

Infermità mentale sopravvenuta e disagio psichico. L'inadeguatezza del paradigma penale e il dovere di fare qualcosa

Stefano Fiore*

SUPERVENING INSANITY AND MENTAL DISTRESS. THE INADEQUACY OF THE CRIMINAL PARADIGM AND THE DUTY TO DO SOMETHING

ABSTRACT: The protection of the mental health of detained persons continues to be a forgotten (or deliberately ignored) issue by our legislator. None of the reform proposals, including those of government initiative, relating to this aspect has in fact been included in the regulatory measures to amend the penitentiary system, which – amidst reluctance and timidity – have been approved in recent years. In the paper, an attempt is made to outline the possible contribution of substantial criminal law to the urgent redesign of the model of treatment and care of mental distress in prison and of supervening insanity. The limited adjustments made through the work of the jurisprudence, including constitutional ones, are not in fact sufficient to deal with a situation whose dramatic nature is made evident by the shocking number of suicides in prison (84 last year).

KEYWORDS: Prison; mental health; criminal law; penitentiary system; reform

ABSTRACT: La tutela della salute mentale delle persone detenute continua ad essere una questione dimenticata (o volutamente ignorata) dal nostro legislatore. Nessuna delle proposte di riforma, comprese quelle di iniziativa governativa, relative a questo aspetto è stata infatti inserita nei provvedimenti normativi di modifica dell'ordinamento penitenziario, che – tra reticenze e timidezze – sono stati approvati in questi anni. Nello scritto si prova a delineare il possibile contributo del diritto penale sostanziale alla urgente riprogettazione del modello di trattamento e cura del disagio psichico in carcere e della infermità mentale successiva alla condanna. I limitati adeguamenti realizzati attraverso il lavoro della giurisprudenza, anche costituzionale, non sono infatti sufficienti a fronteggiare una situazione la cui drammaticità è resa evidente dall'impressionante numero di suicidi in carcere (84 nel corso dello scorso anno).

PAROLE CHIAVE: Carcere; salute mentale; diritto penale; ordinamento penitenziario; riforma

* Professore ordinario di Diritto penale. Università degli Studi del Molise. Mail: fiore@unimol.it. Il testo, con alcuni adattamenti e l'aggiunta della bibliografia, riproduce struttura e contenuti della relazione svolta al Convegno su «Salute e carcere», organizzato della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 18-19 novembre 2022. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

SOMMARIO: 1. La tutela della salute mentale in carcere: quale ruolo per il diritto penale? – 2. Il disagio psichico carcerario. Dalle riforme mancate agli interventi possibili — 3. Cura e controllo nei casi di infermità mentale sopravvenuta. Alla ricerca di un difficile equilibrio.

1. La tutela della salute mentale in carcere: quale ruolo per il diritto penale?

La prima difficoltà che incontra chi è abituato a maneggiare il diritto penale sostanziale nell'affrontare temi che attengono alla “pena eseguita” e in particolare a quella detentiva, riguarda la necessità di adoperare un sistema di orientamento cognitivo costruito su riferimenti diversi da quelli che di consueto o comunque più di frequente vengono utilizzati nel lavoro del penalista. Non si tratta però solo di una questione di “competenza”. La difficoltà che si avverte nasce innanzitutto dalla preliminare necessità di colmare un *gap* semantico, definitorio, concettuale, che separa non tanto il singolo studioso, magari personalmente più attrezzato su questo versante, ma l’ordinamento penale vigente da questi argomenti.

Un *gap* che d’altra parte si riflette nell’inadeguatezza degli strumenti con i quali il sistema della giustizia penale è oggi costretto a confrontarsi – sostanzialmente a mani nude – con condizioni umane di fronte alle quali si ha comunque il dovere di fare qualcosa, anche se non si trovano le parole, anche se non si comprende fino in fondo, anche se gli strumenti ancora non ci sono.

I limiti della singola relazione – equilibrati dall’ampio e articolato contesto tematico del convegno – ovviamente impediscono di entrare con il necessario dettaglio nell’analisi del cospicuo materiale di studio, di elaborazione, di proposta relativo all’argomento, che, accumulatosi negli anni, attende in massima parte, speriamo non invano, di tradursi prima o poi in scelte normative e anche nella effettiva attuazione di quelle scelte.

Un obiettivo praticabile in questa sede può essere invece quello di provare, se non altro, ad offrire lo specifico punto di vista del diritto penale sostanziale su temi che per essere affrontati richiedono un approccio complesso e integrato, nel tentativo di mostrare, sia pure per cenni, come l’efficacia degli strumenti chiamati ad operare dentro la realtà penitenziaria dipende anche dall’esistenza di un “ambiente normativo”, per così dire, in grado di favorire il loro effettivo e corretto funzionamento.

La risposta positiva scontata, dunque, alla domanda se quelli oggetto del mio intervento siano, anche, temi penalistici, richiede di essere minimamente articolata e specificata in relazione ai diversi problemi, al fine di individuare quali siano le leve sistematiche sulle quali il diritto penale sostanziale può agire per contribuire alla progettazione, prima, e all’attuazione, poi, di un modello ordinamentale di tutela della salute mentale delle persone private della libertà personale.

Una volta assunta questa prospettiva, il differente approccio che dobbiamo avere rispetto alle due questioni qui considerate (disagio psichico delle persone detenute e incapacità sopravvenuta) non dipende tanto da una questione di grado o di intensità, che pure caratterizza sul piano fenomenico due condizioni che possono anche essere in un rapporto di progressione tra di loro. La differenza che più interessa dal punto di vista della lettura penalistica del tema è un’altra.

Il caso della grave infermità sopravvenuta, pone infatti un problema solo eventuale e comunque occasionale al sistema della esecuzione penale (forse nel nuovo brutale linguaggio governativo qualcuno potrebbe definirlo un “carico detentivo residuale”) e soprattutto è questione che ha una identità, anche penalistica, precisa e può dunque essere “isolata”, ritagliandola dal contesto più generale al quale

pure appartiene e disciplinata mediante appropriate regole (anche) di diritto penale sostanziale, purtroppo assenti nella disciplina vigente. Ferma restando ovviamente la necessità di disporre, sul piano per così dire “attuativo”, di adeguati strumenti di tipo amministrativo, sanitario e di adeguate risorse umane e materiali.

L'altra area, quella del disagio psichico collegato alla condizione detentiva, ha invece natura strutturale, endemica, diffusa, si manifesta con una fenomenologia estremamente variabile e non è possibile isolare una tipologia da utilizzare come standard unico e parametro per la progettazione di una normativa penalistica *ad hoc*. In questo secondo ambito, declinazione settoriale del problematico rapporto generale tra *salute e carcere*, sono dunque certamente necessari interventi multiagenziali e multilivello, che attengono in misura prevalente alla dimensione della organizzazione penitenziaria in senso proprio. Come tuttavia si vedrà, anche qui, nonostante un'apparente eccentricità, il diritto penale sostanziale è chiamato a svolgere un ruolo essenziale.

