

**41-bis OP: possibile la detenzione domiciliare ‘umanitaria’ o
‘in deroga’ anche per i detenuti in regime differenziato
portatori di grave malattia psichica.
Cassazione Penale, Sez. I, n. 29488 del 7.05.2019**

*di Antonella Calcaterra**

ABSTRACT: Con la sentenza n. 99 del 2019 la Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 47-ter co.1-ter OP “*nella parte in cui non prevede che, nell’ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l’applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-ter*”, così colmando quel vuoto normativo che si era venuto a creare nell’ordinamento giuridico con riferimento alla posizione delle persone detenute affette da grave patologia psichiatrica a seguito della definitiva chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari. Prima dell’intervento della Corte, per tali persone, quando la pena da scontare era superiore al limite di 4 anni, era preclusa ogni possibilità di espiare la pena al di fuori del carcere, in un luogo che fosse idoneo alla cura e gestione della malattia.

Ma cosa accade per le persone detenute in regime differenziato *ex art. 41-bis OP*? A chiarirlo è la suprema Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 29488 del 7.05.2019, preso atto dei principi sanciti con la citata pronuncia n. 99/2019 del giudice delle leggi, ha ammesso la possibilità, anche per i detenuti in regime di cui all’art. 41-bis OP, di accedere, sussistendone i requisiti, alla detenzione domiciliare c.d. ‘umanitaria’ o ‘in deroga’ *ex art. 47-ter co. 1 ter OP*.

**“Humanitarian” and “derogational” home detention is possible even for 41-bis inmates affected by serious mental illness.
Court of Cassation case-law n. 29488, dated 7th May 2019**

ABSTRACT: *With sentence n. 99/2019 the Constitutional Court declared the constitutional illegitimacy of the section 47-ter, paragraph 1-ter, OP, “in the part in which it doesn’t provide that, in case of serious mental illness, the supervisory court may order the application of home detention to the inmate, even derogating the limits referred to the 1st paragraph of the same section 47-ter”, thus filling the regulatory gap that had arisen in the system with reference to the position of prisoners affected by serious psychiatric disease, following the definitive closure of the “judicial psychiatric hospitals”. Before this sentence, when the sentence to be served was greater than the 4 years limit, the possibility of expiating the sentence outside the prison was precluded. What happens to inmates under 41-bis OP’s*

regime is clarified by the Court of Cassation in its sentence n. 29488 dated 7th May 2019.

SOMMARIO: 1. La vicenda – 2. La sentenza n. 99/2019 della Corte Costituzionale – 3. La detenzione domiciliare ‘in deroga’ o ‘umanitaria’ *ex art. 47-ter co.1-ter OP.* – 4. Il regime differenziato *ex art. 41-bis OP* e la tutela del diritto alla salute – 5. La sentenza n. 29488 del 7.05.2019 della Sezione prima della Corte di Cassazione e l’applicabilità della detenzione domiciliare anche ai detenuti *41-bis* – 6. Prospettive future.

1. La vicenda

Con la sentenza n. 29488 del 7.05.2019 la Sezione prima della Corte di Cassazione ha accolto il ricorso proposto da persona detenuta dal 2008 in regime *ex art. 41-bis OP* con fine pena al 4.02.2033 annullando l’ordinanza emessa il 22 settembre 2017 dal Tribunale di Sorveglianza di Roma e disponendo il rinvio al medesimo Tribunale per un nuovo esame.

Il ricorrente aveva avanzato al Tribunale di Sorveglianza istanza diretta ad ottenere il differimento dell’esecuzione della pena ovvero la detenzione domiciliare *ex art. 47-ter co. 1-ter OP*, a fronte di patologia psichiatrica aggravatasi nel corso della detenzione intramuraria al punto da essere ritenuta dai medici del carcere (che frattanto avevano segnalato l’alto rischio suicidario) incompatibile con il regime detentivo.

Il Tribunale di Sorveglianza, pur dando atto della sussistenza e della obiettiva gravità della patologia e delle segnalazioni del servizio sanitario di alto rischio autolesionistico, rigettava le istanze, rilevando che gli istituti del differimento della pena *ex art. 147 c.p.* e della detenzione domiciliare ‘in deroga’ *ex art. 47-ter comma 1-ter OP* fossero limitati ai casi di gravi patologie di tipo fisico.

La decisione era assunta in epoca antecedente rispetto alla pronuncia n. 99/2019 della Corte Costituzionale.

