



13382-18

REPUBBLICA ITALIANA  
In nome del Popolo Italiano  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
PRIMA SEZIONE PENALE

Composta da:

CAMERA DI CONSIGLIO  
DEL 23/11/2017

FRANCESCO MARIA SILVIO BONITO  
ROBERTO BINENTI  
FRANCESCO CENTOFANTI  
GAETANO DI GIURO  
RAFFAELLO MAGI

- Presidente - ORD.  
sent n. sez. 3841/2017

REGISTRO GENERALE  
N.47081/2016

- Rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso proposto da:

MONTENERO NINO nato il 14/05/1956 a NAPOLI

avverso l'ordinanza del 20/10/2016 del TRIB. SORVEGLIANZA di ROMA

sentita la relazione svolta dal Consigliere RAFFAELLO MAGI;

lette/sentite le conclusioni del PG *Roberto Aiello, che ha*  
*chiesto il rigetto del ricorso;*

RM

## **RITENUTO IN FATTO**

1. Il Tribunale di Sorveglianza di Roma con ordinanza emessa in data 20 ottobre 2016 ha respinto l'istanza proposta da Montenero Nino, tesa ad ottenere il differimento della pena, per grave infermità, ai sensi dell'art. 147 cod.pen .

Premesso che l'istante risulta ristretto in forza di titolo divenuto definitivo il 12 aprile del 2016 (sentenza di condanna per concorso in rapina aggravata) e che la pena residua da espiare è pari ad anni sei, mesi quattro e giorni ventuno di reclusione, il Tribunale compie riferimento ai numerosi precedenti penali del Montenero e ne evidenzia il grado di pericolosità.

Viene, in seguito, evidenziato che in data 4 luglio 2016 ed in data 30 settembre 2016 si sono verificati, in costanza di detenzione, due comportamenti autolesionistici (taglio della gola) posti in essere dal detenuto, che risulta seguito dal medico psichiatra del carcere.

Nel valutare la attuale condizione del Montenero, il Tribunale afferma che costui è affetto esclusivamente da un disturbo di natura psichica, inquadrato dal consulente di parte in termini di «grave disturbo misto di personalità, con predominante organizzazione border line in fase di scompenso psicopatologico» .

Pur aderendo a siffatto inquadramento, il Tribunale rileva che la previsione di legge di cui all'art. 147 cod.pen. non risulta applicabile, in quanto trattasi di normativa che prende in esame esclusivamente la condizione di infermità fisica e non quella di infermità psichica.

Nel caso del Montenero non si evidenziano ricadute di tipo fisico della patologia psichica, il che esclude l'applicabilità della disposizione invocata.

2. Avverso detta ordinanza ha proposto ricorso per cassazione - a mezzo del difensore - Montenero Nino, deducendo erronea applicazione della disciplina regolatrice e vizio di motivazione.

2.1 La difesa evidenzia che la storia clinica del Montenero, sotto il profilo della patologia psichiatrica, è radicata nel tempo, risalendo agli anni '70.

Durante una precedente esecuzione si era accertata la particolare gravità della patologia psichiatrica dell'attuale ricorrente con applicazione di detenzione domiciliare in luogo di cura (con allegazione di provvedimento con cui, in data 18 maggio 2001, il Tribunale di Sorveglianza di Roma applicava la detenzione domiciliare in luogo esterno di cura, con diagnosi di depressione maggiore, ai sensi dell'art. 47 ter co.1 *ord.pen.*) a dimostrazione della non episodicità degli atti autolesivi posti in essere nel 2016.

2.2 Si rappresenta, pertanto, che il caso andava inquadrato nella previsione di legge di cui all'art. 148 cod.pen., trattandosi di infermità psichica sopravvenuta tale da impedire

l'esecuzione della pena. Era stato chiesto, in alternativa, il ricovero in luogo esterno di cura.

Il ricorrente si duole della omessa esecuzione di una perizia, posto che il Tribunale, pur aderendo alla prospettazione del consulente di parte non ha ritenuto che il quadro patologico insorto potesse determinare la sospensione dell'esecuzione, ed evidenzia - quanto al preteso vizio argomentativo- da un lato che l'inquadramento operato appare semplicistico, posto che la gravità della patologia psichica induce a ritenere probabili le ricadute sul piano fisico, dall'altro che - in ogni caso - la prosecuzione della detenzione finisce con il determinare una condizione contraria al senso di umanità.

### **CONSIDERATO IN DIRITTO**

1. Il Collegio ritiene di sollevare d'ufficio - ai sensi dell'art. 23 comma 3 legge n. 87 del 11 marzo 1953 - questione di legittimità costituzionale dell'art. 47 *ter* co.1 *ter* legge n.354 del 26 luglio 1975 (da ora in avanti ord.pen.), per le ragioni che seguono.

2. In via preliminare, va precisato che la fase del giudizio di legittimità risulta idonea alla proposizione dell'incidente di legittimità costituzionale, nella misura in cui la Corte di Cassazione - nell'esercizio delle funzioni decisorie sue proprie, perimetrare dai contenuti della decisione impugnata in quanto investiti dai motivi di ricorso (art. 609 cod.proc.pen) - rilevi che :

- a) in sede di merito, su un punto oggetto di ricorso, è stata applicata una disposizione di legge i cui contenuti precettivi, pur esattamente ricostruiti dal giudice di merito, si pongano in contrasto con quelli desumibili da una o più norme della costituzione;
- b) in sede di merito, su un punto oggetto di ricorso, non è stata applicata una disposizione di legge il cui ambito regolativo avrebbe potuto, ove ritenuta applicabile, fornire alla parte ricorrente la tutela richiesta, lì dove la ragione della mancata applicazione risulti frutto - a sua volta - della violazione di norme costituzionali.