Se l'analisi della realtà carceraria¹ non mostrasse, nei fatti, una drammatica sottovalutazione delle questioni legate alla salute mentale, sarebbe senz'altro superfluo ricordare qual è la premessa: mettendo insieme i frammenti descrittivi della condizione, anzi delle condizioni individuali che è possibile ricondurre sotto la generica etichetta del disagio psichico, l'immagine finale potrebbe essere quasi integralmente sovrapposta alla condizione di chi si trova in stato di detenzione.

La privazione della libertà personale è strutturalmente un “incubatore” del disagio psichico², incidendo negativamente sulla piena espansione e lo sviluppo di pressoché tutte le aree della personalità nelle quali il disagio si può manifestare nelle sue innumerevoli forme. La condizione detentiva impedisce, limita o distorce le relazioni interpersonali e quelli sociali, si ripercuote sulla sfera affettiva e su quella cognitiva, altera il senso di sé, favorisce l'insorgenza di sindromi depressive e via continuando nel vasto campionario del disagio che con spietata fantasia la privazione della libertà personale allestisce per chi la subisce.

La detenzione ha dunque la naturale attitudine ad accelerare o amplificare processi degenerativi della salute mentale già in atto o innescare, come un vero e proprio detonatore, il disagio latente, a volte conducendolo fino al suo grado estremo coincidente con una vera e propria infermità.

Questo non è qualcosa di cui si debba discutere o da dimostrare, bensì il “dato” da cui il discorso prende le mosse e la cui natura strutturale ci pone di fronte a conseguenze che è possibile affrontare solo in un'ottica di (doverosa) riduzione del danno³.

¹ Per un aggiornato quadro, corredato da significativi dati numerici, nell'ambito del XVIII rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione, cfr. M. MIRAVALLE, *Pazze galere. Esiste una “questione psichiatrica” nel sistema dell'esecuzione penale?* consultabile al link <https://www.rapportoantigone.it/diciottesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/salute-mentale/>.

² E. MATTEVI, *Il disagio psichico in carcere. Una introduzione*, in A. MENGhini, E. MATTEVI (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale*, Napoli 2020, 169 ss.; M. PELISSERO, *Sistema sanzionatorio e infermità psichica. I nodi delle questioni presenti tra riforme parziali effettuate e riforme generali mancate*, in *Archivio penale web*, 3, 2019, utilizza in proposito l'efficace immagine del carcere come «collettore ed amplificatore del disagio psichico»; cfr. anche G. MOSCONI, *Il carcere come salubre fabbrica della malattia*, in *Rass. dir. penit. e crim.*, 2005, 59 ss.

³ La rilevantissima incidenza dei disturbi mentali tra le patologie riscontrate nella popolazione carceraria è confermata dai dati rilevati dalla prima indagine epidemiologica sullo stato di salute di un campione di detenuti delle strutture detentive di Toscana, Lazio, Umbria, Veneto, Liguria e dell'Azienda sanitaria di Salerno, i cui risultati

Un approccio penalistico al tema, dunque, non può che partire dal cogente limite negativo che l'art. 27 comma 3° della Costituzione fissa per le sanzioni penali: quello secondo cui «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità», principio confermato e rafforzato dal suo corrispondente dell'art. 3 CEDU («Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»)⁴.

Poiché la privazione della libertà personale è intrinsecamente disumana, quando abbiamo a che fare con la pena detentiva, la contraddizione di fondo non è e non sarà mai davvero risolvibile, se non in utopici scenari abolizionisti. La formula costituzionale porta infatti la nostra attenzione sul trattamento a cui viene sottoposto chi si trova in esecuzione di pena: è il trattamento a dover fare i conti con il senso di umanità, visto che la pena in sé quando assume carattere detentivo (è questa la pena alla quale pensava il costituente e comunque di questa stiamo parlando) appare difficilmente compatibile con il senso di umanità, tanto che dovrebbero essere ritenute contrarie al senso di umanità in generale tutte le pene detentive "evitabili", per così dire.

Il trattamento del condannato e dell'internato in sede esecutiva è d'altra parte il punto terminale di una sequenza ordinamentale che complessivamente definisce il modo in cui il sistema penale tratta la persona inserita nel circuito punitivo o comunque custodiale (anche la definizione dei modi e degli oggetti di un accertamento processuale ha ad esempio a che vedere con il senso di umanità e penso, per l'area qui di interesse, allo svolgimento delle perizie).

In questo quadro, bisogna dunque domandarsi – ed è la sola domanda alla quale un penalista può provare a rispondere – qual è il contributo che il diritto penale sostanziale è in grado di dare per mantenere entro l'argine del senso di umanità la esecuzione detentiva quando questa si combina con il disagio psichico (cioè quasi sempre) o addirittura con l'infermità mentale.

Declinata in concreto, la risposta purtroppo, da un lato, si aggrega attorno ai limitati progressi essenzialmente derivanti da pronunce della Corte costituzionale, della Corte EDU e in alcuni casi dagli sforzi creativi della giurisprudenza soprattutto di merito; e, dall'altro, si traduce nella sconcertante presa d'atto della fatica di Sisifo con la quale si sta provando da decenni a far progredire il sistema sanzionatorio e quello penitenziario verso una condizione dove il senso di umanità rappresenti lo standard minimo al quale riferirsi e non un traguardo che sposta continuamente la propria linea a seconda degli umori politici del momento.

Sia consentito, a questo proposito, aprire una brevissima parentesi, dove, prima di affrontarle, proiettare le nostre due questioni (la disciplina della infermità sopravvenuta alla condanna e la prevenzione e il trattamento del disagio psichico delle persone detenute) oltre la loro problematicità intrinseca. Quel che accade o non accade in quelle due aree è infatti in grado di mostrarci con evidenza forse maggiore che in altri casi, come la pena, quando si presenta spogliata da prospettive finalistiche che non può perseguire (infermità sopravvenuta) e si ripiega per scelta o per mancanza di alternative sulla sua dimensione segregante oppure quando viene disumanizzata nella misura in cui nega la dimensione

sono stati pubblicati in AA.VV., *La salute dei detenuti in Italia: i risultati di uno studio multicentrico. Documenti dell'agenzia nazionale di sanità della Toscana, aprile 2015, n. 83*, <https://www.ars.toscana.it/collana-documenti-ars/pubblicazioni-2015/2977-la-salute-dei-detenuti-in-italia-i-risultati-di-uno-studio-multicentrico-2015.html>.