L’ordinanza di rigetto veniva impugnata dal difensore con ricorso per cassazione articolato in tre motivi. In particolare con il terzo e ultimo motivo era dedotta la violazione degli artt. 3 CEDU e 27 Costituzione e rilevato come la detenzione del ricorrente, attese le gravi condizioni psichiche del medesimo, si traducesse in una carcerazione contraria al senso di umanità e, dunque, contrastante con la finalità rieducativa della pena costituzionalmente sancita.

La Corte di Cassazione in presenza di ricorso ammissibile ed a fronte della presenza di un motivo riferito al tema del contrasto con i principi costituzionali e convenzionali ha applicato il “*novum apportato dalla decisione n. 99 emessa dalla Corte Costituzionale in data 20 febbraio 2019 (deposito del 19 aprile)*”.

2. La sentenza n. 99/2019 della Corte Costituzionale

Con la sentenza n. 99 del 2019¹ la Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 47-ter co.1-ter OP *“nella parte in cui non prevede che, nell’ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l’applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-ter”*.

L’intervento della Corte Costituzionale ha colmato un vuoto di tutela giuridica che si era creato a seguito della riforma introdotta con la legge 81/2014. Un intervento, quest’ultimo, importantissimo per la portata innovativa e per i principi che ora presiedono al “sistema misure di sicurezza”². Le misure di cura oggetto di misura di sicurezza sono oggi ispirate ai principi di deistituzionalizzazione, di inclusione sociale e territoriale con il massimo coinvolgimento dei servizi di cura di riferimento³. La riforma ha individuato i nuovi luoghi di cura nelle REMS, ossia le residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza, a completa gestione sanitaria, disponendo definitivamente la chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari.

Era quindi venuto a mancare il luogo ove, in forza dell’art. 148 c.p., erano trasferiti i condannati colpiti da una patologia psichiatrica sopravvenuta o non intercettata in fase processuale. Ed era mancante una previsione normativa che consentisse di prendersi cura di queste persone. Di fatto l’art. 148 c.p.⁴ era rimasta una norma inapplicabile poiché non esisteva il luogo di cura di riferimento.

* Avvocato del Foro di Milano.

¹ Cfr., sentenza Corte Costituzionale n. 99 del 2019 consultabile al seguente [link: https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2019&numero=99](https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2019&numero=99).

² Con la legge n. 81/2014 è stato portato a compimento, quantomeno dal punto di vista strettamente legislativo, il processo di superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari. Sul punto, si erano infatti succeduti diversi provvedimenti legislativi: legge 17 febbraio 2012, n. 9, legge 23 maggio 2013, n. 57, legge 30 maggio 2014, n. 81. Provvedimenti che, oltre a sancire il termine di chiusura degli OPG, hanno via via regolamentato la disciplina delle misure di sicurezza e introdotto disposizioni volte a regolamentare e disciplinare gli obblighi delle Regioni ed una corretta attività che fosse funzionale ad una buona applicazione della riforma.

³ Con tale riforma «si passa da un modello di cura istituzionalizzante dentro un sistema di misure di sicurezza per lo più detentive ad un modello di trattamento personalizzati ispirato a paradigmi riabilitativi ed inclusivi all’interno di un sistema di misure di sicurezza non detentive, salvo che in ipotesi caratterizzate da eccezionale gravità». Così A. CALCATERRA, *La riforma delle misure di sicurezza e il necessario ripensamento del percorso di cura*, in *Questione Giustizia*, 2, 2015, 79.

⁴ L’art. 148 c.p. prevede quanto segue: «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 manicomio giudiziario, ovvero in una casa di cura e di custodia. Il giudice può disporre che il condannato, invece che in un manicomio giudiziario, sia ricoverato in un manicomio comune 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».

In caso di «grave infermità fisica» opera infatti il meccanismo basato sull'art. 147 c.p.⁵, che consente il rinvio ovvero la sospensione dell'esecuzione della pena ovvero, per effetto del richiamo operato dall'art. 47-ter, comma 1-ter, OP⁶, della detenzione domiciliare; nell'ipotesi invece di «infermità psichica sopravvenuta» l'art. 148 c.p., dopo la chiusura degli OPG, altro non consentiva se non la permanenza dei detenuti in regime detentivo (in apposite sezioni per infermi psichici laddove esistenti).

