzione della pena o di detenzione domiciliare per motivi di salute deve basarsi su dati tecnici concreti disponendo gli accertamenti medici necessari e, all'occorrenza, nominando un perito (Sez. 1, n. 39798 del 16/05/2019, Rv. 276948). Il tribunale di sorveglianza, ove ritenga che il rinvio dell'esecuzione della pena invocato per motivi di salute non possa essere concesso, sul presupposto che è possibile praticare utilmente le cure necessarie in ambiente carcerario fornito di centro clinico specializzato, deve indicare, nel provvedimento di rigetto, con precisione e non genericamente, la struttura penitenziaria in cui la pena deve essere espriata.

- dalla patologica, quanto incolpevole, lentezza (acuita dall'enorme carico gravante sugli uffici distrettuali e dal connesso sovraffollamento carcerario) dei procedimenti innanzi ai Tribunali di sorveglianza ma soprattutto
- dall'oscurità e farraginosità della normativa che disciplina l'accesso alla sanità pubblica, prima che per i cittadini comuni e liberi, ancor più per i detenuti.

5. Il tormentato concetto di malattia rilevante ai fini dell'applicazione della misura. La storica sentenza n. 99/2019 della Corte Costituzionale.

Come diffusamente argomentato, sulla base dello stretto tenore letterale delle disposizioni normative esaminate, il rinvio obbligatorio o facoltativo della pena riguarda le sole persone affette da grave infermità fisica.

Quid juris per i cittadini affetti da grave infermità psichica che si rendano responsabili di condotte costituenti reato?

Più in particolare, è tutelato un condannato affetto da grave infermità psichica sopravvenuta allo stato di detenzione?

Sono queste le domande a cui ha offerto definitiva risposta il Giudice delle leggi che ha dichiarato con sentenza additiva l'incostituzionalità dell'art. 47 ter, comma 1 ter (**Corte Costituzionale**, 20 febbraio 2019, n. 99).

In particolare, la Corte di Cassazione (I^a Sezione Penale) sollevava d'ufficio questione di legittimità costituzionale dell'art. 47 ter, comma 1 ter, nella parte in cui non prevedeva che l'istituto in disamina potesse essere applicato anche in ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta.

Per la Corte Costituzionale l'occasione è stata utile non solo per chiarire in maniera autentica la *ratio* dell'istituto ma anche per offrire un'interpretazione ampia del diritto alla salute costituzionalmente tutelato ed, al contempo, per prendere atto dell'ingiustificata incompiutezza della legge-delega 23 giugno 2017, n. 103.

La Corte ha preso atto del vuoto di tutela per gli infermi psichici sopravvenuti alla condanna.

L'art. 148 c.p.²⁴, dedicato a detti casi, è divenuto inapplicabile e, pur se non espressamente abrogato da un Legislatore poco attento, è stato superato da progressive riforme legislative che l'hanno completamente svuotato di contenuto.

Tutti gli istituti, a cui detta disposizione rinvia, sono scomparsi: gli ospedali psichiatrici civili sono stati chiusi oltre 40 anni fa con la legge Basaglia e nel frattempo sono state istituite le R.E.M.S.²⁵ (Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza), su base regionale e a esclusiva gestione sanitaria, in parziale surroga dei vecchi O.P.G. ritenuti inadeguati a garantire la salute mentale di chi vi era ricoverato²⁶ ed espunti dall'ordinamento giuridico a far data dal 31 marzo 2015 a seguito di un lungo itinerario legislativo.

In dipendenza di ogni considerazione sulla concreta operatività della legge istitutiva di dette strutture²⁷, le R.E.M.S., per proposito legislativo, non sono state destinate ad accogliere i condannati in cui la malattia psichica si manifesti successivamente.

Queste strutture “dovrebbero” ospitare solo i malati psichiatrici, ritenuti non imputabili in sede di giudizio penale o che, condannati per delitto non colposo a una pena diminuita per ragione dell'infermità psichica, siano stati sottoposti ad una misura di sicurezza.

Il complesso disegno riformatore che rifletteva un cambiamento del paradigma culturale e scientifico nel trattamento della salute mentale, che può riassumersi nel passaggio dalla mera custodia alla terapia, è rimasto, ad avviso della Corte, incompiuto.