In altre parole, va ritenuto che la cognizione 'tipica' della Corte di Cassazione, che non è giudice del fatto ma della corretta interpretazione delle norme giuridiche applicate in sede di merito al caso trattato, non possa impedire al giudice di legittimità di apprezzare non soltanto «l'avvenuta applicazione» di una disposizione di legge di sospetta incostituzionalità - lì dove il tema risulti rilevante al fine di decidere il ricorso - ma anche la «mancata applicazione» di una disposizione i cui contenuti, ove rimosso - in tesi - con decisione additiva da parte della Corte Costituzionale il limite reputato irragionevole (o comunque contrastante con principi costituzionali) avrebbero consentito di offrire al caso trattato una soluzione diversa ed aderente ai contenuti della Costituzione.

241

B

Ciò che rileva è, infatti, che il dubbio di legittimità costituzionale - sia esso introdotto dalla parte o formulato di ufficio - rilevi sull'esercizio dei poteri giurisdizionali tipici della fase di legittimità e, dunque, sull'accoglimento o meno del ricorso (v. Sez. I n. 409 del 10.12.2008, ric. *Sardelli*, rv 242456 in tema di riproponibilità di eccezione di legittimità costituzionale respinta in sede di merito; quanto al potere di sollevare di ufficio la questione, v. Sez. VI n. 1523 del 9.12.1970, dep. 4.2.1971, *Benassi*, rv 116570).

E' evidente, infatti, che la Corte di Cassazione - in quanto giurisdizione di controllo - è chiamata a compiere una applicazione *sui generis* delle disposizioni di legge rilevanti per la soluzione del caso trattato, ponendosi quale organo cui spetta la verifica della corretta applicazione della legge vigente avvenuta nei precedenti gradi di giudizio, ma ciò non ridimensiona in alcun modo il potere/dovere di attivazione del controllo di legittimità costituzionale lì dove la disposizione o il «complesso di disposizioni» incidenti sul tema determini un rilevante dubbio di legittimità costituzionale.

3. Ciò posto, il caso in esame si caratterizza per i seguenti aspetti, in fatto :

a) risulta pacifica l'insorgenza a carico di Montenero Nino, in costanza di esecuzione della pena, di una patologia di tipo psichico (anche i gravi disturbi di personalità rientrano nella nozione di infermità, v. Sez. Un. 2005 ric. *Raso*), che lo stesso Tribunale di Sorveglianza procedente finisce per l'individuare, assumendo come fondato il contenuto della consulenza di parte, in un «grave disturbo misto di personalità, con predominante organizzazione *border line* in fase di scompenso psicopatologico» ;

b) risulta altresì pacifica la ricorrenza, in dipendenza di tali condizioni, di allarmanti gesti autolesivi posti in essere in costanza di detenzione carceraria da Montenero Nino.

3.1 In diritto, il Tribunale di Sorveglianza riprende i contenuti della costante giurisprudenza di questa Corte, ferma nel ritenere che l'insorgenza di patologia di tipo psichico (non incidente sulla imputabilità al momento del fatto) non trovi regolamentazione nel contenuto dell'art. 146 del codice penale (ipotesi di rinvio obbligatorio della esecuzione della pena), ove al co.1 n.3 si prende in esame l'ipotesi della «persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria .. ovvero da altra malattia particolarmente grave per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione..», nè tantomeno rientri nella ipotesi regolamentata nel corpo dell'art. 147 co.1 n.2 del codice penale (rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena) ove si prevede il caso di «chi si trova in condizioni di grave infermità fisica» .

4. Circa tale specifico aspetto, le doglianze esposte dal ricorrente sono da ritenersi infondate.

La linea interpretativa seguita nel corso del tempo da questa Corte di legittimità (si veda, di recente, Sez. I n. 37615 del 28.1.2015, *Pileri*, rv 264876 , nonchè tra i precedenti arresti Sez. I n. 11233 del 5.12.2000) è - per l'appunto - tesa a marcare una netta differenziazione tra l'ipotesi della infermità fisica e quella della infermità 'meramente' psichica (che non determini una compromissione fisica), atteso che la sola ipotesi - nel caso in esame pacificamente non applicabile in virtù dell'entità della pena residua e della fattispecie di reato - che contempla in modo indifferenziato le «condizioni di *salute* particolarmente gravi, che richiedono costanti contatti con i presidi territoriali» risulta essere la disposizione di cui all'art. 47 *ter* co.1 lett. c ord.pen. ord. pen., in tema di detenzione domiciliare .

Il soggetto portatore di infermità esclusivamente di tipo psichico - sopravvenuta alla condanna - non può accedere, pertanto, secondo l'orientamento interpretativo costante di questa Corte, agli istituti del differimento obbligatorio o facoltativo della pena previsti dagli articoli 146 e 147 cod.pen. nè alla particolare ipotesi di detenzione domiciliare 'in deroga' (a limiti di pena ed ostatività del titolo di reato) di cui all'art. 47 *ter* co.1 *ter* ord.pen. (disposizione introdotta dall'art. 4 della legge n. 165 del 27.5.1998, sulle cui caratteristiche v. Sez. I n. 17208 del 19.2.2001, *Mangino*, rv 218762; Sez. I n.8993 del 13.2.2008, *Squeo*, rv 238948; Sez. I n. 18439 del 5.4.2013 ric. *Lo Bianco*, rv 255851), posto che nel corpo di tale disposizione vengono richiamate esclusivamente le condizioni di infermità di cui agli articoli 146 e 147 del codice penale (infermità fisica) e non anche quelle evocate nel testo dell'art. 148 (infermità psichica sopravvenuta).