Risposta che oltre a presentare un'evidente e ingiustificata disparità tra portatori di problemi fisici e portatori di problemi psichiatrici, si scontrava con i principi che ispirano la nuova disciplina delle misure di sicurezza introdotta con la legge n. 81/2014, che favorisce, in ragione della loro maggiore efficacia in termini di cura rispetto a quelle detentive, il ricorso alle misure non detentive nei confronti delle persone affette da problematiche psichiatriche.

La sentenza della Corte Costituzionale segna un passaggio importantissimo in tema della tutela della salute delle persone condannate con problematiche di carattere psichiatrico. Non solo perché delinea uno strumento giuridico, ma anche per i passaggi argomentativi apprezzabilissimi che da un lato mettono a fuoco l'ingiustizia della disparità di trattamento che si era creata e, dall'altro, la criticità della cura inframuraria della malattia mentale.

La disposizione precedente si applica anche nel caso in cui, per infermità psichica sopravvenuta, il condannato alla pena dell'ergastolo deve essere ricoverato in un manicomio giudiziario.

Il provvedimento di ricovero è revocato, e il condannato è sottoposto all'esecuzione della pena, quando sono venute meno le ragioni che hanno determinato tale provvedimento».

⁵ Si rammenta che l'art. 147 c.p. prevede che: «l'esecuzione di una pena può essere differita:

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

Nel caso indicato nel numero 1, l'esecuzione della pena non può essere differita per un periodo superiore complessivamente a sei mesi, a decorrere dal giorno in cui la sentenza è divenuta irrevocabile, anche se la domanda di grazia è successivamente rinnovata. Nel caso indicato nel numero 3) del primo comma il provvedimento è revocato, qualora la madre sia dichiarata decaduta dalla responsabilità genitoriale sul figlio ai sensi dell'articolo 330 del codice civile, il figlio muoia, venga abbandonato ovvero affidato ad altri che alla madre».

⁶ L'art. 47-ter co. 1-ter OP stabilisce che: “Quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli articoli 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. L'esecuzione della pena prosegue durante la esecuzione della detenzione domiciliare”.

«La malattia psichica è fonte di sofferenze non meno della malattia fisica ed è appena il caso di ricordare che il diritto fondamentale alla salute ex art. 32 Cost.⁷, di cui ogni persona è titolare, deve intendersi come comprensivo non solo della salute fisica, ma anche della salute psichica alla quale l’ordinamento è tenuto ad apprestare un identico grado di tutela», scrivono i giudici, anche sottolineando che *«soprattutto le patologie psichiche possono aggravarsi e acutizzarsi proprio per la reclusione: la sofferenza che la condizione carceraria inevitabilmente impone di per sé a tutti i detenuti si acuisce e si amplifica nei confronti delle persone malate, sì da determinare, nei casi estremi, una vera e propria incompatibilità tra carcere e disturbo mentale»*.

È scritto con estrema chiarezza quanto l’afflittività del carcere possa determinare, e di fatto determini, un incremento di sofferenza che va ad aggiungersi a quella portata dalla malattia mentale.

È superato definitivamente il 148 c.p., norma basata sull’internamento ed ora del tutto incompatibile con il complesso quadro che si è venuto a creare nel sistema di cura delle persone con problematiche di carattere psichiatrico; un sistema che ha abbandonato l’approccio custodialistico e di internamento ritenendolo non funzionale alla cura.

3. La detenzione domiciliare ‘in deroga’ o ‘umanitaria’ ex art. 47-ter co.1-ter OP

La Corte Costituzionale ha individuato nella detenzione domiciliare ed art. 47-ter comma 1-ter la misura utilizzabile per le persone affette da grave infermità psichica sopravvenuta.

Con la precisa indicazione che non si tratta di una *«misura alternativa alla pena»*, ma una pena *“alternativa alla detenzione”* o, se si vuole, una *“modalità di esecuzione della pena”*, sottolineando come essa debba essere sempre accompagnata da *«prescrizioni limitative della libertà, sotto la vigilanza del magistrato di sorveglianza e con l’intervento del servizio sociale»*. Il richiamo all’art. 47-ter, comma 4 OP⁸ riporta al contenuto di una misura che dovrà essere articolato a seconda delle esigenze di cura e di tutela delle persone sulla base di una attenta valutazione della situazione rimessa al Magistrato di Sorveglianza.

⁷ L’art. 32 Cost. afferma che *“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”*.

⁸ L’art. 47-ter co. 4 OP stabilisce che *“Il tribunale di sorveglianza, nel disporre la detenzione domiciliare, ne fissa le modalità secondo quanto stabilito dall’articolo 284 del codice di procedura penale. Determina e impartisce altresì le disposizioni per gli interventi del servizio sociale. Tali prescrizioni e disposizioni possono essere modificate dal magistrato di sorveglianza competente per il luogo in cui si svolge la detenzione domiciliare”*.