⁴ Sulla giurisprudenza della CEDU in materia di tutela del diritto alla salute dei detenuti e, in particolare, alla salute mentale, utili riferimenti in G. BERTOTTI, *Riflessioni e analisi in tema di tutela della salute mentale in carcere: la sentenza Murray c. Olanda*, in www.giurisprudenzapenale.com, 3, 2017.

umana concreta, cioè quella riferita alla condizione individuale (disagio psichico non trattato), produce solo la sofferenza senza scopo e dunque senza senso che è propria del suo “stato di natura”.

E allora, quelle due questioni largamente irrisolte, con il carico di sofferenza individuale che generano, stanno lì a ricordarci che ogni volta che sottraiamo alla pena di chiunque, indipendentemente dalla sua condizione, anche solo una parte delle caratteristiche che negli ordinamenti democratici reggono la legittimazione punitiva, l'avviciniamo ad uno stadio, dove la esecuzione carceraria funziona, nella migliore delle ipotesi, solo come strumento segregante, finalizzato all'afflizione e alla separazione.

2. Il disagio psichico carcerario. Dalle riforme mancate agli interventi possibili

Ed è anche tenendo conto di quanto appena detto che si comprende come la tutela della salute mentale delle persone detenute è questione che si colloca all'interno di una più ampia sfida culturale, molto prima che tecnico-giuridica. Sfida che su questo fronte potrà dirsi, se non vinta, almeno “raccolta” quando disporremo di una riforma organica dell'ordinamento e della organizzazione penitenziaria, che, per esempio, faccia quello che nel 2018, con la c.d. riforma Orlando, si è deciso di non fare, scegliendo cioè di non dare attuazione alla parte della delega⁵ che riguardava il potenziamento dell'assistenza psichiatrica negli istituti di pena⁶ e che, secondo la proposta elaborata dalla Commissione Pelissero⁷, avrebbe dovuto tradursi innanzitutto nella istituzione di sezioni penitenziarie specializzate nel trattamento del disagio psichico.

Come era chiaro alla Commissione, infatti, fino a quando nelle carceri nostrane non sarà garantito un presidio del Dipartimento di salute mentale, adeguato alle dimensioni e alle esigenze dell'istituto (cito sul punto la relazione della commissione Pelissero) e questo servizio non sarà dotato delle necessarie risorse strutturali e umane, mancherà il perno operativo attorno al quel far ruotare il sistema di monitoraggio, prevenzione e assistenza del disagio psichico delle persone private della libertà personale.

⁵ Per un quadro generale, A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/6317-riforma-dell-ordinamento-penitenziario-le-novita-in-materia-di-assistenza-sanitaria-vita-detentiva>. Sulla mancata attuazione della delega sul versante della tutela della salute mentale delle persone detenute, in particolare, M. PELISSERO, *Salute mentale e carcere: una necessità dimenticata*, in *Quest.giust.*, 2018; A. MASSARO, *La riforma dell'ordinamento penitenziario: assistenza sanitaria e vita detentiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 149 ss. In precedenza, sulla legge delega e sul percorso della riforma, tra gli altri, F. DE MARTINO, *La mancata (riforma) Orlando in tema di misure di sicurezza: non tutti i mali vengono per nuocere*, in *Arch. pen.*, 2019; M.T. COLLICA, *La delega della legge Orlando sulle misure di sicurezza*, in www.lalegislazionepenale.eu, 7.12.2017; M. BERTOLINO, *Il crimine della pericolosità sociale. Riflessioni da una riforma in corso*, in *Dir. Pen. Cont.*, 24.12.2016.

⁶ La trascurata necessità, già allora drammaticamente evidente, di rafforzare l'assistenza psichiatrica in carcere era stata fortemente sottolineata tra gli altri da A. MASSARO, *Sicurezza e salute nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, Roma, 2017, 23 ss.; G. CAMERA, *Liberi, detenuti in carcere e ristretti in strutture dedicate: diverse prospettive del diritto alla salute*, *ivi*, 117 ss.; G.M. PAVARIN, *La tutela della salute nelle carceri*, in L. BECCARO, R. PEGORARO (a cura di), *Salute mentale e garanzie dei diritti*, 2009, 59 ss.

⁷ *Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione del sistema delle pene accessorie*, i cui lavori sono reperibili sul sito del Ministero della giustizia (www.giustizia.it).

Il disegno richiedeva però anche una serie di adeguamenti della disciplina penalistica (sostanziale, processuale e della esecuzione penale) e neppure di questi, come sappiamo, nel d. lgs. 123/2018 c'è alcuna traccia. Si pensi, in particolare – ci arriveremo tra poco – alla prospettata equiparazione della infermità psichica a quella fisica ai fini del rinvio della pena *ex art. 147 c.p.* e alla detenzione domiciliare c.d. in deroga *ex art. 47 ter co. 1 ter* (questione sulla quale come noto e come vedremo è intervenuta la Corte Costituzionale) o ancora alla proposta di introdurre una specifica tipologia di affidamento in prova per i soggetti con disagio psichico.

Tuttavia, prima di fare un doveroso cenno a quelle proposte rimaste nei cassetti ministeriali, per provare a rispondere alla domanda relativa a quale contributo può provenire dal diritto penale, una necessaria premessa ci costringe a varcare la soglia del lapalissiano.

Per ridurre il danno da disagio psichico inevitabilmente collegato alla esecuzione in forma detentiva, la prima, ovvia risposta dell'ordinamento penale dovrebbe essere quella di una riduzione generalizzata dell'incidenza della modalità carceraria nella generale economia esecutiva. L'affermazione suona tanto ovvia nella sua posizione di principio quanto beffarda se invece riferita ad una realtà che vede nella legislazione recente il proliferare di preclusioni all'accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari, con il suo cupo messaggio di tipo custodiale, che privilegia vere o presunte esigenze di difesa sociale rispetto ad ogni altra considerazione.

Mantenendoci nella stretta attualità, il decreto-legge 31.10.22 n. 162 – contenente innanzitutto e tanto per non cambiare, «Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia» – ha rinviato al 1° gennaio 2023 l'entrata in vigore della riforma del processo e del sistema sanzionatorio penale nota come riforma Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150). Tra le sue linee di intervento, la riforma provvede, tra le altre cose, a ridisegnare il volto e il ruolo delle sanzioni, oggi “pene” sostitutive, ispirandosi esplicitamente all'obiettivo se non di invertire, quanto meno di erodere l'impostazione carcerocentrica del nostro sistema di esecuzione penale, anche grazie ad un utilizzo più ampio e flessibile di queste particolari misure⁸.