RM

Pertanto, è affermazione ricorrente quella secondo cui solo in presenza di ricadute della patologia psichica sul complessivo 'assetto funzionale' dell'individuo risulta possibile attivare i presidi di cui agli artt. 146 e 147 cod. pen., come affermato, tra le altre, da Sez. I n. 35826 del 11.5.2016, *Di Silvio*, rv 268004; Sez. I n. 22373 del 8.5.2009, *Aquino*, rv 244132; Sez. I n. 41452 del 10.11.2010, *Giordano*, rv 248470 .

4.1 La doglianza del Montenero introduce - tuttavia - un tema di fondo su cui il Tribunale di Sorveglianza di Roma finisce con l'omettere di pronunciarsi in modo esplicito, rappresentata dalla applicabilità - o meno - della previsione di legge di cui all'art. 148 cod.pen. o, in alternativa, di forme alternative di prosecuzione della detenzione in luogo esterno al carcere per finalità prevalentemente terapeutiche ( la misura alternativa della detenzione domiciliare in deroga).

Tali aspetti, pertanto, vanno esaminati dal Collegio, posto che anche nella ipotesi di omessa statuizione espressa da parte del giudice del merito su un punto della decisione, lì dove la Corte di legittimità dovesse apprezzare l' esistenza di un limite insuperabile all'accoglimento della domanda, il ricorso non potrebbe trovare accoglimento.

B

La considerazione appena esposta rende rilevante - anche in riferimento ai contenuti dell'art. 23 co.2 legge n.53 del 1987 - l'esame del reticolato normativo in tema di

trattamento della infermità psichica *sopravvenuta al condannato* (come recita la rubrica dell'art. 148 cod.pen.) al fine di comprendere se ed in quali termini :

- a) la disposizione di legge di cui all'art. 148 cod.pen. possa o meno continuare a trovare applicazione, dato che alla sua apparente vigenza (non vi è mai stata abrogazione espressa) si contrappone l'esistenza di un ampio percorso legislativo che ha condotto al «superamento» degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari quali strutture storicamente deputate alla esecuzione delle misure di sicurezza personali ;
- b) se, in caso di approdo alla ipotesi della inapplicabilità della disposizione in parola, esistano o meno nel sistema dell'esecuzione penale strumenti alternativi idonei ad assicurare la conformità del trattamento del soggetto - affetto da infermità psichica sopravvenuta - ai principi costituzionali ed a quelli contenuti nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, incidenti sul tema.

5. Al primo interrogativo va fornita risposta negativa.

Nell'attuale momento storico è da ritenersi che la disposizione di legge di cui all'art. 148 cod.pen. sia inapplicabile, per effetto di abrogazione implicita derivante dal contenuto degli interventi legislativi succedutisi tra il 2012 e il 2014.

Il d.l. n.211 del 22.12.2011, art. 3ter, convertito dalla legge n. 9 del 7.2.2012 e successivamente integrato dal d.l. n. 52 del 31.3.2014 convertito dalla legge n. 81 del 30 maggio 2014 ha previsto la «chiusura» degli ospedali psichiatrici giudiziari (dal 1975 istituti destinati alla esecuzione delle misure di sicurezza) e, con estrema chiarezza, ha previsto che «le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia sono eseguite *esclusivamente* all'interno delle strutture sanitarie di cui al comma 2 ...» rappresentate dalle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, operanti su base regionale . La definitiva dismissione degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari si è conclusa nel febbraio del 2017, il che esclude radicalmente la «sopravvivenza» di simili strutture per fini diversi .

Al contempo, non può ipotizzarsi il subingresso delle REMS nelle precedenti funzioni accessorie (art. 148 cod.pen.) svolte dagli OPG, posto che le vigenti disposizioni di legge indicano le Residenze come luoghi di esecuzione delle *sole* misure di sicurezza (provvisorie o definitive).

Non rileva, a tal fine, la previsione della legge n.103 del 2017, in particolare il punto di delega contenuto nella lettera d) dell'art. 16 co.1 (ove si prevede l'assegnazione alle REMS anche dei soggetti portatori di infermità psichica sopravvenuta durante l'esecuzione, in ipotesi di inadeguatezza dei trattamenti praticati in ambito penitenziario) trattandosi, per l'appunto, di delega non ancora tradotta in una o più disposizioni concretamente applicabili).

Ciò è, del resto, confermato dal fatto che il processo di superamento degli OPG è stato accompagnato dalla realizzazione, all'interno degli Istituti Penitenziari ordinari, di apposite Sezioni denominate "Articolazioni per la tutela della Salute Mentale", che - previste dall'Accordo del 13 ottobre 2011, sancito in Conferenza Unificata in attuazione del Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° ottobre 2008 - sono dedicate all'accoglienza dei detenuti appartenenti a specifiche categorie giuridiche in precedenza ospitati negli OPG per ricevere le necessarie cure ed assistenza psichiatriche. Risultano attivate, da dati del Dipartimento Amministrazione Penitenziaria, 38 Sezioni, per una capienza complessiva di circa 500 posti letto. La previsione di legge che ha consentito la realizzazione delle «sezioni speciali» è rappresentata dall'art. 65 ord.pen., ove si prevede l'assegnazione dei soggetti affetti da infermità o minorazioni fisiche o psichiche devono essere assegnati ad istituti o sezioni speciali per idoneo trattamento.