Un intervento volto ad offrire al magistrato uno strumento flessibile e declinabile con modalità che dovranno essere concordate anche con i servizi di cura e che consenta di non trascurare gli ulteriori e non meno importanti aspetti concernenti la pericolosità del soggetto e la tutela della collettività.

È da evidenziare il mancato intervento di censura di costituzionalità degli artt. 146, comma 1 n. 3 e 147, comma 2 n. 2 c.p.; una scelta forse volta proprio ad impedire la fuoriuscita “secca” delle persone dal circuito carcerario ed a prediligere la presenza di un percorso di cura sul quale il magistrato con prescrizioni accurate debba prestare la massima attenzione. Scrive infatti la Corte Costituzionale che *“la detenzione domiciliare non significa riduttivamente un ritorno a casa o tantomeno un ritorno alla libertà; certamente essa comporta l’uscita dal carcere, ma è pur sempre accompagnata da severe limitazioni della libertà personale, dato che il giudice nel disporla stabilisce condizioni e le modalità di svolgimento e individua il luogo di detenzione che può essere diverso dalla propria abitazione, se più adeguato a contemperare le esigenze di tutela della salute del malato, quella di sicurezza e quelle della persona offesa”*.

4. Il regime differenziato ex art. 41-bis OP e la tutela del diritto alla salute

Il comma 2 dell’art. 41-bis O.P definisce la possibilità da parte del Ministero di Giustizia di sospendere in particolari condizioni gran parte dei diritti riservati agli altri detenuti: *“Quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell’interno, il Ministro della giustizia ha altresì la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell’articolo 4-bis, o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l’associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un’associazione criminale, terroristica o eversiva, l’applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. La sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l’associazione di cui al periodo precedente. In caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, la sospensione può essere disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell’articolo 4 bis”*.

Il comma 2-*quater* descrive le modalità con cui viene eseguito il 41-bis: *“I detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione devono essere ristretti all’interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all’interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell’istituto e custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria. La sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 prevede:*
a) l’adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo

principalmente alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate; b) la determinazione dei colloqui in numero di uno al mese da svolgersi ad intervalli di tempo regolari ed in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti. Sono vietati i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta per volta dal direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'art. 11. I colloqui vengono sottoposti a controllo auditivo ed a registrazione, previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente ai sensi del medesimo secondo comma dell'art.11; solo per coloro che non effettuano colloqui può essere autorizzato, con provvedimento motivato del direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'art. 11, e solo dopo i primi sei mesi di applicazione, un colloquio telefonico mensile con i familiari e conviventi della durata massima di dieci minuti sottoposto, comunque, a registrazione. Le disposizioni della presente lettera non si applicano ai colloqui con i difensori, con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari; c) la limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno; d) l'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati; e) la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, salvo quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia; f) la limitazione della permanenza all'aperto, che non può svolgersi in gruppi superiori a quattro persone, ad una durata non superiore a due ore al giorno fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'articolo 10. Saranno inoltre adottate tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi”.

La privazione a lungo termine dei contatti interpersonali e la grave limitazione delle informazioni e del contatto con l'esterno sono ovviamente importanti fattori che favoriscono l'insorgenza di psicopatologie⁹. Inoltre la gestione delle patologie insorte spesso è complicata dal particolare regime e dalle gravissime restrizioni imposte.

Numerosi sono stati i casi di detenuti in regime di 41 bis trattati dalla Corte dei Diritti dell'uomo per problemi di salute e dalla lettura delle numerose sentenze rese

⁹ Cfr., A. TIBULLO, “Salute e carcere”, in *Archivio Penale*, fasc. n. 2/2017, 7.

dalla medesima Corte emerge una certa inadeguatezza nella tutela dei detenuti in regime di carcere duro¹⁰.