²⁴ Il testo della disposizione, rubricata “*infermità psichica sopravvenuta la condannato*” e non ancora espressamente abrogata, è il seguente: “*Se, prima dell'esecuzione di una pena restrittiva della libertà personale o durante l'esecuzione, sopravviene al condannato una infermità psichica, il giudice, qualora ritenga che l'infermità sia tale da impedire l'esecuzione della pena, ordina che questa sia differita o sospesa e che il condannato sia ricoverato in un ospedale psichiatrico giudiziario, ovvero in una casa di cura e di custodia. Il giudice può disporre che il condannato, invece che in un ospedale psichiatrico giudiziario, sia ricoverato in un ospedale psichiatrico civile, se la pena inflittagli sia inferiore a tre anni di reclusione o di arresto, e non si tratti di delinquente o contravventore abituale o professionale o di delinquente per tendenza*”.

²⁵ Legge n. 9 del 2012 di conversione dell'art. 3-ter, comma 2, d.l. n. 211 del 2011.

²⁶ Vds. Corte Costituzionale, sentenza n. 186 del 2015.

²⁷ Con ordinanza n. 131 del 2019, la Corte Costituzionale chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della disciplina in materia di REMS, per profili concernenti la mancata previsione in capo al Ministero della Giustizia di poteri relativi all'organizzazione e al funzionamento delle strutture in questione, ha disposto una apposita istruttoria, ai sensi dell'art. 12 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, finalizzata ad acquisire specifiche informazioni ritenute indispensabili ai fini della decisione. L'intervento della Corte è stato sollecitato da un Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Tivoli, che aveva disposto il ricovero di un imputato in una residenza per l'esecuzione di una misura di sicurezza. A distanza di quasi un anno dal provvedimento, la misura era rimasta ineseguita a causa della carenza di posti disponibili nelle REMS della Regione Lazio. Il giudice aveva allora sollevato questione di legittimità costituzionale della disciplina sulle REMS, che affida ai sistemi sanitari regionali una competenza esclusiva nella gestione delle misure di sicurezza privative della libertà personale disposte dal giudice penale. Secondo il giudice, questa disciplina, sollevando il ministro della Giustizia da ogni responsabilità in materia, contrasta in particolare con la sua competenza costituzionale in materia di “organizzazione e funzionamento dei servizi relativi alla giustizia”, prevista dall'articolo 110 della Costituzione.

Quindi, i detenuti affetti da infermità psichica sopravvenuta con un residuo pena superiore ai 4 anni di reclusione²⁸, non avendo accesso né alle R.E.M.S. né ad altre misure alternative alla detenzione, risultavano completamente privi di tutela.

In questo solco e preso atto della palese discriminazione venutasi a creare, la Corte Costituzionale ha dapprima affermato che il diritto alla salute di cui ogni persona è titolare, deve intendersi comprensivo non solo della malattia fisica, ma anche della salute psichica.

Quest'ultima è fonte di sofferenze non meno della prima e l'Ordinamento è tenuto ad apprestare identico grado di tutela. Ed infatti la Corte ha sottolineato come lo stato di reclusione può aggravare e acutizzare le patologie psichiche.

Inoltre, richiamando precedenti che hanno condotto alla condanna di altri Paesi contraenti²⁹, ha affermato che il mantenimento in stato di detenzione di persone affette da grave malattia mentale assurge a vero e proprio trattamento inumano e degradante, mutuando il linguaggio convenzionale ex art. 3 CEDU, ovvero a trattamento contrario al senso di umanità, per usare le espressioni della nostra Carta Costituzionale all'art. 27, terzo comma.

In presenza di una colpevole inerzia del Legislatore³⁰ e preso atto dell'inefficienza delle strutture sanitarie in carcere, la Corte ha fatto un sapiente ricorso alla detenzione domiciliare "umanitaria" o "in deroga" per tamponare una situazione di emergenza normativa che, limitatamente alla questione (già due anni fa esaminata), si protrae da circa 25 anni³¹.

La misura, autenticamente qualificata non come misura alternativa alla pena ma come pena alternativa alla detenzione o, se si vuole, una modalità di esecuzione della pena, *"può essere modellata dal giudice in modo tale da salvaguardare il fondamentale diritto alla salute del detenuto, qualora sia incompatibile con la permanenza in carcere e, contemporaneamente, le esigenze di difesa della collettività, che deve essere protetta dalla potenziale pericolosità di chi è affetto da alcuni tipi di patologia psichiatrica"*.

²⁸ Era questo il caso del detenuto ricorrente, affetto da grave disturbo misto di personalità, con predominante organizzazione borderline in fase di scempenso psicopatologico, accertato a seguito di comportamenti autolesionistici, condannato per concorso in rapina aggravata, per il quale il Tribunale di Sorveglianza di Roma aveva rigettato la sua richiesta di differimento di pena ex art. 147 c.p.