Può dirsi dunque realizzata, allo stato, una innovazione del quadro legislativo nel modo che segue :

- la condizione del soggetto portatore di infermità psichica tale da escludere la capacità di intendere o di volere al momento del fatto, lì dove si riscontri pericolosità sociale, è quella di sottoposizione al trattamento riabilitativo presso le REMS, strutture ad esclusiva gestione sanitaria ;

- la condizione del soggetto in esecuzione pena portatore di patologia psichica sopravvenuta è quella di detenuto, ove possibile allocato presso una delle 'Articolazioni per la tutela della salute mentale' poste all'interno del circuito penitenziario.

RM

Si tratta di due categorie soggettive indubbiamente non pienamente assimilabili ove si consideri il rapporto tra patologia e imputabilità (v. Corte Cost. n. 111 del 1996), atteso che i primi sono i non-imputabili sottoposti a misura di sicurezza mentre i secondi sono condannati (dunque hanno commesso consapevolmente l'azione illecita), ma sta di fatto che la condizione vissuta dai secondi è del tutto assimilabile, quantomeno sul piano delle prevalenti necessità terapeutiche, a quella dei non imputabili e pertanto - ove venisse confermata dall'analisi del quadro normativo l'assenza di alternative alla detenzione per i condannati affetti da grave patologia psichica - ne deriverebbe, a giudizio del Collegio la piena cittadinanza del dubbio di legittimità, sufficiente ad attivare l'incidente di costituzionalità.

6. Allo stato attuale della normativa, dunque, non paiono sussistere alternative alla detenzione carceraria, per il soggetto in esecuzione pena con residuo superiore ad anni quattro (o per reato ricompreso nella elencazione di cui all'art. 4 bis ord.pen.) affetto da patologia psichica sopravvenuta - come nel caso del Montenero qui in trattazione -, stante da un lato la impossibilità di usufruire, per assenza dei presupposti di accessibilità, della detenzione domiciliare ordinaria (art. 47 ter co.1 ord. pen.), dall'altro la già

B

segnalata impossibilità di accedere, per il criterio della interpretazione letterale, alla detenzione domiciliare 'in deroga' di cui all'art. 47 ter co.1 ter ord.pen. (la disposizione testualmente recita : *quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 del codice penale.*) .

6.1 Vero è che tale disposizione, da ultimo citata, nella sua dimensione testuale e nel suo profilo finalistico - di norma ispirata a realizzare una opportuna mediazione tra esigenze di umanizzazione della pena da un lato e di contenimento della residua pericolosità sociale dall'altro - si inserisce nel contesto sistematico previgente, che vedeva «rifiuire» la infermità psichica del *condannato* nell'ambito applicativo dell'art. 148 cod.pen., il che potrebbe portare a ritenere la esclusione del 'rinvio' alla infermità psichica (nel corpo del testo) come frutto di una consapevole scelta di affidamento di compiti terapeutici agli OPG, oggi non più esistenti, con possibilità di una estensione meramente interpretativa - venuti meno gli OPG - dell'ambito di applicazione della norma alle condizioni patologiche qui considerate.

Ma, ad avviso del Collegio, non appare consentita simile operazione di «rottura della tipicità» tale da estendere, in virtù della chiusura di tali strutture, ai condannati affetti da grave patologia psichica sopravvenuta l'applicabilità dell'istituto della detenzione domiciliare 'in deroga'.

Ostano a tale estensione interpretativa da un lato il criterio letterale, lì dove il testo della disposizione risulti inequivoco, dall'altro la constatazione di una assenza - nel percorso legislativo di chiusura degli OPG - di simile volontà, sinora non espressa dal legislatore.

6.2 Dunque l'esito che il Collegio ricava dal breve *excursus* sin qui compiuto è quello di convalidare l'ipotesi per cui il condannato affetto da infermità *psichica* sopravvenuta, lì dove il residuo pena sia superiore a quattro anni o si trovi in espiatione per reato ostativo non può accedere - allo stato attuale della legislazione - nè agli istituti del differimento della pena (art. 146 e 147 cod.pen.), nè al ricovero in OPG di cui all'art. 148 cod.pen., nè alla collocazione nelle REMS, nè alla detenzione domiciliare 'in deroga' di cui all'art. 47 ter co.1 ter ord.pen. .

Dunque sarebbe inaccoglibile, a normazione invariata, il ricorso proposto dal Montenero.

7. Tale assetto, ad avviso del Collegio, in particolare per quanto riguarda la non accessibilità alla misura alternativa della detenzione domiciliare 'in deroga', impone la rivalutazione dei contenuti di precedenti decisioni, sul tema, della stessa Corte Costituzionale (sent. n. 111 del 1996) , ponendosi in contrasto - sotto il profilo della non manifesta infondatezza - con più parametri sia costituzionali che convenzionali (norme interposte ai sensi dell'art. 117 co.1 Cost., come più volte ribadito dallo stesso Giudice delle leggi).



7.1 Va anzitutto ricordato che la stessa previsione dell'art. 148 cod.pen. era ispirata, specie a seguito della rilevante modifica della sua natura giuridica apportata dalla sentenza n. 146/1975 della Corte Costituzionale, alla realizzazione di un trattamento a prevalente vocazione sanitaria, correlato alla presa d'atto di una condizione patologica tale da impedire l'esecuzione . Il ricovero in OPG, disposto dal giudice, rappresenta(va) infatti una forma differenziata di esecuzione della pena, nel senso che, la condizione di infermità psichica *sopravvenuta* non dava luogo a mero differimento o sospensione della pena medesima quanto ad un mutamento di forma, posto che il periodo di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario (o di detenzione domiciliare in luogo di cura) andavano computati nella esecuzione in corso (si veda, sul tema, Sez. I n. 26806 del 27.5.2008, rv 240864).