L'importanza del diritto alla salute dei detenuti in regime speciale è stata evidenziata dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale nell'ultimo rapporto ove si è soffermato sulla necessità di realizzazione di condizioni generali di salubrità della vita detentiva e sulla indispensabile dotazione delle sezioni speciali – ove sprovviste – di adeguati servizi di assistenza intensiva (Sai) destinati a rispondere alle esigenze di tutela della salute delle persone detenute in regime *ex* articolo 41-*bis* OP raccomandando ove tali servizi non dovessero bastare per garantire la salute del detenuto, che deve essere rigorosamente rispettata l'attuazione di traduzioni in luoghi esterni di cura¹¹. Tuttavia va rammentato con chiarezza che il diritto alla salute come garantito dall'art. 32 della costituzione non possa e non debba essere ritenuto comprimibile. Sul tema si è espressa l'ordinanza 309 del 2002 della Corte Costituzionale¹² che a chiare lettere scrive che al giudice che procede è riconosciuto, al fine di dare piena attuazione al diritto alla salute, il potere di intervenire anche nei confronti del detenuto sottoposto al regime di 41 bis comma 2 OP valutandone gli effetti sulle condizioni di salute dell'imputato ai fini del giudizio di compatibilità con la stato di detenzione e che la sua competenza in punto di tutela della salute opera su un piano

¹⁰ *Ibidem*, 8-9. Si vedano, a titolo esemplificativo, i casi: Enea v. Italia, Alfano v. Italia, Stolder c. Italia Campisi v. Italia 149. In tutti questi casi, la Corte “*pur accertando l'inadeguatezza delle cure, non ha ritenuto raggiunta la soglia di gravità del trattamento tale da potersi integrare la violazione dell'art.3*”.

¹¹ Cfr. il parere del garante nazionale sul decreto legislativo recante «*riforma dell'ordinamento penitenziario*» (legge delega n. 103 del 2017) ai sensi dell'articolo 19 lettera c del protocollo: «*resta del tutto aperta la questione dell'assenza di un qualsiasi intervento per ridefinire la tutela del disagio e dell'infermità mentale di persone ristrette in carcere in quanto detenute e non internate (per le quali si dovrebbe provvedere con le REMS). Tali situazioni, nella loro varietà, vanno dal periodo di accertamento alla necessità di un trattamento terapeutico fino all'eventualità del rinvio facoltativo dell'esecuzione penale. Riguardo a quest'ultimo punto, l'inconsistenza logica dell'attuale situazione che di fattosi è determinata dà esiti e sviluppi decisionali differenti per le infermità fisiche e per quelle psichiche (artt. 147 e 148 c.p.). Una situazione che faceva ritenere inderogabile l'inserimento di una norma specifica nel testo di questo decreto*» (pagina 4). Il Garante nazionale invita, quindi, a riflettere sulla necessità di introdurre una norma in tale direzione.

«*Il punto 1 della legge di delega indica inoltre di tenere conto, nel quadro della ridefinizione delle disposizioni relative alla tutela della salute in carcere, della “necessità di potenziare l'assistenza psichiatrica negli istituti di pena”. Il testo proposto non affrontando tale aspetto, lascia una drammatica situazione invariata, attualmente anche evidenziata dall'alto numero di autolesionismo e tentati suicidi, portati all'esito finale a ritmo più che settimanale, e, sul piano formale, determina una carenza di esercizio di delega*» (*ibidem*).

¹² La pronuncia è consultabile al seguente link: <http://www.giurcost.org/decisioni/2003/0309s-03.html>.

diverso e non confligente con quella assegnata al Tribunale di sorveglianza a garanzia dei diritti del detenuto.

5. La sentenza n. 29488 del 7.05.2019 della Sezione prima della Corte di Cassazione e l'applicabilità della detenzione domiciliare anche ai detenuti 41-bis

La Cassazione richiama la recente sentenza della Corte Costituzionale che ha stabilito la possibilità di curarsi al di fuori del carcere per i detenuti con grave infermità psichica sopravvenuta, anche se la pena supera i 4 anni, ed annulla con rinvio la decisione del Tribunale di Sorveglianza.

Pur non avendo il ricorrente fatto espresso riferimento alla pendenza dell'incidente di costituzionalità (tuttavia introducendo il tema del contrasto con i principi convenzionali e costituzionali), l'art. 609 co. 2 c.p.p. consente alla Corte di decidere *“altresì le questioni rilevabili di ufficio in ogni stato e grado del processo e quelle che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello”*.

Effettuata questa premessa, la Corte si è soffermata sui punti salienti della decisione della Consulta, richiamando i principi e le ragioni che hanno indotto il giudice delle leggi a ritenere *“in contrasto con i principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 27 e 117 co.1 Cost. l'assenza di ogni alternativa al carcere, che impedisce al giudice di disporre che la pena sia eseguita fuori dagli istituti di detenzione, anche qualora, a seguito di tutti i necessari accertamenti medici, sia stata riscontrata una malattia mentale che provochi una sofferenza talmente grave che, cumulata con l'ordinaria afflittività del carcere, dia luogo a un supplemento di pena contrario al senso di umanità”* (Cfr. Corte Cost., sentenza n. 99/2019).