Nella disciplina riformata delle pene sostitutive, posta in *stand by* per un paio di mesi dal governo⁹, c'è anche, tra le altre, una novità che assume un significativo rilievo ricostruttivo per il nostro tema e che mi sembra importante segnalare.

⁸ In argomento, E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive. La svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 2.9.2021, 2; ID., *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive, Note a margine dello schema di d.lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 agosto 2022*, in www.sistemapenale.it, 30.8.2022; A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in www.la legislazione penale.eu, 20.1.2022; M. TELESCA, *La 'nuova' disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi previste dalla c.d. 'Riforma Cartabia'*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3, 2021, 34; A. ABBAGNANO TRIONE, *Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalità nel sistema delle pene sostitutive*, in www.la legislazione penale.eu 27.12.22.

⁹ In sede di conversione del d.l. 162/22, la legge 30 dicembre 2022, n. 199 ha introdotto una serie di norme transitorie, tra le quali anche una in materia di pene sostitutive. L'art. 95 prevede infatti che «1. Le norme previste dal Capo III della legge 24 novembre 1981, n. 689, se più favorevoli, si applicano anche ai procedimenti penali pendenti in primo grado o in grado di appello al momento dell'entrata in vigore del presente decreto. Il condannato a pena detentiva non superiore a quattro anni, all'esito di un procedimento pendente innanzi la Corte di cassazione all'entrata in vigore del presente decreto, può presentare istanza di applicazione di una delle pene sostitutive di cui al Capo III della legge 24 novembre 1981, n. 689, al giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'articolo

Mi riferisco alla nuova versione dell'art. 58 della l. 689/81, che si occupa del potere discrezionale del giudice nell'applicazione e nella scelta delle pene sostitutive; un potere discrezionale che viene allo stesso tempo esteso, ma anche fortemente indirizzato attraverso espliciti indici finalistici e vincolato a stringenti obblighi di motivazione.

Il nuovo Art. 58 (Potere discrezionale del giudice nell'applicazione e nella scelta delle pene sostitutive) prevede infatti che

«Il giudice, nei limiti fissati dalla legge e tenuto conto dei criteri indicati nell'articolo 133 del codice penale, se non ordina la sospensione condizionale della pena, può applicare le pene sostitutive della pena detentiva quando risultano più idonee alla rieducazione del condannato e quando, anche attraverso opportune prescrizioni, assicurano la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati. La pena detentiva non può essere sostituita quando sussistono fondati motivi per ritenere che le prescrizioni non saranno adempiute dal condannato. Tra le pene sostitutive il giudice sceglie quella più idonea alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato con il minor sacrificio della libertà personale, indicando i motivi che giustificano l'applicazione della pena sostitutiva e la scelta del tipo. Quando applica la semilibertà o la detenzione domiciliare, il giudice deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonei nel caso concreto il lavoro di pubblica utilità o la pena pecuniaria. In ogni caso, nella scelta tra la semilibertà, la detenzione domiciliare o il lavoro di pubblica utilità, il giudice tiene conto delle condizioni legate all'età, alla salute fisica o psichica, alla maternità, o alla paternità nei casi di cui all'articolo 47-quinquies, comma 7, della legge 26 luglio 1975, n. 354, fermo quanto previsto dall'articolo 69, terzo e quarto comma. Il giudice tiene altresì conto delle condizioni di disturbo da uso di sostanze stupefacenti, psicotrope o alcoliche ovvero da gioco d'azzardo, certificate dai servizi pubblici o privati autorizzati indicati all'articolo 94, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonché delle condizioni di persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, certificate dai servizi indicati dall'articolo 47-quater, comma 2, della legge 26 luglio 1975, n. 354»¹⁰.

Si tratta a mio avviso di un segnale magari "periferico" ma comunque importante, perché certifica il rilievo che la condizione psichica e anche i disturbi indotti da cause esogene assumono in rapporto alle decisioni in materia di libertà personale. Nella norma novellata emerge, finalmente, anche a livello normativo la consapevolezza che la salute psichica deve essere considerata una variabile strutturale

666 del codice di procedura penale, entro trenta giorni dalla irrevocabilità della sentenza. Nel giudizio di esecuzione si applicano, in quanto compatibili, le norme del Capo III della legge 24 novembre 1981, n. 689, e del codice di procedura penale relative alle pene sostitutive. In caso di annullamento con rinvio provvede il giudice del rinvio. 2. Le sanzioni sostitutive della semidetenzione e della libertà controllata, già applicate o in corso di esecuzione al momento dell'entrata in vigore del presente decreto, continuano ad essere disciplinate dalle disposizioni previgenti. Tuttavia, i condannati alla semidetenzione possono chiedere al magistrato di sorveglianza la conversione nella semilibertà sostitutiva. 3. Sino all'entrata in vigore del decreto ministeriale di cui all'articolo 56 quarto comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689, si applicano, in quanto compatibili, i decreti del Ministro della giustizia 26 marzo 2001, pubblicato nella Gazzetta ufficiale 5 aprile 2001, n. 80, e 8 giugno 2015, n. 88, pubblicato nella Gazzetta ufficiale 2 luglio 2015, n. 151.

¹⁰ Sui profili della discrezionalità giudiziale nella scelta della pena sostitutiva come attuazione di prospettive individualizzanti, A. ABBAGNANO TRIONE, *op.cit.* 12 ss.; sul tema cfr. anche C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 3, 2019, 1475

delle decisioni che incidono sulla libertà personale e dunque sul contenuto dei concreti percorsi trattamentali. E non è cosa da poco¹¹.

Quella previsione è invero un ottimo esempio del ruolo che può essere svolto dal diritto penale sostanziale e del perché debba essere il sistema penale nel suo complesso a farsi carico del compito di tenere sotto controllo e contenere gli effetti che la detenzione può provocare su soggetti fragili.

Si tratta infatti di un compito che richiede necessariamente di mobilitare in maniera integrata tutte le componenti del sistema:

- perché si tratta di questioni che non sono confinate in un ambito definito, ma possono comparire ovunque, né hanno connotati standard;
- perché possono riguardare gli autori di reati gravi, meno gravi e lievi e dunque con tempi di “latenza detentiva” diversi
- perché, anche in relazione alla gravità del reato, i relativi percorsi processuali possono essere e spesso sono differenziati;
- perché il problema può sorgere prima, durante o dopo il processo e prima o dopo la condanna e l’ordinamento deve avere strumenti adeguati e diversificati in grado di intervenire in ciascuno di questi momenti;
- perché sono problemi che possono presentarsi con gradi di intensità assai variabili e il sistema deve offrire strumenti in grado di adottare di volta in volta il giusto bilanciamento tra cura e custodia;
- perché possono manifestarsi in realtà carcerarie dove sensibilità e risorse ci sono e in altre dove invece sono minori e il sistema deve avere regole in grado di minimizzare le sperequazioni.