L'attuale condizione del soggetto portatore di tale tipologia di infermità è pertanto caratterizzata da aspetti di manifesto «regresso trattamentale», atteso che :

a) l'allocazione, da detenuto, presso una delle Articolazioni sanitarie interne al sistema penitenziario non è frutto di un provvedimento giurisdizionale (come accadeva in precedenza per il collocamento in OPG) quanto di una decisione dell'Amministrazione, la cui azione, pur non potendo ritenersi connotata da discrezionalità - in presenza dei presupposti obiettivi - potrebbe essere ostacolata da fattori non dominabili (ad es. il sovraffollamento delle strutture) ;

b) l'allocazione in tali Articolazioni viene di regola realizzata senza alcuna previa verifica giurisdizionale dell'idoneità del trattamento praticabile da parte della Magistratura di Sorveglianza, il che equivale a realizzare una complessiva «de-giurisdizionalizzazione» di un segmento trattamentale di notevole rilievo, in assenza di alternative praticabili, per quanto detto in precedenza (nè REMS, nè ammissione alla detenzione domiciliare).

Ciò determina la ricorrenza di contrasto - sotto il profilo della non manifesta infondatezza del relativo dubbio - della disposizione dell'art. 47<sup>ter</sup> comma 1 <sup>ter</sup> ord. pen. con i parametri costituzionali rappresentati dai contenuti degli articoli 2, 3, 27, 32 e 117 Cost., nella parte in cui detta disposizione non include tra i presupposti della detenzione domiciliare ' in deroga' l'ipotesi della infermità psichica sopravvenuta.

8. Le ragioni del contrasto sono molteplici e vanno esposte nel modo che segue.

8.1 La Corte Costituzionale ha in più occasioni ribadito come la tutela del «bene primario della salute» (art.32 Cost.), impone la considerazione particolare della condizione vissuta da un soggetto privato della libertà personale, in un ambito in cui il bene primario in questione «deve trovare adeguate garanzie» (v. sent. n. 70 del 1994), sempre in rapporto alla valutazione in concreto dello stato patologico da parte del giudice (v. sent. n. 438 del 1995) e deve essenzialmente rapportarsi alla preminente finalità rieducativa che la Carta assegna alla pena, ampiamente evidenziata nella decisione n.313 del 1990,

che appare utile riportare per stralcio : [...] incidendo la pena sui diritti di chi vi è sottoposto, non può negarsi che, indipendentemente da una considerazione retributiva, essa abbia necessariamente anche caratteri in qualche misura afflittivi. Così come è vero che alla sua natura ineriscano caratteri di difesa sociale, e anche di prevenzione generale per quella certa intimidazione che esercita sul calcolo utilitaristico di colui che delinque. Ma, per una parte (afflittività, retributività), si tratta di profili che riflettono quelle condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale. Per altra parte, poi (reintegrazione, intimidazione, difesa sociale), si tratta bensì di valori che hanno un fondamento costituzionale, ma non tale da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena. Se la finalizzazione venisse orientata verso quei diversi caratteri, anziché al principio rieducativo, si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione. È per questo che, in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena. L'esperienza successiva ha, infatti, dimostrato che la necessità costituzionale che la pena debba <tendere> a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio *una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue*. Ciò che il verbo <tendere> vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione: com'è dimostrato dall'istituto che fa corrispondere benefici di decurtazione della pena ogniqualvolta, e nei limiti temporali, in cui quell'adesione concretamente si manifesti (liberazione anticipata). Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto. La Corte ha già avvertito tutto questo quando non ha esitato a valorizzare il principio addirittura sul piano della struttura del fatto di reato (cfr. sentenza n. 364 del 1988). Dev'essere, dunque, esplicitamente ribadito che il *precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie*. [...].

Da qui la considerazione, espressa nella decisione numero 70 del 1994 (relativa al tema del differimento obbligatorio ex art. 146 cod.pen.) in punto di *prevalenza* della esigenza di tutela del bene primario della salute, ove gravemente minacciato, rispetto alla tutela di esigenze di contenimento della pericolosità : [...] Se, infatti, a fondamento della nuova

ipotesi di differimento della esecuzione della pena sta, come si è detto, l'esigenza di assicurare il diritto alla salute nel particolare consorzio carcerario, la liberazione del condannato non può allora ritenersi frutto di una scelta arbitraria, così come neppure può dirsi che la liberazione stessa integri, sempre e comunque, un fattore di compromissione delle contrapposte esigenze di tutela collettiva: non è la pena differita in quanto tale, infatti, a determinare una situazione di pericolo, ma, semmai, la carenza di adeguati strumenti preventivi volti ad impedire che il condannato, posto in libertà, commetta nuovi reati. Tuttavia, se a colmare una simile carenza può provvedere, ed è auspicabile che provveda, soltanto il legislatore, deve escludersi che la eventuale lacunosità dei presidi di sicurezza possa costituire, in sè e per sè, ragione sufficiente per incrinare, sull'opposto versante, la tutela dei valori primari che la norma impugnata ha inteso salvaguardare, giacchè, ove così fosse, nel quadro del bilanciamento tra le esigenze contrapposte, solo una prevarrebbe a tutto scapito dell'altra. D'altra parte, occorre anche osservare che qualora la norma in esame fosse ritenuta non conforme ai principii costituzionali per il sol fatto che dalla sua applicazione possono in concreto scaturire situazioni di pericolosità per la sicurezza collettiva, ne conseguirebbe che alla esecuzione della pena verrebbe assegnata, in via esclusiva, una funzione di prevenzione generale e di difesa sociale, obliterandosi in tal modo quella *eminente finalità rieducativa* che questa Corte ha invece inteso riaffermare anche di recente (v. sentenza n. 313 del 1990), e che certo informa anche l'istituto del rinvio che viene qui in discorso [...].