Mancanza di alternativa palese alla luce della tacita abrogazione dell'art. 148 c.p. che si occupava proprio di disciplinare i casi di infermità psichica sopravvenuta nel corso della detenzione.

In assenza di un intervento del legislatore sul punto, la misura della detenzione domiciliare ‘in deroga’ o ‘umanitaria’ rappresenta lo strumento prescelto dalla Corte Costituzionale per far fronte alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali, con particolare riferimento al diritto alla salute sancito dall'art. 32 Costituzione.

Rileva correttamente la Corte di Cassazione che tale misura *“può essere modellata dal giudice sì da salvaguardare tanto il fondamentale diritto alla salute della persona sottoposta ad esecuzione penale che le esigenze di difesa della collettività” e che anche la scelta del luogo ‘più adeguato’ avrebbe potuto ben tenere conto delle circostanze e necessità del caso concreto, rimettendo al giudice la possibilità di una “valutazione caso per caso ed apprezzamento concreto, tanto della gravità della patologia che del livello di pericolosità sociale della persona di cui si discute”* (Corte Cass., Sez. I, sentenza n. 29488 del 7.05.2019).

Si tratta di una misura introdotta al fine di offrire una alternativa al differimento dell'esecuzione della pena, una via di mezzo tra la ‘libertà senza vincoli’ e la carcerazione, pur allo specifico fine di dare sollievo ai malati più gravi, per i quali

la permanenza in carcere rappresenta una palese violazione del senso di umanità, senza tuttavia netto sacrificio e soccombenza di istanze di sicurezza e difesa sociale che possono eventualmente residuare, in particolare in soggetti di notevole caratura criminale.

Soggetti che, anche quando ristretti in regime differenziato *ex art. 41-bis* OP, hanno diritto a espiare la pena in condizioni rispettose dei principi convenzionali e costituzionali.

In quest’ottica, la Corte di Cassazione ha richiamato la decisione della Consulta n. 390 del 10 luglio 2002 nella quale espressamente si affermava il principio secondo cui *“l’esistenza del decreto ministeriale di sottoposizione al regime differenziato non può – in alcun modo – inibire l’adozione di provvedimenti ritenuti necessari per la tutela del diritto alla salute da parte della competente autorità giurisdizionale”*.

Tale principio comporta, nel caso di specie, la necessità che sia proprio l’autorità giurisdizionale a dover valutare la *“concedibilità o meno del provvedimento di detenzione domiciliare ‘in deroga’, esclusivamente in rapporto alle condizioni di fatto ed alla necessità di salvaguardare, nelle forme più adeguate, il diritto alla salute del soggetto sottoposto ad esecuzione”*. Diritto alla salute che, secondo tale impostazione, non può essere ritenuto *tout court* soccombente in ragione del titolo di reato o del particolare regime penitenziario applicato, necessitando invece di valutazione e bilanciamento da effettuarsi in concreto e caso per caso.

6. Prospettive future

Nell’ambito della tutela della salute mentale oggi abbiamo strumenti giuridici che permettono di fornire una soluzione di cura a tutte le persone detenute o sottoposte a misure di sicurezza in linea con le indicazioni del parere del Comitato nazionale per la bioetica e con i principi della psichiatria attuale. La Corte Costituzionale ha provveduto laddove l’auspicato intervento legislativo tardava ad arrivare ed ha dato indicazioni precise sulla soluzione da adottare. La Corte di Cassazione con altrettante apprezzabili pronunce ha sollecitato il suddetto intervento e posto principi fermi.

Il diritto alla salute non è comprimibile e la cura necessita di soluzioni sempre, anche nel caso di persone sottoposte al regime del *41-bis*.

Nella pratica poi il sistema giudiziario necessita del supporto e della collaborazione dei Dipartimenti di salute mentale e, questi ultimi, necessariamente di ulteriori e maggiori risorse.

Occorre che il sistema sanitario metta a disposizione persone (psichiatri, educatori e assistenti sociali) e luoghi di accesso a cure efficaci e sufficienti in relazione al numero ed alle esigenze di cura dei pazienti.

Senza che ciò avvenga qualsiasi riforma, per quanto nobile ed apprezzabile, faticherà a decollare.