Insomma, il sistema penale, ben prima della sua articolazione esecutiva, deve essere proiettato sull’idea della individualizzazione del trattamento come premessa e condizione di una esecuzione della pena conforme al senso di umanità. E cosa c’è di più individuale della elaborazione – imprevedibile nelle forme e nella misura – di una condizione di disagio psichico?

La questione del disagio psichico delle persone detenute è in questo senso un cerchio iscritto all’interno della evoluzione del sistema penale, di cui segue i destini. La sua stessa dimensione dipende in primo luogo dalla misura in cui la repressione penale si traduce o è suscettibile di tradursi in detenzione carceraria e poi di mantenere o meno questa forma, in ragione dei livelli di rigidità del sistema di esecuzione penale e della più o meno ampia disponibilità di strumenti di flessibilizzazione e individualizzazione del trattamento in contesti extramurari.

Dunque, in termini progettuali, è certamente *anche* una questione di diritto penale sostanziale, benché le questioni prevalenti siano certamente quelle che attengono (alla disciplina e) alla organizzazione penitenziaria e riguardano dunque le risorse disponibili, le competenze da formare, le donne e gli uomini che operano nelle strutture carcerarie.

¹¹ Non a caso il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, nel vano tentativo di scongiurare il rinvio della entrata in vigore almeno di questa parte della riforma, aveva sottolineato in una sua nota del 29 ottobre 2022, la particolare importanza proprio della riforma delle sanzioni sostitutive, come strumento di tutela delle condizioni di fragilità.

3. Cura e controllo nei casi di infermità mentale sopravvenuta. Alla ricerca di un difficile equilibrio

La considerazione degli essenziali aspetti da ultimo citati, in ogni caso esorbitanti dalle mie limitate competenze, troverà adeguato spazio di trattazione in altri interventi, mentre il mantenimento dell'angolazione penalistica sin qui adottata nella lettura dei problemi legati alla salute mentale in carcere, appare, come accennato, senz'altro una scelta appropriata per la trattazione del secondo argomento, vale a dire la condizione del detenuto divenuto incompatibile con il regime detentivo in ragione di una sopravvenuta infermità di tipo psichico.

Come sopra ricordato e d'altra parte ovvio, tra la condizione di disagio psichico e una vera e propria infermità mentale ci può essere un rapporto di continuità, ma a differenza di quel che vale per l'universo del disagio, la infermità sopravvenuta, una volta diagnosticata, si presta ad essere oggetto di una specifica e mirata disciplina di diritto penale sostanziale (con il suo indispensabile corredo processuale ed esecutivo), perché disponiamo già delle caselle concettuali e delle categorie giuridiche per la collocazione dei problemi che essa pone al sistema penale.

In verità, se volessimo e soprattutto se potessimo percorrere l'intera traiettoria che il tema del trattamento dei soggetti incapaci disegna all'interno sistema penale dovremmo occuparci di molte questioni, tutte tra loro correlate.

All'inizio del percorso troveremmo infatti ad attenderci un groviglio di nodi irrisolti e di scenari alternativi, spesso accompagnati da posizioni molto radicali, a partire dal dubbio variamente espresso sulla praticabilità stessa del concetto di imputabilità. Ed è ovvio che se si modificasse o addirittura si eliminasse il concetto che fa da pietra angolare per la costruzione del sottosistema tutto il modello normativo ed operativo dovrebbe essere rivoluzionato¹².

In questa sede bisognerà necessariamente "tirare dritto" e limitarsi a percorrere solo quel breve tratto dove nella realtà normativa vigente si incrociano le strade, altrimenti parallele della cura e della custodia¹³; là dove si affollano le storie dei protagonisti reali, davanti cioè a quel drammatico collo di bottiglia

¹² Le ragioni e le implicazioni della proposta di abolizione dell'imputabilità e della pericolosità sociale sono illustrate in F. CORLEONE (a cura di), *Il muro dell'imputabilità. Dopo la chiusura dell'Opg, una scelta radicale*, Fiesole, 2019. ID, *Manicomi criminali. La rivoluzione aspetta la riforma*, in *Quaderni del circolo Rosselli*, 1, 2018. Critico sul punto M. PELISSERO, *Le misure di sicurezza personali*, cit., 1241 che rileva come una tale proposta "se ha il merito di riconoscere la libertà del malato di mente, rischia di tradursi in un sistema disfunzionale all'obiettivo di cura, che pur intende valorizzare, perché la dislocazione delle esigenze terapeutiche all'interno del sistema penitenziario non prospetta esiti rassicuranti sul piano della tutela dei diritti dei soggetti vulnerabili". Una posizione molto radicale in proposito è espressa anche da F. ROTELLI, *Doppio binario, imputabilità e trattamento delle persone con problemi di salute mentale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1, 2022, 367 s., il quale ritiene che la totale incapacità di intendere e di volere semplicemente «non esiste», perché le «persone non arrivano mai a questo stato di incomprensione del fatto che stanno commettendo» e che in sede di perizia le domande sulla pericolosità e sulla incapacità «sono domande prive di risposte scientificamente fondate».

¹³ A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire. L'eterna dialettica tra 'cura' e 'custodia' nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Riv.it.med.leg.* 2015, 1357 ss.

che la incompiutezza del sistema delle REMS¹⁴ e la diffusa inadeguatezza delle articolazioni per la tutela della salute mentale in carcere¹⁵ hanno creato.

Arriviamo così in un territorio dove i giudici si trovano spesso disarmati, privi degli strumenti che potrebbero consentire interventi efficaci o almeno congrui sulla realtà che hanno di fronte e dove anche la vituperata supplenza giudiziaria, quando è possibile praticarla, assume un significato diverso¹⁶. Davanti a quei giudici infatti si materializza, starei per dire è *misurabile* la sofferenza non come proiezione esemplificativa di un difetto normativo, non come effetto temuto di un'inadeguatezza sistematica, ma come conseguenza in atto sul corpo e sulla mente di una persona privata della libertà personale. Ed allora, l'inadeguatezza del paradigma, la lacuna normativa, l'aporia sistematica non attenuano il dovere di intervenire, ma semmai lo rendono ancor più ineludibile.

Non sempre tuttavia è possibile attivare questo dovere e infatti proprio percorrendo questo cruciale tratto del nostro percorso è possibile incrociare alcune sentenze della Corte EDU e della Corte Costituzionale, che in questi ultimissimi anni, come troppo spesso accade, hanno rappresentato pressoché gli unici momenti di discontinuità in un sistema altrimenti abbastanza immobile, sassi gettati nelle acque stagnanti della legislazione, che stanno lì a mostrarci il corto circuito provocato dalla mancanza degli strumenti normativi oppure quelli attuativi (oppure, ancora, entrambi) per tenere in equilibrio un sistema basato sulla problematica bipolarità cura/custodia.