121

Si tratta di linee-guida che informano, doverosamente, l'intero sistema esecutivo penale che per essere costituzionalmente compatibile deve offrire : a) opportunità giurisdizionali di verifica in concreto della condizione patologica; b) strumenti giuridici di contemperamento dei valori coinvolti che siano tali da consentire la sospensione della esecuzione o la modifica migliorativa delle condizioni del singolo, lì dove le ricadute della patologia finiscano con l'esporsi il bene primario della salute individuale a compromissione, sì da concretizzare - in ipotesi di mantenimento della condizione detentiva - un trattamento contrario al senso di umanità (art. 27 co.3 Cost.) o inumano o degradante (con potenziale violazione dell'art. 3 Convenzione Edu).

8.2 Le opportunità di contemperamento dei valori in gioco, e la stessa giurisdizionalità piena dell'intervento, sono - nei confronti del soggetto affetto da infermità psichica sopravvenuta - come si è detto - compromesse, in un assetto normativo che vede come unica risposta il mantenimento della condizione detentiva e l'affidamento esclusivo del soggetto al servizio sanitario reso in ambito penitenziario.

b

In particolare, anche a fronte della avvenuta constatazione di inadeguatezza di simile trattamento, non risulta consentita - allo stato - nè la sospensione dell'esecuzione (a meno di non ridiscutere, come pure parrebbe opportuno, il fondamento scientifico della

rigida distinzione tra le due classi di patologia, ormai ampiamente posto in crisi da avanzati studi sul fenomeno della *comorbidità*) nè l'approdo alla detenzione domiciliare 'in deroga' (art. 47 *ter* co.1 *ter* ), lì dove non risulti applicabile quella ordinaria (art. 47 *ter* co.1) .

Assume, pertanto, nuovo significato - alla luce dei descritti mutamenti del quadro normativo - il monito rivolto dalla stessa Corte Costituzionale al legislatore nella decisione numero 111 del 28 marzo 1996.

In tale arresto, posta di fronte al dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 148 cod.pen. la Corte - pur condividendo il «non soddisfacente trattamento riservato all'infermità psichica grave, sopravvenuta, specie quando è incompatibile con l'unico tipo di struttura custodiale oggi prevista » ritenne di spettanza del legislatore l'individuazione di una «equilibrata soluzione» tale da garantire anche a quei condannati la cura della salute mentale senza che sia eluso il trattamento penale.

Negli anni successivi tale invito appare raccolto solo in minima parte (v. art. 47 *ter* comma 1 lett. c ord.pen., disposizione che tuttavia incontra limiti di applicabilità correlati a natura del reato ed entità del residuo pena) ed attualmente eluso in riferimento alla condizione di quei soggetti affetti da patologia psichica sopravvenuta, non ammissibili alla detenzione domiciliare ordinaria (per i limiti di applicabilità della disposizione) nè a quella in deroga .

Ciò determina il dubbio di legittimità costituzionale prima denunziato, in riferimento ai parametri di cui agli artt. 2, 3, 27 e 32 Cost. sia in virtù della indebita contrazione dei poteri giurisdizionali che per quanto attiene il bisogno di effettività dei diritti inviolabili della persona umana.

8.2 Ulteriore parametro è quello relativo alla disposizione costituzionale di cui all'art. 117 co.1 Cost. in rapporto ai contenuti dell' art. 3 Conv. Edu .

Va ricordato, sul tema, che lì dove sia individuabile una «potenziale tensione» tra una o più norme di legge ordinaria e i principi della Convenzione Europea (per come gli stessi vivono nella interpretazione loro data dalla Corte di Strasburgo, primo - anche se non unico - interprete di quel testo) il giudice interno, prima di investire la Corte Costituzionale ha il preciso dovere - più volte sottolineato dal giudice delle leggi - di ricorrere allo strumento della *interpretazione* -costituzionalmente e convenzionalmente - *conforme* delle disposizioni in rilievo, nel senso che la questione va sollevata solo nel caso in cui il testo della disposizione (o delle disposizioni) non sia interpretabile in modo tale da evitare ogni potenziale conflitto di significato precettivo. Si veda, in proposito, quanto di recente ribadito da Corte Cost. sent. n. 109 del 5 aprile 2017: [...] nell'attività interpretativa che gli spetta ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost., il giudice comune ha il dovere di evitare violazioni della Convenzione europea e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il

127

caso sia riconducibile a precedenti di quest'ultima (sentenze n. 68 del 2017, n. 276 e n. 36 del 2016). In tale attività, egli incontra, tuttavia, il limite costituito dalla presenza di una legislazione interna di contenuto contrario alla CEDU: in un caso del genere – *verificata l'impraticabilità di una interpretazione in senso convenzionalmente conforme, e non potendo disapplicare la norma interna, né farne applicazione*, avendola ritenuta in contrasto con la Convenzione e, pertanto, con la Costituzione, alla luce di quanto disposto dall'art. 117, primo comma, Cost. – deve sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna, per violazione di tale parametro costituzionale (*ex plurimis*, sentenze n. 150 del 2015, n. 264 del 2012, n. 113 del 2011, n. 93 del 2010, n. 311 e n. 239 del 2009) [...].