²⁹ Corte EDU, seconda sezione, sentenza 17 novembre 2015, Bamouhammad c/o Belgio; Corte EDU, Grande Camera, 26 aprile 2016, Murray c/o Paesi Bassi.

³⁰ Puntualmente rimproverato dalla Corte, non con la pronuncia in oggetto bensì con la sentenza n. 11 del 1996, in cui si prendeva atto dell'insoddisfacente trattamento riservato a all'infermità psichica grave sopravvenuta alla condanna e si auspicava la ricerca di una soluzione equilibrata che garantisse, allora come ora, a dette categorie di soggetti la cura della salute mentale senza l'elusione del trattamento penale.

³¹ La Corte, per l'ennesima volta, ha sollecitato il doveroso intervento di un eufemisticamente disattento legislatore nel portare a termine la già avviata riforma dell'ordinamento penitenziario nell'ambito della salute mentale, con la previsione di apposite strutture esterne e interne al carcere.

Mirabile è l'analisi delle ragioni che indussero il Legislatore a introdurre la detenzione domiciliare “in deroga”, vale a dire offrire un'alternativa rispetto al differimento della pena con la creazione di uno strumento intermedio e più duttile tra il mantenimento della detenzione in carcere e la piena liberazione del condannato (conseguente al rinvio).

In tal modo e per l'effetto, è stato offerto un formidabile strumento nelle mani dei Tribunali di Sorveglianza e nei loro, si spera, prudenti e sapienti apprezzamenti.

Uno strumento astrattamente capace:

- di offrire sollievo ai malati più gravi, per i quali la permanenza in carcere provoca un livello di sofferenza tale da ferire il senso di umanità;

- di dosare in maniera ponderata le limitazioni, gli obblighi e le autorizzazioni secondo le esigenze del caso.

In attuazione del *novum* introdotto dalla sentenza in commento della Corte Costituzionale, la Corte di Cassazione ha ritenuto possibile la detenzione domiciliare umanitaria o in deroga finanche per i detenuti sottoposti al regime differenziato di cui all'art. 41 bis, portatori di grave malattia psichica sopravvenuta (**Cass. Pen., Sez. I, 7 maggio 2019, n. 29488**).

La Suprema Corte ha specificamente statuito che gli orizzonti decisionali del giudice di merito vanno arricchiti della nuova opzione ermeneutica, la cui eventuale applicazione passa attraverso la verifica in concreto della gravità della patologia e della idoneità dell'eventuale allocazione esterna, aspetti da apprezzarsi in sede di merito.

È stato altresì specificato che alla valutazione di applicabilità della detenzione domiciliare “in deroga” non può ritenersi di ostacolo né l'entità del residuo pena né il titolo del reato in esecuzione né l'attuale sottoposizione del ricorrente al regime differenziato di cui all'art. 41 bis ord. pen.³².

³² La vicenda sottoposta all'attenzione della Suprema Corte riguardava una persona detenuta dal 2008 in regime ex art. 41-bis OP con fine pena al 4.02.2033, nei cui confronti era sopravvenuta una patologia psichica, con segnalazione da parte del servizio sanitario di alto rischio suicidiario, a seguito del decesso della moglie. La richiamata sentenza della Corte di Cassazione è rimasta purtroppo soltanto una affermazione di principio. Per scrupolo, va segnalato che il Tribunale di Sorveglianza di Roma non si conformava al *dictum* imposto dalla Suprema Corte e rigettava nuovamente l'istanza di differimento facoltativo della pena ex art. 147 c.p. e di detenzione domiciliare ex art. 47 ter, comma 1 ter, O.P.; la Suprema Corte accoglieva nuovamente – ma parzialmente – il ricorso con riferimento alla richiesta di applicazione della detenzione domiciliare, offrendo in questo secondo caso però un'interpretazione maggiormente restrittiva (**Cass. Pen., sez. I, 15 giugno 2020, n. 23107**). L'errore in diritto commesso dal Tribunale di Sorveglianza di Roma sarebbe consistito nell'aver demandato *tout court* al DAP la individuazione della struttura penitenziaria dotata di idonea articolazione psichiatrica – la cui assistenza non veniva assicurata unitamente al trattamento farmacologico nell'istituto presso cui era ristretto – ed il relativo trasferimento, abdicando i suoi poteri e rimettendo il loro concreto esercizio all'organo amministrativo. Un difetto di esercizio di potere giurisdizionale, dunque, in nome delle esigenze di tutela della collettività hanno consentito in concreto un supplemento di pena nei confronti del detenuto, la cui patologia psichica è stata acuita ed aggravata dalla detenzione in carcere, per utilizzare le espressioni del Giudice delle Leggi. La vicenda riguardante quel detenuto si è definitivamente conclusa con il rigetto del ricorso per cassazione (**Cass. Pen. Sez. I, 23 marzo 2021, n. 23521**). Sempre per scrupolo, il ricovero in struttura penitenziaria dotata di A.T.S.M., articolazione sanitaria per la tutela della salute mentale – di cui sono dotate poche strutture penitenziarie in Italia – è stato largamente osteggiato dalle associazioni o dagli enti, che