Nel corso del 2022 infatti sia la Corte EDU che la Corte Costituzionale italiana¹⁷ sono state chiamate a pronunciarsi in relazione a vicende che trovano origine nella endemica indisponibilità di posti nelle REMS¹⁸: nel primo caso (Corte EDU 24 gennaio 2022, Sy c. Italia, ric. 11791/20, divenuta definitiva il 22 aprile 2022), la indisponibilità di posti aveva determinato la protrazione della permanenza in carcere di una persona che per le sue condizioni avrebbe dovuto essere trasferita in una struttura terapeutica; nel secondo (Corte Cost. n. 22/2022) invece, l'effetto era quello della permanenza in libertà di una persona che, per esigenze sanitarie e di difesa della collettività, avrebbe dovuto essere ricoverata in REMS.

Si tratta delle due situazioni estreme a cui può condurre un sistema che non riesce ad assicurare la disponibilità di strutture idonee ad accogliere autori di reato con infermità psichica e con prognosi di

¹⁴ Per una compiuta ricostruzione della disciplina, S. FINAZZO, *Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Dig.disc.pen. Aggiornamento*, X, 2018, 672 ss. Invece, per un articolato bilancio di quanto accaduto sinora in questo problematico e delicato settore, M. PELISSERO, L. SCOMPARIN, G. TORRENTE (a cura di), *Dieci anni di REMS. Un'analisi interdisciplinare*, Torino, 2022. Sulle prospettive di riforma cfr. da ultimo, F. SCHIAFFO, *Le ragioni giuridico penali della necessità di una riforma di sistema in materia di OPG e misure di sicurezza: gli interventi possibili e l'ipotesi minima di una modifica in tema di perizia*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1, 2022, p. 383 ss.

¹⁵ Cfr. sul punto i dati (ora non più recenti ma assai indicativi) riportati da M. IANNUCCI, G. BRANDI, *Il reo folle e le modifiche dell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. Pen cont.*, 2, 2018, 87 ss.

¹⁶ Una partecipe e accorata testimonianza "dall'interno" delle difficoltà che la magistratura di sorveglianza incontra su questi fronti in, M. PATARNELLO, *Le Rems: uscire dall'inferno solo con le buone intenzioni*, in *Questione Giustizia online*, 2 giugno 2020; ID., *REMS, carcere e malattia mentale, fra bilanci e prospettive*, *ivi*, 11.01.2023

¹⁷ Una efficace lettura parallela delle due pronunce, nel più ampio quadro della faticosa evoluzione del sistema delle misure di sicurezza è condotta da M. PELISSERO, *Le misure di sicurezza personali: scoperto il vaso di Pandora*, in *Dir.pen.proc.*, 9, 22, 1230 ss.

¹⁸ Illuminanti in proposito i dati forniti e analizzati da G. NESE, A. BELLÌ, *La tutela della salute mentale in carcere ed il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari (OPG): attuali criticità e prospettive*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1, 2022, 353 ss.

pericolosità sociale: in entrambi i casi la disfunzione del sistema si traduce nella violazione del diritto individuale alla tutela della salute del detenuto, accompagnata, nel primo, da una indebita privazione della libertà personale e, nel secondo, da una non adeguata tutela della collettività dal rischio di recidiva.

Il senso chiarissimo che si ricava dalla lettura delle citate pronunce è riassumibile nella conferma – ancora una volta scontata, ma ancora una volta evidentemente smentita dalla realtà – che certamente non è in linea con i principi costituzionali e convenzionali un sistema che, mantenendo la persona in carcere, privilegia le istanze di difesa sociale, a scapito delle esigenze di cura, quando esse possono essere assicurate solo da misure terapeutiche extra carcerarie; così come non lo è un sistema che lascia in libertà chi avrebbe bisogno di essere ricoverato in struttura di cura, anche per contenere acclarati rischi di recidiva.

Il problema sta cioè nella concreta articolazione normativa e nella concreta attuazione del binomio cura/custodia, che nel sistema vigente non garantiscono un adeguato bilanciamento o non garantiscono affatto un bilanciamento tra le esigenze di supporto terapeutico alla persona affetta da problemi mentali e quelle di tutela della collettività dal rischio di recidiva.

Il riallineamento di un intero sistema ai principi, tuttavia, non è compito che può essere affidato ad interventi correttivi estemporanei e di tipo parziale, come dimostra anche il fatto che la Corte Costituzionale nella citata sentenza ha dovuto dichiarare inammissibile una delle questioni sollevate e il cui accoglimento avrebbe determinato la caducazione dell'intero sistema delle REMS¹⁹. Nel severo monito²⁰ finale che accompagna la inevitabile decisione di inammissibilità, la Corte non solo ribadisce come sia «urgente la necessità di una complessiva riforma di sistema»²¹, ma anche «che non sarebbe

¹⁹ Pur non potendo in questa sede ricostruire in maniera compiuta la questione e il ragionamento della Corte, si riporta di seguito il passo nel quale si prende atto della impossibilità di una pronuncia diversa da quella di inammissibilità, in ragione degli effetti che comporterebbe l'accoglimento della questione di legittimità sollevata dal Giudice rimettente riguardo all'art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011. La Corte, infatti, rileva che «La eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione censurata per violazione delle riserve di legge poste dall'art. 25, terzo comma, e dall'art. 32 Cost. determinerebbe, d'altra parte, l'integrale caducazione del sistema delle REMS, che costituisce il risultato di un faticoso ma ineludibile processo di superamento dei vecchi OPG; e produrrebbe non solo un intollerabile vuoto di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, ma anche un risultato diametralmente opposto a quello auspicato dal rimettente, che mira invece a rendere più efficiente il sistema esistente, mediante il superamento delle difficoltà che impediscono la tempestiva collocazione degli interessati in una struttura idonea (sulla inammissibilità di questioni il cui accoglimento produrrebbe un risultato incongruo rispetto all'obiettivo perseguito, sentenze n. 21 del 2020, n. 239 del 2019 e n. 280 del 2016).

²⁰ Per una compiuta analisi della sentenza, G. MENTASTI, *L'attuale disciplina delle REMS al vaglio della Corte costituzionale: tra riserve di legge non rispettate e liste di attesa serve ancora un intervento del legislatore. Note a margine della 'pronuncia monito' della Corte costituzionale n.22/2022*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 3, 2022, 1188 ss.