Si è già spiegato come, ad avviso del Collegio, l'unica disposizione interna che potrebbe offrire – in caso di patologia psichica sopravvenuta – l'accesso alla composizione del conflitto in chiave di tutela delle garanzie fondamentali (art. 47 *ter* co.1 *ter* ord.pen.) non risulta interpretabile in senso costituzionalmente e convenzionalmente orientato.

La protrazione della detenzione del soggetto affetto da grave infermità psichica, pertanto, si espone – in aggiunta a quanto prima rilevato – a rischio concreto di violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, in un contesto normativo come quello italiano che ha di recente elevato (v. artt. 35 *bis* e 35 *ter* ord.pen.) il divieto in questione a regola fondante del sistema di tutela dei diritti delle persone detenute.

8.3 Non appare dunque possibile prescindere dall'esame sia dell'art. 3 Conv. Eur. secondo cui *nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti* disposizione che fornisce ulteriore protezione al diritto al trattamento 'non contrario' al senso di umanità, in piena assonanza con la disposizione di cui all'art. 27 Cost. . Come è noto, nella giurisprudenza della Corte Edu il divieto di cui all'art. 3 configura un obbligo positivo per lo Stato e non trova forma alcuna di bilanciamento in esigenze antagoniste. In tale ambito, ricorrente è infatti l'affermazione (v. decisione *Labita* contro Italia del 2000) per cui [...] anche nelle circostanze più difficili, quali la lotta contro il terrorismo e il crimine organizzato, la Convenzione vieta in termini assoluti la tortura e le pene o trattamenti disumani o degradanti. L'articolo 3 non prevede restrizioni, in contrasto con la maggior parte delle clausole normative della Convenzione e dei Protocolli nn. 1 e 4, e secondo l'articolo 15 par. 2 non ammette alcuna deroga, anche in caso di pericolo pubblico che minaccia la vita della nazione (sentenze *Selmouni* c/ Francia [GC], n. 25803/94, par. 95, CEDU 1999-V; *Assenov e altri* c/ Bulgaria del 28 ottobre 1998, par. 93). Il divieto della tortura o delle pene o trattamenti disumani o degradanti è assoluto, quali che siano i comportamenti della vittima (sentenza *Chahal* c/ Regno Unito del 15 novembre 1996, Raccolta 1996-V, p. 1855, par. 79). La natura del reato ascritto al ricorrente non è pertanto pertinente per quanto riguarda l'esame sulla base dell'articolo 3 .. [...].

247

13

Dunque, lì dove la protrazione del trattamento detentivo, per la particolare gravità della patologia riscontrata, per la inadeguatezza delle cure prestate, per la assenza delle condizioni materiali idonee, risulti contraria al senso di umanità e rischi di dar luogo ad un trattamento degradante, è preciso dovere della autorità giurisdizionale provvedere alla interruzione della carcerazione, mediante l'applicazione delle norme che - in attuazione dell'art. 27 co. 3 cost. - prevedono tale eventualità.

Non può, pertanto, in presenza di serietà di una *qualsiasi condizione patologica*, trasferirsi sul detenuto - sollecitando trattamenti individualizzati di cui non vi sia preventiva assicurazione e verifica della obiettiva adeguatezza - il disagio imputabile all'assenza di luoghi idonei alla realizzazione dei trattamenti sanitari necessari, posto che la esecuzione della pena inframuraria è recessiva rispetto all'obbligo dello Stato di garantire che le condizioni dei reclusi non si traducano in trattamenti inumani o degradanti.

Ancora, appare opportuno ricordare che l'obbligo di interruzione (nelle forme del differimento o della misura alternativa di cui all'art. 47 ter co.1 ter) della detenzione non conforme ai contenuti dell'art. 3 della Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, è patrimonio giurisdizionale accresciuto dalle decisioni emesse dalla Corte di Strasburgo, più volte intervenuta (anche nei confronti dell'Italia) con decisioni accertative di violazione, proprio nel delicato settore del diritto alla salute del soggetto recluso e del correlato obbligo di valutare, a fronte di gravi patologie, la opportunità di mantenere o meno lo stato detentivo carcerario.

Nella nota decisione *Contrada contro Italia* del 11.2.2014 (in cui si è affermato che .. il mantenimento in stato detentivo di quest'ultimo era incompatibile con il divieto di trattamenti inumani e degradanti stabilito dall'articolo 3 ) la Corte Edu ha affermato, tra l'altro, quanto segue : .. l'articolo 3 impone allo Stato *l'obbligo positivo di assicurarsi che esse siano detenute in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana*, che le modalità di esecuzione della misura non facciano piombare l'interessato in uno stato di sconforto né lo esponga ad una *prova di intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della carcerazione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente*, in modo particolare attraverso la somministrazione delle necessarie cure mediche (Kudła c. Polonia [GC], n. 30210/96, § 94, CEDU 2000 XI, e Riviere c. Francia, n. 33834/03, § 62, 11 luglio 2006). Così, la mancanza di cure mediche adeguate e, più in generale, *la detenzione di una persona malata in condizioni non adeguate*, può in linea di principio costituire un trattamento contrario all'articolo 3 (si vedano, ad esempio, İlhan c. Turchia [GC], n. 22277/93, § 87, CEDU 2000-VII, e Gennadi Naumenko sopra citata, § 112). ..La Corte deve tenere conto, in particolare, di tre elementi al fine di esaminare la compatibilità di uno stato di salute preoccupante con il mantenimento in stato detentivo

del ricorrente, vale a dire: a) la condizione del detentuo, b) la qualità delle cure dispensate e c) *l'opportunità di mantenere lo stato detentivo alla luce delle condizioni di salute del ricorrente* (si vedano *Farbtuhs c. Lettonia*, n. 4672/02, § 53, 2 dicembre 2004, e *Sakkopoulos c. Grecia*, n. 61828/00, § 39, 15 gennaio 2004).