6. Conclusioni.

L'istituto della detenzione domiciliare in deroga o in surroga è un istituto nato chiaramente per ampliare le esigenze umanitarie garantite dalla detenzione domiciliare.

È divenuto uno strumento formidabile e poliedrico capace di soddisfare esigenze postume non contemplate nella sua *ratio* originaria, ampliando così il suo campo di applicazione.

Ne è evidente testimonianza la sentenza della Corte Costituzionale *supra* esaminata, che stigmatizzando i colpevoli silenzi del Legislatore, l'ha utilizzato e adattato in maniera additiva ai condannati detenuti e malati psichici sopravvenuti, trovatisi all'improvviso (e per circa due anni) senza alcuna tutela dall'Ordinamento giuridico.

È un istituto che consente di offrire attuazione non ad uno bensì a due valori costituzionali fondamentali, quelli contemplati dagli artt. 27, comma 3, e 32 Cost.

La piena attuazione ed applicazione della misura trova un fondamentale limite nell'esigenze di sicurezza per la collettività, connesse al soggetto socialmente pericoloso.

È ben possibile – e tale evenienza nella prassi costituisce la regola – che il detenuto condannato, affetto da gravi stati morbosi, non possa beneficiare della misura alternativa.

Ciò in quanto, sulla base del fondamentale e discrezionale giudizio di bilanciamento imposto al Tribunale di Sorveglianza, accade sovente che la valutazione complessiva penda per la tutela della collettività a scapito delle insopprimibili necessità del singolo, la cui pericolosità, desunta dal titolo di reato e dal *quantum* di pena in espiazione, vada contenuta.

Diviene, dunque, indispensabile che le strutture penitenziarie non solo garantiscano piena tutela della salute ma anche e soprattutto non facciano percepire al detenuto/ammalato come degradante e contraria al senso di umanità la pena che deve espriare.

Può affermarsi che su questi ultimi punti, il nostro Paese, un tempo culla del diritto e della civiltà, stia perdendo la propria partita.

Il sistema sanitario penitenziario è disciplinato da una legislazione, oltre che oscura, disorganica ed alluvionale, che non consente agli operatori le più opportune valutazioni.

tutelano i diritti dei detenuti, in quanto in sostanza sono equiparabili ai vecchi OPG soppressi definitivamente nel 2017. Insomma, quel che è uscito dalla porta, è rientrato dalla finestra.

La procedura applicativa, in difetto di chiare e coordinate disposizioni normative, non garantisce appieno, a distanza di più di venti anni dalla sua entrata in vigore, il pieno rispetto del principio del contraddittorio, anch'esso costituzionalmente garantito dall'art. 111 Cost.

Un serio progetto di riforma all'Ordinamento penitenziario è rimasto sostanzialmente lettera morta; anzi, è stato completamente abbandonato nella legislatura ancora in corso.

L'Italia è stata più volte condannata dalla Corte EDU non solo per i problemi strutturali dettati dal sovraffollamento carcerario ma anche in singole situazioni in cui, nonostante la recrudescenza delle patologie del detenuto, sia stato mantenuto il regime differenziato dettato dall'art. 41 bis ord. pen.³³ in aperta violazione dell'art. 3 della Convenzione.

È evidente, in conclusione, che la questione si pone su un piano culturale prima ancora che normativo.

Il trattenimento del detenuto in istituto, quale modalità di esecuzione della pena, rispetto all'alternatività costituita dalla detenzione presso il domicilio in casi di grave stato patologico rappresenta la regola, nonostante le radicali e rivoluzionarie indicazioni promananti dalla Corte Costituzionale, esaminate con il presente contributo.

A cura dell'Avv. Anselmo d'Agostino

³³ Il riferimento è alla condanna del 25 ottobre 2018 nel caso Provenzano c/o Italia per violazione dell'art. 3 della Convenzione.