²¹ La Corte si preoccupa anche di tracciare le linee essenziali della futura, invocata riforma, auspicando che essa assicuri:

- un'adeguata base legislativa alla nuova misura di sicurezza;
- la realizzazione e il buon funzionamento, sull'intero territorio nazionale, di un numero di REMS sufficiente a far fronte ai reali fabbisogni, nel quadro di un complessivo e altrettanto urgente potenziamento delle strutture sul territorio in grado di garantire interventi alternativi adeguati rispetto alle necessità di cura e a quelle, altrettanto imprescindibili, di tutela della collettività (e dunque dei diritti fondamentali delle potenziali vittime dei fatti di reato che potrebbero essere commessi dai destinatari delle misure);
- forme di adeguato coinvolgimento del Ministro della giustizia nell'attività di coordinamento e monitoraggio del funzionamento delle REMS esistenti e degli altri strumenti di tutela della salute mentale attivabili nel quadro

tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine ai gravi problemi individuati dalla presente pronuncia».

Non si potrebbe essere più d'accordo con gli (inascoltati) ammonimenti che la Consulta rivolge al legislatore, anche perché gli insuperabili limiti che la Corte Costituzionale incontra quando interviene occasionalmente su di un sistema complesso sono chiaramente visibili quando invece accoglie le questioni di legittimità, come ad esempio avvenuto con la sentenza 99/2019, che interessa riprendere con riguardo proprio a questo aspetto.

La questione è assai nota e commentata e può dunque essere sintetizzata, per quel che qui interessa, in poche, essenziali battute²².

La Corte costituzionale, accogliendo una questione sollevata dalla Corte di cassazione, ha dichiarato illegittimo l'art. 47-ter co. 1-ter ord. penit. «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».

Secondo la Consulta infatti « la mancanza di qualsiasi alternativa al carcere per chi, durante la detenzione, è colpito da una grave malattia mentale, anziché fisica, crea anzitutto un vuoto di tutela effettiva del diritto fondamentale alla salute e si sostanzia in un trattamento inumano e degradante quando provoca una sofferenza così grave che, cumulata con l'ordinaria afflittività della privazione della libertà, determina un sovrappiù di pena contrario al senso di umanità e tale da pregiudicare ulteriormente la salute del detenuto».

Dopo la sentenza della Corte, quindi, se durante la carcerazione si manifesta una grave malattia di tipo psichiatrico, il giudice potrà disporre che il detenuto venga curato fuori dal carcere e potrà concedergli, anche quando la pena residua è superiore a quattro anni, la misura alternativa della detenzione domiciliare "umanitaria", o "in deroga", così come già accade per le gravi malattie di tipo fisico.

La pronuncia, insieme al generale apprezzamento per la forte riaffermazione del carattere fondamentale del diritto alla salute²³ comprensivo della salute psichica, ha però suscitato anche qualche rammarico, in chi²⁴ ha ritenuto che la Consulta si sarebbe potuta e forse dovuta spingere fino a dichiarare in via consequenziale la illegittimità anche dell'art. 147 c.p. nella parte in cui, appunto, non prevede la

della diversa misura di sicurezza della libertà vigilata, nonché nella programmazione del relativo fabbisogno finanziario, anche in vista dell'eventuale potenziamento quantitativo delle strutture esistenti o degli strumenti alternativi.

²² Su questa importante pronuncia della Corte, vd. i commenti di A. MENGHINI, *Detenzione domiciliare in 'surroga' e infermità psichica sopravvenuta*, in *Giur.it.* 2019, 1197 ss.; M. PELISSERO, *Infermità psichica sopravvenuta: un fondamentale intervento della Corte costituzionale a fronte del silenzio del legislatore*, in *Dir.pen.proc.*, 2019, 1261 ss.; M. BORTOLATO, *La sentenza 99/2019 della Corte costituzionale: la pari dignità del malato psichico in carcere*, in *Cass. pen.* 2019, 3152 ss.; A. CALCATERRA, *Salute mentale e detenzione: un passo avanti. È possibile la cura fuori dal carcere*, in *Dir.pen.cont.*, 29.9.2019.

²³ La particolare sensibilità della redattrice della sentenza al tema non era d'altra parte dubitabile, M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale sull'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, 458 ss.

²⁴ Cfr. A. MENGHINI, *La grave infermità psichica sopravvenuta. La Consulta supplisce all'inerzia del legislatore*, 205 s., in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere*, cit.; E. MATTEVI, *op. cit.*, 186.

infermità psichica accanto a quella fisica, sancendo in questo modo la piena equiparazione delle due ipotesi, come peraltro proposto nelle conclusioni della Commissione Pelissero.

Il rammarico per la mancata equiparazione è comprensibile e in via di principio condivisibile, ma l'impressione è che la Corte costituzionale abbia fatto una scelta ben ponderata, non riconducibile ad una semplice scelta di *self restraint*.

La Corte ha cioè voluto mantenere distinta l'ipotesi della infermità psichica da quella della infermità fisica, ritenendo evidentemente – anche se per implicito – che a legislazione vigente la equiparazione non fosse una strada (ancora) praticabile.

Al netto della inderogabile necessità di soddisfare esigenze umanitarie, sulle quali la Corte assume una posizione inequivocabile, se si legge la sentenza appare evidente la costante e ribadita preoccupazione della Corte circa la necessità di tenere conto delle «*esigenze di difesa della collettività che deve essere protetta dalla potenziale pericolosità di chi è affetto da alcuni tipi di patologia psichiatrica*»²⁵.

Nel motivare la decisione, la Corte esplicitamente e più volte assegna al proprio intervento il compito di evitare l'alternativa secca tra carcerazione e libertà senza vincoli (cioè rinvio della esecuzione): vuole evitare la prima, ma vuole evitare anche la seconda. È questa la ragione per la quale la Consulta non si spinge oltre nel rimodulare la portata applicativa dell'art. 47 *ter*, comma 1 *ter* o.p. e la scelta appare invero ragionevole, perché il sistema normativo che avrebbe poi dovuto accogliere e gestire gli effetti di una decisione di piena equiparazione è un sistema largamente incompiuto e, per così dire, diversamente calibrato.

La piena equiparazione tra grave infermità fisica e psichica che la proposta di riforma elaborata dalla commissione Pelissero proponeva di introdurre, quindi anche ai fini dell'applicazione del differimento della esecuzione, era infatti inserita all'interno di una riprogettazione complessiva del sistema delle misure di sicurezza e del sottosistema relativo al trattamento delle gravi infermità psichiche sopravvenute.