Detti principi sono stati ribaditi in più occasioni, con accertamento di violazione del diritto fondamentale riconosciuto dall'art. 3 della Convenzione : arresto del 13 dicembre 2016 *Yunzel contro Russia* ; del 6 settembre 2016 *W.D. contro Belgio* ( soggetto affetto da disturbi mentali, su cui v. *infra*); del 9 giugno 2016 *Mekras contro Grecia*; del 10 maggio 2016 *Topekhnin contro Russia* (sulla necessaria adeguatezza del trattamento delle patologie); del 22 marzo 2016 *Butrin contro Russia* ( avente ad oggetto il caso di un detenuto disabile perchè affetto da grave disturbo della vista) ; del 1 marzo 2016 *Lavrov contro Russia* (detenuto malato di cancro non adeguatamente curato) ; del 23 febbraio 2016 *Mozzer contro Moldavia*; del 12 gennaio 2016 *Khayletdinov contro Russia*, solo per citare le decisioni di maggior rilievo emesse di recente.

In particolare la Corte Edu ha in più occasioni affermato la necessità di fornire *adeguata tutela* a soggetti reclusi portatori – in quanto affetti da patologia psichica – di accentuata vulnerabilità, affermando – nel caso *W.D. c. Belgium* deciso il 6 settembre 2016 (n. 73548/2013) che anche l'allocatione in reparto psichiatrico carcerario può dar luogo a trattamento degradante quando le terapie non risultino appropriate (*without appropriate medical supervision*) e la detenzione si prolunghi per un periodo di tempo significativo: ... 21

"la Corte segnala che l'obbligazione derivante dalla Convenzione non si limita a proteggere la società contro i potenziali pericoli posti in essere da criminali affetti da disturbi psichici, ma esigea altresì di fornire un trattamento idoneo a tali criminali per aiutarli al fine della loro reintegrazione all'interno della società nel modo migliore. Si affermava perciò che le autorità nazionali non si erano sufficientemente prese cura della salute di W.D. per garantirgli che non fosse posto in situazione tale da violare l'articolo 3 della Convenzione. Il fatto che questi fosse stato posto in un'ala di un carcere psichiatrico per un periodo significativo di tempo, senza reale speranza di cambiamento e senza appropriati controlli medici, ha assoggettato lo stesso a difficoltà particolarmente gravi, causandogli afflizione di intensità eccedente l'inevitabile livello di sofferenza intrinseco alla detenzione. La Corte considerava che qualsiasi ostacolo potesse aver creato W.D. col suo comportamento, questo non liberava lo Stato dalle sue obbligazioni nei suoi confronti. Si ripeteva che la posizione di inferiorità e di incapacità che erano tipiche di pazienti ristretti in ospedali psichiatrici esigevano un aumento di controllo nell'esaminare la conformità con la Convenzione; che erano ancora maggiori i casi dove persone che soffrivano di disturbi della personalità erano detenuti in un ambiente carcerario. La Corte perciò concludeva affermando che vi era stato trattamento degradante a causa dell'ininterrotta detenzione di W.D. per più di nove anni in ambiente carcerario senza B

idoneo trattamento per la sua patologia mentale né prospettiva di reintegrazione sociale con violazione dell'articolo 3 della Convenzione ».

Analoghe affermazioni risultano operate in arresti precedenti, tra cui *Claes v. Belgium* del 10 gennaio 2013 e *Bamouhammad v. Belgium* del 17 novembre 2015 , il che dimostra come la *verifica della adeguatezza del trattamento sanitario praticato, in concreto e non in astratto, sia il parametro su cui occorre misurare la valutazione circa il mantenimento o meno della condizione detentiva*, pena il rischio concreto di violazione del divieto di infliggere al detenuto un trattamento inumano o degradante.

9. Per tutte le ragioni sin qui esposte il Collegio ritiene di sollevare di ufficio la questione di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 2, 3, 27, 32 e 117 della Costituzione, dell'art. 47ter co.1ter della legge 26.07.1975 n.354 e succ. mod., nella parte in cui detta previsione di legge non prevede la applicazione della detenzione domiciliare anche nelle ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta durante l'esecuzione della pena.

Va sospeso il procedimento, come da dispositivo.

#### **P.Q.M.**

Vista la l. 11 marzo 1953 n.87 art. 23 solleva, di ufficio, questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 2, 3, 27, 32 e 117 della Costituzione, dell'art. 47ter co.1ter della legge 26.07.1975 n.354 e succ. mod., nella parte in cui detta previsione di legge non prevede la applicazione della detenzione domiciliare anche nelle ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta durante l'esecuzione della pena.

Sospende il giudizio in corso e dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

Dispone altresì che a cura della Cancelleria la presente ordinanza sia notificata al ricorrente, al Procuratore Generale presso questa Corte, al Presidente del Consiglio dei Ministri nonché ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

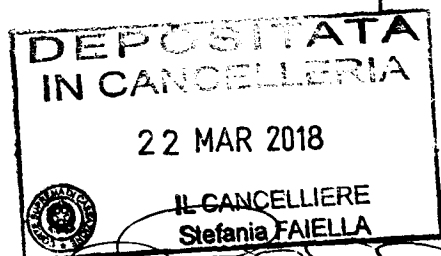
Così deciso il 23 novembre 2017

Il Consigliere estensore

Raffaello Magi

Il Presidente

Francesco Maria Silvio Bonito



Una firma manoscritta in inchiostro scuro, che sembra essere "F. M. S. Bonito", scritta in uno stile fluido e personale.