In particolare, la proposta di riforma prevedeva anche la contestuale introduzione di una nuova ipotesi di affidamento in prova, modellata sulla disciplina dell'affidamento in prova in casi particolari che l'attuale art. 94 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 riserva solo alle persone tossicodipendenti o alcolodipendenti. La nuova misura alternativa (art. 47-*septies* ord. penit. del progetto di riforma) sarebbe stata applicabile, oltre che ai casi in cui la pena detentiva debba essere eseguita nei confronti di persona condannata a pena diminuita ai sensi dell'art. 89 c.p., anche in quelli in cui sia presente una grave infermità psichica, ai sensi dell'art. 147 comma 1, n. 2 c.p. Nel modello proposto, dunque, al condannato in una

²⁵ Il bilanciato contrappunto tra tutela della salute ed esigenze di sicurezza è una linea che attraversa tutta la motivazione della sentenza «La sofferenza che la condizione carceraria inevitabilmente impone di per sé a tutti i detenuti – si legge nella sentenza – si acuisce e si amplifica nei confronti delle persone malate» ed è dunque dovere del giudice verificare «anche in base alle strutture e ai servizi di cura offerti all'interno del carcere, alle esigenze di salvaguardia degli altri detenuti e di tutto il personale che opera negli istituti penitenziari, se il condannato affetto da grave malattia psichica sia in condizioni di rimanere in carcere o debba essere destinato a un luogo esterno, ai sensi dell'art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, ordin. penit., fermo restando che ciò non può accadere se il giudice ritiene prevalenti, nel singolo caso, le esigenze della sicurezza pubblica». E ancora, «L'istituto della detenzione domiciliare è una misura che può essere modellata dal giudice in modo tale da salvaguardare il fondamentale diritto alla salute del detenuto, qualora esso 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».

condizione di infermità psichica sopravvenuta sarebbero risultate applicabili, a seconda dei casi, due misure: la detenzione domiciliare e la nuova ipotesi di affidamento arricchito da un programma a contenuto terapeutico.

Rimaneva poi sempre ferma, in quello schema, la possibilità di disporre il rinvio *tout court* della esecuzione o di ordinare l'esecuzione della pena; in quest'ultimo caso, si prevedeva che la pena fosse scontata all'interno di speciali sezioni finalizzate a favorire il trattamento terapeutico, nel modello a gestione interamente sanitaria proposto dalla riforma.

Il progetto metteva cioè a disposizione della prassi, affidandosi alla valutazione discrezionale del giudice, una gamma di misure, disposte anche su di una scala di intensità che, a seconda del diverso combinarsi delle esigenze di cura e di custodia, serviva a garantire o almeno a favorire la possibilità di addivenire ad un loro adeguato bilanciamento nel caso concreto.

E allora, in termini assoluti possiamo anche giudicare (parzialmente) deludente la sentenza della Corte Costituzionale, ma va ribadito che questo sembra corrispondere ad una consapevole scelta dei Giudici della Consulta, volta ad evitare un disordinato taglia e incolla normativo. Questa esigenza ha indotto la Corte a circoscrivere il proprio intervento al solo profilo "non negoziabile" di tipo umanitario, per la chiara preoccupazione relativa agli effetti non controllabili che una decisione più radicale (in astratto forse più coerente) avrebbe potuto produrre sul precario e incompleto modello vigente.

Sono infatti ancora troppi i pezzi mancanti. Solo per fare un esempio lampante, rimanendo nell'area del diritto penale sostanziale, è chiaro che a monte dovrebbe essere risolto il disallineamento tra una concezione della pericolosità sociale di estrazione codicistica ancora centrata sulle esigenze di difesa sociale²⁶ e la direzione verso la quale si è evoluto, nonostante tutto, il modo di intendere la valutazione e il controllo del rischio di recidiva, in particolare nei soggetti affetti da disturbi psichici o da disagio psichico, per i quali il *rischio* della recidiva si contrappone alla *certezza* di un bisogno di cura²⁷.

Si tratta, davvero, di cambiare "tutto": paradigmi, strutture, risorse, modelli di intervento, approccio culturale, affidando poi l'opera di ricucitura ad una disciplina normativa coerente e funzionale e proprio una esigenza così vasta, profonda, totalizzante ci dice quanto sia necessario e doveroso farlo. L'inerzia legislativa è aggravata dal fatto che per questo essenziale lavoro di ammodernamento e definitivo adeguamento del sistema ai principi costituzionali e convenzionali disponiamo già da tempo di

²⁶ M.T. COLLIKA, *La crisi del concetto di autore imputabile pericoloso*, in *Dir. pen. cont.*, 12 novembre 2012; ID, *La riformata pericolosità sociale degli infermi non imputabili o semi imputabili al vaglio della Corte costituzionale: una novità da ridimensionare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 416 ss.; A. MASSARO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive nel processo di "definitivo superamento" degli ospedali psichiatrici giudiziari: la lettura della Corte costituzionale con la sentenza n. 186 del 2015*, in *Arch. pen.*, 2015, 1 ss.; F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e 'spessori normativi': la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Dir. pen. Cont.*, 11 dicembre 2014; Fondamentale in argomento il rinvio a, M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008. Sulla varia rilevanza del concetto di pericolosità nel sistema penale, A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017.

²⁷ Sulla perdurante contraddizione tra il modello di intervento terapeutico al quale si ispira la riforma che ha condotto alla chiusura degli OPG e il mantenimento dei criteri di selezione dei "folli rei" basati sui concetti codicistici di incapacità e pericolosità sociale, G. ZUFFA, *Dopo la chiusura dell'OPG: i residui del modello manicomiale e la sopravvivenza del binario "speciale" di giustizia per i "folli rei"*, in *BioLaw Journal. Rivista di Biodiritto*, 4, 22. Per un approccio pluridisciplinare al tema, M. BEVILACQUA, L. NOTARO, G. PROFETA, L. RICCI, A. SAVARINO (a cura di), *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale. Tra sistema penale e servizi sanitari*, Atti del convegno, Pisa, 16-17 ottobre 2020, Torino, 2021.

un materiale cospicuo e anche assai evoluto, fatto non solo di atti o progetti ministeriali (legge delega Orlando – Commissione Pelissero – Stati generali della esecuzione penale – Commissione Ruotolo), ma anche di dati, di analisi, di esperienze, molte delle quali assai virtuose. Peccato che manchi l'ingrediente essenziale vale a dire la volontà politica di utilizzare quegli strumenti per produrre un effettivo cambiamento di scenario.

E anche se il momento storico non sembra essere dei più favorevoli, di fronte al drammatico numero dei suicidi in carcere, che nel corso del 2022 ha raggiunto il dato più alto di sempre (84 persone detenute nell'ultimo anno si sono tolte la vita nelle carceri italiane) permettetemi – anche se non ho a chi recapitarlo – un appello finale a fare presto, perché ci sono esistenze sospese e vite che attendono di essere salvate.

Esays

